



Comparative Law Review

2024 – Vol. 15 n. 2

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 is registered at the Courthouse of Monza (Italy) - Nr. 1988 - May, 10th 2010.

COMPARATIVE
LAW
REVIEW
VOL. 15/2 - 2024

Contract Law for Interesting Times

6

FABRIZIO ESPOSITO

The Economic Approach to Law as an Interdisciplinary Lemon and Calabresian Law and Economics as Trust Mark

45

JULIAN AMOULONG – ALEXANDRO MARIANO PASTORE

Performance of Contracts and Social Crisis – A Comparative Study of French and German Legal Systems regarding unexpected changes

69

JACOPO FORTUNA

Contractual Mistake, Smart Contract and Artificial Intelligence from a Comparative Perspective

104

MARIANNA MARINI

Le procedure secondarie virtuali nella gestione della crisi e dell'insolvenza *cross-border* nel quadro europeo

125

ZIA AKHTAR

Roman law tradition, Scottish Civil Procedure and Adoption of a Mixed System of Jurisprudence

147

CLARISSA GIANNACCARI

Circolazione dei modelli e modelli di mercato: la finanza islamica come banco di prova del ruolo del diritto

Prime riflessioni sull'incontro tra finanza convenzionale e altre possibili letture di mercato

177

GIACOMINA ESPOSITO

The Cross-Examination:

Comparative Analysis between the Italian and the US legal system

195

ANA MARIA PÉREZ VALLEJO

Parenting plan: la experiencia en los sistemas de common law y su recepcion en Europa

ROMAN LAW TRADITION, SCOTTISH CIVIL PROCEDURE AND ADOPTION OF A MIXED SYSTEM OF JURISPRUDENCE

Zia Akhtar*

TABLE OF CONTENTS:

INTRODUCTION; ORIGINAL SOURCES OF JURISDICTION IN SCOTS LAW; ABSORPTION OF COMMON LAW IN THE SCOTS LEGAL SYSTEM; COMPARATIVE LAW DEVELOPMENT OF SOUTH AFRICAN LAW. BLENDING CIVIL LAW IN A 'MIXED' SYSTEM; BENEFITS OF A MIXED SYSTEM OF LAWS; CONCLUSION.

The law of Scotland differs from the rest of the UK by its inheritance of Roman law and its composition of both common law and civil law. The fusion in a non-codified 'mixed jurisdiction' stems from legal principles that have been drawn from both the civilian (i.e. Roman law) and English common law traditions. It owes its Civil law origins to the jurists who developed the causes of action in the civil courts and are the institutional writers in the Scottish legal tradition. This was a gradual process that oversaw the Roman-Scots law of the early formative period that later came under the influence of English law after the Act of Union in 1707. The consequence was a legal system which drew from both the great European traditions whilst containing distinctive elements of its own. In this paper there is an examination of the historical development of Scots law, and the concepts drawn from English common law that became necessary when the House of Lords became the final court of appeal. The cause of action in common law were integrated into the civil procedure while retaining the action in delict that was related to claims for civil injuries. There is a comparative approach with the principles drawn from the South African law that has also the elements of both common law and Roman Dutch law in its framework. The argument is that in contemporary proceedings the mixed system of substantive law is beneficial because it is based on practiced tradition and a diverse system has the ability to survive with procedural changes to the modern sources of law.

Keywords: Ius commune – institutional writers – civil law – common law – Roman Dutch law – delict .

INTRODUCTION

The framework of Scots law has developed through principle derived from legal writings rather than precedence established through the courts.¹ The jurisprudence of institutional writers has had a considerable impact on the formation of the municipal law of Scotland leading up to the Treaty of Union in 1707 whose text provided for legal measures to ensure the recognition and continuation of the Civil law tradition.² While the post-1707 settlement led to a substantial influence of English law in the realm of commercial law, the classical tradition in Scots law has survived with the historical legal identity that separates Scots law from English common law. The substantive law includes the property, contract, and tort concepts and in the civil law tradition the delict has had considerable impact where fault as basis for liability is concerned and is still present in the procedural remedies available in the courts. The issue is the historical process for the adoption of two

* LLB (Lon), LLM (Lon) Gray's Inn, Coventry University.

¹ See Kenneth McK Norrie, *The Actio Iniuriarum in Scots Law: Romantic Romanism or Tool for Today?*, in Eric Descheemacker and Helen Scott, *Iniuria and the Common Law*, (Hart, 2013), p.49.

² O.F Robinson, TD Fergus, and W. M Gordon, *European Legal History: Sources and Institutions*, London: Butterworths. 1994: 231;P .Stein, *The Character and Influence of the Roman Civil Law: Historical Essays*, London: Hambleton Press, (1988), 269–353.

legal concepts that has survived and is part of the substantive and procedural aspects of law.

The Roman law has been ingrained in Scots law since the 14th century and its co terminus with the rise of the European *ius commune* in the later medieval period.³ This derived from the Roman concept of a common law and also applied to Scotland subject to certain ‘national’ deviations, which was received in the *ius proprium*.⁴ This notion of a ‘European common law’ was ingrained and reinforced by the practice of law that has endured in the post-1707 settlement when there has been a substantial influence of English law but the classical tradition in Scots law has survived. The civil law tradition in its substantive law includes the delict and causes of action that govern the property, contract, and tort concepts that are still present because of the procedural remedies available in the courts. The civil law tradition has influenced the jurisprudence of Scots law through canon law and the academic writings which are the main sources of its development. This emanated in the intellectual history of Scotland which was based on the Scottish Republican constitutional tradition that can be traced to the Declaration of Arbroath of 1320.⁵ This was inherent in the political theology of the reformed Scottish Church after 1560 which emphasised the limitations of the secular power before the ecclesiastical institution.⁶

The early jurists of Scottish private law developed a framework that served to establish the Scots legal framework. The institutional writers contributed a major part in this development. George Buchanon, a renaissance scholar, established the principle of a separate legal tradition of Scotland with increased scope for judicial review.⁷ This impacted on the hierarchy of the courts and the practice of law by recognising both ecclesiastical, and civil law.⁸ The Courts Act 1672 transformed the court system and also effected civil procedure and led to the establishment of the Court of Session that is the equivalent of the High Court in Scotland. This had a layer of the Outer House and the appellate Inner House in the civil law cases that were heard on appeal.⁹ The High Court of Justiciary in 1672, became the apex court for the criminal jurisdiction in Scotland.¹⁰ The rise of the

³ Evans-Jones Birks, *The Foundation of Legal Rationality in Scotland*, Edinburgh: Stair Society, 1995: 185–200.

⁴ J. W. Cairns, and H. LMacQueen, *Learning and the Law: A Short History of Edinburgh Law School*, privately published by the Faculty of Law. (2000), p 47. [http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/learning-and-the-law\(7617657e-1d1e-4961-aa53-bccea1404dab\).html](http://www.research.ed.ac.uk/portal/en/publications/learning-and-the-law(7617657e-1d1e-4961-aa53-bccea1404dab).html).

⁵ Declaration of Arbroath. National Records of Scotland. <https://www.nrscotland.gov.uk/Declaration>

⁶ Aidan O’Neill, Limited Government, Fundamental Rights and the Scottish Constitutional Tradition *Juridical Review*, (2009) 85-128.

⁷ Roger Mason, and Martin Smith, A Dialogue on the law of kingship among the Scots – a critical edition and translation of George Buchanan’s *De jure regnia pud Scotos*. Or, A dialogue, concerning the due privilege of government, in the kingdom of Scotland, betwixt George Buchanan and Thomas Maitland, by the said George Buchanan, (Ashgate: Aldershot, 2004) at pp 33, 55, 133, 143

⁸ In the 1660s, Viscount Stair brought together the elements of customary, feudal and Roman law into one system in his leading work *The Institutions of the Law in Scotland* (1681). John Erskine wrote. *An Institute of the Law of Scotland* (1773) and his *Principles of the Law of Scotland* (1759) and Sir George Mackenzie, *The Laws and Customs of Scotland in Matters Criminal* (1678) See also *Encyclopaedia of the Reformed Faith*, ed. D.K. McKim (Louisville, Kentucky and Edinburgh, 1992) For further reading see ID, Willock, ‘The Scottish Legal Heritage Revisited’ in J Grant (ed), *Independence and Devolution: The Legal Implications for Scotland* (Edinburgh, W Green, 1976); pp 3-6.

⁹ Robinson, Gordon and Fergus, *supra* 3, p 238.

¹⁰ David Stevenson, *Revolution and Counter Revolution in Scotland, 1644-51* (Edinburgh, 2nd edn, 2003), 104

national court system affected the reception of Roman law, and it became part of the national legal order that is still recognisable and distinguishable today.¹¹

The Union Treaty of 1707 was instrumental in bringing about the changes in the legal system which ingrained the English common law into the legal framework of Scots law. This was facilitated by the appeals in civil law cases in whose appellate structure led to the House of Lords as the final court of apex jurisdiction. The Treaty also enabled the harmonisation of English and Scots law in the commercial transactions and in insurance and transportation that became part of a fully-fledged British empire.

In the first part of the nineteenth century jurisdictional changes were introduced to settle the substantial rules such as in tort liability that was an English concept that was conveyed to Scotland by the decisions that extended duty of care to no fault liability. There were concepts that were adopted from English law in accidental injury, contract liability and property and succession.¹² This is inclusive of a non-codified 'mixed jurisdiction' in which legal principles have been drawn from both the civilian (i.e. Roman law) and common law tradition. The Scots is a mixed system of jurisprudence in common with the South African, Louisiana and Quebec and the most pertinent example is the South African system whose incorporation of the Dutch Roman law alongside the common law can be compared to the Scottish legal framework. This enabled the civil procedure to be drawn from a variety of texts that have led to different legal traditions and their application can be a basis for comparative study.

The road map of this paper consists of as follows: Part A considers the influence of institutional and jurisdictional factors at the inception of Scots law that enforced the civil law tradition that is part of its legal system; Part B considers the borrowing of concepts from English common law and the creation of mixed system of jurisprudence; Part C compares South Africa and its adoption of Dutch Roman law along with English which was premised on colonial conquests and the changes in the demography of the Cape; and Part D examines the impact of the mixed jurisprudence and the cause of actions based on contract and property law that often bring the civil law concepts into conflict with the substantive rules. The crucial question is whether the presence of a mixed system has transformed the Scots legal framework into a mature, coherent system of legal rules that are capable of developing in a manner that preserves and also resolves the contradictions of a mixed system of law.

I. ORIGINAL SOURCES OF JURISDICTION IN SCOTS LAW

After Scottish independence in 1328 under the Treaty of Northampton, there was an academic project that enabled the first Scottish University, St Andrews to be founded in 1413, and many students went abroad on scholarships to study mostly in France.¹³The

¹¹ Birks, Evans-Jones and Stair Society *supra* 4, 185–200.

¹² J. W. Cairns and H. LMacQueen *supra* 5, 153–5

majority of these students specialised in canon law and while being in foreign institutions they acquired a considerable knowledge of Roman law and its substantive framework¹⁴ The Scots students continued to study abroad, mainly in Cologne, Louvain¹⁵ and Northern Italy¹⁶ during the fifteenth century, France and during the sixteenth century and, after the Reformation,¹⁷ in the Netherlands¹⁸ and in the German universities during the eighteenth and nineteenth centuries.¹⁹ Between 1600 and 1800 about 1600 Scots matriculated from the Law Faculty at Leiden alone.²⁰ Upon their return to Scotland, these trained lawyers were accustomed to the Roman law concepts of *ius commune* and sources of laws with which they had become familiar during their European vocational studies. The contemporary archives in Scottish cathedral libraries are evidence of the availability of much Roman law literature along with canon law that attests to the influence of Roman law.²¹

The reception of Roman law in Scotland in its formative period was affected by the vocational factors that impacted on civil procedure in the courts. The formation of the advocates into an association or Faculty of Advocates that had control over the conduct of the court also reflected the pleaders in the Civil law tradition.²² The Catalogue of the Library of the Faculty of Advocates published in 1693 also has resources that served as texts used by the Bartolists and French customary lawyers, the decisions of the French parlements, the authored works of Charles Dumoulin and Guy Pape; and includes treatises

¹³Robinson, Gordon and Fergus at supra 2 at 8 at 65 -67. They give an instance of William Spynie (1406) studied Arts and Canon law in Paris, and Roman law in Avignon. Later he was involved in the case of *Bishop of Aberdeen v Crab* recorded in the register of the diocese of Aberdeen. In this case a charter granted to Crab and his wife by a former bishop was challenged by the grantee who succeeded him in his court as feudal superior. A cleric, William de Spynie, in turn challenged the jurisdiction of the latter bishop on the ground that he was a judge in his own cause: see Gordon, et al at 7-8. See also D.E.R. Watt, A Biographical Dictionary of Scots Graduates to 1410 (1977)., Clarendon Press, 1977.at 1410

¹⁴ Bishop Wardlaw who had studied Roman and Canon law at Orleans and Avignon, founded the University of St Andrews in 1413. The university's bull of foundation provided for the teaching of both Civil and Canon law but seems that only Canon law was taught. Bishop Turnbull, who had studied at Louvain and Pavia, founded the University of Glasgow in 1451. The University of Aberdeen was founded in 1495 by Bishop Elphinstone who had studied Arts at Glasgow, Canon law in Paris and Civil law at Orleans. He prescribed the Orleans course in Civil law for Aberdeen. There were many trained lawyers in Scotland, although not as many graduated from local universities. The papal bull made provision for the teaching of both Civil law and Canon law, and also improved remuneration for professors and also granted dispensation (special permission given by the Church) to clerics to study civil law. See Gordon, supra 2 at 8-9; Cairns supra 13 at 69.

¹⁵ See J. H Baxter, Scottish students at Louvain University, Scottish Historical Review Vol 25 no 100 (1928) 327-334.

¹⁶See RJ Mitchell, Scottish Law Students in Italy in the Later Middle Ages (1937)49J.R. 19-24.

¹⁷On the Reformation, see Cairns (n 66) 76-77. The Reformers wished to promote the academic study of Roman law as evidenced by The First Book of Discipline of 1561 providing for instruction in Roman and municipal law. See Cameron the First Book of Discipline with Introduction and Commentary (1972) 140-1 – 140-3.

¹⁸See J.W. Cairns "Importing our lawyers from Holland: Netherlands influences on Scots law and lawyers in the eighteenth century" 1999 (20-22) J of Legal History 49-52

¹⁹See A. Rodger "Scottish advocates in the nineteenth century: The German connection" 1994 (110) LQR 563.

²⁰See Gordon supra 2 at 9-10.

²¹Ibid at 37

²² J.W. Cairns, supra 3, 14 at 86-7

by Dutch jurists such as Leeuwen, Matthaeus, Voet, Grotius, Huber, Noodt, Vinnius, etc.²³

The practitioners initiated this process in 1750 with the introduction of a compulsory examination in Scots law as an entry requirement to the faculty.²⁴ This requirement in addition to a mandatory qualification in Roman law, initially introduced in the seventeenth century indicates that Civil law had been assimilated into the Scots legal framework. It has been argued that the reception of Roman law in Scots law has to be evaluated alongside the “sources of early Scottish law, the Norman influence, feudal tenures and royal justice”. was through the role of legal practitioners who practiced a hallowed tradition of Civil law.²⁵ Prior to the establishment of the Court of Session in 1532 Scotland there was an academic shortfall and there was a pathway towards studying the Roman-law concepts and principles and civil code.²⁶

The creation of the Court of Session in 1532 permitted Scotland its first centralised, authoritative secular court, with the Lord President and seven of the fifteen “senators” originally appointed being churchmen.²⁷ It provided the forum for the “professional advocates” almost all of whom had studied Roman law and the *ius commune*. The advocates applied Roman law in their pleadings and the majority of judges were capable of adjudicating and as a result the court adopted Romano-canonical procedure and introduced a considerable number of Roman rules and concepts. The Reformation ended the authority of canon law when Papal authority was rejected in 1560 and when canon law was already accepted as part of Scottish law, the courts continued to apply it if it was not in conflict with reformed doctrine.²⁸

An integral part of legal tradition developed by the Scottish institutional writers was the collection of important judicial decisions the so-called ‘practicks’. Apart from decisions ‘practicks’ there were also digest ‘practicks’ which resembled handbooks containing references to decisions and other authorities.²⁹ Apart from being used as precedents, these collections acknowledge the importance of Roman law³⁰ that was being consulted and applied whenever there was no existing Scots legal authority to apply as precedent in a new set of circumstances.³¹ The lack of literary sources to reference Scots law based on Roman principles can be determined by the publication of first substantial thesis on Scots law, the *Ius Feudale* by Sir Thomas Craig, that was written in Latin in 1606, but only printed in 1655.³²

²³Watson, in *Stair Society Vol 1, An Introductory Survey of the Sources and Literature of Scots Law*, (1936) 177.

²⁴Robinson, Fergus and Gordon, supra-2, 12 at 245.

²⁵ Cairns, supra 3,14 at 128

²⁶Kenneth Reid and Reinhard Zimmermann, Reid & Zimmermann (eds) *A History of Private Law in Scotland Vol 1* (2000) Oxford University Press pp 15-27

²⁷See Gordon supra 2 at 13.

²⁸*Ibid.*

²⁹*Ibid.* at 14; See Robinson supra 2 at 233-234.

³⁰See Avon Clyde (ed) for Sir Thomas Hope’s *Major Practicks* (publ by the Stair Society – Hope’s *Major Practicks* 1608-1633) Vols 1 & 2 (Publications of the Stair Society, 3 and 4, Edinburgh, 1937 and 1938).

³¹See the remarks made by John Lesley, Lord of Session in 1564 in *De originemoribuset rebus gestisScotorum* (Rome, 1576) 71.

³² *The Jus feudale/ by Sir Thomas Craig of Riccarton: with an appendix containing the Books of the feus, a translation by James Avon Clyde, Edinburgh : W. Hodge; 1934*

Craig defined the feudal law with as much relevance in Europe as in Scotland and this was significant because firstly, because to some extent its structure followed the institutional scheme of personality, choses and pleadings that were being used by the Roman jurists Gaius and Justinian. Secondly, Craig established the status of Roman law as one of the sources of Scots law and considered Roman law to rank below Scottish legislation, judicial decisions and feudal law. However, he accepted that there was the possibility of citing the reference to Roman law since much of Scots law was unwritten and unsubstantial. Thirdly, he used Roman law and its jurists to fill the lacunas in Scots law on general points such as the “question whether the right over a feudal vassal a type of ownership (dominium) is or merely a usufruct (liferent). This developed into the conjecture based on natural law from the seventeenth century, when this was seen as an alternative source of general authority and Roman rules were accepted or rejected according to whether they were seen as “natural” or not.³³

James Dalrymple, the Viscount Stair, published his *Magnus Opus the Institutions of the Law of Scotland* in 1657 that provided the “foundation for the Scots law”.³⁴ He cited Roman law throughout, firstly as a source of abstracts concepts, secondly, as persuasive authority and thirdly, as highly persuasive because of its inherent equity and inspiration from reason and natural law. Although Stair was critical of the structuring of legal treatises on the model of the *Institutes of Gaius and Justinian*, he used the Roman structure to a certain extent to sustain the principles of Roman jurisprudence as integral to Scots law.³⁵ The next stage of incorporation of Roman law was based on the Sir George Mackenzie’s *Institutions of the Law of Scotland* published in 1684 with eight editions between then and 1758, and in 1754, replaced by Erskine’s *Principles*) followed the Roman institutional order more abundantly. The adoption of the structure was according to Scottish needs, for example in considering the division between immovable (heritable) and movable property, which is foreign to Roman law. Mackenzie also considered Scots statutes, court decisions and customs above Roman law, and although he abhorred the adoption of complete sets of rules where it was not strictly necessary, he permitted much of Roman law had already been incorporated into the framework of Scots law.³⁶

Lord Bankton (Andrew McDouall), in his *An Institute of the Laws of Scotland in Civil Rights* divided his text book into three volumes that were published between 1751 and 1753. They followed the order of Stair’s *Institutions* but modified it to conform more approximately to the order of Justinian’s *Institutes*. He frequently cited Roman texts but did not source Roman law but used it for the purpose of analysis and obiter dicta discussion during the summation of cases.³⁷

The practitioners and the theorists shaped the adoption of Roman jurisprudence and unlike in other Continental jurisdictions this did not lead to the codification of a national civil. Instead, it was an independent application of Roman law and in the 19th Century

³³Gordon supra 2 at 16-18; Cairns supra 3 at 98-100.

³⁴ Sir James Dalrymple, 1st Viscount Stair, University of Glasgow story <https://www.universitystory.gla.ac.uk/biography/?id=WH0009&type=P>

³⁵Gordon Ibid at 18-19 .

³⁶Ibid at 19-20.

³⁷Ibid at 22-23.

was invoked at the law school in Edinburgh in 1860s when James MacKintosh was appointed to the chair of Civil law. He was a practicing advocate who adapted Roman law concepts to Scottish jurisprudence when he wrote a treatise *Roman Law in Modern Practice*³⁸ a positivist framework that conceptualised Roman legal tradition to the legal practice in Scotland.

He stated in his archives "I note among the legal luminaries on the Bench some divergence of opinion, or at any rate some difference of emphasis, with regard to the value and authority of the Roman Law for present-day purposes. ... The real question is what weight do the Civil Law and its commentators carry in the actual adjudication of disputed issues?".³⁹ The legislature also did not codify the procedural law and "unlike most of these jurisdictions, where the 'practical' use of Roman law as a source of law ceased upon codification, to be replaced by a civil code of some description consisting of general rules of law (often very heavily based on nineteenth-century Pandectist conceptions of Roman law)".⁴⁰

MacKintosh espoused the legal history, the relationship between Roman and Scots laws which he referenced as based on the formative period of the corpus juris formulated under Justinian's rule by declaring the various aspects of Roman private law. He emphasised that it had to satisfy the requirement in civil procedure for "Roman law served a thoroughly practical purpose in the context of legal practice in Great Britain".⁴¹

There were indications in the courts that the Roman law was of persuasive effect in decision making process.⁴² The basis of the Roman tradition was formulated in academic textbooks which were to train the aspirants to the legal profession. Craig's *Jus Feudale*.⁴³ This work is regarded as the first organised textbook on Scots law states that, where "no answer to a legal problem can be found by reference to native Scots sources, recourse may be had to both Canon law and Roman law".⁴⁴

The first training manual to teach civil procedure was the standard Scots law textbook, *Gloag and Henderson* which states that Scots law consists of enacted (= statute) law and non-enacted (= common) law. The authors reject the concept of the 'common law' of Scotland and they proffer that the 'common law' of Scotland is 'in large measure derived from the civil law'.⁴⁵ This was confirmed by the publication of the procedural handbook in 1932 in the form of the *Encyclopaedia of the Laws of Scotland*, which explained that "Roman law acted as a buffer to the development of the English common law during the formative period of Scots law, thereby restricting the extent of its influence upon Scots law".⁴⁶ This meant that the civil justice system was encouraged and developed of its own accord and that it was

³⁸James MacKintosh, *Roman Law in Modern Practice* Edinburgh, Green and Son 1934, Preface.

³⁹ Ibid, p 1-2

⁴⁰ Ibid

⁴¹ Ibid

⁴² In *Sinclair v Brougham* [1914] AC 398 it was held by Lord Dunedin that Roman law was not authoritative, but merely instructive.

⁴³The *Jus feudale* / by Sir Thomas Craig of Riccarton; with an appendix containing the Books of the feus, a translation by James Avon Clyde. Edinburgh: W. Hodge; 1934

⁴⁴The *Jus feudale* Book 1, *Stair Society Volume 64*, p 410

⁴⁵ W. MGloag and RC Henderson, *Introduction to the Law of Scotland*, Edinburgh: W. Green & Son. 1927: paragraph 17

⁴⁶ A. Murray, (1st Viscount Dunedin), ed., *Encyclopaedia of the Laws of Scotland*, Edinburgh: W. Green & Son, (1932) at 74.

received in the procedural law that was adopted to conform with the substantive law principles.

II. ABSORPTION OF COMMON LAW IN THE SCOTTISH LEGAL SYSTEM

In comparison with Roman law the adoption of English law emanated prior to the Union of Scotland and England in 1707, by which Scotland voluntarily joined England in the new Kingdom of Great Britain and transferred sovereignty to the British Parliament. The influence of the *ius commune* and especially of Roman-Dutch law persisted well into the eighteenth century, but the influence of civilian law eventually declined, and Scots law became increasingly subjected to anglicisation. The reception of parts of Roman (civilian) law by the Scottish courts (especially the Court of Session), which wove it into the fabric of Scots law through which it acquired binding authority by the system of precedent.⁴⁷

The Scots law was severed from its main source of development and was inevitably influenced by new developments in English law. Secondly, although the independent Scots court structure was preserved in the Acts of Union of 1707, the House of Lords became the highest court of appeal from the Court of Session in Scotland too. This was the platform for English-law to influence the Scots law in the spheres of private law and public law, except that in criminal law the House of Lords had no jurisdiction.

The history of the right of appeal to the House of Lords gave the English judges the opportunity of influencing Scots law. In *Greenshields v Magistrates of Edinburgh*⁴⁸ the appellant Greenshields was a Scottish episcopalian minister who appealed in 1710 after he was imprisoned by the Edinburgh magistrates for using the English Book of Common Prayer to conduct a service for a private episcopalian congregation. The Lords' decision confirmed that no law in Scotland proscribed the Prayer Book liturgy and provided a degree of legal recognition to the episcopalians who used it.⁴⁹ This provided the opportunity for an appeal under the Court of Session Act 1808 which introduced a limit to interlocutory appeals that has endured. The right exists if the Court of Session is not unanimous; otherwise only that court can give permission to appeal.⁵⁰

The Scots law borrowed from the English law reports published by Blackstone with decisions of English courts on legal points undecided in Scots law.⁵¹ This led to the

⁴⁷T B Smith states in 18th and 19th centuries a policy of anglicising Scots law was pursued in a deliberate and indeed offensive manner' (T B Smith, *The Hamlyn Lectures, British Justice: The Scottish Contribution*, London, Stevens, 1961, p 85).

⁴⁸(1709) 1 Rob 12.

⁴⁹ Ben Rogers, *The House of Lords and Religious Toleration in Scotland: James Greenshields's Appeal, 1709–11*, *Studies in Church History*, Edited by Rosamond McKitterick, Charlotte Methuen, Andrew Spicer, Volume 56: *THE CHURCH AND THE LAW*, June 2020, pp. 320 – 337
DOI: <https://doi.org/10.1017/stc.2019.18>

⁵⁰Under the Courts Reform (Scotland) Act (CRA) 2014 the civil cases from Scotland need permission from judges before they reach the UK Supreme Court, which means that a party that wants to overturn a decision of the Inner House of the Court of Session must now seek the Court's permission before trying to bring a further appeal to the Supreme Court. If the Inner House refuses permission, a party can then ask the Supreme Court directly for permission to appeal.

⁵¹Blackstone: *Introduction to the Laws of England*, Section 4 *Of the Countries Subject to the Laws of England*. He states in his commentary that prior to the Union Treaty there was "diversity of practice between two large and uncommunicating jurisdictions". Sir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England in Four Books. Notes selected from the editions of Archibald, Christian, Coleridge, Chitty, Stewart, Kerr, and others, Barron*

infusion of English concepts into Scots law primarily by means of legislation and court decisions, and it became less necessary to refer to Roman law or the *ius commune* for guidance. There were also socio-economic factors that led to the absorption of English law and following on the unprecedented growth in trade and industry in England after the Industrial Revolution of the 1850s, the acknowledgment of the superiority of English mercantile law and the trade advantages inherent in commercial transactions with English merchants led to a wholesale reception of English commercial law into Scots law.⁵²

In the 18th and 19 centuries the Scottish appeals to the House of Lords continued even though, although Scot lawyers such as Lord Mansfield became eminent practitioners in England, it was only after the creation of the first life peers, the Lords of Appeal in Ordinary, in 1876 that it became the practice to have at least one Scottish Law Lord. This Supreme Court largely composed of an English judiciary gave judgments that in considering the large volume of Scottish appeals overruled many of the decisions of the Scottish courts.

In *Bartonsbill Coal Co v Reid*⁵³, a miner was killed by the negligent operation of the machinery for elevating him onto the surface. The Inner House of Sessions held the employer liable, ruling that the miner and the machine operator were not *collaborateurs*, –in effect stating that the coal extraction and lifting it to the surface were different operations. The House of Lords held that the miner and the operator were both engaged in extracting coal from the pit under the doctrine of common employment. Lord Cranwith stated “that there is no decision in the Scotch Courts which is not capable of being reconciled with the authorities upon this subject in our Courts; although there are occasional dicta of the Judges, which strongly tend to raise a distinction between them. I am satisfied, that the principle, upon which the English Courts have proceeded, is the correct one, and ought to be applied to this case”⁵⁴ The implication was that if such be the law of England, on what ground then it was also the law of Scotland.

The English cab rank rule that is applicable to barristers in England was assimilated by the advocates in Scotland.⁵⁵ The substantive and procedural aspects have also been assimilated by the Scots law from the English jurisprudence. This has been observed in the areas of tort, property and contract law and this process has been because of case law and the precedence established by the courts.

In a Scottish case of occupiers liability of *Dumbreck v Addie*⁵⁶, the Inner House of Sessions found that the occupier was at fault when the child trespasser was injured when machinery was started without warning in an unfenced field which the defenders knew was frequented by children. In the House of Lords the Scottish law lords both Lord Dunedin

Field's Analysis, and Additional Notes, and a Life of the Author by George Sharswood. In Two Volumes. (Philadelphia: J.B. Lippincott Co., 1893). Vol. 1 - Books I & II.

⁵² The Treaty of Union decreed that laws concerning trade, customs and excises were to be harmonised. Section XVIII states “That the Laws concerning Regulation of Trade, Customs and such Excises to which Scotland is by virtue of this Treaty to be lyable be the same in Scotland from and after the Union as in England –“

⁵³ (1858) 3 Macq 266, 285.

⁵⁴ Par. 799.

⁵⁵ In *Batchelor v. Pattison & Mackersy* (1876) 3 R. 914, 918. Lord Ingliss, Lord President of the Court of Session held that the cab rank rule applied in Scotland.

⁵⁶ SC HL 51, [1929]

and Lord Shaw of Dunfermline accepted the principles of English property law by ruling with the majority by enforcing the duty of care owed by occupiers to invitees, licensees and trespassers, in providing a remedy to a child trespasser who had been injured.

The common law's influence was further extended by the House of Lords case of *Donoghue v Stevenson*⁵⁷ of the allegedly decomposing snail in a bottle of ginger beer bought by A but consumed by B was heard by the Court of Session. The Scots law of delict was applied based on the Roman law concept of *culpa* or fault which meant that if somebody was at fault and harmed someone by his carelessness, 17th century Scots law that they were liable under fault liability even though he had no contract with that person. The Scots law of delict is a law of tort, and not a law of a number of torts and there is an overarching principle of extra-contractual liability and reparation. This overarching principle is based on the Roman law *action legis aquiliae*, as developed further by the *ius commune* principle and Scots lawyers interpret the precedence of Scots law in delict (as in contract), not incrementally on a case-by-case basis, but against an intellectual framework of Civil law.⁵⁸ This was contrary to the 19th century English notions of privity of contract, whereby a third party was not allowed to benefit from a breach of a contract between others. Their Lordships held that there could be liability if the facts were proved. Lord Atkin stated the 'neighbour' principle that has affirmed the duty of care principle in tort and applies in English law.⁵⁹ This case has established the formulation of a general principle of liability for negligence by borrowing from the Scottish legal tradition based on Civil law.⁶⁰ This was primaced on Lord Macmillan's reference to the institutional writer Erskine⁶¹ who stated a 'neighbour' in the context of a generic delictual liability rule that was considered to be the subject of Lord Atkin's definition of the neighbour principle.⁶² The principle of liability established under *Donoghue v. Stevenson*, establishes the general duty of care rule in the form of the 'neighbour principle'.⁶³ and it is contended that the Scots law has been influenced by English law and vice versa.⁶⁴

There are substantive areas of law of English property law in Scot law which are comparable in scope or content.⁶⁵ This has been described as a "construct of civilian principles tempered by common law pragmatism".⁶⁶ The "*original modes of acquisition of*

⁵⁷ 1932 SC (HL) 31, [1932] AC 562

⁵⁸ H. MacQueen and W. D. Sellar, 'Negligence', in K. Reid and R. Zimmermann (eds.), *A History of Private Law in Scotland*, vol. 2 (Oxford University Press, 2000), p. 517-547, at p. 521-524.

⁵⁹ "In Scots and English law alike a manufacturer of products, which he sells in such a form as to show that he intends them to reach the ultimate consumer in the form in which they left him, with no reasonable possibility of intermediate examination, and with the knowledge that the absence of reasonable care in the preparation or putting up of the products will result in an injury to the consumer's life or property, owes a duty to the consumer to take that reasonable care". Lord Aitken at 57.

⁶⁰ R. Evans-Jones, 'Roman Law in Scotland and England and the development of one law for Britain', 115 *Law Quarterly Review* (1999), p. 628.

⁶¹ J. Erskine, *An Institute of the Law of Scotland* (Bell, 1773), Book III, 1, 13, p. 415

⁶² see D. Visser and N. Whitty, 'The Structure of the Law of Delict', in K. Reid and R. Zimmermann (eds.), *A History of Private Law in Scotland*, vol. 2 (Oxford University Press, 2000) p. 422, 438. See also W. J. Stewart, *Delict* (4th edition, Thomson/Green, 2004), p. 9

⁶³ [1932] AC 562, 1932 SC (HL) 31

⁶⁴ R. Leslie, 'Scotland (Report 2)', in V. V. Palmer (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide* (Cambridge University Press, 2001), p. 240

⁶⁵ E. Reid, in J. C. Rivera (ed.), *The Scope and Structure of Civil Codes*, p. 362.

⁶⁶ Robinson *et al* *supra* p 232.

property and the modes of transfer of movable property are almost wholly civilian as is the law relating to servitudes and real security, diligence (execution of judgments) and bankruptcy".⁶⁷ This includes the concept of the rule that postage of an agreement in the mail box is acceptance of contract based on offer and acceptance. The Scots law framework has not adopted the civil law method for the protection of property the *rei vindication* (action of delivery).⁶⁸

The adoption of property law principles has also developed through the courts that have borrowed from English law. In *Cameron v Youngs*⁶⁹, Lord Robertson introduced into Scots law the English precedent in *Cavalier v Pope* [1906] AC 428 by its reasoning that a landlord was not liable to anyone other than the tenant for injurious defects in the property. His lordship stated, "These principles have no application at all to persons who are within the house, for they have and can have no right to be there except by the licence of the owner, given by the owner on certain terms to the person with whom he chooses to contract".⁷⁰

In Scots law two fundamental principles of property law have been retained from civil law which are the transferor can reclaim property title if the contract is void (for example by *rei vindicatio*, *condictio sine causa* or a similar remedy). This is because the transferee never acquired ownership, due to the deemed absence of *iusta causa traditionis* as the result of the diminution in the contract for the sale of the real estate because of the defect of title. The consensual conveyance is considered a sale of land in a non-inherited conveyance, because the consent is incorporated in and creates a valid contract, that is also termed the just. (*iusta causa traditionis*).⁷¹

This is despite adherence to the maxim *inaedificatum solo cedit*, which is form of ownership exemplified by the Tenements (Scotland) Act of 2004 that allows ownership in apartment buildings.⁷² There is a strong civilian influence in the field of intestate succession (parents and siblings share in the estate) but the law has followed the English tradition of testate succession in certain respects. It has retained the institution of a legitimate portion and imported the device of a trust but adapted it to a civilian mode.⁷³ The Scots law has not adopted the English system of legal and equitable ownership but divided the trustee's estate into ordinary and trust patrimony, which placed the trustee in a fiduciary relationship with the beneficiary and gave the beneficiary a fortified personal right to enforce his or her interests.⁷⁴

The Scot property law prescribes a single and indivisible *dominium* as ownership and absolute entitlement, instead of the English concept of *title* with (theoretically) relative

⁶⁷Reid supra 65 at 252

⁶⁸ K. Reid, *The Law of Property in Scotland* (Butterworth, 1996), para. 158, p. 129-130; J. Stair, *The Institutions of the Law of Scotland*, David M. Walker (ed.), (The University Presses of Edinburgh and Glasgow, 1981) (1st ed. 1681), IV, 3, 45, p. 830.

