

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale
1/2023

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Anno VII – N. 1/2023

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma “Tor Vergata”
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Chieti-Pescara), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Palermo), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiarés Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte di Giustizia UE), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Tilburg University) (Coordinatore), Nicola Cezzi (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Silvia Filippi (Università di Perugia), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Torino), Giampiero Gioia (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano)

SOMMARIO

Costituzione e identità nella prospettiva europea

ANTONIA BARAGGIA, *Identity and conditionality in the European Union* [pp. 1-8]

LEONARD F.M. BESSELINK, *The Identity of Europe's Constitution(s)* [pp. 9-18]

MASSIMO FICHERA, *Rethinking the notions of constitution and constitution-making process* [pp. 19-47]

SIGNE REHLING LARSEN, *Beyond Sui Generis: Comparative Federalism and the European Union* [pp. 48-57]

ALINE SIERP, *History, Memory and the Construction of a European Identity* [pp. 58-67]

Saggi

MARCO CALABRÒ, *Rights of commons in Italy: a different way of owning towards the recognition of an intangible cultural value* [pp. 68-85]

SALVATORE CASABONA, *Diritti fondamentali, terrorismo e privazione della cittadinanza* [pp. 86-114]

CHIARA DE SANTIS, *«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa* [pp. 115-151]

MARIA ELENA GENNUSA, *Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta* [pp. 152-207]

GIUSEPPE NAGLIERI, *Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik: come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

[pp. 208-242]

ROSALBA POTENZANO, *Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo. Note comparatistiche*

[pp. 243-285]

GIANMATTEO SABATINO, *The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space. The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

[pp. 286-309]

Note e commenti

CESARE PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*

[pp. 310-317]

ENRICO TOTI, *Il regime del rischio contrattuale nell'art. 604 del Codice civile cinese*

[pp. 318-364]

Recensioni e letture critiche

ANGELO SCHILLACI, *In cammino assieme ai "giganti". Comparazione e storia del metodo. Riflessioni a margine di T. Amico di Meane, "Sulle spalle dei giganti". La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto, Napoli, 2022*

[pp. 365-381]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

Identity and conditionality in the European Union*

Antonia Baraggia

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The notion of European Identity; – 3. European identity – a problem of definition; – 4. Components of European identity; – 5. European identity – the institutional perspective; – 6. European identity – mobilization from below; – 7. Conclusions.

1. Introduction

This contribution addresses the relationship between identity and conditionality in light of the implications of the Regulation n. 2020/2092¹ and the Court of Justice of the European Union's decisions C-156/21 and C-157/21.

Identity and conditionality are not new concepts in the vocabulary of European integration. However, identifying their contents and boundaries brings us in an area of ambiguity and uncertainty, which ultimately relates to the tensions between Member States and the European Union also in light of the “unfinished” constitutional nature of the European Union and the lack of a supremacy clause like it happens in classical federal arrangements.

The link between identity and conditionality was clearly signaled by the CJEU in the decisions on the rule of law conditionality cases of 16 February 2022. Indeed, the Court linked the legitimacy of a “horizontal regime of conditionality” to the need to protect the EU fundamental value of the rule of law, which is a core feature of the EU identity as a common legal order. I argue that the statements of the ECJ on European identity help to see the ongoing tensions between the EU and the Member States on the rule of law in a new constitutional fashion and will have a significant impact on the future development of the EU. This is even truer if we look at the concrete application of the rule of law conditionality regulation that has been finally activated vis-à-vis Hungary.

We have witnessed to a transformation of the use of conditionality, from a technical tool deployed to assure the good management of EU funds, to a

* Contributo per gli atti dell'VIII convegno annuale di Diritti Comparati su “Costituzione e identità nella prospettiva europea/Constitution and Identity in the European Perspective”, Università di Roma 3, 10 novembre 2022.

¹ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.

constitutional instrument to protect the EU identity and its core values: in other words, I argue, it has become an instrument of “militant democracy”².

In 2018, J.W. Müller, reflecting on the affirmation of new forms of authoritarianism, argued that «in tightly integrated organizations such as the European Union something like supranational democracy protection remains a highly problematic endeavor»³. However, he proposed the establishment of a Commission (the Copenhagen Commission), tasked with the power to investigate violations of the EU fundamental values and to propose to the EU Commission the cut of EU funds or the imposition of fines in case of breaches of the EU values.

This is a mechanism which resembles the one provided by Regulation 2020/2092 – the suspension of EU funds - with the significant difference that it has not been established an ad hoc Commission.

Such evolution has been necessary in light of the ineffectiveness of other existing tool of militant democracy (the procedure of art. 7 above all) and of the growing use by Member States of the identity argument⁴ as «trump card against outside interference»⁵.

Especially in the rule of law crisis, conditionality and identity became strictly intertwined: indeed, the paper aims to assess the relation between identity and conditionality in light of Regulation 2020/2092 and of the CJEU’s decisions on the legitimacy of the rule of law conditionality regime.

2. Conditionality in the EU: its progressive affirmation as a constitutional tool

I will start my analysis of the use of conditionality by arguing that, in a diachronic perspective, conditionality has become a constitutional tool within the EU and even a «defining element of the European integration ... process»⁶.

Indeed, conditionality has been used by the EU in several areas of intervention, with regard to third countries, to candidate countries and then even with regard to the EU member states.

Initially, conditionality has been deployed as an external relations tool: in particular, mechanisms of political conditionality have been used since the 1990s in

² J. W. Müller, *Militant Democracy*, in M. Rosenfeld and A. Sajó (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2012, p. 1253.

³ J. W. Müller, Jan-Werner, *Militant democracy and constitutional identity*, in *Comparative Constitutional Theory*, Cheltenham-Northampton, 2018, p. 430.

⁴ G. Martinico, O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept: What Has Happened to National Constitutional Identity?*, in *Yearbook of European Law*, 39, 2020, pp. 228–249,

⁵ *Ibidem*, p. 433.

⁶ F. Heinemann, *Going for the Wallet? Rule-of-Law Conditionality in the Next EU Multiannual Financial Framework*, in *Intereconomics*, 53, 2018, p. 297.

trade agreements and development policies. Following the use of conditionality with third countries, the European Union, then, put in place a robust conditionality structure for its enlargement policy. Both membership itself and financial and technical assistance throughout the accession process have become conditional on candidate countries making continuous progress under the Copenhagen criteria, including the political criteria that require respect for democracy, the rule of law, and human rights⁷. Pre-accession conditionality has been a central theme in the literature on EU enlargement⁸, highlighting the possible controversial consequences of conditionality, that not only fail to achieve the intended response but also create new dilemmas⁹. Still in the external relations' field, also the European Neighbourhood Policy (ENP) contains conditionality elements¹⁰.

Besides these classical applications of conditionality, in the last decade, there has been a crucial shift in how conditionality is used by EU institutions as the EU has increasingly relied on conditionality tools internally, that is, vis-à-vis its own Member States. It has done so in several areas.

The first kind of conditionality in the internal dimension of the EU, which apply to all Member states without distinction, is the so-called spending conditionality: it links the disbursement of most EU funding programmes to fulfilling a broad set of rules and standards. The first mechanisms of spending conditionality were introduced as early as the 1990s, especially for the Common Agricultural Policy, where the EU linked funding to the fulfilment of certain environmental objectives. Another classical application of “spending” conditionality, is related to the EU Cohesion Funds, under which the States beneficiaries of the funds were required to submit an economic convergence program and they had to avoid having excessive public debt. This kind of conditionality was introduced in 1994 only for countries beneficiaries of the Cohesion Fund, i.e. Greece, Spain, Ireland and Portugal. Such conditionality, with the successive stages of enlargement, has been applied to all new Member States.

Since then, spending conditionality mechanisms have grown greatly both in terms of their scope of application, as they apply to more funding programmes, and of substantive content, as more and more conditionalities have been attached to funding disbursement. After the already significant steps taken under the previous

⁷ C. Pinelli, *Conditionality and Enlargement in Light of the EU Constitutional Developments*, in *European Law Journal*, 10, 2004; A. Albi, *EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe*, Cambridge, 2005; D. Kochenov, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, the Hague, 2008.

⁸ F. Schimmelfennig, U. Sedelmeier, *The Europeanization of Eastern Europe: the external incentives model revisited*, in *Journal of European Public Policy*, 27(6), 2020.

⁹ G. Sasse, *The politics of EU conditionality: the norm of minority protection during and beyond EU accession*, in *Journal of European Public Policy*, 15 (6), 2008; D. Kosař, J. Baroš, P. Dufek, *The Twin Challenges to Separation of Powers in Central Europe: Technocratic Governance and Populism*, in *EuConst*, 15 2019.

¹⁰ P. Leino, P. Petrov P., *Between “Common Values” and Competing Universals – The Promotion of the EU’s Common Values through the European Neighbourhood Policy*, in *European Law Journal*, 15(5), 2009.

“Common Provisions” Regulation (CPR)¹¹ for the 2014-2020 MFF, which introduced several *ex-ante* conditions that Member States needed to fulfil to access to EU funding, the new CPR,¹² approved in June 2021, goes even a step further. It transforms the *ex-ante* conditionality regime into an “*enabling conditions*” system, with 4 horizontal and 16 thematic conditions to be monitored throughout the entire budgetary period, and the possibility to suspend funding at any stage of the process. It also reinforces conditions related to respect for fundamental rights in the use of EU funds.¹³

Another interesting application of conditionality internally to the EU is the one deployed during the economic crisis¹⁴. The eurozone crisis measures and the austerity policies that have been implemented were based on regimes of strict conditionality, negotiated by the EU, the IMF and the Member State in memoranda of understanding signed by EU Member States experiencing economic and financial troubles in order to receive financial assistance¹⁵.

The eurozone conditionality, for the specific circumstances in which it was developed and for the institutional actors involved (not only the EU, but also the IMF and the European Stability Mechanism – ESM), departs from other forms of EU conditionality. However, despite the differences, we can consider it within the broader *genus* of the exercise of power through the use of financial resources. Moreover, we cannot forget that the austerity conditionality has prompted a significant amendment of the TFEU: in order to legitimize forms of macroeconomic conditionality, article 136(3) TFEU, amended in 2011, states that EU financial assistance should be made subject to “strict conditionality”.

The most recent evolution of the tool of conditionality is the already mentioned Regulation “on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget” approved in December 2020. This signalled a new evolution of conditionality in the EU, since the conditionality mechanism is conceived as a “horizontal tool” capable to be applied to all the EU funds, even to the new instruments, like the NextGenEU.

¹¹ See Regulation (EU) No 1303/2013 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2013.

¹² See Regulation (EU) 2021/1060 of the European Parliament and of the Council of 24 June 2021 laying down common provisions on the European Regional Development Fund, the European Social Fund Plus, the Cohesion Fund, the Just Transition Fund and the European Maritime, Fisheries and Aquaculture Fund and financial rules for those and for the Asylum, Migration and Integration Fund, the Internal Security Fund and the Instrument for Financial Support for Border Management and Visa Policy.

¹³ See Annex III, Article 15 (1) of the CPR Regulation.

¹⁴ K. Tuori K., K. Tuori, *The Eurozone Crisis – A Constitutional Analysis*, Cambridge, 2013.

¹⁵ A. M. Guerra Martins, *Constitutional Judge, Social Rights and Public Debt Crisis – the Portuguese Constitutional Case Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22(5), 2015.

The Regulation, while featuring a horizontal mechanism of conditionality, introduces the “sufficiently direct link”¹⁶ criterion – which ensure that the conditionality mechanism is strictly anchored to the implementation of the Union budget and does not transcend the competences of the EU. Another limitation of the mechanism deals with its scope of application: indeed, the Regulation applies only to breaches of the rule of law identified in Article 4(2) of the Regulation and not to any generalized deficiency as regards the rule of law, as envisaged in the original proposal of the Commission¹⁷.

This is a crucial aspect of the Regulation, which sets out – for the first time – several principles and rules that contribute to operationalizing the rule of law value of Article 2 TEU and so make it justiciable within the competence of the EU.

As we can see, conditionality in the EU is a multifaced tools, deployed in different areas with different objectives. However, one of the key and common goals is often strengthening the EU enforcement capacity, especially in areas where the EU lacks coercive powers, lacks tools of enforcement or the already existing ones have proven to be ineffective, as for example in the case of the rule of law crisis.

In particular, the use of conditionality in the rule of law crisis envisages a new, different kind of conditionality, strictly linked to the constitutional dimension of the EU.

In the case of the rule of law, indeed, the aim is to protect the core and founding values of the EU, which define the EU identity, against the challenges posed by Member States to those same values¹⁸.

3. Identity and conditionality in the rule of law crisis

As it is well known, on 16 February 2022, the Court of Justice of the European Union (ECJ) ruled in plenary composition on the actions for annulment brought by Hungary and Poland (C-156/21 and C-157/21 1) against Regulation no. 2020/2092 2. This Regulation introduces a general conditionality mechanism which provides a way

¹⁶ Art. 4(1) of Regulation no. 2020/2092 states that «Appropriate measures shall be taken where it is established (...) that breaches of the principles of the rule of law in a Member State affect or seriously risk affecting the sound financial management of the Union budget or the protection of the financial interests of the Union in a *sufficiently direct way*».

¹⁷ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of the Union’s Budget in Case of Generalised Deficiencies as Regards the Rule of Law in the Member States, COM (2018) 324 final (May 2, 2018). The vague concept of generalized deficiency risked undermining legal certainty and even promoted a degree of arbitrariness. See Łacny, “Suspension of EU Funds Paid to Member States Breaching the Rule of Law: Is the Commission’s Proposal Legal?”, in A. Von Bogdandy et al., *Defending Checks and Balances in EU Member States*, 2021, p. 269.

¹⁸ G. Halmai, *The Possibility and Desirability of Rule of Law Conditionality*, in *Hague Journal of the Rule of Law*, 11, 2019, 171.

to suspend European funding to a Member State if infringements of the principle of the rule of law are found which affect or seriously risk affecting, in a sufficiently direct way, the sound financial management of the Union budget or the protection of its financial interests.

The decisions represent landmark cases not only with regard to the specific issue of the rule of law conditionality, but more in general with regard to the constitutional dimensions of the EU.

Indeed, I argue that the ECJ marked, after an incremental process, a new constitutional phase for relations between the EU and Member States, on the one hand, through the reference to the identity of the European Union as a common legal order and, on the other hand, through the recognition of the normative nature of the values of Article 2, «which are given concrete expression in principles containing legally binding obligations for the Member States»¹⁹.

In continuity with previous jurisprudence aimed at giving substance to the EU values²⁰, one of the most important consequences of the judgments is the elaboration of the normative nature of the values of the rule of law, which can be operationalized in principles and rules set out by the Regulation.

In other words, with the decision in question, the ECJ not only seeks to give flesh to the rule of law value, but also to go further as the Court confirms the nature of Article 2 TEU as a judicially enforceable provision. Recognizing the enforceable nature of Article 2 TEU values brings the Court to define the nature, structural features and the ultimate reason for which the EU stands, in particular playing the delicate chord of the concept of identity. According to the Court, the values enshrined in Article 2 TEU are «an integral part of the very identity of the European Union as a common legal order. Thus, the European Union must be able to defend those values, within the limits of its powers as laid down by the Treaties»²¹.

Even though Article 4(2) TEU shows the European Union «respects the national identities of the Member States, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, such that those States enjoy a certain degree of discretion in implementing the principles of the rule of law, it in no way follows that that obligation as to the result to be achieved may vary from one Member State to another»²².

These considerations about the European identity, even though were stimulated by the Hungarian and Polish claims about the violation of national identities, were not strictly necessary for the resolution of the case, which could have been decided on the typical federal grounds of the division of competencies. I think that the ECJ

¹⁹ *Hungary v Parliament and Council* (C-156/21) ECLI:EU:C:2021:974 at 232.

²⁰ A. Von Bogdandy, P. Bogdanowicz, I. Canor, G. Rügge, M. Schmidt, M. Taborowski, *A potential Constitutional Moment for the European Rule of Law: The Importance of Red Lines*, in A. Von Bogdandy et al., *Defending Checks and Balances in EU Member States*, 2021, p. 385-399.

²¹ *Hungary v Parliament and Council* (C-156/21) ECLI:EU:C:2021:974 at 127; *Poland v Parliament and Council* (C-157/21) ECLI:EU:C:2021:975 at 145.

²² *Hungary v Parliament and Council* (C-156/21) ECLI:EU:C:2021:974 at 233.

deliberately decided to adopt a constitutional register – the highest one – in a specific moment of the EU “integration fatigue”: the EU must defend its common values, which are not merely political and aspirational statements, but enforceable values vis-à-vis the Member States.

For this reason, the paragraphs on the EU identity – although limited in space – have several constitutional implications, as the first commentators of the decisions have already noticed²³. The conceptualization of European identity is posed in tension with the national identities in a way that, in case of conflict, EU identity cannot be contradicted or denied by national identities. As has been argued, there is no space for unconstitutional identities in the EU²⁴. This statement may help address the never resolved tension between the EU and Member States. Before the decisions in question, national identities could have been invoked as a trump card to resist the EU’s influence in sensitive fields. The principle of conferral intrinsically has limited the EU. With this decision, the EU can now play the same card of identity, which seems even more robust vis-à-vis national identity, because of the free adherence to the EU by the Member States: at the moment of accession, the Member States embraced the EU identity and «whilst they have separate national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, which the European Union respects, the Member States adhere to a concept of ‘the rule of law’ which they share, as a value common to their own constitutional traditions, and which they have undertaken to respect at all times»²⁵.

However, even in light of this possible transformation fostered by the decisions at hand, we must be aware that the EU can protect its own identity but only within the limits of the conferred competencies such that, while advancing a possible constitutional moment, the ECJ stays within the limits of its jurisdiction and the limits of EU competences.

4. Conclusions

The CJEU has deliberately adopted the register of the Europe identity in the cases dealing with the legitimacy of Regulation 2020/2092, even though it could have decided the case only on the bases of more technical arguments, rather than adopting a broader constitutional approach.

²³ P. Pohjankoski, *The Unveiling of EU’s Constitutional Identity*, 2022, EULawLive Weekend Edition no. 91; N. Kirst, *Rule of Law Conditionality before the Court – A Judgement of Constitutional Nature*, 2022, EULawLive Weekend Edition no. 91.

²⁴ P. Faraguna, T. Drinóczi, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, 2022, *VerfBlog*.

²⁵ *Hungary v Parliament and Council* (C-156/21) ECLI:EU:C:2021:974 at 234; *Poland v Parliament and Council* (C-157/21) ECLI:EU:C:2021:975 at 266.

With no doubts the court intended to bring the case in the realm of the constitutional relationship between the EU and its Member States.

In light of this, what will be the constitutional implications of the judgments? Can the use of the “identity register” contribute to prevent the rule of law crisis and democratic backsliding?

The path traced by the concept of European identity is still to be unveiled: it is early to assess the systemic impact of the use of the concept of identity by the EU institutions. However, we can reasonably affirm that the use of the language of identity by the CJEU represents a powerful occasion to foster a dialogue between the EU and the Members States, which is fundamental in order to define the EU identity itself.

ABSTRACT: This contribution addresses the relationship between identity and conditionality in light of the implications of the Regulation n. 2020/209226 and the Court of Justice of the European Union’s decisions C-156/21 and C-157/21.

Identity and conditionality are not new concepts in the vocabulary of European integration. However, identifying their contents and boundaries brings us in an area of ambiguity and uncertainty, which ultimately relates to the tensions between Member States and the European Union also in light of the “unfinished” constitutional nature of the European Union and the lack of a supremacy clause like it happens in classical federal arrangements. As we will see, conditionality and identity are strictly intertwined and the contribution aims at disentangling the two concepts in light of Regulation 2020/2092 and of the CJEU’s decisions on the legitimacy of the rule of law conditionality regime.

KEYWORDS: identity – conditionality - EU funds - rule of law - militant democracy

Antonia Baraggia – Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi di Milano (antonia.baraggia@unimi.it)

²⁶ Regulation (EU, Euratom) 2020/2092 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2020 on a general regime of conditionality for the protection of the Union budget.

The Identity of Europe's Constitution(s)*

Leonard F.M. Besselink

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Is a Constitution essential for the further development of European integration?. – 3. What identifies as a constitution?. – 4. What is the identity of constitutions; or, what kind of constitutions can we identify?. – 5. What constitution for Europe for what kind of European Union?. – 6. Constitutional moments and *pouvoir constituant originaire*. – 7. Constitution and Identity. – 8. Conclusion.

1. Introduction

In this essay I reflect on conceptual aspects of the theme of identity and constitutions in Europe, and apply to the question what could make for a *European* constitution.

When we reflect on constitution(s) and identity, three different but closely interrelated questions arise, that each concern one dimension of the theme:

What identifies a constitutional order?

What is the identity of a constitutional order?

What identity does a constitution confer?

The first question concerns the dimension of what makes for a “constitution”; in other words, what is typical for a constitution in terms of what a constitution does. It is about when we can recognize what it does as, at least in this functional sense, a “constitution”.

The second question is about the kinds of constitutions one can distinguish in Europe.

And the third question concerns the issue of the distinct identity that a particular constitution may confer on a political community.

In this essay I focus in particular on the second question, but not without going into the others briefly as well.

I take my cue in the two very different, and at first sight somewhat puzzling responses which the national electorates of France and the Netherlands respectively gave to the question whether a European Constitution is essential to the construction of Europe, immediately after the defeat of the Treaty establishing a Constitution for Europe¹.

* This paper relies on some of the thoughts first developed in *The Notion and Nature of the European Constitution after the Lisbon Treaty* in: *European Constitutionalism beyond Lisbon*, Jan Wouters, Luc Verhey, Philipp Küiver (eds.), Uitgeverij Intersentia, 2009, pp. 261-281. Contribution for the Proceedings of the VIII Annual Conference of Diritti Comparati “Costituzione e identità nella prospettiva europea/Constitution and Identity in the European Perspective”, University of Roma 3, November 10th 2022.

¹ OJ 2004, C 310/1.

2. Is a Constitution essential for the further development of European integration?

As is generally known, the Constitution for Europe Treaty was rejected first in France with nearly 55% of the vote on 29 May 2005, and with nearly 62% of the vote on three days later in the Netherlands. An Eurobarometer opinion poll took place in both France and the Netherlands in the days immediately after the vote.² One of questions concerned the voters' view on the importance of an European Constitution for the future development of European integration. The question was in both countries the same:

“Do you tend to agree or to disagree with the statement “The European Constitution is essential in order to pursue the European Construction”?”.

In France, no less than 90% of those voters who had voted *in favour* of the Constitutional Treaty agreed that a Constitution was essential, as is understandable. Also two thirds (66%) of those who voted *against* the Treaty found that a Constitution was essential. In both groups of voters, therefore, a large majority found that a Constitution would be essential for further building towards European integration. In the aggregate, 75% of all the French voters in total found that a Constitution is essential for pursuing the project of European integration, only 21% found it is not³.

In the Netherlands, to the contrary, of those who voted against, two thirds (66%) found that a Constitution was *not* essential – so that means, they found that also *without* a Constitution it would be possible to pursue the European construction. Perhaps more surprisingly, of those who were in favour of the European Constitution, more than a quarter (27%) found a Constitution was *not* essential to the European construction. In the aggregate, every second Dutch citizen (50%) does not think that the European Constitution is essential in order to pursue European construction, and a smaller number (41%) thinks it is⁴.

In summary, the clear majority in France found that Europe needs a Constitution if it wants to develop European integration further. In the Netherlands, the opposite is true: half of the voters – a relative majority – finds that also without a Constitution the European Union can further develop. This is an intriguing finding. The only explanation is that there is a fundamental difference in understanding of what constitutions do, and also a different understanding of the concept of a constitution itself.

3. What identifies as a constitution?

Many approaches are possible as to what makes for a constitution. From a functional point of view one may say that constitutions do three things:

² *The European Constitution: Post-referendum survey in France*, 30-31 May 2005, Flash Eurobarometer 171; *The European Constitution: post-referendum survey in The Netherlands*, 2-5 June 2005, Flash Eurobarometer 172.

³ Flash Eurobarometer 171, p. 23.

⁴ Flash Eurobarometer 172, p. 21.

- They have an institutive (or constitutive) function: a constitution constitutes the institutions of the body politic (or it may recognize pre-existing institutions together being constitutive for the body politic);
- They have an attributive function: a constitution attributes the institutions with powers; it empowers them;
- They have a regulative function: they regulate how the powers that are attributed to the institutions of the body politic must be exercised.

Usually this is not considered enough. Among other features which are required before one speaks of a constitution is a certain breadth of scope of the powers wielded by the instituted institutions. Moreover, a certain autonomous power centre is entailed, to decide its ultimate fate – sovereignty and constituent power are the classic names of this power. A related element in what makes for a constitution is that it determines and often regulates explicitly or implicitly the claim to the monopoly of the legitimate use of violence, although this brings the notion of the constitution and that of the state into close affinity. Culturally, this understanding of constitutions as pertaining exclusively to states is more widespread on the European continent than in countries in the periphery of Europe, as I shall presently explain.

4. What is the identity of constitutions; or, what kind of constitutions can we identify?

At the risk of oversimplifying, it may be helpful to distinguish European constitutional traditions on the basis of two ideal-types: the evolutionary and revolutionary traditions, in order to understand differences in the meaning attributed to “constitutions”⁵. I must emphasize that this distinction abstracts from historical developments, which makes the application of the distinction on historical realities somewhat difficult. Yet, caricatures bring out significant features of what is depicted. That may suffice as a justification for the purpose of this paper.

Typical features of the revolutionary type of constitutions are their ambition of the constitution as a blueprint for society. They are to a very large extent the product of political disaster, such as the “contrasting experience” of a devastating war, a famine, tyranny, an all-out revolution that breaks with the past. The constitution takes as an approach to such a formative event, that it somehow has the (sometimes hidden) desire to create a “clean slate”, with the temptation of an “end of history”, or future without history. Those cataclysmic events at the basis of revolutionary constitutions often acquire the role of “motivating myth”, the “imagery” that informs the constitutional order. In these “revolutionary” constitutions, the “constitutional moments” are of great importance, an

⁵ Famously, the theme of “constitutional moments” in Bruce Ackermann’s work makes the “revolutionary” nature of constitutional change a central aspect. In a certain sense, therefore, the distinction made in this paper borrows from this body of literature, even though the distinction we draw here, diverges on a number of points from what someone like Ackerman would find legitimate, for reason of its abstraction from concrete historical developments.

within their traditions the constitutional notion of the *pouvoir constituant originaire* tends to take a prominent place.

The evolutionary type of constitution tends to be based not on the idea of the constitution as a blueprint, but rather a reflexive model. Constitutional history is viewed as incremental process which is viewed as the accumulation of historico-political wisdom. Of course political disasters occur, even revolutions, but these are taken up into the longer term constitution, the *longue durée*. In these evolutionary constitutional traditions, there often is no identifiable *pouvoir constituant originaire*: for the British the question which is their “original constitution” is meaningless and a question that cannot really be answered. There is no identifiable *pouvoir constituant originaire*, and also sovereignty is viewed as applicable only to the sphere demarcated by the constitutional framework itself; it is not absolute but relative.

If we would make an attempt to categorize existent constitutional traditions on the basis of this binary distinction, then I would say that examples of “old” historic, evolutionary constitutions are typically the British constitution, but also (most) Nordic, Swiss and Dutch constitutions. Examples of the “modern” revolutionary constitutions are typically the US and French constitutions, but also the German (with its unwritten motive *Nie wieder*), the Italian and Irish constitutions. As regards the European Union, the evolutionary constitutions we tend to find more in the geographical periphery of the Union than the revolutionary, which dominate the continent.

5. What constitution for Europe for what kind of European Union?

If we want to reflect on the type of “constitution” which the European Union has, we first need to ascertain, at least in a preliminary manner, that indeed a case can be made for speaking of the European Union as having a “constitution” at all. This would, at least at this preliminary stage, only be possible if we disengage the concept of a “constitution” from the “state”. A justification to do so, I submit, is by taking our cue from the nature of the power that is exercised by the Union, in light of the three typical functions of constitutions identified above. I take the view that the powers exercised by the Union are in their nature no different from those of the state. The powers the Union exercises on a day-by-day basis over subjects (natural persons, citizens, and public and private corporations) is the exercise of in essence unilateral power. The lawfulness of each exercise of the Union’s powers is not conditional on and independent from the consent of a subject with that exercise of power in particular cases; those powers can be enforced against the will of subjects. In other words, obedience is presumed, just as is the case with state authority being exercised over subjects.

The constitutive documents of the European Union, and the law governing them, moreover, have the three functions that constitutions have: they constitute the institutions, empower them, and the exercise of those attributed powers is subject to norms regulating their use (in particular, but not only, fundamental rights and other fundamental norms of primary law, including general principles like proportionality).

Leonard F.M. Besselink
The Identity of Europe's Constitution(s)

If we would categorize the Union's constitutional order, understood in this sense, in terms of the distinction between the two constitutional traditions distinguished, the European Union easily ends up in the category of the "evolutionary" constitutions.

The original "motivating myth" of the EC was closely related to the experience of the disasters of the Second World War and the fascist and nazi experiences leading up to them. At any rate the earlier stages of European integration must be understood in terms of the post-war peace project. People like Jean Monnet were animated by the idea of overcoming the historical mutual animosity between France and Germany, that lies at the root of so many earlier devastating wars in Europe, including WW II.

Perhaps, though, it is right to say that, pretty much from the start, European integration was not only a peace project only, but also a political project aimed at securing democracy as the basic principle of European political culture and civilization. Not only there were the various invocations of democracy as the spirit of the European project in the various documents at the basis of European integration⁶, but also in political practice, where e.g. applications for membership or association of Spain and Portugal under their fascist regimes were for that very reason rejected⁷.

In a sense, this turn from peace to democracy as the motive of European integration has subsequently been confirmed by the accession of precisely these two countries and Greece after their re-establishment as liberal democracies. The round of accessions of Central and Eastern European member states in 2004 reconfirmed this, even though the formative "contrasting experience" was 40 years of a totalitarian experience that was different from the nazi and fascist experience⁸.

The differentiation of founding experiences is even more pronounced with the accession of the UK, Austria, Denmark, Sweden and Finland. To the extent that it was a shared experience, WWII lay too far into the past to be able to have motivating force. For the UK this was probably most particularly the case. No contrasting experience informed the desire to participate in the project of European integration⁹. It was, one can say, a motive of economic politics (or political economy) that made it opportune for these states to become a member of the EC. This was the case as well with the other member states intended here.

These differentiated and diverse motives create the need for reflection on the nature of "constitutional motives" in the constitutional development of the Union, also in light of the phenomenon of pretty large-scale constitutional backsliding in some of the member states, which the Union seems to be unwilling to tackle seriously, if we judge by the inaction of the Council in particular on the triggering of the mechanism of Article 7 TEU.

⁶ Notably the preambles of the Statute of the Council of Europe, 1949, and the European Convention of Human Rights, 1950.

⁷ Convincingly R. Janse, *The evolution of the political criteria for accession to the European Community*, 1957-1973, in *European law journal: review of European law in context*, 2018, vol. 24 (1), p. 57 ff.

⁸ This applies also to Romania and Bulgaria, but not to Malta and Cyprus.

⁹ The experiences between these states differed of course. For Austria, for instance, the experience was dramatically different from that of the others, and informs its constitutional motive of "eternal neutrality" in a way that makes the motive for joining the Union a primarily economic one.

This casts a shadow of doubt on the centrality of the motive of guaranteeing liberal democracy in Europe.

This doubt is not dissipated by the reduction of the phenomenon of “backsliding” to a “rule of law” problem. This reduction identifies the problem insufficiently as a problem of democracy. I do not think that the constitutional problem really is one which mainly concerns a problem with the judiciary and legal certainty. Describing the rule of law problem as a judicial problem which threatens mutual recognition and mainly constitutes a problem for the functioning of the internal market¹⁰, is denying the political nature of the problem.

Doubts as to the Union's commitment to democracy are neither dissipated by making Ukraine a candidate member state. Yes, it is quite clear that it is a war fought since 2014, is a response to a severe and violent threat to the democracies of Europe, and that this threat can only be removed by restoring Ukraine's territorial integrity and its internationally recognized borders. Under the present circumstances creating a prospect for linking Ukraine to the West, which should show the highest degree of political and practical solidarity with the Ukraine against Russian aggression, is politically most understandable, and geo-politically an important move. But let's not deceive ourselves in thinking Ukraine has been a democratic state for the simple reason that its presidents from after the Maidan Revolution have been democratically elected. This would be closing one's eyes to the entrenched role of oligarchs across the political spectrum and the context of a totally corrupt parliament also after that revolution; nor the fact that the executive has held unfailingly held to the standard of refusing to carry out the judgements of the European Court of Human Rights, leading the latter to strike out and to transmit to the Committee of Ministers no less than 12158 cases concerning a failure by Ukraine to comply with its judgements¹¹. Speaking of “back-sliding” is inappropriate because it is not as if Ukraine has had a political system that can be said to live up to standards of a democracy under the rule of law that the membership of the EU is to guarantee. So yes, the European Union and democratic states should do all they can to strengthen the rule of law, the judicial system and democracy in an Ukraine at war; the deeply entrenched corruption not only in economics but firmly rooted in politics must be combatted in a way different manner from the half-hearted attempts of the past; transparency must become a general constitutional principle and an actual practice of government; compliance by public authorities to court judgments, and other preconditions of democracies must be created if Ukraine really wants to become a democracy at some stage so that it might become a member of the Union.

¹⁰ Vice-President Timmermans, in the context of (non-)observance of the rule of law in Poland as regards the judicial independence, called the rule of law a «prerequisite for the proper functioning of the internal market», and of the “mutual trust” that is needed for «an investment and business friendly environment» LIBE Committee meeting 21 March 2017, On the Rule of Law in Poland: state of play *europarl.europa.eu* at 9 minutes, 17 seconds and 58 minutes, 8 seconds. In nearly identical terms, repeating the argument as to the importance of judicial independence for the functioning of the internal market three times over, in the EP plenary debate of 14 December 2016, *europarl.europa.eu*, at 16:18:01”. No link was made to broader constitutional backsliding or democracy. See *Talking about European Democracy*, Editorial, *European Constitutional Law Review*, 13(2), June 2017, p. 207 ff.

¹¹ See ECtHR, 12 October 2017, *Burmych and Others v. Ukraine* (applications nos. 46852/13 et al.).

But it is unlikely that the war is the most propitious environment to do so, unless it creates a constitutional moment for the Ukraine itself as a turning point to real democracy under the rule of law.

6. Constitutional moments and *pouvoir constituant originaire*

Apart from doubts about constitutional *motives* for European integration, also doubts concerning the “constitutional *moments*” of the Union can be raised. Certainly, its constitution is the result of incremental piecemeal development like in evolutionary constitutional orders. It is this precisely this evolutionary nature of the Union’s constitution which relativizes the importance of constitutional moments. There is no clearly defined moment that is *the* constitutional moment. It is rather a series of moments that explain the incremental constitutional development. This is reflected in the events as they have been unfolding in the decades after the abortive Constitutional Treaty. The Union seems to stumble from crisis to crises – as it actually always has, with well-known highlights from the empty chair to the Fall of the Wall.

The Union not merely stumbles from one crisis to another crisis. It seems to learn as well. The gross mistakes made in coping with the banking *cum* financial *cum* fiscal crisis from 2008 onwards have not been repeated in the crisis resulting from the pandemic. The failure to seize the moment for reform of the Union’s monetary, financial and economic governance structures might, as a consequence at some stage create sufficient constitutional moment not only to rethink the economic constitution of Europe, but also to amend it precisely on the point of its political governance. So constitutional moments can occur, but not necessarily in the revolutionary sense given it by Bruce Ackerman.

This point is not unrelated to that of the difficulty of identifying a *pouvoir constituant originaire* of the Union. One can say that the constituent power belonged to the original member states. This is the view of the *Bundesverfassungsgericht* in its *Lisbon* judgment: «The peoples of the Member States are the holders of the constituent power»¹². But to me this seems unsatisfactory, in as much as this language is too much a retranslation of the treaty making power into constitutional language of constitutional making. Did the *original* constituent power belong to the six original member states to which the latter acceding states simply acceded as in constitutional amendment through a *pouvoir constitué* or should we conceive of the Union at each accession as a newly constituted entity?

Both views are unsatisfactory. The usual Accession Treaties indeed created transitory regimes into the framework that was actually established by the previous member states. Only the moment in time of the enlargement of 2004 coincided with the

¹² Cf. BVerfG *Lisbon* judgment, Press Release 30 June 2009, Urteil vom 30. Juni 2009 2 BvE 2/08, nr 1, last paragraph; original German version: «Die Völker der Mitgliedstaaten sind Träger der verfassungsgebenden Gewalt». Interestingly, this wording does not recur in that form in the judgment itself. The closest to this comes para. 235: «Der unübertragbaren und insoweit integrationsfesten Identität der Verfassung (Art. 79 Abs. 3 GG) entspricht die europarechtliche Pflicht, die verfassungsgebende Gewalt der Mitgliedstaaten als Herren der Verträge zu achten».

process of the constitutional convention drafting the Treaty establishing a Constitution for Europe in which the candidate member states participated. It was this Treaty in which also these future member states participated that, after the rejection of that Treaty, with relatively few fundamental changes eventually materialized in the Lisbon Treaty. This may have been the only occasion on which one can say that all the (eventual) member states co-created on a more or less equal footing in the establishment of the newest version of the Union's founding documents – albeit the *amendment* of founding document. But this is only temporarily so; as soon as another member state would accede, this would simply have to accept the constitutional *acquis* established by the previous member states. So the conclusion must be that the whole doctrine of constituent power which was developed in French revolutionary does not to apply to the Union.

Can we do without a strong concept of an identifiable constituent power which is at the origin of the polity? Can we do without single identifiable constitutional motives and moments? The existence of effective constitutional orders which do without - the ones we called “evolutionary” - proves it is indeed possible. It is a matter of accepting a different kind of constitution, one around which it may be more difficult to rally than the revolutionary ones. But this need not stand in the way of its effectiveness and general loyalty and legitimacy, as the existent “evolutionary” constitutions of several of the member states prove.

7. Constitution and Identity

Although it is not my intention to delve into the question what the identity is that is conferred by a constitution for Europe, I make some general remarks. These do not so much regard the question what the EU identity is, in the manner in which one could pose the question: what is the constitutional identity of France that makes it distinctly French? Not that this identitarian question is totally irrelevant at all times. The Court of Justice has embarked on this kind of exercise, for instance in the infamous *Opinion 2/13*, setting out the distinct and unrescindable constitutional features of the European Union^{13,14}.

In order to avoid going into issues that are the object of contributions of other papers, I would merely like to stress two points. One is the autonomy claimed by constitutional orders, and the other is the distinction of the Union from states, which to my mind resides in its lack of claiming a monopoly to the legitimate use of violence.

¹³ Paras. 166 ff.

¹⁴ Whereas in this Opinion the aim was to set the EU apart as an international organisation which from the perspective of public international law cannot be considered a state, and the identity of the Union in terms of its particularities, in particular the ECJ's autonomy and primacy, its statement in its parallel judgments on Hungary's and Poland's actions for annulment of the Regulation on Conditionality, had a different intention, to wit, to declare the Union as one common legal order with the member states orders: here it declared the founding values of Article 2 TEU to express «the very identity of the European Union as a common legal order». See Case C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, 16 February 2022, and case Case C-157/21, ECLI:EU:C:2022:97, 16 February 2022, respectively the identical paragraphs 127 and 145.

Leonard F.M. Besselink
The Identity of Europe's Constitution(s)

To begin with the last point, it is a generally expected feature of states that they claim the monopoly of violence¹⁵. The Union does not. It leaves that claim to the member states. This necessarily implies that the Union is not a state. I leave aside here to what extent the fact that the Union needs the member states to enforce Union law is a consequence of not claiming a monopoly of violence, or of the dual nature of the Union's form of "federalism" (which may itself arguably be a consequence of the lack of claiming a monopoly of violence). In my opinion the lack of a claim to the monopoly of violence is the most decisive reason to say the Union is not a state, even if, in the way we stated above, the nature of the powers it exercises is no different.

And yet, this point may be gradually slipping away. This is due to the fact that the legitimate use of violence is not only a matter of using the strong arm of the police and military forces, precisely because the claim concerns the *legitimate* use of violence. In a state under the rule of law this requires lawfulness of the use of violence, which is increasingly determined by EU legislation concerning its enforcement, in particular concerning sanctions in case of non-compliance. This may not itself shift the monopoly of violence to the European Union, but it does restrict the autonomy of member state authorities in determining the cases in which the use of violence is legitimate. If lawfulness of the use of violence is ultimately decided by the Union and no longer by member states, this seems to shift the monopoly away from member states. Although there is a clear difference between physical violence and the law. One may say that physical violence is not what the Union itself has the instruments for, yet the Union borrows these from the member states who then can be said to act on behalf of the Union, using force that is lawful in terms defined by Union law. So at least as regards one of the two elements of the "legitimate use of violence", i.e. its lawfulness, the monopoly does not reside with the holders of the instruments of physical power, but with the Union¹⁶.

This brings us to the point of autonomy, and the question what kind of autonomy could be proper to the European constitution. Constitutions are the embodiment of the claim of the autonomy of the body politic it constitutes, empowers and regulates. This autonomy creates a sphere of independence within which a political community decides its own laws. This is also a claim that has been made by the Court of Justice concerning the nature of the European Union since *Van Gend & Loos*. In *Opinion 2/13* this took the extreme form of a claim used to refuse the submission of the Union, and more in particular the Court itself, to the authority of the European Convention on Human Rights and its European Court of Human Rights (and Committee of Ministers that supervises compliance with the latter's judgments). From an ideological point of view, this seemed like the *hubris* of sovereignty that the project of European integration was intended to overcome. Viewed thus, *Opinion 2/13* not only undermined the Court's own authority, and did a tremendous disservice to this project by undermining its the very logic. It failed where European states had failed though in the latter case with far more dramatic consequences due to the fact that they physically wielded the violence they each monopolized – a physical

¹⁵ Max Weber, *Politik als Beruf*, 1919, p. 4-5; *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, I, § 17, in *textlog.de*.

¹⁶ The definition of the object of the monopoly as "legitimate" use of violence of course implies that not only legitimacy in terms of "lawfulness" is required, but also legitimacy in terms of democracy.

monopoly that is not held by the Union or wielded by its Court. Since the establishment of the Union, the member states have overall shown to have learnt that their own claim to autonomy is an autonomy within their own field of competence only, and has thus, precisely because of European integration (but also by other features of globalization) learnt to understand their claim to autonomy to be a claim to relative autonomy only. Precisely this is like the understanding of sovereignty in “evolutionary” constitutions.

8. Conclusion

Although the origin of the European Union lies in the tragedies of the Second World War and the murderous ideologies and authoritarianisms from before and after, this is no longer the revolutionary “constitutional moment” that informs the European Union as its single and unifying “motivating myth” for all member states. Much rather it has absorbed a whole series of larger and smaller crises into an incremental process of constitutional development, from an political organization guaranteeing peace to one consolidating democracy – and there ugly cracks in in its reputation and role as guarantor of democracy. The present constitution of Europe does not have a *finalité* that provides a blueprint that pretends to usher in the “end of history”, on the basis of an act of a singularly identifiable *pouvoir constituant*. Europe’s constitution is bound to be one of the “evolutionary type”. These have proven to be often singularly effective and successful.

ABSTRACT: Three different questions can be posed about identity and constitutions in Europe and the European constitution: What identifies a constitutional order? What is the identity of a constitutional order? What identity does a constitution confer? As the last question is discussed in greater detail in separate contributions, I focus mainly on the first two questions, and of these, in particular on the second question: the identity of a constitutional order. I take my cue in the two very different, and at first sight somewhat puzzling responses of the national electorates of France and the Netherlands to the question of whether a European Constitution is essential to the construction of Europe. This difference reflects a difference in understanding the meaning of constitutions/Constitutions. I reflect on two ideal types of constitutions we can identify in Europe, and how these relate to the constitutional order of the European Union. Central in this pursuit is the question: what kind of constitutional order is the European constitution?

KEYWORDS: constitution – identity – constitutional order – European constitutional law – European constitution

Leonard F.M. Besselink – Emeritus Professor of Constitutional Law, University of Amsterdam (lfbesselink@uva.nl)

Rethinking the notions of constitution and constitution-making process*

Massimo Fichera

TABLE OF CONTENTS: 1. Constitutionalism and security: a double dichotomy – 2. Dimensions of security – 3. From self-referential to heterarchical security – 4. Legality as *auctoritas* – 5. Conclusions.

1. Constitutionalism and security: a double dichotomy

As well known, classic Hartian legal positivism claims that the existence of a rule of recognition is a necessary condition for the existence of a legal system. For a legal system to exist, a sufficiently large number of people belonging to a selected group, namely a society's officials, must hold the so-called internal point of view. If the condition above is satisfied, this means that officials are under a duty to apply all other rules, which are identifiable as valid law through criteria that are set out by the rule of recognition itself. We can discern here the features of law as a social practice and the concept of obligation. This is the normative component of the rule of recognition, which sets Hartian positivism apart from its predecessors, such as Austin and Bentham, who viewed law as a habit of obedience and explained obligation in terms of external motivations, namely through non-normative elements, such as sanction and threat of coercion. As opposed to the earlier versions of legal positivism, Hart claimed that, in addition to regular patterns of obedience, law is also constituted by a normative attitude, i.e. the internal point of view, which means that accepting a rule implies endorsing a certain regular behaviour as a collective and binding standard of conduct. Yet, one of the difficulties emerging from Hartian positivism is that we still need to explain how people *believe in* – as opposed to simply endorse – the authority of a constitution and the legitimacy of constitutional claims.

* Contribution for the Proceedings of the VIII Annual Conference of Diritti Comparati “Costituzione e identità nella prospettiva europea/Constitution and Identity in the European Perspective”, University of Roma 3, November 10th 2022.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

In fact, as noted by Dyzenhaus, a Hobbesian angle can be detected in Hart's approach, according to which the mutual relationship between protection and obedience would be undermined by commands that were unable to claim authority on the basis of some moral or other standard. A legal order can properly endure only if the legal subjects accept it as serving the interests that a legal order is supposed to serve – even if they strongly disagree with the content of the law¹. Meaningfully, Hobbes' idea that only a system of authoritatively posited rules is able to provide stability to a political and legal system resurfaces somehow in Kelsen's *Stufenbau*, which reflects an analogous concern for maintaining social order in a political community. Law is coercive, but must also be equipped with legitimate authority: for this to happen, those who are subjected to it must be allowed to contribute on equal terms to making it. Of course, Hobbes' configuration of law as the outcome of the expression of legislative will as the command of the Sovereign collides with more modern versions of legal positivism, but, as noted above, some intellectual roots can be found in his works². In a sense, recent versions of legal positivism owe some of their insights also to Weber, who claimed that while systematic obedience is a necessary feature of political domination, it does not contribute to the *legitimacy* of the domination if it is grounded on fear or expediency. Obedience based on a belief about the rightfulness of the authority or "belief in legitimacy", provides a more stable basis for a government. Unlike Hobbes, then, Weber distinguishes between legitimate and illegitimate political order³.

I believe that these constitutional issues pertaining to our understanding of the concept of constitution and the process of constitution-making in light of legitimate authority can be best observed through the prism of "security"⁴. The focus here is neither on the traditional definition of security as a good provided by a political community to its citizens, nor to specific instantiations, such as military security, or phenomena, such as securitisation⁵. The intention in this article is rather to

¹ D. Dyzenhaus, *The Constitution of Legal Authority* in D. Kyritsis, S. Lakin (eds.) *The Methodology of Constitutional Theory*, London, 2022, p. 179 ss.