⁶⁹[1908] UKHL 410 45 SLR 410

⁷⁰ Ibid

⁷¹ A. J. Gretton and J. Steven, *Property, Trusts and Succession* (2 nd edition, Bloomsbury Professional, 2013), p. 37. Also see T. B. Smith, *A Short Commentary on the Law of Scotland*, p. 539.

⁷²Ibid at 255.

⁷³at 270.

⁷⁴M. Bridge, *Personal Property Law*, 4 th edition (Oxford University Press, 2000), p. 6-10. The main legislative acts came in the form of 4 Trust Acts in 1861, 1863, 1867 and 1891, which were consolidated in the Trusts (Scotland) Act 1921 (the "1921 Act"). This 1921 Act remains the substantive legislative framework for trusts in Scotland and gives the power to trustees to vary the trusts as part of their administrative duties.

entitlements.⁷⁵ The ownership can only be conveyed based on an underlying reason recognised by the law (*iusta causa traditionis*), most commonly a contract capable of transferring ownership (e.g. a sale, but not a loan for use, *commodatum*). Where the conveyance is sufficient to transfer ownership, irrespective of the validity of any underlying contract, the system is abstract, which is transposed by civil law in the present Scottish system.⁷⁶

The English trust is founded on this legal concept of simultaneous different qualities of ownership⁷⁷ but the Scots law has not assimilated an equivalent to the English trust. The 'trust' in Scots law is a type of an extended *fiducia* based on contract, in that the trust property may be conceptualised as being held as a special patrimony (a discrete estate) separate from the general patrimony of the trustee, so that the creditors of an insolvent trustee are also bound by the entitlement of the beneficiary to that special patrimony.⁷⁸ The Scots law has abolished the feudal system by the enactment of the Abolition of Feudal Tenure (Scotland) Act 2000 after 800 years of its existence.⁷⁹

The separate streams of jurisprudence that the Scots law inherited from both the English law and the Roman law means that it did not codify its laws. The mixed system is based on judge made law and legislation and there is no parallel with a Napoleonic Code or those codes adopted by the European states. Instead, TB Smith states that the "*possibility of fixing the orientation of Scottish law by codification really, passed when during the 19th century the new legal situation common to both Scotland and England resulted in the development of a substantial amount of what was in effect British law. In this development Scottish and English solutions affected each other reciprocally, and separate general codification of laws for one country only ceased to be a practical proposition*".⁸⁰

The existence of a British law that encompasses Scotland owes itself to not the institutional writers but to the judges and law lords of the Supreme Court. It is the development of precedence that has allowed the existence of the precedence that has blended Scots law with the English law. It is noticeable that the tort law is mostly judge made but the contract law is based on the treaty principles of the Union Treaty whose object was harmonisation of the commercial laws. The property law has also been developed through the mechanism of feudal land tenures and is separate from England and the legislature has abolished feudalism leading to a more autonomous substantive law of Scotland.

⁷⁵ F. H. Lawson, B. Rudden, *The Law of Property* (3rd edition, Oxford University Press, 2002), p. 68;

⁷⁶ This theory of abstract delivery goes back to F C v Savigny, *System des heutigen römischen Rechts* (1840-49) vol 3, 312-313, (indirectly also) vol 4, 244-246, and can especially be found in Savigny, *Das Obligationen rechtals Theil des heutigen Römischen Rechts*, vol 2 (1853) 254-261, in particular at 257 and note (m): see now § 929 BGB. See also Reid, *Property*, para 608; D L Carey Miller, "Systems of property: Grotius and Stair", in D L Carey Miller and D W Meyers (eds), *Comparative and Historical Essays in Scots Law. A Tribute to Professor Sir Thomas Smith QC* (1992) 13, 28.

⁷⁷ F. H. Lawson and B. Rudden, *The Law of Property*, p 86, 94.

⁷⁸ G. Gretton, 'Trusts without Equity', 49 *International and Comparative Law Quarterly* (2000), p. 599, 606, 609-610, 614

⁷⁹ Section 2 states "*An estate of dominium utile of land shall, on the appointed day, cease to exist as a feudal estate but shall forthwith become the ownership of the land and, in so far as is consistent with the provisions of this Act, the land shall be subject to the same subordinate real rights and other encumbrances as was the estate of dominium utile*".

⁸⁰ T. B. Smith, *English Influences on the Law of Scotland*, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 3, No. 4 (Autumn, 1954), pp. 522-542 at 521

III. COMPARATIVE LAW DEVELOPMENT OF SOUTH AFRICAN LAW.

BLENDING CIVIL LAW IN A 'MIXED' SYSTEM

The civil procedure that has facilitated the reception of Roman law in Scotland has a parallel with the countries that have integrated the civil law concepts into their own framework such as South Africa that also has a 'mixed system'.⁸¹ The latter has a model based on the Roman-Dutch civil law that has inspired the Scottish jurists who consider their jurisdiction to be composed of English common law and civil law.⁸² The origins of the mixed legal system in South Africa originates in the Dutch East India Company which established a refreshment station at the Cape in 1652 under the Dutch Governor Jan van Riebeeck to provision goods for transportation to Netherlands,⁸³ Although sparsely populated by indigenous tribes, the Cape was considered a *res nullius* that became the property of the Dutch East India Company by occupation, and the law of Holland was declared to be the law applicable there.⁸⁴

The Cape was occupied by Britain, firstly in 1795 until 1803 in the course of the Napoleonic wars and again for a second time from 1806 until 1900, after it reverted briefly to the Dutch authorities. Under the Articles of Capitulation, the Dutch colonists were allowed to retain their existing laws and privileges. Article 7 of the Articles of Capitulation of 1795 allowed the colonists to "*retain all the privileges which they now enjoy*". This article also re-established the former Raad van Justitie "*to administer justice ... in the same manner as has been customary until now*" and according to existing "laws, statutes and ordinances". The Cape was formally ceded to the British government by the Convention of London in 1814 as part of a treaty concluded with the Netherlands. Article 8 of the Capitulation provides that "*the Burghers and Inhabitants shall preserve all their Rights and Privileges which they have enjoyed hitherto*"; and then, in the later Article 8 of the Articles of Capitulation of 1806, this clause was made applicable to all inhabitants of the Cape Colony.

In 1809 the Netherlands had adopted a variation of the French Code Civil and it was not possible for the administration in Cape to promulgate because the region was under the

⁸¹ E. Fagan, 'Roman-Dutch Law in Its South African Historical Context' in R. Zimmermann and D. Visser (eds), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford: Oxford University Press.(1996), 33–64, Van der Merwe, V. (2012), 'The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and Their Importance in Globalisation', *Fundamina: A Journal of Legal History*, 18 (1): 91–114; For a treatise on the continued relevance of Roman–Dutch law in South Africa, see H. Scott, 'The Death of Doctrine?', in J. Basedow, H. Fleischer and R. Zimmermann (eds), *Legislators, Judges, and Professors*, (2016), 223–248, Tübingen: Mohr Siebeck

⁸² K. Reid, 'While One Hundred Remain: T. B. Smith and the Progress of Scots Law', in E. Reid and D. L. Carey Miller (eds), *A Mixed Legal System in Transition: T. B. Smith and the Progress of Scots Law*, (2005), 1–29, at 10; Lord Cooper, "From David I to Bruce 1124–1329", in Introduction to Scottish Legal History, (Stair Society, vol 20, 1958) at 15.

⁸³ P Van der Merwe, et al, Palmer (ed) *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family* (2012) Cambridge University Press, p 3-4

⁸⁴ A letter from the Directorate of the Dutch East India Company (VOC) to the Council of India in 1621, couched in vague terms, stated that the law to be applied in the countries governed by the Council of India (also the Cape as *buitencomptoir* foreign dependency) was the law of the State of Holland. There is also an instruction of 1657 by Van Riebeeck (Colonial Archives, The Hague, 3969, Vol 1657: Political Resolution of February 21, 1657), to the so-called *freeburghers*, to live according to the laws of the Netherlands and India. See, further, Van der Merwe *et al* (n 3) 95-96; Hahlo & Kahn *The Union of South Africa The Development of its Laws and Constitution* (1960) 12; Fagan "Roman-Dutch law in its South African historical context" in Zimmermann & Visser (eds) *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa* (1996) 39.

legal jurisdiction of the British colonial overlords.⁸⁵ This led to a large-scale legislative importation into the Cape of English commercial law relating to shipping, insurance, company law, insolvency, intellectual property and negotiable instruments.⁸⁶ This led to the adoption of the mercantile law that was based on English statutes after the Colebrooke-Bigge Commission Report stated that the Roman- Dutch law was not comprehensive enough to provide the means for recovery in commercial transactions.⁸⁷ The English system of legal reporting was also introduced which consecrated the doctrine of *stare decisis*. The documentation accepted by the court had to be drafted according to the English specimen and the testamentary documents such as wills and probate had to be on the English model of disposition of property.⁸⁸ It has been argued that the British authorities accepted at this time that the Roman-Dutch law was adequate in providing for the Dutch population to not abandon it and permit its application in those areas of jurisdiction where it did not conflict with English legal principles.⁸⁹ The effect was that the “English authorities settled for a more moderate programme of gradual adjustment and piecemeal reform of the Cape system of administration of justice, which soon acquired a typically British flavour”.⁹⁰ The extension of the mixed system of jurisprudence of South Africa owes itself to the departure in 1837 of fifteen thousand Dutch colonists called “Voortrekkers”, who were not amenable to being governed by English law.⁹¹ The migrants left the Cape geographical entity and established the Republics of the Orange Free State and of the Transvaal in 1854 and 1852 respectively. These new Republics stipulated in their Constitutions that Roman-Dutch law would be the governing norm in these territories.⁹² The Constitution of the Republic of Transvaal adopted the *Trader’s Handbook*, an elementary work by the Roman-Dutch jurist Van der Linden, as the inspiration of its law. In its application it adopted the English procedural rules of a jury in its courts system.⁹³ The independent Republics made a leap of faith by duplicating the English influenced commercial and public- law that was being implemented in the Cape and commissioned their judges to sit on the bench.⁹⁴ These judges referenced the English, Scottish and, especially, Cape cases (as well as citing civilian sources other than the authorities of seventeenth-century Holland).

The jurisdictions of Transvaal, Orange Free State and the Republic of Natal, incorporated a “mixed jurisdictions” and this fused system remained after Natal was annexed to the

⁸⁵ See, in general, Du Bois “Introduction” in Van der Merwe & JE du Plessis (eds) *Introduction to the Law of South Africa* (2004) 9-10

⁸⁶ Hahlo & Kahn, *The Union of South Africa The Development of its Laws and Constitution* (1960) 18-20.

⁸⁷ “Law is singularly deficient, but the Judges are enjoined to follow the principles and practice of those States which are most distinguished by their Commercial enterprise and experience.” See the Report of the Colebrooke-Bigge Commission See Report of 6 Sep 1826, *pr* in Theal (ed) *Records of the Cape Colony* Vol 28 (1905) at 1-111 at 14

⁸⁸ See, in general, Du Bois “Introduction” in Van der Merwe & JE du Plessis *supra* 86 at 11-12, 14-15

⁸⁹ *Ibid* at 10-11.

⁹⁰ Du Bois “Introduction” in Van der Merwe & JE du Plessis *supra* 86 at 94.

⁹¹ Van der Merwe, See Palmer (ed) *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family* *supra* 84, at 3-7.

⁹² *Ibid* 105-106.

⁹³ *Ibid* 97, 117

⁹⁴ Corrie van der Merwe, The Origin and Characteristics of the Mixed Legal Systems of South Africa and Scotland and their importance in Globalisation, *Fundamina* 18 (1) 2012 pp 91 -114

Cape in 1843, and it became a separate English colony in 1856; the Orange Free State and the Transvaal both came under English control as Crown Colonies in 1902 (after the Second Anglo-Boer War). The Roman Dutch framework was abrogated and the old legislative and executive structures were replaced by new constitutions that assigned them as Royal colonies which were incorporated by the seal of a governor representing the Crown, and nominated Executive and Legislative Councils.⁹⁵ The machinery of justice was in accordance with English structures and this was represented by the magistrates courts which replaced the *landdrosts*' courts and the justice of the peace was established for criminal cases. The mixed law legal apparatus was maintained by the English law-inspired statutes being complimented by ordinances that preserved the status of Roman-Dutch law.⁹⁶

After 1910 when South Africa achieved its independence as a Dominion, and it became an independent nation within the British Commonwealth in terms of the Statute of Westminster in 1931. It abolished appeals to the English House of Lords in 1955 and became a Republic in 1961. In its contemporary articulation in the South African law has become distinctly mixed through the blending of Roman-Dutch law and English law by the courts and the legislature.⁹⁷ This was because the rise of Afrikaner nationalism which facilitated "between 1960 and 1980, to a resuscitation of Roman law back to its inception in the *jus commune*". Its existence in the present framework is in the field of private law with the province of the public-law to fall under the influence of English law.⁹⁸

Lord Cooper, senior judge and former Lord Advocate of Scotland contends that the adoption of the Roman Dutch law in South African legal culture was beneficial and that Scot legal system "*might turn directly to the primary sources of the Civil law as a matter of everyday practice, though certainly they should be encouraged to engage with any academic literature which concerns the applicability of Civilian jurisprudence in the 21st century*". It has been argued that in terms of practice in the courts "*when looking to non-Scots precedent, the jurisprudence of a more developed system with its similar history and non-codified law has the potential to be particularly useful... the most potentially useful does not logically exclude the useful or even the fairly useful*". The proposal that Scots practitioners look to South Africa for guidance is set forth as a starting point, not as the most desirable end".

Lord Cooper states that "*the Scottish lawyer has been first and foremost a comparative lawyer since the thirteenth century, and when he ceases to be a comparative lawyer Scots Law will die*".⁹⁹ The impact on Scottish jurisprudence flows from the concept of *Regulae* – general rules that emanate from cases that 'the law may not be derived from a rule, but a rule must arise from the law as it is'.¹⁰⁰ The *regulae iuris* from Stein 's perspective is formulation of Roman law that it is not a fixed body of rules, but rather "rules" that were "recognised or found" to be

⁹⁵ Hahlo & Kahn *supra* 87 at 22-23.

⁹⁶ Van der Merwe *et al*, *supra* 84 at 99-100; Carpenter *Introduction to South African Constitutional Law* (1987) 59-73.

⁹⁷ Van der Merwe at 101-102, Also see See Du Bois *supra* 86 at 12-13.

⁹⁸ Du Bois *ibid* at 14-15

⁹⁹ Lord Cooper, Selected Papers 1922-54, (Oliver and Boyd, 1957), p.133 Also see H. MacQueen, 'Legal Nationalism: Lord Cooper, Legal History and Comparative Law', *Edinburgh Law Review*, vol. 9, no. 3, (2005) pp. 395-406. <https://doi.org/10.3366/elr.2005.9.3.395>.

¹⁰⁰ Justinian's *Digest*.50.17

applicable in a specific case.¹⁰¹ Law was therefore not created but "discovered", which means that enacted law in Rome began as "recorded customary law".¹⁰² The term *regula* (rule) was used to define some terms that were considered to be of general application.¹⁰³ The rule or *regula* did not establish law but emanated from existing law;¹⁰⁴ and it signified the present legal order.¹⁰⁵ The *regula* could later be consecrated in as a proper description of the *ius civile* and the judge who pronounced on several disputes in civil law at any given time.¹⁰⁶

IV. BENEFITS OF A MIXED SYSTEM OF LAWS

There is an analogy between the two streams of jurisprudence of the civil law and English common law because the objective purpose is to define what a rule is and "refine and to clarify, and through this to guide future practice".¹⁰⁷ The source or the judgments in the common law and civil law are arrived at differently because considerations of the judgments in the common law courts and jurists in the civil courts are conceptually separate. The judges in the common law courts and the jurists in civil law jurists who are formulating a cause of action reach their perspectives from different vantage points.

The civil law jurists can overrule the grounds upon which the legal proposition was based and move forward from those who had "guided practice in the wrong direction". In the Common law courts "*the aim of the judge is to resolve the dispute between the two litigants before them within the bounds of the law, yet as the old adage goes 'hard cases make bad law'. Compounding this, of course, is the fact that the judgment of a Common law court cannot be overturned until a real case*", which implies that a new precedence is established.¹⁰⁸

Lord Gill, former President and Lord Justice General of Scotland has argued that in the development of civil procedure there was a problem of deficiency, but it was not as great in the civil law as in the Common law. The assumed superiority of civil law jurisprudence to Common law principles "*does not lie in the substantive rules of the former, but rather in the fact that those substantive rules were separated from procedural forms at a relatively early stage in the development of Roman jurisprudence*".¹⁰⁹ The Roman reliance on *casus* means that there could be a transfer "*from casus to regulae and for the development of basic, yet sophisticated, legal concepts such*

¹⁰¹ P Stein *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh, 1966) at 4. Also see Rena van den Bergh, A rule must arise from the law as it is - and it is not cast in stone, *Fundamina*, vol.20 n.2 Pretoria 2014.

¹⁰² *Ibid* at 5-7.

¹⁰³ See D 50 17 1, *Paulus libro sextodecimo ad Plautium*: "Regula est, quae rem quae est breviter enarrat" ("A rule is something which briefly describes how a thing is"). All texts from the Corpus iuriscivilis are taken from *The Digest of Justinian* (Mommsen, Krueger & Watson edition). Stein supra 36 at 72-73

¹⁰⁴ D 50 17 1, *Paulus libro sextodecimo ad Plautium*. See *sv "regula"* A Berger *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1991) at 672.

¹⁰⁵ *Ibid* at 672. Legal maxims coined in early law were at times criticised by the classical jurists because they were no longer applicable to the economic relations and daily lives of later times.

¹⁰⁶ P Stein, P Stein *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh, 1966) at 4.

¹⁰⁷ Jonathan Brown, The Scottish Legal System – What Next? Scots Law as a Civilian System: A Response. University of Strathclyde research paper. https://pure.strath.ac.uk/ws/portalfiles/portal/90156116/Brown_SLG_2019_Scots_law_as_a_civilian_system.pdf

¹⁰⁸ *Ibid*

¹⁰⁹ Lord Gill Baron David Hume's Lectures 1786-1822, Vol I (edited by G. Campbell H. Patton) (Edinburgh: Stair Society, 1939), p.13

*as possession, fault and consent to similarly emerge at an early stage, which in turn allowed for coherent, rigorous and logical analysis of those concepts".*¹¹⁰

The difference is that despite the apparent proximity between an English judge and the civil law jurist, the Scots law has benefited from less reliance on the precedence of the courts over the duration for its consolidation because the Roman jurists had derived the principle by reasoning much earlier in their formulations.¹¹¹ This form of reasoning provides a nexus between the Scots law to the civil law and this connection can be of benefit to Scots law and is a direct source of law for the jurisprudence that is based on the Scots law. The basis of this reasoning is that civil procedure in Scotland is reliant on principles that are readily available than those that develop through the process of litigation which is a personal initiative of the party seeking redress.¹¹²

Professor Gordley argues by which the Roman jurists "*determine the legal problems that can be compared with the process by which the judiciary in Common law states decide cases.*"¹¹³ The common law judges examined cases to clarify the meaning of general concepts and the "*English judges used cases to determine the boundaries of the writs recognised by the Common law courts since (in the Civil and Common traditions respectively)*" and in Roman jurisprudence, "*the judge is taken to be so distinguished as an authority in the law that their pronouncements may be regarded, on their own merits, as authoritative.*"¹¹⁴ *Judge or jurist may err, but communis error facit ius (common error makes the law) and even a blatant mistake made by one of eminent distinction can take a long time to eradicate,*¹¹⁵ *if such excision is indeed at all possible*".¹¹⁶

In the law of contract, Scotland has eschewed the English-law principles of consideration and privity of contract and maintained consensus qualified by the doctrine of *bona fides* as the cornerstone of the law of contract. The harmonisation process as envisaged by the Treaty of Union has incorporated the commercial law and law relating to companies, insolvency, bills of exchange, copyright, patents and designs has been transplanted from English law mostly by means of legislation.¹¹⁷

The Scot contract law is a fused mix of both civil and English common law and this can be viewed by the concept of the law of error that has civil law origins.¹¹⁸ The parallel source since the nineteenth century is the importation of the English concept of misrepresentation,¹¹⁹ a part of the law of tort (although it appears in the context of the formation of contracts), while the 'classical' Scots law of error is conceptually a part of contract, because its idea is being a remedy that deals with a defect in consensus in the contract formation process. In consideration of the fact that this idea of 'error' is an

¹¹⁰ Ibid

¹¹¹ See Peter Stein, *Regulae Iuris: From Juristic Rules to Legal Maxims*, (Edinburgh: EUP, 1966)

¹¹² James Gordley, *supra* 42 at p.22

¹¹³ James Gordley, *The Jurists: A Critical History*, (Oxford: OUP, 2013), p.21.

¹¹⁴ P Stein, *Roman Law, Common Law and Civil Law*, [1992] *Tulane Law Review* 1591.

¹¹⁵ T. B. Smith, *Designation of Delictual Actions: Damn Injuria Damn* 1972 SLT (News) 125. There was a sequel a decade later: *Damn, Injuria*, again: 1984 SLT (News) 85

¹¹⁶ See the discussion in James Edelman, *Property Rights to our Bodies and their Products*, [2015] *University of Western Australia Law Review* 47, p.65.

¹¹⁷ the Copyright Act of 1709 (8 Anne c 19); the Partnership Act, 1890; the Bills of Exchange Act, 1892; the Sale of Goods Act, 1893; the Marine Insurance Act, 1906; and lately the Companies (Floating Charges) (Scotland) Act, 1961.

¹¹⁸ K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edn (tr T Weir) (1998) 204.

¹¹⁹ H Lévy-Ullmann, "The law of Scotland" (1925) 37 JR 370 at 390

incorrect and remediable solution the Scots contract law is Civilian based, and it concentrates on the erring party, while in the common law of the English tradition the remedy of misrepresentation the liability falls on the party at fault.¹²⁰

The Scottish courts consider error cases in litigation as raising an action in misrepresentation or, depending on the facts and their interpretation. The errors are dealt with as breach of contract events, without elaborating on the definition of error in their deliberations.¹²¹ This approach is derived from the English law, in contrast to the civil law systems which distinguish more obviously between defects in formation and defects in performance of the contract, and remedies exist for breach.¹²² The law of error in Scots law has the objective of resolving the conflict arising from the infringement of the intention (*volition*) of a party to a contract and their declaration or expression (*signumvolendi*).¹²³ This is one aspect and the other, is based on the principle that the other party can rely on the representor's statement.¹²⁴ The party may not always be bound by a contract if they contracted under error because that would invalidate the contract. This can be considered objectively and while error can be defined as a misconception, or a wrong or incorrect assumption about a matter of fact or of law.

The Scot contract law is a fused mix of civil and English law for instance the concept of the law of error that has civil law origins.¹²⁵ The parallel source since the nineteenth century is the importation of the English concept of misrepresentation,¹²⁶ a part of the law of tort (although it appears in the context of the formation of contracts), while the 'classical' Scots law of error is conceptually a part of contract, because its idea is being a remedy that deals with a defect in consensus in the contract formation process. In consideration of the fact that this idea of 'error' is an incorrect and remediable solution the Scots contract law is civilian based, and it concentrates on the erring party, while in the common law of the English tradition the remedy of misrepresentation the liability falls on the party at fault.¹²⁷ The civilian concept of error and the English liability for misrepresentation cannot be bridged and the Scottish courts in cases consider error cases in litigation as misrepresentation cases or depending on the facts and their interpretation. The errors are dealt with as breach of contract events, without elaborating on the definition of error in their deliberations.¹²⁸ This approach is derived from the English law, in contrast to the civil law systems which distinguish more obviously between defects in formation and defects in performance of the contract, and remedies exist for breach.¹²⁹

¹²⁰ A. Rahmatian, 'The political purpose of the 'mixed legal system' conception in the law of Scotland', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(6), (2017) pp. 843-863.

¹²¹ E. Örüci, "Comparative law as a tool of construction in Scottish courts" 2000 JR 27, 33, 36.

¹²² See P. Legrand, "Against a European Civil Code" (1997) 60 MLR 44, 53.

¹²³ This analysis of error in contract theory of Scots law is the legacy of the jurists of Natural Law, see R. Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 587, 613.

¹²⁴ This "reliance theory" is the product of eighteenth-century *ius commune* jurists in central Europe (as opposed to the "will theory" of Grotius and Pufendorf), and could already be found in the Bavarian *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* of 1765 (IV.1.25).

¹²⁵ K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edn (tr. T. Weir) (1998), 204.

¹²⁶ H. Lévy-Ullmann, "The law of Scotland" (1925) 37 JR 370 at 390.

¹²⁷ A. Rahmatian, 'The political purpose of the 'mixed legal system' conception in the law of Scotland', *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(6), (2017) pp. 843-863.

¹²⁸ E. Örüci, "Comparative law as a tool of construction in Scottish courts" 2000 JR 27, 33, 36.

¹²⁹ See P. Legrand, "Against a European Civil Code" (1997) 60 MLR 44, 53.

The law of error in Scots law has the objective of resolving the conflict arising from the infringement of the intention (*volition*) of a party to a contract and their declaration or expression (*signumvolendi*).¹³⁰ This is one aspect and the other, is based on the principle that the other party can rely on the representor's statement.¹³¹ The party may not always be bound by a contract if they contracted under error because that would invalidate the contract. This can be considered objectively and while error can be defined as a misconception, or a wrong or incorrect assumption about a matter of fact or of law.

The errors in Scot law can be distinguished according to the (i) extent of the error (ii) if the mistake has been induced by misrepresentation and (iii) relevance of it on record. If the error is uninvited, a contract can be voided only if the error is *in substantialibus*, that is traced to the fundamental nature of the contract. It is difficult to define the exact meaning and ambit of the "substantials": which Bell's classifies as of error *in substantialibus* which relates to the subject-matter of the contract, the contracting person (if personal identity is essential), the price, the quality of the thing engaged for, and the nature of the contract.¹³² This list reflects the basic types of error in Roman law, but it is not exhaustive, nor does it refer to any potential differences between unilateral and common error that led to the formation of the contract.¹³³

If the error has arisen from the innocent misrepresentation of the other party it must be material or, "essential" to the contract.¹³⁴ The notion of misrepresentation is borrowed from English law and is different from that of error.¹³⁵ It relates to the "material" or "essential" error that can be defined as an error that does not need to go to the root of the contract but must be sufficiently important to have induced a reasonable person to enter into the contract. Thus, the misrepresentation must have caused the error and therefore the English "innocent misrepresentation" and the Scots "essential error" appear to have become interchangeable.¹³⁶ The "Essential error" (*error in substantialibus*) under classical Scots law and is an "essential error" under modern Scots law and can be distinguished from innocent misrepresentation in the formation of an agreement.¹³⁷

The relevance of the error in law is relevant and decisions of the courts have shown that to exclude the errors from validating a contract the error must not lead to the subject matter

¹³⁰ This analysis of error in contract theory of Scots law is the legacy of the jurists of Natural Law, see R Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 587, 613.

¹³¹ This "reliance theory" is the product of eighteenth-century *ius commune* jurists in central Europe (as opposed to the "will theory" of Grotius and Pufendorf), and could already be found in the Bavarian *Codex MaximilianusBavaricusCivilis* of 1765 (IV.1.25),

¹³² The distinction between uninduced and induced error reflects the present situation of Scots law under the influence of the English law of misrepresentation. Before, there was no difference between uninduced and induced (essential) error. Misrepresentation became relevant only if it was fraudulent, see McBryde, *Contract*, 365. This reflected the position of the *ususmodernus*: compare Zimmermann, *Obligations* 610, and as to classical Roman Law (Ulpian), 593

¹³³ Bell, *Principles*, 4th edn (1839) § 11.

¹³⁴ See already in *Sword v Sinclair* 1771 Mor 14241, although it is doubtful whether this case was indeed one of unilateral error: W McBryde, "A note on *Sword v Sinclair* and the law of error" 1997 JR 281.

¹³⁵ *Angus v Bryden*, 1992 SLT 884

¹³⁶ E.g. "taking advantage" can also contain aspects of fraud: see *Steuart's Trustees v Hart* (1875) 3 R 192. Also, securing a good bargain means contracting at the expense of the other side, which the law does not normally prevent.

¹³⁷ McBryde, *Contract*, 372.

of the contract ie was *essentialibus*, when as a Civil law construct it can be allowed.¹³⁸ It is obvious that if the error relates to the legal consequences of the transaction, the contract is not terminated unless the error was induced by misrepresentation of the other party.¹³⁹ The reluctance to accept error in law as a ground for invalidating the contract can be traced back to Roman law.¹⁴⁰ The Scottish law of error is an example of the fusion or “commixtion” of the Roman law and the Common Laws, as it does not separate the legal division that is necessary in civil procedure in this area of law. The law of error and misrepresentation are an example of fusion that does not lead to remedies in the mixed legal systems to be readily distinguished.

Andreas Rahmatian argues that the solution would be procedurally flexible and “*it can be tailored in a broader way (property law with the laws of contract and delict), or more narrowly (within contract, for example the law of error), or may even be postulated as having an inverse effect (Scots law influencing English law, and not even a ‘classical’ Civilian concept that is normally supposed to characterise Scots law, but a Scots Common Law idea of some kind, such as in the tort/delict of negligence)*”.¹⁴¹

The retention of the civil law in the Scots legal system will enable the individual who is involved in a dispute to be reliant on *casus*, ie guidance that will lead the judge to have sufficient knowledge of the procedure to be adopted in the dispute. There has to be more informed training of English judges in Scots law who are likely to review appeals in the UK Supreme Court. This is because of the increasing role of the apex court after the Scotland Act 1998 which has allowed appeals to reach the Courts that are on devolution issues. Those appeals which concern the Human Rights Act 1998 are also heard in the Supreme Court in criminal matters and the judges need to have the expertise in the Scots law even when applying universal principles of law.

CONCLUSION

The Roman legal tradition has survived the test of time, and it is enshrined its civil law where the influence of institutional and jurisdictional factors has influenced its development. This has caused it to be ingrained through a historical process that has led to the convergence of interest in its promotion by practitioners, who have helped to cultivate the interest by the *actio iniuriarum* that has led to the remedies to be made available. Many of the civil actions have been retained despite the influence of common law that has led to Scotland being a fused or mixed system jurisdiction.

While Scots law is a mixed system of substantive law the borrowing from the jurisprudence of English common law has parallels with the South African system that has adopted Roman Dutch civil law which integrates common law with the civil law. The adoption of rulings from the superior courts most notably the House of Lords had the effect that the

¹³⁸ Compare J Thomson, “Error revised” 1992 SLT (News) 215. The other reason is arguably the somewhat confused state of the present Scots law of error.

¹³⁹ J C Smith, “Contracts – mistake, frustration and implied terms” (1994) 111 LQR 400, 408 *et passim*; C J Slade, “The myth of mistake in the English law of contract” (1954) 70 LQR 385.

¹⁴⁰ This complicated subject goes beyond the scope of this article. For Swiss law, e.g., see A Koller in T Gohl, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 9th edn (2000) 140 *et seq*.

¹⁴¹ Andreas Rahmatian, Codification of Private law in Scotland: Observations of a Civil lawyer. Oxford University Comparative Law Forum. (2007) <https://ouclf.law.ox.ac.uk/codification-of-private-law-in-scotland-observations-by-a-civil-lawyer/>

principles have become part of the Scots legal system. The identical process of incorporation of these principles with the civil law concept of delict has manifested itself has fused itself with the law of obligations ie contract, tort and property law principles. The consensus in Scotland system seems to be to continue with the same mixed framework have recommended its retention by distinguishing the sources of Scots law. The Scots substantive law is based on the mixed tradition and the civil courts structure has been able to absorb its coherence and sophisticated methodology and incorporate into its substantive and procedural framework. This distinguishes the separate streams of the common law and civil law inheritance and their identity in the historical evolution of Scots law.

CIRCOLAZIONE DEI MODELLI E MODELLI DI MERCATO: LA FINANZA ISLAMICA COME
BANCO DI PROVA DEL RUOLO DEL DIRITTO
PRIME RIFLESSIONI SULL'INCONTRO TRA FINANZA CONVENZIONALE E ALTRE POSSIBILI
LETTURE DI MERCATO

Clarissa Giannaccari

SOMMARIO

I. DAL DIVIETO DI INTERESSE ALLA PRESENZA DELLA *SHARIA'h* NELL'ECONOMIA; II. *RULE OF LAW* E *SHARIA'h*; III. *HOMO ECONOMICUS* E *HOMO ISLAMICUS*: UNA RILETTURA DEL MERCATO; IV. ELEMENTI DEL SISTEMA ECONOMICO-FINANZIARIO *SHARIA'h COMPLIANT*; V. MODELLI E TIPI CONTRATTUALI DEL *PROFIT AND LOSS SHARING* ISLAMICO; VI. ECONOMIA E FINANZA: VISIONI A CONFRONTO; VII. *RISK SHARING*: MODELLO GIURIDICO RIFIUTATO DALLA FINANZA DOMINANTE; VIII. LE ISTANZE GIURIDICHE PER RENDERE REALE LA FINANZA; IX. SNATURAMENTO DEI MODELLI GIURIDICI E MERCATO: ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI.

Il sistema disegnato dalla Sharia'h appare socialmente diffuso all'Occidente. La sua circolazione avviene mediante il movimento degli strumenti che nascono in conformità ad essa. In questo senso, quello sciariatico si configura come un metamodello di economia e finanza, non esportabile in materia astratta, ma attraverso i suoi istituti. Essi presuppongono un approccio culturale quantomeno altro dall'idea di mercato imperante, nascendo in una dimensione culturale e giuridica piuttosto lontana da quella in cui la disciplina del mercato risponde a parametri di efficientismo economico. Cionondimeno, anche il modello islamico si fonda sulla proprietà privata, sulla determinazione del prezzo tramite domanda e offerta, nonché sul profitto. Tuttavia, esso ha manipolato i propri strumenti giuridici per disegnare strutture economico-contrattuali che permettono di conseguire profitto certo senza l'utilizzo del tasso d'interesse al pari del sistema convenzionale. L'incompatibilità del modello "diverso" con assunti meramente economici e di governance ha comportato, dunque, il risultato non accettabile di rinunciare alla propria identità.

The system designed by Sharia'h appears to be socially widespread, at least according to Western jurists. Its circulation occurs through the movement of the instruments that arise in accordance with it. In this context, the Sciariatic model can be conceptualised as a metamodel of economics and finance. It is not possible to export this model in abstract terms; rather, it must be understood through its institutions. The cultural approach presupposed is at least distinct from the prevailing idea of the market. It arises in a cultural and legal dimension that is distant from that in which market discipline responds to economic efficiency. Nevertheless, the Islamic model is also based on private property, price determination through the meeting of supply and demand, as well as profit. However, it has manipulated its legal instruments to design economic-contractual structures that allow certain profit to be achieved without the use of the interest rate, in a manner similar to the conventional system. The incompatibility of the "different" model with purely economic and governance assumptions has therefore led to the unacceptable result of renouncing one's identity.

Keywords: modelli di mercato; diritto privato; mutazione giuridica; circolazione dei modelli; tradizione giuridica islamica.

I. DAL DIVIETO DI INTERESSE ALLA PRESENZA DELLA *SHARIAH* NELL'ECONOMIA

Un primo dato di sistema per provare a ricostruire i caratteri della finanza islamica sembra potersi rintracciare nel divieto di interesse¹ imposto dal Corano², in contrapposizione al sistema economico-finanziario occidentale basato sull'esazione dell'interesse. Ragionare su di essa significa porsi in una prospettiva in cui economia, etica e religione viaggiano insieme. Infatti, elemento caratterizzante della finanza islamica è il suo esplicito richiamo ai precetti della legge religiosa, cosiddetta *Sharia'h*. La finanza islamica è, dunque, collegata a quel modo di fare economia conforme ai precetti contenuti, in primo luogo, nel Corano³. Inoltre è necessario tener presente che il circuito economico finanziario che ne deriva non si iscrive nei contorni della teologia, ma ha i caratteri di scienza sociale⁴.

Il giurista occidentale non appare attrezzato all'analisi del diritto dell'Islam – come qui inteso – in primo luogo perché non si tratta di esaminare un ordinamento giuridico correlato alla statualità⁵. Piuttosto il presupposto dell'analisi è il riconoscimento del ruolo che la *Sharia'h* ha avuto nella costruzione di un'identità culturale, etica e giuridica per le popolazioni islamiche, tale per cui negli ordinamenti giuridici musulmani contemporanei si configurano diversi gradi di integrazione tra le forme giuridiche sciaraitiche e il diritto di produzione statale, in prevalenza ispirato a modelli europei⁶.

* Assegnista di ricerca in Diritto Comparato presso il Dipartimento di Diritto, economia e culture dell'Università degli Studi dell'Insubria.

¹ Per una ricostruzione sulla specifica materia, L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in M. Papa, G.M. Piccinelli e D. Scolart (a cura di), *Il libro e la bilancia – Studi in memoria di Francesco Castro*, Napoli, 2011, tomo II, p. 831 e ss. Per l'inquadramento dottrinale, senza pretesa di esaustività, si v. D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo al sistema sciafita*, Roma, vol. II, 1938, p. 60 e ss.; ; M. El-Gamal, *Contemporary Islamic Law and Finance: The tradeoff between brand-name distinctiveness and convergence*, in 1 *Berkeley Journal of Middle Eastern and Islamic Law*, 2008, p. 193 e ss. e M. H. Kamali, *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, 2005, p. 101 e ss.

² II:275-280; III: 130; XXX: 39.

³ A tal proposito, *Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options*, IMF Staff Discussion Note, 2015.

⁴ M. Zulkhibri e A.A. Turkhan, *Introduction*, in M. Zulkhibri e A.A.M. Turkhan (a cura di), *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, Londra, 2019, p. 8.

⁵ La categoria di Stato islamico si presenta quantomai vaga e problematica (A. Afsaruddin, “*The Islamic State: Genealogy, Facts and Myths*”, in XLVIII *Journal of Church and State*, 2006, p. 153–173). Secondo Massimo Campannini, non è possibile elaborare teorie sullo Stato islamico, ma conviene enunciare modelli islamici di Stato, vale a dire dottrine politiche che consentano di gestire lo Stato alla luce dei principi islamici, M. Campannini, *Diritto islamico o modelli islamici di diritto? Note su soggettività ed oggettività nella giurisprudenza islamica in Il libro e la bilancia*, cit., tomo I, p. 111 e ss.

⁶ Ciò ha ovviamente delle conseguenze rilevanti dal punto di vista dell'applicabilità delle norme della *Sharia'h*. Nei paesi in cui convivono banche islamiche e banche tradizionali è possibile distinguere tre modelli di regolamentazione: i) paesi dove esistono due diversi regimi legali (*conventional banking law* e *Islamic banking law*), ad es. in Giordania, UAE, Yemen; ii) paesi in cui le banche islamiche vengono regolamentate con istituti speciali ad esse dedicate, nell'ambito di un'unica legge bancaria, ad es. in Indonesia, Kuwait, Malaysia, Qatar, Turchia; iii) paesi che applicano alle banche islamiche le stesse norme delle banche convenzionali, ad es. Arabia Saudita, Egitto e, in Occidente, il Regno Unito. Esistono, infine, paesi - l'Iran e il Sudan, limitatamente alle aree settentrionali – i cui sistemi finanziari sono interamente governati dalla *Sharia'h*. Per una disamina anche storica del fenomeno, si v. *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional Papers), *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, *Quaderno Banca d'Italia*, numero 73, ottobre 2010.

Per provare ad analizzare alcuni tratti di una esperienza giuridica che sembra ideologicamente molto lontana, sembra necessario dapprima inquadrare alcune coordinate fondamentali della fonte primaria del diritto islamico, vale a dire la *Sharia'h*. Successivamente, si tenterà di focalizzare le dinamiche economiche, all'interno del sistema sociale disegnato dalla legge divina, e gli strumenti contrattuali attraverso cui prende forma il traffico giuridico-economico. L'osservazione consentirà di comprendere alcuni movimenti della mutazione giuridica e della circolazione dei modelli che rivelano la necessità di ripensare al ruolo del diritto per la costruzione di una società più equa.

II. RULE OF LAW E SHARIA'H

La mancata completa occidentalizzazione dei Paesi a religione musulmana, nonostante le lunghe egemonie esercitate dai Paesi europei su di essi, porta ad una riflessione sul livello metacostituzionale occupato dalla *Sharia'h*. Essa diviene principio di legalità che disegna una sfera metapositiva di valori e principi costituendo la chiave di volta dell'ordinamento statale, i cui dati normativi saranno declinati in base alla coerenza con i fondamenti sciaraitici⁷.

Si assiste insomma ad una affermazione della *Sharia'h* come costituzione materiale formalizzata⁸. Non appare superfluo, a tal proposito, segnalare il carattere soggettivo della *Sharia'h* per la sua provenienza dalla volontà divina, che ha necessità di essere oggettivizzata attraverso il *Fiqh*. Con esso, si indica l'attività degli interpreti attraverso cui la legge divina viene declinata in enunciati programmatici e prescrittivi nell'applicazione della giustizia. Tuttavia, poiché il *Fiqh* ingloba la *Sharia'h*, esso viene inevitabilmente condizionato dalla soggettività di quest'ultima, tanto che, nonostante l'opera giurisprudenziale, non si è giunti a sistematizzare l'applicazione sciaraitica della legge⁹.

Si impone, dunque, una riflessione sul costituzionalismo¹⁰ nell'area arabo musulmana¹¹, inteso come la modalità con cui si raggiunge la conformità dell'ordinamento ai principi

⁷ Trattasi di una forma di ibridazione di diritto positivo e confessionale. Essa è un movimento biunivoco di circoscrizione del valore di entrambi i sistemi: invero, il diritto confessionale viene limitato nelle sue aspirazioni omnicomprensive, mentre il diritto positivo viene collocato in un alveo ad esso estraneo. Ciò avviene ad opera della giurisprudenza costituzionale che diventa un buon indicatore per ricostruire il significato attribuito alla *Sharia'h* nell'ordinamento statale. Un'esperienza significativa è quella egiziana per il suo ruolo di ponte per modelli giuridici europei, nonché di centro di elaborazione del diritto nel mondo arabo. Sul punto, si v. G. P. Parolin, *La Sari'a e la Corte Costituzionale Egiziana*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 927 ss.; nonché F. Castro, *Il modello islamico* (a cura di Gian Maria Piccinelli), Torino, 2007, p. XIV.

⁸ A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, Roma e Bari, 2006, p. 250.

⁹ M. Campannini, *Diritto islamico o modelli islamici di diritto? Note su soggettività ed oggettività nella giurisprudenza islamica* in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo I, p. 114.

¹⁰ Il termine è usato nella accezione che indica la dottrina costituzionale che fece da sfondo alle grandi rivoluzioni borghesi del XVII e del XVIII secolo e che ispirò radicali trasformazioni degli ordinamenti politici in Europa e nell'America del Nord, sviluppandosi, nell'età moderna, in concomitanza con il superamento delle forme tradizionali di dominio e con l'affermazione di limiti del potere sovrano. Cfr. N. Matteucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, p. 127 e ss.

¹¹ Una recente prospettiva sistematica dello sviluppo dello Stato costituzionale nell'area oggetto di analisi si rinviene in A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE Online*, 2021, p. 847 e ss. L'Autrice, dopo aver passato in

posti dalla *Sharia'h*. Alcuni autori hanno rilevato l'esistenza di «Costituzioni in un mondo non costituzionale»¹², mettendo in evidenza l'assenza di una cultura costituzionale, nonostante la maggioranza degli Stati dell'area si siano dotati di Carte sulla falsariga del modello occidentale. Il costituzionalismo europeo ha fornito, infatti, il modello per alcuni riferimenti all'Islam nelle Costituzioni dei Paesi arabi, richiamata nei preamboli o individuata come religione di Stato¹³. Tuttavia, è necessario dare atto che questi riferimenti che consentono la presenza della *Sharia'h* nel campo giuridico vengono integrati da altre disposizioni che riflettono il comune sentire della comunità di riferimento¹⁴. La peculiarità del costituzionalismo islamico contemporaneo consta nel richiamo alla *Sharia'h* come fonte fondamentale del diritto disciplinante l'ordinamento nel suo insieme, il quale dalla stessa trae la sua legittimazione.

Inoltre, è stato sottolineato come alla tradizione islamica resti estranea «l'idea di uno stato territoriale, nato nella modernità come esito dei processi di secolarizzazione, la cui popolazione risiede all'interno dei confini»¹⁵, nonché la mancata separazione tra sfera privata e spazio pubblico¹⁶.

Seppure la formula vari da Stato a Stato, il riferimento alla legge sacra è la principale causa del paradosso giuridico per cui ordinamenti che si definiscono sistemi costituzionali con fonti del diritto "secolari", riconoscono i principi della *Sharia'h* quale fondamento meta-statale che informa la tradizione giuridica dell'area. Nondimeno è riduttivo ritenere la *Sharia'h* fonte del diritto trattandosi di un concetto metacostituzionale, difficilmente traducibile in disposizioni normative: può affermarsi che essa è una struttura di riferimento che non esclude regolazioni fortemente diverse per i singoli Stati¹⁷.

Una panoramica sulla diversa conformazione dei modelli islamici di Stato spiega come la pretesa esclusività del diritto islamico, sostenuta dal musulmano, sia poco corrispondente al dato storico che indica la costante coesistenza del diritto sciaraitico, sin dalle sue origini, con ogni tipo di diritto positivo imposto o affiancatogli. Invero, la *Sharia'h* è rappresentata come un'esperienza secolare di diversità¹⁸ dal momento che la volontà divina si manifesta nelle differenze¹⁹. Essa viene percepita come sistema di valori che trascende il diritto e le diversità etniche, presentandosi come una struttura simbolica con diversi livelli ermeneutici, i quali consentono la costruzione di un sistema totalizzante e

rassegna le ragioni di separazione tra la concezione occidentale dei limiti al potere e l'idea propria dell'arabismo di una legge divina totalizzante, enuclea chiaramente che «è quindi soprattutto la sottolineatura della funzione limitatrice dei principi sciaraitici che consente di affermare la compatibilità, almeno in astratto, tra islamismo e costituzionalismo» (cfr. *ivi*, p. 849).

¹² N.J. Brown, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, Albany, 2001.

¹³ Per una rassegna a richiami diretti o indiretti alla *Sharia'h* quale presupposto del potere e religione di Stato si v. A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 173-176.

¹⁴ Due sono gli elementi di base dello Stato islamico puro: necessità che il Capo di Stato sia musulmano e che al musulmano venga applicata una legge non in contrasto con il diritto musulmano. G.P. Parolin, *La Shari'a e la Corte Costituzionale Egiziana*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 930.

¹⁵ A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali*, cit., p. 848.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 172.

¹⁸ *Ivi*, p. 63.

¹⁹ In Corano 35 si parla di diversità di cieli, terra, lingue e colori.

multidimensionale in cui le attività dell'uomo vengono ricomprese e sono suscettibili di regolazione²⁰. Da tale costruzione discende un sistema giuridico socialmente diffuso, nonché la circostanza che è la stessa *Sharia'h* intesa come diritto, che impone all'operatore di cercare un modo alternativo di fare finanza inserito nel sistema convenzionale.

La copiosa letteratura giuridica sul tema fa emergere un dato di fondo come evidente: l'esistenza di una Carta costituzionale scritta non ha circostanziato il ruolo della legge e della tradizione islamica.

Inoltre, il richiamato sviluppo di sistemi misti e la necessità del *Fiqh* e delle altre fonti islamiche non direttamente rivelate di promuovere la declinazione dei principi sciaraitici nella regolazione della vita dei consociati mostra un'altra delle caratteristiche della *Sharia'h*: la sua inadeguatezza a regolare l'intero campo dei comportamenti umani. Da ciò discende la rivitalizzazione della dottrina dei *maqāsid*, vale a dire gli obiettivi fondamentali della *Sharia'h*.

Quanto al primo assunto, si ricorda il contributo di Sacco²¹, il quale ha sottolineato che la inadeguatezza della *Sharia'h* a regolare l'intero campo del diritto è dovuta alla circostanza che questa non pone regole in materia di organizzazione dello Stato, se non il richiamo alla legge sacra. A tale posizione, è stato replicato che la *Sharia'h* si configura come cornice, all'interno della quale le applicazioni giuridiche sono suscettibili di essere differenti, e non come prescrizione programmatica o definita²². La storia, invero, dimostra che nell'area islamica nel tempo si sono sviluppate prassi politiche simili senza un diritto pubblico come inteso in Occidente²³.

Alla luce di ciò, le Corti costituzionali degli Stati arabi, prima tra tutte quella egiziana, hanno sostenuto il diritto dell'autorità di ricorrere allo sforzo interpretativo, indicando quali limiti i *maqāsid*²⁴. L'operazione è ritenuta necessaria a causa delle aporie nella fonte e della sua arretratezza temporale con il fine di ottenere un adattamento del diritto musulmano alle nuove condizioni della modernità. Il ragionamento così prodotto genera argomenti di autorità per garantire l'*islamicità* delle pronunce²⁵. Il percorso evidenziato indica una tendenza all'interpretazione delle fonti del diritto musulmano in chiave moderna con diretti riflessi sul traffico giuridico-economico.

Dal quadro tracciato emerge che, al di là dell'ordinamento vigente sul territorio, tutte le funzioni devono essere esercitate tenendo presente il principio di supremazia della Legge

²⁰ A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 65. L'A. riporta quattro livelli: etico-giuridico, metafisico-scientifico, storico e grammaticale-letterario.

²¹ R. Sacco, *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001.

²² A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 193 e nt. 598, sottolinea come in tale definizione risuona l'impianto assiologico che i trattati CECA e CEE intendevano costruire, secondo Lagrange.

²³ *Ivi*, pp. 190–193. L'A. fornisce una rassegna di prassi politiche dei governi che si sono succeduti nell'area e l'uso che della *Sharia'h* hanno fatto per conformare le attività di consociati e amministratori in un'unica direzione.

²⁴ In particolare essi vengono riconosciuti nell'elencazione degli obiettivi che al-Ğazzālī (m. 1111) ha considerato interessi essenziali dei musulmani: la protezione della religione, delle persone, della ragione, della dignità e della proprietà. Per una disamina anche storica, si v. W.B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories. An introduction to Sunni uṣūl al-fiqh*, Cambridge, 1997.

²⁵ G.P. Parolin, *La Shari'a e la Corte Costituzionale Egiziana*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 944.

(divina in questo caso), per cui ogni decisione deve essere assunta in accordo ultimo con la *Sharia'h*, che è al di sopra del governante e dei governati stessi, secondo l'applicazione del principio del *tawhid*. Esso spiega l'organizzazione dei poteri e l'insieme dei diritti e dei doveri previsti per i singoli, facendo luce non solo sulla natura del costituzionalismo islamico, ma anche sull'intero sistema giuridico, sociale e culturale a cui l'Islam fa riferimento. La dottrina in discorso enuncia che Dio è contemporaneamente il creatore, la guida, il legislatore, il fine ultimo, per cui ogni fedele è vincolato al rispetto degli obblighi discendenti dalla volontà divina. Chi accetta l'Islam accetta le leggi raccolte nella *Sharia'h*. La conseguenza è che nessun atto terreno può essere legittimo se contrario alla *Sharia'h*, né l'amministratore della comunità può essere considerato legittimo se i suoi atti non sono in armonia con la legge di Dio²⁶.

Ecco, dunque, che il sistema giuridico agli occhi occidentali appare socialmente diffuso, in quanto il linguaggio giuridico si confonde con la comunicazione sociale²⁷. Tale caratteristica rende la *Sharia'h* una fonte comune che convive con i diritti dei singoli Stati e che riduce ad unità la complessità sociale. La sua preesistenza allo Stato, che da essa trae legittimazione²⁸, comporta che non si possa immaginare una circolazione astratta della *Sharia'h*; piuttosto di circolazione si può parlare solo in riferimento agli strumenti che nascono in conformità ad essa. In questo senso quello sciaraitico si configura come un metamodello di economia e finanza, non esportabile in maniera astratta, ma attraverso i suoi strumenti che presuppongono un approccio culturale quantomeno altro dall'idea di mercato dominante.

Più precisamente, i Paesi musulmani, che sono anche Stati islamici nel senso che riconoscono la supremazia della *Sharia'h* e dei suoi principi²⁹, si differenziano in funzione del modello legislativo adottato dai vari governi. Vi sono realtà nelle quali la *Sharia'h*³⁰ convive la *common law* e con sistemi di *customary law* e altre dove, invece, si sceglie il modello islamico puro³¹: la genesi di tale configurazione dell'area è da rintracciarsi negli anni Cinquanta del Novecento, quando molti Paesi del Medio Oriente e dell'Asia divennero indipendenti dai Paesi occidentali che fino a quel momento avevano controllato politicamente ed economicamente le risorse della zona. In particolare, lo Stato non viene riferito al territorio, ma all'ideologia: esso esiste se ed in quanto sia collocabile come strumento della Legge islamica³². Da qui la conclusione che l'Islam non è una religione, ma occupa ogni dimensione della vita.

²⁶ K.M. Ishaq, *Islam and Law in the Twenty- First Century*, in 5 *Islamic e Comparative Law Quarterly*, 1985, pp. 173–225.

²⁷ G. Teubner, *Le droit. Un système autopoïétique*, Parigi, 1993, p. 49. Si sottolinea che i versetti del Corano dedicati al diritto sono 228 su 6236.

²⁸ B. Lewis, *The political language of Islam*, Chicago, 1988, p. 37.

²⁹ La definizione si ritrova in A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 60 e 61. L'A. evidenzia che vi sono Stati con la maggioranza della popolazione di religione musulmana, ma non possono definirsi islamici per l'assenza del meccanismo di supremazia citato, come il Senegal o la Turchia.

³⁰ È interessante notare che A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 61, pur riconoscendo la giuridicità della *Sharia'h* non la considera ordinamento.

³¹ E. Giustiniani, *Elementi di finanza islamica*, Torino, 2006, per una classificazione dei sistemi.

³² A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 184–186.

In questo contesto sorge la necessità di un modello di *share economy* da offrire agli operatori musulmani come guida per i loro affari nel momento in cui si confrontano con una dimensione statale, oltre che con quella internazionale o sovranazionale. Non solo. Il mercato in cui i soggetti musulmani si trovano ad operare non pretende di essere fondato sul principio di concorrenza e sul libero incontro di domanda e offerta, e neppure risponde a paradigmi neoliberali: esso nasce in una dimensione culturale e giuridica piuttosto lontana da quella in cui la disciplina del mercato risponde a parametri di efficientismo economico e alle teorie razionali di profitto.

III. *HOMO ECONOMICUS* E *HOMO ISLAMICUS*: UNA RILETTURA DEL MERCATO

La *Sharia'h* conduce a una costruzione del sistema economico come ordine sensibile ad istanze di tipo spirituale. In tale ottica, non si può prescindere da un'analisi economica e diacronica³³ del modello di crescita e sviluppo sciaraitico che tenta di affermarsi anche in campo internazionale, soprattutto per la circolazione di capitali e persone che, per la scienza giuridica, rileva in quanto circolazione dei modelli. Tuttavia, in questo caso, si registra un sintomo del fallimento delle teorie sul punto – non per ragioni prettamente giuridiche ma – in virtù dell'impianto culturale neoliberale attualmente dominante.

Il mercato occidentale si sviluppa nella cornice del capitalismo che, dopo la caduta del sistema sovietico, si è radicato anche nei Paesi islamici. Tuttavia, l'economia di tali Paesi, che ricalca quella dei Paesi colonizzatori, risulta un fallimento qualora faccia deragliare il corso dell'esistenza da quanto prescritto nel Corano³⁴. Per tali ragioni, è in corso lo sviluppo di una serie di prodotti e strumenti economico-finanziari *Sharia'h compliant* che possano essere un'alternativa a quelli propri del sistema convenzionale³⁵. Si costruisce, dunque, un sistema economico basato sulle concezioni che appartengono all'Islam. Il suo obiettivo è realizzare il benessere materiale, spirituale, morale, intellettuale e sociale degli individui in questa vita e nell'aldilà attraverso l'allocazione delle risorse in un mercato guidato³⁶. In tale prospettiva, la compatibilità con la *Sharia'h* non è data esclusivamente dal rispetto dei divieti imposti nel Corano; piuttosto è necessario che le operazioni economiche e finanziarie siano valutate in base al loro esito finale in termini di miglioramento dell'uomo, inteso nella sua multidimensionalità.

Allontanandosi dall'idea di competizione tra soggetti economici, che inerisce al capitalismo di stampo occidentale, i diritti patrimoniali nella concezione islamica non coincidono con porzioni di giustizia separate che devono essere divise e allocate a livello distributivo sui singoli; piuttosto questi ultimi partecipano dell'unica giustizia di cui il singolo è agente³⁷.

³³ Per un approfondimento sul metodo S. Shaikh, *Comparative Economic Systems: A Brief Review*, MPRA Paper No. 42499, 2012.

³⁴ Per un punto di vista interno, M. Zulkhibri e A.A.M. Turkhan (a cura di), *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit..

³⁵ N. Aydin, *Islamic Economics: "New Paradigm" or "Old Capitalism"?*, in *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 11.

³⁶ Definizione di economia islamica di N. Aydin *ex multis* in *Islamic economics as a new economic paradigm*, in Aa. Vv., *Islamic Economics: Theory, Policy and Social Justice*, vol. 2, Doha, 2015, p. 57.

³⁷ V. Cattelan, *L'economia islamica: alternativa apparente o reale?*, in 97 *Oriente Moderno*, 2017, p. 281.

Ciò in quanto le posizioni giuridiche soggettive non sono considerate il frutto di poteri attribuiti alla persona³⁸, ma come diritti che vengono attribuiti al singolo dall'unica volontà divina che, in un'ottica di equilibrio ed unità della creazione, non si contrappongono a ciò che spetta a qualcun altro, inserendosi nell'armonia del disegno divino. Prevale, dunque, una logica di pacificazione e cooperazione³⁹.

Viene in rilievo una diversa antropologia giuridica a partire dalla quale è necessario elaborare un'autonoma concezione della giustizia economica che, nelle indagini comparative tra pensiero economico occidentale e musulmano, ha portato all'utilizzo della metafora della bilancia per simboleggiare una teoria economica non tanto volta alla divisione, quanto alla partecipazione⁴⁰. Facendo ancora uso della metafora, si precisa che l'Islam incentra la propria razionalità economica sul perno di equilibrio della bilancia, mentre l'Occidente si preoccupa dei piatti della bilancia e del loro contenuto. Ciò in quanto il pensiero economico di quest'ultimo si declina in termini di una divisione delle risorse disponibili, mentre la teoria economica musulmana si preoccupa di garantire un'equa partecipazione alle risorse con il fine di mantenere l'unità della giustizia che viene ricondotta al volere del Dio⁴¹.

È evidente che ciò comporta un cambio di paradigma nell'intendere il mercato come luogo di regole e di guadagni. In primo luogo, si travolge la concezione per cui i meccanismi di mercato sono determinati dall'interesse del singolo identificato nello stereotipo dell'*homo economicus*⁴² e, con essa, la conseguenza che la ricerca dell'interesse personale in un mercato competitivo produca benessere per l'intera società⁴³. Si supera cioè l'ipotesi secondo cui gli esseri umani sono sostanzialmente creature che massimizzano l'utilità, la cui ricerca dell'interesse individuale produce risultati vantaggiosi sul piano personale e collettivo⁴⁴.

Il capitalismo considera il mercato che determina il proprio equilibrio attraverso il libero incontro di domanda e offerta, grazie al meccanismo concorrenziale che non subisce alcuna correzione, il miglior modo per allocare le risorse. Esso non ha prestato attenzione alla redistribuzione di queste ultime secondo criteri estranei alla dinamica evidenziata o secondo considerazioni di giustizia sociale ed equità⁴⁵. Né un tale risultato è stato raggiunto dal sistema socialista o meglio dal modello teorico del socialismo reale. Nella fase di commistione tra l'Islam e la dottrina economica di stampo socialista, soprattutto nell'Egitto di Nasser, si sosteneva che lo Stato dovesse utilizzare gli strumenti di quest'ultima per attrarre capitale e utilizzarlo in modo produttivo a beneficio della società

³⁸ C. Chehata, *Études de droit musulman. 2. La notion de responsabilité contractuelle. Le concept de propriété*, Parigi, 1973, p. 179.

³⁹ C. Geertz, *Local knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York, 1983, p. 187 e 188.

⁴⁰ A. Smirnov, *Understanding justice in an Islamic context: some points of contrast with Western theories*, in 46 *Philosophy East and West*, 1996, pp. 344 e 346–347.

⁴¹ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 282–283.

⁴² A. Smith, *La ricchezza delle nazioni* (1776), Trabaseleghe, 2010.

⁴³ U. Chapra, *What Is Islamic Economics*, Jeddah, 1996.

⁴⁴ A. Pabst, *Beyond Well-Being and Happiness: The Moral Market and the 'Good Life'*, in occasione della *Market and Happiness Conference*, Milano Bicocca, 8 e 9 giugno, 2011, p. 1.

⁴⁵ M. A. Al-Jarhi, e M. A. Zarqa, *Redistributive Justice in a Developed Economy: An Islamic Perspective*, in *Advance in Islamic Economics and Finance, Volume I, Proceedings of 6th International Conference on Islamic Economics and Finance*, Jeddah, p. 44.

nel suo insieme. Ciò ha comportato la regolamentazione di tutte le forme di proprietà per garantire che contribuissero allo sviluppo di una società fiorente, ma anche islamica⁴⁶.

Il modello islamico si inserisce quale terza via⁴⁷ relativamente ai modelli economici citati: Al-Jarhi e Zarqa sostengono che esso fornisce il massimo equilibrio tra profitto e interessi sociali, arginando sfruttamento e ingiustizia nei mercati liberi attraverso i principi giuridici e morali dell'Islam⁴⁸. In particolare, viene in rilievo la concezione islamica secondo cui l'uomo è indivisibile nelle sue dimensioni materiale, spirituale e morale e, per tale motivo, il benessere personale e collettivo passa anche per esse. La multidimensionalità dell'uomo intacca la sua collocazione nell'ambito economico: egli non è semplicemente forza lavoro e ignorare i suoi bisogni spirituali e morali crea fallimenti di mercato. In termini di politica economica, ciò implica operare secondo valutazioni nel lungo periodo, con notevole stravolgimento dei canoni del mercato disegnato dal libero incontro tra domanda e offerta che caratterizza il modello occidentale⁴⁹.

La rivoluzione culturale in tale modello avviene con la sostituzione dell'*homo economicus* con l'*homo islamicus*, anch'esso frutto di un'elaborazione teorica. Questi, operando in conformità con i principi islamici, inserisce nella valutazione delle operazioni da compiere sul mercato la componente altruistica e solidale. Ne deriva una profonda alterazione dell'impostazione classica della funzione di utilità: in questa dimensione, essa è legata all'utilità degli altri individui. Pertanto, il cosiddetto equilibrio del mercato deriverà non dal semplice incontro tra domanda e offerta, ma necessita di rispecchiare il benessere della società in termini di equità nell'accesso alle risorse⁵⁰.

Nonostante i rilievi che precedono, il capitalismo di stampo occidentale non è incompatibile con il modello islamico: entrambi, invero, sono fondati sulla proprietà privata⁵¹, sulla determinazione del prezzo tramite il libero incontro di domanda e offerta,

⁴⁶ Per una rassegna del punto di vista "interno" dell'esperimento socialista nei paesi islamici cfr. C. Tripp, *Islam and The Moral Economy. The challenge of Capitalism*, Cambridge, 2010, p. 77 e ss. spec. p. 87 e ss.

Diverse sono state le commistioni anche pratiche tra il pensiero marxista e gli esperimenti di regolamentazione economica nei paesi arabi (cfr. S.H. Alatas, *Islam e Socialismo*, in *Ulisse*, 1977, pp. 103–113). Tuttavia, da subito venne alla luce il contrasto tra il primo e l'antropologia islamica. Invero fu riconosciuto che «Tutte le tendenze socialiste tendono a migliorar il destino del maggior numero possibile di poveri, in modo che essi abbiano una vita conforme alla dignità umana, eliminando le cause della povertà. Tutte queste teorie condannano la società attuale, l'ordine economico e legale attuale, le questioni religiose, e suggeriscono la necessità di un cambiamento o di una rivoluzione, che non comporti necessariamente l'uso della violenza. Sebbene abbiano una visione comune dei mali della società, divergono su altre questioni» (*ivi*, p. 105 e 106).

⁴⁷ Concetto su cui si ritornerà *infra*.

⁴⁸ *Ivi*, p. 43–68.

⁴⁹ M. A. Mannan, *La Islamic Development Bank e lo sviluppo economico del Sud est asiatico*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, p. 201 e 202.

⁵⁰ K. Pfeifer, *Is there an islamic economics?*, in Aa. Vv., *Political Islam: Essays from Middle-East Report*, Berkeley, 1997, p. 154 e ss.

⁵¹ Sul tema F. Castro, *Il modello islamico* (a cura di Gian Maria Piccinelli), Torino, 2007, p. 68–70.

nonché sul profitto⁵². Viene, però, aggiunto un “filtro morale”⁵³ che plasma le preferenze dell’individuo prima che questi si confronti con l’utilità che potrebbe conseguire⁵⁴; mentre l’impianto volto ad una equa redistribuzione della ricchezza preesiste al mercato stesso. Tale visione, dunque, nell’ottica della circolazione dei modelli, richiede una completa rivisitazione del pensiero giuridico ed economico che informa il sistema occidentale attraverso la costruzione di una nuova idea di mercato, che sposi considerazioni relative al cosiddetto paradosso del progresso. A riguardo, si può richiamare il pensiero di Polanyi, secondo cui il paradigma del mercato libero disumanizza l’individuo alienandolo da ciò che lo circonda. Si distrugge la natura non economica e sociale dell’uomo, trasformandolo in soggetto che agisce sulla base di due prevalenti motivazioni: la paura della fame e la speranza del profitto⁵⁵. Appare, dunque, imprescindibile per il corretto funzionamento di una circolazione dei modelli, con riferimento agli strumenti contrattuali di questo tipo di finanza, l’adozione del punto di vista tipico del sistema islamico⁵⁶ per cui l’individuo non è razionale, né i suoi comportamenti prevedibili: non è *homo economicus*. In questo senso, si sostiene che quello islamico potrebbe essere un nuovo capitalismo, occupandosi anche del progresso umano⁵⁷. Tuttavia, non sembra che il paradigma prevalente delle scelte di politica economica occidentali e le costruzioni del diritto che ne conseguono abbia effettuato tale acquisizione di base, ponendo piuttosto ostacoli a strumenti contrattuali astrattamente compatibili.

IV. ELEMENTI DEL SISTEMA ECONOMICO-FINANZIARIO *SHARIA’H COMPLIANT*

Per quanto espresso, la proibizione dell’interesse è da considerarsi esclusivamente il dato emerso di un sistema assiologicamente incompatibile con il libero mercato, da considerarsi unitamente al suo radicamento nel diritto ispirato dalla *Sharia’h*, che riconosce la libertà

⁵² N. Aydin, *Islamic Economics: “New Paradigm” or “Old Capitalism”?*, in *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., 12 ss. Anche Asutay afferma che il meccanismo dello scambio di cosa contro prezzo è la principale operazione economica nel modello islamico, tuttavia ciò è filtrato dal processo di islamizzazione del mercato, che lo porta a tenere conto delle necessità della società e dell’ambiente (M. Asutay, *A Political Economy Approach to Islamic Economics: Systemic Understanding for an Alternative Economic System*, in *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*, 2007, pp. 1–2 e 3–18).

⁵³ I commentatori islamici sottolineano la necessità di tale filtro analizzando la crisi finanziaria del 2008 come crisi morale del capitalismo. Aydin in particolare ritiene che la mano invisibile del mercato si sia trasformata in “stealing hand” che ruba in virtù dei comportamenti degli operatori del mercato. Invero, la crisi finanziaria del 2008 ha rivelato l’imprevedibilità e l’impossibilità di predire il comportamento dell’*homo economicus*. Ne discende la necessità di costruire un sistema di valori per un mercato efficiente. (N. Aydin, *2008 Financial Crisis: A Moral Crisis of Capitalism*, in *5 African Journal of Business Management*, 2011, p. 8697–8706).

⁵⁴ La tensione culturale dell’*homo islamicus* diventa moderatrice degli atteggiamenti tipicamente indotti dal capitalismo. Cfr. C. Tripp, *Islam and the Moral Economy: the challenge of Capitalism*, Cambridge, 2006.

⁵⁵ K. Polanyi, *Primitive, Archaic, and Modern Economies: Essays of Karl Polanyi*, G. Dalton (a cura di), Boston, 1971.

⁵⁶ In Corano 7, 179 l’uomo è considerato al pari dell’animale qualora non cerca l’essenza delle cose, ma segue l’istinto non curandosi di ciò che lo circonda.

⁵⁷ N. Aydin, *Islamic Economics: “New Paradigm” or “Old Capitalism”?*, in *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 12 e ss.

nell'attività negoziale e imprenditoriale⁵⁸ e la possibilità di contrarre accordi tra le parti⁵⁹. Il divieto d'interesse invero risponde ad un'istanza di giustizia economica e sociale e all'esigenza di prevenire forme di sfruttamento. La moneta è considerata mezzo di scambio e unità di conto, piuttosto che riserva di valore; per tale motivo, essa genera ricchezza soltanto se impiegata in un processo produttivo o in una transazione, non potendo essere considerata un *asset a sé*⁶⁰. Pertanto, la legge islamica vieta la pratica di fissare *ex ante* un incremento sul capitale prestato legato al trascorrere del tempo che divide il momento in cui viene concesso il prestito da quello in cui viene restituito⁶¹.

Il precetto espresso comporta un diverso funzionamento del traffico giuridico-economico⁶², basato sul divieto di stipulare contratti aleatori e più in generale di investire in attività speculative e sull'obbligo di effettuare investimenti che abbiano un ritorno anche sociale.

La *ratio* sottostante il divieto di stipulare contratti aleatori (*gharar*) è evitare il verificarsi di ingiustizie contrattuali per la presenza di asimmetrie informative e di incertezze che si riflettono direttamente sulla sinallagmaticità delle prestazioni. Si escludono dal divieto, dunque, gli accordi in cui tali elementi derivano dalla natura del contratto e per cui l'asimmetria non è frutto di volontà delle parti, ma una condizione fisiologica. Tale divieto appare almeno a prima vista in contrasto col sistema economico finanziario occidentale, in cui la speculazione fa leva sul meccanismo del rischio. In effetti, esso favorisce operazioni di scambio con prestazioni a carattere istantaneo e reale, evitando che si possa sfruttare la variazione dei prezzi sul mercato.

Un altro pilastro su cui si basa l'economia islamica è la *zakat*⁶³. Essa è una solidarietà istituzionalizzata imposta dalla *Sharia'h* per la redistribuzione della ricchezza⁶⁴. Sebbene

⁵⁸ Corano II:275. V. F. Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 69 e 70.

⁵⁹ Corano IV:29.

⁶⁰ T. V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, 2014.

⁶¹ Secondo il *Pakistan Council of Islamic Ideology* si considera proibito l'interesse in tutte le sue manifestazioni senza distinzione di forme e finalità di prestiti, né dei soggetti in essi coinvolti. Tale interpretazione del concetto di *riba*, non è unanimemente condivisa: si sostiene, invero, che sarebbe opportuno operare una distinzione tra interesse e usura intesa come tasso di interesse eccessivo. Si è inoltre, proceduto ad un lavoro di catalogazione dei diversi tipi di *riba*, sulla base del principio secondo cui la ricchezza deve nascere dal lavoro e da opere produttive, non dalla speculazione. Sul punto, L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 831 e ss.