² S. Coyle, *Thomas Hobbes and the Intellectual Origins of Legal Positivism*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2003, p. 243 ss.

³ M. Weber, *Economy and society: An outline of interpretive sociology*. Berkeley, 1978, p. 213-215.

⁴ M. Fichera, *The Foundations of the EU As A Polity*, Cheltenham, 2018.

⁵ As pointed out elsewhere, securitisation theories focus on security issues as constructed only through language, whereas the argument here is that *the context* in which

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

place emphasis on the security *of* a constitutional settlement and the attributes of its existence. Moreover, “security” does not equate to mere “stability”. “Stability” can be more easily associated with ancient constitutional thought (e.g. Aristotle or Plato) when considering the conditions ensuring the endurance or persistence of a regime. “Security” has instead a more existential connotation and can be viewed as a sort of political morality that underpins a constitutional settlement.

As Hamilton argued in *The Federalist Papers*, «the circumstances that endanger the safety of nations are infinite» and «It is impossible to foresee or to define the extent and variety of national exigencies, and the correspondent extent and variety of the means which may be necessary to satisfy them»⁶.

We may thus define security as a meta-constitutional rationale that founds modern polities and is articulated through two dichotomies and six dimensions.

This section will consider the two dichotomies in detail, whereas the next section will provide an overview of the six dimensions. In particular, we may in the first place separate the dichotomy between self-preservation and self-empowerment from the dichotomy between change and permanence. Such dichotomies lay the foundations for a justification of authority, in the sense that a polity exists to preserve itself against adversities and it is in its nature to develop gradually its own powers and competences.

The main argument in this article is therefore that constitutionalism and constitution-making – including European constitutionalism- are driven by the meta-constitutional rationale of security. This notion informs simultaneously the process of transformation of a polity, the practices and institutional arrangements that characterize it, and scholarly work. Security, in other words, expresses the need for a constitutional community not only to develop shared values, but also to ensure that such values are protected over an extended period of time.

It follows that security is associated with the ineludible need to face threats to the survival of a constitutional community, which can emerge at any particular historical and social moment. Security and crisis are deeply intertwined. Crisis is not only an inescapable feature in the evolution of a constitutional project, but also a creative force. Crisis generates the need to

security issues emerge is also relevant: security can in this way be employed to propel constitutional changes in a certain direction. See M. Fichera, *Security issues as an existential threat to the community* in M. Fichera, J. Kremer (eds.), *Law and Security in Europe: Reconsidering the Security Constitution*, Antwerp, 2013, p. 85-111.

⁶ C. Rossiter (ed.) *The Federalist Papers: Hamilton-Madison-Jay*, New York, 1961.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

adopt security measures to address its implications, and at the same time, security – if pursued for its own sake, at all costs – leads to crisis. We will come back to this configuration of security for security's sake. It bears clarifying at this point that this article will consider EU constitutionalism as a specific and significant example of contemporary constitutionalism, which can be particularly useful for explanatory purposes. One of the reasons is that European constitutions cannot be conceived nowadays without reference to transnational or post-national constitutionalism.

In the following pages, I will proceed to illustrate the relevance of the two dichotomies mentioned above for the security of the European project as a noteworthy example of constitutional project. As noted earlier, the first dichotomy is between self-preservation and self-empowerment. Security as self-preservation and self-empowerment is a constant feature of EU polity-building. In other words, self-preservation and self-empowerment feed each other: a polity that seeks to empower itself also aims to preserve itself and *vice versa*. Yet, to some extent, a tension can also be detected in this dichotomy, because the more a polity pursues self-empowerment and self-preservation, the more this risks producing some degree of disjointedness in the structure and exercise of powers, thus impairing the very achievements that are sought for. For example, self-empowerment of a polity may undermine features of autonomy or identity of its components, or may be unbalanced towards some of its institutions at the expense of others. This tension operates at the core of constitutionalism and it is the source of many crises that sometimes develop. Also, importantly, a constitutional polity that seeks to preserve its substantive framework from internal and external threats may sometimes take measures violating the formal constitution or going beyond its letter.

Because founding a polity means also attempting to secure its long-term survival, security as a political morality reveals itself through two self-justifying discourses of power: security and rights. In this respect, the EU legal order, on the one hand (*Van Gend en Loos*⁷), vows to protect, emancipate and empower individuals – the rights discourse—and, on the other hand (*Costa v. ENEL*; *Kadi*⁸), empowers the EU legal order itself—the security discourse—through its triple claim of autonomy, authority, and legitimacy. Although these discourses are constitutive of the European

⁷ ECJ 5 February 1963, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration* ECLI:EU:C:1963:1

⁸ ECJ 15 July 1964 *Flaminio Costa v E.N.E.L* ECLI:EU:C:1964:66; ECJ 3 September 2008 *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v Council of the European Union and Commission of the European Communities* ECLI:EU:C:2008:461.

project at a deep, foundational level, they are characterized by ambiguities and contradictions and have appeared as if they were neutral—thus concealing legal-political conflict. Yet, as the project of integration reaches more advanced stages, concealment is no longer possible. It becomes necessary to address conflict openly and contradictions and paradoxes must be brought to the fore.

In fact, discourses concerning the EU's self-empowerment (i.e., the security discourse) and individual self-empowerment (i.e., the rights discourse) for the purposes of the survival of the EU have been present since the early days of EU integration in a number of official documents⁹, and still emerge in more recent academic interventions. They are developed in order to support a variety of different theories, from constitutional pluralism to federalism. For example, Koen Lenaerts argues as follows:

«(...) in order for the European integration project to succeed, pluralism cannot be absolute. This is so because “the peoples of Europe, in creating an ever closer Union among them, are resolved to share a peaceful future based on common values” [quoting the Preamble to the Charter of Fundamental Rights of the European Union [2012] OJ C 326/02] (...) The survival of the EU requires that what brings us together must remain stronger than what pulls us apart».¹⁰

Analogously, Flynn believes that constitutional pluralism is a strong theory that ensures the survival of the EU¹¹. In doing so, he attacks Kelemen's argument for federalism, which is based on exactly the same reasons, as Kelemen himself claims that constitutional pluralism:

«(...) should be abandoned by all those who value the survival of the EU legal order and of the European Union itself. (...) those states that voluntarily choose to join and voluntarily choose to remain members of the

⁹ See e.g. Address by Professor Walter Hallstein in the debate on the Dehousse Report (Primacy of Community law over municipal law of the Member States)—European Parliament, June Session 1965, p. 3, at http://aei.pitt.edu/view/year/1965.creators_name.html; Declaration by the Commission on the Occasion of Achievement of the Customs Union on 1 July 1968, EC Bull 7-1968 p. 6–8; European Commission Report to the European Union by Leo Tindemans, Bulletin of the European Communities, Supplement 1/76; Speech by Joschka Fischer at the Humboldt University in Berlin, 12 May 2000 –*From Confederacy to Federation – Thoughts on the Finality of European Integration*, p. 3–5; Speech by Mario Draghi, President of the European Central Bank, at the Global Investment Conference in London, 26 July 2012.

¹⁰ K. Lenaerts, *EU Values and Constitutional Pluralism: the EU System of Fundamental Rights Protection*, in *Polish Yearbook of International Law*, 2014, p. 135-136.

¹¹ T. Flynn, *Constitutional Pluralism and Loyal Opposition*, in *ICON*, 2021, p. 1.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

Union, EU law, and the Court of Justice as the ultimate guardian of that law, must enjoy unconditional supremacy».¹²

Just like all other theoretical analyses emphasizing the need for the survival of the EU polity, Kelemen's reasoning, which looks primarily at the Court of Justice of the European Union (CJEU), can be perfectly inscribed within the perspective of *longue durée*. After all, he has explicitly examined in the past the issue of the durability of EU federalism¹³.

The second dichotomy of the security meta-constitutional rationale is between change and permanence. Here, to give an example, the role of the Court of Justice of the European Union (CJEU) is central in both forging autonomous concepts and doctrines that are constitutive of the EU polity and ensuring that the legal order maintains a degree of consistency and uniformity in accordance with the political morality of integration. For this reason, all fundamental principles and doctrines of EU law are articulations of the meta-constitutional rationale of security, including direct effect, primacy, uniformity, autonomy, as well as Member States' common constitutional traditions. Common constitutional traditions are aspects of security, because they ensure a dynamic relationship between change and permanence: they represent a repository of values and symbols for the polity, but at the same time enable the constitutional community to adapt to the changing social and historical circumstances. Fundamental principles and doctrines, such as direct effect, primacy, uniformity and autonomy can all be interpreted as tools of empowerment and preservation that a legal order equips itself with in order to achieve a degree of endurance and resilience, therefore permanence, across time and space. Of course, other organs of the EU contribute to the interplay between change and permanence, including the Commission, the Council, the European Central Bank (ECB) etc. Discourses running through and between these institutions and civil society are often developed in the name - or are presented as acting on behalf - of the "people", more specifically two conceptions of people: "mobile people", i.e. people moving freely across the territory of the EU, and "peoples" in the plural, including both citizens and States.

Change and permanence are two poles of the dichotomy, because any constitutional settlement can only endure if some of its features are placed above negotiation, while others are left open to negotiation. As will be

¹² R. D. Kelemen, *The Dangers of Constitutional Pluralism*, in G. Davies, M. Avbelj (eds.) *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Cheltenham, 2018, p. 392, 403.

¹³ R. D. Kelemen, *Built to Last? The Durability of EU Federalism*, in S. Meunier, K. R. McNamara (eds.) *Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty*, Oxford, 2007, p. 51.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

explained below, neither full negotiability of constitutional values, nor fixity, i.e. absolute unamendability of constitutional provisions or institutions are conducive to security. This is why change and permanence, despite being poles of a dichotomy, should not be conceived as rigidly opposed to each other, but, analogously to self-empowerment and self-preservation, as elements of the same architecture that may sometimes be in reciprocal tension.

To give a more specific example of the strains that lie underneath both dichotomies illustrated above, one may refer to the non-regression clause under Article 2 TEU. This provision can be interpreted as a commitment to the shared values of the EU that is supposed to persist throughout the whole EU membership¹⁴. Yet, the extent to which this clause has effectively been violated, to wit the degree of democratic backsliding, may be questionable. In other words, the scope of what can be subject to change and what should remain unmodified fluctuates, depending on the interpretation of such scope by the interested actors. Analogously, the need for the EU to protect Article 2 values (self-preservation and self-empowerment) risks impairing or unduly constraining processes of constitutional amendment at the domestic level if it does not go hand in hand with a process leading to the gradual incorporation of those values in the society.

2. Dimensions of security

In addition to the two dichotomies examined in the previous section, it is possible to discern six dimensions in our inquiry on security: spatial, temporal, popular, ontological, epistemic, reflexive (see table below).

¹⁴ ECJ 20 April 2021, Case C-896/19, *Repubblica v Il-Prim Ministru*, ECLI:EU:C:2021:311; ECJ 24 June 2019, Case C-619/18, *Commission v Poland*, ECLI:EU:C:2019:531, para. 42, ECJ 18 May 2021, Joined Cases C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 and C-397/19, *Asociația Forumul Judecătorilor din România*, ECLI:EU:C:2021:393, para. 160.

Table: Security dimensions

Dimension	Conceptual category	Dichotomy	Questions
Spatial	Space	Inside/outside	Who is the Other? Where is it located?
Temporal	Time	Past/future	In which direction is the EU polity moving?
Popular	People	Demos/no demos	What is constituent power?
Ontological	Nature of the polity	State/international organisation	What is the best interpretative scheme?
Epistemic	Pluralism	Unity/plurality	How should multiple rationalities or claims of authority coexist?
Semantic or reflexive	Notion of Security	Secure/insecure	What does it mean to be secure? How to be secure as a polity?

Each dimension, for its part, relies upon a conceptual dichotomy through which it is possible to operationalize it. Yet, each dichotomy reveals internal nuances and contradictions, which show how difficult it is to capture the rationality of European constitution-making comprehensively and exhaustively. The first dimension is the spatial dimension: space is a category that explains the development of a polity as a geo-political and geo-legal entity, related to other geo-political and geo-legal entities (not only in relation to enlargement policies, foreign policy and in general external relations, but also, for example, trade and environment). This dimension is

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

operationalized through the dichotomy inside/outside. The questions that ought to be asked in this respect are therefore: who is the Other? Where is it located? This is not merely a question relating to the delineation of external and internal borders, with all implications for cross-border regulation, but also of boundaries between “us” and the “Other”. As an analysis of the free movement provisions and citizenship provisions may show, there exist in reality multiple inside and outside even *within* a polity and this reveals contradictions that are not always reconcilable, as patterns of discrimination and inequality are revealed¹⁵. The confrontation with the Other may thus turn into a potential threat to a constitutional project and constitutional measures taken in this field may be justified to some extent by the claim that such threat exists and needs to be addressed. The second dimension is a temporal one. The most pressing questions in this context are: in which direction are we moving? How can we make sure that we are moving in the right direction? What is the role of past and future in the configuration of time?

The third dimension of security is the popular dimension: “the people” is an entity that a constitutional project has had to come to terms with repeatedly, often to draw on its evocative force. As a result, inevitably we grapple with the dichotomy “demos versus no demos”. According to some approaches the category of people is indispensable for constitutionalism, whereas according to others it is not. The relevant question therefore is: what is constituent power? Is it necessary for transnational integration? What are the conditions that ensure a legitimate source of sovereign power? The fourth dimension is ontological, because it concerns the nature of a polity (in the case of the EU: a sovereign State? a member State? a regional State? etc.). In what ways is the nature of the polity defined by existential threats and challenges to such nature? The fifth dimension is instead epistemic and addresses the issue of pluralism, as the co-existence of multiple rationalities and claims of authority within the same polity or legal system. When we ask what the best way to preserve a constitutional project is, we must tackle the dichotomy “one/many” or “unity/plurality” and seek to ascertain how several rationalities can coexist in the same space. Finally, our last dimension, the semantic or reflexive one, is based on the distinction between secure and insecure. In this scenario, our inquiry revolves around the question: what does it mean to be secure? How can a polity be secure? The necessary implication here is that whoever leads the security discourse is also the master of a vocabulary of immediacy, urgency, threat, which

¹⁵ C. O'Brien, *Unity in Adversity*, London, 2017.

leaves little space for reflection and negotiation. Importantly, security reveals its double-edged nature, as the presupposition for constitutionalism, and simultaneously as a threat to its development, if pursued at all costs.

As far as the EU is concerned, in the last decade for the first time all dimensions of security have been affected simultaneously. The economic and financial crisis, the refugee crisis, Brexit, the crisis of the rule of law and democratic backsliding, the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine have raised questions that had not been answered previously, or that had either been left in the background or taken for granted.

In my previous work, I have addressed some of these dimensions of security in more detail. For example, concerning the spatial dimension, I have considered the question of the enlargement of the EU as emblematic of the tension between its imperialistic and its normative traits¹⁶. In this respect, I have identified the relationship between Russia, Ukraine and the EU, as a key factor that would define the EU's territorial expansion in the years to come¹⁷. I have also considered more deeply both the popular dimension, through the configuration of what I call "discursive constituent power", i.e. a form of constituent power that is exercised through security and rights discourses, as defined above¹⁸, and the epistemic dimension¹⁹.

More recently, I have explored the temporal dimension as a feature of constitutionalism, including EU constitutionalism²⁰. My claim is that modern constitutionalism can be said to be characterized by attempt to rise above time and exercise control over an extended period, thereby reducing uncertainty and limiting contingency.

Constitutionalism's most significant feature, in other words, is to endure through time as much as possible. This temporal dimension expresses the durability of a polity (*longue durée*). This is visible in the most recent forms of constitutionalism beyond the State. For example, Articles 53 of the TEU and 356 of the TFEU state that «The Treaty is concluded for an unlimited period». The notion of a community of «unlimited

¹⁶ M. Fichera, *Carl Schmitt and the New World Order- A View from Europe* in P. Minkinen, M. Arvidsson, L. Brännström (eds.) *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology*, Abingdon, 2016, p. 165 ss.

¹⁷ M. Fichera, *The constitutional and historical relevance of the AFSJ and the CFSP/ESDP* Sieps Policy Paper October 2015.

¹⁸ M. Fichera, *The Idea of Discursive Constituent Power*, *Jus Cogens*, 2021, p. 159 ss.

¹⁹ M. Fichera, *Securing the European Project: From Self-Referentiality to Heterarchy*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2021, p. 273 ss.

²⁰ M. Fichera, *The EU and Constitutional Time- The Significance of Time in Constitutional Change*, forthcoming.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

duration» is also famously contained in the landmark ruling by the CJEU (Case 6/64 *Costa v ENEL*, para. 3). This means that constitutionalism is characterized at least by an aspiration to perpetuity.

However, in order for such aspiration to be not a mere rhetorical device, but a source of legitimacy, certain conditions must be present. As a result, it becomes important, first of all, to identify those conditions, and, secondly, to know how to activate them. In other words, how can a polity achieve *longue durée* legitimately (and should it achieve it)? What are the conditions that ensure the durability and functioning of a constitutional order beyond the State?

I take this to be an issue pertaining to the material constitution, interpreted as the «deeper societal context in which formal constitutional development is embedded»²¹. In fact, complex legal and political frameworks are likely to reach a point in their evolution in which this issue is not simply present, but must be inevitably addressed, due to rising legal-political conflict. When the ambition of a polity is to become or to be already “constitutional”, its claim is to regulate the relationship between individuals and institutions as well as between institutions in a particularly penetrating way, for example by creating mechanisms addressing contradictions and tensions, which are typical of constitutionalism. Questions about the material constitution of a polity are therefore in a sense part of a more general quest to identify the conditions guaranteeing to some extent the stability of a settled *status quo*. As will be seen later, the idea of authority that an entity or person may have can be more promptly tied to perpetuity, i.e. to the flux of ideas that develop over time, as a result of being challenged or of some form of learning activity.

In fact, constitutionalism should be reconceived, by reconstructing a common ground allowing all participants to hold a strictly forward-looking perspective, capable of including also later generations.

Constitutionalism has neglected or downplayed the temporal dimension of the future as regards its normative underpinnings. In other words, the constitutional nature of a legal system can only be upheld if it does not relinquish the ideal of setting up a long-lasting constitutional community. Temporality indicates the possibility to stretch into the future, beyond presentist visions, and constantly re-assess a polity’s commitment over an extended period.

²¹ M. Goldoni, M. Wilkinson, *The Material Constitution*, *The Modern Law Review*, 2018, p. 567-597, 569.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

However, the temporal dimension needs to be complemented with the reflexive dimension, which concerns more specifically the question of how to be secure as a polity. Hence the relevance of an *ongoing* process of self-amending and self-interpreting constitutionalisation. The intention is to address upfront the issue of the extent to which it is possible to design conceptually a constitutional framework that successfully reconciles rule of law and democracy in the transnational sphere. The aim of this article, in other words, is to emphasise the nature of a collective commitment held over time.

Looking at a constitutional community as an *ongoing* deliberative process triggers the previously neglected question “what for?” rather than: “what is its nature?”. We should therefore examine the reasons why the EU polity exists and the stakes that are raised when a constitutional community announces itself as a constitutional community.

What emerges here is what I define the “paradox of large time” (*Grosszeit*), which should be more appropriately called a “double bind”. The concept used here – *Grosszeit* – is a neologism that I employ for this occasion and is the temporal equivalent of the category of “large space” (*Grossraum*) used by Carl Schmitt in his work. *Grossraum* refers to a State’s territorial over-stretching, which goes beyond its traditional borders and represents an attempt to form large-scale spatial orderings as spatially concrete entities. *Grosszeit* instead concerns the effort of a constitutional community to extend its duration as much as possible – ideally, to the point of reaching *unlimited* duration. It may therefore be seen, in one possible interpretation, as an overweening attempt *to colonise* the future and bind future generations indefinitely. However, no matter how constitutional the commitment placed at the beginning of constitutional time may seem, proclaiming “a community of unlimited duration” has inevitably an impact on the democratic component of a polity. It implies the exercise of a sphere of influence by earlier generations over later generations through a large-scale temporal ordering. Alternatively, a constitutional community could extend its duration by simply changing constantly its constitution every few years: yet, would that be the same community? In the name of which projectuality would that community exist?

In other words, the long-term extension of a constitutional project, which stretches indefinitely into the future, takes place either in the name of a set of values defined once and for all at a fixed moment in time, hence binding all future generations belonging to the coming communities – thus compromising the democratic credentials of a constitutional project and the autonomy of the components of a polity, or by accepting that a constitution

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

can be replaced within a short time frame, sometimes entirely, thus embracing full contingency and giving up on projectuality, i.e. the idea of a shared collective commitment over an extended period of time.

When exploring ways in which the above paradox can be resolved, it is important to take into account that constitutionalism can only be reconciled with democracy if the past is not fixed, but re-presented over and over again: never identical with itself, but always projected into the future. When the past is pre-determined, the notion that emerges in the background is eternity. We talk about perpetuity, as opposed to eternity, when we emphasise a constant process of will-formation and re-negotiation of values, which keeps the constituent process epistemically open-ended. This means that perpetuity is not the same as eternity: the latter is associated with fixed and immutable concepts, whereas the former is the result of a reflexive and self-amending process.

The focus here is then on the reflexive dimension of security, which allows a shift from what I call self-referential security to heterarchical security, as illustrated in the following section.

3. From self-referential to heterarchical security

A further step in our inquiry is the distinction between self-referential and heterarchical security. Self-referential security reflects, in the first place, the understanding of the EU as one-size-fits-all machinery, as a system of law that reproduces itself as a mere collection of norms. Moreover, security for its own sake implies that a constitutional project's unyielding perseverance in pursuing one or more specific goals at all costs may impair the very ideal from which that project is inspired. There is a close link between self-referential security and the drive towards technocratic governance in Europe, bolstered by a constant state of emergency. An example of self-referential security is Mario Draghi's speech at the Global Investment Conference in London on 26 July 2012; «the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the Euro» or, typically, the announcement of *finalité* as an inevitable achievement of a community of fate- the idea that the European project must be preserved because the European project must be preserved, with an element of inevitability attached to it.

What is neglected in self-referential reasoning is that the preservation of a polity – its values, its myths, its imagery- can only go hand in hand with a measure of legitimacy. When a polity's endurance is at stake, then it is also

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

a matter of avoiding its degeneration. Self-referentiality, and, relatedly, decisions on the validity of a legal system made on the basis of criteria identified by that very system, are very much present in dominant versions of legal positivism. As pointed out at the beginning of this article, according to Hart, what ensures the existence of a legal system and is at the same time the source of its normativity is the fact that a duty has been conferred upon and accepted by its officials to comply with and apply not only the rule of recognition, but also secondary rules²². The problem with this configuration is that, by way of contrast, the general public is not required to either accept or apply the rule of recognition from the internal point of view. As observed by Chun, the critique levelled by Dewey against Austin that legal positivism assumes an anti-democratic conception of sovereignty and authority can be extended in some sense to Hart's approach, too²³. In this conception, normativity is derived from the determinacy of the sovereign as a hierarchically superior class over a relatively passive public. The security of the legal system is guaranteed by the officials' compliance with the secondary rules and it is not necessary for the general public to constantly practice, endorse and accept the primary rules from the internal point of view. Given that, by virtue of the lack of internal endorsement, the normative element is not considered necessary, the "habit of obedience" will be sufficient. As a result, of group of legal officials acquires legal authority because it has rendered itself determinate: legality is self-generated and law produced its own normativity²⁴. Once again, we detect here a scheme of self-referentiality that betrays a hierarchical understanding of law.

Moreover, the problem with many contemporary approaches on legality is that the predominant version of liberalism – promoted by the EU – has been too "presentist": it has focused too much on the present moment, on the demands of the market here and now, and has relied upon the overly optimistic and rather vague assumption that the future would be indefinitely characterized by continuous growth and the persistence of postwar consensus. In a sense, contemporary forms of populism and Euroscepticism may be seen as a response to the "lack of future" of the European project.

With a view to contributing to the debate on European constitutionalism, and reconciling constitutionalism and democracy, a shift

²² HLA Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn, Oxford, 1994, p. 116.

²³ M. Chun, *The anti-democratic origin of analytical jurisprudence*, *Jurisprudence – An International Journal of Legal and Political Thought*, 2021 p. 1 ss.; J. Dewey, *The Later Works: 1925–1953* Carbondale, 1981.

²⁴ M. Chun, *The anti-democratic origin of analytical jurisprudence* op.cit. 20.

is advocated here from self-referential security (i.e. security for security's sake) to heterarchical security, with a focus on the notions of authority, legitimacy and representation. This shift takes place within the reflexive dimension of security.

It is claimed that endurance for the EU polity can only be achieved if constitutional processes are anchored to local layers of deliberation and material constitutionalism. Moreover, the connection between constitutionalism and security may in principle be extended to a broader range of issues, related to the contemporary discussion on the fate of the planet and the rise of artificial intelligence. Given that the future challenges for humanity are likely to concern its very survival, it is important to establish to what extent the reflexive dimension of security should incorporate the idea of radical contingency, which is an inherent feature of modernity. This suggests the need to place emphasis on the role of future generations, thus encompassing non-human questions directly affecting the possibilities of survival of both human and non-human subjectivities.

The shift from self-referential to heterarchical security allows room for self-determination and autonomy. Such move needs to rely upon the heterarchical paradigm, i.e. mainly the so-called constitutional pluralist theories, which admit of the coexistence of several claims of ultimate legal authority in the same territory not only as a fact, but also as a prerequisite for a legal system to endure. In fact, by means of the lens of security, the implications of heterarchy can be recognized and explored fully. In particular, the claim that «the federation contract aims to establish a permanent contract, not just a provisional regulation» and «the federation aims at the preservation of the political existence of all members in the framework of the federation»²⁵, may apply to the heterarchical paradigm as well. As a result, the question of sovereignty as a “decision on an existential conflict” is always possible and always remains open. Interestingly, Habermas also argues that «in supranational political communities, unlike in federal states, the issue of ultimate decision-making authority must not be resolved through hierarchization»²⁶. However, he adds that leaving the question open should not be allowed «at the expense of a principle of democracy that has only been realized in the nation-states»²⁷.

²⁵ C. Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008, p. 385.

²⁶ J. Habermas, *An exploration of the meaning of transnationalization of democracy, using the example of the European Union*. In P. Deutscher, C. Lafont (eds.). *Transforming the Global Political and Economic Order*, Cambridge and New York, 2017, p. 3 ss.

²⁷ Ibid.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

Yet second-level considerations of legitimacy indicate that *deliberating about what it means to be secure and how to be secure* should also be an integral part of heterarchical security. Opening up of institutional and citizen-level sites of deliberation is conducive to a self-constituting virtuous cycle, in which elements of different layers of society are able to contribute reflexively to polity-building over time. The deliberative approach proposed in this work, in other words, possesses substantivist connotations. It is attentive to the conflictuality among the material forces of society, or, better said, the conflictual process of subjectivation that contribute to the generation and preservation of a polity. One of the effects of such approach would be the reactivation or rethinking of intermediate bodies – trade unions, political parties, NGOs, think tanks, local assemblies, regions and other forms of local government etc. – as sites of social aggregation and collective engagement. The lack of interaction between the latter and other relevant institutions, such as courts or parliaments, is in some form a major factor of weakness of contemporary societies, including a transnational polity such as the EU.

There is more. The move advocated here – from self-referential to heterarchical security- cannot take place through deliberation without some degree of concern for the preservation of the material constitution, with the aim of enabling, to some extent, the simultaneous presence of political unity and plurality, thus setting out the polity's political objectives. A political community built around the material constitution is not viewed as static and separate from society, but as dynamic, operating *over time* and intimately connected with society. This consideration incorporates the understanding that domestic and European material constitutions are nowadays largely interpenetrated with each other and, relatedly, that social and economic elements are deeply embedded in both.

Before delving into a consideration of constitutionalism from this angle, it may be useful to focus on the relationship between temporality and normativity.

We can consider the two models of polity-building – one, tendentially republican, dating back to Aristotle and Rousseau and the other, more liberally oriented, connected with Plato, Kant and Kelsen – as two opposed visions of the interplay between permanence and change, or two alternative approaches to the question of *longue durée*.

When addressing *longue durée*, lessons can be learned from both the model associated with Aristotle and Rousseau and the Kantian model. In fact, the link between temporality and normativity is crucial for a constitutional system, especially when it develops beyond the State. In

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

particular, at least four modes of connection can be envisaged: uni-temporal and uni-normative; multi-temporal and multi-normative; trans-normative; trans-temporal.

In a first modality - uni-temporal and uni-normative - a legal system is supposed to operate along one single temporal and normative thread. There exists a consolidated institutional apparatus, expressing one specific normativity, or at least a largely predominant normativity, which develops through a single timeline, usually starting from a constituent event following a critical juncture. Normativity can come in different guises: it may be exemplified by a core set of institutions and procedures associated with the rule of law and individual autonomy, or some manifestation of the republican idea of the common good. Regardless of whether one adopts or rejects the prevailing legal positivist approach, it is common to claim that a liberal-democratic constitutional settlement relies upon a number of features that are supposed to persist, because they originate from the will of the constituent subject and can only be de-legitimised by the configuration of an equivalent will. After the critical juncture has been successfully addressed, extra-legal manifestations of constitutionalisation are concealed or ignored, to prevent competing layers of normativity from emerging and threatening the dominant temporal and normative framework. Decentralisation of legislative power is possible, although it is in the end subsumed under the State's general will. This is what has happened typically in the formation of many post-WWII nation States in the Western world.

However, a multi-temporal and multi-normative understanding of legal orders is also possible. For example, Kaarlo Tuori argues that temporality manifests itself differently, depending on whether one refers to the normative layers of a legal order – i.e. the surface layer, or the legal cultural layer- or the social practices – i.e. law-making, law-adjudicating and scholarly writings.²⁸

In his analysis, Tuori reprises the German historical school of thought and, in particular, Savigny's criticism of early legal positivism - although, in doing so, Tuori remains firmly anchored to the legal positivist mind frame. He applies this conception also to the European constitution, which is described as a multidimensional normative entity, characterised by a multi-temporal process of formation and sedimentation²⁹.

²⁸ See e.g. K. Tuori, *Ratio and Voluntas- The Tension Between Reason and Will in Law*, Abingdon, 2010, p. 37; K. Tuori, *Properties of Law*, Cambridge, 2021.

²⁹ K. Tuori, *Many Constitutions of Europe*, Oxford Handbook Online, 2016.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

Within the trans-normative modality, the legal system is viewed as a self-justifying necessity, determined by the egoistic impulse of free individuals to overcome a situation of chaos³⁰. Given the ever-present possibility that the order created through law collapses, either the legal system faces contingency upfront³¹, or a sovereign decision is taken once and for all on which values within a political community must be preserved. In the latter conception, which has the merit of bringing to the fore the role of the material constitution, a legal system exists because it is legitimated by the exceptional moments in which its survival is at stake and the sovereign intervenes to assert its authority³². A neat, non-negotiable line is drawn between those who are inside and those who are outside a given value system. In the former conception, the emergence of a legal system is explained through the notion of double contingency. Thus, for Parsons, in situations of social interaction the contingency of what an actor actually does or states is complemented by the contingency of the other actor's reaction. The resulting indeterminacy of the action can only be remedied by the creation of long-term structures transcending individuals and relying upon a shared cultural or symbolic system of values inherited from the past to build up a form of consensus that enables meaningful interaction. Luhmann reformulates contingency as the property of a fact that is the outcome of a selection and can therefore always be otherwise, regardless of the existence of shared values and norms. Temporality is therefore a key feature of double contingency, which must be accounted for by law. As a social, self-referential system, law produces and reproduces itself and «is valid until further notice»³³. It differentiates itself from other systems in order to perpetuate itself. This is therefore, in a sense, a radicalisation of the Kelsenian model. Moreover, the future, too, is portrayed as contingent, with the result of distinguishing between a “present future” - which is the future as imagined in the present - and a “future present” - which is what actually happens in the future, something that can be very different from our imagined scenarios, also as a consequence of plans made in the present³⁴.

The uni-temporal and uni-normative modality, as noted, relies upon one single normativity and rules out contingency, as if the enthusiastically

³⁰ T. Hobbes, *Leviathan*, Cambridge, 1996.

³¹ T. Parsons, *The Social System*, Chicago, 1951); N. Luhmann, *Law As A Social System*, Oxford, 2008.

³² C. Schmitt, *Constitutional Theory op.cit.*

³³ N. Luhmann, *Law As A Social System*, op.cit.

³⁴ N. Luhmann, *The Future Cannot Begin: Temporal Structures in Modern Society, Social Research*, 1976, p. 130.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

advocated pattern of development of legal systems – the nation State, within a clearly delineated liberal democratic framework- were the only possible, with no alternatives. For this purpose, extra-legal constituting dynamics are also excluded. This seems to encase the process of European integration within a rigid scheme, thus preventing a richer, more nuanced development. The trans-normative modality, by definition, transcends normativity and either replaces it with a decisionist stance, which antagonises the Kelsenian model, or limits itself to formulating an “ethics of contingency”, a reflexive instability that permeates the very concept of democracy³⁵. The multi-temporal and multi-normative modality looks, from this perspective, more promising as a tool for analysing constitutionalism beyond the State. In particular, *longue durée* is explained as a legal-cultural phenomenon, with the consequence that the entrenchment of norms and values has an institutional character. However, as observed earlier, the angle adopted is still legal positivism: ultimately, the State is the only source of legitimacy of posited law and the statist paradigm is viewed as a given, precisely because it is the repository of the deepest legal-cultural layers.

There are many reasons why the trans-temporal modality can be adapted more easily to constitutionalism beyond the State than any of the previous versions. While it is true that the link between temporality and normativity may be formulated in different ways, there cannot be constitutionalism without the interpenetration between the two. Normativity does not emerge *ex nihilo*, from a voluntary act, whether it be the general will, the sovereign or something else. There may be normative reasons why a constitutional community is formed, but a collective commitment can only truly be verified as a commitment across a timeline. A constitutional community needs constitutional time to differentiate itself from other non-constitutional communities, if only by developing a narrative – and narratives, by definition, cannot but unfold over time. In order to legitimise itself and perpetuate its own existence in time, such community must create a distinction between past, present and future, as well as a distinction between the first act of creation, placed at the beginning of constitutional time, and subsequent acts of preservation - a distinction which is performed within a given timeline.

In order to understand the implications of the passage from self-referential to heterarchical security, it is useful to recall three conceptions of legality, which may be relevant for European constitutionalism.

³⁵ A. Mascareño, *Ethic of contingency beyond the praxis of reflexive law Soziale Systeme*, 2006, p. 274; N. Luhmann, *The Future of Democracy, Thesis Eleven*, 1990, p. 46.

4. *Legality as auctoritas*

A first relevant conception is legality as *imperium*. In this conception, the old configuration of law as command – with all its later, more modern nuances – still resonates firmly. Its most typical expression is self-aggrandizement. A legal system builds on internal conditions of normative validity that are independent of the content of law. The validity of legal norms derives from second order procedural norms and, in the case of a supranational legal order such as the EU, the purpose of a legal system is to reproduce and enlarge itself as such. Self-referential security thus evokes *longue durée* for its own sake and, in this sense, implies an act of closure towards constitutional time.

Under legality as *instrumentum*, instead, the relationship between the parts and the whole is re-conceptualised and changes object of reference. Legality is identified as a technique for the coordinated coexistence of self-contained units: if any *longue durée* is pursued, it is exclusively the *longue durée* of the original components of the polity, i.e. the old, reassuring – solid but also insufficient – structure of the nation State. Both images – legality as *imperium* and legality as *instrumentum* – generate the paradox of “large time” because their perspective is presentist.

From a third perspective, legality emerges as authority (*auctoritas*). Here it is relevant to recall Arendt’s understanding of authority as a notion that is distinct from both coercion by force and persuasion through arguments. Interestingly, Arendt associates authority with permanence and durability and points out how the notion has been tied to cognate notions, i.e. religion and tradition. It is through authority that, in ancient constitutionalism, political structures were endowed with the attributes of permanence and durability. The Roman word *auctoritas*, as well known, comes from the verb “to augment”. This shows how the Roman idea of authority is closely tied to the past and points to the foundation as its source, viewed as a sacred act. What authority does is therefore to augment the foundation and make it binding for future generations. As opposed to power, authority is rooted in the past and is elusive, intangible. There is therefore a strong connection between authority and temporality.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

I believe that retaining some features of this ancient view of authority may be useful for European constitutionalism. It is in this sense that law as *auctoritas* may be opposed to law as *imperium*: whereas the latter is centered on self-aggrandizement, the former relies on an external source to pursue growth – whether this be a specific act of foundation, or its representation in other forms, or a political morality that provides reasons for joined action; moreover, *auctoritas* does not deny power, but at the same time transcends it and is rooted more deeply than mere coercion or persuasion in the collective understanding of a community. It is for this reason that, while the concept of constitutional identity is important for European constitutionalism, it is only truly meaningful if it is integrated with an elaboration of common constitutional *traditions*. Constitutional identity *per se* is reified when it is configured as expression of the identity of a constitution at any given moment. In order to acquire contextual meaning, it must be viewed in dynamic terms, as a process and, in this sense, the interlacing between constitutional identity and constitutional traditions allows building up a structured narrative as a backbone for the development of European constitutionalism. It follows that, contrary to what critics of this notion (e.g. Scholtes) have argued, common constitutional traditions are not supposed to *replace* the language of constitutional identity, but rather simply enrich it with nuances that are missed by a monolithic and static conception of a European superstate³⁶.

However, in many ways, conceiving of law as *auctoritas* as if it were only backward-looking - to the past - and not also forward-looking - to the future - seems to amount to a narrowing down of its potential. The challenge resides therefore in avoiding the paradox of “large time” and at the same time thinking of *auctoritas* as sufficiently open-ended, unlike Arendt’s conception.

From this perspective, a genuine collective effort of deliberation cannot be limited to only one generation, but needs to stretch out to several future generations, considered at least as *potential* actors that are represented by present actors. This is a way in which past, present and future can be connected with each other along a pathway.

From what has been suggested so far it follows that the conditions for a new form of constitutionalism need to be created, such that as many actors as possible should be involved in a collective development of the constitution together with other actors through a form of “democratic deliberation” outside the classic institutional channels. For this purpose, the

³⁶ J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, *German Law Journal*, 2021, p. 534 ss.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

project builds up a link with the recent development of theories of deliberative constitutionalism³⁷. These theories elaborate upon the notion of “deliberative democracy”, i.e. a configuration of democracy as not amounting merely to an aggregation of citizens preferences, but including a participatory process of collective decision-making. This means that popular discursive processes justify constitutions if they are undertaken under conditions that respect the rights and freedoms of participants³⁸.

The shift from self-referential to heterarchical security implies that the articulation of law and politics, the possibility of a unity of the two systems, is activated not only from the inside, but also from the outside, via deliberation.

The claim of deliberative constitutionalism is that deliberative democracy should be extended to processes of constitution making and amending. Rather than emphasizing founding moments or exceptional situations, deliberative constitutionalism looks at a polity’s ongoing self-correcting learning process, a “public conversation” aimed at developing the commitment to equality and freedom contained in the original document³⁹. Habermas’ idea of “dual constituent power” (exercised by individuals as simultaneously national and EU citizens) ultimately relies upon the role of elites and the media as catalytic agents able to “win over” the population through a top-down momentum that «must abandon incrementalism steered by experts»⁴⁰. However, this approach risks degenerating into mechanisms of manipulation and coercion if it is not transparent and open to contestation. Alternative versions of “dual constituent power”, instead, advocate a full bottom-up approach, driven directly and entirely by citizens⁴¹. However, a mere bottom-up technique ultimately cannot help advocating the creation of institutions representing citizens’ constituent power. This project seeks a middle way, in which both approaches have equal value and goes beyond traditional views of participatory democracy, limited to voting, protests, or marches. It encourages civil society engagement, the creation of networks and channels

³⁷ R. Levy, H. Kong, G. Orr, J. King (eds.) *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, 2018.

³⁸ S. Chambers, *Kickstarting the Bootstrapping: Jürgen Habermas, Deliberative Constitutionalisation and the Limits of Proceduralism*. In R. Levy, H. Kong, G. Orr, J. King (eds.) *The Cambridge Handbook of Deliberative Constitutionalism*, Cambridge, 2018, p. 256 ss.

³⁹ J. Habermas, *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? Political Theory*, 2001, p. 766 ss.

⁴⁰ J. Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, 2012.

⁴¹ M. Patberg, *Constituent Power in the European Union*, Oxford, 2020.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

of communication between institutions, experts and ordinary citizens, the growth of intermediate bodies (cities, regions or trade unions, social movements and grass-root organisations) and the circulation of information through the media and academic expertise. The idea is that the “mobilised deliberation” of engaged and self-conscious publics is better entitled to undertake an act of transformative politics through a collective reinterpretation of constitution. This comes close to what Ackerman claimed for the US Constitution⁴². However, unlike Ackerman, constitutional politics is not viewed here only as an episodic activity, which takes place through exceptional constitutional moments. This interpretation, which has a longer term perspective, should be performed by *all* the relevant actors of that system - not only by those that proclaim themselves as exclusive interpreters of the law. Courts, as a result, should welcome a more open interaction with society.

This occurs through a “self-correcting learning process”, stretched towards the future. As a result, the paradox deriving from the fact that democratic legitimacy of the EU is claimed by the very authorities that set the conditions for that legitimacy (the “bootstrapping paradox”), is dissolved over time, by demanding from every new generation a revision of the system of rights. The past is -within certain limits- re-negotiated over and over again, and therefore is never identical with itself but always already projected towards the future. In a sense, the continuous re-presentation and re-interpretation of this past and its extension into the future enables the democratic component of a legal system. In other words, the project opposes “present-tense temporality”, as upheld by some constitutionalists and political thinkers across a line of thought that begins with Rousseau and Jefferson, which looks at democracy as a promise to live in the present, and thus places (written) constitutionalism and democracy directly in opposition to each other.

Past, present and future are reconnected through the idea of “mutuality”, in terms of deliberation between generations. The project purports to conceptualise how deliberation between generations should be interpreted, by relying on theoretical works on intergenerational justice⁴³. This has important policy implications for the way economic, environmental and social rights measures should be viewed and the subjects that should be involved in decision-making procedures.

⁴² B. Ackerman, *We the People, Vol. 1: Foundations*, Cambridge, Massachusetts, 1991.

⁴³ B. Barry, R. I. Sikora (eds.), *Obligations to Future Generations*, Winwick, 2012); F. G. Menga, *L'Emergenza del futuro- I destini del pianeta e la responsabilità del presente*, Roma, 2021.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

The concept of “communal constitutionalism” suggested here implies the co-existence of a plurality of normative orders, sites of decision-making, social practices and mechanisms of allocation of resources, which are not necessarily associated with State actors. Although it bears affinity with theories of constitutional pluralism and general theories of deliberative constitutionalism, its distinctive trait is its emphasis on social justice – thus the substantive, and not merely procedural, dimension of liberal democracy – and on a future-oriented perspective.

In essence, regular testing of a complex polity’s commitment to both rule of law and democracy means that, in order for that polity to be durable in the long term, temporality must be anchored to local layers of deliberation and social justice considerations.

Most contemporary views assume that the environment of constitutionalism can only be monist, and accordingly that a single, unitary constituent is opposed to a single, unitary constituted entity. There is no consideration of the possibility that multiple constituent forces develop simultaneously at several levels of governance and from different sources, thus generating pressure on different sites and at different times. Analogously, there is no consideration of the possibility of interaction among these forces, which may often be contradictory and set against each other.

What communal constitutionalism aims to emphasise is that the two tensions present in the meta-constitutional rationale of security – between self-preservation and self-empowerment on the one hand, and between change and permanence on the other – are an ineliminable presence in modern constitutionalism. It has been observed by Lindahl that both Rawls and Habermas develop a concept of collective self-rule achieved through reciprocal recognition as a criterion of necessary existence. However, whereas Habermas advocates a transcendental move, whereby practical reason seeks to overcome contingency, for others, such as Kelsen, the purpose of the majority principle is to make contingency endurable: in the first case, democratic legitimacy is achieved through justice as inclusion, whereas in the second case, democratic legitimacy is achieved through peace or order. Lindahl claims that not only collective self-preservation, but also the preservation of “the strange as strange”, as he calls it, is the feature of “enduring contingency” as a democratic ethos. In other words, modern reason in democratic systems is about dealing with contingency, rather than

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

overcoming it⁴⁴. The shift from self-referential to heterarchical security and the reflexive dimension associated with communal constitutionalism show that unity and plurality can coexist as the two poles of an open-ended deliberation process. Self-preservation and self-empowerment, permanence and change contribute to the interaction between those two poles.

We may seek to extend the connection between constitutionalism and security to a broader range of issues, related to the contemporary discussion on the fate of the planet and the rise of AI. The purpose is to understand whether and to what extent the very notions of constitutionalism, constituent power, authority and representation need to be reformulated in light of the emergence of new forms of non-human subjectivity. Given that the future challenges for humanity are likely to concern its very survival, it is important to establish to what extent the reflexive dimension of security should incorporate the idea of radical contingency, which characterizes modernity⁴⁵. As a result, both the tension between self-empowerment and self-preservation, and between permanence and change, as highlighted above, may lead to shedding some light on the meaning of the very conditions of modern liberal democracy. A related consequence of such endeavor would be the revision of the notion of constituent power, as well as of the object of constitution-making and amending, as encompassing non-human questions directly affecting the possibilities of survival of both human and non-human subjectivities.

Another crucial feature of communal constitutionalism is in fact the role given to future generations. This is yet another side of the subject of *longue durée*. If we are truly honest about encouraging deliberation, we must take into account the question whether or not future generations ought to be included in such collective endeavour.

In fact, it is perfectly possible to conceive of future generations as “having a stake” in the decisions taken by current generations. In other words, it is not a matter of old constitutional provisions exercising authority over time. Instead, the reverse is true: future potential “selves” possess authority over current constitution-makers. One can imagine a number of relevant themes – from the environment to digital governance and global health- in which the authority of those who are not yet, but might be, should be taken into account, because they will be affected by current decisions – or, one might say, because they will be affected *even more* than those who are

⁴⁴ H. Lindahl, *Enduring Contingency: Remarks on the precariousness of liberal democratic law*, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* forthcoming.

⁴⁵ H. Blumenberg, *The Legitimacy of the Modern Age*, London, 1985.

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

already. The deliberative process encouraged by communal constitutionalism should therefore be diachronic and unroll *as if* future generations were simultaneously debating.

The burden of constitutionalism –the fact that, at least when a constitution is made, this requires, in a sense, the imposition of some values over others, by some people over others- can thus only be democratically bearable and ensure *longue durée* if inclusiveness is conceived *all the way down*, to the extent it embraces future generations as actors of constitution making and amending. Rather than “future selves” being bound by the terms of the first constitution, it will be rather us subjects to their authority, by virtue of a commitment to the values normally associated with both constitutionalism and democracy.

Moreover, a full understanding of mutuality means that it is not only us who act as representatives of those who cannot be, but might be: they, too, act as representatives of current generations, for the latter, too, have a stake in any future decision for all fundamental matters, such as environment and global health. Despite the lack of binding force, our interests in the well-being of future generations – starting from our descendants- and in the existence of a peaceful and prosperous future political community ought to be valued. Becoming aware of such degree of mutuality is part of the reflexive dimension of the security of the European project, because it is through such process of self-understanding that a political community elaborates the meaning of how to be secure.

5. Conclusions

This article has argued that constitutionalism and constitution-making – including European constitutionalism- are driven by the meta-constitutional rationale of security. This notion expresses the need for a constitutional community not only to develop shared values, but also to ensure that such values are protected over an extended period of time. Importantly, “security” should not be conflated with mere “stability”, which is normally associated with ancient constitutional thought (e.g. Aristotle or Plato) when considering the conditions ensuring the endurance or persistence of a regime. “Security” has instead a more existential connotation and can be viewed as a sort of political morality that underpins a constitutional settlement.

Moreover, security is characterised by a double dichotomy: the dichotomy between self-preservation and self-empowerment and the

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

dichotomy between change and permanence. Such dichotomies lay the foundations for a justification of authority, in the sense that a polity exists to preserve itself against adversities and it is in its nature to develop gradually its own powers and competences.

In fact, discourses concerning the EU's self-empowerment (i.e., the security discourse) and individual self-empowerment (i.e., the rights discourse) for the purposes of the survival of the EU have been present since the early days of EU integration. The EU legal order, on the one hand (*Van Gend en Loos*) vows to protect, emancipate and empower individuals – the rights discourse—and, on the other hand (*Costa v. ENEL*; *Kadi*) empowers the EU legal order itself– the security discourse– through its triple claim of autonomy, authority, and legitimacy. Although these discourses are constitutive of the European project at a deep, foundational level, they are characterized by ambiguities and contradictions and have appeared as if they were neutral—thus concealing legal-political conflict. Yet, as the project of integration reaches more advanced stages, it is increasingly necessary to address conflict openly, including contradictions and paradoxes inherent in the process of integration.

To this purpose, this article has distinguished six dimensions in our inquiry on security: spatial, temporal, popular, ontological, epistemic, reflexive. Concerning the EU, in the last decade for the first time all dimensions of security have been affected simultaneously by multiple crises: the economic and financial crisis, the refugee crisis, Brexit, the crisis of the rule of law and democratic backsliding, the Covid-19 pandemic and the war in Ukraine.

Finally, the article has advocated a shift from self-referential to heterarchical security, which is represented by the heterarchical paradigm, i.e. mainly (but not exclusively) the so-called constitutional pluralist theories. The heterarchical paradigm brings into relief the coexistence of several claims of ultimate legal authority in the same territory not only as a fact, but also as a prerequisite for a legal system to endure.

At the same time, the shift from self-referential to heterarchical security requires that the unity of the legal and political systems be activated not only from the inside, but also from the outside, via deliberation.

Looking at a constitutional community as an *ongoing* deliberative process triggers the previously neglected question “what for?” rather than: “what is its nature?”

In other words, second-level considerations of legitimacy indicate that deliberating about what it means to be secure and how to be secure should also be an integral part of heterarchical security. This form of deliberation

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

places emphasis on the conflictuality among the material forces of society and the need to take into account the role of future generations.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide a different conceptual framework for our understanding of constitutionalism and constitution-making. Rather than on considerations of pedigree, or, alternatively, definitional issues relating to the nature of a polity – in this particular case, the EU polity – the focus is instead on the question “what for?”. What does a constitutional commitment stand for? What is the point of setting up a constitution? We may in fact trace an underlying political morality in any given self-justifying process of constitutionalisation, namely the notion of “security” of a constitutional settlement, and the development of the European project may be useful in placing emphasis on this aspect. Securing a polity’s structure and development has to do with the question of legitimate authority and is therefore at the root of what we consider essential for the creation and endurance of a constitution.

In other words, security as employed here does not correspond to traditional understandings of security as a public good provided to citizens, or to the idea of securitisation. It rather qualifies as a meta-constitutional rationale that informs the process of transformation of a polity, its practices and institutional arrangements and even scholarly work. The article illustrates how security, including the security of the European project, is characterised by two dichotomies, i.e. self-preservation and self-empowerment, on the one hand, and change and permanence, on the other (section 1). In addition, the article distinguishes six dimensions within security: spatial, temporal, popular, ontological, epistemic, reflexive. The argument is that these dimensions can be identified within constitutionalism as such and are useful to single out tensions and contradictions that emerge from the EU process of constitutionalisation (section 2). Relatedly, it is also claimed that a shift from self-referential security (i.e. security for security’s sake) to heterarchical is vital for the viability of the European project. For this to occur, a process of deliberation ought to take place within the reflexive dimension of security in the form of what is called here “communal constitutionalism” (section 3). As a result, the conception of legality as *auctoritas* is formulated, thus highlighting that the predominant version of liberalism – promoted by the EU – has been too “presentist”. In fact, unity and plurality have the potential to coexist as the two poles of an

Massimo Fichera

*Rethinking the notions of constitution and
constitution-making process*

open-ended deliberation process. In this frame, the role of future generations is liable to be taken into account more seriously (section 4).

KEYWORDS: constitutionalism - legitimate authority – deliberation - constituent power - political community

Massimo Fichera – Senior Collegium Fellow at the Turku Institute for Advanced Studies (TIAS), Faculty of Law, University of Turku (massimo.fichera@utu.fi)

Beyond Sui Generis: Comparative Federalism and the European Union*

Signe Rebling Larsen

I want to start by thanking the editors at *Diritti Comparati* for inviting me to come and speak to you all here at the journal's annual meeting. When I read the description of your journal, I instantly felt completely at home. *Diritti Comparati* exists at the intersection of European law, comparative law, and constitutional law. It aims to understand the challenges and transformations brought about by supranational integration and globalisation more broadly, and to address how these phenomena have given rise to the migration and the transformation of ideas. This is combined with the call for scholars to engage in the historicization and contextualisation of comparative analysis. I could not agree more. This is exactly what I aim to do with my research – and I believe it is profoundly important if we want to understand the current challenges faced by the European Union and its Member States.

In the context of the study of the European Union, the comparative approach has been somewhat neglected. The most significant reason for that, perhaps, is the dominant view in the field that the EU is unique, or *sui generis*. Because the legal and political nature of the EU is assumed to be one of a kind, logically it does not really make sense to systematically compare it with something else and instead indulge in scholarly solipsism. This, I believe, is a fundamental mistake, which we are paying the price for today. It might have been that the *sui generis* thesis was sufficient in times of relative stability, but with the multiple crisis Europe has faced in the last decades – the Eurozone crisis, the migration crisis, the rise of authoritarianism in Poland and Hungary, Brexit, the Covid-19 pandemic, and the Russian invasion of Ukraine –, it is no longer sufficient to argue that

* Contribution for the Proceedings of the VIII Annual Conference of Diritti Comparati “Costituzione e identità nella prospettiva europea/Constitution and Identity in the European Perspective”, University of Roma 3, November 10th 2022.

the EU is *sui generis*. In the UK, this became clear the day after the Brexit referendum, when one of the most googled questions were: “What is the European Union?”.² At one level, it is of course ironic and somewhat depressing that this question was asked in earnest *after* the Brits had voted to leave the EU. But the question nevertheless stands. Now, in the shadow of the war in Ukraine, it is a question we should ask ourselves more than ever.

The crises Europe has faced during the last decades and the extraordinary power and authority exercised in response thereto force us to ask several fundamental questions: *With what right are the citizens and states of Europe governed? What are the foundations of authority in and of the European Union? What is constitutional nature of the European Union?* These are the questions that I try to answer in my recent book, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*,³ which I will discuss today. But I want to start by saying something about the questions I ask and the tradition I work within. The question of authority is distinctly *juristic* because law is the language of authority. For that reason, the book is a work of legal scholarship. That being said, the book is fundamentally about “the political”,⁴ and it is written not just for lawyers but also for scholars and students of IR, comparative politics, political theory and political history and of course EU law and EU studies.

The book is a study in what my former supervisor Martin Loughlin calls “political jurisprudence”.⁵ In this view, public law, importantly constitutional law, is not a subset of positive law (as distinct from private law), but rather concerned with the establishment and regulation of governing authority. It therefore poses the question of *right* in relation to governmental ordering in the modern world.⁶ “Right” is somewhat artificial because the English language does not possess what most other European

² B. Fung, *Britons are frantically Googling what the EU is after voting to leave it*, in *Independent* (London, 24 June 2016).

³ S.R. Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford, 2021.

⁴ For two influential and radically different conceptions of the political and its relationship to constitutional ordering, see H. Arendt, *On Revolution*, New York, 2006; H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago, 1998), on the one hand; and C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Chicago, 2010; C Schmitt, *The Concept of the Political*, Chicago, 2007.

⁵ M. Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford, 2017.

⁶ *ibid* 13.

languages have, namely, a clear conceptual separation between “right” and “law”: *diritto* versus *legge* in Italian; *droit* versus *loi* in French; *Recht* versus *Gesetz* in German; and *ret* versus *lov* in my first language, Danish – to mention a few. The question of “right” is the question of authority; the exercise of “rightful” governmental power. In the Middle Ages, the question of *right* – the questions of “higher law” – was discussed in terms of natural law and divine authority. But with the birth of the modern world, the “political” came to be understood as an autonomous sphere distinct both from religion and the economy.⁷ In the modern world, people are organised into territorial bounded communities, with institutionalised forms of authority; «this is a distinctive way of being and acting in the world, the world of the political».⁸ In the modern world, public law, most importantly constitutional law, addresses the justification of power and authority in legal terms in political communities.

The reason I spend some time on this is to differentiate my approach, that I assume at least some of you share, from those of neighbouring fields. I am not trying to understand questions of *legitimacy* neither in a normative-philosophical or a descriptive-sociological sense. What I mean to say is that I am not interested in questions of moral philosophy such as whether or not EU law and government can be justified with reference to a set of normative criteria or whether it could, or should, be reformed in order to do so. Nor am I interested in sociological questions of whether people in Europe believe the EU to be legitimate or not (and why). That is of course not meant as a slight to scholars asking those questions, but I think it is important to showcase what public law, understood in terms of political jurisprudence, can offer to the study of the EU. The fundamental question raised by a political jurist with regard to the EU are: How is authority built up and maintained in the EU – importantly but not exclusively by law? With reference to what principles and ideas can governmental authority be wielded in Europe? This is the distinct approach of the tradition of public law as political jurisprudence that I work within.

That being said, my book is also a significant critique of the dominant position within political jurisprudence because I part way with what we could call the “statist worldview” – or the “Westphalian worldview”. In this view, the nation-state is understood as the dominant if not the only form of

⁷ M. Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford, 2003, 73–79.

⁸ Loughlin, *Political Jurisprudence* (n 4) 1.

political association of modernity.⁹ In contrast, my argument is that we will get a flawed understanding of the EU if we try to understand it through the eyes of Hobbes or Bodin. We cannot understand the EU based on the model of the state and trying to do so is a source of a lot of confusion in the literature. For example, it is the “statist worldview” which has given rise to the idea that the EU is *sui generis*. The *sui generis* thesis takes the sovereign nation-state as the norm and describes the EU as the exception: somehow more than an international organisation yet less than a sovereign state. Something unique and unprecedented.

The mainstream position in the field is that since the EU does not fit the model of the state, it cannot be fully federal.¹⁰ I turn that argument on its head and show that the EU would not have been fully federal if it *did* fit the model of the sovereign state. There is a long but largely forgotten tradition in the history of political thought which grapples with understanding federal polities, which do not fit the model of the sovereign state. There are also political experiences of federalism we can draw on for understanding our current moment of crisis, however, they have largely been forgotten or even repressed because they do not fit the current national stories. For example, today we tell the story of the American founding as if it was founded as a nation-state and as if the constitutional was born as the “moral” constitution it is today. However, as have been demonstrated by constitutional scholars and historians of the Early American Republic, this is a myth. The United States was not founded as a nation-state but rather as a Union of States, and the US Constitution was not understood as moral document as it is today but rather as a compromise between Northern and Southern States over slavery.¹¹

My argument is that the constitutional nature of the EU is neither unique nor unprecedented. I argue that the EU is a federal union of states, or what I simply suggest we call a federation (or *Bund* in German). That is, a political union of states founded on an interstate agreement of a constitutional nature, a federal compact, that does not absorb the Member

⁹ M. Loughlin, *The State: Conditio Sine qua Non*, in *International Journal of Constitutional Law*, 16, 2018, 1156; D. Grimm, *The Constitution in the Process of Denationalization*, in *Constellations*, 12, 2005, 447.

¹⁰ For an overview of the literature, see Larsen (n 2) introduction.

¹¹ For two interesting recent books on this topic, see M.M. Edling, *Perfecting the Union: National and State Authority in the US Constitution*, Oxford, 2020; N. Feldman, *The Broken Constitution: Lincoln, Slavery, and the Refounding of America*, London, 2021.

States into a new state. A federation has a dual source of authority, consisting of the political existence of the Union and the Member States, and it is characterised by the internal absence, contestation or repression of sovereignty. A federation is born when several states under military or economic compulsion find it difficult or impossible to maintain themselves politically and decide to come together to constitute among themselves a federal union. The new union is in this way founded on an interstate agreement between these states, and from a formalistic perspective, therefore, the federation is born out of international law. However, this interstate agreement between the Member States is also a constitution. First, because it gives *birth* to a new political entity, the common union, with a nascent political identity of its own, and with its own institutions and its own political will. Second, because it leads to a fundamental *transformation* of the Member States in a way and to a degree that they no longer meaningfully can be understood as fully autonomous sovereign states. After they have become Member States, the federating states are no longer the same, nor do they relate to one another primarily through international law. Olivier Beaud has expressed this beautifully in his treatment of the theory of the federation: «Once they have come together in a federal union, the Member States are no longer truly sovereign states, nor are they strangers to one another». ¹² They are rather members of a common new polity, the common Union. A federal constitution is thus distinct from the constitution of the state because it is not founded on the exercise of sovereign will but rather based on mutual and equal contract.

I argue further that it is the dominance of the statist worldview both in law and more broadly the social sciences, which has obscured the federal nature of the EU. By focusing exclusively on the state, scholars have become blind to the significance of two other main forms of political association: the *empire* and the *federation*. Both of which are composite legal and political entities. The federation, however, is distinct from the empire which is founded on an act of domination by one polity over another. Historically, therefore, federalism has been understood as the alternative to imperialism. ¹³

¹² O. Beaud, *Théorie de la fédération* (Presses universitaires de France 2007, 230, my translation).

¹³ See, for example, C.J. Friedrich, *Man and His Government: An Empirical Theory of Politics*, London, 1963, 608: «federalism holds out the prospects of organizing the world at large as the alternative to imperial domination». This is discussed in further detail in Larsen (n 2) ch 2.

At this point you might object that surely the study of the EU, something “post-national” and “post-sovereign”, cannot be shaped by the nation-state centric worldview.¹⁴ Well, yes, as it turns out. The meta-narrative taken as the point of departure with EU study goes something like this: for centuries, the European nation-states were in more or less constant war with each other. This culminated in the greatest nationalist war of all times, where atrocities yet unheard of in history were committed. After the war, this led the European nation-states to come together in a great peace project, namely the project of European integration. A new and unique legal order was created that over the years emerged as a rival centre of governmental authority to the nation-states.

Here there is a fork in the road, depending on whether scholars give priority to the European institutions or to the Member States, which more often than not are seen as competitors in a zero-sum game as the “drivers” of European integration. Scholars who prioritise EU institutions tend to look EU with admiration and excitement as a unique project that has finally managed to transcend the horrors of the nation-state, and they have developed theories of (neo)functionalism, cosmopolitanism, and constitutionalism beyond the state as explanatory models for European integration. Other scholars argue that notwithstanding the significance of the project of European integration and globalisation more broadly, the nation-state remains the most important political unit. In their accounts, the EU is better explained by theories of (liberal) intergovernmentalism, realism, and the EU as administrative or international law.

There are therefore significant disagreements within the scholarly community studying European integration and EU law, importantly whether or not the nation-state is withering away, and whether or not this is a development we should celebrate or lament. The underlying account of European history, however, remains the same story in which the nation-state takes centre-stage.

¹⁴ The influential account of the EU as a space of post-sovereignty was set out by N. MacCormick in his *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, 1999.

Yet as any transnational or global historian will tell you, this metanarrative is flawed.¹⁵ It is flawed not only because it is based on a naturalisation of the history of a few states in western Europe (most importantly Britain and France) as the model for all political communities in Europe and beyond. It is also based on an ideological and fundamentally flawed account of *their* histories, which ignores their imperial legal, political, and economic entanglements. For most of political modernity, the European states were in one way or another entangled in transnational orders of empires, either in the form of land empires within Europe or in the form of the colonial empires extending out from the imperial metropolises in Europe. The EU was founded by three declining maritime empires – France, the Netherlands and Belgium – and two failed fascist empires, Germany and Italy but this is largely ignored in the literature about European integration and EU law.

From the perspective of global history, the nation-state only became the dominant form of political association sometime in the second half of the twentieth century as a product of the decline and eventual collapse of the European empires. Moreover, as demonstrated by influential historians and IR scholars, that the nation-state would become the dominant form of political association was by no means the predetermined legal and political outcome of decolonisation.¹⁶ On the contrary, political leaders both in the former imperial peripheries and the imperial centres turned towards imperial reform, federation and regional integration when the European empires started to crumble. Some of these federations and regional orders failed within a decade of their foundation, such as the French Union (1946–1958), the African Union (1961–1963), the West Indies Federation (1958–1961), but some of them survived, such as the (British) Commonwealth of Nations (1926/1949–), and the European Economic Community/European Union (1957–). All these regional orders and federations were integral parts of political projects of «worldmaking after empire», borrowing Adom Getachew's words.¹⁷ With the decline of European empires, federations and regional orders – not autonomous and

¹⁵ See, eg, J. Burbank and F. Cooper, *Empires in World History: Power and the Politics of Difference*, Princeton, 2010.

¹⁶ A. Getachew, *Worldmaking after Empire: The Rise and Fall of Self-Determination*, Princeton, 2020; G. Wilder, *Freedom Time: Negritude, Decolonization, and the Future of the World*, Durham NC, 2015; Burbank and Cooper (n 14); F. Cooper, *Citizenship between Empire and Nation: Remaking France and French Africa, 1945–1960*, Princeton, 2014.

¹⁷ Getachew (n 15).

isolated nation-states – was understood as the most significant tool both for managing and stabilising imperial decline, and for imagining a new world after empires.

A core argument of my broader research agenda is to show that we have to study the project of European integration as a part of the projects of “worldmaking after empires”. The argument of the book is that what came about with the Treaty of Rome was a federal union, not a unique or *sui generis* project. Of course, I am not the first person to advance a federal interpretation of the European Union. This is quite a commonplace argument. But my argument is that, because the federation for the most part is conceived through the prism of the sovereign state, federal theory tends to begin with a very problematic dichotomy – of German origin – between a confederation of states (*Staatenbund*) and a federal state (*Bundesstaat*). Whereas the confederation is understood as a purely international law organization between fully sovereign states, the federal state is understood to be a public law organization with a fully sovereign federal level, where power is merely devolved to the Member States.

Based on this dichotomy, it is argued that the EU fits into neither the category of the confederation nor the category of the federal state, and for that reason it is characterized by a unique brand of federalism – as Joseph Weiler argues.¹⁸ Other scholars would even say that, because the EU is not a state, it can only be “quasi-federal” or an “incomplete federation”.¹⁹ In my view, this is a fundamentally flawed approach to the study of federalism and it leads to flawed conception of the EU.

The federation is an ambiguous form of association characterised by legal and political pluralism and the lack of a settled internal hierarchy. My argument is that we should think of the federation a distinct type of polity

¹⁸ J.H.H. Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg* in K. Nicolaidis and R. Howse (eds), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, Oxford, 2001; J.H.H. Weiler, *In Defense of the Status Quo, Europe's Constitutional Sonderweg*, in J.H.H. Weiler and M. Wind (eds), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, 2003.

¹⁹ G. Peters, *Federalism and Public Administration: The United States and the European Union*, in A. Menon and M.A. Schain (eds), *Comparative Federalism: The European Union and the United States in Comparative Perspective*, Oxford, 2006; J.E. Fossum and M. Jachtenfuchs, *Federal Challenges and Challenges to Federalism. Insights from the EU and Federal States*, in *Journal of European Public Policy*, 24, 2017, 467.

– a discrete form of political association – and that the EU is a manifestation of that. The federation in general, and the EU in particular, is not a subspecies of the state. For that reason, we should not try to make sense of the European Union based on the theory of the state, and most importantly, through the master concept of the state: sovereignty. If we operate within this commonplace distinction between the confederation and the federal state, we do not get a proper understanding of federal public law in general, nor of EU law in particular.

Let me conclude by saying a few more words of the role of comparative law. If I am right, what should we compare the EU with to understand its constitutional structure and constitutional dynamics? We should compare it, first to young federal polities, such as the early history of the United States, and the German federations of the 19th century. But in order to understand its historical context, we also need to do much more work on how the EU emerged as part of a broader movement of “world-making after empires” and how it interacted with the other unions and polities and reforms that emerged – and failed – in the decades after World War Two, such as the French Union and the African Union. Only then do we stand a chance of understanding how we got to where we are today and what the avenues for action are today in the EU.

ABSTRACT: This intervention makes the case for a comparative approach to the study of the legal and political order of the European Union (EU). Because of the widespread understanding that the EU is unique or “sui generis”, EU scholars have largely engaged in scholarly solipsism assuming the EU to be a sample of one. This is a fundamental mistake, and it has left the EU academic community woefully underprepared to analyse or respond to the recent crises of the Union. The sui generis thesis is a product of the literature’s “statist worldview”, which assumes the nation-state to be the dominant if not the only form political association of modernity, and therefore concludes that the EU must be unique. It is necessary to break away from the statist worldview and analyse the EU public law based on a comparison with the polities it is actually comparable with, namely, federations and empires.

Signe Rehling Larsen
Beyond Sui Generis: Comparative Federalism and the European Union

KEYWORDS: EU public law - political jurisprudence - theory of the federation - constitutional theory - comparative constitutionalism

Signe Rehling Larsen – Fellow by Examination in Law, Magdalen College, Oxford (signe.larsen@magd.ox.ac.uk)

History, Memory and the Construction of a European Identity*

Aline Sierp

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The notion of European Identity; – 3. European identity – a problem of definition; – 4. Components of European identity; – 5. European identity – the institutional perspective; – 6. European identity – mobilization from below; – 7. Conclusions.

1. Introduction

The European Union is currently going through one of the deepest series of crises since its inception. It seems as if the sequence of calamities affecting the Union has not faltered in the past 15 years: starting with the European debt crisis in 2008, followed by the refugee crisis, the Brexit crisis, the Corona crisis and, latest, the energy crisis in wake of the Ukraine war. In view of the difficulties faced by the EU trying to grapple with those emergencies, the question of what Europe is, what it stands for and how to imagine it has become more relevant than ever. The current set of crises are not only of economic or political character. They were brought up by the question of solidarity and values. Both elements were very prominent in the Greek crisis. They also occupy a conspicuous place in the migration debate, the questionable deal with Turkey and the right approach to radical Islamist groups. Moreover, they underlie the Brexit discussions, the Corona emergency, and debates on the war in Ukraine.

In many ways, what we are observing here is a crisis over the distinctiveness of the European Union, over its democratic legitimacy, and beyond that, over the obligations and responsibilities Europeans have towards one another. In short: it is a crisis of European identity. At the same

* Contribution for the Proceedings of the VIII Annual Conference of Diritti Comparati “Costituzione e identità nella prospettiva europea/Constitution and Identity in the European Perspective”, University of Roma 3, November 10th 2022.

time, however, we can observe a puzzling paradox: while the EU seems to fall apart and national interests seem to prevail, Europe is at the same time being evoked as the one entity that has the capacity to resist the “Other”. In the following, I will give a cursory overview and map some of the existing scholarly discussions and debates on the concept of European identity¹. I will furthermore offer a short overview of the activities of the EU in this realm in order to trace the development of EU policies aimed at creating a European sense of belonging.

2. The notion of European Identity

The concept of European identity is not new. Neither is it uncontested. Since at least the 1990s the notion of European identity has been criticized as being essentialist, exceptionalist, and exclusive². Postmodernism has even cast doubt on the ethics of posing the question of its existence in the first place³. There are several reasons why European identification is a highly relevant, and at the same time debated, topic. I have already alluded to some reasons in the introduction. It has become commonplace to assert the disjuncture presented by the accelerated drive for integration on the one hand and the manifest absence of a popular European will on the other⁴. Observing political discourses of the last months, we can notice that both supporters and opponents of the EU deplore that the citizens of the European Union have had little say in major political changes made in their name, and that one of the most prominent problems of the EU is the fact that its institutions lack accountability. (One

¹ The literature on European identity is extensive, making it impossible to give a complete overview within the scope of this publication. The following will thus need to be understood as a cursory overview based on a limited selection.

² G. Delanty, *The limits and possibilities of a European identity: A critique of cultural essentialism*, in *Philosophy & Social Criticism*, 21(4), 1995, p. 15–36.

³ S. Ivic and D.D. Lakicevic, *European identity: between modernity and postmodernity*, in *Innovation: The European Journal of Social Science Research* 24(4), 2011, p. 395-407.

⁴ R.S. Katz, *Models of democracy: elite attitudes and the democratic deficit in the European Union*, in *European Union Politics* 2(1), 2001, p. 53-79; F. Decker, *Governance beyond the nation-state. Reflections on the democratic deficit of the European Union*, in *Journal of European Public Policy* 9(2), 2002, p. 256-272; C. Crombez, *The democratic deficit in the European Union: Much ado about nothing?*, in *European Union Politics* 4(1), 2003, p. 101-120.

of the best examples of this being the violent reactions during the Greek debt crisis).

The idea of the European Union as being an undemocratic, cumbersome institution, threatening the sovereignty and identity of the nation-states within, has certainly not appeared only in the last years⁵. This reading of the EU has returned cyclically after each treaty change and was particularly strong in the aftermath of the rejection of the Constitutional Treaty⁶. However, even if it is not new, it has returned with major force in the past months. The growing popularity of the many Eurosceptic parties (may it be the Front National in France, UKIP in the UK, the FPÖ in Austria, Jobbik in Hungary, the Law and Justice Party in Poland, the AfD in Germany or Fratelli d'Italia) are an obvious expression of the growing gap between the EU and its citizens⁷.

What is European identity and what does the EU do to foster it? In the following, I will flesh out some of the policies the EU put forward to generate a sense of belonging to this entity that has become such a big target of criticism lately.

3. European identity – a problem of definition

The first problem we encounter when we talk about European identity is the question of what we mean with “Europe”: Is it the continent (perceived in geographical, historical or cultural terms) or the politico-economic structure known as the EU? Do we talk about a “European identity” or an “EU identity”? The second question is much more fundamental and is the question whether a European identity actually exists. A number of scholars continue to be skeptical and affirm that European identity is rather a theoretical construction than a “reality”, just as Europe has always been more of a mental construct than a geographical or social

⁵ N. Copey, *Rethinking the European Union*, London, 2015; Simon Hix, *What's Wrong with the Europe Union and How to Fix it*, Hoboken, 2013.

⁶ G. Ivaldi, *Beyond France's 2005 referendum on the European constitutional treaty: Second-order model, anti-establishment attitudes and the end of the alternative European utopia*, in *West European Politics* 29(1), 2006, p. 47-69; L. Hooghe and G. Marks, *Europe's blues: Theoretical soul-searching after the rejection of the European Constitution*, in *PS: Political Science & Politics* 39(2), 2006, p. 247-250.

⁷ One could also see it the other way around: Euroscepticism may well be a response to rising symbolic power of the EU and European identity. However, discussing this would exceed the scope of this paper.

entity»⁸. The lack of public identification with the EU is usually explained, on the one hand, with the lack of communication and discursive structures that make political community possible, and, on the other hand, with «the lack of transparency in its procedures»⁹.

However, there are a number of scholars who demonstrated empirically that a sense of European identity has begun to develop lately and that increasing numbers of Europeans identify in one way or another with Europe and the European community¹⁰. They believe that an important percentage of European citizens «incorporate Europe into their sense of identity», and that they hold «Europeanized national identities, if only as a secondary identity»¹¹. Even European law formally refers to the concept of a European identity. Article 6 paragraph 3 of the Treaty on European Union, reads as follows: «The Union shall respect the national identities of its Member States». Article. 2, by contrast, states that the Union shall set itself the objective to «assert its identity on the international scene», implying the existence of an EU identity. If this was the case, then what kind of identity are we dealing with? Or put differently: are there different components of a European identity?

4. Components of European identity

The distinction usually used is the one between a civic versus a cultural European identity¹². By civic identity the «degree to which Europeans feel that they are citizens of a European political system, whose rules, laws, and rights have an influence on their daily life» is habitually

⁸ D. Lowenthal, «European Identity»: *An Emerging Concept*, in *Australian Journal of Politics and History* 46(3), 2000, p. 314-321; M. Castells, *The construction of European identity*, in M.J. Rodrigues (ed.), *The new knowledge economy in Europe. A strategy for international competitiveness and social cohesion*. Cheltenham, 2002, p. 232-241.

⁹ M. J. Baun, *An imperfect Union: The Maastricht Treaty and the new politics of European integration*, Boulder, CO, 1996; Desmond Dinan, *Institutions and Governance 2001–02: Debating the EU's Future*, in *JCMS: Journal of Common Market Studies* 40, 2002, p. 29-43.

¹⁰ P. Gillespie and B. Laffan, *European Identity: Theory and Empirics*, in: M. Cini and A.K. Bourne (eds.), *Palgrave Advances in European Union Studies*, London, 2006; J.T. Checkel and P.J. Katzenstein (eds.), *European Identity*, Cambridge, 2009.

¹¹ T. Risse, *A Community of Europeans? Transnational Identities and Public Spheres*, Ithaca, 2010, p. 6.

¹² G. Delanty, *Models of citizenship: Defining European identity and citizenship*, in *Citizenship studies* 1(3), 1997, p. 285-303.

meant¹³. This component of identity is quite close to Habermas's "constitutional patriotism"¹⁴. Cultural identity on the other hand, refers to the perceived level of sameness with other Europeans. It is defined as the «individuals' perception that fellow Europeans are closer to them than non-Europeans [...] regardless of the nature of the political system»¹⁵.

This is a very simplified distinction. Other scholars propose a much more nuanced definition and further break down the civic versus cultural identity nexus. Franz Mayer and Jan Palmowski for example distinguish between five identities: historical, cultural, constitutional, legal and institutional¹⁶. *Historical identity* presupposes a degree of similarity that is determined by an ensemble of cultural, religious, economic and ideological factors that have led to the creation of certain narratives. The authors content that there is currently no common European historical identity that would shape the European integration process. On the contrary, historical memory remains largely a national affair, leading to division instead of homogenization. Closely connected to historical identity is *cultural identity*. The authors argue that Europe was not very successful in creating cultural symbols of its own: there is no common language and they think it is questionable if a common heritage of classical music and visual arts is really a European hallmark. If there is a real defining characteristic, then it is maybe Europe's cultural diversity, multiplicity and heterogeneity, rather than its communality. The idea of a *constitutional identity* emanates mainly from the early years of European integration during which there was the ambition to create a constitutional identity as the foundation of an overarching European identity. The failure of the constitutional treaty in 2005 was a decisive blow to this idea. However, the authors argue, there is a constitutional identity that expresses itself not so much in a constitutional text but in terms of constitutional features (like for example the primacy of EU law) that shape the moral and political identity of the European demos. *Institutional identity* according to the authors is together with legal identity the strongest component of a European identity. They refer to the (surprisingly) high public approval for EU institutions and the fact that they were able to

¹³ M. Bruter, *Winning hearts and minds for Europe: The impact of news and symbols on civic and cultural European identity*, in *Comparative political studies* 36(10), 2003, p. 1148-1179;

¹⁴ J. Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung. Die apologetischen Tendenzen in der deutschen Zeitgeschichtsschreibung*, in *Die Zeit*, 11 July 1986.

¹⁵ M. Bruter, *Winning hearts and minds for Europe: The impact of news and symbols on civic and cultural European identity*, in *Comparative political studies* 36(10), 2003, p. 1148-1179

¹⁶ F. Mayer and J. Palmowski, *European Identities and the EU - The Ties that Bind the Peoples of Europe*, in *Journal of Common Market Studies* 42(3), 2004, p. 573-598.

become carriers of a European historical myth. *Legal identity* at the same time is expressed by the European Court of Justice as independent institution that strives to articulate «a general popular consensus» and thus substantive aspects of European identity based on human rights and the rule of law.

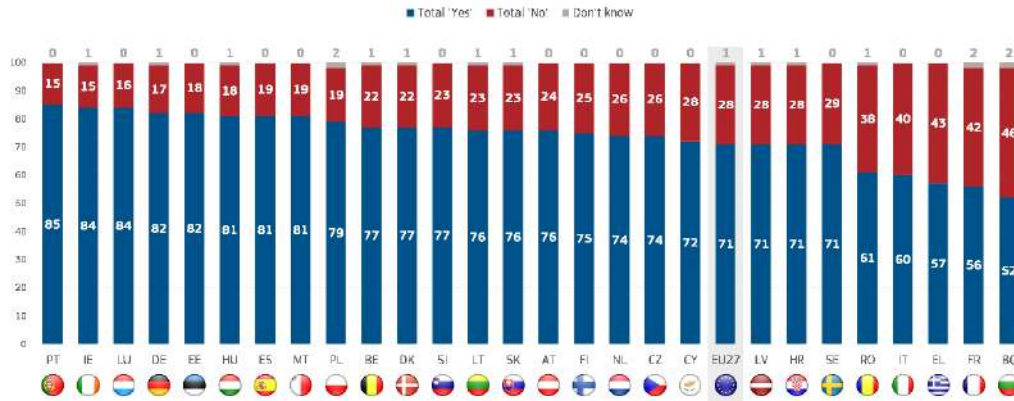
Let's unpack this a bit further by questioning some of the assumptions the authors have made. The idea of a constitutional, institutional and legal identity corresponds to what others have called the “civic European identity” mentioned before: the component that appeals to citizens’ reason. Whereas historical and cultural identity can be subsumed under “cultural identity”: the component driven by collective images and symbols. The latter component is probably the most volatile and most difficult to catch. However, I do not agree with the authors that it does not exist or that it did not play a role in the European integration process. While it is true that the EU to a certain extent hegemonizes civic identity with the emphasis on democracy, human rights and a market economy, its efforts have shifted over time towards the promotion of cultural identity. Interestingly, the idea that historical or cultural identity is an insignificant component of Europeans’ feelings of belonging does not correspond to the findings of the Eurobarometer either.

In most countries, more than 70% feel they are citizens of the EU. When asked, which issues are the ones that most create a feeling of community among EU citizens, Culture is named first (27%) together with the Economy (22%) and History (21%)¹⁷. To be able to put those results into context we need to analyse what the EU institutions have done so far in order to foster a European identity.

¹⁷ Eurobarometer 83 Spring 2015, available at europa.eu.

Figure 1: Eurobarometer SB 96, 2021-22

QC2.1 For each of the following statements, please tell to what extent it corresponds or not to your own opinion.
(% - You feel you are a citizen of the EU)



5. European identity – the institutional perspective

The question of identity was “discovered” in the 1970s, when elites realized that people «could not fall in love with a market»¹⁸. A “Declaration on European Identity” was adopted in 1973 at the Copenhagen Summit but was met with little resonance among European citizens. The birth of an explicit cultural policy and the introduction of the concept of cultural heritage in 1974 was more successful in this regard. It was the first active attempt to incarnate a European identity beyond abstract political principles by drawing the cultural boundaries of the community and thus providing it with content¹⁹. It was no coincidence that this idea first appeared in the 1970s. The design of a cultural policy had a clear teleological and legitimizing function after the EEC had been struggling with a period later termed Eurosclerosis. The newly devised cultural policies closely connected heritage to values. Those were first mainly related to Christianity and to Greek or Roman heritage sites. The European Capitals of Culture Programme is very emblematic in this respect. It describes cultural assets as

¹⁸ J. Delors, *Statement on the broad lines of Commission policy*, in *Bulletin of the European Communities Supplement*, No 1, 1989, p. 6.

¹⁹ See the first mention of this in the 1973 Copenhagen Declaration on European identity: *The European identity*, in *Bulletin of the European Communities*, No 12, 1973, p. 118.

transnational and a-political and thus as the perfect basis for popular support, solidarity and identity²⁰.

In the 1980s heritage policies were seen as a tool to defend local diversity against the homogenizing effects of globalisation. In this context, it was the regulatory politics of the internal market and the imminent launch of the single currency that acquired an identity dimension. In addition, the protection of social heritage (seeing it as traces of man's achievements) and of minority culture came to the fore. The EU was a forerunner in this respect, it dealt with those issues much earlier than many other international organisations²¹.

In the 1990s, the issue of diversity became important. This was the moment intercultural dialogue as concept appeared for the first time. In addition, the appearance of negative heritage concerning especially World War II (i.e. the appearance of concentration camp memorial sites in the list of heritage sites that warrant protection) signals the move to a more inclusive heritage frame. The reasons for this development were most likely the reaction to various changes the EU was progressively subject to and that emphasised questions about Europe's boundaries and the limits of membership: increased migration, cultural globalisation and the Eastern enlargement. It was also a response to the concept of European citizenship introduced by the Maastricht Treaty in 1992 which was seen as too restrictive to be able to form a basis for the identification of citizens with the EU. All of this indicated the move from the substantiation of a European culture to the definition of a value-framed dialogue. The boundaries of European identity in this context were not drawn in terms of the adherence of a European culture or history any more but rather in terms of a common set of values that all Europeans abide by.

6. European identity – mobilization from below

That this was successful to a certain extent can be seen by the amount of mobilisation in favour of a European identity in the 1990s. The Historical Archives of the European Union in Florence are full of documents, letters and discussion protocols debating the possibility of a

²⁰ K.K. Patel (Ed.), *The Cultural Politics of Europe. European Capitals of Culture and European Union since the 1980s*, London, 2013.

²¹ O. Calligaro, *From 'European Cultural Heritage' to 'Cultural Diversity'? The Changing Core Values of European Cultural Policy*, in *Politique Européenne*, 45, 2014, p. 60-85.

European identity. In 1995 the “Charter of European identity”, which was drafted by the Europa Union, appeared. It was not a single initiative but the result of the active involvement of several lobby groups, among them the European Union of Journalists and the European Federation for Education and Science who debated the prospect of a European identity, citizenship and public space throughout the 1990s. To the politics of interest, the politics of participation and belonging were added.

Most of the empirical evidence concerning bottom-up movements and how individual Europeans respond to the efforts by the European Union, comes from the Eurobarometer surveys already quoted above. They have asked the same questions over time concerning the degree of attachment of citizens to different territorial units²². The surveys reveal the same kind of distinction between civic and cultural components of European identity highlighted in the theoretical debate. Survey results indicate that attachment to Europe as a cultural geographical concept tends to be higher than attachment to the EU as an evolving polity. At the same time for most Europeans there is no perceived trade-off or incompatibility between national and European identity. They accept the multiplicity of identities that have fittingly been described as «marble cake» by some scholars²³. Over time the percentage of citizens describing their own identity as “national and European” increased while those choosing “national only” decreased. However, there remains a significant number of Europeans for whom an exclusive national identity is sufficient. This group does not only fail to identify with Europe or the EU, it also opposes its creation and development. Opposition to the EU and open Euroscepticism is not only a matter for individual citizens of course. It finds expression in political parties and anti-EU groups. And it contributes to the ongoing debates on Europe that have characterised the recent crises mentioned at the beginning of this article.

²² J. Citrin and J. Sides, *More than Nationals: How Identity Choice Matters in the New Europe*, in R.K. Herrmann, T. Risse, and M. B. Brewer (Eds.), *Transnational Identities. Becoming European in the EU*, Lanham, 2004, p. 161–185.

²³ T. Risse, *A Community of Europeans?: Transnational Identities and Public Spheres*. Ithaca, 2010

7. Conclusions

While public mobilisation is habitually interpreted as the manifestation of the growing dissatisfaction with the European Union, it equally demonstrates the increasing levels of engagement with the EU as a polity. During the Greek debt crisis and the Ukraine crisis reporters commented on the fact that the EU flag was omnipresent. It was used by activists on the Maidan Square in Kiev during the Ukraine uprising, shortly before the war broke out and it was repeatedly burned by demonstrators on the Syntagma square in Athens during demonstrations against the austerity measures imposed by the EU. Identity (both civic and cultural) is carried by symbols. The most evident symbol of the EU is the European flag. I would argue that as long as people are engaging with an entity, either by showing their desire to belong to it (Ukraine), or by their opposition to its policies (Greece), we can safely assume that some level of identification exists.

ABSTRACT: This paper gives a concise overview of the notion of European identity. It maps some of the existing scholarly discussions and debates on the concept and furthermore offers a short outline of the activities of the EU in this realm. Starting with highlighting some of the main issues encountered when researching European identity, it offers a possible solution by breaking the term further down into its different components. It proceeds by analyzing the EU institutional perspective in order to trace the development of EU policies aimed at creating a European sense of belonging

KEYWORDS: European identity - European integration – democratic legitimacy - memory

Aline Sierp – Associate Professor in European Studies, Maastricht University (aline.sierp@maastrichtuniversity.nl)

Rights of commons in Italy: a different way of owning towards the recognition of an intangible cultural value*

Marco Calabrò

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The controversial legal nature of rights of commons. – 3. Land transfer restrictions related to rights of commons. – 4. An alternative interpretation of rights of commons: the functional perspective. – 5. A confirmation of the benefits deriving from the functional perspective: the experience of the English common lands. – 6. Conclusions.

1. Introduction

Rights of commons (*usi civici*) are rights that in ancient times a specific community exercised (collectively and *uti singuli*) on its own or other people's land, to obtain the products necessary for its own survival. We refer to a period in which the use of assets could totally disregard the concept of land ownership, which was developed in an absolutizing way only later¹. Currently, the legal status of rights of commons in Italy is relatively multifaceted². On closer inspection, the same notion of rights of commons appears polysemic, having to properly distinguish between *iura in re aliena* (the right to enjoy benefits from other people's lands) and *iura in re propria*. The latter are in turn distinguishable in community lands (in use to a community composed of the descendants of the original users) and common lands (the enjoyment of which is intended for a wider community, represented by all those who reside nearby the area)³.

With Law n. 1766/1927 and the Royal Decree n. 332/1928, the Italian legislator set two purposes: on the one hand, the winding up of the rights of commons *in re aliena*, in order to allow for free development of individual private property, and, on the other, the reform of the rights of commons *in*

* The submitted article has been double peer-reviewed, in compliance with the Editorial guidelines.

¹ G. Cervati, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, in *Rassegna trimestrale di diritto pubblico*, 1967, p. 88 ss.

² F. Marinelli - F. Politi (eds.), *Domini collettivi ed usi civici*, Pisa, 2019.

³ A. Germanò, *Domini collettivi*, in *Diritto agroalimentare*, 2018, p. 83 ss.

re propria. In particular, for rights of commons *in re aliena*, it was provided for a well-structured winding up procedure in several stages: verification of the existence of rights of commons, assessment of the extent and value⁴, winding up. Rights of commons on private lands, therefore, are destined to cease as a direct exercise of the members of the community and to be converted into the right of the original community to obtain a compensation in land or in a rent to be paid by the owner of the area⁵.

As for the reorganization of common properties *in re propria*, the main purposes were the conservation of the woodland and grazing heritage, on the one hand, and the increase in agricultural production, on the other hand. To this aim, a distinction was introduced between the two categories: a) «land that can be conveniently used as a forest or as a permanent pasture»; b) «land that can be conveniently used for agricultural cultivation». The reformation, therefore, is carried out through three stages: the ascertaining of the common nature of the lands; the recovery and return to the owner community; the assignment of the area to one of the two aforementioned categories (a or b)⁶.

Common properties *in re propria* (specific object of analysis of this essay) are, therefore, destined to last over time, and constitute real forms of collective ownership of the land⁷. However, the activity of identifying areas on which a right of common weighs is problematic since in Italy there is no system of formal knowledge of rights of commons able to guarantee legal certainty of their existence; in addition, the documentary evidence of these ancient rights is varied (and generally not easy to find)⁸.

Lastly, in 2017 the Italian legislator made a partial attempt to reform the rights of commons discipline with Law n. 168/2017 (Rules on common properties)⁹. This law recognizes common properties as the primary legal order of the original communities, «characterized by the existence of a community whose members own land and together exercise more or less

⁴ On the issues connected to the evaluation of collective lands, see F. Forte, *Alcuni aspetti valutativi nell'ambito dell'istituto delle terre collettive e ad usi civici*, in C. Gambardella (ed.) *Molise, usi civici e paesaggio*, Napoli, 2008, p. 125 ss.

⁵ M. A. Lorizio, *Usi civici*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994.

⁶ S. Carmignani, *Disciplina dell'esercizio delle funzioni in materia di demanio collettivo civico e diritti di uso civico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2015, p. 235 ss.

⁷ G. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alle proprietà terriere)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 145 ss.

⁸ D. Porraro, *Natura e struttura dei diritti di uso civico*, in L. Principato (ed.), *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 135 ss.

⁹ E. Buoso, *La disciplina dei terreni gravati da usi civici e delle terre collettive tra paesaggio e ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2018, p. 1074 ss.

extensive rights of enjoyment, individually or collectively, on land that the municipality or another institution administers»¹⁰. In light of this approach, it is possible to frame common properties within the Italian Constitution taking into account three fundamental elements: the community, the land, the functional constraint¹¹. This is clear from the explicit reference made by Law n. 168/2017 to art. 9 of the Italian Constitution (due to the importance of common properties as social formations expression of human culture¹²) and to art. 2 and art. 43 of the Italian Constitution (through which the common properties are connected to that social formations in which the personality of each man takes place, enhancing the solidarity¹³ and social dimension that can be drawn from their history)¹⁴.

This constitutional framework imposes the duty of the State and local authorities to protect and enhance the common properties, as significant in the ecological, economic and socio-cultural fields. In this regard, Law n. 168/2017 qualifies assets encumbered by rights of commons as «primary tools to ensure the conservation and enhancement of the national natural heritage», «permanent elements of the environmental system», «eco-landscape structures of the agro-forestry-pastoral ecosystem», as well as «a source of renewable resources to be exploited for the benefit of local communities»¹⁵. In this perspective, the same Italian legislator had long since included common properties in the list of restricted areas from a landscape point of view: first of all, with Law n. 431/1985 (so-called Galasso Law), then with the Code of Cultural Heritage and Landscape (Legislative Decree n. 42/2004), whose art. 142, par. h) declares areas protected by law «that areas assigned to agricultural universities and areas encumbered by rights of commons»¹⁶.

¹⁰ G. Spoto, *Usi civici e domini collettivi: "un altro modo" di gestire il territorio*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2020, p. 3 ss.

¹¹ P. Nervi, *La gestione patrimoniale dei domini collettivi*, in *Atti del XXXI Incontro di Studio C.S.E.T., Analisi degli aspetti economico-estimativi e giuridici delle terre soggette al diritto di godimento collettivo*, Firenze, 2001, 43 ss.

¹² G. Pagliari, «Prime note» sulla l. 20 novembre 2017, n. 168 («norme in materia di domini collettivi»), in *Il diritto dell'economia*, 2019, p. 11 ss.

¹³ F. Marinelli, *Assetti fondiari collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali X, Milano, 2017, p. 72 ss.

¹⁴ Constitutional Court, 18 July 2014, n. 210, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁵ M.A. Lorizio, *I domini collettivi e la legge n. 168/2017*, in *Diritto agroalimentare*, 2019, p. 239 ss.