⁶² V. Ficari, *Le diverse dimensioni della correttezza, onerosità, gratuità e liberalità nel diritto tributario dell'impresa*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, p. 803 e ss.; P. Flora, *La finanza islamica: principi generali ed esperienze internazionali*, in *Fiscalità Internazionale*, 2009, p. 105 e ss.

⁶³ Sura Al-Baqarah (II), 43. Uno dei doveri religiosi del musulmano. Si v. inoltre E. Vadalà, *Capire l'economia islamica*, Patti, 2004, p. 57. Essa rappresenta una purificazione della propria ricchezza attraverso una parziale redistribuzione. Cfr. *Glossario*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, p. 282.

⁶⁴ Corano 9, 60. Inoltre, A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 188 e 189.

assimilabile ad un'imposta⁶⁵, viene considerata un dovere morale giuridicizzato⁶⁶ e rappresenta uno strumento importante di politica economica⁶⁷. La *zakat* viene applicata sui beni di proprietà non impiegati in processi produttivi. Ciò da un punto di vista macroeconomico comporta diversi effetti quali un maggiore sfruttamento delle risorse, con un conseguente incremento di efficienza, e un disincentivo a lasciare la ricchezza improduttiva favorendo gli investimenti. Un punto di forza di tale strumento, secondo gli economisti islamici, è il suo carattere religioso per cui il pagamento non dovrebbe necessitare di *enforcement*: tale dinamica è, naturalmente, frutto del diffuso sentimento religioso e del carattere di giuridicità che connota la *Sharia*⁶⁸, elementi lontani dal pensiero giuridico occidentale.

In alternativa alla logica di profitto connaturata alla riscossione dell'interesse, l'Islam promuove un sistema di sviluppo economico basato sulla partecipazione all'investimento condividendo perdite e utili. Emerge, dunque, la predilezione per l'economia reale e per i criteri di *Profit and Loss Sharing* e *Risk sharing* in ambito giuridico⁶⁹.

V. MODELLI E TIPI CONTRATTUALI DEL *PROFIT AND LOSS SHARING* ISLAMICO

Gli strumenti giuridici del modello tracciato sono i contratti di *mudāraba* e *mušāraka*, base per operazioni contrattuali più complesse, che nel sistema bancario⁷⁰ trovano il principale canale di circolazione ed evoluzione.

Con il primo contratto un soggetto *rabb-ul-māl* può investire, attraverso un conferimento di mero capitale, in un'attività d'impresa in cui un secondo soggetto, *mudārib*, opera in qualità di agente, condividendo gli utili secondo una percentuale determinata dalle parti in misura necessariamente proporzionale, essendo vietato concordare un importo forfettario o una remunerazione garantita a favore del finanziatore. Le scuole giuridiche islamiche⁷¹

⁶⁵ La base imponibile a cui applicare l'aliquota è rappresentata dai beni in proprietà (da più di un anno) non sfruttati a fini produttivi e la cui consistenza sia superiore a un determinato ammontare, variabile a seconda del bene. Il Corano individua in modo esplicito i beneficiari e le finalità.

⁶⁶ Così, A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 188 e 189. È d'obbligo richiamare, sin da ora, la non assoluta novità del modo di atteggiarsi della *zakat* nel sentimento dei fedeli cittadini: sul punto, invero, non può non richiamarsi la costruzione economica formulata da A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano, 2001, su cui si avrà modo di ritornare.

⁶⁷ È dibattuto il ruolo dell'istituto nello Stato islamico moderno. R. Hamaui e M. Mauri, *Economia e Finanza islamica, Quando i mercati incontrano il mondo del profeta*, eBook, Bologna, 2009, p. 38 e ss.

⁶⁸ E. Vadalà, *Capire l'economia islamica*, cit., p. 57.

⁶⁹ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, in *Banca e Mercati*, C. Porzio (a cura di), vol. 97, Roma, 2009, 18; nonché M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, The Hague, 2002, p. 23.

⁷⁰ Sulle evoluzioni delle prassi bancaria, si v. M. Nejatullah Siddiqi, *Il sistema bancario: teoria e pratica*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, p. 41 e ss.

⁷¹ L'espressione è qui usata in senso proprio. Invero, come noto, il diritto islamico si sviluppa a partire dalla lettura della Legge Divina rivelata nel Corano e dalla Sunna. Le fonti giuridiche sono state articolate dalla componente sunnita dell'Islam che istituzionalizzò quattro scuole giuridiche del diritto islamico, note in arabo come *madhhab*. Queste scuole giuridiche portano il nome dei loro fondatori e si sono costituite e sviluppate attorno agli 'Ulama e *Fuqaha* – esperti sapienti – tra il 699 d.C. e l'829 d.C.: la scuola hanafita, la scuola hambalita, la scuola malikita e, infine, la scuola shafi'ta. Cfr. W.B. Hallaq, *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, spec. cap. III.

sono concordi nel negare l'ammissibilità di una remunerazione fissa per non incorrere nel divieto di *riba*.

La *mudāraba*, assimilabile alla commenda medievale⁷², è nata per permettere ai detentori di un patrimonio immobiliare non in grado di amministrarlo di renderlo redditizio, affidandolo ad un gestore e condividendone i profitti. Essa rappresenta la forma tipica di impresa islamica⁷³ per la sua adattabilità funzionale e coerenza con il principio di proporzionalità nella ripartizione di perdite e profitti⁷⁴. Si presenta netta la cesura tra il ruolo del finanziatore e quello del gestore: il primo non può interferire con la gestione dell'attività di esclusiva competenza del *mudārib*. All'investitore è riservata tuttavia una vasta gamma di poteri di controllo, volta a tenere evidenza della diligenza nella gestione dei fondi e nell'adempimento delle condizioni contrattuali⁷⁵.

Quanto alla disciplina delle perdite, il finanziatore le sopporta entro il limite del suo investimento, senza il rischio che venga intaccato il suo patrimonio personale⁷⁶. Il *mudārib*, il cui apporto si esaurisce nella prestazione lavorativa, non sopporta perdite economiche se non nella misura in cui il tempo e gli sforzi profusi non abbiano ricevuto contropartita, né è esposto ad eventuali azioni da parte del finanziatore a meno di negligenza nella gestione ovvero di inadempimento⁷⁷. Elemento chiave del contratto è la fiducia reciproca tra le parti, necessaria per un proficuo funzionamento dell'impresa⁷⁸. Inoltre il contratto permette il coinvolgimento di terze parti nell'accordo attraverso il partenariato al fine di raccogliere più investitori interessati ad una stessa attività⁷⁹.

Nel traffico bancario, l'intermediario può rivestire, a seconda dei casi, sia il ruolo di finanziatore nei confronti di quei soggetti che non sono in grado di accedere al sistema creditizio e, perciò, definiti deboli, sia il ruolo di gestore dell'affare – in uno schema contrattuale al contrario – impiegando il capitale del *rabb-ul-māl* nel mercato. Alla scadenza del contratto, qualora la gestione della banca sia stata proficua, i profitti saranno condivisi secondo i termini prestabiliti⁸⁰. Una criticità di tale evoluzione è relativa alla possibilità che si traduca in una minore tutela dei risparmiatori nei casi in cui l'intermediario svolga entrambi i ruoli. Invero, la banca da un lato gestisce capitale altrui e dall'altro ne fa uso per finanziare ulteriori iniziative. È possibile, dunque, che gli azionisti della banca destinino risorse finanziarie ad operazioni con elevato livello di rischio con lo scopo di conseguire

⁷² Sul tema, L. Favali, *Qirād islamico, commenda medievale e strategie culturali dell'occidente*, Torino, 2004.

⁷³ Sulle forme di società contrattuale, si v. F. Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 71 e ss.

⁷⁴ G.M. Piccinelli, *Banche islamiche in contesto non islamico*, Roma, 1996, p. 102 e ss.

⁷⁵ F. Al-Omar e M. Abdel-Haq, *Islamic Banking Theory, Practice e Challenges*, Bloomsbury, 1996, p. 13.

⁷⁶ T. V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 68 e ss. Gli asset conferiti rimangono nella titolarità dell'investitore e, in caso di alienazione dei beni, il *mudārib* potrà vantare diritti sull'eventuale profitto ricavato, ma non anche sul valore-capitale.

⁷⁷ F. Al-Omar e M. Abdel-Haq, *Islamic Banking Theory, Practice e Challenges*, cit., p. 13.

⁷⁸ R. Hamaui e M. Mauri, *Economia e Finanza islamica*, cit., p. 87. Nella prassi si individuano due diversi tipi di *mudāraba*: *restricted mudāraba*, in cui il capitale è destinato ad uno specifico affare e *unrestricted mudāraba*, in cui non ci sono limiti di sorta. Sul punto, T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70 e ss.

⁷⁹ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, 2 ed., Hoboken, 2011, p. 143.

⁸⁰ *Ivi*, 70 e ss.

un profitto senza esporre i capitali personali, ma utilizzando i capitali conferiti dai clienti che sopporterebbero le perdite in virtù del conferimento iniziale senza poter avanzare pretese gestorie⁸¹.

Esistono posizioni critiche⁸² nei confronti del moderno uso del contratto in discorso. Invero, la soluzione per cui con la *mudāraba* la banca finanzia l'acquisto di beni effettuandone la compravendita per conto del cliente al quale rivende lo stesso bene ad un prezzo maggiorato comprendente una somma volta a remunerare il servizio, viene considerata molto poco aderente all'istituto tradizionale. Se allora si avvale dello stesso *nomen iuris*, si dice, è solo al fine di acquisire l'autorità degli antichi giuristi islamici⁸³. Ad ogni modo, si concorda nel ritenere che i servizi resi dalla banca islamica assumono un valore diverso dall'attività di prestito per l'acquisto di un bene praticata dagli intermediari creditizi di tipo convenzionale.

La *mušāraka*, invece, è maggiormente espressione del principio del *Profit-Loss Sharing*, essendo strumento di condivisione del rischio di un'attività attraverso conferimento di capitale, lavoro e beni. Essa consiste in un accordo con il quale due o più soggetti contribuiscono sia alle risorse finanziarie, sia alle mansioni manageriali per un'attività svolta in comune: la partecipazione non deve necessariamente essere in quote uguali, con il limite relativo alle perdite sopportate in maniera proporzionale al conferimento. In questo caso, colui che apporta il capitale è anche gestore delle risorse, a differenza della precedente forma di compartecipazione: ciò aumenta il rischio di speculazione e comportamenti opportunistici; tuttavia, detto rischio appare mitigato dalla proporzionalità delle perdite alla quota apportata⁸⁴. Nella prassi, mentre la *mudāraba* è tradizionalmente utilizzata in progetti di breve durata di carattere commerciale, la *mušāraka* è impiegata per investimenti a lungo termine⁸⁵.

L'uso dell'istituto da parte delle banche islamiche come strumento di partecipazione ad un affare comune evidenzia l'approccio sostanzialmente diverso tra tali istituzioni e le banche convenzionali, le quali non assumono rischio d'impresa, ma erogano prestiti a tassi d'interesse predeterminati che assicurano profitto a prescindere dall'esito dell'attività finanziata. Con la *mušāraka*, invece, secondo il principio del *Profit-Loss Sharing*, al finanziatore non è garantito alcun profitto al momento della stipula del contratto. Per la

⁸¹ L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 865 nt. 98.

⁸² M. El-Gamal, *Islamic Finance: law, economics and practice*, Cambridge, 2006, pp. 67–68.

⁸³ *Ibidem*. L'A. spiega che la legittimità del sovrapprezzo e dell'intera operazione è ascrivita ai rischi sopportati dalla banca: il rischio di proprietà assunto nell'intervallo delle due operazioni relativo alla fluttuazione del prezzo del bene oggetto dell'operazione e il rischio che la proprietà del bene acquistato per conto del cliente torni alla banca per inadempimento. Il primo rischio, ad ogni modo, viene quasi azzerato, secondo l'A., dalla brevità del lasso di tempo che intercorre tra le vendite. Ulteriori profili di liceità dell'operazione come l'assenza dello scambio di denaro contro denaro e la responsabilità della banca nella custodia del bene si ritrovano in L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., p. 867, nt. 104.

⁸⁴ Un'analisi critica dei problemi che il modello basato sulla partecipazione comporta nel traffico bancario rispetto al modello basato sull'interesse è condotta da M. Nejatullah Siddiqi, *Il sistema bancario: teoria e pratica*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, pp. 68–76.

⁸⁵ L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., p. 866, nt. 101.

validità di esso è inoltre richiesto che l'attività finanziata sia *haram*, vale a dire non vietata, alla luce dei precetti coranici⁸⁶.

Anche per questo contratto la conformità alla *Sharia'h* passa per la rispondenza al divieto di *gharar*, qui superabile con la predeterminazione delle percentuali della partecipazione agli utili esclusivamente al momento della stipula del contratto, realizzando così la massima estensione del principio di trasparenza; non si può, invece, intervenire sulla ripartizione delle perdite che deve necessariamente essere computata in maniera proporzionale al conferimento effettuato. Inoltre, non è permesso pattuire *ex ante*, neppure in maniera fissa, uno specifico ammontare come remunerazione delle parti⁸⁷. Quanto alla modalità di ripartizione degli utili – soli valori per cui esiste un potere dispositivo delle parti – non vi è unanimità tra le scuole giuridiche islamiche. Nella prassi, si deroga al principio di proporzionalità se ciò è giustificato dalla modalità di partecipazione all'impresa, in modo che «il socio di mero capitale, che non presti la propria attività di lavoro, può pattuire una partecipazione agli utili non proporzionata al conferimento effettuato»⁸⁸. Un ulteriore punto di divergenza di vedute attiene al conferimento di beni: secondo le posizioni più avanguardiste, è possibile conferire anche beni nel progetto comune; le scuole giuridiche islamiche con posizioni più ortodosse ritengono che tale forma di conferimento causi problemi di ripartizione di quanto ricavato da un'eventuale alienazione, soprattutto con riferimento ai beni infungibili⁸⁹.

Nel tempo i caratteri tradizionali del contratto hanno subito adattamenti per essere veicolati nel sistema bancario. Con esso si disciplinano il deposito bancario e il finanziamento per l'acquisto di beni.

Nella conformazione sciaraitica, il deposito bancario è una *mušaraka* in cui, per rendere profittevole il versamento di denaro, l'ente creditizio è il soggetto finanziato e il risparmiatore assume il ruolo di finanziatore. Questi potrà ottenere una remunerazione a titolo di utili derivanti dall'investimento qualora decida di mettere il denaro a disposizione dell'intermediario. Rispetto al deposito bancario convenzionale, qui il risparmiatore diventa un vero e proprio *partner* dell'istituto creditizio, divenendo compartecipe anche della *governance*. Tale eventualità pone in luce la concezione diversa di banca nell'economia conforme alla *Sharia'h*. Diventa centrale il concetto di *accountability* che risulta rafforzata dalla presenza del risparmiatore nella gestione del flusso di risorse. La struttura del contratto implica inoltre che il finanziatore, al pari di un azionista, non possa ritirare la somma depositata in ogni momento.

Un'altra evoluzione del contratto è la cosiddetta *diminishing mušaraka*, forma di finanziamento per l'acquisto di immobili. In questo caso lo strumento contrattuale costruisce una *partnership* nella proprietà dell'immobile, con quote di partecipazione all'attività che si modificano di pari passo con lo stato di pagamento del prezzo.

⁸⁶ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 64.

⁸⁷ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 137.

⁸⁸ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 65.

⁸⁹ M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 24 ss. In relazione alla liquidazione delle quote per estinzione del rapporto si v. T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 66.

L'operazione contrattuale è suddivisa in più fasi. Questa inizia con un accordo di acquisto in comune del bene in cui il finanziatore detiene una quota maggioritaria. Contemporaneamente viene stipulato un *purchase agreement* che disciplina la graduale cessione, a titolo oneroso, delle quote di proprietà del bene dal finanziatore al soggetto finanziato. Infine, con un terzo contratto, il soggetto finanziato, in possesso del bene, si impegna a pagare un corrispettivo per il suo godimento: le rate in cui è diviso il corrispettivo decrescono al decrescere della quota di proprietà del finanziatore. Al termine, la parte finanziata ottiene la proprietà del bene. In caso di inadempimento, invece, il finanziatore ha diritto di vendere il bene sul mercato e l'eventuale deprezzamento rispetto al costo di acquisto graverà sul finanziato⁹⁰. Come già visto, per motivi di trasparenza e liceità è indispensabile che siano esplicitate le quote di partecipazione⁹¹.

Nella prassi si usa combinare la *mudāraba* con la *mušāraka*, in modo tale da permettere al *mudārib* di partecipare all'attività d'impresa anche con conferimento del suo capitale per realizzare un temperamento degli interessi delle parti più aderente all'esercizio di attività economica in comune. L'unico limite che viene posto è il divieto di concordare, per il mero finanziatore di capitale, una partecipazione agli utili proporzionalmente superiore al suo conferimento⁹².

L'integrazione degli schemi di *mudāraba* e *mušāraka* per attività di finanziamento e d'impresa viene proposta nel mondo islamico come alternativa al paradigma dell'interesse e per gli stessi fini di stimolare investimenti, remunerare l'*expertise* manageriale e generare profitto⁹³.

Se da un lato, quindi, risultano mitigati i rischi derivanti dalla speculazione attraverso l'impostazione economica di fondo di condivisione di perdite e utili, dall'altro l'applicazione del *Risk Sharing* acuisce altri tipi di rischi, come quello d'impresa e quello per cui la controparte non adempia gli obblighi contrattuali stabiliti. Non si può pertanto affermare con assoluta certezza che la finanza islamica sia più o meno sicura di quella convenzionale. Di evidenza è la circostanza che dover rispettare determinate regole e principi ha portato, nella finanza islamica, a un insieme di strumenti finanziari e contratti che, seppur differenti da quelli convenzionali, soddisfano le diverse esigenze degli operatori economici incluso la generazione di profitti.

VI. ECONOMIA E FINANZA: VISIONI A CONFRONTO

Come si accennava in precedenza, l'impianto economico allineato ai principi della *Sharia* è stato definito una giusta via di mezzo tra il sistema capitalistico, più attento alla libertà a discapito della giustizia sociale, e quello socialista, al netto della sua realizzazione pratica, incentrato sulle costrizioni ma più attento all'uguaglianza⁹⁴. Tuttavia occorre precisare che lo scontro in atto tra modelli di capitalismo sta ulteriormente restringendo gli spazi per

⁹⁰ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 138; M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, The Hague, 2002, p. 57 e ss.

⁹¹ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 67.

⁹² M.T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, cit., p. 36.

⁹³ L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., p. 868.

⁹⁴ E. Vadalà, *Capire l'economia islamica*, cit., p. 28.

politiche diverse da quelle che attribuiscono al libero incontro di domanda e offerta la funzione di determinare l'ottimale allocazione delle risorse⁹⁵.

Gli economisti islamici stigmatizzano la scarsa attenzione del sistema capitalistico per l'eguaglianza e la sua propensione a incentivare la mera speculazione, basandosi sui puntuali riscontri provenienti dalla realtà⁹⁶. Per evitare ciò, nel contesto islamico, la libertà individuale e le transazioni commerciali trovano un limite nel rispetto dei precetti sciaraitici con l'obiettivo di promuovere un'economia più equa⁹⁷.

Rebus sic stantibus, i teorici della circolazione dei modelli si chiedono se e quanto sia effettivamente possibile importare questo tipo di finanza nel mondo Occidentale, oppure se la circolazione trovi ostacoli – sembrerebbe – in considerazioni giuridiche e culturali non esplicitate.

D'altra parte, gli studi di economia islamica hanno per obiettivo la predisposizione di un modello di sviluppo economico fondato sui principi valoriali dell'Islam e ciò ha visto il moltiplicarsi degli stessi a partire dagli anni Settanta del secolo scorso⁹⁸, anche al fine di rivendicarne un'autonomia scientifica come paradigma alternativo a quello della letteratura economica convenzionale⁹⁹.

Nell'analisi del sistema economico-finanziario islamico, gli studiosi occidentali hanno innanzitutto rilevato che in esso difettano i presupposti su cui si basano tutte le teorie e le pratiche occidentali. Ad essere eliminato è il tasso di interesse, che spiega le scelte di investimento e la domanda di moneta e inoltre guida le politiche monetarie e fiscali statali e transfrontaliere. Sul piano dell'efficienza, la proibizione del pagamento di un tasso di interesse comporta inoltre problemi nell'allocazione e nella gestione del rischio.

Il modello alternativo di crescita proposto a partire dai precetti sciaraitici conduce ad un paradigma effettivamente non riconducibile al pensiero occidentale¹⁰⁰ che si compone di tre elementi fondamentali: il primato dell'economia reale su quella finanziarizzata; la ricerca di un equilibrio costante nelle transazioni commerciali in adesione ai divieti di rischio e speculazione, e la gestione condivisa del rischio, in sostituzione dell'approccio *debt-based* che caratterizza il capitalismo convenzionale e la partecipazione al profitto e al rischio d'impresa.

È indubitabile che il fondamento religioso della razionalità economica islamica conduca ad una nozione di bene sociale che deve necessariamente coniugarsi anche in una dimensione escatologica di salvezza. Già tale circostanza, dunque, la allontana in maniera,

⁹⁵ Per una introduzione sul tema, si v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, p. 117 e ss.; per una valida sintesi delle giustificazioni elaborate dalla dottrina comparatista sul punto, si v. F. Viglione, *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale in Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 1 e ss.

⁹⁶ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 18; M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, cit.

⁹⁷ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 18.

⁹⁸ Per una bibliografia esaustiva cfr. A.A. Islahi, *History of Economic Thought in Islam: a Bibliography*. Jeddah, 2007.

⁹⁹ V. Cattelan, *L'economia islamica: alternativa apparente o reale?*, in 97 *Oriente Moderno*, 2017, p. 276.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 283.

sembrerebbe, irrimediabile dai termini secolari dell'efficienza su cui si impernia il sistema economico convenzionale di matrice occidentale. Eppure, la riflessione si rivelerebbe cieca se non si sottolinea l'incidenza del fattore religioso sul dato economico.

La circostanza non è certamente eccezionale: anche nel capitalismo convenzionale¹⁰¹ si può individuare uno "spirito" di weberiana memoria¹⁰². Il filosofo individua il protestantesimo calvinista come la fede religiosa più affine al capitalismo razionale¹⁰³, uno stile di vita orientato al lavoro professionale e alla ricerca del profitto attraverso il calcolo¹⁰⁴. Lo spirito enucleato da Weber¹⁰⁵ si identificherebbe in quella disposizione socioculturale che, correggendo la sete spontanea di guadagno, induce il calvinista a reinvestire i frutti della propria attività per generare nuove iniziative economiche e perseguire la crescita¹⁰⁶.

D'altra parte, anche la teologia cristiana medievale ha gettato i semi del capitalismo moderno¹⁰⁷, legittimando la figura del banchiere attraverso un'opera di "redenzione" dell'usuraio¹⁰⁸. Ancora appare doveroso il richiamo alla concezione filosofica di Adam Smith, in cui il liberalismo economico si lega alla costruzione cattolica del mondo. Lo studioso costruisce l'archetipo del soggetto che agisce nelle dinamiche economiche riconoscendo l'egoismo che lo muove nel perseguimento dei propri interessi. Detta predisposizione egoistica, però, viene mitigata dalla dimensione spirituale e culturale, attraverso cui vengono veicolati i sentimenti di pietà ed altruismo necessari per correggere la competizione sfrenata¹⁰⁹. In questo senso, la mano invisibile è identificata con la

¹⁰¹ «Il capitalismo ha un suo «spirito», il che vuol dire che ha una radice religiosa»: così P. Rossi, *Max Weber, l'etica protestante e il capitalismo*, in *Nuova informazione Bibliografica*, 2018, p. 49, che, ancora, specifica: «Il capitalismo – o meglio, come vedremo, il capitalismo moderno – non è soltanto un sistema di produzione e di smercio attraverso un'impresa che comporta l'investimento di capitale e l'impiego di lavoro salariato «libero», e che richiede un insieme di istituzioni politico-giuridiche tali da garantirne il funzionamento. Esso poggia anche su una mentalità orientata verso il profitto – non già il profitto ottenuto volta per volta, attraverso singole operazioni, bensì un profitto continuativo, prodotto dal lavoro professionale organizzato in forma d'impresa; esso poggia cioè su un *ethos* che gli è peculiare, e che non è dato ritrovare in altre società o in altri periodi storici».

¹⁰² M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1905), Segrate, 1991.

¹⁰³ Per un'analisi della teoria weberiana della razionalità, si v. P. Rossi, *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, 2007.

¹⁰⁴ R. Marra, *Religioni universali e capitalismo razionale in Max Weber*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. spec., 2013, p. 140.

¹⁰⁵ Del capitalismo moderno, nella sua imponente opera, lo studioso ha indagato le premesse storiche e culturali, la rivoluzione industriale, l'egemonia britannica, l'imperialismo, il colonialismo, il conflitto crescente tra le grandi potenze, poi sfociato nella Prima guerra mondiale. Per approfondimenti si v. M. Salvati, *Max Weber: capitalismo, liberalismo, democrazia*, in *Stato e Mercato*, 2015, n. 104, p. 229 e ss.

¹⁰⁶ Per una recente lettura critica del pensiero weberiano si v. C. Cipolla, *Versus Max Weber*, Milano, 2023; per una lettura recente del suo pensiero, si v. C. Trigilia e D. D'Andrea, *Max Weber oggi. Ripensando politica e capitalismo*, Bologna, 2018.

¹⁰⁷ A tal proposito, si v. J. Le Goff, *Le Moyen Age et l'argent. Essai d'anthropologie historique*, Parigi, 2010. Più di recente, L. Bruni, *Il capitalismo e il sacro*, Milano, 2019 e S. Muscolino, *Libertà e mercato. Riflessioni su capitalismo, società e cristianesimo*, Roma, 2017.

¹⁰⁸ B. Nelson, *The Idea of Usury. From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, 2. ed., Chicago, 1969.

¹⁰⁹ Il riferimento è a A. Smith, *La teoria dei sentimenti morali*, cit., in cui si legge ad esempio: «Per quanto egoista si possa ritenere l'uomo, sono chiaramente presenti nella sua natura alcuni principi che lo rendono partecipe delle fortune altrui, e che rendono per lui necessaria l'altrui felicità, nonostante da essa egli non ottenga altro che il piacere di contemplarla. Di questo genere è la pietà o compassione, l'emozione che proviamo per la

provvidenza e, ancora, viene enucleata la teoria per cui ogni intervento istituzionale, tendente a regolamentare il mercato, possa comprometterne l'equilibrio, perché limiterebbe la libertà di commercio e, di conseguenza, il progresso¹¹⁰.

Le due culture, dunque, hanno assegnato un posto diverso alle proprie origini tradizionali e religiose: la cultura secolare dell'Occidente, infatti, ha posto nell'ombra le radici etico-religiose del proprio modello di crescita economica; diversamente, nell'economia islamica, esse vengono valorizzare, o almeno si cerca di utilizzarle come parametro di giustizia sociale¹¹¹, facendone un canone simil-scientifico per la misurazione dell'efficienza.

La conclusione sembra potersi ricavare dalla rassegna di alcune definizioni dell'economia: essa è stata descritta come la scienza che ha per oggetto il benessere e la sua relazione con l'essere umano, avendo riguardo alla realizzazione della giustizia in ogni attività economica¹¹²; come applicazione dei precetti religiosi per prevenire le ingiustizie nell'acquisizione e nella disposizione delle risorse¹¹³; come studio della prosperità dell'uomo attraverso strumenti di cooperazione e partecipazione¹¹⁴.

Liberata da preconcetti che potrebbero rendere esotica, se non mitologica, l'esperienza del modello islamico di crescita economica¹¹⁵, la riflessione può concentrarsi nel comprendere le possibilità di questo paradigma teorico di costruire un capitalismo alternativo ed inserirlo nella pratica internazionale¹¹⁶. Appare già certo invece che quantomeno in questa prospettiva, il modello tratteggiato possa aprire la strada ad un pluralismo economico che chiede il ripensamento dell'interazione tra il mondo occidentale e quello islamico. Non vi è chi non rintraccia il tema come una frontiera utile per superare l'approccio di matrice post-coloniale nell'indagine dei rapporti tra i due poli¹¹⁷. Si traccerebbe, in tal modo, una direttrice verso un «capitalismo “plurale”, capace di “aprire” il mercato a teorie alternative di giustizia economica in grado di coesistere ed influenzarsi reciprocamente»¹¹⁸.

Tuttavia, la prospettiva sembra molto lontana. Invero, come già si è accennato, la coesistenza tra le banche islamiche, che non applicano interesse, con gli intermediari

miseria altrui, quando la vediamo, oppure siamo portati a immaginarla in maniera molto vivace. Il fatto che spesso ci derivi sofferenza dalla sofferenza degli altri è troppo ovvio da richiedere esempi per essere provato; infatti, tale sentimento, come tutte le altre passioni originarie della natura umana, non è affatto prerogativa del virtuoso o del compassionevole, sebbene forse essi lo provino con più spiccata sensibilità. Nemmeno il più gran furfante, il più incallito trasgressore delle leggi della società ne è del tutto privo» (sez. I, cap. I, n. 1.).

¹¹⁰ Recentemente sul tema G. Cucci, *Adam Smith nel terzo centenario della nascita*, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno n. 4154, vol. III, 2023, pp. 179–189, secondo cui la mano invisibile si può definire come «una sorta di Provvidenza nella storia, capace di conciliare le passioni egoistiche con la felicità, da una parte, e di dare un fondamento scientifico all'economia di mercato dall'altra» (p. 189).

¹¹¹ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 278.

¹¹² *Ivi*, p. 276, citando Al-Makarim.

¹¹³ S.M. Hasanuzzaman, *Definition of Islamic economics*, in 2 *Journal for Research in Islamic Economics*, 1984, p. 52 e M.U. Chapra, *The Future of Economics: an Islamic Perspective*, Leicester, 2000, p. 125.

¹¹⁴ A. Khan, *Islamic economics, nature and need*, in 2 *Journal for Research in Islamic Economics*, 1984, p. 55.

¹¹⁵ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 284 e 285.

¹¹⁶ M. Çizakça, *Islamic capitalism and finance. Origins, evolution and the future*, Cheltenham e Northampton, 2011.

¹¹⁷ H. Dabashi, *The Arab Spring: the End of Post-colonialism*, Londra e New York, 2012.

¹¹⁸ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 286.

convenzionali genera fenomeni di *adverse selection*. La distorsione dell'equilibrio del mercato in favore di prodotti convenzionali è dovuta, come è facilmente intuibile, all'esistenza del tasso d'interesse, che, configurando profitti certi, estirpa alla base ogni diversa valutazione rispetto alla convenienza economica di un'operazione¹¹⁹.

A quanto precede si può aggiungere una riflessione sul sistema bancario. Nel modello convenzionale, appare fondamentale l'aderenza delle iniziative creditizie alla regolamentazione dettata dal Comitato di Basilea¹²⁰, che si declina negli ordinamenti statali e sovranazionali. In particolare, il cosiddetto Basilea II ha costruito un dettagliato *framework* per la misurazione e il contenimento dei rischi per gli intermediari che trova il proprio punto nodale nel tasso di interesse.

Il modello Basilea, in tale prospettiva, costituisce una netta barriera d'ingresso ad operazioni economico-finanziarie lecite¹²¹. Detta barriera, inoltre, non appare giustificata in termini di efficientismo economico, soprattutto alla luce dello *shock* che il sistema convenzionale ha subito con la crisi finanziaria del 2008: la destabilizzazione che essa ha comportato non è rintracciabile nel circuito islamico, toccato in maniera marginale¹²². Invero, diversamente dalle banche convenzionali, quelle islamiche agiscono in maniera più simile ad agenti e investitori e ciò modifica le caratteristiche del rischio che attiene a tali intermediari¹²³ e la conformazione del loro capitale le cui passività comprendono depositi di investimento di natura quasi-*equity* conformi al principio di ripartizione di utili e delle perdite¹²⁴.

VII. RISK SHARING: MODELLO GIURIDICO RIFIUTATO DALLA FINANZA DOMINANTE

Nelle transazioni economiche, la condivisione del rischio indica il criterio secondo cui esso è distribuito tra tutti i soggetti dell'operazione. Una corretta comprensione del passaggio dal paradigma del trasferimento del rischio – che informa l'attuale sistema occidentale – a quello del *Risk Sharing* è ritenuta fondamentale per garantire un significativo potenziamento e sviluppo della finanza islamica¹²⁵.

Gli studiosi islamici sottolineano la mancata comprensione del modello del *Risk Sharing* che non prevede né l'assunzione del rischio in proprio, né la sua dissipazione realizzata

¹¹⁹ Secondo Stiglitz, Weiss e Akerloff, una soluzione al fenomeno è il *signalling* consistente nel calibrare diverse soluzioni di finanziamento lasciando che il cliente, attraverso la propria scelta, segnali il rischio di cui è portatore. Tuttavia, tale tipo di soluzione incontra le stesse obiezioni relative all'*homo economicus*.

¹²⁰ Attualmente il sistema bancario occidentale è costruito intorno ai parametri del cosiddetto Basilea II, concordato del 1983 e rivisto nel 2004 dal Comitato formato dai rappresentanti delle autorità di vigilanza bancaria e delle banche centrali di gran parte degli Stati del mondo che si riunisce a Basilea presso la Banca dei regolamenti internazionali. Per una disanima, A. Brescia morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, 2 ed., Bologna, 2016, cap. VIII e IX.

¹²¹ M.T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, cit. e C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 27.

¹²² M. Hadian, *Monetary Management in a Dual Banking System: A Nominal-GDP Targeting Approach in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., pp. 95–118.

¹²³ A.I. Onagun, *Capital Regulatory Requirements for Islamic Banks in the UAE: A Comparative Analysis in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 81.

¹²⁴ *Ivi*, p. 92.

¹²⁵ M.L. Siti, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 237.

con il suo trasferimento sulla controparte, come accade nel modello contrattuale di finanza prevalente. Trattandosi di un nuovo modo di fare economia che non utilizza il rischio come fonte di guadagno, praticare un modello di finanza di tal fatta significa abbandonare i dettami del sistema convenzionale da tutti noi conosciuto.

La sostituzione del paradigma dell'esazione di interesse con la condivisione del rischio rispecchia il precetto islamico per cui il diritto al guadagno è accompagnato dalla responsabilità delle possibili perdite e spese correlate¹²⁶ ed è elemento necessario per lo sviluppo umano e fortemente incoraggiato dall'Islam¹²⁷. Tuttavia, la sua applicazione nel settore bancario islamico è ancora timida, dilagando gli atti di elusione del precetto attraverso la creazione di schemi complessi che assumono l'abito di quelli tradizionali, ma sottendono intenzioni diverse.

Per la *Sharia'h*, il modello *Risk Sharing* è applicato tramite gli istituti descritti¹²⁸. Con essi, il rischio è diviso tra le parti per cui ognuna di esse è incoraggiata ad una sua corretta e solida gestione per minimizzare la propria esposizione, ottimizzando gli utili. Inoltre, ai contratti finanziari basati sui modelli islamici sono stati aggiunti ulteriori correttivi quali *wa'ad* e garanzie, costituenti requisiti condizionali per la stipulazione del contratto. Gli adattamenti si inseriscono negli sforzi ritenuti necessari per ottenere prodotti simili a quelli convenzionali¹²⁹.

Sul punto si può sottolineare che la Banca Mondiale ha indicato la condivisione del rischio come catalizzatore di maggiore prosperità¹³⁰. Gli studi economici e l'esperienza del capitalismo confermano la necessità di utilizzare nuovi criteri per la gestione del rischio: già Keynes sosteneva che il meccanismo del tasso di interesse, base del paradigma del trasferimento del rischio, ha contribuito alla creazione dei due mali ereditati dal capitalismo, il peggioramento della distribuzione del reddito e la disoccupazione¹³¹. Gli assunti sono stati, di recente, confermati dallo studio di Piketty, secondo cui il sistema di trasferimento del rischio aggrava il divario di reddito poiché il sistema finisce per incoraggiare i "venditori" di denaro, senza alcuno strumento valido che giuridicamente

¹²⁶ S.M. Lajis, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance* in *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 239 ss. e Id., *Risk-Sharing Securities: Accelerating Finance for SMEs*, in *25 Islamic Economic Studies*, 2017, pp. 35–55.