¹⁶ M. Brocca, *Paesaggio e agricoltura a confronto. Riflessioni sulla categoria del "paesaggio agrario"*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1-2, 2016, p. 3 ss.

An overall picture emerges that recognizes a central role to rights of commons, certainly no longer in its traditional productive sense, but in terms of an asset of considerable landscape, environmental and (as we will see below) cultural value. In this perspective, both the State and local authorities and the reference community are obviously directly involved¹⁷.

However, although common properties are inalienable, not subject to acquisitive prescription and unavailable, it is a fact that in the last two centuries their area has been significantly reduced. It can be assumed that at the end of the eighteenth-century rights of commons constituted 80% of the Italian territory, while today they are reduced to about 10%. This phenomenon can be explained by the uncertainty of the measurement of areas encumbered by rights of commons, as well as by their being located in peripheral areas, in the sense of marginal (hilly or mountainous) and therefore not very significant for the liberal economic model still prevalent in Italy.

Nevertheless - considering the outlined regulatory framework and the evolution of the rights of commons conception - rights of commons can represent a resource, a model for a step change in function of a more sustainable governance of territories, also due to the social and environmental crisis that is affecting our planet. Hereinafter this paper will examine how – in order to enhance common properties also from a cultural point of view – this model is based on very specific elements: collective ownership; self-governance, according to rules identified through participatory processes; use of traditional working land techniques; moderate exploitation of natural resources.

2. The controversial legal nature of rights of commons

The heterogeneity of the phenomenon of rights of commons is also evidently reflected in the subject of the identification of their legal nature.

Rights of commons *in re aliena* undoubtedly consist in rights of enjoyment on goods owned by others; this has led some of the literature to link them to the rights of use, pursuant to art. 1021 et seq. of the Italian civil code¹⁸. This classification is based on the fact that a right of commons gives

¹⁷ L. De Lucia, *Gli usi civici tra autonomia delle collettività e accentramento statale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 1284 ss.

¹⁸ A. Paire, *Contributo allo studio degli usi civici. Profili di diritto pubblico (tra procedimento amministrativo, ambiente, paesaggio e governo del territorio)*, Napoli, 2020, p. 60.

the beneficiary the power to use the good and, if it bears fruit, to reap the benefits. However, the following elements of the rights of commons legislation do not allow to endorse this reconstruction: a) the perpetuity of right of commons and the transferability to future generations, in conflict with the necessary temporariness of the right of use; b) the specific content of right of commons, which attributes to the holder the right to enjoy only one or more specific utilities, compatible with the preservation of the land, in conflict with the right of the user to make all the benefits that the property can offer his own, albeit limited to his and his family's needs and in compliance with the economic destination of the land; c) the shared exercise of rights of commons by the members of the community, in conflict with the exclusivity of the user's right.

A different theory in literature qualifies rights of commons *in re aliena* as predial servitude, pursuant to art. 1027 of the Italian civil code¹⁹, due to the common nature of the tendential perpetuity of the right. However, this thesis is clearly contrasted by the lack of a relationship between a serving area (which is subjected to the exercise of the right) and a dominant area (which benefits from utility). Nor can rights of common be assimilated to the category of the so-called personal servitude, where the utility refers to an individual rather than to an area; in the case of right of commons, the utilization of the land is not an external limit to the right of ownership of a third party, but rather a complex ownership model.

The only convincing legal framework of rights of commons *in re aliena* is, then, that of atypical rights *in rem*, that is, not previously regulated within the Italian civil code. This conclusion is not hindered by the principle of *numerus clausus* of rights *in rem*, according to which the conception by individuals of rights *in rem* other than those strictly provided by law is not allowed²⁰. Law n. 1766/1927, introducing the right of commons, had «typified» it, and the typicality of rights *in rem*, as aimed at protecting legal rights circulation, represents a limit for private autonomy, but not for the legislator. It is, therefore, a matter of *sui generis* rights, characterized by a peculiar regulatory statute: the element of the close relation with the land is intertwined with other aspects provided for by the specific discipline, such as – from a structural point of view – the collective dimension of the right²¹.

¹⁹ F. Marinelli, *Gli usi civici*, Milano, 2003.

²⁰ G. Musolino, *Le servitù irregolari (l'autonomia negoziale e la questione della tipicità dei diritti reali)*, in *Rivista del notariato*, 6, 2010, p. 1517 ss.

²¹ S. Orrù, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, agg. XI, Torino, 2018, p. 479 ss.

Focusing on rights of commons *in re propria*, we firstly need to emphasize that the co-owners benefit from the good not *uti singuli* but *uti cives*, as it is precisely being part of the community that legitimizes the individual to consider himself co-owner of that right. At a first analysis, it would seem possible to assimilate this right to the model of «legal community», but on closer inspection, this option would prove to be incorrect. Unlike legal communion, the right of commons *in re propria* is not only unsplitable into shares, but it is not even transferable or purchasable by a derivative title. In this sense, it represents a sort of «external ownership»²²: the community of *cives* has no legal personality and the legal representation of its interests is entrusted to an external body with a legal personality, generally the Municipality. Therefore, it would be a «special» model of legal community, whose main characteristic feature is evidently represented by the centrality of the functional element, symptom of a strong link between the members of the community and the territory²³.

The right of ownership connected to rights of commons *in re propria* is therefore characterized by the elimination of any element of individualism (it is no coincidence that Law n. 168/2017 expressly defines the common properties «inter-generational co-ownership»), and by a peculiar «identity value» of the relationship between the owners and the land, object of that right. This theory, moreover, is fully consistent with the landscape constraint, which - as already observed - weighs by law on all the areas affected by rights of commons. The reason for the inclusion of rights of commons *in re propria* among landscape heritage lies in the traditional and non-intensive production system, compliance with which implies the conservation of the natural characteristics and the traditional aspects of the national territory. As clarified by the Italian Constitutional Court, in this case the landscape constraint goes behind the interest of the reference community, rather being aimed at ensuring «the interest of the local community in general, in the conservation of rights of commons to contribute to the environmental and landscape protection»²⁴.

²² F. Preite, *La commerciabilità dei terreni gravati da uso civico*, in *Sanzioni amministrative in materia di usi civici*, Torino, 2013, p. 59.

²³ A. Paire, *Contributo allo studio degli usi civici. Profili di diritto pubblico (tra procedimento amministrativo, ambiente, paesaggio e governo del territorio)*, cit.

²⁴ Constitutional Court, 11 May 2017, n. 103, in www.cortecostituzionale.it.

3. Land transfer restrictions related to rights of commons

The distinction between rights of commons *in re aliena* and *in re propria* also affects land transfer regulation. Concerning the rights of commons *in re aliena*, the owner can freely dispose of the land, due to the absence of rules that prohibit or hinder conveyance. However, the existence of a right of commons weighing on the area is not entirely without consequences: the transfer of the land obviously does not extinguish the right of commons (which «circulates» with the area), but it forces the seller to notify the buyer about the limitations that will characterize his property right²⁵.

On the contrary, the law expressly states that common properties *in re propria* are neither alienable, nor divisible, nor subject to acquisition by prescription²⁶. The rationale underlying this particularly restrictive regime has received multiple interpretation in the literature. A first orientation justifies the limits to the transfer regime by stating that in the present case there would be no ownership situation, but rather a peculiar right of enjoyment, «another way of possessing»²⁷. This would exclude *ex se* any right to dispose of the area.

A different address justifies the aforementioned restrictions on the transfer of the areas on which a right of commons is burdened because in this case it would be configured a model of common properties, not comparable to a legal community. This would prevent the fragmentation of the area, also due to an intergenerational obligation²⁸.

What is indubitable is that the legislation expresses a clear prevalence of the public interest (to the continuation of the function that originally justified the affixing of right of commons) over the private interest in being able to dispose of the property (transferring it). Coherently, the majority opinion in judicial decisions is that right of commons is an expression of a public interest of such relevance as to prevail even over transfer acts made in good faith. Consequently, judges declare the nullity of any transfer of an area burdened by right of commons between private individuals, even regardless of evaluations about the elapsed time²⁹.

²⁵ F. Parente, *La liquidazione degli usi civici e il controllo sui vincoli alla circolazione*, in *Rivista di diritto civile*, 2011, p. 83 ss.

²⁶ M. Calabrò – G. Mari, *Rilevanza degli usi civici nella circolazione degli immobili*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 4, 2021, p.143 ss.

²⁷ P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977.

²⁸ V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

²⁹ T.A.R. Lazio, Roma, I-ter, 7 February 2013, n. 1369, in www.giustizia-amministrativa.it.

Neither in literature, nor in judicial decisions, is there any form of unanimity on the typology of nullity proper to the hypotheses *de quibus*. A first theory refers to the figure of nullity due to the impossibility of the object: the area is not saleable because no one has its full ownership, in the light of the peculiar common property model³⁰. On the other hand, other judgments support the thesis of nullity for contrary to mandatory rules: the transfer deeds would be in violation of an express imperative prohibition, due to the lack of the conditions that the law prescribes for the deed to be effective³¹.

In current literature there is a minority opinion, which more recently questions the thesis that automatically speaks of nullity in case of violation of the transfer prohibitions provided for by law. In this regard, some authors have noted how judges tend to apodictically affirm the primacy of the public interest to the availability of right of commons by the community, without providing for a case-by-case verification of the real consistency of that interest (e.g., the hypothesis of an area by now largely urbanized, with respect to which the exercise of right of commons is no longer objectively conceivable)³². This theory, therefore, concludes for the rejection of the dominant thesis of the nullity of transfer contracts and leans towards their ineffectiveness, also due to the fact that nullity would generally be inferred from an erroneous assimilation of the lands encumbered by a right of commons to the State property³³.

4. An alternative interpretation of rights of commons: the functional perspective

An alternative approach to analyse rights of commons relates to the evolution of their institutional function: this analysis has the advantage of bringing out profiles that characterize rights of commons, additional to the issue of the rights of co-owners, and could facilitate the process of necessary updating of the regulation of common properties.

³⁰ Cass. Civ., II, 22 January 2018, n. 1534.

³¹ Cass. Civ., III, 3 February 2004, n. 1940.

³² A. Masaracchia, *L'efficacia del procedimento e del provvedimento di accertamento dell'esistenza degli usi civici*, in L. Principato (ed.) *Usi civici ed attività negoziale nella legalità costituzionale*, Torino, 2018, p. 81 ss.

³³ G. De Matteis, *Alienazione dei beni civici. Invalidità e responsabilità notarile*, in *Vita notarile*, 2004, p. 1745 ss.

The original predominantly productive function of rights of commons has now radically changed, due to the social and economic transformations that have occurred in the meantime³⁴. Therefore, nowadays their protection must take into account the tendency that has emerged in the literature and jurisprudence of the Constitutional Court, which attributes to common properties burdened by rights of commons the quality of ecological assets, protected by art. 9 of the Italian Constitution³⁵. For some time, some authors have pointed out that common properties *in re propria* are subject to landscape protection in a broad sense, that is, not as landscape beauties, but by virtue of their ability to express collective values and identities³⁶. The model of traditional economic use, not intensive, respectful of the natural characteristics of the landscape, directly refers to the history of that territory.

Already from this first consideration, clues emerge that could support the legitimacy of a rights of commons legal framework not only in the context of landscape heritage, but also of cultural heritage. In particular, we refer to that idea of cultural heritage – endorsed by the Italian legislator – related to not only historical-artistic interests, but also demographical ones (see art.2, Legislative Decree 22 January 2004, n. 42, Code of Cultural Heritage and Landscape). In this perspective, the rights of commons intended as cultural heritage could represent the necessary synthesis between the productive and the conservative function.

The idea of combining landscape qualification with a cultural one finds a first reference in some regional laws, where common properties are traced back to cultural heritage. This legal framework is somehow endorsed by the Constitutional Court itself, where, in 2007, it states «the concept of landscape indicates, first, the urban morphology, that is, it concerns the environment in its visual aspect [...]. Basically, it is the same aspect of the territory, for the environmental and cultural contents it contains, which is in itself a constitutional value»³⁷.

³⁴ O. Fanelli (ed.), *Gli usi civici. Realtà attuali e prospettive*, Milano, 1991.

³⁵ Constitutional Court, 18 April 2008, n. 104, in www.cortecostituzionale.it; Constitutional Court, 1 April 1993, n. 133, in www.cortecostituzionale.it. A. Simonati, *Gli usi civici nelle regioni a statuto speciale, fra tutela delle autonomie e salvaguardia dell'interesse nazionale*, in *Le regioni*, 2015, p. 411 ss.

³⁶ A. Germanò, [Usi civici, terre civiche, terre collettive: punti fermi per le future leggi regionali in materia](http://www.demaniocivico.it), in [demaniocivico.it](http://www.demaniocivico.it) (access on 2 December 2022).

³⁷ Constitutional Court, 7 November 2007, n. 367, in www.cortecostituzionale.it. M. Immordino, *La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, 2008, p. 1 ss.

However, rather than viewing collective properties as material cultural heritage, it seems more correct to place them within the context of intangible cultural heritage³⁸. In recent years, literature has made numerous attempts - not yet fully agreed upon by the Italian legislator - to recognize the intangible cultural value of some non-physical realities, such as languages and dialects, rituals, habits and customs, knowledge handed down orally³⁹. As part of this process, the discipline of common properties burdened by rights of commons can represent a valuable field of testing: the significant materiality of the substratum on which the asset stands (the products of the land subject to common properties and the lands themselves), is accompanied by an undisputed socio-cultural relevance⁴⁰. Adhering to the thesis according to which the areas burdened by right of commons are subject to landscape protection especially by virtue of their collective governance (expression of the tradition of a local community⁴¹), it is undeniable that they have a historical value and allow young and future generations to rediscover and protect ancient traditions.

In a more strictly legal dimension, collective properties have an additional cultural value. On the one hand, they represent an alternative ownership model to the traditional one; on the other, collective governance modalities of natural resources have the aim of ecological compatibility, also in view of a sustainable and non-intensive exploitation of the land. However, this entails the existence of some conditions, both of a finalistic type (sustainable development objectives) and of a governance type (involvement and empowerment of the local community in decision-making processes), modelled on English common lands, as regulated by the Commons Act of 2006⁴².

In particular, there is the need to avoid what was affirmed by the «tragedy of commons» theory: common properties would inevitably be destined to deteriorate, to the extent that their destiny would depend on individual uncoordinated choices, all aimed at maximizing one's own

³⁸ A. Galdani, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 2019, p. 1 ss.

³⁹ G. Morbidelli, *Il valore immateriale dei beni culturali*, in *Aedon*, 2014, p. 1 ss.

⁴⁰ M. Calabrò – A. Simonati, *Gli usi civici nel contesto del patrimonio culturale (immateriale): per un nuovo paradigma giuridico dei demani collettivi*, in G. Cerrina Ferroni – T. Frosini – L. Mezzetti – P.L. Petrillo (eds.), *Ambiente, Energia, Alimentazione. Modelli giuridici comparati per lo sviluppo sostenibile*, Firenze, 2013, p. 119 ss.

⁴¹ F. Carletti, *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993.

⁴² See par 5.

advantage, without any concern for the simultaneous exercise of the rights of others, nor for the sustainability of the common good itself⁴³.

Elinor Ostrom, one of the main theorists of the rediscovery of common goods, has identified the essential conditions for the sustainability and correct governance of common properties: a) the recognition of the right of co-owners to organize and manage themselves; b) a system with several levels of government (local and national) for the common properties; c) the adoption of models of participatory democracy in identifying the rules of land exploitation and protection⁴⁴.

In this regard, it is interesting to examine some provisions of the aforementioned Law no. 168/2017. First, we refer to the capacity for self-regulation granted to common properties community, through which the co-owners have the chance to put into writing customs that have been operating in that area for some time, as well as to identify the most suitable ways of organization and collective governance. Also relevant is that the Law no. 168/2017, on the one hand, affirms the main role of the State, already recognized for some time by the Constitutional Court⁴⁵, and, on the other, at the same time it enhances the link between rights of commons and the protection of local collective identities⁴⁶.

Compared to the conditions theorized by Ostrom, the profile essentially absent within the aforementioned Law is that of the provision of models of participatory democracy. Nevertheless, it is undeniable that the implementation of participatory decision-making processes would bring out the «voices» of the different groups who benefit and, at the same time, are responsible for the common properties. Furthermore, as Habermas teaches, a participatory decision-making process would not involve simply listening to the positions of the various stakeholders, but also moments of debate,

⁴³ G. Hardin, *The tragedy of commons*, in *Science*, 1968, p. 1243 ss.

⁴⁴ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990.

⁴⁵ Constitutional Court, 18 July 2014, n. 210, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁶ «Today, as the agricultural significance of the commons wanes, and as the urbanized populace expands, we are faced with a conflict between what might be perceived as a “new” recreative and symbolic commons, versus an “old” productive commons. [...] These tensions are nothing new. They reproduce in new form, rather, centuries of conflict surrounding the commons as a locus of community identity and cultural capital within a changing and evolving historical relationship between the symbolic and economic dimensions of the commons» (K.R. Olwig, *Commons & Landscape*, in *Landscape, Law & Justice: Proceedings from a workshop on old and new commons*, Oslo, 2003, p. 19-20).

suitable to provide everyone with the tools to go beyond their individual position, in a solidarity dimension of common goods governance⁴⁷.

An adequate involvement of communities rooted in the area presents an intrinsic and ineliminable link with the same cultural consistency of common properties, helping to avoid the risk of loosening the genetic relationship with the reference social group. In this context, a fundamental role is assumed by the principle of horizontal subsidiarity (see art. 118 of the Italian Constitution), according to which the State has the duty to promote the autonomous initiative of citizens, both as individuals and as members of associations, relating to activities of general interest. Thus, the facilitation of models of self-administration and associated land management expresses the realization of a meta-individual and, therefore, solidarity vision of the governance of common goods⁴⁸.

Having said that, it is interesting to observe how Law no. 168/2017 also contains some elements suitable to justify the legal framework of rights of commons as part of the intangible cultural heritage. We refer, in particular, to: art. 1, par. 1, lett. c), where there is a reference to «natural, economic and cultural heritage»; art. 2, par. 1, lett. d), where common properties are qualified as «territorial bases of historical institutions for the protection of cultural and natural heritage»; art. 3, par. 2, where it is stated that common properties «constitute the ancient heritage of the community».

It is clear, however, that the constitutional foundation of the cultural value of rights of commons must essentially be sought in art. 9 of the Italian Constitution. This provision protects culture understood as a set of values, traditions and customs that characterize the social life of a people and express a message of meta-individual relevance⁴⁹. In this perspective, the State - also through the recognition of rights of commons - has the duty to «feed the memory» of the community, not only as a place of remembrance, but also as a founding element of national identity.

⁴⁷ J. Habermas, *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory*, Milano - London, 2000.

⁴⁸ R. Lombardi, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Diritto dell'economia*, 2014, p. 209 ss.

⁴⁹ M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991.

5. A confirmation of the benefits deriving from the functional perspective: the experience of the English common lands

In this context, it is worth mentioning the English common lands, which represent one of the oldest (and still operative) management models of common lands in Europe, dating from the late Middle Ages. Created as an institution aimed at allowing the joint exercise of activities related to the survival and the management of lands for rent within the feud⁵⁰, the common lands were subsequently evolved through their development in a non-economic/productive sense, but rather a landscape/environmental one⁵¹.

According to the traditional legal regime of the common lands, originated in England and Wales before the Norman Conquest⁵², the local population (commoners) had the possibility of using land which - although belonging to the feudal lord - was considered manor waste, as it was not arable⁵³. The exploitation of these areas by the feudal lords was partly limited by the exercise of the rights of use by the commoners, concerning activities related to the survival and management of the rented estates within the feud. The correct exercise of these rights was ensured by feudal courts and by rules of customary law, aimed at reconciling the privileges of the feudal lords with the needs of personal exploitation by the population and sustainability of the land.

The aim was to regulate the exploitation of the land in such a way as to guarantee peaceful coexistence between the commoners and the feudal lord, as well as between the commoners themselves. At the same time, however, the intention was to avoid what - as has already been observed - many years later was defined as «the tragedy of commons»⁵⁴. From this point of view,

⁵⁰ C.P. Rodgers – E.A. Straughton – A.J.L. Winchester – M. Pieraccini, *Contested Common Land. Environmental, Governance, Past and Present*, London, 2011.

⁵¹ «As generally unfenced and largely unimproved 'islands' in the modern farm landscape, commons form important wildlife habitats and thus serve an increasingly important conservation function. Commons have also acquired an amenity function as the popularity of countryside recreation has grown» (O.J. Wilson – G.A. Wilson, *Common cause or common concern? The role of common lands in the post-productivist countryside*, in *Area*, 1997, p. 45).

⁵² L.D. Stamp – W.D. Hoskins, *The common lands of England and Wales*, London, 1963.

⁵³ M. Pieraccini, *La sostenibilità delle common lands: (sotto)sviluppo storico dei meccanismi di governance*, in *Archivio Scialoja Bolla: Annali di studio sulla proprietà collettiva*, I, 2008, p. 183 ss.

⁵⁴ «The commons, if justifiable at all, is justifiable only under conditions of low-population density. As the human population has increased, the commons has had to be abandoned in one aspect after another», G. Hardin, *The tragedy of commons*, cit., p. 1248.

it is possible to read the phenomenon that occurred in England and Wales between the 16th and 19th centuries, which goes by the name of enclosures, and which includes a series of measures aimed at privatizing a large part of the common lands existing until then⁵⁵. Access to common grazing or wasteland was extremely restricted, and this produced immiseration among tenant farmers and labouring poor⁵⁶.

Therefore, the idea of the common lands as a local economic model aimed at guaranteeing an adequate subsistence to the peasant population was overcome; this, however, did not lead to the total disappearance of the English common lands, as some of them were perceived as no longer (only) economic, but environmental resources: not man-altered areas and, therefore, lands to be protected⁵⁷.

The condition of substantial uncertainty in relation to the management of non-privatized commons subsequently prompted the English legislator to issue the Common Registration Act (1965), with which a Register of rights of use affecting each common was established. Each local authorities were required to register data related to location, area, ownership and common rights of all common lands existing within their respective administrative territory. The set of information entered in that Register should have led to a complete database and, therefore, to an adequate level of certainty of the rights associated with the management of common lands⁵⁸.

The aim was mainly to bring order to a sector still substantially governed by customary rules, finally clarifying «who» could do «what» and «where». Furthermore, in the light of the landscape/environmental evolution described, the mentioned Register of rights of use should have allowed easier monitoring of the exploitation of common lands, while guaranteeing their sustainability. But this did not happen. The absence of a valid verification procedure has pushed most of the commoners to declare rights of use that were quantitatively higher than the actual ones, which has

⁵⁵ J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and contemporary problems*, 2003, p. 33 ss.

⁵⁶ H.R. French, *Urban common rights, enclosure and the market: Clitheroe Town Moors, 1764-1802*, in *The Agricultural History Review*, 1, 2003, p. 40 ss.

⁵⁷ M. Pieraccini, *A Comparative Legal and Historical Study of the Commons in Italy and England and Wales*, in *Agricoltura, Istituzioni, Mercati*, 2008, p. 101.

⁵⁸ J.W. Aitchison – G. Gadsden, *Common land*, in W. Howarth – C. Rodgers (eds.), *Agriculture, Conservation and Land Use*, Cardiff, 1992, p. 165 ss.

led to conditions of overexploitation that were completely antithetical to the original objectives of sustainable development⁵⁹.

Therefore, in order to resolve the aforementioned critical issues, the English legislator intervened again, with the Commons Act (2006), which represents the current regulation on common lands. With this Act, the English legislator modified the common lands governance system by opting for a local level management model, bottom-up⁶⁰. Thus, it provides for the allocation of programming and administration tasks to be carried out by Commons Councils, authorized private associations, made up of representatives of the various categories of stakeholders in the common lands, interested in the rational, sustainable and peaceful management of common lands (holders of rights of use, environmental associations, local development committees)⁶¹.

The emphasis on a bottom-up governance model responds to multiple needs. For example, with regard to the issue of the quantitative limits to the exploitation of land, the decentralization at the local level of the regulatory competences through the approval of a statute by each Council is able to guarantee more easily not only the identification of shared rules (and, therefore, respectful of everyone's rights, including the right to environmental health of non-commoners), but also their effective respect. Common Councils, amongst other things, are precisely called upon to define shared rules of common lands use, which primarily ensure their environmental protection: to this end, they subscribe environmental agreements aimed at shaping the different rights to common lands and the manner of their exercise, so as to ensure the achievement of high standards of environmental protection⁶². The content of these agreements – this is the profile of greater importance – is determined by means of participatory democracy mechanisms, so as to make the commoners not only more aware, but actual protagonists of the environmental protection policies of the areas of interest to them.

⁵⁹ J.W. Aitchison – E.J. Hughes, *The commons land registers of England and Wales: a problematic data source*, in *Area*, 1982, p. 151 ss.

⁶⁰ C. Rodgers, *Reversing the tragedy of the commons? Sustainable management and the Commons Act 2006*, in *Modern Law Review*, 2010, p. 461 ss.

⁶¹ M. Pieraccini, *Sustainability and the English Commons: a Legal Pluralist Analysis*, in *Environmental Law Review*, 2010, p. 94 ss.

⁶² In this regard, literature uses the term «stewardship», defined as the responsible management of resources, to guarantee at the same time public and private interests, current and of future generations, also through the enhancement of the contributions of civil society. D.A. Fuchs, *An Institutional Basis for Environmental Stewardship*, London, 2003.

In other words, the main objective of public policies is to identify legal instruments capable of integrating natural heritage conservation needs with sustainable agriculture models, also through the introduction of so-called agri-environmental schemes. «These schemes aim to encourage farmers to adopt environmentally-friendly farming practices through offering financial compensation for specified environmental management practices (eg reduction of stocking rates; reduced pesticide and fertiliser use)»⁶³.

The experience of the English common lands makes it possible to claim that it is not only still possible to have functional collective land management models – as an alternative to the exclusionary regime of private property – but also that, in some cases, this type of governance can also be more efficient, in terms of pursuing better public interests. It is obvious that we are not referring to an economic/productive efficiency, but rather to an easier achievement of high levels of landscape valorisation and environmental protection. There are, furthermore, arguments in favour of a valorisation of the cultural profiles of common lands⁶⁴: the continuing application of ancient customary law rules; the use of traditional land exploitation methods; the maintaining of a natural condition, almost wild, of entire areas due to their status of common lands (not individually transformed by man), are all elements that also give a historical and cultural value to these territories, making them «a locus of community identity and cultural capital»⁶⁵. This, however, presupposes the existence of certain elements, both purposive (sustainable development objectives) and managerial (involvement and empowerment of local communities in the decision-making processes), fully in keeping, moreover, with findings by theorists of the recent «rediscovery» of the commons.

6. Conclusions

In conclusion – also in the light of examining the experience of the English common lands – we can affirm that the field of rights of commons, on the one hand, still shows profiles of uncertainty and, on the other, is subject to interesting developments. The total amount of common properties is considerable: the last General Agricultural Census, carried out

⁶³ O.J. Wilson – G.A. Wilson, *Common cause or common concern? The role of common lands in the post-productivist countryside*, cit., p. 46.

⁶⁴ M. Calabrò – A. Simonati, *Gli usi civici nel contesto del patrimonio culturale (immateriale): per un nuovo paradigma giuridico dei demani collettivi*, cit., p. 123.

⁶⁵ K. Olwig, *Commons & Landscape*, cit., p. 15 ss.

by ISTAT (Italian National Institute of Statistics), dates back to 2010 (an update was started in 2020, but has only partially been completed to date) and it provides an overview made up of about one and a half million hectares of common properties burdened by rights of commons, as much as 10% of the total national agricultural area. However, many things have changed over the last few decades.

Nowadays, the strictly economic-productive function, linked to their original nature of «existential rights»⁶⁶ (related to the self-sufficiency of local community), it has almost completely lost its vigour (but it could partially recover it, for example in the sense of enhancing the tourist vocation). Nevertheless, the aim of landscape protection is accompanied by that of contributing to the survival of the cultural heritage, expressed by the traditions and specific governance model related to rights of commons.

Moreover, the perception of the (also) cultural relevance of rights of commons is well rooted in the awareness of the communities that have always been their custodians. The Common Declaration of Collective Properties (Rome, 7 March 2006)⁶⁷ gives broad proof of this. With this act the administrators of family communions and common lands define themselves as «heirs of the ancient village democracies» and expressly recognizes that communities are an expression of legal pluralism, as well as «social entity rooted in history, in work and in the coexistence among individuals».

Therefore, in the near future we can presume an evolutionary process of the rights of commons regulation, which takes into account the multiple functional aspects that can be traced back to their use. The enhancement of the cultural meaning in the sense indicated – moving away from an aesthetic, static, purely conservative way of protection, such as that linked to landscape protection – would allow, among other things, to implement local public policies that simultaneously have cultural and economic repercussions. In particular, we refer to access to land policies, through the assignment of abandoned or inadequately valued common properties. This access to land should concern those who are willing to commit themselves to preserve traditional ways of use and cultivation, as well as to implement cooperative rural development models.

The cultural/functional approach inevitably requires a further departure from the ownership perspective, through the implementation of

⁶⁶ C. Calisse, *Per il riordinamento degli usi civici*, Roma, 1927.

⁶⁷ [Dichiarazione comune delle proprietà collettive, Roma, Palazzo Madama, 7 marzo 2006](#), in [asutrentine.it](#) (access on 2 December 2022).

Marco Calabrò

Rights of commons in Italy: a different way of owning towards the recognition of an intangible cultural value

open communities. It postulates the need to allow access to the use of common properties even to individuals not originally residing in those places, but willing to embrace a traditional, rural, cooperative and shared approach to land governance and use.

ABSTRACT: The expression rights of commons in Italy historically dates back to the feudal system and refers to the rights of enjoyment of one's own property or those of others owned by a specific community, with the content including the use of specific benefits coming from the land, woods or waters. The Italian legislator has intervened several times, even recently, in order to provide a clear and complete discipline to these rights, the most important element of which is undoubtedly the shared model of land governance, as an alternative to those generally recognized (public property and private property). However, there are still many critical issues in this sector. First, this paper aims to examine the controversial legal nature of rights of commons – also in the light of their legislative assimilation to landscape assets – as well as the serious state of uncertainty that characterizes the regime for the legal transfer of land burdened by rights of commons. Lastly – also in the light of examining the experience of the English common lands – the author intends to envisage a partially innovative interpretation of rights of commons, as an intangible cultural asset, through the valorisation of the profile of shared use and the protection of local traditions.

KEYWORDS: rights of commons - common lands - land transfer restrictions - intangible cultural value - community participation.

Marco Calabrò - Professore ordinario di diritto amministrativo, Università degli Studi della Campania “Luigi Vanvitelli” (marco.calabro@unicampania.it)

Diritti fondamentali, terrorismo e privazione della cittadinanza*

Salvatore Casabona

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Percorso dell'indagine e metodo; 3. Stile e caratteristiche dei regimi giuridici di revoca; 4. Differenziazione dei regimi tra cittadini per nascita e altre categorie di cittadini; 4.1 Discrezionalità del legislatore e condizione peculiare del cittadino «nativo»; 4.2 Analogia tra concessione della cittadinanza e revoca della cittadinanza: la rilevanza giuridica della “la buona condotta” dell'individuo e il suo apprezzamento giurisprudenziale; 4.3 Analogia tra condizione dello straniero residente di lunga durata che delinque con quella del cittadino naturalizzato condannato per fatti di terrorismo; 5. Revoca della cittadinanza per fatti di terrorismo e i suoi limiti; 5.1 Privazione della cittadinanza e divieto di apolidia; 5.2 Revoca della cittadinanza e diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU; 5.3 Revoca della cittadinanza e rispetto del diritto UE; 6. Aporie e contraddizioni nelle *rationes* giurisprudenziali: il sostanziale fallimento della tutela multilivello; 7. Conclusioni.

1. Introduzione

Si è assistito negli ultimi vent'anni al moltiplicarsi di norme statuali che dispongono la revoca della cittadinanza per coloro i quali si siano macchiati di reati di terrorismo

¹.

Il fenomeno, unitamente ad una prospettiva di diritto interno, presenta altresì sensibilissimi profili di compatibilità con gli obblighi assunti dagli Stati a livello internazionale, specialmente – per quanto riguarda il punto di vista del presente lavoro – con il diritto europeo e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ D. Perrin, *Réflexions sur la déchéance de nationalité en contexte terroriste – (pluri)appartenance et (sous)citoyenneté en France et au Maghreb*, in *L'Année du Maghreb*, 2021, in journals.openedition.org/anneemaghreb; M.P. Bolhuis - J. van Wijk, *Citizenship deprivation as a counterterrorism measure in Europe: possible follow-up scenarios, human rights infringements and the effect on counterterrorism*, in *Eu. J. Migration Law*, 2020, p. 338 ss.; E. Cloots, *The legal limits of citizenship deprivation as counterterror strategy*, in *European Public Law*, 2017, p. 57 ss.; J. Lepoutre, *Citizenship Loss and Deprivation in the European Union (27 + 1)*, in *EUI Working paper RSCAS*, www.cadmus.eui.eu, 2020; C. Yurechko, *Outsourced: The European Union's Reliance on External Actors in the Fight against Jibadi Terrorism*, in *Colum. J. Eur. L.*, 2018, p. 737 ss.; L. Esbrook, *Citizenship Unmoored: Expatriation as a Counter-Terrorism Tool*, in *U. Pa. J. Int'l L.*, 37, 2016, p. 1273 ss.

Tale processo di «precarizzazione» della cittadinanza si articola in un contesto che vede diversi insiemi normativi e logiche prescrittive sovrapporsi ed intersecarsi tra loro (norme sull'immigrazione, norme penali, diritti fondamentali della persona, diritto comunitario e diritto internazionale), ma anche l'impiego di criteri ermeneutici (tra i quali quello della proporzionalità e non arbitrarietà delle misure di revoca) che circolano – con esiti talvolta non del tutto lineari - dalla giurisprudenza delle Corti sovranazionali a quella delle corti nazionali.

In questo quadro di per sé complesso si innesta un ulteriore elemento di difficoltà per l'osservatore, consistente in un «non detto», ovvero nella carica emotiva del decisore - sia esso politico, giudiziario o della amministrazione statale – e che pare concretizzarsi nella considerazione, scabra e a-tecnica, che chi ha sostenuto, condiviso, partecipato ai deliri fanatici del terrorismo (soprattutto quello di matrice islamica) non sia più «degn», non «meriti» più per così dire, la protezione, le prerogative e i diritti accordati al cittadino di una data nazione.

Preso dunque atto di una densità simbolica ed emozionale della vicenda che ci occupa, e che riporta alla memoria l'istituto dell'esilio nelle società medievali², appaiono meritevoli di approfondimento le conseguenze dogmatiche che l'introduzione di tali norme, e la loro applicazione giurisprudenziale, hanno sul concetto stesso di cittadinanza.

Il tema infatti è idoneo a catalizzare una serie di questioni sensibili e più generali che riguardano il concetto di cittadinanza in quanto tale, e spinge l'osservatore a interrogarsi se essa in effetti possa ancora essere considerata un elemento costitutivo dell'identità della persona³, un diritto fondamentale dell'uomo⁴, un diritto individuale generale e assoluto⁵, «*the right to have rights*»⁶, o se invece le declamazioni dottorali e

² R. Jacob, *Bannissement et rite de la langue tirée au Moyen Âge. Du lien des lois et de sa rupture*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2000, p. 1039 ss.; K. Hailbronner, *Revocation of citizenship of terrorists: a matter of political expediency*, in EUI Working Paper RSCAS, www.cadmus.eui.eu, 2015, p. 25; A. Macklin - R. Bauböck (eds.), *The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?*, in EUI Working paper RSCAS, www.cadmus.eui.eu, 2015; S. Pillai - G. Williams, *Twenty-first century banishment: citizenship stripping in common law nations*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 521 ss.

³ Corte EDU, 16 novembre 2020, ric. 52273/16, *Ghoumid et Autres c. France*, par. 43; Corte EDU, 26 settembre 2014, ric. 65192/11, *Menesson c. France*, par. 97; Corte EDU, 11 ottobre 2011, ric. 53124/09, *Genovese c. Malta*, par. 33.

⁴ Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, 10 dicembre 1945, art. 15: «Ogni individuo ha diritto ad una cittadinanza...»; cfr. altresì Convenzione europea sulla nazionalità, art. 4; Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, art. 24.3.

Cfr. D. Weissbrodt – C. Collins, *The Human Rights of Stateless Persons*, in *Human Rights Quarterly*, 2006, p. 245 ss.; S. Mantu, *Terrorist" citizens and the human right to nationality*, in *Journal of Comparative European Studies*, 2018, p. 28 ss.

⁵ Conseil Constitutionnel Français, 13 agosto 1993, n. 93-325 DC, in www.legifrance.gouv.fr.

⁶ *Perez v. Brownell*, 356 US 44, 64 (1958), in cui viene descritto il diritto alla nazionalità come «*man's basic right for it is nothing less than the right to have rights*».

giurisprudenziali sul concetto in argomento debbano essere per così dire ricalibrate su una realtà normativa che sembra caratterizzarsi in termini di condizionalità, relatività, temporaneità dell'appartenenza dell'individuo ad una data comunità nazionale.

2. Percorso dell'indagine e metodo

Per provare a centrare l'obiettivo sopra menzionato, appare utile intraprendere una indagine di tipo comparativo volta innanzitutto ad isolare alcuni aspetti connotativi o problematici che accomunano i sistemi giuridici esaminati e segnatamente, oltre a quello nazionale, quelli del Regno Unito, della Francia e del Belgio.

A riguardo due precisazioni preliminari si rendono necessarie. La prima è quella che, attesa la dimensione europea e globale del fenomeno, l'esiguità del numero dei sistemi giuridici studiati non consente di generalizzare le conclusioni alle quali si giunge, ma di verificarne semmai la fondatezza alla luce dei riportati percorsi logico-argomentativi dei giudici e dell'analisi puntuale dei testi normativi. In secondo luogo, lo studio comparatistico sarà, con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, maggiormente orientato a suscitare una riflessione critica sulle soluzioni normative adottate nel nostro paese, piuttosto che a individuare eventuali convergenze/divergenze con gli altri ordinamenti giuridici presi in esame. Ciò è dovuto al fatto che l'esperienza nazionale al momento è limitata alla sola promulgazione della disciplina normativa che dispone la revoca per fatti di terrorismo, la quale, tuttavia, ad oggi, non registra alcuna applicazione, né tanto meno una casistica giurisprudenziale.

Ciò detto, posto come *tertium comparationis* la revoca della cittadinanza per coloro i quali abbiano commesso reati di terrorismo, è parso utile indagare innanzitutto lo «stile» della disciplina normativa nazionale che regola tale revoca: è possibile così distinguere strategie regolative differenti per obiettivi perseguiti (regimi sanzionatori ovvero preventivi); per collocazione (norme generali o di settore); per natura (norme civili, amministrative o penali); e infine per portata (misure dirette a tutti i cittadini di una data nazione o esclusivamente a coloro i quali abbiano acquisito la cittadinanza per naturalizzazione o registrazione).

Da tale ultima caratteristica, centrale appare il tema del differente trattamento tra cittadini e quindi degli eventuali profili discriminatori della disciplina positiva. Si è ritenuto così opportuno studiare gli impianti normativi alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali, nazionali e sovranazionali, nonché delle relazioni di accompagnamento ai testi normativi: in particolare, si è cercato di individuare quelle

rationes - ora più giuridiche, ora maggiormente retorico-politiche⁷ - che vengono impiegate per giustificare la menzionata differenza di trattamento.

Sul fronte dei limiti della sovranità statale nel disporre la revoca della cittadinanza, si è scelto di concentrare l'attenzione su tre aspetti in particolare: il divieto internazionale di apolidia⁸, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (ex art. 8 CEDU e art. 7 Carta europea dei diritti fondamentali)⁹, il rispetto del diritto UE, con particolare riferimento alla tutela dello status di cittadino europeo.

Resta fuori dalla presente indagine il tema, pur di grande interesse ma che meriterebbe una trattazione autonoma, della reale efficacia della decadenza della cittadinanza come strumento di contrasto al terrorismo e al fenomeno dei c.d. *foreign fighters*¹⁰.

L'indagine così svolta ha consentito di condurre a talune considerazioni conclusive relative alla effettività della tutela multilivello dei diritti dell'individuo in cui però la dimensione securitaria e di tutela della comunità rispetto alla minaccia terroristica sembra sempre prevalere rispetto alla tutela dei diritti individuali.

3. Stile e caratteristiche dei regimi giuridici di revoca della cittadinanza

a. Dallo studio degli ordinamenti presi in esame, è possibile discernere due distinte strategie regolative animate da differenti obiettivi.

La prima è di tipo «sanzionatorio» in cui si dispone la privazione della cittadinanza di quell'individuo condannato per fatti di terrorismo.

Ecco allora che, ad esempio, la disciplina d'Oltralpe – contenuta nell'art. 25 del Code civil (così come modificato nel 1996)¹¹ - dispone che può essere privato della

⁷ L. Roques, *La politisation du droit de la nationalité*, in *Plein droit*, 2008, p. 3 ss.; D. Salerno, *The Politics of Response to Terror: The Reshaping of Community and Immunity in the Aftermath of 7 July 2005 London Bombings*, in *Social Semiotics*, 2017, p. 81 ss.

⁸ Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, 30 agosto 1961, art. 8.

⁹ Non si tratterà per economia di spazio il tema pur molto rilevante della potenziale violazione dell'art. 3 CEDU (divieto di tortura e di trattamenti o pene disumane o degradanti) derivante da una eventuale espulsione dal territorio nazionale a seguito della revoca della cittadinanza; così come non si affronterà quello della potenziale violazione dell'art. 6 CEDU (diritto a equo processo) nei procedimenti di revoca.

¹⁰ V. Paskalev, *It's not about their citizenship, it's about ours*, in *EUI Working Paper RSCAS*, 2015, p. 15 ss.; P. Spiro, *Terrorist expatriation: All show, no byte, no future*, in *EUI Working Paper, RSCAS 2015/14*, 2015, p. 7 ss.

¹¹ J.C. Gaven, *La déchéance avant la nationalité – Archéologie d'une déchéance de citoyenneté*, in *Pouvoirs*, 2017, p. 85 ss.; P. Lagarde, *Le débat sur la déchéance de nationalité – essai de clarification*, in *La semaine juridique*, 2016, p.197 ss.; J. Lepoutre, *Le bannissement des nationaux – Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme*, in *Revue critique de droit international privé*, 2016, p. 107 ss.; H. Fulchiron, *Les enjeux contemporains du droit français de la nationalité à la lumière de son histoire*, in *Pouvoirs*, 2017, p. 7 ss.; L. Roques, *La politisation du droit de la nationalité*, in *Plein droit*, 2008, p. 3 ss.; H. Fulchiron, *Droit à une nationalité, droit*

cittadinanza quell'individuo, naturalizzato francese, che sia stato condannato per un delitto costituente un atto di terrorismo o un atto qualificabile alla stregua di «*une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation*»¹², purché non siano trascorsi più di 16 anni dalla acquisizione della cittadinanza.

Similmente in Belgio, in forza di un sistema duale che si applica ai soli cittadini naturalizzati, si registra da un lato la competenza generale della Cour d'appel a disporre la revoca della cittadinanza nell'ipotesi di soggetti che «*manquent gravement à leurs devoirs de citoyen belge*»¹³; specularmente, in forza di due disposizioni introdotte nel 2015¹⁴, il Tribunal correctionnel, a mò di pena accessoria per una serie di reati gravi (che prevedono una pena detentiva di almeno cinque anni) tra cui quelli relativi a fatti di terrorismo, potrà disporre la decadenza della cittadinanza¹⁵, purché gli atti punibili siano stati commessi entro dieci anni dall'acquisizione della cittadinanza.

Ancor più di recente la disciplina italiana, contenuta nel c.d. «decreto sicurezza» del 2018¹⁶, prevede la possibilità di disporre la revoca della cittadinanza (acquisita per

à la nationalité, droit à sa nationalité? (variations sur le thème de l'évolution contemporaine des rapports entre individu et nationalité), in *Mélanges Patrick Courbe*, Paris, 2012, p. 205 ss.

¹² Code civil, art. 25(1): «*L'individu qui a acquis la qualité de Français peut, par décret pris après avis conforme du Conseil d'Etat, être déchu de la nationalité française, sauf si la déchéance a pour résultat de le rendre apatride: 1. S'il est condamné pour un acte qualifié de crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme*».

¹³ Code de la nationalité belge, art. 23, par. 2. Cour constitutionnelle Belgique, 17 settembre 2015, n. 122/2015: «*la déchéance de nationalité permet d'assurer le respect, par les Belges qui ne tiennent leur nationalité ni d'un auteur ou d'un adoptant qui était Belge au moment de leur naissance ni de l'application de l'article 11 du Code, des devoirs qui incombent à tout citoyen belge et d'exclure ces Belges de la communauté nationale lorsqu'ils montrent par leur comportement qu'ils n'acceptent pas les règles fondamentales de la vie en commun et portent gravement atteinte aux droits et libertés de leurs concitoyens*». Cfr. altresì Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.4: «*Ainsi, cette disposition permet d'exclure ces Belges de la communauté nationale lorsqu'ils montrent par leur comportement qu'ils n'acceptent pas les règles fondamentales de la vie en commun et portent gravement atteinte aux droits et liberté de leurs concitoyens*».

Cfr. L. Rentiens, *Citizenship deprivation under the european convention-system: case study of Belgium*, in *Statelessness & Citizenship Review*, 2019, p. 263 ss.

¹⁴ Code de la nationalité belge, artt. 23/1 e 23/2 (inserito con L 20 luglio 2015, *Loi visant à renforcer la lutte contre le terrorisme*, art. 7).

In dottrina, M.A. Beernaert, *Renforcement de l'arsenal législatif anti-terroriste: entre symboles et prevention*, in *Journal des tribunaux*, 2015, p. 833 ss.; C. Macq, *Contours et enjeux de la déchéance de la nationalité*, in *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021, p. 5 ss.; M. Verwilghen, *Le code de la nationalité belge*, Bruxelles, 1985, p. 31 ss. Tra le rare applicazioni giurisprudenziali della norma in questione si segnalano Court of Appeal Brussels, 26 gennaio 2009, n. 2007/AR/1452; Court of Appeal Brussels, 7 gennaio 2010, n. 2007/AR/145.

¹⁵ Sulla relazione tra le due procedure, cfr. Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.17.5.

¹⁶ D.l. 4 ottobre 2018, n. 113, *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, convertito dalla L. 1 dicembre 2018, n. 132, e che ha previsto (art. 14, comma 1, lett. d)

elezione, matrimonio o naturalizzazione)¹⁷ entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, nonché per i reati di assistenza ad appartenenti ad associazioni sovversive e con finalità di terrorismo e di sottrazione di beni sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento di condotte con finalità di terrorismo¹⁸.

Il caso del Regno Unito invece appare peculiare e distinto rispetto alle discipline sopra menzionate dal momento che persegue una strategia di tipo «preventivo». Infatti, con la modifica apportata al British Nationality Act nel 2014¹⁹, è

l'inserimento di un nuovo art. 10-bis della L. 5 febbraio 1992, n. 91 contenente l'ipotesi di revoca della cittadinanza.

Cfr. in dottrina A. Algostino, *Il decreto «sicurezza e immigrazione» (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disuguaglianza*, in www.costituzionalismo.it, 2018; A. Vedaschi - C. Graziani, *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, in [VerfBlog](http://VerfBlog.com), 2019, verfassungsblog.de; D. Bacis, *Esistono cittadini «di seconda classe»? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del d.l. n. 113/2018*, in *DPCE online*, 1, 2019; M. Calvo, *Cittadini per sempre vs. cittadini eternamente sub iudice*, in www.dirittifondamentali.it, 1, 2019; E. Xhanari - T. Spandrio, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, in www.dirittifondamentali.it, 2, 2018; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra «noi» e «loro»: interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2019, p. 1 ss.; L. Viola, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2021, p. 86 ss.; A. Mitrotti, *Il rovesciamento di prospettiva sulla misura di revoca della cittadinanza nel «dibattuto» Decreto sicurezza «Salvini»*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2019, p. 65 ss.; A. Aimi, *Il «decreto sicurezza» 2018: i profili penalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, p. 135 ss.; L. Riscato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del «decreto sicurezza»*, in *Dir. Penale e Processo*, 2019, p. 15 ss.; S. Mattio, *Profili di rilevanza penale nel «Decreto Sicurezza»*, in *Studium Iuris*, 2019, p. 572 ss.; C. Casiello, *La strategia di contrasto ai foreign terrorist fighters e la revoca della cittadinanza*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2017, p. 341 ss.; M. Borraccetti, *Le misure di revoca della cittadinanza nazionale e il controllo di proporzionalità: la prospettiva europea*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2019, p. 190 ss.; R. Palladino, *Cittadinanza europea, perdita della cittadinanza nazionale e «due regards» per il diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 20, 2019; E. Xhanari - T. Spandrio, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, in www.dirittifondamentali.it, 2, 2018; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. «decreto sicurezza»)*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 22, 2018, p. 3 ss.

¹⁷ A riguardo l'art. 10bis, legge n. 91/1992, rinvia all'art. 4, co. 2 (relativo allo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età e che abbia dichiarato di voler acquistare la cittadinanza italiana entro un anno dalla suddetta data), 5 (relativo al coniuge di un cittadino italiano che abbia soddisfatto le condizioni previste dal detto articolo) e 9 (relativo agli stranieri cui sia stata concessa, per diverse ragioni, la cittadinanza con decreto del Presidente della Repubblica)

¹⁸ Precisamente, l'art. 10bis, legge n. 91/1992, rinvia ai reati previsti dall'art. 407, c. 2, lett. a), n. 4), cod. proc. pen., nonché ai reati di cui agli art. 270-ter e 270-quinquies.2, cod. pen.

¹⁹ British Nationality Act 1981, section 40 (modificata dallo Immigration Act, 2014). Cfr. in dottrina, S. Pillai - G. Williams, *The Utility of Citizenship Stripping Laws in the UK, Canada and Australia*, in *Melbourne University Law Review*, 2017, p. 845 ss.; C. Yeo, *The rise of modern banishment: deprivation and nullification of British citizenship*, in D. Prabhat (ed.), *Citizenship in times of turmoil*, Bristol, 2019, p. 134 ss.; P. Arnell, *The legality of the citizenship deprivation of UK foreign terrorist fighters*, in *ERA-forum* [online], 21(3), p. 395 ss.; S. Mantu, *Terrorist citizens and the human right to nationality*, in *Journal of Contemporary European*

resa possibile la revoca della cittadinanza nei confronti di coloro i quali siano divenuti cittadini per registrazione o naturalizzazione laddove tale misura sia da valutarsi nell'interesse del bene pubblico («*conducive to the public good*»): e ciò a prescindere da alcuna condanna in sede giudiziale. L'espressione «*conducive*», come sottolineato dalla giurisprudenza, non necessariamente implica una «minaccia attuale» che si concretizza nella «*propensity to wrongful conduct in the future*»²⁰, dal momento che anche una condotta svolta nel passato può essere di per sé rilevante in un'ottica di «*public policy*»²¹.

Interessante notare, altresì, come nella giurisprudenza inglese – similmente a quanto visto nel dato positivo belga – emerga con definizione quella dimensione relazionale tra Stato e individuo che si vuole fondata su di un vincolo di lealtà e fedeltà, e che affonda le sue radici nella protezione che il sovrano medievale accordava ai suoi vassalli purché questi promettessero «*to be faithful*». Ecco allora che – ribadiscono le Corti in decisioni recenti – quell'individuo che con la sua condotta ha compromesso in modo «*so fundamentally*» tale vincolo non potrà ragionevolmente aspettarsi la protezione da parte dello Stato²²: «*treason was a betrayal of that trust*»²³ e pertanto la Corona non è tenuta a proteggere colui che «*has in the past so fundamentally repudiated the obligations which he owes as a citizen*»²⁴.

b. Gli schemi di regolazione sopra menzionati hanno in comune, a prescindere dalla qualificazione della revoca come «sanzione di natura amministrativa»²⁵ ovvero «*mesure de nature civile*»²⁶, la tutela dell'ordine pubblico come criterio di legittimazione giuridica (e politica): ecco allora che l'obiettivo di «*renforcer la lutte contre le terrorisme ...*

Studies, 2018, p. 28 ss.; L. Zedner, *Citizenship Deprivation, Security and Human Rights*, in Eur. J. Migration & L., 2016, p. 222 ss.

²⁰ Pham v. Secretary of State for the Home Department, 18 luglio 2018, [2018] EWCA Civ 2064, par. 53

²¹ Pham v. Secretary of State for the Home Department, cit., par. 56. Tuttavia, non così nella giurisprudenza precedente, cfr. Secretary of State for the Home Department v. David Hicks [2006] EWCA Civ 400 (England and Wales Court of Appeal).

²² Pham v. Secretary of State for the Home Department, cit., par. 57

²³ Pham v. Secretary of State for the Home Department, cit., par. 49

²⁴ Pham v. Secretary of State for the Home Department, cit., par. 52. Leading case nella costruzione di relazione biunivoca della cittadinanza tra stato e individuo in termini di reciproci diritti e doveri è senz'altro Calvin v. Smith (1608) 77 Eng Rep 377.

Cfr. altresì la disciplina irlandese in cui si dispone, Irish Nationality Act, art. 19(1)(b): «(if) the person to whom it was granted has, by any overt act, shown himself to have failed in his duty of fidelity to the nation and loyalty to the State».

²⁵ Conseil d'État, 8 giugno 2016, n. 394348; Conseil d'État, 8 giugno 2016, n. 394354.

²⁶ Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018; Cour constitutionnelle Belgique, 17 settembre 2015, n. 122/2015; Cour constitutionnelle Belgique, 23 settembre 2021, n. 116/2021; Cour de Cassation, 12 maggio 2021, n. P.21.0228.F: «*sanction civile complémentaire de la condamnation pénale*».

*en égard à la gravité toute particulière que revêtent par nature les actes de terrorisme*²⁷, di proteggere la «sicurezza nazionale»²⁸, di scongiurare una minaccia al «*public good*» e tutelare i «*vital interests*» della nazione²⁹, viene evidenziato nei preamboli e nelle relazioni di accompagnamento delle disposizioni normative ed entra - come si vedrà meglio nel seguito - nel processo ermeneutico della giurisprudenza nazionale e sovranazionale. Ciò detto, concetti quali «motivi di ordine pubblico», «gravi motivi di ordine pubblico» o «motivi imperativi di sicurezza nazionale» non mancano di una certa indeterminatezza³⁰, il ché inevitabilmente lascia margini di manovra alle autorità preposte nell'avviare i procedimenti di denazionalizzazione: condizionati ora alla proposta del Ministro degli Interni come in Francia e in Italia, ora all'iniziativa del Secretary of State nel Regno Unito, ovvero alla richiesta del procuratore generale dinnanzi alle giurisdizioni civili o penali come in Belgio³¹.

Ciò detto, il bilanciamento, richiesto dal dato positivo, tra il diritto dell'individuo alla cittadinanza e l'interesse pubblico alla sicurezza nazionale contro gli attacchi terroristici è oggetto degli sforzi ermeneutici della giurisprudenza a livello nazionale e sovranazionale. Un'operazione tecnico giuridica, si anticipa sin da adesso, che non infrequentemente pare registrare una certa accondiscendenza dei giudici rispetto alle ragioni dell'esecutivo, evidenziando la natura (anche squisitamente) «politica» dell'azione del giudice.

4. Differenziazione dei regimi tra cittadini per nascita e altre categorie di cittadini

Dalle regole in materia di revoca della cittadinanza nell'ipotesi oggetto del presente lavoro, un dato colpisce l'attenzione dell'osservatore, ed è quello della applicazione di dette misure esclusivamente a coloro i quali abbiano acquisito la cittadinanza per naturalizzazione, matrimonio, registrazione, residenza prolungata, e/o a coloro i quali comunque dispongano di una doppia cittadinanza.

²⁷ Così in Francia, Conseil constitutionnel, 16 luglio 1996, n. 96-377 DC, § 23; in modo conforme cfr. Conseil d'État 6 ottobre 2021, n. 446945; Conseil d'État, 31 dicembre 2020, n. 436689; Conseil d'État, 8 giugno 2016, n. 394348.

²⁸ Relazione di accompagnamento al Disegno di legge per la conversione in legge del Decreto-legge ottobre 2018, n. 113, p. 3.

²⁹ British Nationality Act 1981, section 40.

³⁰ Le stesse linee guida emanate per ovviare al problema menzionato non sembrano essere risolutive, come nel caso di quelle del Ministero degli interni britannico, in cui per «*conduciveness to the public good*» si intende la revoca della cittadinanza sulla base del coinvolgimento del soggetto in azioni di terrorismo, spionaggio, crimine organizzato, crimini di guerra o molto più indistintamente «*unacceptable behaviours*», cfr. *Deprivation and nullity of British citizenship: nationality policy guidance*, 2017, ch. 55, art. 55.4.4

³¹ L. Reyntjens, *Citizenship Deprivation under the European Convention-System: A Case Study of Belgium*, in *Statelessness & Citizenship Review*, 2019, p. 263 ss.

Ora, se l'intento declamato è quello di contrastare il fenomeno del terrorismo che costituisce minaccia grave all'ordine pubblico e alla sicurezza della comunità, è lecito interrogarsi sulla ragione di detta differenza di trattamento – con il rischio discriminatorio che ne deriva³² - che parrebbe andare in contraddizione con l'obiettivo perseguito, potendosi ben avere minacce terroristiche da parte di cittadini per così dire «originari» e mono-nazionali.

Va detto che, in linea generale, un differente trattamento tra cittadini non è da escludersi *a priori* laddove però non sia irragionevole ed arbitrario, risultando altrimenti compromesso il principio costituzionale di eguaglianza e di non discriminazione³³.

A tal proposito, la giurisprudenza nazionale e quella sovranazionale, così come le relazioni di accompagnamento ai testi normativi, appaiono attraversate da alcune argomentazioni ricorrenti, - ora maggiormente tecnico-giuridiche, ora invece di natura retorico-politica - tutte tese comunque a giustificare la distinzione in «categorie» di cittadini: la piena discrezionalità del legislatore nel conferire e revocare la cittadinanza; la presunzione di legami culturali e valoriali maggiormente forti e radicati in coloro i quali sono cittadini per nascita rispetto a quelli naturalizzati; la tendenziale analogia della condizione del richiedente la cittadinanza con quella del naturalizzato al quale invece la si revoca; la tendenziale analogia della condizione dello straniero residente di lunga durata che delinque con quella del cittadino naturalizzato condannato per fatti di terrorismo.

Procediamo con ordine.

4.1 Discrezionalità del legislatore e condizione peculiare del cittadino «nativo»

Le interpretazioni offerte dalla giurisprudenza, anche a livello costituzionale, sembrano condividere un nucleo argomentativo che si fonda massimamente su una duplice polarità.

La prima, consiste nell'ampia discrezionalità degli Stati e dei loro governi in materia di cittadinanza, tanto in termini di conferimento quanto con riguardo alla eventuale revoca. Così, la Corte costituzionale belga afferma che – a meno di una disposizione manifestamente irragionevole – il legislatore gode di ampio «*pouvoir d'appréciation*» che ben si può esplicitare nella identificazione di «*catégories de Belges*» che posso essere destinatari di provvedimenti di decadenza ed altre per le quali questa possibilità deve essere esclusa³⁴. La Corte costituzionale francese, pur labialmente

³² Consiglio d'Europa, Assemblea Parlamentare, Risoluzione, 25 gennaio 2019, n. 2263, *Withdrawing Nationality as a Measure to Combat Terrorism: a Human Rights-Compatible Approach?*, punti n. 6 e 9.5.

³³ Cost., 24 febbraio 1994, n. 62; Cost., 28 novembre 2005, n. 432; Cost., 7 febbraio 2011, n. 40.

³⁴ Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.5. Vedi anche Cour constitutionnelle Belgique, 14 maggio 2009, n. 85/2009, par. B. 7.

ribadendo l'identità della condizione giuridica tra coloro che hanno acquisito la cittadinanza e quelli ai quali è stata attribuita per nascita, tuttavia afferma che il legislatore può – tenuto conto «*de l'objectif tendant à renforcer la lutte contre le terrorisme*» – prevedere la possibilità per l'autorità amministrativa di disporre la decadenza della cittadinanza per i cittadini non nativi «*sans que la différence de traitement qui en résulte viole le principe d'égalité*»³⁵. Il principio di uguaglianza, si precisa, non impedisce al legislatore di disciplinare in modo diverso situazioni diverse, o di derogare all'uguaglianza «*pour des raisons d'intérêt généraux*»³⁶. Conseguentemente, il Consiglio di Stato francese ne desume la non applicabilità ai casi di revoca della cittadinanza dell'art. 14 CEDU in materia di divieto di discriminazione³⁷.

Altro aspetto invece è quello relativo a una presunzione («*assoluta*» in alcuni percorsi logico-argomentativi) che vuole il cittadino «nativo» animato da sentimenti di attaccamento alla patria che si assumono essere maggiormente forti e stabili rispetto a colui il quale ha acquisito la cittadinanza con altre modalità e che sia titolare di doppia cittadinanza.

Assunto, invero, già presente nella stessa giurisprudenza EDU in materia di ricongiungimento familiare, laddove si afferma «*there are in general persuasive social reasons for giving special treatment to those whose link with a country stems from birth within its*»³⁸.

³⁵ Conseil constitutionnelle, 16 luglio 1996, n. 96-377 DC, par. 23. Conforme, Conseil constitutionnelle, 23 gennaio 2015, n. 2014-439 QPC, par. 13. Cfr. in dottrina F. Luchaire, *Le Conseil constitutionnel devant la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes dépositaires de l'autorité publique*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1996, p. 1245 ss.; F. Le Gunhec, *Aperçu rapide sur la loi du 22 juillet 1996 tendant à renforcer la répression du terrorisme*, in *La Semaine juridique*, 1996, p. 1 ss.; P. Spitz, *À propos de la décision du Conseil constitutionnel n. 96-377 DC du 16 juillet 1996 sur la loi tendant à renforcer la répression du terrorisme*, in *Revue française de droit administratif*, 1997, p. 538 ss.; R. Denis, *Le Conseil constitutionnel face au renforcement de la répression du terrorisme*, in *La Gazette du Palais*, 1997, p. 2 ss.; C. Teitgen-Colly e F. Laferrière, *Atti di terrorismo e diritti degli stranieri*, in *AJDA*, 1996, p. 86 ss.

³⁶ Conseil constitutionnelle, 23 gennaio 2015, n. 2014-439 QPC, par. 10. Cfr. in dottrina, P. Spinosi, *Le Conseil constitutionnel encadre le pouvoir du législateur pour déchoir de leur nationalité les terroristes*, in *La Semaine juridique*, 2015, p. 190 ss.; C. Chassang, *Constitutionnalité de la déchéance de nationalité pour acte de terrorisme*, in *Actualité juridique*, 2015, p. 201 ss.; B. Pauvert, *Autour de la déchéance et du retrait de la nationalité française*, in *Actualité juridique*, 2015, p. 1000 ss.; P. Lagarde, *Note sous décision n. 2014-439 QPC*, in *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 115 ss.; N. Catelan, *Conformité de la déchéance de nationalité applicable aux terroristes*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2015, p. 715 ss.; F. Millet, *Full-fledged citizens vs. citizens on probation in France. On the Conseil constitutionnel judgment relating to deprivation of nationality*, in *SIDBlog*, 2016, p. 5 ss.; S. Fabianelli, *Liberté, (in)égalité, fraternité: un caso di cittadinanza negata*, in *Quaderni cost.*, 2015, p. 765 ss.

³⁷ Conseil d'Etat, 18 giugno 2003, n. 251299. Cfr. in dottrina P. Wautelet, *Deprivation of citizenship for 'jihadists'. Analysis of Belgian and French practice and policy in light of the principle of equal treatment*, in P. Kruijger (ed.), *Jihad, Islam en Recht. Jihadisme en reacties vanuit het Nederlandse en Belgische recht*, 2016, p. 49 ss.; E. Fargues, *The revival of citizenship deprivation in France and the UK as an instance of citizenship renationalisation*, in *Citizenship Studies*, 2017, p. 984 ss.

³⁸ Corte EDU, 28 maggio 1985, ric. 9214/80, 9473/81, 9474/81, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, par. 88: «*(...) The difference of treatment must therefore be regarded as having had an objective and reasonable justification and, in particular, its results have not been shown to transgress the principle of proportionality*».

Ecco che, proprio in forza della sola considerazione della nascita da genitori belgi, si argomenta ad esempio che tali cittadini possono essere ritenuti come «*entretenant des liens particulièrement forts avec la communauté nationale*»³⁹ e che pertanto tale differenziazione assurge a «*critère de distinction objectif et pertinent*»⁴⁰.

Tuttavia, pare lecito interrogarsi sulla ragionevolezza e fondatezza di tale assunto. Infatti, se si osserva l'intera vicenda, non dalla prospettiva delle modalità di acquisizione della cittadinanza, ma da quella della realtà e forza dei vincoli creatisi, una verità ben diversa si disvela: è il caso, ad esempio, di quel minore, nato da cittadini stranieri residenti in un altro stato rispetto a quello di origine, che molto plausibilmente maturerà delle connessioni e dei legami di gran lunga maggiori rispetto a quelle con il paese di cui è cittadino iure sanguinis (ma del quale non di rado misconosce persino la lingua); similmente per colui il quale viene naturalizzato al compimento del diciottesimo anno di età o dopo un periodo lungo di residenza ininterrotta⁴¹.

Ma vi è di più, ed è qualcosa di nascosto ed implicito nelle trame argomentative di certe decisioni giudiziali.

Si prenda ad esempio la recente sentenza della Corte EDU avente ad oggetto l'eventuale violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (ex art. 8 CEDU) derivante dalla revoca della cittadinanza danese per fatti di terrorismo. Pur essendo in questo caso il soggetto nato e cresciuto in Danimarca, di nazionalità danese sin dalla nascita (oltre che tunisina per parte di madre), la Corte lo rappresenta – minimizzandone così implicitamente la storia personale di piena integrazione – come un «*settled migrant [...] who spent his whole childhood and youth in the host country*»⁴².

Così, accanto ad una argomentazione di tipo retorico, pseudo sociologica (quella della esistenza di legami culturali e valoriali maggiormente forti rispetto a quelli maturati dai cittadini naturalizzati), fa capolino una certa resistenza dei giudici, forse persino inconsapevole, ad ammettere la piena eguaglianza tra cittadini nativi e quelli naturalizzati e/o tra individui con mono-cittadinanza o con doppia cittadinanza.

4.2 Analogia tra concessione della cittadinanza e revoca della cittadinanza: la rilevanza giuridica della «la buona condotta» dell'individuo e il suo apprezzamento giurisprudenziale

Nello stesso modo in cui le discipline nazionali in materia di acquisizione della cittadinanza prevedono – seppur con diverse formulazioni - la «buona condotta» dello straniero richiedente, specularmente si argomenta la rilevanza giuridica del

³⁹ Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.6. Vedi anche Cour constitutionnelle Belgique, 14 maggio 2009, n. 85/2009, par. B. 8.

⁴⁰ Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.8.1. Similmente anche la giurisprudenza statunitense, cfr. US Supreme Court, *Schneider v. Rusk*, 377 U.S. 163, 168 (1964).

⁴¹ R. Baubock – V. Paskalev, *Cutting Genuine Links: A Normative Analysis of Citizenship Deprivation*, in Geo. Immigr. L.J., 2015, p. 47 ss.

⁴² Corte EDU, 3 marzo 2022, ric. 27801/19, *Johansen v. Denmark*, par. 76.

comportamento dello straniero naturalizzato ai fini di una eventuale revoca della cittadinanza concessa.

Nella relazione di accompagnamento al menzionato «decreto sicurezza» italiano – non dissimilmente da quanto avviene in altri ordinamenti giuridici⁴³ – si afferma che «(a)ppare ragionevole che le medesime valutazioni che portano al diniego della concessione della cittadinanza siano poste a fondamento della previsione della revoca del predetto status nei confronti dello straniero che anche se nato in Italia si sia rivelato pericoloso per la sicurezza dello Stato per aver compiuto atti terroristici»⁴⁴.

Con un taglio leggermente differente, il Governo inglese – in sede di scrutinio della disciplina sull'immigrazione, con particolare riferimento al trattamento riservato ai soli cittadini naturalizzati⁴⁵ – osserva che esso si basa su di una «*objective and reasonable justification*», fondata sulla considerazione che questi – a differenza dei nativi – hanno espressamente scelto i «*British values*» ed hanno acquisito la cittadinanza proprio sulla base del loro «*good character*», e pertanto risulta «*appropriate*» la misura della revoca nell'ipotesi in cui la loro condotta risulti difforme.

A ben vedere, la costruzione simmetrica qui identificata la si ritrova pure nella recente giurisprudenza EDU, laddove si afferma che, poiché la perdita della cittadinanza risulta avere un impatto sul diritto al rispetto della vita privata e familiare (ex art. 8 CEDU) «identico» a quello del diniego di concessione della cittadinanza, non vi è motivo di distinguere le situazioni e di applicare criteri di valutazioni differenti (rispetto a quelli della proporzionalità e non arbitrarietà) per valutare la conformità della revoca alle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁶.

⁴³ In Spagna, *Proposición de Ley relativa a la modificación del régimen jurídico de la nacionalidad*, 19 novembre 2021, p. 5: «*Así pues, la privación de la nacionalidad por este tipo de actos se trata de una aplicación sensu contrario de la exigencia de buena conducta que le es inherente a la persona al adquirir la nacionalidad, de acuerdo con el deber impuesto por el CC*». Cfr. L. Moreno Blesa - E. Alba Ferré, *El derecho de nacionalidad y extranjería para combatir los actos de terrorismo*, in *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, 2019-2020, p. 413 ss.

⁴⁴ Disegno di legge per la conversione in legge del decreto-legge 113/2018, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata - Relazione, p. 10. In dottrina, cfr. A. Mitrotti, *Il rovesciamento di prospettiva sulla misura di revoca della cittadinanza nel 'dibattuto' Decreto sicurezza 'Salvini'*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2019, p. 65, ss. p. 75: «si potrebbe anche sostenere che una volta acquisita la cittadinanza per concessione non sussistano (o quanto meno non dovrebbero sussistere) differenze tra cittadini (per *ius sanguinis* e *ius soli*) eppure non è difficile argomentare che se l'acquisto della cittadinanza è preventivamente escluso per la sussistenza dei motivi di sicurezza della Repubblica non si vede il perché per quegli stessi motivi di sicurezza (per altro valutati ed accertati nel corso di un processo penale solennemente celebrato e coperto dal giudicato) non si possa anche revocare la medesima cittadinanza concessa».

⁴⁵ Human Rights Joint Committee, Twelfth Report, *Legislative Scrutiny: Immigration Bill (Second Re-port)*, 2014, par. 50, <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/>.

⁴⁶ Corte EDU, 17 ottobre 2016, ric. 76136/12, *Ramadan v. Malta*, par. 85.

Orientamento che sembra trovare un certo sostegno nella circostanza che la CEDU non tutela espressamente né il diritto ad acquisire la cittadinanza, né quello a mantenere la stessa.

Tuttavia, non pare corretto sovrapporre e confondere la condizione dello straniero richiedente la cittadinanza con quello del cittadino a mantenerla⁴⁷.

Come anche di recente sintetizzato da una serie di pronunce della V sezione del TAR Lazio⁴⁸ l'ampia discrezionalità dello Stato nel concedere la cittadinanza è funzionale a ponderare ogni elemento utile al fine di valutare la sussistenza di un concreto interesse pubblico ad accogliere in modo stabile un nuovo componente all'interno della comunità nazionale, valutare quindi – anche in una dimensione prognostica – «l'ottimale inserimento del soggetto interessato nel contesto sociale del Paese ospitante», nonché la sua attitudine ad assumere tutti i doveri ed oneri discendenti dall'essere cittadino, tra cui «quello di contribuire al progresso del Paese e di assumersi obblighi di solidarietà economica e sociale nei confronti della collettività di nuova appartenenza, in primis quello di non pregiudicare la sicurezza degli altri membri». Tale ampiezza discrezionale nel concedere la cittadinanza troverebbe il suo contraltare nella stabilità dello status di cittadino, nella sua (sino a ieri) irrevocabilità, tanto da suggerire un esercizio «cauto» del potere concessorio⁴⁹. L'assenza di precedenti penali, la sussistenza di redditi sufficienti a sostenersi, una condotta di vita che esprima integrazione sociale e rispetto dei valori di convivenza civile sono tutte circostanze che rappresentano il suggello, sul piano giuridico, di un processo di integrazione portato a compimento con successo⁵⁰.

Il quadro logico-argomentativo appena illustrato non risulta però consistente e coerente se lo si vuole traslare nell'ambito di un procedimento di revoca della cittadinanza: qui il sindacato sulla condotta del cittadino naturalizzato non pare avere altro fondamento e ragione se non quello di (ulteriormente) sanzionare comportamenti devianti⁵¹, e ciò per altro con buona pace della disposto costituzionale in base al quale nessuno può essere privato, per motivi politici, della cittadinanza (art. 22 Cost.)⁵².

⁴⁷ Cfr. a riguardo al dissenting opinion del giudice Pinto de Albuquerque, Ramadan v. Malta, cit., par. 24: «*It is high time for the Court to recognise explicitly that State citizenship belongs to the core of someone's identity, which is protected by Article 8 of the Convention. This is an autonomous Convention human right. This right to citizenship should neither be amalgamated with the right of an alien to enter, reside or work in a particular country, nor with the alien's right to family life.*»

⁴⁸ TAR Lazio, n. 2943, 2944, 2947, 3018 e 3471 del 2022.

⁴⁹ Cons. Stato, 03 ottobre 2007, n. 5103.

⁵⁰ TAR Lazio 02 marzo 2023, n. 3559.

⁵¹ Cfr. E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro" Considerazioni sulla "revoca" della cittadinanza*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2019, che ritiene tale misura una «sanzione afflittiva»

⁵² In cui la formula «motivi politici» è accolta nell'accezione più ampia, ovvero di motivi connessi agli «interessi pubblici della comunità», cfr. U. De Siervo, *Art. 22*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1978, p. 13.

4.3 *Analogia tra condizione dello straniero residente di lunga durata che delinque con quella del cittadino naturalizzato condannato per fatti di terrorismo*

Un aspetto che pare essere passato inosservato nei commenti della dottrina è quello di una certa simmetria tra i ragionamenti dei giudici relativi alla legittima applicazione della revoca della cittadinanza per fatti di terrorismo e quelli, già espressi in sede giurisprudenziale, inerenti alla espulsione dello straniero che delinque e da lungo residente.

In tale ultimo caso, si è posto, e si pone, il problema della conformità del provvedimento di espulsione – teso alla tutela della sicurezza nazionale e dell'ordine pubblico⁵³ - con il rispetto della vita privata e familiare dell'individuo (ex art. 8 CEDU).

Ebbene, la giurisprudenza EDU, sin dai primi anni duemila, ha elaborato un serie di criteri per valutare se la misura sia giustificata da una prevalente urgenza sociale e proporzionata rispetto allo scopo legittimo perseguito: ecco allora che è necessario tenere in considerazione la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato nel Paese dal quale deve essere espulso; il periodo di tempo trascorso dall'infrazione e il comportamento del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità dei vari soggetti coinvolti; la situazione familiare del ricorrente (durata del matrimonio, prove di una «real and genuine family life», ed eventuale presenza di figli)⁵⁴.

Quello che appare essere accaduto è una mera trasposizione dei menzionati standard di valutazione utilizzati in tema di espulsione dello straniero da lungo soggiornante, macchiatosi di «*particularly serious offences affecting state security*»⁵⁵, nell'ambito, assai ben diverso, della revoca della cittadinanza e della eventuale espulsione dello straniero naturalizzato. E ciò tanto a livello del dato positivo (si pensi agli aspetti sopra analizzati relativi alla gravità della condotta e al tempo entro il quale esperire l'azione di revoca rispetto al momento della naturalizzazione e/o al momento della commissione del reato), quanto nell'ambito delle decisioni della giurisprudenza.

Così avviene che, la stessa Corte EDU, nel summenzionato caso *Johansen v. Denmark* in materia di revoca della cittadinanza per fatti di terrorismo, riprenda pedissequamente i criteri elaborati nella giurisprudenza in materia di espulsione dello «straniero» che delinque per valutare - questa volta - la proporzionalità del provvedimento di espulsione del «cittadino» che commette certi reati⁵⁶.

È allora lecito domandarsi, nuovamente, se tale operazione tecnico-giuridica (che appare comunque forzata, considerato lo status differente dei destinatari dei provvedimenti: stranieri in un caso, cittadini nell'altro), non riveli in realtà una mera

⁵³ Corte EDU, 18 ottobre 2006, ric. 46410/99, *Uner c. Pays-Bas*, par. 56.

⁵⁴ Corte EDU, 2 agosto 2001, ric. 54273/00, *Boultif c. Suisse*, par. 48; Corte EDU, *Uner c. Pays-Bas*, cit., par. 57 e 58; Corte EDU, 23 giugno 2008, ric. 1638/03, *Maslow v. Austria*, par. 48.

⁵⁵ Raccomandazione del Consiglio d'Europa, *Non-expulsion of long-term immigrants*, 14 marzo 2001, n. 1504/2001, art. 11, lett.g.

⁵⁶ Cfr. da ultimo Corte EDU, 3 marzo 2022, ric. 27801/19, *Johansen v. Denmark*, par. 75 ss.

volontà di politica del diritto tesa a costruire categorie differenziate di cittadinanza con maggiori o minori garanzie sulla permanenza dei diritti associati allo *status*.

5. Revoca della cittadinanza per fatti di terrorismo e i suoi limiti

La disciplina sull'acquisto e perdita della cittadinanza (così come in materia di ingresso e soggiorno nel territorio nazionale) viene considerata nella competenza esclusiva degli Stati, che tuttavia si devono conformare agli obblighi internazionali assunti dagli stessi⁵⁷.

In tale prospettiva, dunque, è necessario primariamente che le norme in materia di revoca della cittadinanza siano rispettose di quelle internazionali sul contrasto all'apolidia⁵⁸.

In secondo luogo, poi, nella misura in cui il provvedimento di revoca interferisce con uno dei diritti sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo - e nell'ottica scelta nel presente lavoro, con il diritto al rispetto della vita privata e familiare dell'individuo (ex art. 8 CEDU) - esso dovrà potersi configurare come una misura che, in una società democratica, è «necessaria alla sicurezza nazionale». L'espressione «necessario» implica una «pressante esigenza sociale» che giustifichi l'interferenza dello Stato - comunque sempre necessariamente «proporzionata» rispetto al fine legittimo perseguito - con il diritto sancito dalla Convenzione.

Infine, in una prospettiva di diritto europeo, la Corte di Giustizia UE ha affermato che laddove la revoca della cittadinanza di uno degli Stati Membri implica anche la perdita dello status di cittadino dell'Unione (ex art. 20 TFUE), essa dovrà rispondere ad un interesse generale dello Stato e risultare «proporzionata con riferimento alle conseguenze che essa determina sulla situazione di ogni interessato e, se del caso, su quella dei suoi familiari»⁵⁹.

Quanto detto, dunque, conduce ad una prima riflessione che tende a smentire la declamazione in base alla quale la regolazione della cittadinanza si esaurisce tutta

⁵⁷ C. Cipolletti, *La privazione della cittadinanza nel contrasto ai foreign terrorist fighters e il diritto internazionale*, in *Riv. dir. int.*, 2016, p. 117 ss.; E. Cloots, *The Legal Limits of Citizenship Deprivation as a Counterterror Strategy*, in *European Public Law*, 2017, p. 57 ss.

⁵⁸ Convenzione sullo statuto degli apolidi, New York, 28 settembre 1954; Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, New York, 30 agosto 1961.

⁵⁹ Corte giust., 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottmann*, par. 56; Corte giust., 12 marzo 2019, C-221/17, *M.G. Tjebbes e altri c. Minister van Buitenlandse Zaken*, par. 48; Corte giust., 7 luglio 1992, C-369/90, *Mario Vicente Micheletti e altri c. Delegation del Gobierno en Cantabria*, par. 10; Corte giust., 20 febbraio 2001, C-192/99, *Kaur*, c. *Secretary of State for the Home Department*, par. 19.

Cfr. in dottrina R. Palladino, *Cittadinanza europea, perdita della cittadinanza nazionale e "due regard" per il diritto dell'Unione Europea*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 2019; W.T. Worster, *European Union citizenship and the unlawful denial of member state nationality*, in *Fordham International Law Journal*, 2020, p. 767 ss.; K. Kruma, *EU Citizenship, Nationality and Migrant Status: An Ongoing Challenge*, Leiden/Boston, 2014, p. 31 ss.

all'interno di una data giurisdizione nazionale: di certo gli Stati godono di un ampio margine di discrezionalità con riguardo ai criteri di acquisizione e perdita della cittadinanza, ma questi criteri non possono essere arbitrari⁶⁰.

Su queste premesse è possibile ora procedere nella disamina dei tre contesti suindicati.

5.1 *Privazione della cittadinanza e divieto di apolidia*

La Convenzione sulla riduzione dell'apolidia fa divieto alle Parti sottoscrittrici di privare della cittadinanza l'individuo nell'ipotesi in cui ciò renda il soggetto apolide⁶¹. Invero, si prevedono deroghe al già menzionato principio qualora lo Stato, al momento della sottoscrizione della stessa Convenzione, decida di riservarsi il diritto di revocare la cittadinanza in situazioni in cui, la persona, «incompatibilmente con il suo dovere di lealtà (...) si sia comportata in modo da recare grave pregiudizio agli interessi vitali dello Stato»⁶²: gli «atti terroristici» rientrano nell'ambito di applicazione di detta disposizione⁶³.

Ora, appare interessante osservare come nelle trame del dato positivo e della sua interpretazione giurisprudenziale tale obbligo venga recepito e metabolizzato.

Ad eccezione dell'Italia, in tutti gli ordinamenti qui esaminati, la disciplina in argomento prende in considerazione il rischio dell'apolidia, talvolta – come in Francia⁶⁴ e in Belgio⁶⁵ – in cui la revoca è possibile solo laddove l'individuo abbia una doppia cittadinanza, così che, perdendone una, non diventi comunque «apatride»; tale altra – è il caso del Regno Unito – in cui si prevede, al fine di superare il divieto assoluto di apolidia, uno standard più stringente di valutazione che, unitamente alla menzionata «*conductiveness to public good*», impone di stabilire se il soggetto abbia avuto una condotta tale da risultare «*seriously prejudicial to the vital interests of the United Kingdom*»⁶⁶.

Quanto alla disciplina italiana, essa non distingue tra coloro i quali hanno la doppia cittadinanza o esclusivamente quella nazionale, rendendo in tal modo il rischio di apolidia concreto. Si condivide pertanto l'opinione di chi ritiene che la disciplina

⁶⁰ W.T. Worster, *European Union Citizenship and the Unlawful Denial of Member State Nationality*, in *Fordham Int'l L.J.*, 2020, p. 767 ss.

⁶¹ Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dell'apolidia, New York, 30 agosto 1961, art. 8.1.

⁶² Convenzione delle Nazioni Unite sulla riduzione dell'apolidia, art. 8.3.a.ii.

⁶³ UNHCR, *Linee guida in materia di apolidia n. 5*, maggio 2020, par. 61-66.

⁶⁴ Code civil, art. 25.

⁶⁵ Code de la nationalité belge, art. 23/2, § 2.

⁶⁶ Tuttavia, sulla necessità di possedere la doppia cittadinanza al momento del provvedimento di revoca cfr. *S.SHD v. Al-Jedda*, [2013] UKSC 62, par. 30-34; *Abu Hamza v. Secretary of State for the Home Department*, SC/23/2003.

sulla revoca della cittadinanza risulti incostituzionale, in *parte qua*, in relazione all'art. 117, c. 1 Cost.⁶⁷.

Sin qui il dato normativo. Tuttavia, appare di un certo interesse quanto emerge dalla giurisprudenza a livello nazionale e sovranazionale e che può essere sintetizzato nel modo che segue.

Innanzitutto, vengono sistematicamente rigettate le argomentazioni di parte, fondate sulla sostanziale estraneità dell'individuo binazionale, destinatario della misura di revoca, rispetto all'altra nazionalità residua: paesi di origine in cui il soggetto talvolta non è mai stato, di cui non conosce la lingua, e con il quale non si hanno legami di alcun tipo. L'apolidia *de facto* non ha, è proprio il caso di dire, «cittadinanza» nei percorsi logico-argomentativi dei giudici.

L'approccio della giurisprudenza sembra così arroccato su di un dato meramente formale (la binazionalità dell'individuo), con buona pace di quanto invece viene preteso sul versante opposto, ovvero quello dell'acquisto della cittadinanza, in termini di assoluta necessità di un legame sostanziale dell'individuo con un dato paese.

Nessuna rilevanza ha poi la circostanza che lo stato della nazionalità residua possa non essere disposto ad accogliere sul proprio territorio chi, destinatario di una misura di deprivatione della cittadinanza, sia stato espulso per motivi di terrorismo da un dato paese⁶⁸; o egualmente, l'incertezza giuridica di riacquistare la cittadinanza originaria, che - in base alla normativa del paese in cui si è nati - si è persa nel momento in cui si è acquisita una seconda cittadinanza per naturalizzazione⁶⁹; o perfino la circostanza che le autorità del paese della presunta seconda nazionalità si rifiutino pubblicamente, comunque in costanza di un dato normativo di incerta interpretazione, di riconoscere la cittadinanza all'individuo espulso⁷⁰. I giudici sembrano pertanto cedere a quanto potrebbe essere definito un «*argumentum ad ignorantiam*»: l'incertezza giuridica vale da sé a fondare la legittimità della revoca.

⁶⁷ P. Morozzo della Rocca, *Sulla revocabilità della cittadinanza a causa della commissione di alcuni reati*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, <https://journals.uniurb.it/index.php/cgdv/article/view/3338>, 2022, p. 9 ss.; L. Viola, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in *Dir. Imm. Citt.*, 1, 2021, p. 86 ss., p. 113; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi*, www.federalismi.it, 22, 2018, p. 13 ss.; N. Colacino, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2017, p. 248 ss.; A. Cozzi, *L'ordine logico di esame della violazione dell'art. 117, c. 1, Cost. nella giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 2018, p. 174 ss.; A. Ruggeri, *Un'opportuna messa a punto dei rapporti tra CEDU e Costituzione, nella opinione di P. Pinto de Albuquerque in G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2, 2020, p. 126 ss.

⁶⁸ *Pham v. Secretary of State for the Home Department*, cit., par. 38; *B2 v. The Secretary of State for the Home Department*, [2013] EWCA Civ 616, par. 96.

⁶⁹ *Al Jeddah v. Secretary of State for the Home Department*, SIAC SC/66/2008, 26 novembre 2010; *Y1 v. Secretary of State for the Home Department*, SIAC SC/112/2011, 18 maggio 2012.

⁷⁰ *Shamima Begum v. The Secretary of State for the Home Department* (7 febbraio 2020), Appeal no. SC/163/2019.

5.2 Revoca della cittadinanza e diritto al rispetto della vita privata e familiare ex art. 8 CEDU

Mentre la misura della privazione della cittadinanza viene generalmente valutata compatibile col diritto al rispetto delle relazioni familiari (laddove però essa non comporti necessariamente ed automaticamente l'espulsione⁷¹ o nell'ipotesi in cui il coniuge e/o i figli siano pronti e in grado a trasferirsi nel paese di origine dell'espulso⁷², o si siano allontanati volontariamente dal territorio nazionale⁷³), più articolata invece appare l'argomentazione giuridica inerente al diritto al rispetto della vita privata.

Essendo la cittadinanza, infatti, «*un élément constitutif de l'identité de la personne*»⁷⁴, la sua revoca comporta di per sé una incidenza negativa nella sfera personale dell'individuo, e ciò a prescindere dall'espulsione dello stesso dal territorio nazionale, poiché l'idoneità del soggetto a rimanere entro i confini nazionali «*s'en trouve fragilisée*»⁷⁵.

Come bene poi ha rilevato il Conseil d'État in Francia, l'intensità con cui la revoca incide sulla identità della persona, compromettendo il suo diritto al rispetto della vita privata, è strettamente correlata al «*mode et a la date d'acquisition de la nationalité*»⁷⁶.

Il vaglio operato dalla Corte EDU sulle misure di decadenza è articolato su due piani: il primo è inerente all'assenza di «arbitrarietà» nella decisione dell'autorità pubblica (nel senso della sua legalità, dell'esistenza di adeguate garanzie procedurali, e in termini di diligenza e prontezza della autorità pubblica nel promuovere la revoca)⁷⁷; il secondo profilo è quello relativo alle conseguenze subite dall'individuo⁷⁸, che devono risultare «proporzionate» rispetto all'obiettivo della sicurezza nazionale⁷⁹.

Ecco allora che la Corte EDU ha valutato non arbitrario il provvedimento di revoca emesso nei confronti di un *foreign fighter* inglese, allontanatosi spontaneamente dal territorio del Regno Unito, e al quale non viene concesso il rientro in patria per fare appello contro tale decisione: l'art. 8 CEDU, si afferma, non impone alcun obbligo

⁷¹ Corte EDU, 16 novembre 2020, ric. 52273/16, *Ghoumid et Autres c. France*, par. 42. Per la Francia cfr. Conseil d'Etat, 20 novembre 2015, n. 394339 e Conseil d'Etat, 26 settembre 2007, n. 301145; per il Belgio, cfr. Cour constitutionnelle Belgique, 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.15.2 e B.16.

⁷² Corte EDU, 22 gennaio 2019, ric. 74411/16, *Said Abdul Salam Mubarak v. Denmark*, par. 76-77.

⁷³ Corte EDU, 7 febbraio 2017, ric. 42387/13, *K2 v. United Kingdom*, par. 62.

⁷⁴ Corte EDU, *Ghoumid et Autres c. France*, cit., par. 43; Corte EDU, 26 settembre 2014, ric. 65192/11, *Mennesson c. France*, par. 97; Corte EDU, 11 ottobre 2011, ric. 53124/09, *Genovese c. Malta*, par. 33. Cfr. altresì giurisprudenza francese Conseil d'État 6 ottobre 2021, n. 446945; Conseil d'État, 31 dicembre 2020, n. 436689.

⁷⁵ Corte EDU, *Ghoumid et Autres c. France*, cit., par. 49

⁷⁶ Conseil d'État, 30 novembre 2021, n. 450553.

⁷⁷ Corte EDU, 21 giugno 2016, ric. 76136/12, *Ramadan v. Malta*, par. 86-89.

⁷⁸ Corte EDU, 3 marzo 2022, ric. 27801/19, *Johansen v. Denmark*, par. 45; Corte EDU, 14 febbraio 2019, ric. 74411/16, *Mansour Said Abdul Salam Mubarak v. Denmark*, par. 62.

⁷⁹ Corte EDU, *Ghoumid et Autres c. France*, cit., par. 44.

positivo agli Stati contraenti di facilitare il ritorno di soggetti privati della cittadinanza solo al fine di appellare la decisione di revoca⁸⁰.

Ed ancora, in un caso in cui la decisione sulla privazione della cittadinanza viene presa oltre dieci anni dopo la condanna per reati di terrorismo, si argomenta che – in presenza di eventi particolarmente gravi ed allarmanti (quali ad esempio la serie di atti terroristici di matrice islamica perpetrati in Francia nel 2015) - uno Stato possa riprendere in modo più stringente la valutazione del vincolo di «loyauté et de solidarité» esistente tra lo stesso e le persone precedentemente condannate per atti di terrorismo. Tale assunto comporterebbe, non senza una certa forzatura, che non siano viziosi da arbitrarietà quei provvedimenti di decadenza intervenuti anche a distanza di tempo considerevole rispetto alle sentenze di condanna degli interessati⁸¹.

Quanto al giudizio sulle conseguenze per l'individuo derivanti dalla privazione della cittadinanza, la Corte pone in essere una valutazione in ragione del singolo caso concreto.

Così, ad esempio, si è giudicata non sproporzionata quella misura di revoca laddove essa non implichi una condizione di apolidia⁸² (vedi paragrafo precedente), ovvero consenta comunque il soggiorno sul territorio nazionale, non comportando l'automatica espulsione dallo stesso⁸³.

Ed ancora, centrale e ricorrente nel giudizio di proporzionalità è la natura e la serietà della condotta delittuosa in ragione della sua offensività per la comunità.

La Corte EDU, che in passato ha più volte sottolineato come la violenza terroristica costituisca una minaccia grave per i diritti dell'uomo e la sicurezza nazionale⁸⁴, ha sancito che la decisione dei giudici francesi⁸⁵, inglesi⁸⁶, danesi⁸⁷ di revocare la cittadinanza a soggetti condannati per atti di terrorismo internazionale non

⁸⁰ Corte EDU, *K2 v. United Kingdom*, cit., par. 57.

⁸¹ Corte EDU, *Ghoulid et Autres c. France*, cit., par. 45: «(...) peut admettre toutefois qu'en présence d'événements de cette nature, un État puisse reprendre avec une fermeté renforcée l'évaluation du lien de loyauté et de solidarité existant entre lui-même et des personnes condamnées antérieurement pour un crime ou un délit constituant un acte de terrorisme...en conséquence ..., dans les circonstances particulières de l'espèce, le temps écoulé entre les condamnations des requérants permettant en droit français d'engager une procédure de déchéance de nationalité et la date à laquelle ces procédures ont été mises en oeuvre à leur égard ne suffit pas à lui seul pour entacher d'arbitraire la décision de les déchoir de la nationalité française».

⁸² Corte EDU, *Ghoulid et Autres c. France*, cit., par. 50; Corte EDU, *K2 v. United Kingdom*, cit., par. 62; Corte EDU, *Johansen v. Denmark*, cit., par. 60; Corte EDU, *Mansour Said Abdul Salam Mubarak v. Denmark*, cit., par. 69.

⁸³ Corte EDU, *Ghoulid et Autres c. France*, cit., par. 49; Corte EDU, *Ramadan v. Malta*, cit., par. 90.

⁸⁴ Corte EDU, 17 gennaio 2012, ric. 8139/09, *Othman (Abu Qatada) c. Regno Unito*, par. 183; Corte EDU, 4 settembre 2014, ric. 140/2010, *Trabelsi c. Belgio*, par. 117; Corte EDU, 2 giugno 2015, ric. 26417/10, *Ouabour c. Belgique*, par. 63; Corte EDU, 13 settembre 2018, ric. 58170/13, *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, par. 445.

⁸⁵ Corte EDU, *Ghoulid et Autres c. France*, cit., par. 51.

⁸⁶ Corte EDU, *K2 v. United Kingdom*, cit., par. 66.