¹²⁷ S.A. Rosly, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets: Islamic Economics, Banking e Finance, Investments, Takaful and Financial Planning*, Kuala Lumpur, 2005, p. 57.

¹²⁸ Per una trattazione sistematica si v. A. Cupri, *L'economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, fasc. 20, p. 19 e ss.; P. Biancone, S. Secinaro, N. Radwan, *Compatibilità della finanza islamica alla normativa italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, fasc. 9, p. 1 e ss. e M. d'Arienzo, *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati*, in *Diritto e religione*, 2017, fasc. 2, p. 517 e ss.

¹²⁹ S.M. Lajis, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance* in *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 239.

¹³⁰ *World Bank Annual Report 2015*, p. 22.

¹³¹ J.M. Keynes, *Saving and Usury: A Symposium*, in *42 The Economic Journal*, 1932, pp. 123–141.

possa ristabilire un equilibrio¹³². La conseguenza è l'esclusione dalla crescita del gruppo a basso reddito e l'arricchimento di coloro che già dispongono di ingenti risorse¹³³.

Differentemente da un sistema basato sul trasferimento del rischio, il paradigma del *Risk Sharing* sembrerebbe offrire un sistema finanziario intrinsecamente stabile perché basato su strumenti giuridici che disegnano una reciprocità della responsabilità che implica una reciprocità di azione: ciascuna parte tende ad impegnarsi per garantire un risultato favorevole, riducendo il proprio rischio¹³⁴. Tale reciprocità aiuta la correzione delle forme di *moral hazard*, di opportunismo *post* contrattuale e di asimmetria informativa. Inoltre, è stato osservato che il sistema di partecipazione agli utili è più efficace rispetto al sistema convenzionale poiché in grado di contrastare meglio gli *shock* inflazionistici, mantenendo i vantaggi di un processo decisionale decentralizzato, mentre la crisi del 2008 ha mostrato l'instabilità endogena del sistema finanziario dominante¹³⁵.

Ancora, Sheng sostiene che solo l'economia reale è solida e la finanza nei suoi modelli di azione è un derivato di essa: la teoria monetaria, dunque, non può dimenticare che la finanza deve servire l'economia reale piuttosto che guidarla¹³⁶. Da questo punto di vista, l'impianto giuridico proposto dal modello sciaraitico ancora la finanza al sistema reale, in quanto anche nel settore finanziario è fondamentale il rispetto dei principi coranici analizzati. In tale prospettiva, il sistema islamico predilige il mercato azionario, il cui scopo speculativo è inibito a monte a mezzo del rispetto del divieto di *gharar*, così come si sottrae al rischio di corrompere il tessuto sociale, dal momento che le società quotate devono svolgere attività cosiddette *haram*¹³⁷. I nodi problematici sinteticamente evidenziati sono quelli intorno a cui ruotano le preoccupazioni dei fondi di investimento islamici, la cui selezione di portafogli non può sottrarsi ad uno *screening* rigoroso¹³⁸.

VIII. LE ISTANZE GIURIDICHE PER RENDERE REALE LA FINANZA

Gli stessi capisaldi posti dal sistema *Sharia'h compliant* sono ciò che allontana la finanza islamica dai mercati convenzionali¹³⁹, entro cui sono diffusi strumenti derivati che ruotano attorno alla speculazione, mirando a trasferire il rischio in forma occulta. Eppure, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, sono proliferati i fondi comuni islamici collocati nella più ampia categoria dei fondi etici¹⁴⁰. L'appellativo e il collocamento sono frutto della necessaria selezione dei titoli da inserire nel portafoglio basata su criteri non meramente

¹³² T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press, 2014.

¹³³ Aa. Vv., *Undermining Shared Prosperity? Risk Shifting and Islamic Banking*, in Simposio annuale *World Bank and Islamic Development Bank*, Istanbul, settembre 2015.

¹³⁴ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 101.

¹³⁵ M.L. Siti, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance* in *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 240.

¹³⁶ A. Sheng, *From Asian to Global Financial Crisis: An Asian Regulator's View of Unfettered Finance in the 1990s and 2000s*, Cambridge, 2009.

¹³⁷ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit. p. 84 e ss.

¹³⁸ *Ivi*, p. 91 e ss.

¹³⁹ C.J. Godlewski, R. Turk-Ariss e L. Weill, *Sukuk vs. Conventional Bonds: A Stock Market Perspective*, in 41 *Journal of Comparative Economics*, 2013, p. 745 e ss.

¹⁴⁰ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 251.

finanziari¹⁴¹. Tuttavia, la possibilità che il capitale venga destinato ad attività incompatibili con la *Sharia'h* rende difficile l'operatività dei fondi di investimento, poiché la partecipazione al capitale non permette di intervenire nelle scelte di mercato della società partecipata.

Per offrire una continuità operativa nel mercato convenzionale a detti fondi, in dottrina si è stilato un *vademecum* per gli investimenti¹⁴². Esso esclude la possibilità di investire in attività bancarie basate sugli interessi, in operazioni aleatorie, come il mercato assicurativo, e in settori merceologici proibiti. Ulteriori condizionalità si sono rese necessarie per mitigare il divieto di investire in attività che prevedono un tasso di interesse. In particolare, i fondi possono investire nel mercato del debito o in attività i cui profitti sono condizionati dagli interessi a patto che il *core business* non abbia tale connotazione e l'oggetto sociale non sia in contrasto con i precetti sciaraitici. Perché l'investimento possa essere considerato lecito è necessario che gli azionisti abbiano espresso disapprovazione per tali attività proibite dal Corano e che gli utili derivanti da interesse siano devoluti a fini caritatevoli e, in ogni caso, non distribuiti¹⁴³. Il risultato è uno snaturamento degli strumenti, fino alla tolleranza dell'infrazione dei divieti corretta *ex post*. L'interazione con il sistema convenzionale, dunque, sembra produrre un'ibridazione del modello, che torna denaturato anche nella dimensione domestica.

Il fondo che raccoglie capitali di investitori musulmani agisce in qualità di agente in attività *Sharia'h complaint* utilizzando contratti di *mudāraba*, *mušāraka*, *istisna*¹⁴⁴ e *ijarah*¹⁴⁵.

La domanda di investimento da parte del mondo islamico ha visto la nascita di indici azionari riservati alle società in grado di rispettare i dettami sciaraitici. Ciascuno di essi si dota di uno *Sharia'h board* a cui è demandata la decisione sulle quotazioni attraverso l'analisi del titolo che si intende immettere sul mercato e della società che chiede la quotazione. Al riguardo, un profilo problematico è rappresentato dalla dinamicità delle attività sociali che devono essere continuamente monitorate perché esse non possono diventare in un nessun momento incompatibili con la *Sharia'h*¹⁴⁶.

I meccanismi evidenziati fanno emergere un'ulteriore distanza tra questo modo di fare finanza e la pratica del *trading* a breve termine del circuito convenzionale. Nei mercati occidentali, invero, si assiste alla trasformazione degli investitori da collettori di partecipazioni azionarie in agenti di speculazione. Il paradigma del *Risk Sharing* invece

¹⁴¹ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., 45 e ss.

¹⁴² Z. Iqbal, e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., 252 e ss.

¹⁴³ T.V. Russo, *Finanza Islamica (voce)*, in *Digesto Commerciale*, Aggiornamento, Milano, 2012, p. 414.

¹⁴⁴ Il contratto ha lo schema soggettivo trilaterale di un contratto di appalto unito a quello di compravendita del bene oggetto del primo accordo. Cfr. T. V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 82 e ss.

¹⁴⁵ Il contratto è assimilabile al *leasing* operativo ovvero un usufrutto in cui si dispone del diritto di utilizzare un bene per un lasso di tempo determinato al fine di trarne profitto. Di recente, per ottenere uno strumento simile a quello del *leasing* finanziario, *Ijarah* è stato combinato con un contratto di vendita con promessa unilaterale di acquisto. *Ivi*, p. 77 e ss.

¹⁴⁶ T. V. Russo, *Finanza Islamica (voce)*, in *Digesto Commerciale*, cit., p. 414.

ostacola la causa di *trading* che si concreta nella riallocazione sul mercato delle azioni acquistate per trarne profitto e non nella *partnership* al fine di dividere utili e perdite¹⁴⁷.

Accanto al mercato azionario, vi è quello del debito relativo a prestiti cosiddetti *asset based*, vale a dire prestiti basati su beni in grado di generare profitti da distribuire. Essi rispecchiano la realtà e il *Risk Sharing* della finanza islamica.

La forma più comune di titolo di debito sono i cosiddetti *sukuk*¹⁴⁸, certificati di partecipazione rappresentativi di quote di proprietà indivisa su un patrimonio di beni materiali. Questi si differenziano dagli strumenti obbligazionari tradizionali poiché non sono certificati rappresentativi di debito; nonché dalle azioni, poiché non rappresentano una quota di partecipazione nel capitale sociale dell'emittente. Attraverso i *sukuk* i portatori hanno diritto esclusivamente ad una quota degli eventuali utili provenienti dal bene sottostante.

Difficile trovare una *reductio ad unum* diversa dal paradigma della condivisione del rischio anche per gli strumenti negoziati sul mercato finanziario.

Nonostante quanto sinteticamente tracciato, il modello di finanza islamica stenta ad affermarsi anche nei Paesi islamici, dove il settore appare concepito da ingegneri finanziari che disegnano strutture conformi alla *Sharia'h*, ma in grado di offrire lo stesso risultato economico dei prodotti convenzionali. Ne deriva la modifica di un sistema già esistente per soddisfare i vincoli imposti dal circuito convenzionale globalizzato¹⁴⁹.

A tal proposito, una conferma della dinamica descritta viene suggerita dalla considerazione svolta del Fondo Monetario Internazionale, in tempi non recenti, secondo cui la «versione paradigmatica del sistema bancario islamico si basa sulla condivisione del rischio. Tuttavia, tale paradigma non è (ancora) profondamente incorporato a livello globale»¹⁵⁰.

Appare inoltre emblematico che la comprensione che si tratti di un modello effettivamente alternativo abbia suscitato l'attenzione del Fondo tanto che si è sviluppata una fiorente letteratura che conduce analisi dettagliate, anche sui singoli Paesi, senza però contenere giudizi di valore, ma – sembrerebbe – volta all'individuazione di tutti i possibili rischi e manipolazioni, se non addirittura, minacce per il sistema convenzionale¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 415.

¹⁴⁸ Gli strumenti sono stati sviluppati in Bahrain e Malesia, *leader* nella finanza islamica. Cfr. T. V. Russo, *Finanza Islamica (voce)*, in *Digesto Commerciale*, cit., p. 415.

¹⁴⁹ Secondo uno studio del 2016 in Malesia (Aa. Vv., *Challenges of Profit-loss-sharing Financing in Malaysia Islamic Banking*, in 12 *Malaysia Journal of Society and Space*, 2016, p. 39–46), l'uso limitato di Mudarabah e Musharakah dipende da: percezione di questi contratti come aventi elevati livelli di rischio, familiarità delle banche islamiche a partecipare come *partner*, complessità dei prodotti, normative rigorose, mancanza di personale qualificato.

¹⁵⁰ *Malaysia: Financial Sector Assessment Program Financial Sector Performance, Vulnerabilities and Derivatives — Technical Notes*, IMF, 2014.

¹⁵¹ L'interesse al modello alternativo e la necessità di comprenderne i rischi e valutarne l'impatto ha portato allo sviluppo di una letteratura piuttosto copiosa per il Fondo Monetario Internazionale che ha affrontato lo studio delle istanze islamiche nella finanza in diversi settori, a titolo esemplificativo: *Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options*, IMF Staff Discussion Note, 2015 già citato; *Ensuring Financial Stability in Countries with Islamic Banking*, IMF, 2017; *The Core Principles For Islamic Finance Regulations And Assessment Methodology*, IMF Policy Paper, 2018; e da ultimo *Monetary Policy Implications of Central Bank Digital Currencies: Perspectives on Jurisdictions with Conventional and Islamic Banking Systems*, WP/23/60, IMF, 2023.

IX. SNATURAMENTO DEI MODELLI GIURIDICI E MERCATO: ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

Si impone, dunque, una riflessione in merito alla circolazione dei modelli. La complessità dei meccanismi contrattuali che si è cercato di illustrare, costruiti su basilari schemi di divisione di utili e perdite, è dettata anche dalla volontà di renderli accostabili ai prodotti dei mercati finanziari convenzionali. Per tali ragioni assomigliano ad un prodotto dell'ingegneria finanziaria al solo scopo di superare la barriera di entrata in un mercato globale che ha la pretesa di affermarsi come unico modello economico e giuridico, ma anche culturale, non lasciando spazio né alla diversità né alla valutazione di modelli competitivi¹⁵² legati a presupposti svincolati dall'ambito economico.

Tutto ciò viene motivato adducendo ragioni di ordine tecnico-economico, dietro le quali però si celano – probabilmente in maniera un po' maldestra – motivazioni politiche¹⁵³. Ciò comporta un'ibridazione degli istituti non convenzionali o forse uno stingimento degli stessi¹⁵⁴, dovuta alla contaminazione subita dalle norme giuridiche a causa dell'innesto di principi alieni in un dato ordinamento. E tuttavia, in questo caso, gli strumenti giuridici subiscono una “scoloritura” non perché si inseriscono in sistemi altrui, ma si contaminano nel sistema di appartenenza per accedere al mercato prevalente. Si tratta della circolazione di modelli economici non istituzionalizzata¹⁵⁵ i quali inficiano la costruzione giuridica e assiologica del tessuto normativo originario. Quest'ultimo cede alle pressioni derivanti dal confronto con il prevalente sistema finanziarizzato di economia perdendo il proprio potenziale di alternatività ad un modello imperante non equo dal punto di vista del modello non convenzionale.

Il carattere di fondo della *Sharia'h*, che ha da sempre convissuto con modelli diversi, permette che, rispetto a questo movimento, non si ponga il problema della coerenza sistematica e della tenuta dell'ordinamento. Cionondimeno, lo snaturamento dei principi che presiedono ad un modello di crescita economica in consonanza con l'impianto etico-religioso proprio dell'Islam avviene in una spirale di dubbia correttezza ed equità, poiché la ricezione del modello esterno viene affidata a giustificazione di tipo economico ed efficientistico che non aprono né al confronto né al dialogo tra culture. Non sembra errato ritenere, dunque, di essere nuovamente in presenza di un fenomeno di *polity* reticolare¹⁵⁶, vale a dire di imposizione di regole da parte di entità esterne su ordinamenti sovrani. In particolare, l'espressione richiama l'architettura istituzionale disegnata, a partire dalla fine degli anni Settanta, dall'azione congiunta delle politiche neoliberiste e dei processi di globalizzazione¹⁵⁷ che hanno attribuito crescente potere decisionale ad agenzie private

¹⁵² F. Viglione, *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi*, cit., p. 3.

¹⁵³ Si richiama qui la corrente *law and development* che informa la *governance* economica mondiale nonostante le critiche subite. In linea di prima approssimazione, secondo tale corrente si impongono istituti giuridici prelevati da un modello dominante *culture matters*. L. E. Harrison e S. P. Huntington, *Culture matters. How values shape human progress*, New York, 2000.

¹⁵⁴ Il termine è preso in prestito da una riflessione di A. Miranda, *Lo “stingimento” delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018, p. 1 e ss.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 5.

¹⁵⁶ Secondo la definizione di A. Palumbo, *La polity reticolare. Analisi e critica della governance come teoria*, Roma, 2013.

¹⁵⁷ J. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, Londra, 2002.

ovvero semi-private, le quali dettano i valori sulle cui basi fondare le preferenze del traffico giuridico economico¹⁵⁸.

In questo caso, si è in presenza di adattamenti ritenuti necessari per non rimanere esclusi dall'ordine economico globalizzato. La mancata difesa di punti di vista differenti su aspetti sociali, giuridici ed economici porta qui all'esaltazione della ricerca di una base universale per un ordine globale certamente criticabile per essere disancorato alla dimensione territoriale e svincolato da politiche eque di distribuzione della ricchezza. Sembra anche dubbio che tale scelta sia stata consapevole considerato lo sforzo compiuto dalle scuole giuridiche islamiche per dimostrare la coerenza dei nuovi costrutti contrattuali con quelli antichi.

Ancora una volta, la necessità di ibridare istituti e imporre modelli sembra essere dominata dal (e i risultati dei trapianti sembrano essere valutati alla luce del) concetto di efficienza mutuato dalla scienza economica occidentale: la regola vincente è quella che comporta la massimizzazione del risultato a prescindere da un giudizio di merito circa la sua equità, anche qualora essa favorisca il trasferimento dei costi transattivi e delle esternalità negative, magari in maniera occulta. Si assiste, pertanto, all'ennesima riaffermazione dell'economia e del mercato come canali di veicolazione di un sistema di giustizia sociale, mentre al diritto resta il ruolo di elaboratore di strumenti tecnici per permettere il funzionamento di meccanismi ritenuti competitivi ed efficienti.

L'idealtipo che costituisce il parametro di giudizio, oggi, parrebbe assegnato al mercato inteso come luogo della concorrenza e del libero incontro tra domanda e offerta, nonché esclusivamente come luogo di profitti. Esso, dunque, diventa il prototipo cui la scienza giuridica nella comparazione si rivolge per valutare i sistemi reali. Si assiste, pertanto, alla perdita di un ruolo autonomo del diritto, che rinuncia a veicolare valori diversi da quelli mutuati dagli assetti economici. Il diritto, dunque, appare trasformarsi in un lettore sterile delle leggi economiche e di ordini concettuali provenienti dalla teoria economica¹⁵⁹, perdendo non solo la possibilità di tracciare prospettive di politica inedite, ma anche il ruolo di custode di un patrimonio "sapienziale"¹⁶⁰ che conserva e restituisce i caratteri identitari di un'esperienza territorialmente circoscrivibile.

Gli esiti dell'analisi della cultura occidentale del diritto e del suo rapporto con le dinamiche economiche sono stati identificati nel positivismo giuridico o nello scientismo, a seconda che il giurista diventa «bocca delle leggi economiche» oppure «fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica»¹⁶¹. In definitiva, è stato sostenuto che il primato sostanziale del circuito economico – a cui sembra che l'esperienza islamica stia

¹⁵⁸ La definizione elaborata nel lavoro di Palumbo costituisce una fruttuosa applicazione di quanto suggerito da D. Stone, *Non-Governmental Policy Transfer: The Strategies of Independent Policy Institutes*, in 13 *Governance*, 2000, pp. 45–62.

¹⁵⁹ Per la necessità di rifondare una dimensione autonoma del diritto rispetto alle dinamiche economiche, si v. P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, p. 551 e ss.

¹⁶⁰ Così viene definito il portato del giurista nell'elaborazione del discorso giuridico scevro dalla manipolazione delle considerazioni economiche in A. Somma, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 107.

¹⁶¹ *Ibidem*.

provando a sottrarsi – sta sancendo la nascita del post-diritto, vale a dire alla perdita d'identità di quest'ultimo, poiché si riduce a riflesso di altri fenomeni sociali¹⁶².

In questo scenario, osservare il movimento di resistenza che una diversa costruzione del rapporto tra dinamiche economiche e identità culturale veicola attraverso lo strumento giuridico potrebbe essere considerato utile per rintracciare prospettive inedite per rivendicare un ruolo rinnovato per il diritto stesso.

Inoltre, occorre ancora sottolineare che la scoloritura di cui si discorre risulta sostanzialmente indipendente dall'entità statale¹⁶³. Invero, il fenomeno opera a livello di diritto privato e, dunque, si ha la tentazione di ricondurlo al valore di norma autoprodotta dai soggetti che a tale regola si sottomettono ed assume le caratteristiche di spontaneità e bilateralità¹⁶⁴. Tuttavia, detto fenomeno ha, alla base, differenti valutazioni assiologiche che si pongono su un piano di regolazione più ampia del diritto privato e conducono a riflessioni sull'intero sistema giuridico e sui suoi fondamenti. Come si è avuto modo di vedere, l'esame delle singole strutture contrattuali non può prescindere dalla comprensione del paradigma della *Sharia'h* per cui il discorso deve obbligatoriamente allargarsi verso ulteriori dimensioni, involgendo una riflessione macroeconomica per tentare di ridefinire un nuovo ruolo delle regole e della scienza giuridica. Ciò al fine di permettere al diritto di presiedere ad un mercato che persegue una giustizia diversa dall'efficienza economica.

D'altra parte, proprio lo stingimento, stavolta inteso nel senso originario, chiede una riflessione critica al mondo giuridico-economico occidentale sul modo di presiedere al mercato. Ci si riferisce ai nuclei di comunità, formatasi a seguito dei flussi migratori, che restano apparentemente separati dal tessuto sociale ospitante mantenendo le proprie abitudini culturali e giuridiche che influenzano l'ordinamento ospitante¹⁶⁵. È quanto successo in Gran Bretagna: lo sviluppo della banca islamica si racconta sia nato da un'esperienza quotidiana accaduta a Eddie George, all'epoca governatore della *Bank of England*¹⁶⁶, e dovuto alla presenza di regole aliene all'ordinamento ospitante seguite da una data comunità nel rispetto dell'ordinamento stesso. La valutazione circa la compatibilità o meno di queste regole con il sistema giuridico ospitante e quindi la tenuta della coerenza sistematica di detto ordinamento ha poi provocato il movimento di ostacolo ad un modello astrattamente compatibile con le regole giuridiche, ma alternativo ai dettami

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Proprio come la dinamica osservata in altri contesti da A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, cit., p. 11.

¹⁶⁴ M. Bessone, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2017, p. 3 e ss.

¹⁶⁵ A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, cit., p. 12.

¹⁶⁶ È accreditato il racconto secondo cui l'apertura alla finanza islamica sia cominciata a seguito di una discussione tra l'ex governatore e un vicino di casa, di religione musulmana. Questi manifestò il proprio rammarico per non essere riuscito a trovare alcuna banca londinese in grado di offrire un finanziamento *Sharia'h compliant* per l'acquisto della casa. L'ex governatore, dunque, promosse un gruppo di studio comprendente la *Fsa* (*Financial Services Authority*), il ministero del Tesoro, esperti fiscali e la comunità islamica locale, per definire un quadro normativo e fiscale favorevole allo sviluppo della finanza islamica nel paese. Tale processo portò all'apertura della *Islamic Bank of Britain* (2004), prima banca islamica inglese *retail*, e a cinque banche d'investimento. Cfr. R. Hamaui e M. Mauri, *Economia e Finanza islamica*, cit., p. 105.

economici di riferimento. Detto modello è riferibile all'insieme di cultura, credenza ed abitudini della comunità di migranti che si inseriscono nel tessuto sociale del Paese ospitante.

La panoramica offerta evidenzia che il segnale di allarme non scaturisce dalla necessità di inseguire l'Occidente e la sua concezione del mondo, quanto dalla pressione che i meccanismi del diritto ricevono per inseguire il mito del mercato nell'unica forma oggi storicamente ritenuta possibile.

La deriva sembra potersi rintracciare nell'allontanamento dell'economia dalla propria *sedes naturalis*, vale a dire come una scienza nata dalla filosofia morale¹⁶⁷, e verso la quale – solo in tempi recenti¹⁶⁸ – se ne auspica il ritorno. Inoltre, viene in rilievo anche il riconoscimento dell'ideologia del mercato come il mito fondante dell'economia, secondo cui esso avrebbe poteri straordinari di coordinamento spontaneo delle azioni degli individui¹⁶⁹ e, in virtù dei cui meccanismi, il diritto sembra essere orientato. Il tentativo di leggere tutto attraverso il mercato ha, di fatto, impoverito la visione d'insieme e corrotto il sapere economico, per cui gli economisti hanno tentato di costruire un'immagine di scienza pura, moralmente neutra, come la fisica¹⁷⁰.

Sembra che l'Occidente, in definitiva, abbia dimenticato che il mercato non ha nulla di naturale, ma è una creazione umana. L'economia, dunque, non è desocializzata, e i rapporti economici non sono nettamente distinguibili da quelli sociali e politici: tale, invero, è esclusivamente la concezione lasciataci in eredità dal pensiero dell'Ottocento¹⁷¹. In quel momento, è stata eretta come un monolite l'idea che «un mercato autoregolantesi richiede niente meno che la separazione istituzionale della società in una sfera economica ed una politica» per cui «la società del diciannovesimo secolo, nella quale l'attività economica fu isolata ed attribuita ad una particolare motivazione economica, rappresentò in realtà discontinuità particolare»¹⁷². Invero, appare utile richiamare l'insegnamento per cui i mercati sono «elementi accessori della vita economica», mentre il sistema economico è «assorbito nel sistema sociale»¹⁷³.

Se, dunque, l'«ordine economico è semplicemente una funzione dell'ordine sociale nel quale esso è contenuto»¹⁷⁴, ad essere rilevante è il sistema assiologico di riferimento del mercato e le conseguenze di esso sulla distribuzione della ricchezza. In particolare, come detto, il modello islamico ha manipolato i suoi strumenti giuridici per disegnare strutture economico-contrattuali che permettono di conseguire profitto certo senza l'utilizzo del tasso d'interesse al pari del sistema convenzionale, trovando un nuovo assetto sistematico. Il risultato non accettabile è la scelta da parte di una lettura di mercato alternativa – non

¹⁶⁷ Per una disamina dell'origine del movimento si v. S.V.M. Cremaschi, *Adam Smith, l'economia politica e la filosofia morale*, in L. Ruggiu (a cura di), *Genesis dello spazio economico*, Napoli, 1982, pp. 147–184.

¹⁶⁸ A. Boitani, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia del mercato*, Roma e Bari, 2021.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 4.

¹⁷⁰ M. Gallegati, *Il mercato rende liberi e altre bugie del neoliberismo*, Roma, 2021, p. 15.

¹⁷¹ A. Somma, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, cit., p. 90.

¹⁷² K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, p. 92.

¹⁷³ *Ivi*, p. 88.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 92.

incompatibile dal punto di vista giuridico con i sistemi esistenti – di rinunciare alla propria identità, in virtù dell'incompatibilità derivante da assunti meramente economici e di *governance*.

Ci si chiede in definitiva se possa essere rintracciata la possibilità per il diritto di «ricollocare il mercato (avendo compreso i suoi meriti e i suoi difetti) al posto che gli compete, senza però fargli invadere ogni sfera sociale e moralmente sensibile»¹⁷⁵.

¹⁷⁵ A. Boitani, *L'ideologia liberista. Critica dell'ideologia del mercato*, Roma e Bari, 2021, p. 156. L'Autore, al termine della propria riflessione critica, pone questo obiettivo come sfida per gli economisti insieme alla ricostruzione della disciplina su basi comportamentali più realistiche, accettando che l'uomo sia mosso da motivazioni complesse e non solo egoiste.

THE CROSS-EXAMINATION: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE ITALIAN AND THE US LEGAL SYSTEM

Giacomina Esposito

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION; II. THE RIGHT OF EVIDENCE IN THE ITALIAN SYSTEM; III. CROSS-EXAMINATION IN ITALY; IV. CROSS-EXAMINATION IN THE US SYSTEM; V. CONCLUSIONS: THE TWO SYSTEMS COMPARED.

The institute of cross-examination is the beating heart of both Italian and American criminal trials, given the tendentially, or wholly, accusatory nature of the same. Evidence is formed in a dialectical confrontation between parties who have opposing interests and who are able to draw from the source of evidence the reconstruction of the fact and guide the decision of the judge or, in the American system, the jury.

Given the central role of the institute, it appears interesting to verify the manner in which it is elicited in the two systems, Italian and American, and the differences in the evaluation of the results, highlighting the respective strengths and weaknesses with a view to improvement.

L'istituto della cross-examination è il cuore pulsante del processo penale sia italiano che americano data la natura, tendenzialmente o totalmente, accusatoria degli stessi.

Le prove si formano in un confronto dialettico fra parti che hanno interessi contrapposti e che sono in grado di trarre dalle fonti di prova la ricostruzione del fatto e di orientare la decisione del giudice o, nel sistema americano, della giuria.

Data la centralità dell'istituto, appare interessante verificare le modalità con le quali esso viene eseguito nei due sistemi, italiano e americano, e le differenze nel valutarne i risultati, mettendo in luce i rispettivi punti di forza e di debolezza in un'ottica di miglioramento.

Keywords: Italian and the US trial; Evidence; Cross-examination; adversarial principle; witness.

I. INTRODUCTION

«Cross-examination is the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth»¹, as it allows evidence to be formed in a dialectical confrontation between parties who have opposing interests and who are able to draw from the sources of evidence the reconstruction of the fact and guide the final decision.

In the modern era said tool has become the beating heart of trial systems, starting from common law² systems, characterized by the presence of the jury, and reaching civil law systems, without a jury but with a 'more protagonist' judge.

The main purpose of the institute is to screen the credibility and reliability of the declarative source in order to enable the judge, or jury, to properly direct their legal and rational conviction. Moreover, cross-examination becomes the privileged tool for the implementation of the adversarial principle for the formation of evidence, pursuant to

¹ J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, Boston, 1367 (1983)

² The relevance of cross-examination in common law jurisdictions is confirmed by the Federal Rules of Evidence governing the introduction of evidence in civil and criminal trials in U.S. federal courts, which will be discussed in the following paragraphs

Article 111, paragraph 4, Constitution³, a cardinal principle of the entire procedural matter. As a dialogic method of evidence formation, it uniquely succeeds in realizing the constitutional architecture. Likewise, in the American system, the right to cross-examination is protected at the constitutional level, in particular in the VI amendment which contains the “comparison clause”⁴.

II. THE RIGHT TO EVIDENCE

2.1 *Evidence: means of seeking procedural truth*

In the Italian criminal procedure⁵, the right to evidence is a corollary of the right of defense recognized to all parties to the trial, public and private, who exercise it before the judge as a function of cross-examination of the facts in evidence.

The term evidence means the set of elements of procedures and reasoning by means of which the reconstruction of facts is elaborated, verified, and confirmed as “true”⁶.

The Italian Constitution has incorporated a guarantor model that rejects the myth of truth as a “correspondence”, but makes it dependent on «compliance with the rules and procedures that govern its ascertainment with an authoritative and conventional character»⁷, which condition its objectivity and certainty.

The most congruous mode has been identified in the evidentiary dialectic, as the effective participation of all protagonists, engaged in continuous and close confrontation, enhances the jurisdictional function⁸.

The search for truth requires an argumentative proceeding that implies a justification of interpretive hypotheses through a series of evidentiary elements that support them, subjecting all plausible versions of a fact to scrutiny.

2.2 *The right to evidence and the attenuated dispositive principle*

The term right to evidence uses an expression that summarizes «the right of all parties to seek sources of evidence, to request the admission of the relevant means, to participate in

³ Art. 111, § 4, Cost.: “Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore”.

⁴ Amendment VI: “In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right [...] to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, [...]”

⁵ For an in-depth look at Italian criminal procedure see, among many others: P. Tonini - C. Conti, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè Editore, (2022); (a cura di) Adolfo Scalfati, *Manuale di diritto processuale penale*, Giappichelli (2018); A.A. Dalia- M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, CEDAM, (2018). The Criminal procedure have most recently undergone reform: On Oct. 10, 2022, Legislative Decree No. 150 implementing Law No. 134 of Sept. 27, 2021, on “delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di Giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari”. On the hearing, among the many, see: A. Di Tullio, D' Elisiis, *Il dibattito nel processo penale. Profili ermeneutici*, Primiceri Editore (2017); L. Lupoli, *Il dibattito nel processo penale*, Aracne (2014); E. Ercole – P. Silvestri, *Il giudizio dibattimentale*, Giuffrè (2006); F.G. Catullo, *Il dibattito*, UTET (2006).

⁶ B. Pastore, *Decisione e controlli tra potere e ragione- materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli editore, 72, Torino, (2013)

⁷ L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, 33, Laterza, (11th ed., 2009)

⁸ Art. 111 Cost, § 4: “il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova”. The adversarial principle is not regarded as an end in itself, but as a method that, where it is unworkable, can be replaced. Indeed, paragraph 5 of the article under consideration enunciates that “La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato, o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto della provata condotta illecita”.

its taking and to present an evaluation at the time of the conclusions»⁹, with a view to allowing the parties to represent to the judge «the reasons why they believe that what they claim in their respective positions is well-founded»¹⁰.

The current Italian criminal procedure Code has embraced an “attenuated” dispositive principle, since it has attributed the evidentiary initiative to the parties but has placed as a corrective the powers exercisable ex officio by the judge, constituting in any case an exception. It is intended, on the one hand, to guarantee the fairness of the parties' evidentiary contention, so as to prevent illegitimate behavior from affecting the regular acquisition of elements useful for the decision, and, on the other hand, to provide a remedy for any culpable inertia of the parties in evidentiary matters¹¹.

2.3 *The evidentiary process*

The right to evidence is fully expressed in the trial, a procedural phase technically intended for the formation of evidence¹².

The evidentiary procedure is punctuated by the procedural code in the fundamental moments of the search, admission, taking, and evaluation of evidence. The activity of searching, producing, and forming evidence is the sole responsibility of the parties, who must search for useful sources so as to support their case in court.

The phase immediately following the admission is divided into two moments: the first concerns the request incumbent on the parties, who in the trial have «the burden of indicating the facts they intend to prove and of requesting the admission of evidence», pursuant to Article 492 of the Italian Criminal Procedure Code; and the second moment, governed by Article 495 of the Italian Criminal Procedure Code, in which the judge has the task of providing for the proposed requests, regarding the admission or non-admission of evidence, considering the criteria of Article 190 of the Italian Criminal Procedure Code. In addition, the contrary evidence¹³ is allowed with respect to the evidentiary allegations of the other parties: «*The accused has the right to the admission of the evidence indicated against him on the facts constituting the object of the evidence against him; the same right belongs to the public prosecutor with regard to the evidence against the accused on the facts constituting the object of the evidence against him*»¹⁴.

The division between incriminating and exculpatory evidence pertains to the subject matter of the trial: incriminating evidence tends to affirm, in the same way as the prosecution, the extremes of the duty to punish and its measure; exculpatory evidence aims, in contrast, to directly deny the evidence presented in support of the accusation.

⁹ P. Tonini, *La prova penale*, 67, CEDAM, (2000). Translation by the author.

¹⁰ A. A. Dalia- M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., 204. Translation by the author.

¹¹ This approach is enshrined in Article 190 of the Italian Code of Criminal Procedure, which enunciates in the first paragraph: “*Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giudice provvede senza ritardo con ordinanza escludendo le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti*”.

¹² Exceptionally, the formation of evidence may also take place at earlier stages through the means of the evidentiary incident, under Article 392 of the Code of Criminal Procedure, and at the preliminary hearing, albeit with the adjustments due.

¹³ A. De Caro, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, 103, Annali Università degli studi del Molise – dipartimento giuridico (2003). The author argues that it is necessary to highlight on this side also “the right to contrary evidence” with respect to the evidentiary allegations of “other parties” (meaning defendant and prosecutor) where it represents a very significant aspect of the right in question because it specifies it and gives it the widest significance. The right to contrary evidence, as expressed in Article 495 paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure gives the side a special completeness because it projects it on the right of defense and the right to cross-examination.

¹⁴ Art. 495, § 2, The Italian code of criminal procedure

The last sub-stage of the evidentiary process is the evaluation of evidence, through which the evidence becomes an evidentiary result, that is, evidence as a gnoseological tool becomes evidence as a cognitive epilogue.

The evaluation is the exclusive pertinence of the judge, to whom the parties can only offer their arguments in a dialectical setting, which will be evaluated by him or her according to the free conviction *cd.* 'reasoned'. The judge, art. 190 Italian Criminal Procedure Code, is required first of all to carry out an assessment of the law and exclude the evidence prohibited by law; secondly, he or she will have to carry out a factual assessment and not admit evidence which in practice is manifestly superfluous or irrelevant.