⁸⁷ Corte EDU, *Johansen v. Denmark*, cit., par. 70.

integrale delle «*conséquences disproportionnées sur leur vie privée*»⁸⁸, in relazione all'interesse generale di tutela della comunità rispetto alla minaccia terroristica⁸⁹.

Ritorna a tal proposito rilevante – sia nella giurisprudenza EDU, così come in quella degli ordinamenti nazionali – il tema dell'attaccamento, in termini di fedeltà e lealtà, dell'individuo al proprio Paese.

Così se da un lato la Corte EDU non manca di rilevare – sposando in pieno le difese dei Governi nazionali - come le condanne penali per crimini di terrorismo rivelino di per sé che lo «*attachment to France and its values is of little importance for them in the construction of their personal identity*»⁹⁰, gli fanno eco i giudici degli ordinamenti nazionali che affermano che l'adesione ad una organizzazione terroristica «*démontré un rejet des valeurs propres à un Etat démocratique et un attachement très relatif à la démocratie belge*»⁹¹.

Pertanto, reati quali la partecipazione ad associazione a delinquere finalizzata alla preparazione di un atto di terrorismo⁹², il finanziamento al terrorismo internazionale⁹³, ovvero (in una logica preventiva) la frequentazione di estremisti islamici⁹⁴ e la partecipazione all'estero ad attentati terroristici⁹⁵, giustificano – attesa la natura e la gravità delle condotte - la revoca della cittadinanza, ponendosi essa come strumentalmente necessaria a garantire «l'incolumità pubblica, il mantenimento dell'ordine e la prevenzione dei reati».

5.3 Revoca della cittadinanza e rispetto del diritto UE

Come accennato, la competenza statale sulla perdita della cittadinanza ha subito negli anni, per via giurisprudenziale, una sorta di «comunitarizzazione» indiretta che impone agli Stati membri di tenere «in debito conto» il diritto comunitario laddove

⁸⁸ Corte EDU, *Ghoulid et Autres c. France*, cit., par. 51.

⁸⁹ Vedi altresì Corte EDU, *K2 v. United Kingdom*, cit., par. 66.

⁹⁰ Corte EDU, *Ghoulid et Autres c. France*, cit., par. 50. Conforme Corte EDU, *Johansen v. Denmark*, cit., par. 70: «*(...) in the Court's view, taking into account that the applicant was convicted of serious terrorist offences, which themselves constituted a serious threat to human rights, and which to a large extent showed his lack of attachment to Denmark and its values (...)*».

⁹¹ Cour de Cassation de Belgique, 24 aprile 2019, n. 20190424.4.

Cfr. in dottrina J. Lepoutre, *Le bannissement des nationaux – Comparaison (France-Royaume-Uni) au regard de la lutte contre le terrorisme*, in *Revue critique de droit international privé*, 1, 2016 p. 107 ss.; V. Geisser, *Déchoir de la nationalité des djihadistes "100% made in France": qui cherche-t-on à punir?*, in *Migrations Société*, 6, 2015, p. 3 ss.

⁹² Conseil d'État, 31 dicembre 2020, n. 436689.

⁹³ Conseil d'État 6 ottobre 2021, n. 446945; Conseil d'État, 08 giugno 2016, n. 394348; Conseil d'État, 8 giugno 2016, n. 394354; Conseil d'État, 11 maggio 2015, n. 383664.

⁹⁴ *Hilal Al-Jedda v. Secretary of State for the Home Department* (Deprivation of citizenship - Substantive - Dismissed) [2010] UKSIAC 66/2008 (26 novembre 2010), par. 39.

⁹⁵ *K2 v. Secretary of State for the Home Department* [2015] SC/96/2010 (22 dicembre 2015).

si corra il rischio di perdere la qualità di cittadino dell'Unione⁹⁶, giudicato «status fondamentale dei cittadini degli Stati membri»⁹⁷.

In tale prospettiva, la revoca della cittadinanza dovrà risultare rispondente ad un interesse generale dello stato e proporzionata con riferimento alle conseguenze che essa implica sulla vita dell'individuo e dei suoi familiari.

Quanto all'interesse pubblico, si è considerato legittimo, in un caso di cittadinanza acquisita fraudolentemente, «che uno Stato membro voglia proteggere il particolare rapporto di solidarietà e di lealtà tra esso e i propri cittadini nonché la reciprocità di diritti e di doveri, che stanno alla base del vincolo di cittadinanza»⁹⁸; così, in un'altra decisione relativa alla prolungata assenza dal territorio nazionale come legittimo motivo di revoca, si è qualificato alla stregua di «interesse generale» quello di tutelare la «effettività del legame»⁹⁹ tra lo stato e i propri cittadini.

⁹⁶ Corte giust., 2 marzo 2010, C-135/08, *Rottman*, par. 41: «il fatto che una materia rientri nella competenza degli Stati membri non impedisce che, in situazioni ricadenti nell'ambito del diritto dell'Unione, le norme nazionali di cui trattasi debbano rispettare quest'ultimo». Cfr. in dottrina T. De Pasquale, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto "europeizzato" di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 3-4, 2012, p. 445 ss.

⁹⁷ Corte giust., 19 ottobre 2004, C-200/02, *Zhu e Chen c. Secretary of State for the home department*, in Racc. p. I-9925, punto 25; Corte giust., 20 settembre 2001, C-184/99, *Grzeleczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in Racc. p. I-6193, punto 31; Corte giust., 17 settembre 2002, C-413/99, *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, in Racc. p. I-7091, punto 82.

⁹⁸ Corte giust., *Rottman*, cit., par. 51. Cfr. in dottrina, M.J. Van Den Brink, *EU Citizenship and EU Fundamental Rights: Taking EU Citizenship Rights Seriously?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2012, p. 273 ss.; R. Morris, *European Citizenship: Cross-Border Relevance, Deliberate Fraud and Proportionate Responses to Potential Statelessness*, in *European Public Law*, 2011, p. 417 ss.; N. Lazzarini, *Cittadinanza dell'Unione: uno status derivato...ma anche un pò autonomo. La sentenza della Corte di giustizia nel caso Rottman*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2010, p. 4 ss.; M. Castellaneta, *Lo Stato deve valutare gli effetti sul cittadino del provvedimento di revoca della naturalizzazione*, in *Guida al Diritto*, 2010, p. 97 ss.; F. Fabbrini, *La Corte di giustizia europea e la cittadinanza dell'Unione*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, p. 702 ss.; M.E. Bartoloni, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottmann*, in *Dir. um. dir. int.*, 2010, p. 423 ss.; T. Burri, B. Pirker, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt «Rottmann c. Freistaat Bayern»*, in *Riv. dir. un. eur.*, 2010, p. 651 ss.; M. Cortés, *Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, in *Rev. der. com. eur.*, 2010, p. 1 ss.; D. Kochenov, *Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 2 March 2010*, in *Com. mark. law. rev.*, 2010, p. 1831 ss.; L. Montanari, *I limiti europei alla disciplina nazionale della cittadinanza*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 948 ss.; A. Seling, *Case C-135/08 Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 2nd March 2010*, in *Maastricht JECL*, 2010, p. 470 ss.

⁹⁹ Corte giust., 12 marzo 2019, C-221/17, *M.G. Tjebbes e altri c. Minister van Buitenlandse Zaken*, par. 37-38. Cfr. in dottrina, K. Swider, *Legitimizing precarity of EU citizenship: Tjebbes*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1163 ss.; H. van Eijken, *Tjebbes in Wonderland: On European Citizenship, Nationality and Fundamental Rights*, in *EuConst*, 2019, p. 714 ss.; A. Yong, *The Future of EU Citizenship Status during Crisis - Is There a Role for Fundamental Rights Protection?*, in *J. Int'l & Comp. L.*, 2020, p. 471 ss.; M. Borraccetti, *Le misure di revoca della cittadinanza nazionale e il controllo di proporzionalità: la prospettiva europea*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2019, p. 190 ss.

La proporzionalità della misura è stata intesa dalla Corte, sia «in rapporto alla gravità dell'infrazione commessa dall'interessato, al tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca, nonché alla possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza di origine»¹⁰⁰, sia in relazione ai diritti fondamentali dell'individuo, primo tra tutti quello al rispetto della vita privata e familiare ex art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE¹⁰¹.

Decidendo su casi di revoca della cittadinanza per fatti di terrorismo, le Corti nazionali, rigettando sistematicamente le istanze in cui si lamenta la violazione del diritto UE, si limitano semplicemente a richiamare i menzionati casi¹⁰², o raramente a riportarne in *parte qua* le argomentazioni che si assumono pertinenti¹⁰³.

A differenza, però, di quanto accaduto dinanzi ai giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo, non si hanno decisioni della CGUE con riguardo alle ipotesi considerate nel presente lavoro.

Pare pertanto opportuno riflettere sulla piena rilevanza e pertinenza del menzionato orientamento giurisprudenziale ai casi che ci occupano.

Innanzitutto, va rilevato che tra le due decisioni sopra ricordate della Corte di giustizia, sembra più vicino alle fattispecie qui oggetto di studio quella in cui la Corte giudica della deprivatione della cittadinanza ottenuta grazie alla condotta fraudolenta del sig. Rottman: possiamo dunque dire che le discipline nazionali in materia di revoca della cittadinanza per fatti di terrorismo condividono con la disposizione tedesca, giudicata in *Rottman*, la filosofia di punire il comportamento del cittadino naturalizzato che non dimostra lealtà verso il nuovo Stato. Le similitudini, tuttavia, sembrano terminare qui, solo che si consideri la circostanza che le discipline studiate nel presente lavoro mirano a sanzionare, non un comportamento *contra legem* funzionale all'ottenimento della cittadinanza, ma una condotta illecita di un soggetto che è già cittadino.

Ancora, la legittimità della revoca della cittadinanza nel caso *Rottman* si fonda su di una circostanza del tutto peculiare, che ridimensiona sensibilmente la portata del precedente della Corte di Giustizia ad altre situazioni: la legittimità del provvedimento riposa, infatti, sul dato che proprio l'acquisto fraudolento della cittadinanza è una delle eccezioni espressamente indicate dalle Convenzioni internazionali che consente allo Stato di revocare la cittadinanza anche quando questo implichi la condizione di apolidia dell'individuo¹⁰⁴. Considerazioni che mantengono la loro validità – precisa la Corte¹⁰⁵ – anche laddove il cittadino dovesse perdere la cittadinanza dell'Unione.

¹⁰⁰ Corte giust., *Rottman*, cit., par. 56.

¹⁰¹ Corte giust., *M.G. Tjebbes e altri c. Minister van Buitenlandse Zaken*, cit., par. 45-46.

¹⁰² Cfr., ex multis, in Francia, Conseil d'État, 11 maggio 2015, n. 383664; Conseil d'État, 22 giugno 2022, n. 455395; in Belgio, Cour de Cassation de Belgique, 24 aprile 2019, n. 20190424.4.

¹⁰³ Cfr. Cour de cassation Belgique, 24 aprile 2019, n. P.19.0166.F.

¹⁰⁴ Cfr. Convenzione sulla riduzione della apolidia, art. 8.2.b e Convenzione europea sulla nazionalità, art. 7.1.b e 7.3. Cfr. Corte giust., *Rottman*, cit., par. 52-54.

¹⁰⁵ Corte giust., *Rottman*, cit., par. 54.

Ciò detto, e messi da parte i precedenti menzionati per le ragioni appena esposte, potrebbe bene pur argomentarsi che la legittimità della revoca nei confronti dei cittadini che hanno commesso atti di terrorismo si riscontra nella stessa Convenzione sulla riduzione dell'apolidia, laddove si autorizza lo Stato a revocare la cittadinanza nel caso in cui il cittadino abbia posto in essere una «*conduct seriously prejudicial to the vital interests of the State Party*»¹⁰⁶. In tale ipotesi, dunque, il giudice nazionale sarebbe chiamato a verificare se la decisione di revoca rispetti il principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze che essa determina in rapporto al diritto dell'Unione, con particolare riferimento alla perdita dello status di cittadino europeo¹⁰⁷.

Sempre nell'ambito del giudizio di proporzionalità, problematico invece rimane, a mente di chi scrive, l'applicabilità – evocata in Tjebbes – dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alle fattispecie in argomento. Ovvero, più nel dettaglio, la possibilità o meno di impiegare come parametro generale nei giudizi sulla validità delle normative nazionali, che dispongono la denazionalizzazione per fatti di terrorismo nei confronti dei cittadini naturalizzati, il diritto al rispetto della vita privata e familiare (ex art. 7 Carta) e il principio di non discriminazione (ex art. 21 Carta).

Il tema è complesso e meriterebbe una trattazione autonoma. Sia sufficiente qui ricordare che l'art. 51 della Carta dispone che essa si applica «agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione». È noto come le corti costituzionali¹⁰⁸, e la stessa Corte di giustizia¹⁰⁹, abbiano a più riprese ribadito il fatto che i principi contenuti nella Carta rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto dell'Unione è applicabile.

La disciplina della cittadinanza, di competenza esclusiva degli Stati membri, non può dirsi che *attui il diritto dell'Unione*. Si potrebbe allora lavorare ricostruttivamente provando a dimostrare che nelle regole sulla cittadinanza dei singoli Stati Membri si riscontra un nesso con il diritto dell'Unione tale da assoggettare la legislazione nazionale alle previsioni della Carta (e di conseguenza alla giurisdizione della Corte di giustizia): la mera affinità tra le materie (cittadinanza dello Stato/cittadinanza europea) non pare essere sufficiente, dovendosi invece provare «l'esistenza di un collegamento di una certa consistenza»¹¹⁰.

¹⁰⁶ Convenzione europea sulla nazionalità, art. 7.1.d.

¹⁰⁷ R. Morris, *European Citizenship: Cross-Border Relevance, Deliberate Fraud and Proportionate Responses to Potential Statelessness*, cit., p. 431: «(...) when will revocation of Member State nationality ever be proportionate? Presumably, it will be in cases of national security».

¹⁰⁸ Si vedano ad esempio le decisioni della Corte Cost. italiana: Cost., 18 luglio 2013, n. 210; Cost., 9 novembre 2011, n. 303; Cost., 7 marzo 2011, n. 80.

¹⁰⁹ Corte giust., 17 marzo 2009, C-217/08, *Mariano c. Istituto nazionale per l'assicurazione*; Corte giust., 5 ottobre 2010, C-400/10, *J. McB. c. L. E.*; Corte giust., 12 novembre 2010, C-399/10, *Krasimir e altri*.

¹¹⁰ Corte giust., 6 marzo 2014, C-206/13, *Siragusa c. Regione Sicilia*; Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*; Corte giust., 27 marzo 2014, C-265/13, *Emiliano*

Lo sforzo ricostruttivo necessario appare comunque importante e delicato.

6. Aporie e contraddizioni nelle *rationes* giurisprudenziali: il sostanziale fallimento della tutela multilivello

La sicurezza pubblica e la prevenzione dei crimini di terrorismo sul territorio nazionale sembrano – da quanto sin qui osservato – avere la meglio nel bilanciamento con i diritti individuali dello straniero naturalizzato derivanti dalla cittadinanza.

Va ricordato primariamente che con la metafora del «bilanciamento», diversamente da quanto si possa inferire intuitivamente dal termine impiegato, l'obiettivo non è quello di trovare un punto di equilibrio tra un principio, un diritto, un interesse e un altro, ma piuttosto quello di sacrificarne uno a favore di un altro, seppur in relazione ad un singolo caso concreto¹¹¹.

Appare di un certo interesse, ora, soffermarsi sulle tecniche e strategie argomentative utilizzate in sede giurisprudenziale per operare una tale scelta: una scelta, si ribadisce, che si contraddistingue per la natura eminentemente securitaria in un contesto emergenziale, o percepito come tale.

Innanzitutto, rilevano quelle dottrine che trovano nei legami autentici dell'individuo con il proprio Paese, e nella conseguente e necessaria dimensione di lealtà e fedeltà a fondamento della cittadinanza, il nucleo argomentativo dispiegato ora al fine di avallare la distinzione normativa (discriminante?) tra cittadini nativi e naturalizzati, rigettando le denunce di violazione del principio di eguaglianza; ora invece per giustificare la revoca della cittadinanza come misura proporzionata alla gravità e offensività della condotta (appunto infedele e sleale).

Tuttavia, come già in parte osservato, tale modo di concepire la cittadinanza – che viene fatto risalire in sede giurisprudenziale al noto caso *Nottebohm*¹¹² – appare avere delle connotazioni di a-scientificità ed enigmaticità¹¹³ che ne minano l'efficace utilizzo in sede ermeneutica.

Torralbo Marcos v Korota SA and Fondo de Garantía Salarial; Corte giust., 30 aprile 2014, C-390/12, *Pfleger*; Corte giust., 8 maggio 2014, C-483/12, *Pelckmans Turnhout NV contro Walter Van Gestel Balen NV*.

¹¹¹ P. Chiassoni, *La giurisprudenza civile, Metodi di interpretazione e tecniche di argomentazione*, Milano, 1999, p. 287; G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali: una mappa dei problemi*, in *Etica pol.*, 2006, p. 1 ss.

¹¹² Corte int. giust., 6 aprile 1955, *Liechtenstein v. Guatemala*. «According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other States».

¹¹³ K. Swider, *Legitimizing precarity of EU citizenship: Tjebbes*, in *Common Market Law Review*, 2020, p. 1167 ss.

La relazione di solidarietà o lealtà tra individuo e Stato, a cui spesso i giudici, anche europei, rinviano per giustificare le loro decisioni sulla deprivatione della cittadinanza¹¹⁴, pertiene infatti ad un sentire personale di ciascun individuo che mal si ataglia ad essere impiegato come criterio ermeneutico. Gli individui possono nutrire o meno un sentimento di solidarietà e lealtà nei confronti dello Stato, senza che tuttavia – nella stragrande maggioranza dei casi – questo sentire abbia alcun impatto e rilevanza sul loro status di cittadini; ed ancora, a tutto concedere alla teoria del *genuine link* come «essenza mistica» della nazionalità, i cittadini naturalizzati e binazionali possono bene nutrire rapporti ugualmente, e persino maggiormente, significativi e autentici rispetto a quelli condivisi dai cittadini nativi.

Quanto poi all'argomento, riemerso dopo essere stato da lungo abbandonato dai giudici¹¹⁵, del «patto» di lealtà tra individuo e Stato, non solo esso non può essere utilizzato – per forza di logica ancor prima che di fedeltà all'ordinamento giuridico – per fondare la revoca della cittadinanza nei confronti di solo alcune «categorie» di cittadini; ma la stessa revoca della cittadinanza, nei confronti di alcuni e non di tutti, va in contraddizione con il medesimo argomento (dal sentore vagamente naturalistico) del patto di lealtà, che promette invece uno status fondato sulla reciprocità, eguaglianza e perpetuità.

Secondariamente, come sopra descritto, si impiega l'argomento per «analogia» - rispettivamente alla condizione del richiedente la cittadinanza e allo straniero residente di lunga durata che delinque - per legittimare la distinzione di regime della revoca tra cittadini per nascita e cittadini naturalizzati.

Tale assimilazione tra condizioni, quella dello straniero (che chiede la cittadinanza o che delinque nel territorio in cui risiede temporaneamente) e quella del cittadino naturalizzato, non è tuttavia priva di conseguenze sistemiche: essa infatti pare sovvertire la costruzione stessa del concetto di cittadinanza delle democrazie occidentali in termini di diritto/status, per relegarla a mero «privilegio»¹¹⁶, in cui (ancora una volta) i caratteri della perpetuità, eguaglianza e reciprocità sono destinati ad un processo profondo di ripensamento e riconcettualizzazione¹¹⁷.

In terzo luogo, con attenzione esclusivamente al tema della revocabilità e revoca della cittadinanza, due riflessioni sembrano trovare campo.

¹¹⁴ Corte giust., *Rottman*, cit., par. 51, cit.; Corte giust., *M.G. Tjebbes e altri c. Minister van Buitenlandse Zaken*, cit., par. 34-35.

¹¹⁵ Cfr. *Calvin's Case* (1608), 77 ER 377, (1608) Co Rep 1a. Cfr. in dottrina P.J. Price, *Natural Law and Birthright Citizenship in Calvin's Case (1608)*, in *Yale J.L. & Human*, 1997, p. 73 ss.; K. Kim, *Calvin's Case (1608) and the Law of Alien Status*, in *J. Legal Hist.*, 1996, p. 155 ss.

¹¹⁶ S. Mantu, *Contingent citizenship*, Leiden, 2015, p. 173 ss.; F. Raimondo, *Il «privilegio» della cittadinanza: la revoca come strumento di contrasto al terrorismo. La riforma italiana nel contesto europeo*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 416 ss.;

¹¹⁷ I. Tyler, *Designed to Fail: A Biopolitics of British Citizenship*, in *Citizenship Studies*, 2010, p. 61 ss.; M. Bosworth - M. Guild, *Governing Through Migration Control*, in *British Journal of Criminology*, 2008, p. 703 ss.

In assenza di un diritto alla cittadinanza tutelato espressamente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le Corti nazionali non si impegnano in alcuno sforzo ricostruttivo (pure possibile) nel senso della cittadinanza in termini di diritto fondamentale tutelato dalla CEDU¹¹⁸; né tanto meno paiono concentrarsi sulla cornice dei diritti individuali fondamentali tutelati dalle rispettive Costituzioni al fine di fare argine alla revoca della cittadinanza posta in essere dall'esecutivo: nel caso italiano il sopra menzionato art. 22 Cost. Esse invece paiono limitarsi a richiamare l'assenza di un diritto individuale convenzionale a conservare la cittadinanza¹¹⁹, sancendo così sistematicamente nel caso concreto la legittimità della revoca disposta dall'esecutivo.

Atteggiamento «remissivo» osservato per altro anche in sede di richiesta di tutela della cittadinanza europea. I giudici, pur invero richiamando (superficialmente e malamente) la giurisprudenza comunitaria in materia di revoca della cittadinanza degli Stati membri, non fanno alcuno sforzo ricostruttivo nel senso della effettiva tutela del molto declamato status di cittadino europeo, ribadendo regolarmente nel caso specifico la conformità al diritto europeo della revoca della cittadinanza nazionale.

Ancora, il criterio di proporzionalità, non infrequentemente sovrapposto nel linguaggio dei giudici a quello della non arbitrarietà e ragionevolezza, pare sottrarsi per sua natura alla stretta razionalità del sillogismo aristotelico.

Come studiato, la Corte EDU lo impiega per giudicare la legittimità dell'interferenza dello Stato sui diritti sanciti dalla Convenzione: il fulcro argomentativo è quello della gravità della condotta individuale in relazione all'interesse generale di tutela della comunità rispetto alla minaccia terroristica. Sovente esso trova in considerazioni inerenti all'attaccamento (l'assenza di) del soggetto al proprio Paese, così come nella mancanza di condivisione dei valori fondanti lo Stato democratico, argomenti *ad adiuvandum* che si aprono ad una razionalità maggiormente «intuitiva» piuttosto che legata alla coerenza e non contraddizione con l'ordinamento giuridico¹²⁰.

¹¹⁸ Se una giurisprudenza più che consolidata della Corte Edu sancisce il divieto di diniego e revoca arbitraria della cittadinanza, in conformità ad un principio generale di diritto internazionale, appare plausibile inferire logicamente l'esistenza di un diritto alla cittadinanza in relazione tanto al rispetto del diritto alla vita privata e familiare (ex art 8 CEDU), quanto al divieto di espulsione dal territorio dello Stato di cui si è cittadini (ex art. 3, protocollo IV, CEDU).

Cfr. in dottrina, L. Hennebel – H. Tigroudja, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, 2016, p. 1181ss.; A. Annoni – S. Follati (eds.), *The changing role of nationality in international law*, London, 2013; E. Decaux, *Le droit a une nationalité en tant que droit de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2011, p. 89 ss.; M. Manly – L. Van Waas, *The value of the human security framework in addressing statelessness*, in A. Edwards – C. Ferstman (eds.), *Human Security and Non-citizens, Law, Policy and International affairs*, Cambridge, 2009, p. 549 ss.; K. Southwick – M. Lynch, *Nationality Rights for All, a progress report and global survey on statelessness*, in *Refugees International*, 2009, p. 18 ss.; E. Ersboll, *The Right to a Nationality and the European Convention on Human Rights*, in S. Lagoutte – H. Otto Sano – P. Scharff Smith, *Human Rights in Turmoil. Facing Threats, Consolidating Achievements*, Leiden, 2007, p. 249 ss.

¹¹⁹ Conseil d'Etat, 18 giugno 2003, n. 251299.

¹²⁰ Interessante quanto si legge nelle decisioni dei giudici inglesi, storicamente lontani dal principio di proporzionalità del civil lawyers, in un caso di revoca della cittadinanza per fatti di

Similmente accade in occasione del vaglio costituzionale dei regimi nazionali di revoca della cittadinanza.

Ecco, ad esempio, che per il Conseil constitutionnel francese è il tempo massimo (rispetto alla commissione del reato e all'acquisizione della cittadinanza francese) entro cui è possibile emanare il provvedimento di deprivatione della cittadinanza a determinarne la natura proporzionata. Superato tale termine, sostengono i giudici, si violerebbe il principio di eguaglianza tra cittadini per nascita e cittadini per acquisizione¹²¹.

Su altro fronte, la Corte costituzionale belga diversamente sostiene che la eccezionalità della misura di revoca della cittadinanza si giustifica in termini di «ragionevolezza» in rapporto alla gravità della condotta, al «*manquement grave aux devoirs de tout citoyen*»¹²² che verrà valutato di volta in volta dal giudice¹²³, e ciò a prescindere da qualsiasi riferimento temporale.

7. Conclusioni

Il fenomeno studiato in una prospettiva comparatistica restituisce una (inquietante) immagine di cittadini distinti per categorie e, più o meno espressamente, connotati da una scala diversa di «purezza identitaria» che condiziona la stabilità dello status. Immagine che risulta ancora più disturbante laddove invece si guarda alla pleora di provvedimenti e decisioni inerenti alla tutela dello straniero e della sua dignità, a prescindere dal territorio in cui questi risiede: una attenzione che lo stesso straniero, divenuto cittadino, non pare invece meritare.

Il rischio concreto e attuale di stigmatizzazione (rafforzato da pratiche di c.d. *crimmigration*)¹²⁴ dello straniero naturalizzato come minaccia all'ordine pubblico

terrorismo: «*The advantage of the terminology of proportionality is that it introduces an element of structure into the exercise, by directing attention to factors such as suitability or appropriateness, necessity and the balance or imbalance of benefits and disadvantages*», (*Pham v. Secretary of State for the Home Department*, 25 marzo 2015, [2015] UKSC 19, par. 95)

¹²¹ Conseil constitutionnel, 23 gennaio 2015, n. 2014-439 QPC, par. 15.

¹²² Cour constitutionnelle Belgique, 14 maggio 2009, n. 85/2009, par. B. 10.

¹²³ Id., 7 febbraio 2018, n. 16/2018, par. B.8.2.

¹²⁴ In cui il diritto penale diviene strumento per la creazione di una categoria di cittadini di «serie b». Cfr. in dottrina L. Siracusa, *Sulle tracce della crimmigration in Europa: l'espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Francia e Italia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 2019, p. 273 ss.; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro". Considerazioni sulla "revoca" della cittadinanza*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2019, p. 1 ss.; L. Maserò, *La "crimmigration" del decreto "Salvini"*, in *Legislazione penale*, 2019, p. 11 ss.

J. Parkin, *The criminalization of migration in Europe, A state of the art of the academic literature and research*, CEPS paper in Liberty and Security in Europe, 2013, p. 1 ss.; V. Mitsilegas, *The Changing landscape of the criminalization of migration in Europe: the protective function of European Union law*, in M. Guia-M. Van Der Woude-J. Van Der Leun (eds), *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*, The Hague, 2012, p. 87 ss. segnala come il diritto dell'UE abbia svolto un ruolo di contenimento delle tendenze crimmigratorie degli stati membri

nazionale è evidente, e a poco vale discettare su teorie metagiuridiche su presunti legami più o meno forti con il Paese. Se la coerenza è un valore, legittima appare la domanda su cosa ne sia di questi argomenti nel momento in cui gli stessi Stati sono invece ben disposti ad attribuire speditamente la cittadinanza a facoltosi investitori stranieri o a lavoratori altamente specializzati¹²⁵.

Si presti poi molta attenzione e cura a maneggiare concetti quali lealtà e fedeltà verso la patria: il ragionamento giuridico rischia infatti di iper-politicizzarsi e socializzarsi con esiti ermeneutici difficilmente controllabili di cui l'Europa ha già fatto esperienza negli anni più bui (ricordiamo la denazionalizzazione di inglesi e belgi di origini tedesche dopo la prima guerra mondiale, o degli oppositori politici e degli ebrei nella Germania nazista)¹²⁶. Viene da chiedersi poi cosa distingue il regime riservato al terrorista jihadista binazionale da quello applicato al mafioso stragista, se non un clamoroso atto di deresponsabilizzazione dello Stato.

Quello che appare con una certa evidenza dallo studio delle discipline in argomento è che l'ordine democratico e liberale pare uscirne stravolto nel silenzio assordante della giurisprudenza, che si pretende essere tutelante multilivello dei diritti dell'individuo. Ad una responsabilità individuale sul piano giuridico, infatti, si sostituisce surrettiziamente una responsabilità collettiva sul piano simbolico, che getta discredito e un'ombra di costante sospetto sulla comunità dei binazionali (che nella stragrande maggioranza dei casi sono stranieri naturalizzati o discendenti da coppie di stranieri)¹²⁷. Lo straniero che diventa cittadino è destinato a rimanere così «estraneo», il suo status precario e condizionato (almeno per un certo lasso di tempo), la sua condotta soggetta a regolare controllo¹²⁸. La coesione sociale e i valori fondanti delle società democratiche, primo tra tutti quello dell'eguaglianza, vengono così messi radicalmente in discussione: obiettivo che, per una eterogeneità dei fini, appare lo stesso perseguito dagli autori di atti di terrorismo.

Per consapevoli della indeterminatezza e variabilità del concetto di cittadinanza¹²⁹, vale la pena oggi soffermarsi su una questione che appare dirimente e non più

¹²⁵ Sia consentito il riferimento a S. Casabona, *Cittadinanza e sua commodificazione: cittadinanza come diritto, cittadinanza come bene*, in M. Patti - G. Scichilone F. Parisi (a cura di), *Migrazioni Diritto e Società*, Padova, 2019, p. 123 ss.

¹²⁶ D.L. Cagliotti, *La cittadinanza alla prova della Grande guerra: denaturalizzare i cittadini di origine nemica in Francia*, in D. L. Cagliotti e A. Masoero (a cura di), *Cittadinanze, appartenenze e diritti tra colonizzazioni e decolonizzazioni*, Padova, 2016, E. Collotti, *Le leggi razziali in Italia*, Bari, 2003. Più in generale, cfr. R. Niro, *Spunti sul diritto speciale dei migranti*, in *Giur. Cost.*, 2021, p. 195 ss.

¹²⁷ E. Cloots, *The Legal Limits of Citizenship Deprivation as a Counterterror Strategy*, in *European Public Law*, 2017, p. 63 ss.

¹²⁸ V. Geisser, *Déchoir de la nationalité des djihadistes "100% made in France": qui cherche-t-on à punir?*, in *Migrations Société*, 2015/6, p. 3 ss.

¹²⁹ T. De Pasquale, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto "europeizzato" di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 445 ss.; C. Salazar, *"Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, *Politica del diritto*, settembre 2001, p. 373 ss.; E. Grosso, *Straniero (diritto costituzionale)* in *Dig. Pubbl.*, XV, Torino, 1999, p. 159 ss.; G.U. Rescigno,

procrastinabile. Se intendiamo la cittadinanza come parte integrante dello statuto personale dell'individuo, allora essa non può essere dichiarata decaduta anche se si commettono crimini efferati; se, invece, la si considera al di fuori dello statuto personale dell'individuo, privilegio e non diritto¹³⁰, allora bisognerebbe poterla revocare indiscriminatamente nei confronti di qualunque cittadino.

ABSTRACT: This article intends to contribute to the debate on the legal legitimacy of the revocation of citizenship as a measure to counter terrorism, examining in a comparative perspective the recent legislative developments and the related case law in Belgium, France, the United Kingdom and Italy.

KEYWORDS: citizenship – migration law – comparative law – fundamental rights - terrorism

Salvatore Casabona – Professore ordinario di diritto comparato, Università degli Studi di Palermo (salvatore.casabona@unipa.it)

Cittadinanza, Riflessioni sulla parola e sulla cosa, in Riv. Dir. Cost., 1997 p. 37 ss.; E. Betti, *Problematica del diritto internazionale*, Milano 1956 p. 35 ss.; R. Clerici, *Cittadinanza*, in Dig. Pubbl., III, Torino, 1989, p. 112 ss.; E. Grosso, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Padova, 1997; G. Berti, *Cittadinanza, cittadinanze, diritti fondamentali*, Riv. Dir. Cost., 1997, p. 3 ss.

¹³⁰ Cosa rilevata anche da Consiglio d'Europa, Parliamentary Assembly, Resolution 2263 (2019) 25 gennaio 2019, *Withdrawing Nationality as a Measure to Combat Terrorism: a Human Rights-Compatible Approach?*

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa*

Chiara De Santis

SOMMARIO: 1. La libertà religiosa nella Costituzione federale e nella giurisprudenza della Corte Suprema. - 2. Il difficile rapporto tra giurisprudenza costituzionale e legislazione federale: il *Religious Freedom Restoration Act*. - 3. *The most favored right*: la libertà religiosa nelle decisioni recenti della Supreme Court. - 3.1. Da *Hosanna-Tabor* a *Hobby Lobby*: l'avvento della *corporate religious liberty*. - 3.2. La giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza. - 3.3. Covid-19 e libertà di culto: la consacrazione del *most favored nation approach*. - 3.4. *Fulton v. Philadelphia*: quel che resta di *Smith*. - 4. Uno sguardo al futuro

1. La libertà religiosa nella Costituzione federale e nella giurisprudenza della Corte Suprema

Non è un caso che il *Bill of Rights* statunitense si apra con la solenne proclamazione della libertà religiosa, scolpita nel Primo Emendamento¹ alla Costituzione di Philadelphia, le cui radici storiche risentono, tra i tanti apporti culturali, di quello del Puritanesimo dei primi coloni americani esiliati dalla madrepatria inglese.

La tutela della *religious freedom*², declinata nell'*Establishment Clause* e nella *Free Exercise Clause*, introduce, significativamente, il catalogo americano dei

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ US Const., Amend. I: «Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances».

² Collocare queste nostre riflessioni sulla libertà religiosa nell'ambito di una ricostruzione storica ampia e generale del concetto in questione richiederebbe una digressione che è impossibile svolgere in questa sede. Sia consentito richiamare il fondamentale lavoro di F. Ruffini, *La libertà religiosa. Storia dell'idea*, Torino, 1901; Milano, 1967, con una prefazione di A.C. Jemolo. Separatismo, comunitarismo e laicismo sono concetti tutt'altro che univoci e sottoposti alle enormi trasformazioni determinate dalla globalizzazione, dalla trasformazione degli equilibri sovranazionali, dalla capacità dei flussi

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

diritti e, insieme alla *freedom of speech*, protetta dalla medesima norma, rappresenta da sempre il terreno privilegiato di emersione del c.d. *American Exceptionalism*.

In generale, l'ordinamento statunitense accorda alla libertà religiosa latamente intesa uno status di protezione particolarmente ampio; la Costituzione, infatti, prescrive ed impone, al legislatore così come a tutti i titolari dei poteri pubblici³, la più completa neutralità rispetto alle confessioni religiose e altresì rispetto all'ateismo; com'è noto, per effetto dell'*incorporation*⁴ del *Bill of Rights*, il Primo Emendamento vincola i singoli Stati al pari del Congresso e dell'amministrazione federale.

migratori di modificare le demografie nazionali, dal multiculturalismo che è un fenomeno essenzialmente dinamico. Tali concetti vanno dunque usati a nostro sommo avviso sempre all'interno di una precisa contestualizzazione di storie e tradizioni giuridiche e costituzionali diverse.

Per quanto concerne più specificamente il contesto statunitense si vedano altresì, *ex multis*, V. Valentini, *Gli Stati Uniti e la religione: separatismo e libertà religiosa nella democrazia americana*, Padova, 2010; M.W. McConnell, *The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion*, 103 *Harr. L. Rev.* 1409 (1990); N. Feldman, *The Intellectual Origins of the Establishment Clause*, 77 *N.Y.U. L. Rev.* 346 (2002); F.M. Gedicks, *Fundamentalism, Spirituality, and Church - State Relations in the United States*, in B. Pozzo (ed.), *Multiculturalisms: Different Meanings and Perspectives of Multiculturalism in a Global World*, Durham (NC), 2008.

³ Anche se la norma menziona esplicitamente solo il Congresso, negli Stati Uniti è pacifico che essa si riferisca in generale a tutti i soggetti pubblici.

⁴ L'elaborazione da parte della Corte Suprema della c.d. *incorporation doctrine* del *Bill of Rights* rappresenta uno degli snodi fondamentali per la costruzione dell'edificio statunitense dei diritti e segna una tappa cruciale nell'evoluzione dell'interpretazione del testo costituzionale. Com'è noto, la Corte aveva tradizionalmente sostenuto ed esplicitamente affermato - nel caso *Barron v. Baltimore*, 32 US 243 (1833) - che il *Bill of Rights* (i.e. i primi dieci Emendamenti costituzionali) vincolasse soltanto il governo e gli organi federali, risultando quindi privo di cogenza nei confronti dei singoli Stati. Il detonatore per i futuri sviluppi della teoria dell'*incorporation* è rappresentato dall'adozione, dopo la Guerra Civile, del Quattordicesimo Emendamento, il cui testo ricalca, almeno in parte, la formulazione del Quinto; tuttavia, è soltanto nel corso del Novecento che la Corte arriverà a dispiegare pienamente le virtualità della nuova norma, facendo leva su un'interpretazione sostanziale - *substantive* - della *Due Process Clause* ivi contenuta. Il contesto in cui la dottrina dell'*incorporation* muove i suoi primi passi è quello della c.d. *Lochner Era* e della legislazione sociale del *New Deal*, inizialmente fortemente osteggiata dalla Supreme Court. Anche se non è possibile dar conto in questa sede di tutti gli snodi giurisprudenziali che hanno plasmato l'evoluzione dell'*incorporation*, si può dire che nel tempo il ricorso dei giudici di Washington a tale teoria abbia percorso essenzialmente due strade: la prima - a cui ci riferiamo nel testo - è quella della *selective incorporation* dei diritti sanciti dal *Bill of Rights* nei confronti degli Stati della Federazione; si è trattato, appunto, di un'integrazione operata dalla Corte in modo selettivo, senza imporre in blocco agli Stati l'intero catalogo dei diritti,

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Nelle pagine che seguono, ci concentreremo soprattutto su questioni che concernono il versante del *Free Exercise*, nella sua duplice accezione di *freedom to believe* e *freedom to act*, anche se, come vedremo, vi sono inevitabilmente dei punti di tangenza tra questa clausola e l'*Establishment Clause*, dei temi che non solo ne portano alla luce le reciproche interazioni, ma lasciano altresì emergere la difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra le due previsioni, tra ciò che la prima clausola esige e ciò che la seconda consente (il c.d. *play in the joints*, per usare il lessico della Corte). Per il momento basti dire che, mentre la giurisprudenza sull'*Establishment Clause* si è rivelata complessivamente ondivaga e difficilmente suscettibile di una lettura univoca, quella sul *Free Exercise* ha conosciuto fasi alterne, ma estremamente riconoscibili per quanto riguarda gli orientamenti adottati dalla Corte in materia di religione.

Il tema oggetto del nostro interesse concerne specificamente l'atteggiamento della Supreme Court rispetto alle c.d. *religious exemption* o *accommodation*, cioè quelle ipotesi in cui la religione può assurgere a motivo di

ma elaborandola e articolandola per tappe successive, che corrispondono ad altrettante pronunce giurisprudenziali, enucleando puntualmente di volta in volta i diritti incorporati. Ai nostri fini, si vedano, in tema di *Free Exercise*, le sentenze *Hamilton v. Regents of the University of California*, 293 US 245 (1934) e *Cantwell v. Connecticut*, 310 US 296 (1940). Ancor più difficile è accennare soltanto alla seconda strada intrapresa dalla Corte Suprema - quella della c.d. *free incorporation* - che, valorizzando il concetto di *liberty* di cui al Quattordicesimo Emendamento, nonché le potenzialità dell'interpretazione *substantive* della clausola del *Due Process*, ha fatto di tale norma la valvola di apertura dell'ordinamento statunitense a nuovi diritti non contemplati dal testo costituzionale, *in primis* quelli afferenti all'ampissimo concetto americano di *privacy*, saldando questo metodo di *incorporation* alla dottrina della *Living Constitution* sull'interpretazione della Costituzione; sul punto si veda A. Buratti, *Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law*, Torino, 2019, p. 133 ss; nello specifico, sul tema della *privacy*, si veda A. Di Martino, *Profili costituzionali della privacy in Europa e negli Stati Uniti*, Napoli, 2018.

Data la vastità della letteratura sul tema dell'*incorporation*, ci limitiamo a richiamare, senza alcuna pretesa di esaustività: C. Fairman - S. Morrison, *The Fourteenth Amendment and the Bill of Rights: the incorporation theory*, New York, 1970; M.K. Curtis, *No state shall abridge: the Fourteenth Amendment and the Bill of Rights*, Durham (NC), 1986; G.E. White, *The Constitution and the New Deal*, Cambridge, 2000; A. Sarat (ed.), *Human Rights and Legal Judgments: The American Story*, Cambridge, 2017; J.H. Israel, *Selective Incorporation Revisited*, 71 *Geo. L. J.* 253 (1982); A.R. Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, 101 *Yale L. J.* 1193 (1992); G.N. Magliocca, *Why Did the Incorporation of the Bill of Rights Fail in the Late Nineteenth Century?*, 94 *Minn. L. Rev.* 102 (2009); C.R. Green, *Incorporation, Total Incorporation, and Nothing but Incorporation?*, 24 *Wm. & Mary Bill Rts. J.* 93 (2015); A. Buratti, *Diritti fondamentali e integrazione federale. Origini, applicazioni e interpretazioni della due process clause nella Costituzione americana*, in *Diritti Comparati* n. 1/2020; K.T. Lash, *Re-Speaking the Bill of Rights: A New Doctrine of Incorporation*, disponibile su www.papers.ssrn.com (2021).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

una deroga, nei confronti di un soggetto o di una categoria di individui, dall'obbedienza ad una legge o ad una normativa generalmente vincolante; la ragion d'essere della *religious exemption* è evitare che il singolo si trovi costretto a scegliere tra seguire i dettami della propria coscienza e obbedire ai vincoli che discendono dalla cittadinanza e dall'appartenenza alla comunità politica⁵. La questione si lega strettamente a quella delle discriminazioni su base religiosa, vietate ai sensi del Primo Emendamento, dal momento che, in determinate condizioni, negare al singolo l'*exemption* ed esigerne la *compliance* alla legge può concretare un'incisione del suo diritto costituzionale al *Free Exercise* e quindi una forma di discriminazione.

Per quanto ci è possibile dare conto in questa sede, si può dire che la Corte abbia attraversato una prima fase di tendenziale diffidenza verso le *religious exemption*, interpretando la neutralità che la Costituzione impone nei confronti della religione in maniera particolarmente rigida, poco incline a fornire ai singoli giustificazioni per sottrarsi al rispetto delle normative più disparate, salvo rare eccezioni⁶ e ribadendo, anche a prezzo di decisioni impopolari, la necessità di una netta separazione tra Stato e fede religiosa, nelle sue diverse declinazioni⁷.

La svolta sul fronte delle *religious exemption* si è verificata nel 1963 con la pronuncia *Sherbert v. Verner*⁸; la controversia aveva ad oggetto il diritto al sussidio di disoccupazione da parte di una persona licenziata per essersi rifiutata di lavorare il sabato, giorno di riposo secondo la propria fede. La

⁵ Sul tema delle *religious exemption* prima delle recenti svolte della Corte Suprema analizzate nel testo un'efficace panoramica d'insieme è offerta dal volume di A. Sarat (ed.), *Legal responses to religious practices in the United States: accommodation and its limits*, Cambridge, 2012.

⁶ Si pensi al brusco cambiamento di fronte tra la Corte Hughes e la Corte Stone sulla costituzionalità dell'obbligo del saluto alla bandiera, prima affermata in *Minersville School District v. Gobitis*, 310 US 586 (1940), e poi smentita, soltanto tre anni dopo, con un clamoroso *overruling*, nel caso *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 US 624 (1943). Come esempio contrario, si consideri l'atteggiamento della Corte nei confronti delle c.d. *blue law*, le leggi che imponevano la chiusura domenicale degli esercizi commerciali a scapito dei negozianti di fede ebraica, la cui costituzionalità è stata più volte ribadita dalla Corte Warren.

⁷ Si pensi ad *Engel v. Vitale*, 370 US 421 (1962) e a *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 US 203 (1963) con cui la Corte Warren ha sancito l'incostituzionalità, ai sensi dell'*Establishment Clause*, della preghiera e della lettura della Bibbia nelle scuole pubbliche. Si veda, però, in senso parzialmente contrario, la recentissima pronuncia *Kennedy v. Bremerton School District*, 597 US _ (2022). Per una ricostruzione della giurisprudenza della Corte analoga a quella da noi prospettata si veda I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, 5 *Am. Const. Soc'y Sup. Ct. Rev.* 221 (2021).

⁸ *Sherbert v. Verner*, 374 US 398 (1963).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Corte Warren, sancendo l'illegittimità del rifiuto del sussidio, elaborò il c.d. *Sherbert test*; in sostanza, le leggi suscettibili di incidere la libertà religiosa avrebbero dovuto superare uno *strict scrutiny*, soddisfacendo essenzialmente due condizioni: la sussistenza di un *compelling interest* statale alla cui tutela la legge doveva essere finalizzata e il carattere *narrowly tailored* della legge stessa, il cui *burden* sulla *religious freedom* non doveva andare al di là di quanto strettamente necessario per proteggere il suddetto interesse pubblico⁹.

Si apriva così una stagione di maggiore propensione, da parte della Corte, ad accogliere istanze di tutela fondate su motivi religiosi e quindi una maggiore flessibilità nel riconoscere il diritto all'*accomodation* per ragioni di fede nei confronti di leggi federali e statali.

Tuttavia, l'operatività dello *Sherbert test* era destinata ad essere fortemente ridimensionata dalla sentenza *Employment Division v. Smith*¹⁰, emessa dalla Corte Rehnquist nel 1990; in questo caso, la maggioranza dei giudici, con una *opinion* a firma del Justice Scalia, esclude l'applicabilità del test *Sherbert* a fronte di una normativa neutrale e generalmente applicabile - nel caso di specie, si trattava di una norma penale incriminatrice¹¹ - che non avesse come oggetto immediato e diretto la pratica religiosa, ma si limitasse a colpire la libertà sancita dalla *Free Exercise Clause* solo in maniera incidentale e, potremmo dire, di riflesso; al singolo risultava quindi preclusa la possibilità di invocare un'eccezione alla legislazione generale in ragione della propria fede.

La sentenza *Smith*, che sembrava porre un argine ben saldo alle *religious exception*, non solo è risultata sin da subito indigesta ad una parte non irrilevante dell'opinione pubblica e della cultura giuridica americane¹², ma

⁹ Il principio stabilito dalla Corte Warren sarebbe stato ribadito qualche anno dopo dalla Burger Court nel caso *Wisconsin v. Yoder*, 406 US 205 (1972), sul diritto degli Amish a sottrarre i propri figli all'obbligo scolastico, superata una certa età, per poter completare la loro educazione secondo le prescrizioni della loro fede. Sovente, infatti, si parla anche di test *Sherbert-Yoder* per indicare lo standard tracciato dalla Corte nei due casi.

¹⁰ *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 US 872 (1990).

¹¹ Anche in questo caso la questione verteva sul diritto all'*unemployment compensation* da parte di due individui licenziati per aver fatto uso di peyote, un allucinogeno che viene regolarmente somministrato durante i riti della Native American Church cui i due soggetti appartenevano e il cui consumo era però vietato, *senza eccezioni*, ai sensi della legislazione dell'Oregon sugli stupefacenti. Pronunciandosi per la costituzionalità del divieto, la Corte Suprema ribaltò le decisioni delle corti inferiori.

¹² È impossibile dar conto integralmente del vastissimo dibattito suscitato dalla sentenza *Smith*; sia consentito richiamare, *ex multis*, D. Laycock, *The Remnants of Free Exercise*,

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

soprattutto, ha suscitato perplessità e difficoltà interpretative ed applicative anche tra quanti dividevano la sostanza della decisione. In particolare, il dibattito si è concentrato sui caratteri della neutralità e dell'applicabilità generale che avrebbero posto la legge al riparo dallo *strict scrutiny*; se la neutralità sembra alludere semplicemente ad una legge scevra di intenti discriminatori nei confronti della religione¹³, assai più problematico si è rivelato stabilire che cosa conferisca ad una normativa il requisito della *general applicability*. I detrattori di *Smith* hanno poi strumentalizzato questo requisito fino a svuotarlo di contenuto, pretendendo che una legge, per potersi definire *generally applicable*, non contenga alcuna eccezione o deroga di sorta, ipotesi estremamente difficile da riscontrare nella pratica della normazione. Quest'approccio, che, come vedremo, si va affermando prepotentemente nella più recente giurisprudenza della Supreme Court, trova la sua matrice nella sentenza del 1999 *Fraternal Order of Police v. Newark*¹⁴, la cui *majority opinion* è a firma di Samuel Alito, allora giudice della Corte d'Appello del III Circuito e oggi, forse, l'Associate Justice che, più degli altri colleghi conservatori, sta imprimendo il proprio marchio sul nuovo corso intrapreso dai giudici di Washington in tema di religione.

2. Il difficile rapporto tra giurisprudenza costituzionale e legislazione federale: il *Religious Freedom Restoration Act*

Le frizioni provocate da *Smith* non si sono di fatto mai sopite e il diffuso malcontento nei confronti di questa pronuncia è sfociato, abbastanza

1990 *Sup. Ct. Rev.* 1; M.W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 *U. Chi. L. Rev.* 1109 (1990). *Contra* si veda W.P. Marshall, *In Defense of Smith and Free Exercise Revisionism*, 58 *U. Chi. L. Rev.* 308 (1991).

¹³ Come si vedrà tra breve, anche l'interpretazione di questo requisito è cambiata nel tempo perché, se *Smith* sembrava suggerire un'analisi incentrata esclusivamente sull'*oggetto* della legge, che doveva evitare di isolare (*single out*) la pratica religiosa adottando restrizioni *ad hoc*, negli ultimi anni l'analisi della Corte si è andata sempre più spostando sul versante degli *effetti* della legislazione, prescindendo dal valutare se l'eventuale discriminazione da essa prodotta sia o meno il frutto di una reale ostilità del legislatore verso la religione.

¹⁴ *Fraternal Order of Police v. City of Newark*, 170 F.3d 359 (3d. Cir. 1999); tale sentenza riguardava la costituzionalità del regolamento del Police Department di Newark, che imponeva ai poliziotti di essere completamente sbarbati, con la sola eccezione delle ragioni di salute. La normativa era stata impugnata da un gruppo di poliziotti musulmani sunniti che rivendicavano il diritto ad un'esenzione, essendo obbligati dalla propria religione a portare la barba; i giudici del III Circuito accolsero il ricorso, negando la natura generalmente applicabile del regolamento in quanto contemplava già la *medical exemption*.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

rapidamente, in un intervento del Congresso che, nel 1993, durante la Presidenza Clinton, ha tentato di ripristinare, per quanto possibile, lo *Sherbert test*, seppure, ovviamente, solo a livello di *statutory law* e quindi di legislazione ordinaria.

Il *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) si proponeva apertamente di restituire vigenza al *compelling interest test* delineato da *Sherbert* e *Yoder*¹⁵; la sussistenza di tale interesse pubblico doveva essere dimostrata in tutti i casi in cui una legge federale o statale, pur neutrale e *generally applicable*, arrecasse un *substantial burden* alla libertà religiosa del soggetto, mentre il requisito del carattere *narrowly tailored* della legge veniva meglio esplicitato con la formula del *least restrictive means*, vale a dire l'assenza di strumenti alternativi ugualmente idonei a perseguire il suddetto interesse, ma meno invasivi della *religious freedom*. In sostanza, per le leggi suscettibili di limitare, sia pure incidentalmente, la libertà religiosa, si imponeva nuovamente lo *strict scrutiny*, a fronte del più facilmente superabile *rational basis test* indicato da *Smith*.

Vale la pena segnalare - e non è scontato come potrebbe apparire - che il RFRA, nel fornire una definizione di *exercise of religion*, faceva espressamente riferimento a come questo concetto è stato elaborato *under the First Amendment to the Constitution*.

Come già accennato, il RFRA era stato concepito, nelle intenzioni dei suoi estensori, come vincolante anche nei confronti delle leggi dei singoli Stati; tuttavia, nel 1997, la Corte Suprema, pronunciandosi sul caso *City of Boerne v. Flores*¹⁶, ha ritenuto il RFRA esorbitante dai poteri del Congresso e lesivo delle competenze statali, considerandolo quindi validamente applicabile solo in ambito federale¹⁷.

¹⁵ Cit. *supra* n. 9.

¹⁶ *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997).

¹⁷ La motivazione della Corte è in gran parte incentrata sull'abuso, da parte del Congresso, dei poteri conferitigli dall'*Enforcement Clause* di cui al Quattordicesimo Emendamento, *Sec. 5*, utilizzata come base giuridica del RFRA, e solo marginalmente sull'usurpazione del ruolo della Corte Suprema ad opera delle Camere. Questo profilo è invece valorizzato da M.A. Hamilton, *The Religious Freedom Restoration Act is Unconstitutional, Period*, 1 U. Pa. J. Const. L. 1 (1998), che opinabilmente suggerisce altresì che il Congresso abbia violato l'Art. V della Costituzione, che ne configura la procedura di revisione, introducendo, tramite il RFRA, una modifica surrettizia del dettato costituzionale. *Contra* si veda M.W. McConnell, *Institutions and Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores*, 111 Harv. L. Rev. 153 (1997); D. Laycock, *Conceptual Gulfs in City of Boerne v. Flores*, 39 Wm. & Mary L. Rev. 743 (1998); entrambi sostengono che il Congresso abbia agito nel pieno delle proprie prerogative, essendo l'operato delle Camere svincolato da quel principio di *self-restraint* che invece dovrebbe guidare le decisioni della Corte.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Per tutta risposta, nel 2000 il Congresso ha varato il *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA) che si affianca al RFRA per quanto concerne la sola legislazione federale, disciplinando la tutela della libertà religiosa in alcuni specifici ambiti. Questo secondo *statute* sembra però in parte sovrapporsi al precedente, avanzando una diversa e forse più pervasiva definizione del concetto di *exercise of religion* che abbraccia «any exercise of religion, whether or not compelled by, or central to, a system of religious belief»; come vedremo, il fatto che la nuova definizione sia priva di un puntuale aggancio al Primo Emendamento ha generato, in dottrina come in giurisprudenza, non poche speculazioni circa il suo significato, che non sembra limitarsi a richiamare la prassi applicativa e interpretativa delle clausole sulla religione precedente a *Smith*.

Parallelamente, quasi la metà degli Stati della Federazione si sono autonomamente dotati di propri RFRA, ad opera delle proprie assemblee legislative, riproducendo fedelmente l'impianto dello *statute* federale dichiarato inapplicabile; in qualche altro Stato, poi, sono state le corti ad enucleare principi giurisprudenziali di contenuto equivalente al RFRA¹⁸.

È importante precisare, tuttavia, che, nonostante il clima di *favor* sempre più accentuato verso la libertà religiosa negli ultimi anni, la Supreme Court ad oggi non si è mai pronunciata per il completo *overruling* di *Smith*, a dispetto delle molte sollecitazioni ricevute in questo senso, e tale sentenza costituisce tuttora diritto vigente e applicabile nei diversi Stati che non hanno provveduto ad emanare un proprio RFRA.

3. *The most favored right*: la libertà religiosa nelle decisioni recenti della Supreme Court

Peraltro, a differenza di quanto ci si sarebbe potuti aspettare, il ridimensionamento del RFRA, avvenuto ad opera della Corte a seguito di *City of Boerne*, non è stato affatto foriero di un parallelo riposizionamento della *religious freedom* nella giurisprudenza della Corte stessa; anzi, si può dire che gli anni Duemila e il successivo decennio abbiano invece segnato una stagione caratterizzata da una lettura sempre più estensiva e pervasiva della

¹⁸ Una delle critiche più diffuse nei confronti di *Smith* è che quel tipo di *reasoning* nella pratica avrebbe finito per danneggiare le minoranze religiose più facilmente soggette a discriminazioni, specie in alcune zone del Paese; i RFRA a tutti i livelli sarebbero funzionali a prevenire un esito di questo tipo. Si veda C.C. Lund, *Religious Liberty after Gonzales: A Look at State RFRAs*, 55 *South Dakota L. Rev.* 466 (2010); *Id.*, *RFRA, State RFRAs, and Religious Minorities*, 53 *San Diego L. Rev.* 163 (2016).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

libertà religiosa nelle sue diverse declinazioni fino ad arrivare, come si vedrà, ad alcune clamorose, recenti pronunce che hanno spinto parte della dottrina statunitense a definire la libertà in questione, parafrasando il lessico proprio degli internazionalisti, *the most favored right*¹⁹. Vedremo più avanti cosa comporta questo approccio giurisprudenziale, mutuato appunto dal diritto internazionale e, in particolare, dal tipico meccanismo della clausola della nazione più favorita.

Il primo sentore di un diverso atteggiamento della Corte nei confronti della *religious freedom* si avverte già a partire dalla pronuncia del 2006 *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*²⁰, un caso che presenta dei tratti di somiglianza con *Smith*, in quanto aveva ad oggetto la legittimità dell'uso di sostanze allucinogene nell'ambito di determinate cerimonie religiose tenute da una Chiesa brasiliana (UdV) stabilita negli Stati Uniti; tali sostanze risultavano vietate dalla legislazione federale (*Controlled Substances Act*), apparentemente senza possibili eccezioni relative all'assunzione di tali stupefacenti per ragioni legate al culto religioso.

Ebbene, l'UdV si era appellata precisamente al RFRA e una Corte unanime di otto giudici²¹ accolse le ragioni dell'ente religioso, ritenendo insussistente o comunque insufficientemente dimostrato il requisito del *compelling government interest* che avrebbe consentito all'apparato federale di vietare le pratiche culturali in questione; neppure il richiamo dell'Attorney General al rispetto dei trattati internazionali con cui gli Stati Uniti si sono impegnati a combattere il traffico e la circolazione degli stupefacenti fu ritenuto un motivo sufficiente a escludere la possibilità di contemplare una specifica eccezione per i riti religiosi.

Ad ogni modo, la sentenza appare coerente da un lato, con l'eccezione, relativa all'assunzione del peyote, normativamente stabilita dal Congresso

¹⁹ Questa tesi sta emergendo nella dottrina più recente, soprattutto a seguito delle numerose decisioni rese dalla Corte Suprema circa le restrizioni relative alle funzioni religiose dovute alla pandemia (su cui v. *infra*). Si vedano S.I. Vladeck, *The Most-Favored Right: COVID, the Supreme Court, and the (New) Free Exercise Clause*, 15 NYU J. of L. & Liberty 699 (2021-2022); V.D. Amar - A.E. Brownstein, *«Most Favored-Nation» («MFN») Style Reasoning in Free Exercise Viewed Through the Lens of Constitutional Equality*, in www.verdict.justia.com del 21 maggio 2021; A. Koppelman, *The Increasingly Dangerous Variants of the «Most-Favored-Nation» Theory of Religious Liberty, Part I: The New Law of Free Exercise*, Nw. Public Law Research Paper n. 22-01 (3 marzo 2022). Ma già all'epoca del caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 US __ (2012) (su cui v. *infra*) F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism and Doctrinal Incoherence in Hosanna-Tabor*, 64 Mercer L. Rev. 405 (2013), aveva parlato di *über-rights* con un significato analogo; p. 421.

²⁰ *Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 US 418 (2006).

²¹ Il giudice Alito non prese parte alla decisione di questa controversia.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

nel 1996 a favore dei Nativi Americani, una platea peraltro ben più vasta di quella formata dai seguaci dell'UdV negli Stati Uniti; dall'altro, con la pronuncia nel caso *Church of Lukumi*²², che precede solo di qualche mese l'approvazione del RFRA, in cui la Corte Rehnquist all'unanimità aveva ritenuto incostituzionale, ai sensi del Primo Emendamento, il divieto di sacrifici di animali durante le cerimonie religiose, divieto imposto dall'amministrazione comunale di Hialeah (Florida) destinato a colpire unicamente una costola locale della Santeria, nel cui culto sono appunto contemplate le suddette pratiche.

3.1 *Da Hosanna-Tabor a Hobby Lobby: l'avvento della corporate religious liberty*

Se *Gonzales* ha aperto la strada ad un più ampio riconoscimento delle ragioni della *religious freedom* a detrimento di interessi pubblici significativi²³, il punto di non ritorno di questo nuovo corso giurisprudenziale è generalmente individuato nella decisione, anche questa unanime, sul caso *Hosanna-Tabor*²⁴ del 2012. La controversia riguardava l'applicazione della c.d. *ministerial exception doctrine*, sulla base della quale, com'è noto, negli Stati Uniti, Chiese e congregazioni religiose non sono soggette al rispetto delle normative antidiscriminatorie nei rapporti di lavoro con i propri dipendenti, a garanzia di una totale libertà di tali enti da ingerenze statali nella selezione del proprio personale²⁵.

Nel caso specifico, la causa era stata intentata da un'insegnante di scuola elementare, Cheryl Perich, dipendente della Hosanna-Tabor Evangelical Church and School, licenziata a seguito di un congedo dovuto ad una diagnosi di narcolessia, nonostante, al termine di tale periodo, avesse ricevuto una regolare certificazione medica circa la propria ritrovata idoneità al lavoro; la docente denunciava infatti la violazione, da parte dell'ente

²² *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 US 520 (1993).

²³ Sulla reale portata di *Gonzales*, anche in rapporto con la legislazione dei singoli Stati, si veda C.C. Lund, *Religious Liberty after Gonzales*, cit., p. 466 ss.

²⁴ Cit. *supra* n. 19.

²⁵ La tesi della *ministerial exception* è stata elaborata dalle corti statunitensi statali e federali di diverso livello all'indomani dell'entrata in vigore del *Civil Rights Act* (1964), a partire dal caso *McClure v. Salvation Army*, 460 F.2d 553 (5th Cir. 1972), e poi affermata anche in relazione ad altre normative antidiscriminatorie, ma, fino al 2012, non era mai stata sottoposta al banco di prova della Corte Suprema.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

religioso, dell'*Americans with Disabilities Act* (ADA), normativa che tutela appunto i lavoratori statunitensi da questo genere di discriminazioni²⁶.

L'oggetto del contendere in merito all'applicazione della *ministerial exception* al caso di specie, rivendicata dalla Hosanna-Tabor, verteva proprio sul ruolo svolto dalla docente in questione, che insegnava in larga parte le normali materie scolastiche del *secular curriculum* e soltanto incidentalmente si trovava a svolgere alcune ore di insegnamento della religione e a guidare la preghiera degli studenti; la questione era se, in ragione di ciò, essa potesse essere effettivamente considerata ministro della Chiesa, aprendo quindi la strada all'applicazione della normativa più favorevole per l'ente, che rendeva il licenziamento della Perich assolutamente impermeabile al sindacato di qualsiasi giudice.

Il punto forse più controverso della decisione è rappresentato proprio dall'iter argomentativo seguito dalla Corte nel qualificare la posizione della Perich come ministro della Chiesa; i giudici hanno infatti adottato un approccio dichiaratamente funzionalista alla questione e non si sono accontentati del c.d. *primary duties test*, alla luce del quale, come abbiamo appena visto, le attività di carattere secolare svolte dall'insegnante apparivano largamente prevalenti. Al contrario, la Supreme Court ha accolto le considerazioni svolte dalla Hosanna-Tabor sul ruolo dei docenti nella comunità scolastica, esempio di moralità e di rettitudine per gli studenti, e sulla peculiare posizione dei c.d. *called teacher* nella Chiesa luterana, categoria a cui apparteneva appunto la Perich.

La Corte ha quindi tracciato un confine alquanto incerto e opinabile tra la qualificazione di un soggetto come ministro di una Chiesa o congregazione, aspetto su cui essa ritiene di poter legittimamente giudicare, e la *fitness for ministry*, vale a dire l'idoneità morale e intellettuale a ricoprire quel ruolo, che è appannaggio esclusivo e insindacabile dei singoli enti religiosi, una *strictly and purely ecclesiastical question* di cui, ai sensi del Primo Emendamento, nessun giudice americano è autorizzato a conoscere. Su questo punto, la dottrina, se da un lato ha evidenziato l'impossibilità di tracciare contorni netti e univoci per distinguere il ministro ecclesiastico da

²⁶ Tra le tante critiche suscitate dalla pronuncia in esame, una riguarda la natura dell'ADA come atto di legislazione *neutral and generally applicable* che, in quanto tale, avrebbe dovuto imporsi senza eccezioni di sorta, secondo il paradigma dettato dalla sentenza *Smith*; questo aspetto è stato evidenziato, in particolare, da C.M. Corbin, *The Irony of Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 106 *Nw. U. L. Rev. Colloquy* 96 (2011); p. 103 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

chi invece non riveste tale ruolo²⁷, dall'altro, ha rilevato una profonda e insanabile contraddizione tra la competenza a giudicare di questo profilo, che presuppone che la Corte applichi le norme interne proprie di ciascun ordinamento ecclesiastico e il divieto assoluto che la stessa Corte si imponesse per quanto riguarda l'applicazione di normative antidiscriminatorie, generali ed astratte, a tali fattispecie²⁸.

Come già accennato, anche in questo caso, la Corte Roberts si è schierata unanimemente a favore della *religious freedom*, lasciando inviolato il muro di impenetrabilità che cinge gli *interna corporis* delle Chiese americane e ribadendo non solo la legittimità, ma altresì la necessità della *ministerial exception* alla luce sia dell'*Establishment* che della *Free Exercise Clause*.

Proprio questa collocazione ibrida dell'*exception* a cavallo tra le due clausole ha attirato le critiche di una parte della dottrina non solo e non tanto per lo scarso rigore metodologico, quanto perché finisce per conferire all'esenzione un *surplus* di «resistenza costituzionale» tale da schermare e rendere completamente opachi i rapporti tra gli enti religiosi e il loro personale²⁹; ciò potrebbe avere conseguenze particolarmente rilevanti in casi gravi, quando ad esempio il licenziamento rappresenti una ritorsione nei confronti del dipendente intenzionato a denunciare irregolarità, illeciti o persino abusi avvenuti nell'ambito della congregazione³⁰.

²⁷ C.C. Lund, *Free Exercise Reconciled: The Logic and Limits of Hosanna-Tabor*, 108 *Nw. U. L. Rev.* 1183 (2014); p. 1188 ss.

²⁸ C.M. Corbin, *The Irony*, cit., p. 103 ss.

²⁹ Per approfondire questo profilo, si veda F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism*, cit., p. 421 ss.; l'autore distingue, da un lato, i diritti relativi alla libertà religiosa che discendono dalla *Free Exercise Clause* che, in quanto tali, sarebbero sia rinunciabili, sia suscettibili di bilanciamento; dall'altro, i limiti strutturali che derivano dall'*Establishment Clause*, in quanto tali insuscettibili di rinuncia e di contemperamento e illustra le conseguenze, sul piano del giudizio di costituzionalità, della qualificazione bifronte attribuita alla *ministerial exception*. Su questo punto manifesta delle perplessità anche C.C. Lund, *Free Exercise Reconciled*, cit., p. 1189 ss.

³⁰ Questo rischio è stato paventato, quando il caso era ancora pendente dinanzi alla Corte Suprema, da C.M. Corbin, *The Irony*, cit., p. 105. Si veda anche F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism*, cit., p. 433. In senso contrario, si veda I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Mystery of Unanimity in Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church & School v. EEOC*, 20 *Levis & Clark L. Rev.* 1265 (2017), che analizzano la giurisprudenza delle corti statunitensi successiva a *Hosanna-Tabor*, rilevando una certa prudenza da parte dei giudici nell'accogliere interpretazioni particolarmente estensive della *ministerial exception*; p. 1288 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Va detto che la stessa Corte, in un passaggio della sentenza che ha attirato l'attenzione della dottrina³¹, sembra aver voluto delimitare la portata della propria decisione, riservando a tempi più maturi la possibilità di estenderne l'operatività ad ipotesi non immediatamente assimilabili al caso in esame³².

Ad ogni modo, il lascito più ingombrante di *Hosanna-Tabor* alla giurisprudenza successiva va ben al di là della specifica questione da essa risolta; come ha sottolineato giustamente Gedicks³³, l'esito più significativo che emerge dalla pronuncia del 2012 è la lettura della libertà religiosa in chiave, potremmo dire, collettiva, cioè come diritto dell'ente religioso, prima ancora che del singolo. Tale lettura, già di per sé inedita nella cultura costituzionale americana che tradizionalmente privilegia una dimensione individualistica dei diritti, appare tanto più innovativa se si mette a confronto con la ricostruzione della libertà religiosa individuale emersa dalla sentenza *Smith*; a ben vedere, sembra infatti che alla Chiesa o congregazione sia consentito ciò che ai singoli fedeli appariva vietato, ovvero sottrarsi all'applicazione di una legge neutrale e generale capace di ledere, sia pure incidentalmente, la *religious freedom*.

Questo profilo è stato ulteriormente sviluppato dalla Corte nel *leading case Burwell v. Hobby Lobby*³⁴, deciso nel 2014; tale pronuncia da un lato, si

³¹ Tale passaggio («We express no view on whether the exception bars other types of suits [...] There will be time enough to address the applicability of the exception to other circumstances if and when they arise») è stato evidenziato da A. Ratti, *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School, petitioner v. Equal Employment Opportunity Commission et al.: «ministerial exception» e tutela del singolo sul luogo di lavoro al vaglio della Corte Suprema*, in www.diritticomparati.it del 10 maggio 2012; nonché da L.P. Vanoni, *Discriminazione sul luogo di lavoro e autonomia delle organizzazioni religiose in USA: il caso Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, in *Rivista AIC* n. 2/2012.

³² La Corte Suprema non è nuova a questo tipo di operazioni, che V. Barsotti (*Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Torino, 2005, p. 156) ha definito «autodeterminazione precedenziale»; peraltro, l'utilizzo di queste formule limitative non ha mai impedito ai giudici di Washington di trarre da un proprio *reasoning* tutte le conseguenze logicamente derivanti da esso. È avvenuto, nel caso analizzato dalla stessa Barsotti, nel passaggio dalla sentenza *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003), a proposito delle c.d. *sodomy law* - in cui, appunto, il giudice Kennedy aveva circoscritto la portata dell'opinione di maggioranza da lui redatta - alle decisioni sul matrimonio *same-sex*. Una formula analoga è stata poi utilizzata nell'ultima, eclatante pronuncia in tema di aborto, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 US _ (2022) (su cui v. *infra*), quasi a rassicurare l'opinione pubblica e la dottrina circa un eventuale *overruling* delle diverse decisioni fondative di altri diritti afferenti alla costellazione della *privacy* e del *substantive due process*.

³³ F.M. Gedicks, *Narrative Pluralism*, cit., p. 433 ss.

³⁴ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 US _ (2014).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

colloca nell'ambito delle numerose controversie che hanno accompagnato l'entrata in vigore dell'*Affordable Care Act* (ACA), l'imponente riforma sanitaria varata dall'Amministrazione Obama nel 2010, tra polemiche e malumori di ampi settori della società americana; dall'altro, inaugura una nuova stagione di un segmento giurisprudenziale, quello dell'obiezione di coscienza su base religiosa, che ha trovato negli ultimi anni, presso la Corte di Washington D.C., spazi di tutela sempre crescenti rispetto al passato.

La questione verteva sulla legittimità del c.d. *contraceptive mandate*, la copertura assicurativo-sanitaria che l'ACA impone ai datori di lavoro a favore dei propri dipendenti che, nel caso delle lavoratrici, avrebbe dovuto includere tutti gli strumenti contraccettivi autorizzati dalla Food and Drug Administration, ivi compresi quelli c.d. d'emergenza, che impediscono allo zigote di attecchire all'utero, interrompendo, quindi, il concepimento al suo stadio iniziale.

La Hobby Lobby Stores e le altre imprese che avevano sollevato il caso si basavano sul RFRA come fonte del loro diritto all'obiezione di coscienza nei confronti di questi metodi contraccettivi, pretendendo di essere esentate dal pagamento della copertura assicurativa per la parte concernente questi farmaci, che avrebbero dovuto essere garantiti dalla compagnia di assicurazione in altro modo, senza l'apporto finanziario del datore di lavoro obiettore.

Il cuore del problema, risolto dalla pronuncia in esame, può sintetizzarsi in una domanda: possono le *corporation*, vale a dire le società con scopo di lucro, titolari di attività economiche, esercitare un proprio, autonomo diritto di libertà religiosa e quindi avvalersi della protezione garantita ai singoli dal RFRA?

È importante sottolineare che il RFRA si riferisce in generale alle *persons* quali titolari della tutela da esso accordata; tale termine sembrerebbe quindi riferirsi ai singoli individui, escludendo quindi le imprese, siano esse grandi società di capitali o, come le aziende coinvolte in questo caso, *closely held corporation*, vale a dire attività economiche anche di grandi dimensioni, la cui gestione rimane però sostanzialmente nelle mani del gruppo familiare che le ha fondate. Com'è noto, il Dipartimento americano della Salute aveva sin da subito provveduto, con apposita regolamentazione, ad esentare dal *contraceptive mandate* i *religious employer*, vale a dire Chiese e congregazioni; agli enti religiosi senza finalità di lucro (*nonprofit organization*), come ad esempio ospedali e scuole, veniva invece richiesto di sottoporre all'assicuratore un'autocertificazione che ne comprovasse l'*eligibility* al fine di ottenere

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

un'*accommodation* che li esonerasse dal rispetto di tale normativa³⁵; un elemento non irrilevante, se si considera che proprio questo profilo ha dato origine autonomamente a ulteriori controversie dinanzi alla Corte negli anni successivi.

Il caso *Hobby Lobby* è ben lontano dalla compattezza che, come abbiamo visto, aveva caratterizzato diversi importanti precedenti della Corte in tema di libertà religiosa; al contrario, la decisione a favore delle imprese obiettrici è stata adottata con una maggioranza di cinque giudici, con l'apporto fondamentale del Justice Kennedy unitosi ai quattro giudici conservatori (Scalia, Thomas, Roberts e Alito, estensore dell'*opinion* principale); la voce del dissenso, invece, è rappresentata dalla giudice Ginsburg, la cui articolata *opinion* è stata sostanzialmente condivisa dagli altri tre giudici (Sotomayor, Breyer e Kagan).

Un solo punto fermo, profondamente radicato nella giurisprudenza della Supreme Court sul Primo Emendamento, accomuna i giudici di maggioranza ai dissenzianti: l'assoluta insindacabilità, da parte della Corte come di qualunque altro giudice, della ragionevolezza o sensatezza delle convinzioni religiose del singolo, che non possono essere in alcun modo sminuite o degradate nel contesto del *judicial review*. Pur prendendo le mosse da questo fondamentale punto di partenza, le posizioni delle due ali della Corte si divaricano nettamente.

L'*opinion* di Alito fa leva sull'interpretazione estensiva del termine *person* contenuta nel *Dictionary Act*, le «Preleggi» dello *US Code*, che ricomprende anche le *corporation*, le società e altri enti ad esse affini³⁶; forte dell'esenzione già concessa per via normativa alle Chiese e alle *religious nonprofit organization*, la Corte ritiene che sarebbe illogico non consentire alle *forprofit corporation* la facoltà di esercitare l'obiezione di coscienza per motivi

³⁵ Si tratta dell'*Employee Benefits Security Administration (EBSA) Form 700*, predisposto a tale scopo dall'Amministrazione Obama.

³⁶ 1 US Code § 1 - Words denoting number, gender, and so forth: «The words 'person' and 'whoever' include corporations, companies, associations, firms, partnerships, societies, and joint stock companies, as well as individuals». Si noti che le norme del *Dictionary Act* hanno comunque valore suppletivo («unless the context indicates otherwise») e non sono quindi regole di interpretazione autentica vincolanti in senso assoluto. In senso conforme all'interpretazione di Alito si veda, tra gli altri, D. Laycock, *Liberty and Justice for All*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *Religious Freedom, LGBT Rights, and the Prospects for Common Ground*, Cambridge, 2019, p. 24 ss.; in particolare, p. 34 ss. Si veda anche E.J. Barnet, *Hobby Lobby and the Dictionary Act*, 124 *Yale L. J. F.* 11 (2014), che auspica che la Corte adotti una *strong presumption* a favore dell'interpretazione del linguaggio usato negli *statute* in senso conforme a quanto previsto dal *Dictionary Act*.

religiosi nei confronti del *contraceptive mandate*³⁷. Inoltre, Alito valorizza particolarmente la diversa e più ampia nozione di *exercise of religion* che, come abbiamo visto, caratterizza il RLUIPA rispetto al RFRA; un orientamento che, come ha notato la giudice Ginsburg nel suo *dissent*, più che suggerire un ritorno alla giurisprudenza precedente a *Smith*, sembra invece ampliare notevolmente lo spettro di tutela accordato alla *religious freedom* fino al 1990³⁸.

La *dissenting opinion*, invece, abbraccia un'interpretazione restrittiva del termine *person* nel testo del RFRA; considerando che gli stessi giudici dissenzienti in questo caso avevano concorso alla decisione unanime di *Hosanna-Tabor*, emerge qui chiaramente come la protezione accordata dal Primo Emendamento spetti in primo luogo ai singoli individui e, tutt'al più, agli enti a vocazione strettamente religiosa, *in primis* congregazioni e Chiese, mentre chi esercita un'attività economica sotto forma di impresa non può sottrarre tale attività al rispetto della legislazione federale tramite lo schermo delle proprie personali convinzioni religiose, che peraltro non devono essere discusse né giudicate nel merito.

Il *dissent* della Ginsburg sottolinea come la soluzione adottata dalla maggioranza a favore della libertà religiosa presenti non pochi problemi sotto il profilo dell'eguaglianza, ove si consideri che, sovente, i contraccettivi orali colpiti dall'eventuale obiezione di coscienza sono prescritti e

³⁷ La questione della *personhood* delle imprese è ovviamente cruciale per la soluzione della controversia in un senso o nell'altro, motivo per cui ha alimentato molto anche il dibattito dottrinale che si è polarizzato in maniera netta; emblematico di tale contrasto è S.D. Smith - C.M. Corbin, *Debate, The Contraception Mandate and Religious Freedom*, 161 *U. Pa. L. Rev. Online* 261 (2013). Smith non solo propende per la soluzione adottata dalla Corte, ma rivendica con forza il carattere soggettivo, e pertanto insindacabile, del *burden* sulla libertà religiosa, che deve essere riconosciuto sussistente in quanto viene percepito come tale dal soggetto (sia esso persona fisica o giuridica); si veda p. 262 ss. Corbin, invece, sposa la soluzione diametralmente opposta, negando, altresì, alla radice che il *contraceptive mandate* imponga un *burden* suscettibile di incidere la libertà religiosa dei datori di lavoro; p. 272.

³⁸ Questo aspetto è stato evidenziato da E. Chiericato, *The Contraceptive Mandate Controversy and the Future of Religious Accommodations in the United States: A Study of the US Supreme Court Case of Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.* (2014), 10 *Religion and Human Rights* 99 (2015); p. 118 ss. Si veda altresì F.M. Gedicks - A. Koppelman, *Is Hobby Lobby Worse for Religious Liberty than Smith?*, 9 *U. of St. Thomas J. of L. and Pub. Pol'y* 223 (2015); p. 229: «RFRA's name and legislative history notwithstanding, the Court has severed the statute from its pre-*Smith* antecedents. It rejected the argument that RFRA 'did no more than codify this Court's pre-*Smith* Free Exercise Clause precedents'. It thereby converted RFRA from the statutory restoration of an even-handed balancing test into a doctrinal revolution that has vested in federal judges the authority to craft a wholly new and demanding religious exemption jurisprudence».

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

largamente impiegati anche per scopi squisitamente terapeutici, con un'evidente lesione del diritto alla salute di milioni di donne americane in balia delle credenze religiose dei propri datori di lavoro che esse potrebbero anche legittimamente non condividere³⁹.

La sentenza lascia quindi emergere una riflessione che la dottrina avrebbe poi ulteriormente sviluppato alla luce della successiva giurisprudenza della Corte, quella sul profilo del c.d. *third-party harm*, vale a dire del danno arrecato a soggetti terzi - in questo caso, le lavoratrici - dall'esercizio dell'obiezione religiosa; su tali soggetti si riverberano le conseguenze di una lettura estensiva del *Free Exercise* e si scarica il peso delle scelte compiute dall'obiettore⁴⁰.

Quel che è certo - e lo vedremo meglio tra breve - è che *Hobby Lobby* ha lasciato un'impronta indelebile nella giurisprudenza della Supreme Court, destinata ad orientarne l'operato negli anni successivi; il combinato disposto di *Hosanna Tabor* e *Hobby Lobby* rappresenta un vero e proprio spartiacque per il diritto americano, se è vero che, all'indomani di queste due pronunce, e soprattutto della seconda, la dottrina ha iniziato ad interrogarsi sempre più spesso sui temi della *corporate religious liberty* e della *corporate conscience*⁴¹,

³⁹ *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, cit., Ginsburg, J., *dissenting*: «And the mandate secures benefits wholly unrelated to pregnancy, preventing certain cancers, menstrual disorders, and pelvic pain». È evidente che qui la giudice si riferisce non ai contraccettivi d'emergenza, oggetto dell'obiezione nel caso specifico, ma all'ipotesi in cui l'obiezione si estenda ad altri farmaci contraccettivi, cosa astrattamente possibile all'esito di *Hobby Lobby*.

⁴⁰ Si noti che i giudici di maggioranza hanno negato categoricamente la sussistenza di un danno a carico di soggetti terzi. Molto critici, rispetto a questo profilo della decisione, sono D. Nejaime - R.B. Siegel, *Religious Accommodation, and Its Limits, in a Pluralist Society*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*, p. 69 ss.; v. soprattutto p. 74 ss. Si veda altresì *Iid.*, *Conscience Wars in Transnational Perspective: Religious Liberty, Third-Party Harm, and Pluralism*, in S. Mancini - M. Rosenfeld (eds.), *The Conscience Wars: Rethinking the Balance between Religion, Identity, and Equality*, Cambridge, 2019, p. 187 ss. Particolarmente equilibrato è il punto di vista espresso da N. Tebbe - M. Schwartzman - R. Schragger, *How Much May Religious Accommodations Burden Others?*, in E. Sepper - H. Fernandez Lynch - I.G. Cohen (eds.), *Law, Religion, and Health in the United States*, Cambridge, 2017, p. 215 ss. Gli autori propongono di mutuare dal campo dell'*employment law* lo standard dell'*undue hardship*, elaborato dalla Corte Suprema nel caso *TWA, Inc. v. Hardison*, 432 US 63 (1977), quale limite all'ammissibilità delle *religious objection* ove esse si ripercuotano sui terzi. Si veda altresì *Iid.*, *When Do Religious Accommodations Burden Others?*, in S. Mancini - M. Rosenfeld (eds.), *op. cit.*, p. 328 ss.

⁴¹ Una ricostruzione dettagliata della progressiva emersione della *corporate religious liberty* si rinviene in M. Schwartzman - C. Flanders - Z. Robinson (eds.), *The Rise of Corporate Religious Liberty*, Oxford, 2016. Si vedano altresì E. Sepper, *Contraception and the Birth of Corporate Conscience*, 22 *Am. U. J. Of Gender Social Pol'y and L.* 303 (2014); C.M. Corbin,

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

innovando profondamente la riflessione costituzionalistica consolidata sul Primo Emendamento.

Da ultimo, la sentenza appare problematica anche sotto il profilo del rapporto tra il ruolo della Corte Suprema e quello del potere legislativo, sovrapponendosi, in maniera abbastanza invasiva, alle scelte del legislatore e all'indirizzo politico dettato dalla Presidenza; è significativo che l'*opinion* di tale pronuncia provenga da un'inedita maggioranza composta, ad eccezione di Kennedy, da quattro giudici tradizionalmente contrari al *judicial activism*. Oggi, però, guardando *Hobby Lobby* da una certa distanza, e all'indomani di *Dobbs v. Jackson*⁴², essa appare forse come il primo segnale di una nuova fase di attivismo giudiziario, sebbene di segno opposto rispetto a quello che aveva caratterizzato altre stagioni della giurisprudenza della Corte.

3.2 La giurisprudenza in materia di obiezione di coscienza

Per quanto riguarda il prosieguo delle controversie legate al *contraceptive mandate*, merita di essere menzionato il caso *Zubik v. Burwell*⁴³, deciso nel 2016; il ricorso originario e i suoi numerosi *companion case* erano stati presentati dinanzi alle corti inferiori quando *Hobby Lobby* era ancora pendente a Washington D.C. È anche per questo forse che, in questa causa, i nove giudici non si sono poi pronunciati nel merito, rimettendo i ricorsi alle corti inferiori e limitandosi ad esprimere una *per curiam opinion*. Senza addentrarci ora nei dettagli del caso, è però opportuno segnalare che, nell'ambito di questa controversia, per la prima volta, si profila la questione delle c.d. *complicity-based objection* che sarebbe poi tornata prepotentemente alla ribalta quattro anni più tardi, nel caso *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*⁴⁴ (su cui v. *infra*).

Com'è noto, il 2016 è stato altresì l'anno che ha visto l'ascesa di Donald Trump alla Casa Bianca; l'erosione e lo smantellamento del tanto contestato *Obamacare* sono stati pervicacemente perseguiti dal nuovo Presidente, in particolare per quanto riguarda il *contraceptive mandate*, tramite le c.d. *Interim Final Rules* (IFRs), emanate di concerto dai Dipartimenti della Salute e del Tesoro. Tali norme hanno allargato notevolmente le maglie dell'*exemption*,

Corporate Religious Liberty, 30 *Const. Commentary* 277 (2015); entrambe le autrici sono fortemente critiche nei confronti della nuova categoria elaborata dalla Corte estendendo la platea dei soggetti titolari della libertà religiosa.

⁴² Cit. *supra* n. 32.

⁴³ *Zubik v. Burwell*, 578 US __ (2016).

⁴⁴ *Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home v. Pennsylvania*, 591 US __ (2020).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

estendendola anche ai datori di lavoro obiettori in ragione delle proprie *sincerely held moral convictions*, andando quindi ben al di là del mero riferimento alla religione e stabilendo un parametro i cui contorni appaiono alquanto vaghi e sfocati.

Questa lettura così pervasiva della libertà religiosa, propugnata sia dalla Corte che dal Congresso in consonanza con gli obiettivi della Presidenza Trump, ha scatenato negli ultimi anni una serie inesausta di rivendicazioni, variamente declinate, volte ad ottenere *accomodation* che esentino l'obiettore dal rispetto delle leggi che stridono col proprio credo religioso⁴⁵.

È in questo solco che si inserisce il caso del 2018 *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*⁴⁶, in cui la Corte Suprema ha reso, con l'ampia maggioranza di sette giudici contro due, una pronuncia che traccia un inedito punto di intersezione tra il divieto di discriminazioni basate

⁴⁵ In questo stesso periodo la Corte ha affrontato anche diverse questioni relative al finanziamento indiretto di scuole di matrice religiosa, che investono principalmente l'interpretazione dell'*Establishment Clause*; i casi *Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer*, 582 US _ (2017) ed *Espinoza v. Montana Department of Revenue*, 591 US _ (2020) sono stati entrambi decisi in senso favorevole ai ricorrenti, affermando la violazione della loro *religious freedom* ad opera della parte pubblica. Si tratta però di due decisioni meno controverse di quelle da noi discusse nel testo, soprattutto nel secondo caso. *Espinoza*, infatti, chiama in causa il problema dei c.d. *Blaine Amendment* alle Costituzioni statali, vale a dire quelle previsioni costituzionali che, in taluni Stati americani, tra cui il Montana, vietano categoricamente qualsiasi forma di sovvenzione pubblica, anche indiretta, nei confronti di scuole o istituti educativi aventi una *religious affiliation*. Ebbene, la costituzionalità di tali previsioni è generalmente ritenuta dubbia, anche da parte degli studiosi meno inclini ad una lettura estensiva della libertà religiosa; si veda e.g. F.M. Gedicks, *Reconstructing the Blaine Amendments*, 2 *First Amend. L. Rev.* 85 (2003). Tanto è vero che a firmare l'opinione della Corte, in entrambi i casi, è il Chief Justice Roberts, più cauto di Alito sulla tutela della libertà religiosa e, in *Trinity Lutheran Church*, non si è neppure verificata la consueta netta contrapposizione tra le due ali della Corte, dato che il giudice Breyer ha aderito alla decisione firmando un proprio *concurring*. Sulle possibili implicazioni di questa giurisprudenza si vedano C.M. Corbin, *Is there any silver lining to Trinity Lutheran Church of Columbia, Inc. v. Comer?*, 116 *Michigan L. Rev. Online* 137 (2018); A. Madera, *More than a playground dispute: il caso Trinity Lutheran Church v. Pauley e le nuove traiettorie interpretative dell'Establishment Clause*, in www.statoechiense.it, n. 23/2017. Molto critici nei confronti di questa pronuncia sono I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *Trinity Lutheran Church v. Comer: Paradigm Lost?*, *Am. Const. Soc'y Sup. Ct. Rev.* 2016-2017; vero è che anche questa sentenza contribuisce a sviluppare, in parallelo alle decisioni da noi esaminate, la medesima lettura del Primo Emendamento come divieto di discriminazione della religione rispetto all'ambito secolare, eclissando sempre più il profilo della *liberty* a tutto vantaggio dell'*equality*. Da ultimo, si veda anche il recente caso *Carson v. Makin*, 596 US _ (2022), deciso in senso conforme ai due precedenti.

⁴⁶ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, 584 US _ (2018).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

sull'orientamento sessuale⁴⁷ e i diritti tutelati dal Primo Emendamento, sia sotto il profilo del *Free Exercise* della religione, sia sotto quello, ben diverso, della *freedom of speech*.

Innanzitutto, è bene ricordare che le vicende concrete che hanno dato origine a questa decisione risalgono al 2012, ad un momento, cioè, in cui la Corte non era ancora intervenuta sulla questione del *same-sex marriage*⁴⁸ e, all'interno della Federazione, diversi Stati espressamente vietavano o comunque non riconoscevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso; tra questi, anche il Colorado, Stato in cui si collocano i fatti relativi a questa causa.

Nel 2012, appunto, Jack Phillips, titolare del Masterpiece Cakeshop di Denver, si rifiutava di preparare una *wedding cake* destinata al ricevimento nuziale della coppia formata da Dave Mullins e Charlie Craig; il diniego del pasticcere era da questi motivato sulla base delle proprie profonde convinzioni religiose che ostavano alla sua «partecipazione», seppur solo nella misura del confezionamento di una torta, a quel tipo di matrimonio, ma che, peraltro, non gli avrebbero impedito di fornire, anche in futuro, ai medesimi clienti prodotti dolciari diversi destinati ad altre occasioni d'uso. Craig e Mullins, ritenendosi vittime di una violazione, ad opera del pasticcere, del *Colorado Anti-Discrimination Act* (CADA), azionavano quindi gli strumenti di tutela predisposti da tale normativa che vieta, tra l'altro, le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale nell'accesso a beni o servizi da parte dei gestori o titolari degli esercizi commerciali che li forniscono; si tratta, in effetti, di un sistema di *administrative review* che, pur non contornato da tutte le garanzie e le forme proprie della giurisdizionalità, assicura comunque plurimi gradi di «giudizio» da parte di organi diversi. Sia la Colorado Civil Rights Commission, posta al vertice di tale sistema, sia, successivamente, la Court of Appeals del Colorado si erano pronunciate a favore dei ricorrenti, ritenendo discriminatorio il rifiuto opposto dal pasticcere Phillips, in linea con l'operato delle altre corti statali in casi analoghi, generalmente decisi a favore delle coppie omosessuali, stigmatizzando come discriminatorio il comportamento dei fornitori «obiettori» (pasticceri, fiorai, fotografi, etc.)⁴⁹.

⁴⁷ Il fondamento costituzionale di tale divieto è stato più volte ribadito dalla Corte nella sua giurisprudenza a partire dal caso *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996).

⁴⁸ Come poi avrebbe fatto nel 2015 con la sentenza *Obergefell v. Hodges*, 576 US _ (2015), che ha sancito il riconoscimento del matrimonio omogenerico nell'ordinamento americano.

⁴⁹ Si veda ad es. *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

La Corte Suprema, adita dal pasticciere, ha accolto e fatto proprie le ragioni di questi, seppure attraverso iter argomentativi non precisamente convergenti tra i diversi giudici. La maggioranza, infatti, coagulata intorno all'opinione del giudice Kennedy, si sfrangia poi in un articolato ventaglio di opinioni concorrenti: le prime due firmate da giudici che hanno comunque aderito alla *plurality opinion* (i giudici Kagan e Gorsuch); la terza, a firma del Justice Thomas, che non aderisce all'opinione di maggioranza e ne sottoscrive una *concurring in part* e *concurring in the judgment*. Dissentono, infine, le giudici Ginsburg e Sotomayor, che si associa al *dissent* elaborato dalla prima.

Come già accennato, Phillips censurava l'operato della Civil Rights Commission alla luce di due parametri costituzionali diversi: la *freedom of speech*, da un lato, e la *Free Exercise Clause*, dall'altro. Forse la maggiore peculiarità di questa sentenza risiede nel fatto che l'opinione di maggioranza del Justice Kennedy, nell'accedere alle ragioni del Masterpiece Cakeshop, rinunci ad avventurarsi sul sentiero, certamente scivoloso, della libertà di espressione e si limiti ad esaminare, neppure in maniera eccessivamente approfondita, solo il secondo profilo di censura, quindi analizzando la condotta sanzionatoria della Commissione nei confronti di Phillips unicamente attraverso la lente della libertà religiosa.

Peraltro, tanto l'opinione dissenziente della giudice Ginsburg, quanto le *concurring opinion* di Gorsuch e Thomas suggeriscono invece, pur con esiti diversi, una lettura della controversia maggiormente orientata in chiave di *freedom of speech* e ne approfondiscono i relativi profili.