Evidence "prohibited by law" means evidence for which there is an express prohibition regarding the subject or object of the evidence, or regarding the procedure for acquiring the same.

As regards the "relevance", it is required that the evidence be attributable to the object represented by the facts that refer to the charge, to the punishability of the accused, and to the determination of the penalty.

Finally, as regards the "non-superfluity", it is necessary to verify that the evidence introduces interesting elements for the judgment.

The evaluation is both a legal and rational activity: 'legal' because it is exercised on legitimately acquired evidence; 'rational' because it implies the obligation to give reasons and justify the decision according to the criteria of reasonableness in compliance with three orders of rules: rules of logic, science, and current experience¹⁵.

The legislature wanted, then, to delimit the object of evaluation and curb the arbitrary and indiscriminate uses of elements that are not accorded the same persuasive effectiveness as evidence, excluding the possibility of inferring a fact from clues, *«a meno che non siano gravi, precisi e concordanti»*¹⁶.

The clue is a logical procedure that starts from a proven fact and allows the judge, through an inference based on scientific laws or maxims of experience, to consider the main fact proven. Since it is an indirect evidentiary procedure, precautions are necessary to exclude probable alternative reconstructions, and the legislator requires, precisely, that the clues be: serious, that is, that they have a high degree of persuasiveness; precise, that they are not susceptible to other different interpretations, having made the assessments of the credibility of the source and reliability of the means of a proof; and concordant when the relevant results converge toward a unitary reconstruction of the fact. It is also clear from the normative dictate that a single piece of evidence is never sufficient to ground the judge's conviction.

Compliance with the rules of evidence and the dialogic way of forming evidence is necessary to attach to the trial a limpid material on which to carry out the intellectual activity of the judicial decision.

III. CROSS EXAMINATION IN ITALY

3.1 *Field of cross-examination*

Through the mode of cross-examination, the parties measure themselves in a dispute, fair and regulated, for the construction of the evidence and put themselves in direct contact with the subject called to expose his knowledge¹⁷.

¹⁵ On this point see, P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in *La prova nel dibattimento penale*, Giappichelli editore, (IV ed.)

¹⁶ Art. 192, § 2, the Italian code of criminal procedure: "Unless they are serious, precise and concordant"

¹⁷ V. Maffeo, *L'esame incrociato tra legge e prassi*, 4, Padova (2012)

The main purpose of cross-examination is to scrutinize, with particular care, the credibility and reliability of the declarative source. The judge can properly direct his or her legal and rational conviction¹⁸.

This is a technique, originating in common law systems, which directly entrusts the parties with the task of examining the source of evidence, subject to rules protecting the fairness of evidentiary elicitation and the reliability of the results¹⁹.

The "direct, cross, -redirect examination" scheme, governed by Article 498 of the Italian Criminal Procedure Code, is used to examine different means of evidence: testimony; examination of private parties; and examination of the expert and technical consultant.

To the general rules applicable for witness examination, exceptions are added for the examination of private parties and experts, and technical consultants.

It seems appropriate to mention the distinction between the above means of evidence.

Testimony, governed by Articles 194 ff. of the Italian Criminal Procedure Code, consists in collecting the statements of third parties on facts that are the subject of evidence and are relevant to the decision. It is the representation of an "experience", acquired by direct knowledge, that a subject offers to the judge to allow him or her to reconstruct the modalities of the criminal matter or to know a circumstance useful for this purpose²⁰.

The witness must be a third party other than the parties to the proceedings and without interest in relation to the subject matter of the case. He or she testifies by answering the questions addressed to him or her about the facts around which he or she is called to make statements²¹, respecting certain limits. He or she cannot lay down on the morality of the accused unless it is specific facts, capable of characterizing their personality in relation to crime and social dangerousness; they may not speak on the voices of the public; they may not express personal appreciation unless it is impossible to separate them from the statement of facts.

As stated by art. 198 of the Italian Criminal Procedure Code, the witness, following a request from the party, has the obligation to appear before the court and answer according to the truth.

These obligations distinguish the witness examination from the examination of private parties²². In the criminal trial it is allowed to acquire data of knowledge from private parties, on a voluntary basis, which have no obligation neither to appear in court; nor to answer questions; nor to tell the truth, if they choose to answer.

Finally, the judge can expand his or her knowledge landscape with contributions of a technical-scientific nature through the examination of experts and technical consultants²³.

¹⁸ G. Rossi, *La Cross-examination ed il ruolo del giudice*, in *Annali Università degli studi del Molise Dipartimento giuridico*, 2011/2012, (683-704)

¹⁹ L. Kalb, *Ruolo delle parti e poteri del giudice nello svolgimento dell'esame testimoniale*, in *Opinioni. Processo penale, Diritto penale e processo*, 1544, (12th Ed., 2004)

²⁰ A. A. Dalia- M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 220, Padova, (2003). On testimony as a means of evidence capable of reporting the contents of an experience see V. Grevi, *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, 310, Padova (2003); G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, 209, Torino (2001); V. Perchinunno, *I mezzi di prova*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale*, 225, Bologna, (2001); P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 213, Milano, (2003); D. Siracusano, *Le prove*, in AA.VV., *Diritto processuale penale*, 350, Milano, (I ed., 2001).

²¹ Italian Supreme Criminal Court (*Corte Cass.*), Sez. VI, Case No. 6118, in *Riv. Pen.* (03/02/2000)

²² The private parties who can make an examination are the accused, the civil party, the civil responsible and the civilly obliged for the pecuniary penalty. For definitions see notes 13 and 14.

²³ If knowledge of data or assessments requiring specific technical, scientific, or artistic skills is necessary for the process, the judge appoints an expert in the field (Art. 220, the Italian code of criminal procedure.). Subsequently, the parties may appoint their own experts, called party consultants (art. 225 the Italian code of criminal procedure).

Their position is equivalent to that of witnesses as to the obligations to be fulfilled, but they are also entitled to consult, during the examination, documents, written notes, and publications²⁴, without requiring the prior authorization of the judge.

3.2 *Prior discovery of sources of evidence*

Particular emphasis is placed on the rules which allow the parties to prepare themselves for the formation of adversarial evidence.

In compliance with the principle of procedural fair play, the parties are forced to a sort of discovery of evidentiary strategies²⁵: art. 468 1 paragraph of the Italian Criminal Procedure Code requires to disclose in advance which sources of evidence each party wishes to examine and what circumstances the examination will cover.

Specifically, whoever intends to request the examination of witnesses, experts, or technical consultants, as well as the persons indicated in art. 210 of the Italian Criminal Procedure Code, must deposit, at least seven days before the date fixed for the trial, the list of persons to be examined. In addition, the circumstances under which the trial will be conducted must be indicated in order to avoid the introduction of surprise tests²⁶.

The citation of the requested persons is authorized by decree by the judge, which excludes the witnesses prohibited by law and those manifestly redundant.

As for proof to the contrary, it is always possible, ex art. 468 paragraph 4 of the Italian Criminal Procedure Code, the direct presentation in the trial of the person to be questioned, without prior attachment of a list and without authorization to quote²⁷.

3.3 *The 3 steps of the testimonial exam: direct, cross, and re-direct examination*

The procedures for correct performance of the testimonial examination are governed by art. 498 and 499 the Italian code of criminal procedure which ensures the possibility of intervention to each interested party, adjusting the time and manner.

The first 3 paragraphs of art. 498 Italian Criminal Procedure Code introduces a three-phase mechanism.

The first segment consists of the direct examination, characterized by the fact that the questions are directly asked by those who has requested the admission of the test.

The second is the cross-examination, conducted by who did not request direct examination.

The last segment is the redirect examination, which takes place in the event that whoever had requested the examination decides to use the option to propose "new questions".

The three moments have different purposes and characteristics.

The direct examination tends to obtain the accurate exposure of knowledge by the examining, in order to bring out facts that may influence the judge favorably. The party who conducts the direct examination shall have prior knowledge of all the information available to it, which shall be examined to assess its evidentiary value.

²⁴ Art. 501 the Italian code of criminal procedure

²⁵ They argue that list filing serves a discovery function, among others: P. G. Garuti, *Il giudizio ordinario*, Aa. Vv., *Procedura penale*, 581, Torino, (2018); A. A. Dalia-M. Ferrajoli, *Manuale di diritto processuale penale*, 722, Padova, (2016); E. Fassone, *Il giudizio*, Aa. Vv., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 874, Padova, (2007); F. Nuzzo, *Regole consolidate e prospettazioni interpretative in materia di liste testimoniali*, in *Dir. pen. proc.*, 612, (2002).

²⁶ There is an exception to the burden of submitting the list governed by art. 493 § 2 the Italian code of criminal procedure, which admits the acquisition of evidence not included on the list when the party that requests them demonstrates that he/she could not have indicated them in a timely manner.

²⁷ L. Tavassi, *Lista tesi, diritto alla prova contraria e imparzialità del giudice: spunti per una coerente ricostruzione del sistema*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 859, fasc.2 (1giugno 2019)

In the cross-examination, the purpose is to challenge the reconstruction of the facts made in the direct examination, so that the examination corrects or modifies the previous statements in order to present the facts in a more favorable light for the other party. In this way, the credibility of the witness is also judged.

The last moment, eventual, is the redirect examination, conducted by the applicant for the direct examination. The aim is to offer the possibility of clarifying the points that may be called into question by the cross-examination or to refute the previous statements²⁸.

These phases must occur immediately after each other, without interruptions not due to special needs, in order to ensure the genuineness of acquisitions²⁹.

3.4 *The formulation of questions*

According to the Italian legislator, art. 499 of the Italian Criminal Procedure Code, dictated the general rules to ensure the legality of the witness examination.

The first paragraph establishes the scope of the witness examination: questions on specific facts, which must concern the circumstances mentioned at the time of filing a list of texts pursuant to art. 468 of the Italian Criminal Procedure Code, mentioned above.

The specificity of the questions allows detailed and precise declarations to be obtained in order to allow the evaluation of the declarative contribution and more faithful reconstruction of the fact. The obligation of specificity also protects the purposes of the cross-examination, more difficult to prosecute in the face of a generic narrative.

However, on the basis of the answers given gradually, it may seem justified to broaden the subject matter of evidence, provided that the guarantees underlying the discovery of the case are not prejudiced.

The second and third paragraphs set out two prohibitions.

First of all, questions that can harm the sincerity of the answers are prohibited.

The interest pursued by the legislator is to avoid the ability of the witness to correctly narrate the facts is altered. Therefore, veiled threats, enticements, words or violent gestures, and provocative or derisive attitudes that adversely affect the correct course of the examination are prohibited.

The prohibition of harmful questions protects the sincerity of the answers, which differs from the genuineness of the answers. Sincerity must be considered as correspondence between what the witness knows and what is declared; genuineness as correspondence between the declaration and the intention³⁰.

In order to ensure that the examination is genuine and sincere, it shall be carried out in such a way as to prevent the persons mentioned from being able, before giving evidence, to communicate with the parties, with the defendants, or with the technical advisers, or to listen to other examinations or, otherwise, be informed of what is happening in the courtroom (Art. 149 disp. Att. the Italian code of criminal procedure).

²⁸ G. Illuminati, *Ammissione e acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in Ferrua-Grifantini-Illuminati-Orlandi *La prova nel dibattimento penale*, 110, Giappichelli editore, (4th Ed.).

²⁹ The continuity of the examination is also derived from the provision of art. 509 The Italian code of criminal procedure, according to which the trial can be suspended for preliminary needs only in cases of admission of excluded evidence (art.495 paragraph 4 Italian code of criminal procedure), of judicial indication to the parts of new or wider test topics (art. 506 paragraph 1 Italian code of criminal procedure) the admission of new evidence (Art. 507 Italian code of criminal procedure). It is always necessary to refer to the general rule of art. 477 the Italian code of criminal procedure on the suspension or postponement of the hearing, but the coordination with the aforementioned article 509 the Italian code of criminal procedure requires to assess with even greater rigor the requirement of the absolute impossibility of continuing the trial when it comes to interrupting the examination.

³⁰ G. Spangher, *Trattato di Procedura Penale*, Vol. IV, Tomo II, Giudizio. Procedimento davanti al Tribunale in Composizione Monocratica, 308, Torino, (2009)

The second prohibition concerns direct examination and, possibly, re-examination: suggestive questions cannot be asked. The aim is to avoid that the way of formulating the question can become a ploy to guide the answer.

The ban does not apply to cross-examination. Here, the relationship between the questioner and the witness is usually conflictual, which excludes the risk of an agreement on the answer. Rather, resorting to suggestive questions can prove useful to weaken statements already made, revealing their pre-packaged nature and thus undermining the reliability of the witness.

Finally, after the witness testified, to establish his or her credibility, the parties may use the statements previously made and contained in the public prosecutor's file and contest that what the witness claims is different from what he or she has previously stated³¹.

3.5 *The role of the judge*

Once the limits of the examination have been set, the focus should be on the recipient of the cross-examination results: the judge.

His or her main function is that of guarantor of the contradictory, which also exalts his or her position of the third party with respect to the accusation and defense³².

He or she must carry out a double control: the protection of the personality of the witness³³, aimed at preventing that the parties, especially during the cross-examination, offending or attacking the witness or unnecessarily invading his or her privacy; secondly, the protection of the evidentiary data³⁴ aimed at ensuring the relevance of the questions, the genuineness of the answers, the loyalty of the examination and the correctness of the objections.

To ensure compliance with these parameters, the court is granted an interdictive power of intervention, which prevents that the question or answer may go beyond the limits established by law.

Otherwise, in order to protect the genuineness of the answers, the judge should also be able to intervene to obtain clarification from the witness about the content of a previous answer.

Two other powers of intervention are governed by art. 506 of the Italian Criminal Procedure Code, which are more significant and must be exercised necessarily in certain temporal excursus.

The first power concerns the possibility of indicating to the parties new or wider test themes, not indicated in the lists or developed during the examination, widening the subject of the test. This power can only be exercised at the end of the taking of evidence in the trial to make up for any deficiencies.

The second power concerns the possibility of directly addressing questions to persons who have already made statements (witnesses, experts, advisers, private parties), but only after the direct examination and cross-examination has been concluded. Reserving to the

³¹ The rules governing the readings and disputes were not considered to be dealt with there. It's contained in articles 500 and 511-514 the Italian code of criminal procedure

³² E. Selvaggi, *Esame diretto e controesame*, DIG. DISC. PEN. 280, Torino, (IV ed., 1990)

³³ Art. 499 paragraph 4: "*The President takes care that the examination of the witness is conducted without affecting the respect of the person*"

³⁴ Art. 499, paragraph 6: "*During the examination, the President, also of the office, intervenes to ensure the relevance of the questions, the authenticity of the answers, the loyalty of the examination and the correctness of the disputes, ordering, if necessary, the presentation of the minutes in the part where the statements were used for disputes*"

judge a residual function of clarification of aspects that remain unclear ensures respect for the principle of adversarial³⁵.

The intervention of the judge, aimed at remedying a failure to comply with the rules laid down as the basis of the cross-examination, as well as actionable ex officio, can be requested by the parties through opposition.

The opposition is the request of the party with which, in the course of examination, the President is entrusted with the decision on matters relating either to the profile of the succession in the scans of the examination, or to that of the admissibility of applications in relation to the subject matter or, still, to the modalities of formulation, even though it is the president who conducts the examination³⁶.

The intervention of the judge remains essentially "destined to fill in the gaps of an incomplete examination". He or she may not interfere freely and indiscriminately in the path of evidence outlined by the parties by means of cross-examination.

IV. CROSS-EXAMINATION IN THE US SYSTEM

4.1 *The recognition of the confrontation clause in the U.S. system*

The manifesto of the adversarial procedural model is contained in the 6th Amendment³⁷ of the Bill of Rights.

First, it states the right to a process of reasonable duration, temporally close to the facts subject to indictment - c.d. speedy trial - held before an impartial jury and in the jurisdiction of the community offended by the crime. The text provides, then, the need for timely communication of the nature and reasons of the charge raised against the individual undergoing proceedings.

This is followed by the statement of the right to confront the witness who makes statements against the accused and the possibility of obtaining, even compulsorily, the convocation of texts that depose on circumstances favorable to him or her.

The last provision concerns, however, the right to assistance of the technical defender.

Thanks to the Sixth Amendment, for the first time in the history of legal systems, confrontation takes place in terms of subjective law. The US system boasts the primacy of having raised the right to comparison to the rank of constitutional guarantee.

Given the absolute novelty of the confrontation clause, this initially received little attention even in the application, by the Supreme Court³⁸. The Court first dealt with this guarantee in the context of the *Mattox v. United States*³⁹ decision of 1895 and subsequently in a few other cases⁴⁰.

³⁵ G. Dean, *L'escussione ex officio delle fonti di prova dichiarativa nel giudizio penale*, in Riv. dir. proc., 137, (2001); A.A. Sammarco, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, 227, Milano, (2001); B. Galgani, *Sub art. 42 l. 16 dicembre 1999, n. 479*, in Leg. pen., 510, (2000).

³⁶ As regards the possibility of opposing questions put by the court ex. Art. 506 the Italian code of criminal procedure.2 supposedly, the doctrine considers that the same must be considered implicit in the need to safeguard the values underlying the prohibitions on the questions proposed during the examination.

³⁷ "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense".

³⁸ C. A. Chase, *The five faces of the confrontation clause*, 40 Hous. L. Rev. 1003 (2003)

³⁹ *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, (1895).

⁴⁰ *Motes v. United States*, 178 U.S. 458, 467(1900); *Kirby v. United States*, 174 U.S. 47, 55 (1899); *Mattox*, 156 U.S. at 240; *Reynolds*, 98 U.S. at 158.

Following the incorporation of the due process of law clause into the 14th Amendment⁴¹, the Court ruled in *Pointer v. Texas* that the defendant should be tried, also by the States, *respecting the protections offered by the guarantee of the sixth amendment*.

The Sixth Amendment, by establishing the right of confrontation with the accuser, identifies a fundamental and essential procedural right for the celebration of a fair trial.

With the decision on the *California v. Green* case⁴² in 1970, and in particular, as a result of the concurring opinion drafted on that occasion by Judge Harlan, it was noted the need to dictate an organic theory of the right to comparison.

An articulated and divisible guarantee was outlined in at least five corollaries.

First of all, the confrontation clause guarantees the accused the right to be present at the hearings in which the process to which he or she is subject is articulated.

Secondly, it allows the defendant to request that the witness evidence be formed in his or her presence. The right of comparison with the accuser also guarantees him the possibility of counter-examining the texts against him or her.

And again, it sets strict limits to indirect testimony, c.d. hearsay, and conditions and limits the use of hetero-accusatory statements between co-defendants (spillover confessions) and co-defendants or individuals subject to what in the Italian system we would define as accused and suspected in related or related proceedings⁴³.

4.2 *The value of cross-examination in the American process*

The American criminal trial is a trial of parties.

The search for evidence and its production or training in debate depends exclusively on the initiative of the party.

Neither the jury, responsible for judging in fact, nor the judge, arbitrator of the proper course of the trial and subject vested with the task of applying the relevant legal provisions, after the jurors have expressed their views on the defendant's innocence or guilt, they shall have official powers to request or admit evidence.

Since the fate of the process depends entirely on the activity of the parties, cross-examination is of crucial importance in the American process. As noted in doctrine: «*In a system based on a contest between partisan warriors, fairness demands a certain balance that each side be able to test the opponent's evidence – which is not possible with respect to statements of declarants shielded from cross-examination ... Evidence which has been created or manipulated by advocates comes to court tainted with partisan poison which must be purified by the fire of cross-examinations*»⁴⁴.

4.3 *Lay witnesses*

⁴¹ It was adopted in 1868 and radically changed the relationship between federal and state constitutional law. The first section, of our interest: binds the federated governments to respect the privileges and immunities accorded to the citizens of the United States of America; provides that states, in the exercise of their power, may eliminate the rights to life, to freedom and private property only at the outcome of a trial conducted according to the rules of procedural fairness evoked by the syntagma "two process of law"; proclaims the right of access to jurisdiction under conditions of equality

⁴² *California v. Green* 399 U.S. 149 (1970). On the innovative nature of the Green decision and the interpretative tension of the Sixth Amendment between the California Supreme Court and the United States Supreme Court, R. W. Kirst, *Does Crawford Provide a Stable Foundation for Confrontation Doctrine?*, notes: «*Green differed in two ways from every prior confrontation decision of the Supreme Court. It was the first time the Court reviewed a case in which another court had found a confrontation violation, and it was the first time the Court concluded that another court had read the Clause too broadly*».

⁴³ Ex rel. C. A. Chase, *The five faces of the confrontation clause*, cit., passim; P.C. Giannelli, *Understanding Evidence*, 563, 2013

⁴⁴ G. V. Kessel, *Hearsay Hazards in the American Criminal Trial: An Adversary-Oriented Approach*, 49 Hastings L.J. 477,502 (1998)

Evidence solicited or provided through oral or written testimony, whether by oath or by affirmation and whether at trial or in the discovery process, is testimonial⁴⁵.

Witnesses are people with knowledge of out-of-court events who are called on to reveal that knowledge in court, under oath, in front of the judge, jury, and litigants.

There are two major classifications: lay and expert.

Expert witnesses are usually perceived as scientific, dispassionate third parties and outside observers to the ongoing litigation. The expert is an individual possessing specialized knowledge, skills, or training and is granted wide testimonial latitude.

The expert testifies broadly, while lay witnesses testify to perceptions, facts, and data grounded in their own experience⁴⁶.

Rules 601 and 602 outline the a priori conditions precedent to the legal admissibility of testimonial evidence: competency and personal knowledge.

The competency of a witness to testify regarding a particular matter requires the minimum capacity to observe, recollect, and recount, coupled with an understanding of the duty to tell the truth. It does not mean testimonial perfection. Perception and understanding are complex psychological and intellectual processes.

This should not be confused with credibility, which can be questioned during the examination of the witness and during the impeachment.

Competency must be combined with personal Knowledge, which is one of many critical questions. The witness must be able to coherently relay a storyline and deliver a “rational, factual basis that supports the speaker’s position”⁴⁷.

Personal knowledge means firsthand knowledge acquired directly by perception through one of the five senses⁴⁸.

A useful witness competency checklist was dictated⁴⁹. Duty to tell the truth: witness must understand the duty, to tell the truth; ability to perceive: witness must have the ability to perceive the incident which is the subject matter of her testimony; ability to remember: witness must be able to remember what he or she perceived; ability to communicate: witness must be able to communicate to the jury; personal knowledge: witness cannot testify unless he or she has personal knowledge of the subject of his or her testimony.

The scope of lay testimony is indicated in the FRE rule 701. Part (a) of the above rule reaffirms the requirement of firsthand knowledge and personal observation⁵⁰; part (b) is a policy statement holding that even the subjective shortcomings of lay witness opinion are overcome when said opinion aids the trier of fact⁵¹. FRE 701 (b) is designed to prevent witnesses from usurping the jury’s function by drawing inferences or conclusions; it also tends to force witnesses to stick to the facts to the extent possible.

⁴⁵ C. P. Nemeth, *Law & Evidence: a primer for criminal justice, criminology, law, and legal studies*, (2001)

⁴⁶ FRE Rule 701: “If a witness is not testifying as an expert, testimony in the form of an opinion is limited to one that is: (a) rationally based on the witness’s perception; (b) helpful to clearly understanding the witness’s testimony or to determining a fact in issue; and (c) not based on scientific, technical, or other specialized knowledge within the scope of Rule 702”

⁴⁷ N. J. Turbak, *Effective Direct Examination*, 34 Trial 68 (June 1998)

⁴⁸ It is to be contrasted with speculation and hearsay. Speculation refers to a witness offering more or less plausible theories or hypotheses based on generalizing rather than direct perception. Hearsay concerns information acquired secondhand, from the statements or reports of others. Note: the hearsay rules or its exceptions will not be discussed here.

⁴⁹ N. Schleifer, *Litigation Forms and Checklists* 13-25 (1991)

⁵⁰ Common forms of unfounded opinions are: hidden hearsay; speculation; unfounded inferences or overgeneralizations.

⁵¹ C. P. Nemeth, see *supra* note 45.

4.4 *The ways of examining the witnesses' source*

The examination of the witness takes place in 3 steps: direct examination; cross-examination; redirect examination.

The only provision of the Federal Rules of Evidence dealing directly with witness examinations is FRE 611, which seems to take largely for granted the established modes of presenting direct and cross-examinations, specifying only a few limitations and otherwise granting the trial judge broad discretion over "the mode and order" of examining witnesses⁵².

Therefore, it applies an unwritten tradition of trial practice.

The goal of the direct examination is to let the witness provide pieces of narrative that build an overall story to the jury. It is important to help the witness appear as credible as possible, as most of the evidence the party will introduce at trial comes in through direct examination.

FRE 611 does not say anything affirmatively about direct examination. It states only, at point (c) that leading questions⁵³ are not allowed, except as necessary to develop the witness's testimony.

Differently, the leading questions should allow on cross-examination and when a party calls a hostile witness, an adverse party, or a witness identified with an adverse party. The right to ask leading questions carries with it an obligation: that one shall ask clear, coherent questions.

The cross-examination, as mentioned above, is the heart of the adversary system⁵⁴.

FRE 611(b) establishes two general areas of inquiry that are permissible. First, it is permissible to explore matters about which the witness has testified on direct examination⁵⁵. Second, it is always permissible to ask questions that may impeach the credibility of the witness. Asking rhetorical questions, making speeches and comments instead of asking questions, and stating one's personal conclusions are prohibited as being "argumentative"⁵⁶.

Lastly, when the cross-examination has been completed, the direct examiner may conduct a redirect examination on the matters that were raised in cross-examination.

4.5 *The role of the judge and of the jury*

The judge controls the trial process by setting limits, primarily pursuant to the rules of evidence, in the interests of the rationality of results, of fairness between the parties, of social and moral values, and efficiency as well

⁵² R. Allen, E. Swift, D. S. Schwartz, M. S. Pardo, A. Stein, *An Analytical Approach to Evidence: Text, Problems, and Cases*, WOLTERS KLUWER, 33, (6th Ed.)

⁵³ A leading question is a question that suggests a particular answer and contains information the examiner is looking to have confirmed.

⁵⁴ Francis Wellman's classic *The art of cross-examination* sets a high ethical standard: "*The purpose of cross-examination should be to catch truth, ever an elusive fugitive. If the testimony of a witness is wholly false, cross-examination is the first step in an effort to destroy that which is false. . . . If the testimony of a witness is false only in the sense that it exaggerates, distorts, garbles, or creates a wrong sense of proportion, then the function of cross-examination is to whittle down the story to its proper size and its proper relation to other facts. . . . [But if] the cross-examiner believes the story told to be true and not exaggerated . . . then what is indicated is not a "vigorous" cross-examination but a negotiation for adjustment during the luncheon hour. . . . No client is entitled to have his lawyer score a triumph by superior wits over a witness who the lawyer believes is telling the truth.*"

⁵⁵ Talk about the "restrictive" rule, in contrast to the wide-open rule of cross-examination, used in the English trial system. However, Courts interpret the limited scope rule differently: Strict view, see *Philadelphia & T. R. Co. v. Stimpson*, 39 U.S., 14 Pet., 448 (1840); in the opposite direction *Ronald Zoerner v. State of Mississippi*, 96 KA, 318 (Miss. 1998).

⁵⁶ J. Alexander Tanford, *The Trial Process: Law, Tactics, and Ethics*, 292, (4th Edition)

FRE Rule 611 recognizes in broad terms the sweeping authority of the judge to control the examination of witnesses during the trial: “The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to: make those procedures effective for determining the truth; avoid wasting time; protect witnesses from harassment or undue embarrassment”.

Moreover, even the two express provisions, FRE 611 (b) and (c), purporting to limit the scope of cross-examination and the use of leading questions may be overridden in the discretion of the trial judge.

FRE Rule 614 grants the judge the power to call a witness on his/her own initiative or at the request of a party. However, the judge cannot intervene during the testimony of the witness nor examine them afterward.

On the other hand, the jury uses its senses to perceive information in the courtroom and its reasoning capacity to evaluate and make inferences about that information in order to reach a conclusion about which version of disputed events is the truth⁵⁷.

Credibility and factual dispute resolution are for the jury.

The jury must have a specific degree of certainty in order to make a finding on a particular issue, it is called the burden of persuasion. In the criminal case, it is guilt “beyond a reasonable doubt”.

4.6 *The techniques of the impeachment*

The lawyers provide information to the jury through the use of witnesses, documents, and other exhibits. Because the jury is passive, the role of the advocates is to investigate, interview, select, prepare, and present the sources of information that the advocates think will most advance their respective cases.

Many trials turn on the question of witness credibility, remitted to the jury's decision.

The way to discredit or attack the credibility of a witness is called “*impeachment*”. It is an attempt to show that a witness may have inadvertently narrated the events incorrectly, lied, misperceived the events about which the witness testified, or forgotten some or everything about what happened.

Methods to impeach the credibility of a witness are described by FRE 608: (a) Reputation or opinion evidence; (b) Specific Instances of Conduct.

About the first method, the reputation or opinion testimony can prove the witness's character only for untruthfulness. A witness cannot impeach with evidence of general bad character or bad moral character. When the witness's character has been “attacked” for truthfulness, the opposing party may then rehabilitate the witness by introducing evidence regarding the witness's good character for truthfulness⁵⁸.

Rule 608(b) FRE provides one of the most useful and powerful impeachment tools available to lawyers during cross-examination. The rule enables lawyers to ask targeted and damaging questions about a witness's past bad actions, or specific instances of misconduct, during cross-examination. A strong line of questioning can destroy a witness's credibility and leave little room for rehabilitation⁵⁹.

⁵⁷ The Seven Circuit Pattern Criminal Jury Instructions tell jurors to “use your common sense” and “consider the evidence in light of your own everyday experience”. The Fifth Circuit Pattern Criminal Jury Instructions direct jurors “not to let any bias, sympathy, or prejudice that you may feel toward one side or the other influence your decision in any way.”

⁵⁸ See: *United States v. Holden*, 557 F.3d 698, 702 (6th Cir. 2009); *Maguire, Weinstein, et al.*, Cases on Evidence 295 (5th ed. 1965)

⁵⁹ T. Timlin, *A Quick Guide to Rule 608(b): An Underutilized Impeachment Tool*, June 07 2019, <https://www.americanbar.org/groups/litigation/committees/trial-practice/practice/2019/rule-608-b-impeachment-tool/>

The rule's broad scope captures any instances where the witness lied or acted in a dishonest or deceitful way, with no explicit time or substance restrictions⁶⁰.

However, the general prohibition against character evidence must always be observed, which applies only if the evidence is offered to demonstrate propensity, or that the person acted in accordance with that character trait at a particular date and time. Extrinsic evidence is not admissible to prove that the witness actually engaged in the specific instance of misconduct at issue. However, the fact that documents relating to the witness's specific instances of misconduct may not be admitted as evidence, does not mean that they cannot be used during the cross-examination. The lawyer, if the court allows it, could provide copies of the relevant documents to the witness during the cross-examination and ask the witness about them. Presenting the document to the witness will indicate to everyone in the courtroom, including opposing counsel, the court, and the jury, that proof of this conduct exists.

Since the possibilities of abuse are substantial, safeguards have been introduced in the form of specific requirements, which establish that the instances investigated be evidence of its truthfulness and that they are not remote in time.

Additionally, the overriding protection of Rule 403 requires that probative value not be outweighed by danger of unfair prejudice, confusion of issues, or misleading the jury, and that Rule 611 bars harassment and undue embarrassment.

Another technique of impeachment is the conviction of a crime, treated in detail in Rule 609.

The lawyer, in order to show the contradictions and biases of the witness⁶¹, shows evidence of the commission of the underlying criminal act. It is significant only because it stands as proof of the commission of the underlying criminal act.

FRE 609 (a) permits impeachment with two types of conviction: convictions for serious crimes; convictions, regardless of potential punishment, for crimes involving a dishonest act or false statement⁶².

About convictions for serious crimes, if the witness is not a defendant, he or she needs a balancing test of FRE 403: "The court may exclude relevant evidence if its probative value is substantially outweighed by a danger of one or more of the following: unfair prejudice, confusing the issues, misleading the jury, undue delay, wasting time, or needlessly presenting cumulative evidence".

If the witness is a defendant, the probative value of the evidence must outweigh its prejudicial effect on the defendant.

Differently "dishonest act or false statement" convictions, FRE 609 (a) (2), are automatically admissible without regard to balancing and without regard to the seriousness of the crime. For this reason, it is important to specify the contours of this category of crimes.

The term "dishonest" should not be interpreted like "illegal", because it is too broad.

The Senate Judiciary Committee Report and the Conference Report on the Federal Rules contain the following identical elaboration: "*crimes such as perjury or subornation of perjury, false statement, criminal fraud, embezzlement or false pretenses, or any other offense, in the nature of*

⁶⁰ Any dishonest conduct in the witness's past, from lying on a job application to failing to file tax returns to more serious allegations of misconduct, like theft or bribery. The conduct need not even amount to a criminal action.

⁶¹ See: *United States v. Gilmore*, 553 F.3d 266, 272 (3d Cir. 2009)

⁶² Convictions are not limited to violations of federal law. Because of the constitutional structure, the federal catalog of crimes is far from being a complete one, and the resort must be had to the laws of the states for the specification of many crimes.

crimen falsi the commission of which involves some element of untruthfulness, deceit or falsification bearing on the accused's propensity to testify truthfully".

Federal courts have interpreted the term narrowly, but the case law is not entirely consistent⁶³.

The proposed rule incorporates certain basic safeguards, in terms applicable to all witnesses but of particular significance to an accused who elects to testify. These protections include the imposition of definite time limitations, pardon, annulment, giving effect to demonstrated rehabilitation, and generally excluding juvenile adjudications.

Further technique of impeachment is governed by FRE 613, which establishes the process for admitting prior statements to prove inconsistency with the witness's trial testimony, during the cross-examination.

The only guarantee to protect the witness is that his or her defense counsel will be able to view the statement to be used, by request⁶⁴.

According to the Advisory Committee, the provision for disclosure to counsel is designed to protect against unwarranted insinuations that a statement has been made when the fact is to the contrary.

It is allowed to be shown extrinsic evidence of a witness's prior inconsistent statement, only if the witness is given an opportunity to explain or deny the statement and an adverse party is given an opportunity to examine the witness about it.

There are two exceptions: "if justice so requires" if there are situations in which it is not possible to give the witness the opportunity to explain; "an opposing party's statement under Rule 801(d)(2)"⁶⁵.

In compliance with FRE 403, proof of an apparently trivial inconsistency does little, if anything, to impeach a witness's credibility.

The courts recognize other categories of permissible impeachment: lack of opportunity or physical inability to reliably perceive the events about which the witness testified⁶⁶; memory problems, either inherent in an event long past or particular to the witness, including psychiatric history affecting ability to recall events accurately⁶⁷; possible

⁶³ Among many, see *United States v. Osazuwa*, 664 F.3d 1169, 1175 (9th Cir. 2009) ('It is undisputed that bank fraud is an act of dishonesty'); *United States v. Harper*, 527 F.3d 396, 408 (5th Cir. 2008) ('theft by check convictions fall under Rule 609(a) (2)'); *United States v. Morron*, 977 F.2d 222 (6th Cir. 1992) (counterfeiting is crime of "dishonesty or false statement"). Compare, *United States v. Wilson*, 985 F.2d 348 (7th Cir. 1993) (failure to file income tax return is crime of "dishonesty or false statement"), *Cree v. Hatcher*, 969 F.2d 34 (34 Cir. 1993), (failure to file income tax return not within FRE 609(a)(2)).

⁶⁴ This disposition formally abolishes the rule of the Queen's Case, which required that the witness be shown the statement prior at any questioning about the statement.

⁶⁵ Rule 801 (d) (2): An Opposing Party's Statement. "The statement is offered against an opposing party and: (A) was made by the party in an individual or representative capacity; (B) is one the party manifested that it adopted or believed to be true; (C) was made by a person whom the party authorized to make a statement on the subject; (D) was made by the party's agent or employee on a matter within the scope of that relationship and while it existed; or (E) was made by the party's coconspirator during and in furtherance of the conspiracy. The statement must be considered but does not by itself establish the declarant's authority under (C); the existence or scope of the relationship under (D); or the existence of the conspiracy or participation in it under (E)".

⁶⁶ *State v. Dardon*, *People v. Montes*, 635 N.E.2d 910 (App. Ct. Ill. 1994) (cross-examination of a police officer who took the defendant's confession about his ability to understand Spanish) <https://law.indiana.edu/instruction/tanford/web/reference/07cross.pdf>

⁶⁷ *People v. Baranek*, 733 N.Y.S.2d 704 (App. Div. 2001) (history of delusions) <https://law.indiana.edu/instruction/tanford/web/reference/07cross.pdf>

distortions caused by a witness's poor communication skills⁶⁸; bias, interest, prejudice, or other emotional traits that could cause a witness to testify falsely⁶⁹.

V. CONCLUSION: THE TWO SYSTEMS COMPARED

In both the Italian and the American procedural systems, cross-examination is considered the most appropriate tool to ensure the adversarial principle and the ascertainment of "procedural truth."

The idea of cross-examination is relatively new in the Italian system, compared to the American one where the adversarial trial model involves the idea of cross-examination as an "art"⁷⁰, tradition, represented by trial lawyers, and cultivated and handed down in collections of cases.

The way in which the cross-examination technique is approached differs in the two systems.

This different approach is justified by fact that the Italian trial was born as an inquisitorial rite, characterized by a marked asymmetry between the procedural powers of the defense and the prosecution to the advantage of the latter. In 1988⁷¹ it was modified with the incorporation of principles and institutions of the accusatory rite, typical of common law. This, characterized by absolute equality in the procedural position of the prosecution and defense, could not be accepted by the Italian legal system *sic et simpliciter*, with the introduction *in toto* of the accusatory system.

Thus, the Italian legislator tried to find a balance, introducing a mode of acquiring evidence that would make the parties protagonists, without losing guarantee and intervention by the judge.

In the Italian system, the addressee of the testimonial examination is the judge, who with his or her professionalism can take in the answers, and can also usefully intervene, which is why that "regularized theatricality"⁷² is lacking.

In the common law system, the examination is addressed to the jury, which is not allowed to intervene in any way and is made up of people occasionally in charge of the decision, which leads the parties to a certain theatricality of the examination and cross-examination. Thus, the two peculiar differences concern both the role of the judge and the attitude of the parties.

In Italy, the judge has relevant powers of intervention, ex art. 488, § 4 and § 6, 506 and 507 of the Italian Criminal Procedure Code. Before the federal courts, it is not possible to find homologous institutions that would be radically inconceivable in the American system.

These would seriously undermine the conception of the judge as an impartial arbiter of the regularity of the confrontation between opposing theses.

As to the parties and the manner of conducting the examination of the witness, there are only two rules in the Italian code that regulate the propounding of questions, ex art. 498 and 499 of the Italian code of criminal procedure differently, the Federal Rules of Evidence regulate in detail not only the admissible questions but especially the manner of

⁶⁸ See *People v. Plummer*, 743 N.E.2d 170 (Ct. App. Ill. 2000) (defendant could impeach on mental health history only if it was shown to affect witness's ability to communicate accurately) <https://law.indiana.edu/instruction/tanford/web/reference/07cross.pdf>

⁶⁹ *United States v. Harris*, 185 F.3d 999 (9th Cir. 1999) (witness risked losing money if suit against husband's estate was successful); *State v. Green*, 38 P.3d 132 (Id. 2001) (prosecution witness had pending felony charge, motive to cooperate) <https://law.indiana.edu/instruction/tanford/web/reference/07cross.pdf>

⁷⁰ F. Wellman, *The Art of Cross-examination*, 1903

⁷¹ In 1988, the current Code of Criminal Procedure, also known as the 'Pisapia-Vassalli Code,' was introduced by Presidential Decree on Sept. 22, 1988, and went into effect the following year.

⁷² C. Di Martino, T. Procaccianti, *La prova testimoniale nel processo penale*, 193, CEDAM, (2010)

conducting the cross-examination stage and assessing the reliability of the witness through the techniques of "impeachment."

Noteworthy is the initiative of the Standing Laboratory for Examination and Cross-examination (L.A.P.E.C.)⁷³, which has given an influential committee the task of drafting guidelines for cross-examination in due process, given the frequent circumvention of rules by deformation of practice.

The distorted practice of the Italian trial has accepted that the judge's powers of intervention go beyond the regulatory provisions, not respecting the conclusion of the completion of the test, with a consequent restriction of the faculty of the parties to guide the cross-examination.

In the American system, however, the opposite problem is found. The judge has no evidentiary power, and where the defendant realizes that he or she has failed to address the trial by adducing all the necessary evidence, he or she cannot in any way remedy the ineffectiveness of his or her defense activity by relying on intervention by the judge.

From the examination so far, it seems clear that a greater balance should be recovered in both systems between the powers of the parties and the powers of the Judge, which, if the Italian system seems unbalanced in favor of the latter, in the U.S. system there is a total attribution to the parties, which can sometimes be prejudicial to the defendant.

⁷³ 1. The witness list must contain a specific indication of the circumstances under examination. 2. A forbidden and inadmissible question may not be resubmitted by the party who made it, even if correctly rephrased. 3. If the formulation of prohibited questions, although expressly censured, is reiterated, or oppositions are proposed suggesting the answer to the person examined, the judge shall admonish the party, noting this on the record. 4. Experts and technical consultants shall not be addressed the invitation to the declaration of commitment, to tell the truth regarding the assessments within their competence, except limited to the facts directly learned during their activity. 5. Experts and technical consultants may participate in any hearing of the trial, both before and after their examination. 6. The judge may not intervene during the examination conducted by the parties, except in cases expressly provided for by law. 7. The judge may not formulate questions that tend to suggest the answer to the person examined. (8) Before proceeding to the direct examination of witnesses, experts, and technical consultants, the judge shall indicate to the parties topics of evidence that he or she considers relevant and useful for the completeness of the examination, including for the initiatives that they will deem appropriate to take.

The text thus drafted, following the work of the Venice conference on March 5 and 6, 2010, by the Commission composed of: Giovanni Canzio (Judge), Bruno Cherchi (Prosecutor), and Carmela Parziale (Lawyer).

PARENTING PLAN: LA EXPERIENCIA EN LOS SISTEMAS DE COMMON LAW Y SU RECEPCION EN EUROPA*

Ana Maria Pérez Vallejo

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN I. ORÍGENES DE LOS PARENTING PLAN EN LOS SISTEMAS DE COMMON LAW. II.- RECEPCIÓN DEL PARENTING PLAN EN EUROPA. CONCLUSIONES

This study analyzes from a comparative perspective the parenting plan as a valuable legal instrument that gives parents the opportunity to design the roadmap for the exercise of parental responsibility after the breakup. The configuration of this legal and socio-educational instrument has a long history in Anglo-Saxon countries (Common Law). But it is somewhat alien to countries located mainly in continental Europe (Civil Law). However, the incipient reception of the figure clearly shows the rapprochement between the two systems. We also note that, regarding parental responsibilities, the harmonization of European family law is a reality, whose support and common desire is the protection of the interests of the minor, reiterated again in Regulation 2019/1111 or Brussels II ter from the point of view of Private International Law.

Este estudio analiza desde un prisma comparatista el parenting plan como instrumento jurídico valioso que brinda a los progenitores la oportunidad de diseñar la hoja de ruta en el ejercicio de la responsabilidad parental tras la ruptura. La configuración de este instrumento de corte legal y socioeducativo tiene un largo recorrido en los países de tradición anglosajona (Common Law). Pero resulta un tanto ajeno a los países situados, principalmente, en la Europa continental (Civil Law). Sin embargo, la incipiente recepción de la figura, muestra, claramente, el acercamiento entre ambos sistemas. Asimismo, damos cuenta de que, respecto a las responsabilidades parentales, la armonización del Derecho de familia europeo es una realidad, cuyo sustento y deseo común es la protección del interés del menor, reiterado nuevamente en el Reglamento 2019/1111 o Bruselas II ter desde la óptica del Derecho Internacional privado.

Keywords: divorce, custody, best interest of the child, parental responsibility, parenting plan, implementation UE

INTRODUCCIÓN:¹

La ruptura parental constituye un proceso de duelo² y es un momento especialmente estresante y emocional, incluso cuando la separación o divorcio se tramita de mutuo acuerdo. Cuando es contencioso, las emociones, sentimientos o resentimientos, aumentan exponencialmente, con claro perjuicio en el desarrollo personal y social de los hijos. La práctica demuestra que la frecuencia del conflicto parental y la exposición de los hijos al mismo, es un claro indicador de la mala calidad de las experiencias vividas que afectará

* Este trabajo se realiza en marco del Grupo de Investigación “Transversalidad e interdisciplinariedad del Derecho civil” (SEJ-235), adscrito a los Centros de Investigación CIDES Y CEIA3. IP: Pérez Vallejo, Ana M^a.

¹ Las referencias a la utilización del masculino genérico que se realizan en este trabajo aluden a los dos géneros, femenino y masculino. Obedece a un criterio de economía del lenguaje al objeto de una lectura más fluida, sin ninguna connotación discriminatoria. Las personas destinatarias de las normas jurídicas e investigaciones citadas son mujeres y hombres, madres y padres, hijos e hijas.

² Sagrario, YÁRNOZ YABEN, Sagrario (2017). “El duelo ante el divorcio: relación con el estilo de apego y efectos en el bienestar subjetivo y el ejercicio de la co-parentalidad”. *Estudios de Psicología*, Vol. 38, N° 3, 2017 (Ejemplar dedicado a: Duelo y procesos de fin de vida), pp. 677-688.

irremediabilmente al desarrollo integral de su joven personalidad en formación. Independientemente de que el modelo de custodia sea monoparental o compartida, pues no existe consenso sobre qué régimen es más proclive a manifestar mayores niveles de conflictividad.

Intensidad del debate que está aumentando a nivel internacional,³ al no existir estudios definitivos que determinen los efectos de la custodia compartida y el ajuste de los niños en familias de alto conflicto. En España análogos estudios revelan que este modelo, aunque tiende a un menor conflicto verbal entre padres, “no evita la aparición de conflicto, incluso puede darse mayor conflicto al haber mayor implicación en la crianza o cuando la relación con los progenitores no es cercana”.⁴ De ahí la necesidad de recurrir a instrumentos que eviten o minimicen la litigiosidad en beneficio del interés del menor. Desde este enfoque analizamos la progresiva implementación de los *parenting plan*, sus ventajas e inconvenientes desde un prisma comparado.

I. ORÍGENES DE LOS *PARENTING PLAN* EN LOS SISTEMAS DE *COMMON LAW*

Los orígenes de los *Parenting plan* hay que situarlos en los Estados Unidos de América en la década de los años noventa. EEUU cuenta con un sistema plurilegislativo de carácter territorial, al igual que Canadá, Reino Unido y España. Por lo que la regulación del Derecho de familia es competencia de los cincuenta y un estados que lo componen. Sin embargo, rigen unos principios comunes en los que se basa el sistema, que son un referente respecto de las normas aplicables en la jurisdicción particular de cada uno de sus estados.

1.1 *Principles of the Law Family Dissolution* (American Law Institute)

Por lo que aquí interesa, los *Principles of the Law Family Dissolution* (2002)⁵ del American Law Institute (ALI), han sido de gran influencia en materia de familia. Su objetivo fue armonizar la diversidad de leyes existentes y dar un enfoque igualitario para una “mejor adaptación de la ley a las necesidades sociales”.⁶ Iniciativa que fue calificada, por el entonces Director del Instituto (Hazard), como una de las más importantes que el ALI

³ William V. Fabricius, Michael Aaron, Faren R. Akins, John J. Assini & Tracy Mcelroy (2018). What Happens When There Is Presumptive 50/50 Parenting Time? An Evaluation of Arizona’s New Child Custody Statute, *Journal of Divorce & Remarriage*, 59:5, 414-428, Linda, NIELSEN, Linda (2018) Preface to the Special Issue: Shared Physical Custody: Recent Research, Advances, and Applications, *Journal of Divorce & Remarriage*, 59:4, 237-246, DOI: 10.1080/10502556.2018.1455303. Este estudio cuestiona si los niños se benefician más viviendo en SPC (custodia monoparental) o viviendo con cada padre en JPC (custodia compartida). Y presenta los resultados de las investigaciones más recientes y exhaustivas sobre la cuestión.

⁴ Marta MARÍNA, Víctor DUJOA, y Pedro J. Horcajo (2017) “Estudio comparativo de las decisiones de los magistrados del Tribunal Supremo español y los resultados de estudios empíricos sobre las implicaciones psicológicas en menores en situación de guarda y custodia compartida”. *Anuario de Psicología Jurídica* 27 (2017). Vol. 27 Num.1, p. 122. DOI: 10.1016/j.apj.2016.11.002.

⁵ American Law Institute (ALI). *Principles of the Law of family dissolution: analysis and recommendations*. Duke Journal of Gender Law & Policy, Volume 8:1. Manuscrito final publicado con el permiso de ALI (2001). Disponible: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp>. El Texto final fue publicado en 2002. Un amplio resumen de los Principios puede verse en: Conference - Workshop on the American Law Institute's. *Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations* a discussion for Judges and Practitioners (2003). Drafted by Danielle Tarantolo and Philippa Strum (202) 691-4129. Disponible. <https://www.wilsoncenter.org/event/conference-workshop-the-american-law-institutes-principles-the-law-family-dissolution-analysis>

⁶ James Herbie Difonzo, (2001) “Toward a Unified Field Theory of the Family: The American Law Institute's Principles of the Law of Family Dissolutionp”. *BYU Law Review* n° 923 (2001), p. 924.

había emprendido jamás.⁷ Más aún, considerando, la enorme complejidad y diversidad de las familias y las formas en que ordenan sus relaciones.⁸

A tal efecto, los principios proporcionan un concepto amplio de progenitores, incluyendo a las familias de hecho (Principle § 2.03)⁹ y la protección del mejor interés del niño (“child’s best interests”) es la base sobre la que se asientan los principios. Ello pasa porque tras la separación o divorcio, cada uno de los progenitores continúe desempeñando su rol en la vida de los hijos. Los principios optan por utilizar una terminología más inclusiva (“custodial responsibility”) frente a las limitaciones de los términos “custodia” y “visitas”. Lo que, entre otras cosas, ayuda a transformar la dinámica habitual “ganador” *vs.* “perdedor”: cada progenitor jugará un papel importante en la vida del niño. Desde este prisma, el Capítulo II aborda nuevos estándares para la solución de las disputas y la toma de decisiones en relación a la custodia de los hijos. Para lo que resulta fundamental “permitir” a las familias formalizar acuerdos en lugar de acatar decisiones impuestas por el Tribunal.¹⁰

Fue entonces cuando se incorpora el *parenting plan* a las propuestas para la reforma del derecho de familia en relación con la disolución del matrimonio (separación y divorcio). Se afirma que la “piedra angular” del Capítulo II de los *Principles of the Law Family Dissolution* (ALI) es el *parenting plan*, entendido como “un conjunto individualizado y personalizado de acuerdos sobre la custodia (custodial responsibility) y la toma de decisiones (decisionmaking responsibility) en relación a los hijos cuyos padres no viven juntos” (Principle § 2.03). Los principios recomiendan que los padres presenten un plan conjunto y si no es posible, el Tribunal debe formular uno, aplicando los criterios establecidos en el Capítulo II (Principle § 2.08, 2.09 y 2.10).¹¹

El *parenting plan* constituye una parte esencial en el proceso de divorcio y los principios instan a los progenitores a colaborar en su elaboración para realizar un plan que funcione. Para facilitar el acuerdo y ayudar a los padres a focalizar sus negociaciones en interés del niño, se establece que el tribunal puede ordenar a los padres que asistan a escuelas de padres (parenting class), así como sesiones informativas sobre la mediación u otras formas de resolución de disputas (Principle § 2.06 y § 2.07).¹² Hoy es pacífico admitir que la mediación es más efectiva que el litigio y tanto el *parenting plan* como la mediación desvían el enfoque de las decisiones impuestas por el tribunal.

⁷ Michael R. Clisham and Robin Fretwell Wilson (2008) “American Law Institute's "Principles of the Law of Family Dissolution", Eight Years After Adoption: Guiding Principles or Obligatory Footnote? *Family Law Quarterly*. Vol. 42, N° 3, Golden Anniversary Issue (Fall 2008), pp. 573-618

⁸ David D. Meyer. “What Constitutional Law Can Learn from the ALI Principles of Family Dissolution”, *BYU Law Review*. 1075 (2001), p. 1075.

⁹ Principle § 2.03 “... a de facto parent is someone who has lived with the child for a significant period of time and with the consent of a legal parent, has performed a substantial amount of the caretaking functions for the child.”

¹⁰ En palabras de Meyer, no “estandarizar” la vida familiar impuesta por el Estado. “What Constitutional Law Can Learn from the ALI Principles of Family Dissolution”, cit. p. 1099.

¹¹ American Law Institute (ALI). *Principles of the Law of family dissolution: analysis and recommendations*. Duke Journal of Gender Law & Policy, Volume 8:1, cit. p. 6.

¹² American Law Institute (ALI), “Principles of the Law of Family Dissolution”, p. 155. § 2.07 (providing that “(1) the court should order any provision of a parenting plan agreed to by the parents unless the agreement (a) is not knowing or voluntary, or (b) would be harmful to the child.”).

En Estados Unidos, en la mayoría de los Estados federales, es obligatorio (requisito previo) presentar el *parenting plan* o plan de crianza en los casos de divorcio cuando existen hijos menores. Por ello, los Tribunales instan a los padres a llegar a un acuerdo sobre las responsabilidades parentales y determinar cómo participarán en la educación de los hijos. A tal efecto, cuentan y tienen disponibles diferentes guías o modelos, para ayudar a los padres en la elaboración del plan.¹³ En la medida de lo posible, el plan debe anticiparse a los problemas que pudieran surgir y encontrar soluciones sobre cómo manejar cada situación.

En líneas generales, las sugerencias propuestas en la multitud de Guías o modelos disponibles se basa en las recomendaciones del *American Law Institute's Principles on the Law of Family Dissolution*. Y si bien son orientativas, ya que difícilmente podrán ajustarse a las necesidades concretas de cada familia, son una buena herramienta para planificar las responsabilidades parentales, adaptándose a las distintas etapas de los niños y evitar conflictos posteriores. La *American Academy of Matrimonial Lawyers*,¹⁴ considerando los principios de la ALI, propuso un modelo de Plan, pero existen muchos más. Así, por ejemplo, el Missouri Parenting Plan Guidelines, el Michigan Parenting Plan, Arizona's Guide for Parents Living Apart, Indiana Parenting Time Guidelines). Incluso en Oregon existe un "Plan de crianza enfocado en la seguridad" ("Safety-Focused Parenting Plan").

- Bajo¹⁵ la ley de la Florida, es necesario elaborar el plan de crianza en todos los casos de divorcio, antes de adoptar el acuerdo sobre la custodia de los hijos. La Supreme Court ha aprobado tres modelos genéricos de *parenting plan* que los padres pueden usar como guía. El primero es aplicable a los padres que viven relativamente cerca uno del otro. El segundo es un plan de supervisión y centrado en la seguridad del niño (supervision and safety-focused plan). Y el tercero contempla aquellos supuestos en que los padres viven a una distancia significativamente lejana.¹⁶
- En Washington, a diferencia de otros estados, la ley no cuenta con un modelo de *parenting plan*, al considerar que cada caso difiere de los demás. Sin embargo, la mayoría de los profesionales recurren a un modelo estándar. Frecuentemente suele utilizarse el "Your Parenting Plan".¹⁷ En esta línea, el *Child Support Program*

¹³ Joan B. Kelly "Developing Beneficial Parenting Plan Models for Children Following Separation and Divorce." *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* n° 19 (2005), pp. 237-254.

¹⁴ This Plan including jurisdiction, decision-making, education, medical care, extracurricular activities, religion, scheduling, relocation, travel, parent behavior, care by others, modification of the agreement, disputes, child support and breach. KISTHARDT, Mary K. "The AAML Model for a Parenting Plan." *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers* n° 19 (2005): pp. 223-236. Vid. Kay Kisthardt, Mary. *The AAML Model for a Parenting Plan* (2008).

¹⁵ Puede consultarse en www.ojd.state.or.us/familylaw donde se ofrece información sobre el plan de crianza, "Parenting Plan Information".

¹⁶ Ayo & Iken, <https://www.myfloridalaw.com/child-custody-law/parenting-plans/> <https://www.myfloridalaw.com/child-custody-law/>

¹⁷ El "Your Parenting Plan" se encuentra disponible en: <https://www.courts.va.gov/forms/documents/FL%20All%20Family%20140%20Parenting%20Plan.pdf>. También puede consultarse el Northwest Justice Project sobre Parentage and Parenting Plans for Unmarried

incorpora en el Título IV-D el *Standard Parenting Time Plan*, (2018).¹⁸ Según refiere la Ley 409.25633, en vigor desde el 1 de enero de 2018, el *Standard Parenting Time Plan*, tiene por objeto, cambiar el enfoque de los planes de crianza, para promover el contacto entre los padres que no tienen la custodia de sus hijos. Se trata de un plan estandarizado que incluye un cronograma¹⁹ de estancias y visitas para los niños y el padre que paga la manutención (alimentos) a los hijos.

1.2 Generalización de su uso en otros países de tradición anglosajona.

Actualmente, se ha generalizado el uso de los *parenting plan* en otros países de tradición anglosajona como Australia, Reino Unido, Canadá.

A) Australia.

En Australia²⁰ la *Family Law Act* (1975), modificada por la *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility, Act 2006)*, incluyó como preferente responsabilidad parental compartida e igualitaria en la Section 61DA.²¹ Y se alienta a los padres a cooperar para elaborar un Plan, si es necesario acudiendo a mediación. Asimismo, detalla los *parenting plans* en la Sections 63C, 64D, 65DA y 70NBB. El Plan, como ocurre en la mayoría de los Estados, no tienen por objeto llegar a acuerdos sobre aspectos económicos o la vivienda familiar. Estas cuestiones se incluyen en el *Property Settlement*. A tal efecto está disponible un software (Custody X Change) que genera un documento para la elaboración del plan. El plan no es legalmente exigible, però si ambos padres están de acuerdo, pueden realizarlo y remitirlo a la Family Court para su revisión y aprobación. Una vez aprobado, los detalles del plan se incluirán en una *parenting orde* que sí es legalmente ejecutable.

En 2019 se ha realizado una revisión exhaustiva de la *Family Law Act* 1975 (Cth). La *Australian Law Reform Commission* (ALRC) ha elaborado un amplio informe sobre las cuestiones que están necesitadas de reforma. Entre ellas, al formular sus recomendaciones propone modificar la Pt VII de la *Family Law Act*, y revisar la Sección 60 CC relativa a los

Parents in Washington, (2018) p. 11. Este documento sirve de guía y el parenting plan, una vez aprobado por el juez, es una orden judicial y ambos padres deben cumplirlo.

¹⁸ El Proyecto de Ley Senatorial 590 (CS/CS/SB 590 (Child Support and Parenting Time Plans) se firmó por el Gobernador Rick Scott el 15 de junio de 2017 y la Ley 409.25633, entró en vigor el 1 de enero de 2018. La Ley alienta a los padres a colaborar para desarrollar un plan que funcione. El *Standard Parenting Plan*, sugiere una guía o cronograma estándar de crianza para el progenitor que no tiene la custodia y no se aplica en los casos de violencia doméstica.

¹⁹ Every other weekend. -One evening weeknight from 6 p.m. to 8 p.m. -Thanksgiving break every other year on even-numbered years- Half of every winter break. -Spring break every other year (on even-numbered years, as well).- Two weeks each summer.

²⁰ The Australian Federal States and Territories are: New South Wales, Victoria, Queensland, Western Australia, South Australia, Tasmania, Australian Capital Territory, Northern Territory, Australian Antarctic Territory.

²¹ Un estudio de la Australian Psychological Society (2018) apunta "la necesidad de evitar la exposición de los niños a factores de riesgo, especialmente en situaciones de alto conflicto y violencia emocional, verbal o física". Un "entorno de vida seguro y protegido" es la clave en el contexto posterior a la separación. La Asociación expresó su apoyo a los *parenting arrangements* que respetan la responsabilidad compartida y permiten a los niños mantener una relación significativa con ambos padres. Australian Law Reform Commission (ALRC). Final Report: Family Law for the Future. An Inquiry into the Family Law System. ALRC Report 135. March, 2019. *Review of the Family Law System* (2019), p. 75 y 162, 168, 169
https://www.alrc.gov.au/sites/default/files/alrc_report_135.pdf

aspectos que deben contemplar los *parenting arrangements*, con objeto de promover y salvaguardar siempre el bienestar y el interés superior del niño.²²

B) *Canadá*

En aplicación de la Ley federal del divorcio (Canada Divorce Act, 1985), el Ministerio de Justicia tiene disponible la *Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce*. La Guía enfatiza que, en esta nueva etapa, no es necesario que ambos progenitores sean amigos, pero sí subraya que deben encontrar una manera de colaborar como padres por el bien de sus hijos.²³ En el Plan pueden incluirse los acuerdos de crianza o “*arrangements parentaux*” considerando entre otras cuestiones: la edad, etapa de desarrollo de los hijos y sus necesidades especiales, así como la relación con los hermanos, abuelos u otros miembros de la familia extensa, etc. En definitiva, estos acuerdos se articulan en base a tres amplias categorías previstas en la (Section 4): - Decisiones sobre la educación, la salud y la religión de los hijos. - Lugar de residencia y tiempo que pasarán con cada uno de los progenitores. - Cómo resolver posibles desacuerdos que puedan presentarse relacionados con el ejercicio de los roles parentales. En la web del Ministerio de Justicia están disponibles pautas para la elaboración del Plan parental y consejos prácticos.²⁴ La Section 5, bajo la rúbrica «Options pour élaborer un arrangement parental» propone alternativas para elaborar los acuerdos, utilizando la negociación (con o sin abogado), la mediación, el derecho colaborativo, el arbitraje (en algunas provincias) o acudiendo a los tribunales. Cualquiera que sea la opción que se elija para desarrollar los *arrangements parentaux*, es fundamental centrarse en el interés de los niños.²⁵

Más recientemente, la nueva Canada Divorce Act (2019) incide en que los padres dejen de lado las diferencias para brindar a sus hijos una relación parental sólida y cooperativa, especialmente necesaria para los niños involucrados situaciones de separación y divorcio. La Section 7.2 y la 7.3 señalan que bajo esta ley, cada una de las partes, en la medida de sus posibilidades, debe proteger a los hijos del conflicto que surja del procedimiento y que tratarán de resolver los asuntos a través de un proceso de ADR. Se afirma que estas

²² The parenting arrangements that promote a child's best interests are: - what arrangements best promote the safety of the child and the child's carers, including safety from family violence, abuse, or other harm; any relevant views expressed by the child; y the developmental, psychological, and emotional needs of the child; the benefit to the child of being able to maintain relationships with each parent and other people who are significant to the child, where it is safe to do so; y the capacity of each proposed carer of the child to provide for the developmental, psychological, and emotional needs of the child, having regard to the carer's ability and willingness to seek support to assist with caring; and y anything else that is relevant to the particular circumstances of the child. (Recommendation 5). Vid. Australian Law Reform Commission (ALRC). Final Report: *Family Law for the Future. An Inquiry into the Family Law System*. ALRC Report 135. March, 2019, pp. 15 y 16.

²³ Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce: Comment penser à votre enfant d'abord. Ministère de Justice de Canada, 2013, p. 18.

²⁴ Section «Soutien aux familles», puis «Ententes parentales» et «Outils pratiques». Disponible: www.justice.gc.ca

²⁵ La Section 6^a, alerta sobre «Situations particulières», donde se puede temer por la seguridad y propone sugerencias sobre calendarios de los hijos y formas de tomar decisiones. Guide sur les arrangements parentaux après la séparation ou le divorce: Comment penser à votre enfant d'abord. Ministère de Justice de Canada, 2013, pp. 17, 18 y pp. 44 y ss. Disponible en: http://www.justice.gc.ca/fra/df-fl/parent/fdp-mp/FR-Parenting_Guide.pdf

instrucciones son claras, tanto para la “parte” con “*parenting orders*” como para la “parte” con “*parenting time*”: en interés de sus hijos, intente resolver los problemas de manera positiva y civilizada”.²⁶

C) Reino Unido

Reino Unido, (concretamente Inglaterra y Gales),²⁷ tienen el *Common law* como sistema jurídico y la *Children Act* de 1989 introdujo el término responsabilidad parental. Definición que comprende todos los derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que por ley tiene el padre en relación con el niño (§ 3 (1); pero no alude, ni menciona el *parenting plan*. Su germen podemos situarlo en 2004, cuando se publica el *Green Paper Parental Separation: Children’s Needs and Parents’ Responsibilities*.²⁸ A raíz de aquí, se inició una consulta que recibió numerosas propuestas, con el objetivo de ayudar a los padres a separarse y sobre todo, ayudarlos a alcanzar acuerdos de la forma más efectiva. Su resultado se plasmó el 18 de enero de 2005, cuando el gobierno inglés publica la *Parental Separation: Children’s Needs and Parents’ Responsibilities, Next Steps*.²⁹ Este documento, contiene propuestas para la acción (*Next Steps*), dirigidas a proporcionar a los padres en el momento de la separación un mejor acceso a la información, asesoramiento y a la mediación. A tal efecto, propone mejorar los procesos legales y la prestación de servicios; entre otros, el Gobierno asume el compromiso de elaborar modelos de “*parenting plan*” y distribuirlos; contemplando también la idea de implicar progresivamente a los menores en su elaboración. Dichos planes, describirían, en términos prácticos, los acuerdos que generalmente son beneficiosos para los niños y están destinados a ser utilizados como ayuda, tanto a los propios padres, abogados y mediadores, con el fin de lograr acuerdos razonables.

En este contexto, hay que destacar la importante labor que desempeña CAFCASS, *Children and Family Court Advisory and Support Service*, como organismo público de Inglaterra, que promueve el bienestar de los niños involucrados en los procesos de familia. Desde 2006, CAFCASS, viene desarrollando módulos de capacitación del personal, funciones de investigación y sobre todo de evaluación. Todo ello, a fin de identificar con precisión el mejor interés del menor, garantizar los deseos y sentimientos expresados por el niño, en los casos de separaciones y divorcios conflictivos.³⁰ Asimismo, anima a los padres a que prioricen los intereses de sus hijos y destaca los beneficios que reporta hacer un plan de crianza. CAFCASS ha elaborado una guía y distintos modelos de *Parenting plans* que están

²⁶ Nightingale Howard, “The Canada Divorce Act (2019) and Family Violence”. Jun 18, 2019 | Family Law. Disponible en <https://www.howardnightingale.com/the-canada-divorce-act-2019-and-family-violence/>

²⁷ El Reino Unido es la unión de 4 países: Inglaterra (con capital en Londres), Escocia (con capital en Edimburgo), Gales (cuya capital es Cardiff) e Irlanda del Norte (con capital en Belfast).

²⁸ El *Libro verde sobre Separación parental: las necesidades de los hijos y las responsabilidades de los padres*. (July 2004).

²⁹ Vid. Informe de las respuestas a la consulta y programa de acción (2005), en FACONER, Lord, KELLY, Ruth y HEWITT, Patricia. *Parental Separation: Children’s Needs and Parents’ Responsibilities: Next Steps*. Report of the responses to consultation and agenda for action (2005), pp. 5, 12, 21 y ss. Disponible en: http://dera.ioe.ac.uk/5206/7/ParentalSeparation_Redacted.pdf

³⁰ Greg Mantle, Tina Moules, Ken Johnson, Jane Leslie, Sarah Parsons And Ray Shaffer. “Whose Wishes and Feelings? Children’s Autonomy and Parental Influence in Family Court Enquiries”. *British Journal of Social Work* (2007) 37, 785–805. Este estudio explora cómo se establecen los deseos y sentimientos de los niños para la realización de los informes de bienestar. La investigación se llevó a cabo con entrevistas a doce profesionales de derecho privado que trabajan en la región de CAFCASS, al Este de Inglaterra. p. 792.

disponibles vía web,³¹ en los despachos de abogados, así como en los servicios de asesoramiento y mediación. En marzo de 2019, CAFCASS y la *Association of Family and Conciliation Courts* (AFCC) celebraron en Londres una Conferencia sobre la *Effective co-parenting in the modern age is the key to keeping children out of the courts*. Más de 100 profesionales de la justicia familiar, de la salud y atención social proponen articular mejores prácticas en la crianza conjunta en el momento actual. El análisis de Cafcass refiere que un tercio de las familias que se separan usan los tribunales para resolver disputas en relación con sus hijos y los Tribunales de Familia ratifican que el número de casos aumenta cada año. En este entorno desafiante, Cafcass confronta y examina este problema y concluye que paternidad conjunta eficaz podría ser la respuesta para que los niños tengan la mejor educación posible y se mantengan fuera del sistema judicial.³² Y los parenting plan fomentan la custodia compartida (joint custody).

Tras el análisis de la regulación del *parenting plan* en los sistema del *Common Law*, con ciertos matices en cuanto a su exigencia como requisito de procedibilidad o no, lo cierto es que se revelan como un instrumento altamente recomendable en beneficio del interés del menor. Su estandarización en modelos predispuestos, ayuda a su elaboración. Aunque lógicamente, cada familia, deberá personalizar su plan y adaptarlo a sus concretas necesidades. Siendo aconsejable que éstos se revisen continuamente, dado que las necesidades de desarrollo de los niños cambian con el tiempo. Las revisiones pueden variar de cada seis meses a cada dos años, dependiendo de la edad del niño.

II. RECEPCIÓN DEL PARENTING PLAN EN LA EUROPA CONTINENTAL

2.1 *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. (CEFL)

En Europa, siguiendo la filosofía, objetivos y pragmatismo de los sistemas de *Common law* anglosajones, los *parenting plans* se están empezando a implementar. Hay que recordar que en 2001 se creó la “*Commission on European Family Law*” (CEFL) con el fin de elaborar un informe sobre la armonización Derecho de Familia Europeo. La CELF, partiendo de un análisis del derecho comparado, opta por formular una serie de principios comunes (*common core*) para dar solución o resolver problemas comunes en la materia a tratar. Se afirma que nunca antes, un grupo tan numeroso de académicos había investigado las posibilidades y contribuido a la armonización del derecho sustantivo de familia en Europa. Sin embargo, desde el inicio de su andadura, la CEFL fue consciente de que, en algunas materias, la diferente regulación en los Estados miembros, dificultaba encontrar unos principios generales comunes a todos los sistemas jurídicos europeos. Pero progresivamente empiezan a conformarse a través de los *Principles on European Family Law* (PEFL).³³ Así las cosas, la armonización del derecho de familia, puede considerarse que

³¹ CAFCASS, the Children and Family Court Advisory Support Service, has developed a new and improved [Parenting Plan](https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/divorce-and-separation/parenting-plan/), an interactive tool to help parents (and other family members) following separation to parent co-operatively and safely. Disponible en <https://www.cafcass.gov.uk/grown-ups/parents-and-carers/divorce-and-separation/parenting-plan/>

³² CAFCASS 21 March 2019. News “Effective co-parenting in the modern age is the key to keeping children out of the courts”. Disponible en: <https://www.cafcass.gov.uk/2019/03/21/effective-co-parenting-in-the-modern-age-is-the-key-to-keeping-children-out-of-the-courts/>

³³ Katharina Boele-Woelki, “The Principles of European Family Law”, *Utrecht Law Review*, Volume 1, issue 2, 2005, p. 161.

avanza firmemente hacia el camino de una Europa verdaderamente integrada, como un espacio común para todos los europeos.

Los principios elaborados por la CEFL no son vinculantes a todas las legislaciones, pero ofrecen estándares o reglas no imperativas (*soft-law*), que indudablemente son una buena base para fines de política y propuestas legislativas en los países miembros (UE). Si bien, en muchos de ellos, el avance hacia su implantación, no sigue el mismo ritmo, dadas las peculiaridades y marcadas diferencias en cada Estado. Especialmente en una materia tan sensible e impregnada de arraigadas tradiciones, de fuerte contenido más moral, que jurídico.

Por lo que ahora interesa, la CEFL, en su progresivo avance hacia la armonización del Derecho de familia en Europa, da un paso más,³⁴ y en 2007, aborda la cuestión de la responsabilidad parental. Adopta este término, tomado del derecho anglosajón (parental responsibility) y publica los *Principles of European Family Law Regarding Parental*.³⁵ En este proceso, la Comisión (CELF) ha optado por emplear el *common core method*, recurriendo también al enfoque *better law approach* como método;³⁶ en este caso, de forma complementaria y no de forma subsidiaria, como ocurriera con los *Principles of European Contract Law* (PECL).

Siguiendo la aplicación del método comparatista comprobamos cómo los *Principles of European Family Law Regarding Parental* (CELF) se asimilan mucho a los *Principles of the Law Family Disolution* (ALI), tanto en su formulación, estructura e idea rectora. En este punto, a nuestro juicio, es clara la aproximación en ambos sistemas (Common Law y de *Civil Law*).

³⁴ Anteriormente (2004) fueron elaborados los *Principles in the field of Divorce and Maintenance Between Former Spouses was launched*, relativos al divorcio y a los alimentos (2004). Katharina BOELE-WOELKI, "Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses", Intersentia, Antwerp-Oxford, 2004. Posteriormente, en la 5ª conferencia, celebrada en la Universidad de Bonn (29 a 31 de agosto de 2013) fue la presentación oficial de los principios relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges (2013). Para un análisis de los mismos puede consultarse, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, "Principios de Derecho Europeo de Familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges". *Anuario de Derecho Civil* Núm. LXVI-III, Julio 2013, pp. 1323-1335.

³⁵ Los *Principles of European Family Law Regarding Parental* parten de una noción amplia de la responsabilidad parental, e inciden en que ésta no se ve afectada por la disolución matrimonial o separación legal o de hecho de los progenitores. El Principio 3:3 dispone que el interés superior del menor sea la consideración primordial en todas aquellas materias relativas a la responsabilidad parental. Asimismo y conforme a normativa internacional, se reiteran los derechos básicos del menor, su interés superior, el respeto a su autonomía (Principio 3:4), su no discriminación (Principio 3:5) y el derecho a ser oído. Los principios abogan porque la escucha del menor se lleve a cabo de forma directa por el Tribunal para formarse su propia impresión, pero para ello puede auxiliarse de expertos. El niño debe ser escuchado de una manera que sea apropiada para su edad y madurez (Principio 3:37) sin establecer ningún límite de edad específico. Como regla general, se establece el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, aunque puede ejercitarse por uno solo de ellos si hay acuerdo entre los padres o la autoridad judicial decide en ese sentido. Hay que destacar que la CEFL parece inclinarse por establecer como criterio preferente, la custodia compartida/alterna, entre ambos progenitores, cuando así lo acuerden, o cuando lo establezca el juez, atendiendo al interés del menor (Principio 3:20). Y, por último, debe fomentarse la relación del menor tanto con sus padres separados, como con terceros implicados en su cuidado. The Principles are available in English, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

³⁶ Katharina Boele-Woelki, and Martiny Dieter, "The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities" in *ERA Forum* 8 (1):125-143 2007, p. 126.

El CEFL formuló 39 Principios distribuidos en ocho capítulos, precedidos de un Preámbulo que recoge consideraciones reconocidas como deseos comunes, respecto a la situación del derecho de familia en Europa; así como la noción de los derechos y el bienestar del niño. El Capítulo II, está dedicado precisamente a los derechos del niño, que deben ser considerados en todos los asuntos relacionados con las responsabilidades de los padres. “Este es el principal punto de partida a lo largo del cual deben abordarse todas las demás cuestiones”.³⁷

En el Capítulo IV el Principio 3:13 viene referido a los “Acuerdos sobre el ejercicio de la responsabilidad parental”. Insta a que los padres ejerzan conjuntamente la responsabilidad parental y puedan llegar a acuerdos sobre el ejercicio de la misma, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Y el Principio 3:18 alude directamente a las decisiones o acuerdos relativos a la vida cotidiana. Se apela a que el acuerdo “informal” sea la norma general, pero también pueden existir acuerdos formales. La CEFL viene propiciando una mayor autonomía de los progenitores, con la menor ingerencia estatal posible, pero manteniendo un cuidadoso equilibrio con la protección de la parte más débil.³⁸ Por lo que la autoridad competente puede controlar estos acuerdos. Reconoce igualmente el Principio 3:36 que, en todas las disputas relacionadas con las responsabilidades parentales, deben estar disponibles mecanismos de ADR.

En esta línea, la Resolución del Consejo de Europa 2079/2015 sobre “*Egalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères*”,³⁹ desarrolla, vinculándolos, el principio de coparentalidad, y el derecho de los hijos a convivir con sus padres. Pide a los estados miembros fomentar el desarrollo de los *plans parentaux* (planes de crianza), con objeto de permitir a los padres, definir por sí mismos los aspectos principales de la vida de sus hijos; asimismo abre la posibilidad de que los niños soliciten una revisión de los acuerdos que les conciernen directamente; en particular, su lugar de residencia (Apartado 5.11).⁴⁰

2.2 *Tímida regulación en algunos países europeos*

Expuestas estas consideraciones previas, a continuación, se presenta una aproximación sobre la implementación legal de la figura en algunos países de la Europa continental.⁴¹ Y

³⁷ Ibidem, pp. 127 y 128.

³⁸ Katharina Boele-Woelki, “The principles of European family law: its aims and prospects” *Utrecht Law Review*, Volume 1, Issue 2 (December) 2005, p. 168.

³⁹ Discussion par l’Assemblée le 2 octobre 2015 (36e séance) (voir Doc. 13870, rapport de la commission sur l’égalité et la non-discrimination, rapporteur: Mme Françoise Hetto-Gaasch; et Doc. 13896, avis de la commission des questions sociales, de la santé et du développement durable, rapporteur: M. Stefan Schennach). Texte adopté par l’Assemblée le 2 octobre 2015 (36e séance).

⁴⁰ Nótese que el Principio 3:20 relativo a la Residencia señala que: (1) Si la responsabilidad parental se ejerce de forma conjunta, los titulares que vivan separados deben llegar a un acuerdo acerca de con quien de ellos ha de residir el niño. (2) El niño puede residir de forma alterna con los titulares de la responsabilidad parental, bien en virtud de un acuerdo aprobado por la autoridad competente, bien en virtud de una decisión de ésta. La autoridad competente tendrá especialmente en cuenta: (a) la edad y la opinión del niño; (b) la capacidad y la voluntad de los titulares de la responsabilidad parental para cooperar en las cuestiones relativas al niño así como su situación personal; (c) la distancia entre las residencias de los titulares de la responsabilidad parental, así como la distancia con la escuela del niño.

⁴¹ Véase ampliamente a Lauroba Lacasa, E.: “Los planes de parentalidad en el libro segundo del Código civil de Cataluña”. *Revista Jurídica de Catalunya*. 2012, núm. 4, p. 900.

aunque en otros ordenamientos los *parenting plan* no estén expresamente contemplados en la Ley, ello no significa que en la práctica no existan.

- En los Países Bajos, los cónyuges pueden intentar alcanzar un acuerdo relativo al divorcio y sus efectos (*echtscheidingsconvenant*). El acuerdo puede abordar asuntos tales como el reparto de bienes, las obligaciones de alimentos entre cónyuges y un plan de cuidados de los hijos. El *ouderschapsplan*, (plan de cuidados) se ha convertido en obligatorio si existen hijos menores. Dicho plan debe especificar los acuerdos entre los progenitores relativos a sus hijos.⁴² En concreto, en Holanda, desde el 2009 se prevé la formalización del plan de parentalidad, en casos de divorcio o la disolución de pareja registrada. El Comité de justicia Gratuita del Ministerio de Justicia holandés, con la colaboración destacada de la Universidad de Tilburg, ha elaborado una guía informatizada de gestión de conflictos que pretende fomentar la mediación en las crisis de pareja, y que permite que los progenitores diseñen un plan a medida, contando con el debido asesoramiento.
- En Francia, el art. 373-2-7 del *Code Civil* modificado por la *Loi n° 2002-305 de 4 marzo*,⁴³ obliga a los progenitores a presentar acuerdos sobre la organización del ejercicio de la patria potestad (*convention*) y para fijar la contribución al mantenimiento y crianza del niño. También en Francia existen modelos como la *Convention d'accord parental pouvant être soumis pour homologation au juge aux affaires familiales*.⁴⁴ Estando previsto que para la su elaboración pueda recurrirse - aunque no es obligatorio- a un abogado o a un mediador familiar. Los progenitores deben solicitar al tribunal de familia la homologación del acuerdo (*convention*) y el juez accederá a la misma, excepto si considera que no protege suficientemente el interés del niño o que el consentimiento de los padres no se ha otorgado libremente. Téngase en cuenta que en virtud del Decreto n° 2016-1906, de 28 de diciembre de 2016, se ha modificado el art. 1143 del *Code de Procédure Civile*⁴⁵ para simplificar el procedimiento de homologación judicial de los acuerdos previstos en el art. 373-2-7 del *Code Civil*. Así, cuando no hay controversia sobre lo acordado, el juez de

⁴² El cuidado diario de los niños, su educación, participación en eventos deportivos, atención médica, vacaciones, días festivos y otros asuntos prácticos (recogida y transporte), etc.

⁴³ Art. 373-2-7 del *Code Civil*: "*Les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Le juge homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement*"

⁴⁴ El autor de la primera versión de este modelo de convención se atribuye a un juez de familia. Ahora este modelo ha sido significativamente modificado y completado. Puede verse completo en el siguiente enlace: <http://www.cdad37.fr/images/para/CONVENTION%20PARENTALE.pdf>

⁴⁵ El art. 1143 modificado por el art. 2 del Décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016 dice: "*Lorsque les parents sollicitent l'homologation de leur convention en application de l'article 373-2-7 du code civil, le juge est saisi par requête conjointe. Il ne peut modifier les termes de la convention qui lui est soumise. Il statue sur la requête sans débat, à moins qu'il n'estime nécessaire d'entendre les parties. S'il est fait droit à la requête, tout intéressé peut en référer au juge qui a rendu la décision. La décision qui refuse d'homologuer la convention peut faire l'objet d'un appel. Cet appel est formé par déclaration au greffe de la cour d'appel. Il est jugé selon la procédure gracieuse.*"

familia homologará la *convention* sin previa audiencia de las partes, (salvo que lo estime necesario) y no podrá modificar los términos de la misma.

- En Italia, el Codice civile no regula el plan de crianza (piano genitoriale). Sin embargo, este instrumento no es desconocido en la práctica judicial. De hecho, a falta de regulación legal, el Tribunale di Civitavecchia (Sportello Famiglia) pone a disposición de los padres, magistrados y abogados, hasta cuatro modelos disponibles en abierto. El primero, el “piano genitoriale di base” y otros tres específicos que contemplan situaciones que son comunes: piani genitoriali lunga distanza, alta strutturazione e sicurezza.⁴⁶ El Vademecum o Guía práctica⁴⁷ para la aplicación del Decreto Ley 132/2014, de 12 de septiembre, sobre la negociación asistida por abogados en materia de familia, sí menciona el “piano genitoriale”, en los mismos términos analizados para otros sistemas jurídicos; esto es, como un instrumento en beneficio de los hijos, para establecer un compromiso y una responsabilidad compartida de los padres hacia ellos y su futuro.⁴⁸ Los abogados tienen un papel clave, pues deben, previa y obligatoriamente, advertir a la pareja⁴⁹ acerca de la posibilidad de hacer uso de la “Convenzione o l’Accordo di negoziazione assistita” (CNA).⁵⁰ Asimismo deben informarles de la importancia del principio de la “bigenitorialità” y trasladarle la necesidad de llegar a una solución consensuada. Dicho acuerdo está sujeto al control de legitimidad⁵¹ y no se aprueba si no se ajusta al interés del menor (Tribunale di Torino, 29 maggio 2017).⁵² Este sistema de negociación asistida por los abogados, se ubica en las

⁴⁶ Il piano_genitoriale_di_base.pdf (566 download), Il piano_genitoriale_lunga_distanza.pdf (360 download), piano_genitoriale_altamente_strutturato.pdf (387 download). [questo link](#).

⁴⁷ Il presente vademecum è il risultato delle riflessioni svolte dalla sottocommissione incaricata dello studio della procedura di negoziazione assistita in materia di famiglia (d’ora in avanti “la sottocommissione famiglia”) ai sensi dell’art. 6 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 132 (“Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile”, in G.U. n. 212 del 12.9.2014), entrato in vigore il 13 settembre 2014 e convertito con la legge 10 novembre 2014, n. 162 (Supplemento ordinario G.U. n. 261 del 10.11.2014).

⁴⁸ Sottocommissione famiglia: Avv.ti/e Elena Zazzeri, Maria Silvia Agatau, Carlotta Barbetti, Pietro Beretta Anguissola, Rossella, Bettini, Stefano Ciambotti, Ester di Napoli VADEMECUM: Guida pratica alla procedura di negoziazione assistita in materia di famiglia (2017), p. 12. Disponibile: http://www.ordineavvocatifirenze.eu/wp-content/uploads/2017/07/29.06.2017_Vademecum-aggiornato_ultimaversione.pdf

⁴⁹ Al respecto se plantea si es aplicable a las uniones civiles, reguladas por la Ley n° 76/2016 de 20 de mayo. Habría que entender que sí. Sin embargo, el Tribunale di Como (Decreto del 13 gennaio 2016) declara que solo es aplicable a matrimonios que desean separarse, divorciarse o modificar por consenso los términos de la ruptura; por lo que el Tribunal declara la: “non applicabilità a la famiglia di fatto”.

⁵⁰ Este requisito de información es un deber ético y viene dispuesto en el Capítulo II, artículo 6 de la Ley 162/2014. Mirto, Caterina. “Sistemi alternativi alla giurisdizione ed autonomia negoziale delle parti”. Ponencias publicadas por la Associazione Italiana degli avvocati per la famiglia e per Minori (AIAF), 2017 pp.1-5.

⁵¹ El art. 6 apartado 2 del Decreto Ley 132/2014 dice que “In presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti, l’accordo raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al procuratore della Repubblica presso il tribunale competente, il quale, quando ritiene che l’accordo risponde all’interesse dei figli, lo autorizza”.

⁵² En el caso de autos, el acuerdo en cuestión carecía de información preliminar de los abogados sobre la importancia de la bigenitorialità. Por lo que el Tribunale di Torino deniega su autorización, al considerar que

ADR, pero es distinto a la mediación.⁵³ Ambos recursos son instrumentos efectivos y aunque desempeñan roles o funciones diferentes, pueden coexistir (Corte Cost., sent. del 7 marzo 2019 n. 97).⁵⁴

En esta línea, cabe citar el Proyecto de Ley (DDL n.735/2018) in materia di affido condiviso e bigenitorialità.⁵⁵ Su principal objeto es garantizar el principio de “*bigenitorialità*”, en beneficio del interés del menor, tantas veces reiterado por la jurisprudencia italiana.⁵⁶ Entre las novedades propuestas,⁵⁷ el DDL n.735/2018 prevé introducir el “*piano genitoriale educativo*”. Instrumento que ha de presentarse con carácter obligatorio en cualquier procedimiento de separación o divorcio (consensual o contencioso), al objeto de regular todos los aspectos de la vida de los niños. Para su elaboración, se considera de gran ayuda recurrir a la mediación; recurso que mantiene su carácter voluntario, pero en caso de parejas con hijos menores, se introduce la mediación civil obligatoria como requisito de procedibilidad. Durante la ejecución del *piano genitoriale*, si surgen problemas, también está previsto introducir la figura del “coordinador genitoriale” (artículo 5, párrafo 3, letra a).⁵⁸ Nuevo recurso de ADR, de incipiente implementación en Europa,⁵⁹ que surge para proteger a los menores en los casos de conflictividad parental crónica y también para ayudar a implementar el plan de parentalidad. Para VEZZETTI, médico pediatra, el DDL es una “ocasión irrepetible para que los intereses de muchos menores no queden sacrificados frente a los intereses de grupos de presión profesionales e ideologías obsoletas.”⁶⁰

Recientemente, el art. 3, párrafo 33, del Decreto Legislativo 149/2022 (reforma Cartabia),⁶¹ introduce, en el Codice di procedura civile (Libro II), un nuevo Título IV bis.

el acuerdo no responde al interés de los niños. En este caso, el régimen de visitas del padre (fines de semana alternos y solo una tarde entre semana, sin pernoctar) se considera limitado.

⁵³ A. M. Pérez Vallejo, “Interferenza genitoriale: la necessaria implementazione della mediazione familiare endoprocedurale”. VV.AA. Giustizia alternativa per una giustizia effettiva. Problemi e prospettive dell’ADR in Italia e in Europa. Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 269- 290

⁵⁴ Mediazione e negoziazione assistita da avvocati hanno ruoli e funzioni diversi. La Consulta li ritiene strumenti efficaci e che possono coesistere senza che vi sia violazione dell’art 3 Cost.

⁵⁵ Disegno di legge: “Norme in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia di bigenitorialità”(DDL n.735/2018). Conocido como “DDL Pillon” toma su nombre de Simone Pillon, un abogado y mediador familiar. Consta de veinticuatro artículos y establece que las disposiciones introducidas tienen un efecto retroactivos. Disponible: http://www.eleonoramattia.it/wp-content/uploads/2019/03/20181221_Ordine-del-giorno-ddl-Pillon.pdf.

⁵⁶ Cassazione (Sez. I civile), 08 aprile 2019, n.9764. Pres. Valitutti, Rel. Scalia.

⁵⁷ El DDL n.735/2018, tras un análisis comparado y de acuerdo a los estándares internacionales, se ajusta, en esencia, a los siguientes parámetros: a) mediazione obbligatoria; b) tempi paritari ed equilibrio tra i genitori; c) eliminazione dell’assegno di mantenimento; d) lotta all’alienazione genitoriale; e) il “piano genitoriale educativo”.

⁵⁸ F. Novello, *Il coordinatore genitoriale: un nuovo istituto nel panorama giuridico italiano?*, in *Famiglia*, 2018, p. 361 ss.

⁵⁹ A. M. Pérez Vallejo, “La Coordinación de parentalidad en Derecho comparado y su incorporación al sistema judicial español”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2019, pp. 3-32.

⁶⁰ Vittorio Vezzetti. Co fondatore International Council on Shared parenting, Presidente European platform Colibri, Delegato da Colibri Italia. Relazione, disponibile en: http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/000/689/COLIBRI ITALIA 1.pdf, p. 12.

⁶¹ Gazzetta n. 243 de 17 de octubre de 2022 (suplemento ord. n. 38/L) el Decreto Legislativo de 10 de octubre de 2022, n. 149 implementando la ley de 26 de noviembre de 2021, n. 206. En vigor desde el de marzo de 2023.

Se prevé un procedimiento único para los litigios relativos a personas, menores y familias, cuyo objetivo principal es una eficaz protección de los niños y de los padres involucrados en crisis familiares. Entre otras novedades, se introduce “piano genitoriale”, que los padres deben completar y adjuntar, indicando los compromisos de sus hijos, sus actividades diarias, escolares, extraescolares, recreativas y de relación, así como las vacaciones que normalmente disfrutan. Si no hay acuerdo entre los padres se deja a decisión del juez, quien propondrá un modelo o se nombrará un perito, “coordinador genitoriale” que pueda ayudar a los padres a acordarlo. También se prevé el fortalecimiento de la mediación familiar y la negociación asistida. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)

3.2 *Estado de la cuestión en el sistema plurilegislativo español.*

- Código civil español.

El Código civil español no contempla el plan de parentalidad, lo que no sería obstáculo para insertarlo o anexarlo al Convenio regulador (ex art. 90 C.c.), por ser éste, un vehículo válido para incorporar a él todas las cláusulas, acuerdos o pactos relativos al ejercicio a las responsabilidades parentales. Pero no es habitual hacerlo en el territorio donde rige el Derecho común. Si bien, y aún a falta de regulación expresa, en la praxis judicial, se alude a la falta de plan de parentalidad, cuando se discute la custodia compartida. Y ello en base a que el Tribunal Supremo lo viene exigiendo denominándolo plan contradictorio.

El Auto del Tribunal Supremo de 4 octubre 2017,⁶² señala que la obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un *plan contradictorio*. En suma, un plan ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas, que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja; lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales (...).

Pero España presenta un sistema plurilegislativo desarrollado por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio y algunas lo regulan expresamente; si bien, con distinto contenido, pero igual fin. De forma genuina, Cataluña, fue pionera en afrontar

⁶² Ref. La Ley 137521/2017.

este nuevo reto y regular expresamente el plan de parentalidad, de forma similar a lo previsto en los sistemas de *Common Law* analizados. Y decimos de forma genuina, porque, a nuestro juicio, deben quedar fuera del Plan de parentalidad los aspectos patrimoniales o económicos. Y no en todos los territorios con legislación civil propia, lo contemplan así.

- La Ley 7/2015, del País Vasco, de 30 de junio, de Relaciones Familiares en Supuestos de Separación o Ruptura de los Progenitores, regula el convenio regulador en el art. 5. En el punto segundo, letra a) detalla su contenido respecto al ejercicio de las responsabilidades parentales, a modo de Plan de parentalidad, sin mencionarlo como tal. A este respecto, son numerosas las sentencias que deniegan la custodia compartida por ausencia de un plan claro de parentalidad. Así ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, de 15 de enero de 2018,⁶³ que deniega la custodia compartida porque en el plan “no se explica por el padre, en qué va a consistir su relación con el hijo, cómo va a dedicarse a su cuidado, o en qué modo compatibilizará trabajo y dedicación al menor”.
- En Aragón, el art. 77 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, y modificado por la Ley 6/2019, de 21 de marzo,⁶⁴ contempla la posibilidad de elaborar un “pacto de relaciones familiares” regulador de las consecuencias y efectos de la ruptura de la convivencia de los progenitores. Ya se encuentren los padres unidos por vínculo matrimonial, ya no lo estén, y quedando el mismo sujeto a la preceptiva aprobación judicial. Si bien, el contenido mínimo, viene referido a pactos de orden personal y de orden económico o patrimonial. Por lo que responde a una versión similar del Convenio regulador previsto en el art. 90 del Código civil, con el que guarda cierta similitud. No regula pues, en esencia, el plan de parentalidad en los términos analizados.
- La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo insta a fomentar el “pacto de parentalidad” entre los progenitores como primera opción para regular las relaciones familiares tras la ruptura (Preámbulo Ap. III 5 *in fine*). La legislación navarra regula el *pacto de planificación parental* en la Ley 69 para los casos de ruptura de mutuo acuerdo. Exige presentar el pacto como parte integrante del Convenio Regulador pero su contenido incluye aspectos económicos y patrimoniales. También se prevé la posibilidad de incluir en el pacto de parentalidad el compromiso de los progenitores de recurrir a la mediación familiar

⁶³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 4ª) de 15 de enero de 2018. Roj: SAP BI 154/2018. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui.

⁶⁴ Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia. Boletín Oficial de Aragón núm. 66, 4 de abril de 2019. Por esta modificación se suprime la adopción con carácter preferente de la custodia compartida, previsto de forma pionera en el art. 80.2 de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, integrado en el Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo.

para resolver las diferencias derivadas de su aplicación. Para el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores, la Ley 70 establece que cada uno de ellos deberá aportar en su solicitud, dentro del procedimiento de que se trate, una propuesta de plan de responsabilidad parental con el contenido a que se refiere la ley 69.

Pero como hemos dicho, Cataluña cuenta con larga trayectoria en la implementación del Plan de Parentalidad, pues incorporó de forma pionera este instrumento en la Ley 25/2010, de 29 de julio, por la que se aprueba del Libro II del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat). En el Preámbulo de la Ley se alude al plan como «instrumento jurídico que concreta la manera en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales».

A tal efecto, el art. 233-2 CCCat,⁶⁵ bajo la rúbrica “Medidas definitivas propuestas por convenio regulador” establece en el apartado 2 a) que “Si los cónyuges tienen hijos comunes que están bajo su potestad, el convenio regulador debe contener un *plan de parentalidad*, de acuerdo con lo establecido por el art. 233-9.” Y aunque en aplicación de la Ley han surgido dudas interpretativas, el plan se presentará, no sólo en los supuestos de mutuo acuerdo, sino también en los contenciosos, como se desprende del art. 233.11 CCCat que los menciona en forma plural. Siguiendo la senda marcada en los sistemas de Common Law, el art. 233-9 CCCat. detalla el contenido del plan⁶⁶ y desde 2010 se encuentran disponibles una Guía y del Plan de Parentalidad elaborados con carácter meramente indicativo y facilitados por la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalitat de Cataluña.⁶⁷ También el Colegio de Psicólogos propuso unas recomendaciones para su elaboración.⁶⁸ Todo ello en cumplimiento de la disposición adicional 9ª de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del CCCat al establecer que el Departamento de Justicia, en colaboración con los colegios profesiones tienen que difundir información sobre el Plan de Parentalidad y facilitar modelos para implantarlo. Si

⁶⁵ El art. 232.2 en su nueva redacción dada por la Disposición final segunda, número 18 de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

⁶⁶ Los extremos que debe contemplar vienen referidos: a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen. d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos. h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

⁶⁷ Documento de Trabajo: Guía y modelo del Plan de parentalidad (2010). Disponible en: <http://www.icab.es/?go=caf9d1a0ec5f1dc58757ad6cffdacedb1a58854a600312cccabe27fca69cffe33cf899a77036d5934a83948bc6a01bd2bb3d4dab686d970d0cb471fbe8ed627d>

⁶⁸ Recomendaciones para la elaboración del Plan de Parentalidad del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña. Barcelona, 2011. Disponible: <http://www.copc.org/documentos/files/secciones/GUIA%20PLANES%20DE%20PARENTALIDAD%20C OPC.pdf>.

bien, doctrina autorizada alerta sobre ciertos inconvenientes relativos a los acuerdos marco o estandarizados y la rigidez del plan que, puede llevar a aumentar más la conflictividad.⁶⁹ Asimismo, está previsto la posibilidad de recurrir a la mediación para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos (art. 233-9 apartado 3).

Retomando la problemática que suscita la obligatoriedad o no del Plan en los sistemas analizados, en España, cuando ambos cónyuges están de acuerdo, se presentará un solo Plan de Parentalidad anexo al Convenio Regulador, mientras que los supuestos contenciosos, cada uno de los progenitores deberá presentar su propia propuesta. Y pese a no ser un requisito de inadmisión de la demanda, contestación o reconvencción, en caso de que no se aporte, es práctica habitual que el Letrado de la Administración de Justicia, requiera al actor para su aportación inicial o, si es demandado o reconviniendo, para que la acompañe a la contestación o reconvencción. En caso contrario, tanto el Ministerio fiscal como la contraparte pueden denunciarlo en cualquier estadio del proceso (Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 20 de marzo de 2014).⁷⁰ En la misma línea la Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 29 de marzo 2017,⁷¹ reitera que, aunque la falta de aportación del plan de parentalidad, no sea en puridad técnica un requisito de procedibilidad, no puede prescindirse de su aportación.

En igual sentido, el Tribunal Supremo consolidó la línea jurisprudencial que apunta la necesidad de aportar una propuesta del plan, como un requisito necesario para otorgar la custodia compartida. Su no aportación es determinante para denegarla. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2019,⁷² señala al respecto que la modificación del sistema de custodia, exige un cambio “cierto” de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores. En el caso de autos “al no aportarse un plan contradictorio, que concrete que el cambio vaya a beneficiar a los menores, se mantiene el modelo de guarda monoparental con régimen de visitas cuando éste se ha desarrollado con normalidad”.

Pero dicho esto, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2023⁷³ además de respaldar una custodia compartida, aunque la custodia exclusiva actual esté funcionando correctamente, da un giro y afirma que, en determinados supuestos, la no aportación del Plan de Parentalidad no puede llevar a denegarla, siempre y cuando se cumplan ciertos parámetros y se evidencie que el bienestar del menor estará plenamente protegido. Y ello con sustento en la reforma que sobre el art. 92 CC operó la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la

⁶⁹ M^a Elena, Lauroba Lacasa. “Familias con alto grado de conflictividad: régimen de guarda y protección del interés de los menores”. *Sepín*. Artículo Monográfico. Febrero 2013 SP/DOCT/17029. Susana NAVAS NAVARRO, “Menores, guarda compartida y plan de parentalidad (Especial referencia al Derecho catalán)”. *RDF*, n° 54, año XIV, 1° trimestre 2012, p. 44.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 20/2014 de 20 de marzo, (FJ 4º). (RJ 2014\2053).

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal) Sec. 1.ª, 18/2017, de 29 de marzo Recurso 201/2016.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de febrero de 2019. ECLI: ES:TS:2019:641.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 26 de septiembre de 2023. ECLI:ES:TS:2023:3830.

violencia. Así el Tribunal Supremo, frente al obstáculo invocado por la madre acerca de que el padre no presentó un “plan de parentalidad” sostiene que:

“La falta de presentación formal de un «plan de parentalidad», no es obstáculo para la adopción de la custodia compartida solicitada cuando, como sucede en el caso, por la valoración conjunta de la prueba el juez concluye que es lo más beneficioso para el niño y, por la forma en la que se está desarrollando el sistema de reparto de las funciones de guarda y los datos acreditados sobre los lugares donde vivirá el hijo habitualmente y el compromiso sobre las tareas cotidianas, resulte fácilmente integrar, como ha hecho la sentencia de primera instancia, el régimen que establece”.

CONCLUSIONES

Tras el estudio realizado desde un prisma comparatista puede concluirse que en materia de responsabilidad parental y las previsiones para su efectivo ejercicio, el acercamiento entre los sistemas del Common Law y Civil Law es palmaria. Tanto los *Principles of the Law Family Disolution*, del American Law Institute (ALI), como los *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*. (CEFL) han establecido reglas o estándares comunes cuya formulación, estructura e idea rectora giran alrededor del principio del mejor interés de los hijos. Principio jurídico transversal y de orden público, que, sin embargo, no impide, sino que más bien propicia, delegar a los propios implicados en el conflicto, su solución. Se insta, de esta forma, en ambos sistemas, a la capacidad y voluntad de cooperación de los titulares de la responsabilidad parental, propiciando su autonomía, con la menor interferencia estatal posible.

Desde este enfoque hemos analizado la recepción e implementación del *parenting plan* en Europa, cuyas líneas maestras se inspiran en la filosofía y objetivos de los sistemas de *Common law*. Contrastando, además, que en el ámbito de la responsabilidad parental y en interés de los hijos, las diferencias entre los sistemas europeos tampoco son distantes. En líneas generales las tendencias actuales muestran un avance que promueve la armonización y contribuyen a la unificación del Derecho de familia en Europa a medio o largo plazo. El Reglamento 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción de menores (Reglamento Bruselas II ter) es ejemplo de ello. Y si bien, la unificación no viene referida al derecho material, pues la UE carece de competencia para ello, muestra el proceso de integración de la UE en materia de Derecho Internacional Privado de Derecho de familia y sobre todo, redundando en el principio del interés superior del menor cuando está involucrado en procedimientos transfronterizos en materia de responsabilidad parental en la UE.

La recepción de los *parenting plans* en Europa (Civil Law) está siendo lenta, pero progresiva y su implementación no difiere de los distintos Estados de la UE. Hemos contrastado cómo se aplican propuestas y soluciones comunes. Desde este enfoque y a la vista de las consideraciones expuestas, nuestra reflexión final propone la implantación y regulación legal del *parenting plan* en aquellos Estados en que no existe. Lo que se justifica por ser un instrumento legal útil y una herramienta altamente ventajosa para la buena gestión de las

responsabilidades parentales al tiempo de la ruptura. Proporciona estabilidad y certeza para padres e hijos y puede auxiliar a los progenitores en este delicado trance, para concretar el modo en que ambos van a ejercer las funciones parentales; con el detalle de los compromisos que asumen sobre la guarda, tanto monoparental como compartida. No hay duda que la mejor protección del interés del menor, es la principal ventaja que tiene aportar el plan en los procesos en los que se discute la custodia de los hijos. Permite diseñar la hoja de ruta sobre todos los aspectos involucrados en el desarrollo integral de los hijos, conforme a la concreta etapa vital de sus vidas. Si bien, no se nos escapa que ello requiere una importante tarea reflexiva, de concienciación y cooperación de los progenitores, lo que no siempre es posible.

El *parenting plan*, también revela ser un instrumento preventivo y valioso destinado a resolver *ex ante* los problemas más habituales y comunes relacionadas con el ejercicio de guarda de los hijos. A nuestro juicio, el plan puede coadyuvar a prevenir o minimizar el conflicto parental en aras de una eficaz parentalidad positiva. Sin embargo, a pesar de las múltiples ventajas que ofrecen los *parenting plans*, su elaboración requiere un necesario esfuerzo para proyectar una hoja de ruta razonable que favorezca y no obstaculice la consecución de acuerdos, para lo que se puede precisar la ayuda de profesionales.

Deben pues articularse, compromisos respecto a los aspectos trascendentales que afectan a la relación con los hijos; pero también otras previsiones, que la práctica demuestra ser foco de futuros conflictos y pueden comprometer el bienestar del niño. Cuestiones tan variadas como las relacionadas con la educación de los hijos (asistencia a colegios públicos, privados o concertados, asistencia a reuniones convocadas por el colegio, actividades extraescolares, educación religiosa, etc.); así como temas relacionados con la salud (elección del centro médico, cómo se comunicarán ambos progenitores las enfermedades de los niños, si podrán ambos llevar al niño al médico, etc.); también aspectos relacionados con celebraciones o esparcimiento, como la forma de celebrar la comunión de los niños, o la asistencia a celebraciones familiares, la compra de regalos para cumpleaños, el control en la realización de actividades de ocio o tiempo, etc. Incluso el modo de relacionarse a través de las redes sociales. En definitiva, un largo etcétera de “pequeñas previsiones” que a la postre, y como es habitual, resulta ser germen de nuevas controversias o conflictos. Y lo que es peor, estas situaciones fuerzan el relitigio y la intervención continuada de los juzgados en materias que, nadie mejor que los interesados, pueden decidir.

Lógicamente el plan de parentalidad debe ser flexible y existen ciertas amenazas o inconvenientes que pueden frustrar sus ventajas. Entre otros, la “estandarización” de modelos predispuestos que, si bien, pueden servir de ayuda, es necesaria su personalización (un plan a medida) adaptado a las necesidades de cada familia. También la “rigidez” de los acuerdos adoptados en el Plan pueden convertirse en una trampa que genere nuevos conflictos y aumente la litigiosidad. Por eso útil y recomendable, incluir en ellos, una cláusula preventiva de mediación por la que los progenitores se comprometan a someter sus discrepancias a este sistema de resolución de conflictos.⁷⁴ Esta cláusula inserta en el

⁷⁴ En España, el Anteproyecto de Ley de Impulso a la mediación (2019) y la futura Ley de Eficiencia Procesal (paralizada), apuestan por asentar la mediación en nuestra justicia. Lo que puede repercutir positivamente y ayudar a las familias a la hora elaborar y supervisar los planes de parentalidad, siguiendo las directrices

Plan, permitirá anticiparse y evitar la judicialización de futuras controversias en adaptación a las nuevas necesidades de progenitores e hijos en las diferentes etapas de la ejecución del Plan. Sin duda, esta solución resulta más ventajosa (menor coste emocional) que acudir a un procedimiento de modificación de medidas (art. 775 LEC) que es lo más habitual; o a uno procedimiento para resolver discrepancias en el ejercicio de la patria potestad como responsabilidad parental (art. 154 y 156 C.c.), o a un procedimiento de ejecución de autos y/o sentencias. Esta cláusula o pacto de sometimiento a mediación, encuentra acomodo en los arts. 6.2 y 10.2 de la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y en los arts. 39, 63 y 66, de la LEC.

angloamericanas y europeas. A. M. Pérez Vallejo, “Estudio comparado de la mediación familiar: tensiones y retos actuales”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2020, n° 1, pp. 69- 103.