Un posto centrale nelle argomentazioni dei giudici autori delle diverse *opinion* è poi occupato dall'analisi delle decisioni della Colorado Civil Rights Commission in tre diversi casi⁵⁰ in cui questa si era pronunciata in favore di tre pasticceri che si erano rifiutati, nei confronti del medesimo committente, di confezionare una torta apponendovi sopra immagini e messaggi (i cui dettagli sono noti e descritti nella sentenza) offensivi e denigratori nei confronti degli omosessuali e del matrimonio *same-sex*, in quanto considerati contrari alle proprie profonde ed intime convinzioni e palesemente discriminatori. In questi casi, specularmente, potremmo dire, alla vicenda di Phillips, emergeva, da un lato, la disponibilità dei pasticceri a fornire a quel cliente qualunque prodotto, purché privo di contenuti offensivi o discriminatori, dall'altro l'indisponibilità degli stessi a fornire quel particolare tipo di dolce a qualunque cliente, a prescindere da caratteristiche quali il suo orientamento sessuale o le sue convinzioni religiose.

⁵⁰ *Jack v. Gateaux, Ltd.*; *Jack v. Le Bakery Sensual, Inc.*; *Jack v. Azucar Bakery*.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

È bene precisare che, tra la vicenda di Phillips e quella dei tre pasticceri incaricati invano dal medesimo cliente di confezionare una torta a tema biblico-religioso, recante contenuti offensivi per gli omosessuali, i parametri di riferimento cambiano: nel caso di Phillips, veniva in rilievo un profilo di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale del cliente, dettata da obiezioni di carattere religioso; nel caso degli altri tre pasticceri, il cliente si riteneva oggetto di una discriminazione, basata sulla sua appartenenza ad una fede religiosa, dettata dalle convinzioni profondamente laiche (*secular*) dei *cake designer* interpellati. È proprio sulla presunta disparità di trattamento tra questi tre casi e quello del pasticcere Phillips che si concentra l'opinione di maggioranza firmata da Kennedy: da un lato, il rifiuto dei tre pasticceri di apporre su un loro prodotto messaggi denigratori era stato valutato dalla Commissione come scevro di intenti discriminatori, su base religiosa, nei confronti del committente; l'obiezione di Phillips, invece, era stata sanzionata perché considerata discriminatoria - per lo meno negli effetti, se non negli intenti - in relazione all'orientamento sessuale del potenziale cliente⁵¹; ciò avrebbe dimostrato, da parte della Commissione stessa, un atteggiamento di prevenzione e di pregiudizio, se non proprio di disprezzo, nei confronti delle convinzioni religiose del pasticcere di Denver. Quest'ultimo aspetto risulterebbe suffragato, secondo la Corte, dai verbali di alcune riunioni della Commissione, durante le quali alcuni dei suoi componenti avevano usato, parlando di obiezioni dettate dalla religione, espressioni particolarmente veementi, al limite dell'offensivo⁵².

Diversamente da Kennedy, Gorsuch, nel suo *concurring*, valorizza maggiormente il profilo della libertà di espressione. La protezione ad essa accordata dalla Costituzione federale, soprattutto nell'interpretazione che ne ha dato la Supreme Court, è la più ampia possibile; non importa quanto offensivi, scandalosi o odiosi siano i contenuti attraverso i quali tale libertà si esplica; nella stragrande maggioranza dei casi, la *freedom of speech* prevale su possibili istanze di tutela della sensibilità dell'opinione pubblica.

⁵¹ In senso contrario, che cioè il rifiuto di Phillips non costituisca discriminazione in base all'orientamento sessuale del committente, bensì l'espressione di un legittimo dissenso rispetto al matrimonio omogenerico si vedano R.T. Anderson, *Challenges to True Fairness for All: How SOGI Laws Are Unlike Civil Liberties and Other Nondiscrimination Laws and How to Craft Better Policy and Get Nondiscrimination Laws Right* e M.W. McConnell, *Dressmakers, Bakers and the Equality of Rights*, entrambi in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*; rispettivamente p. 361 ss. e p. 378 ss.

⁵² Per una ricostruzione più dettagliata dell'operato della Colorado Civil Rights Commission, nonché dell'opinione della Corte sotto il profilo della disparità di trattamento tra il caso di Phillips e gli altri tre si veda L. Kendrick - M. Schwartzman, *The Etiquette of Animus*, 132 *Harv. L. Rev.* 133 (2018); in particolare, p. 154 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Non spetta al legislatore e tanto meno ai giudici, né ad un organo come la Commissione del Colorado - afferma Gorsuch - tracciare la linea di confine tra ciò che è offensivo e ciò che non lo è, tra ciò che strida con il credo religioso di un individuo e ciò che vi si può conciliare: questa valutazione - sostiene il giudice - può provenire solo dalla coscienza dell'individuo posta dinanzi alle concrete circostanze del vivere.

Il tema della *freedom of speech* diventa poi protagonista dell'opinione concorrente di Clarence Thomas, che si sforza di sviscerare alcune questioni particolarmente vischiose che altrimenti avrebbero rischiato di rimanere sullo sfondo; le medesime questioni, seppure più sinteticamente trattate e ovviamente risolte in senso opposto, riaffiorano anche nel breve *dissent* delle giudici Ginsburg e Sotomayor. Come già accennato, al di là della condivisibilità del suo punto di approdo, l'aspetto che rende l'opinione di maggioranza di questa pronuncia alquanto claudicante e carente dal punto di vista dell'argomentazione risiede proprio nella scelta di ignorare il versante del *Free Speech*, che pure risulta centrale nelle difese del pasticciere. Thomas, invece, fa ruotare il proprio *concurring* intorno al perno della nozione di *expressive conduct*, elaborata dalla Corte in funzione, potremmo dire, estensiva della stessa *freedom of speech*; è questa nozione che consente al giudice di accedere alle tesi del Masterpiece Cakeshop e di considerare l'attività di Phillips come una vera e propria forma di espressione artistica, che pertanto non può essere fatta oggetto di limitazioni o costrizioni quanto ai messaggi da veicolare⁵³.

Nonostante la giurisprudenza della Corte Suprema in tema di *expressive conduct* mostri una casistica ampia e variegata, è opinabile, a parere di chi scrive, la tesi che una torta possa costituire una forma di esercizio della libertà di espressione e che essa possa effettivamente integrare una sorta di messaggio che, in questo caso, secondo la difesa di Phillips e secondo la lettura del Justice Thomas, equivarrebbe ad una manifestazione di approvazione e di sostegno nei confronti del matrimonio egualitario⁵⁴; e, anche acquisendo questa prospettiva, non appare così scontata la risposta alla domanda se il messaggio in tal modo veicolato sia da attribuirsi, nel caso

⁵³ Sull'*opinion* di Thomas e sul concetto di *expressive conduct* si veda, in particolare, la ricostruzione proposta da L.P. Vanoni, «*It is (not) a piece of cake*»: libertà di espressione e politiche antidiscriminatorie in America. Note a margine del caso *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*, in www.statoechiense.it, n. 29/2018, p. 18 ss.

⁵⁴ In senso conforme a quanto da noi prospettato nel testo si veda J.C. Pizer, *It's Not About the Cake: Against «Altaring» the Public Marketplace*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*, p. 385 ss.; in particolare, p. 397.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

di specie, al *cake designer* piuttosto che al committente⁵⁵. Quanto al confronto con gli altri tre casi verificatisi in Colorado, non sembra che sussista una contraddizione nel considerare diversamente, anche per quanto riguarda il legame tra il produttore e il prodotto, il caso di un dolce commissionato appositamente per veicolare un messaggio di odio o di discriminazione da quello di una torta nuziale, i cui dettagli peraltro non hanno mai formato oggetto di discussione tra le parti e sulla quale, con ogni probabilità, non sarebbe stata apposta nessuna particolare scritta e nessun messaggio di valenza religiosa o politica.

Si può dire che *Masterpiece Cakeshop* sia una sentenza che, più che risolvere problemi o sciogliere dubbi, finisce per sollevarne di nuovi. Innanzitutto, ripiegandosi sulla libertà religiosa, la Corte ha rinunciato a scrivere una pagina significativa della sua giurisprudenza, in un senso o in un altro, per quanto riguarda il divieto di discriminazioni e, in particolare, di quelle basate sull'orientamento sessuale. Mentre per quanto riguarda il parametro razziale, la Corte è sempre stata categorica nel sottoporre le relative discriminazioni ad uno scrutinio stretto⁵⁶, sin dai tempi della sentenza *Romer*⁵⁷ i giudici di Washington D.C. non hanno saputo o voluto chiarire quale tipo di standard sia applicabile alle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale, mantenendo, da questo punto di vista, una giurisprudenza abbastanza ondivaga⁵⁸.

Da ultimo, segnaliamo come il tema della *complicity*, pur rimanendo sotto traccia, si rilevi anche in questa pronuncia, in particolare per ciò che concerne il rapporto tra il fornitore, il proprio prodotto e il messaggio che esso potrebbe veicolare.

⁵⁵ In questo senso si veda F.M. Gedicks, *Dignity and Discrimination*, 46 *BYU L. Rev.* 961 (2021); p. 965. L'autore ricostruisce la controversia in chiave di collisione tra soggetti portatori di dignità diverse, la dignità della coscienza religiosa incarnata dal pasticciere e la *dignity of citizenship* propria dei committenti.

Sul rifiuto della maggioranza della Corte di affrontare la questione sul versante del *Free Speech* si veda altresì L. Kendrick - M. Schwartzman, *op. cit.*, p. 163 ss.

⁵⁶ Una ricostruzione particolarmente illuminante dei rapporti tra la giurisprudenza sul *Free Exercise* e quella in materia di *Equal Protection* per quanto concerne il parametro razziale si rinviene in L. Portuondo, *Effecting Free Exercise and Equal Protection*, 72 *Duke L. J.* (2023 *Forthcoming*): l'autrice individua un parallelismo tra i due segmenti giurisprudenziali a partire, rispettivamente, dalla sentenza *Smith* e dalla sentenza *Washington v. Davis*, 426 US 229 (1976). In entrambi i casi, la Corte aveva elaborato uno schema tutto incentrato sul *purpose* della legge per cui, se essa si pone come neutrale e scevra di intenti discriminatori (a seconda dei casi, nei confronti della religione o di un gruppo etnico) la sua costituzionalità non sarebbe inficiata dal fatto che i suoi *effetti* risultino forieri di discriminazioni in concreto.

⁵⁷ Cit. *supra* n. 47.

⁵⁸ In questo senso L. Kendrick - M. Schwartzman, *op. cit.*, p. 160 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Più in generale, si può dire che *Hobby Lobby* prima e *Masterpiece Cakeshop* poi abbiano portato alla luce il tema del bilanciamento della libertà religiosa del singolo nei rapporti orizzontali e nello scontro con altri diritti costituzionali o, per usare la formula di Gedicks⁵⁹, nella collisione tra dignità diverse; in questa prospettiva, la religione è sempre meno una libertà da opporre al potere coercitivo dell'apparato pubblico e sempre più una questione su cui si misura il «price of citizenship in a pluralistic society»⁶⁰. Con quest'ultima decisione, che di fatto configura un diritto all'obiezione di coscienza rispetto al matrimonio *same-sex*, la Corte ha evidentemente posto, senza offrire una soluzione definitiva, la questione dei confini del divieto di discriminazioni nei rapporti interpretati e del peso specifico da attribuire a tale divieto a livello orizzontale.

Come già accennato, nel 2020 la Corte è tornata a pronunciarsi sul *contraceptive mandate*, nel caso *Little Sisters v. Pennsylvania*; la sentenza ripropone in larga parte la medesima maggioranza sette contro due di *Masterpiece Cakeshop*, con il giudice Kavanaugh subentrato al dimissionario Kennedy, Thomas in veste di estensore dell'opinione della Corte e il *dissent* della giudice Ginsburg sottoscritto dalla collega Sotomayor.

Le summenzionate IFRs emanate dall'Amministrazione Trump avevano di fatto marginalizzato il procedimento di concessione dell'*accomodation*; ampliando a dismisura l'ambito di operatività dell'*exemption* e trasformando il requisito della *self-certification* in una pratica meramente facoltativa rimessa alla volontà dell'obiettore, l'intero *contraceptive mandate* era di fatto diventato lettera morta per moltissime lavoratrici americane.

In questo caso, infatti, i ricorsi di primo grado erano stati avviati dagli Stati della Pennsylvania e del New Jersey che contestavano la competenza della Health Resources and Services Administration (HRSA), l'agenzia del Dipartimento della Salute da cui effettivamente promanavano le IFRs; in effetti, la pronuncia della Corte Suprema, che ribalta quelle delle corti

⁵⁹ V. *supra* n. 55.

⁶⁰ L.C. McClain, *The Rhetoric of Bigotry and Conscience in Battles over «Religious Liberty v. LGBT Rights»*, in W.N. Eskridge, Jr. - R. Fretwell Wilson, *op. cit.*, p. 213 ss.; p. 231.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

federali di primo e secondo grado⁶¹, presenta non pochi e rilevanti profili di diritto amministrativo, più che di diritto costituzionale⁶².

Qui ci soffermeremo, quindi, sugli aspetti della decisione più significativi ai nostri fini, i quali risiedono soprattutto nell'accoglimento, da parte dei giudici di Washington, delle prospettazioni del soggetto ricorrente, la Little Sisters of the Poor Saints Peter and Paul Home, ordine religioso che gestisce numerose case di riposo per anziani a basso reddito in tutti gli Stati Uniti⁶³; tale attività, secondo il disegno originario dell'*Obamacare*, non era considerata di stampo puramente religioso e avrebbe dovuto essere assoggettata al regime dell'*accommodation* e non a quello dell'*exemption*.

La difesa dell'ente, soccombente nei precedenti gradi di giudizio, è tutta incentrata sul tema della *complicity-based objection*: in sostanza, il requisito della *self-certification*, previsto ai fini dell'*exception*, avrebbe reso il datore di lavoro obiettore comunque *complice* nel favorire e nell'assicurare alle proprie dipendenti l'accesso agli strumenti contraccettivi; in altre parole, poiché non se ne condivide l'utilizzo e l'intento del datore di lavoro è, quanto meno, di non avallarlo, se non proprio di scoraggiarlo, anche l'onere di presentare l'autocertificazione rappresenterebbe un *excessive burden* che incide illegittimamente la libertà religiosa del soggetto in questione. È appena il caso di sottolineare che l'accoglimento di tale doglianza da parte della Corte indirettamente avvalorava la tesi del carattere soggettivo del *substantial burden*.

L'opinione della Corte, firmata da Thomas, si segnala per la lettura spiccatamente testualista avanzata in merito alle normative di cui si discute, *in primis* lo stesso ACA, che avrebbe legittimato l'amplissima discrezionalità esercitata dall'amministrazione, al punto di prevedere finanche quella che Ruth Ginsburg, nel suo *dissent*, definisce una *blanket exemption*. Con una

⁶¹ Per una ricostruzione dettagliata delle complesse vicende giudiziarie che hanno interessato le IFRs prima di arrivare alla Corte Suprema, si veda N. Palazzo, *Stop alle esenzioni morali e religiose al «contraceptive mandate» introdotte dall'amministrazione Trump*, in www.dpceonline.it del 23 gennaio 2018, che mette in luce anche le implicazioni e le ricadute della controversia per ciò che concerne l'atteggiarsi del federalismo e del principio della separazione dei poteri nell'attuale contesto statunitense.

⁶² Sui profili di diritto amministrativo, e non sul versante meramente procedurale, è incentrato, in particolare, il *concurring in judgment* della giudice Kagan che, pur riconoscendo la piena titolarità della discrezionalità in capo ai Dipartimenti summenzionati, contesta l'uso che di tale discrezionalità essi hanno fatto con le IFRs, definendo le loro scelte normative *arbitrary and capricious* e contrarie al principio di ragionevolezza (*reasoned decisionmaking*) che invece avrebbe dovuto guidarne l'operato, evitando, ad esempio, di accordare l'*exemption* perfino alle *publicly traded corporation*.

⁶³ Si noti che si tratta del medesimo ente che aveva tentato uno dei ricorsi confluiti nella pronuncia *Zubik* del 2016.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

dubbia operazione interpretativa, si deduce che il legislatore *minus dixit quam voluit*, quando ha delegato alle agenzie federali il compito di individuare quali trattamenti o esami rientrino nell'ambito della *preventive care and screenings* che l'*Obamacare* intendeva assicurare alle lavoratrici; così facendo, avrebbe quindi rimesso alle medesime agenzie il compito di prevedere eventuali *exemption* agli obblighi imposti dalla copertura sanitaria.

Un ulteriore scarto di prospettiva che, a parere di chi scrive, ha ipotecato pesantemente le successive pronunce della Corte in tema di *religious freedom*, emerge dal *concurring* del giudice Alito; questi, rovesciando il criterio dettato dal RFRA sul modo in cui lo Stato può tutelare un *compelling interest*, afferma che lo strumento per proteggere la libertà religiosa non soggiace al medesimo criterio del *least restrictive means* e può anzi inverarsi nel mezzo più ampio e pervasivo possibile⁶⁴.

Assistiamo, quindi, alla negazione radicale del *balancing test* come la Supreme Court lo ha lungamente praticato e della sua stessa ragion d'essere; che vi siano, cioè, interessi *parimenti* degni di attenzione e di tutela da contemperare in maniera tale da assicurarne il reciproco minor sacrificio possibile⁶⁵. Nelle parole di Alito si intravede una sorta di gerarchia, istituita almeno da una parte della Corte, che pone la libertà religiosa in posizione di primazia rispetto ad altri diritti costituzionali che, anziché concorrere su un piano di parità, sembrano destinati inevitabilmente a soccombere ogniqualvolta si profili un conflitto con la *religious freedom*, insuscettibile di tollerare un sia pur minimo sacrificio.

Infine, vale la pena segnalare che l'8 luglio 2020, lo stesso giorno in cui si pronunciava sul caso *Little Sisters*, la Corte si è espressa anche in merito alla causa *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*⁶⁶; proprio in ragione di tale concomitanza, tale decisione è stata forse in parte oscurata dalla precedente, rispetto alla quale ha avuto minore risonanza. E tuttavia non deve essere sottovalutata nella sua portata, ove si consideri che si tratta di una sentenza in cui la Supreme Court ha ampiamente confermato la lettura forte della *ministerial exception* elaborata in *Hosanna-Tabor*; peraltro, in un caso

⁶⁴ *Little Sisters v. Pennsylvania*, cit., Alito, J., *concurring*: «[...] While RFRA requires the Government to employ the least restrictive means of furthering a compelling interest that burdens religious belief, it does not require the converse - that an accommodation of religious belief be narrowly tailored to further a compelling interest. [...] Nothing in RFRA requires that a violation be remedied by the narrowest permissible corrective».

⁶⁵ Sul punto si veda E. Chieragato, *La Corte Suprema e gli ultimi episodi della Culture War su aborto e contraccezione: un commento a Little Sisters of the Poor v. Pennsylvania* (2020), in www.diritticomparati.it del 10 settembre 2020.

⁶⁶ *Our Lady of Guadalupe School v. Morrissey-Berru*, 591 US _ (2020).

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

in cui le circostanze di fatto lasciavano più di qualche dubbio sulla possibilità di qualificare come *minister la respondent*, un'insegnante che lamentava il carattere discriminatorio del proprio licenziamento; proprio per questo, diversamente da quanto avvenuto nel 2012, non abbiamo assistito ad una decisione unanime, con le giudici Ginsburg e Sotomayor ancora una volta a rappresentare la voce del dissenso.

3.3 Covid-19 e libertà di culto: la consacrazione del most favored nation approach

Particolarmente rilevante ai nostri fini, soprattutto per lo schema di ragionamento che propone, è poi la sentenza *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*⁶⁷, pronunciata in piena pandemia e concernente proprio la costituzionalità di quelle misure di contrasto alla diffusione del Covid-19 dettate da atti di normazione d'urgenza; nello specifico, si trattava, dell'*executive order* 202.68 emanato dall'allora Governatore dello Stato di New York Andrew Cuomo nell'ambito del sistema, largamente utilizzato anche nei Paesi europei, delle «zone a colori» volto a suddividere i territori urbani o statali in aree diverse a seconda del grado di incidenza e di diffusione del Coronavirus, associandovi misure di contenimento via via più restrittive in base al livello di allerta. In particolare, la controversia riguardava le restrizioni alla partecipazione alle funzioni religiose che, nelle zone c.d. rosse e arancioni, la normativa d'urgenza aveva drasticamente limitato, prescindendo da qualsiasi considerazione circa le dimensioni e la capienza dei luoghi di culto e, quindi, della possibilità di attuare misure di distanziamento sociale, accogliendo comunque un maggior numero di persone.

La Corte Suprema, adita in via cautelare (*injunctive relief*) dalla Diocesi Cattolica di Brooklyn e dall'Agudath Israel of America, la comunità ebraica ortodossa, si è espressa con una *per curiam opinion* a favore degli enti religiosi con un'esigua maggioranza di cinque giudici (dissenzienti i giudici Breyer, Kagan, Sotomayor e il Chief Justice Roberts). Dal momento che tale decisione appartiene allo *shadow docket*⁶⁸ della Supreme Court connesso

⁶⁷ *Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo*, 592 US _ (2020).

⁶⁸ S.I. Vladeck, *op. cit.*, analizza diffusamente l'*emergency docket* della Corte Suprema connesso alle restrizioni anti-Covid all'esercizio del culto nelle sue varie forme (non solo la partecipazione alle funzioni, ma ad es. anche riunioni di preghiera o di lettura della Bibbia in abitazioni private). Oltre al caso newyorchese, le pronunce della Corte hanno colpito la

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

all'emergenza pandemica, non si tratta di una pronuncia dettagliata per quanto riguarda i profili di merito e tuttavia ci consente di analizzare, da una prospettiva privilegiata, l'approccio più recentemente adottato dai giudici di Washington in tema di *religious freedom*, il punto di approdo della giurisprudenza dell'ultimo decennio in materia.

I giudici di maggioranza - e, in particolare, Gorsuch e Kavanaugh, ciascuno autore di un *concurring* - hanno basato il proprio ragionamento sul fatto che, nelle medesime zone rosse e arancioni, l'*executive order* consentiva a numerosi esercizi commerciali e attività *secular*, appartenenti a segmenti merceologici piuttosto disparati ed eterogenei, di rimanere aperti senza neppure subire particolari limitazioni relativamente agli accessi o alla capienza, in quanto considerati *essential* anche nel contesto pandemico. Il termine di paragone è quindi rappresentato dalle *comparable secular activities* che, secondo i giudici, sono trattate più favorevolmente delle *religious activities*, partendo dal presupposto - errato e altresì discriminatorio - che queste ultime manchino del carattere di essenzialità che si riconosce invece alle prime⁶⁹; la decisione estende quindi alle pratiche culturali il trattamento *più favorevole* applicato alle attività secolari. Si tenga presente, tuttavia, che alle attività secolari considerate *non essenziali* era riservato un trattamento

normativa del Nevada (*Cabary Chapel Dayton Valley v. Sisolak*, 591 US _ (2020)) e soprattutto le restrizioni imposte dallo Stato della California, dal caso *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 592 US _ (2021) a *Tandon v. Newsom*, 593 US _ (2021) (su cui v. *infra*). Vladeck ha evidenziato come la Corte abbia fatto un uso per lo meno disinvolto del proprio *shadow docket*, *in primis* allargando a dismisura le maglie dell'*emergency relief* (si ricordi che, anche nel caso della Diocesi di Brooklyn, i presupposti d'urgenza della misura cautelare erano alquanto dubbi, trattandosi di provvedimenti soggetti a modifiche continue in base all'andamento della pandemia e già mutati al momento della decisione della Corte). L'autore segnala poi come la Corte sia venuta meno ad un principio costante della propria giurisprudenza, quello di non attribuire a questo tipo di pronunce valore di precedente vincolante per le corti inferiori, trattandosi di decisioni che non investono il merito, all'esito di procedimenti caratterizzati dalla sommarietà per quanto riguarda la cognizione della Corte e l'integrazione del contraddittorio e che sovente non rivestono neppure la forma della sentenza (come quelle summenzionate), ma quella di *unsigned emergency order*; al contrario, nelle ultime pronunce di questo filone, la Corte ha rimesso i casi alle corti inferiori, rimproverandole per non aver provveduto direttamente applicando il *reasoning* - se così si può dire - delle proprie ordinanze cautelari precedenti; v. p. 28.

⁶⁹ C.M. Corbin, *Religious Liberty in a Pandemic*, 70 *Duke L. J. Online* 1 (2020) enuclea dalla giurisprudenza delle corti statunitensi sulle restrizioni anti-Covid i due criteri, non necessariamente cumulativi, che qualificano un'attività come essenziale. Tali criteri sono identificati nel carattere *necessary to life* dell'attività in questione e nell'assenza di possibili alternative (*no alternative available*); v. p. 15 ss.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

deteriore rispetto a quello dei luoghi di culto, dal momento che di tali attività si prescriveva semplicemente la chiusura o l'interruzione.

Come abbiamo accennato in precedenza, lo schema sotteso a questo ragionamento è sostanzialmente identico a quello che presiede al funzionamento della clausola della nazione più favorita nel diritto internazionale e, ogniqualvolta ci si trovi di fronte ad una pretesa violazione del *Free Exercise*, tale meccanismo comporterebbe l'estensione alle pratiche religiose della disciplina più favorevole dettata in relazione ad attività o ad una condotta di carattere laico ritenute analoghe.

In queste ultime pronunce della Corte stiamo quindi assistendo ad una progressiva erosione della portata di *Smith* come precedente vincolante; e ciò, nonostante tale sentenza non abbia (ancora) subito un formale *overruling*; se è vero che alla luce di *Smith* non era sempre facile stabilire se una legge mirasse direttamente o meno ad incidere la libertà religiosa, ad oggi però appare evidente come la Corte abbia superato una valutazione basata sull'oggetto della normativa a favore di una valutazione in termini di *effetti* della legge sulla libertà religiosa, trasformando sempre più spesso il giudizio sulla *religious freedom* in un giudizio triadico di eguaglianza, in cui però è insito il rischio, abbastanza concreto, che la scelta del *tertium comparationis* possa anche rivelarsi arbitraria o strumentale.

Come ha sottolineato giustamente Laura Portuondo, le categorie che attualmente muovono il *reasoning* della Corte in materia di religione sono quelle della *devaluation* e dell'*underinclusion*, ormai svincolate da quello che potremmo chiamare l'*animus discriminandi*; la volontà o persino la consapevolezza, da parte del legislatore, di perpetrare una discriminazione a danno della libertà religiosa non sono più considerate, evidentemente, elementi rilevanti ai fini della valutazione di costituzionalità della Corte, cosa che invece il perimetro della legge neutrale e genericamente applicabile fissato da *Smith* sembrava presupporre.

Sostiene Portuondo che nulla, in queste ultime decisioni, lascia intendere «*that devaluation entails a specific desire to discount religious interests; an unconscious failure to consider religious interests is sufficient. [...] Mere underinclusivity is sufficient to trigger heightened scrutiny, even if the protected class is not the only group burdened by a regulation*»⁷⁰; per inficiare la costituzionalità di una legge, diventa allora sufficiente l'*«insufficient appreciation or consideration of religious interests at stake»*⁷¹.

La giurisprudenza cautelare sulle restrizioni Covid alla libertà di culto ha rappresentato la vera parabola ascendente del *most favored nation approach*

⁷⁰ L. Portuondo, *op. cit.*, p. 33 ss.

⁷¹ *Ivi*, p. 39.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

e la dottrina ha individuato il suo apogeo in *Tandon v. Newsom*⁷², la più recente tra queste pronunce, in cui la Corte⁷³ ha affermato: «Government regulations are not neutral and generally applicable, and therefore trigger strict scrutiny under the Free Exercise Clause, whenever they treat any comparable secular activity more favorably than religious exercise»⁷⁴.

3.4 Fulton v. Philadelphia⁷⁵: *quel che resta di Smith*

Ancor meno lineare, se possibile, è la sentenza *Fulton v. Philadelphia*, emessa dalla Supreme Court nel giugno 2021; la controversia aveva ad oggetto l'attività di collocamento dei minori presso famiglie affidatarie e la relativa funzione di selezione e di certificazione di idoneità delle famiglie che aspirino, appunto, ad accogliere un minore. Tale attività, nella municipalità di Philadelphia, come in altre città americane, si avvale dell'opera di numerose agenzie private, che interagiscono con gli organi pubblici e costituiscono il cardine principale su cui ruota il *foster-care service* nella sua interezza; tra queste, la Catholic Social Services (CSS), ente direttamente dipendente dalla diocesi di Philadelphia, impegnata da moltissimi anni nello svolgimento del servizio in questione.

Le ragioni dell'attrito tra la CSS e le istituzioni cittadine risiedevano nel rifiuto da parte dell'organizzazione cattolica di certificare, come possibili famiglie affidatarie, quelle composte da persone sposate dello stesso sesso nonché - è bene evidenziarlo - quelle formate da coppie, anche eterosessuali, non sposate; la città della Pennsylvania aveva quindi tentato di forzare la mano della CSS, prima imponendo tra le clausole contrattuali un divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale e poi, a fronte dell'inottemperanza dell'ente, sospendendo qualsiasi rapporto di collaborazione con la CSS, inibendole quindi lo svolgimento di ogni attività nell'ambito dei servizi di affidamento dei minorenni.

La pronuncia dei giudici di Washington D.C., adottata all'unanimità, ribalta le sentenze delle due corti federali inferiori, che avevano entrambe

⁷² Cit. *supra* n. 68. Si vedano S.I. Vladeck, *op. cit.*, p. 30; J. Oleske, *Tandon Steals Fulton's Thunder: The Most Important Free Exercise Decision Since 1990*, in www.scotusblog.com del 15 aprile 2021.

⁷³ Si tratta anche in questo caso di una *per curiam opinion* che ripropone la medesima maggioranza del caso relativo allo Stato di New York; il Chief Justice Roberts si è nuovamente associato al dissenso dei giudici Breyer, Kagan e Sotomayor.

⁷⁴ *Tandon v. Newsom*, cit., *per curiam*.

⁷⁵ *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 US _ (2021).

deciso il caso in senso favorevole alle ragioni della municipalità di Philadelphia.

Contrariamente a quanto forse si potrebbe supporre, la decisione è totalmente imperniata sul parametro della *Free Exercise Clause*; il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale non ha avuto accesso, neppure marginalmente, alle prospettazioni delle parti né, tanto meno, al *reasoning* della Corte. La consonanza dei nove giudici intorno alle rivendicazioni della CSS si è in realtà sfrangiata in quattro diverse *opinion*, quella della Corte, a firma del Chief Justice Roberts, e tre *concurring*, sottoscritti, rispettivamente, dalla giudice Barrett e dai Justice Alito e Gorsuch, questi ultimi in aperto contrasto con l'opinione principale sotto il profilo dell'iter argomentativo.

In effetti, si può dire che il caso *Fulton* ruoti sostanzialmente intorno al possibile *overruling* di *Smith*, evocato dai ricorrenti, caldeggiato dai giudici Alito, Gorsuch e Thomas, ma arginato dal Chief Justice e dai giudici che hanno aderito all'opinione principale.

Lungi dallo smentire definitivamente *Smith*, la Corte fa leva sul requisito della *general applicability* che, come abbiamo visto, è considerato carente qualora la legislazione lesiva della libertà religiosa contempa un meccanismo per garantire *individualized exception*.

Forzando le maglie della normativa statale vigente in materia e delle clausole contrattuali che regolavano i rapporti tra la municipalità di Philadelphia e la CSS, Roberts ha evidenziato come la possibilità di un'esenzione dal divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale fosse, in realtà, astrattamente prevista, escludendo quindi la natura *generally applicable* delle norme in questione e sancendo l'illegittimità della condotta adottata dagli organi di Philadelphia e, in particolare, del loro rifiuto di stipulare nuovi contratti con la CSS in relazione ai servizi di affidamento, qualora l'ente cattolico non avesse acconsentito a certificare come famiglie affidatarie anche quelle *same-sex*.

È questo un aspetto di indubbia criticità della decisione della Corte, che i giudici Alito e Gorsuch non hanno mancato di sottolineare nelle rispettive *opinion*; in effetti, nell'elaborazione del Chief Justice, la questione non viene risolta, bensì aggirata⁷⁶, lasciando al soggetto pubblico la possibilità di evitare future censure di costituzionalità riformulando la normativa e il regolamento contrattuale in senso coerente al dettato della sentenza *Smith*, con il rischio che la controversia tra le parti si riapra su nuove basi,

⁷⁶ In questo senso I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 3.

protraendosi *sine die*, non diversamente da quanto avvenuto con la scelta di rimettere gli atti alle corti inferiori nel caso *Zubik*.

Il *concurring* di Alito contiene una minuziosa ricostruzione della libertà religiosa nel contesto costituzionale statunitense e ciò non soltanto con riferimento alla giurisprudenza della Supreme Court, ma anche con particolare attenzione al modo in cui tale diritto è stato elaborato in chiave storica e diacronica, partendo dalle Carte coloniali per arrivare alle Costituzioni degli Stati odierni. Certo, l'indagine del Justice Alito è indubbiamente guidata da un intento di matrice testualista e originalista, finalizzata al recupero dell'*original public meaning* del Primo Emendamento e, più precisamente, della *Free Exercise Clause*, snaturato - secondo il giudice - dalla sentenza *Smith* e da una parte della giurisprudenza ad essa successiva.

Alito rileva come la storia dell'applicazione del Primo Emendamento sia, anche e soprattutto, la storia della giurisprudenza sulle esenzioni da determinati obblighi di legge che i singoli possono invocare a tutela della propria libertà religiosa; così è avvenuto, ad esempio, per quanto riguarda l'obbligo di prestare giuramento così come per l'obbligo del servizio militare e in numerose altre fattispecie, puntualmente individuate dal giudice; i casi in cui invece un'esenzione da un obbligo di legge veniva negata sono, tendenzialmente, quelli in cui la condotta del singolo avrebbe rappresentato una minaccia per la pace o la sicurezza pubblica o l'ordine pubblico⁷⁷.

Si ravvisa una certa contraddittorietà, nelle parole del Justice Alito, quando correttamente evidenzia come la libertà religiosa negli Stati Uniti non si limiti, storicamente, a parlare il linguaggio della non discriminazione, vale a dire che tale diritto, nel contesto americano, non implica meramente l'aspirazione alla parità di trattamento della condotta dettata dalla fede religiosa rispetto alla condotta che potremmo definire laica o secolare⁷⁸; e

⁷⁷ La ricostruzione in chiave storica del *Free Exercise* proposta da Alito viene aspramente confutata da I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 13 ss.

⁷⁸ Peraltro, che il Primo Emendamento funzioni *anche* come principio di eguaglianza e di non discriminazione è opinione comune, anche tra coloro che non sono *religious liberty's advocate*. Si veda C.M. Corbin, *Religious Liberty*, cit., p. 10: «In fact, the Free Exercise Clause often functions as an equal protection clause for religion by prohibiting discrimination on the basis of religion». Si veda altresì I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 22: «[...] Both the Establishment Clause and the Free Exercise Clause have anti-discrimination components». Del resto, anche *Smith* è risultata funzionale a questo schema; si veda L. Portuondo, *op. cit.*, p. 43: «[...] The neutrality and general applicability rules themselves vindicate equality rather than liberty interests. As *Smith's* critics have recognized, the triggering rules that *Smith* set out promote religious equality, not religious liberty».

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

tuttavia è proprio la più recente giurisprudenza della Corte in materia, a cui Alito contribuisce personalmente, che sta progressivamente trasformando il Primo Emendamento in una sorta di super-principio di eguaglianza della condotta religiosa e la *religious freedom* in un diritto *più eguale degli altri* - per dirla con Orwell⁷⁹ - pressoché impermeabile a qualsiasi forma di bilanciamento, a detrimento, tra l'altro, della componente della *liberty* che pure è insita nella norma stessa e che la Corte, in altri tempi, non ha mancato di coltivare.

Alito, poi, rivendica alle Corti il ruolo di custodi della *religious liberty*, in maniera incongruente rispetto all'impianto testualista da cui il suo ragionamento ha preso le mosse; *Smith*, al contrario, aveva avuto proprio l'intento di radicare questa funzione nel processo politico e nelle mani del legislatore, coerentemente con i principi cardine dell'Originalismo professato da Scalia, autore dell'*opinion* principale nel 1990.

È inevitabile, poi, che, tanto nell'opinione di Alito, quanto in quella di Gorsuch faccia la sua comparsa il fantasma, neppure troppo evanescente, di *Masterpiece Cakeshop*; peraltro, a parere di chi scrive, i due casi non sono sovrapponibili, in primo luogo perché diversissima è, nelle due fattispecie, la cornice normativa.

In secondo luogo, è ben diverso obbligare un privato, fornitore di beni o servizi, a non discriminare tra i propri clienti in base all'orientamento sessuale, ove la sua prestazione non implica alcuna adesione alle scelte di vita o ai valori morali del committente che il fornitore non condivide; altro è pretendere che un ente che rappresenta a tutti gli effetti una costola della Chiesa cattolica certifichi l'idoneità di famiglie affidatarie composte da persone dello stesso sesso, atto che certamente implicherebbe, quanto meno, il riconoscimento di quelle unioni in aperto contrasto con i principi della dottrina cattolica. Non si dimentichi che la CSS di Philadelphia non certificava neppure l'idoneità di coppie eterosessuali non sposate, mentre nella valutazione dell'affidamento a persone singole prescindeva da qualsiasi indagine in merito all'orientamento sessuale. Diversa sarebbe stata l'ipotesi in cui un'agenzia effettivamente laica avesse negato la certificazione alle coppie *same-sex* obiettando per motivi religiosi; allora la fattispecie sarebbe stata certamente assimilabile al caso del pasticciere di Denver e una

In generale, per una corretta ricostruzione del Primo Emendamento in chiave di *equal liberty of conscience*, sia consentito richiamare, almeno, M.C. Nussbaum, *Liberty of Conscience. In Defense of America's Tradition of Religious Equality*, New York, 2008.

⁷⁹ Il riferimento è evidentemente a G. Orwell, *La fattoria degli animali*, Milano, 1947, trad. di B. Tasso.

soluzione che negasse la sussistenza della discriminazione sarebbe stata parimenti incongrua.

Vero è che, in questa sentenza, con cui la Corte non ha certamente scritto una delle sue pagine più efficaci, è comunque prevalsa la voce prudente del Chief Justice Roberts, evidentemente sempre meno allineato ai colleghi conservatori per ciò che concerne la libertà religiosa e altri temi particolarmente divisivi per la società americana, come si evince dal suo posizionamento nelle ultime decisioni da noi analizzate; peraltro, con i giudici di nomina trumpiana destinati a rimanere a lungo sugli scranni della Corte, è certo che Roberts continuerà a rappresentare l'ago della bilancia su queste e su altre questioni sempre più spesso negli anni a venire.

Forse la strada per una soluzione equilibrata di questo tipo di controversie potrebbe essere quella suggerita da Ira Lupu e Robert Tuttle che, confutando la ricostruzione di Alito in *Fulton*, distinguono tra *exercise of religion*, protetto dal Primo Emendamento, e *religiously motivated conduct*, che può esplicarsi in ambito civile o secolare, ma non rientra nello spettro di tutela predisposto dalla Costituzione⁸⁰; è indubbio però che, ovunque si scegliesse di porre il confine tra le due fattispecie, rimarrebbe sempre e comunque una zona grigia in cui tali confini risulterebbero sfumati, lasciando all'interprete un compito non facile da portare a termine.

4. Uno sguardo al futuro

Il decennio tra il 2010 e il 2020 e questi ultimi due anni sono stati, negli Stati Uniti, forieri di grandi cambiamenti e di trasformazioni sociali e politiche che hanno posto più volte in discussione il ruolo delle istituzioni democratiche e finanche della Corte Suprema, mettendo a dura prova la tenuta di certi equilibri che apparivano saldamente consolidati e, soprattutto per quanto riguarda la libertà religiosa, sono emerse linee di tensione, se non proprio di frattura, estremamente profonde e difficili da ricomporre, quanto meno nel breve periodo, con altri diritti costituzionali di più recente affermazione.

Una prima fonte di attriti tra le diverse componenti della società americana si rinviene indubbiamente nel movimento per i diritti delle persone LGBT che, nell'arco di relativamente pochi anni, ha portato dalla pronuncia di incostituzionalità del reato di sodomia all'imposizione, anche agli Stati più riottosi, del matrimonio egualitario, sempre ad opera della

⁸⁰ I.C. Lupu - R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty*, cit., p. 21.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

Supreme Court che non si è mai trincerata dietro il facile paravento del *judicial restraint*.

L'elezione di Trump alla Casa Bianca nel 2016, con tutto ciò che ne è seguito, anche per quanto riguarda la composizione della Corte Suprema e l'inevitabile, radicale mutamento dei suoi equilibri, come abbiamo visto, ha riaperto e inasprito tensioni, di carattere religioso, ma anche razziale, mai sopite nella società statunitense; basti pensare, a titolo esemplificativo, alla vicenda del *Travel Ban* e al braccio di ferro che ne è scaturito tra la Presidenza, la Corte e altri giudici di diversi Stati e livelli. Al periodo trumpiano appartiene anche la vicenda, non propriamente commendevole, dei *First Amendment Defense Act* (FADA), normative che, con scarso successo, si è tentato di introdurre sia a livello federale che statale; più che fondare *religious accomodation*, tali atti rappresentavano un vero e proprio salvacondotto per chiunque volesse discriminare contro le persone LGBT, negando loro l'accesso a beni o servizi; la loro portata discriminatoria era tale che, in tanti casi, persino i governatori repubblicani si sono rifiutati di firmare *bill* depositati da rappresentanti e senatori del medesimo partito⁸¹.

Da ultimo, pochi mesi fa, la pronuncia *Dobbs v. Jackson*, che ha sancito l'*overruling* di *Roe v. Wade*⁸², cancellando l'aborto dal catalogo dei diritti costituzionali, ha rinfocolato un dibattito che sicuramente influenzerà anche le prossime tornate elettorali; un tema, quello dell'aborto, che, anche se non chiama in causa il Primo Emendamento, ha indubbe tangenze con le questioni religiose e con le c.d. *Culture Wars* e che di certo non è destinato ad esaurirsi con *Dobbs*.

Tanti i nodi da sciogliere che si addensano sui giudici di Washington: archiviata la questione dell'obiezione religiosa all'obbligo vaccinale per il Covid, che la Corte ha rifiutato di giudicare⁸³, resta sul tavolo, ad esempio, *303 Creative LLC v. Elenis*⁸⁴, un caso pendente dinanzi alla Corte Suprema che presenta forti analogie con *Masterpiece Cakeshop* e che difficilmente potrà essere deciso in senso difforme dal precedente, ma che potrebbe riservare delle sorprese quanto alla motivazione e al modo in cui si andrà a comporre, o a sfrangiare, la maggioranza.

⁸¹ Si veda *Barber v. Bryant*, 193 F. Supp. 3d 677 (S.D. Mi ss. 2016), che riguardava il FADA del Mississippi. V. anche M.A. Hamilton, *Mississippi, the First Amendment Defense Act, Accomodation, and Apartheid*, in www.verdict.justia.com del 7 luglio 2016.

⁸² *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

⁸³ *Dr. A v. Hochul*, 595 US _ (2022), *cert. denied*; v. anche *Does v. Mills*, 595 US _ (2021), *appl. for injunctive relief denied*.

⁸⁴ *303 Creative LLC v. Elenis*, *pending*. Il caso è stato discusso dinanzi alla Corte Suprema il 5 dicembre 2022.

«Il diritto più favorito»: su alcune recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di libertà religiosa

L'atteggiamento tenuto dalla Corte nelle più recenti decisioni in tema di religione le ha attirato, da una parte della dottrina, la poco invidiabile accusa di *Free Exercise Lochnerism*⁸⁵, una forma di *religious laissez-faire* che eleva un solo diritto al di sopra di tutti gli altri, nella migliore delle ipotesi, destinati ad una perenne soccombenza; nella peggiore, neppure riconosciuti come tali. Non resta che aspettare e vedere se la Supreme Court rimarrà sorda ai richiami provenienti dalla dottrina e dalla società civile o se, invece, riacquisterà consapevolezza del proprio ruolo contromaggioritario e saprà ricondurre (anche) la *religious freedom* nei prudenti binari del *balancing test* in cui di certo *più favorita* è la legittimazione della Corte stessa.

ABSTRACT: The essay is about the last developments of the American Supreme Court's jurisprudence about religious freedom. After *Employment Division v. Smith*, the Congress had reinstated the *Sherbert test*, at least at the statutory level, enacting the Religious Freedom Restoration Act.

In the last decade, especially since the *Hosanna-Tabor* case in 2012, the Court has adopted an increasingly broader interpretation of religious freedom, consistent with that one advocated by RFRA. In its most recent decisions, in particular the cases involving Covid-19 restrictions of religious practices, the Court has openly adopted the so-called «most favored nation approach» to solve cases in which religion is at stake.

KEYWORDS: First Amendment - religious freedom - religious freedom - Restoration Act - religious objection - most favored nation approach

Chiara De Santis – Dottoressa di ricerca in Diritto Pubblico, Sapienza – Università di Roma (chiara.desantis@uniroma1.it)

⁸⁵ Si veda e.g. E. Sepper, *Free Exercise Lochnerism*, 115 *Colum. L. Rev.* 1453 (2015); per un'analisi delle radici storiche del fenomeno si veda J.K. Kessler, *The Early Years of First Amendment Lochnerism*, 116 *Colum. L. Rev.* 1915 (2016).

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta*

Maria Elena Gennusa

SOMMARIO: 1. Una chiave di lettura: l'evoluzione dell'effetto diretto attraverso le argomentazioni della Corte di giustizia. – 2. Dall'individuo all'effetto utile: come cambia l'effetto diretto. – 2.1. Il declino della coerenza: quando l'effetto diretto orizzontale dei diritti diventa un problema di fonti; e non di diritti. – 2.2. *Mangold & C.* Ovvero quel che resta dell'individuo. E della coerenza. – 3. L'effetto diretto al tempo della Carta. – 3.1. Il ritorno dell'individuo, ma mezzo passo alla volta. – 3.2. Oltre le apparenze: davvero nessun ruolo per le direttive? – 4. Considerazioni conclusive. L'effetto diretto tra fonti e diritti, con la Corte ancora nel mezzo.

1. Una chiave di lettura: l'evoluzione dell'effetto diretto attraverso le argomentazioni della Corte di giustizia

Circa 60 anni fa, la Corte di giustizia, nella storica decisione sul caso *Van Gend en Loos*¹, aveva per la prima volta affermato che «l'articolo 12 [del Trattato CEE; art. 30 TFUE] ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare»².

È questo il ben noto atto di esordio della c.d. dottrina dell'effetto diretto del diritto comunitario³, che ha letteralmente segnato la storia

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Corte giust., 5 febbraio 1963, 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos contro Amministrazione olandese delle imposte*.

² Sent. *Van Gen den Loos*, cit., in Raccolta della giurisprudenza della Corte, p. 24.

³ B. De Witte, *Direct Effect, Primacy and the Nature of the Legal Order*, in P. Craig – G. De Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 187, definisce l'efficacia diretta come la capacità di una norma di diritto UE, a certe condizioni, «to be applied in domestic court proceedings». In S. Prechal, *Does Direct Effect Still Matter?*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1048, «[d]irect effect is the obligation of a court or another authority to apply the relevant provisions of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review». Cfr. anche Conclusioni A.G. Saggio, 16 dicembre 1999, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA e Salvat Editores SA contro Rocio Murciano Quintero e altri*, par. 31. Tale differenza è anche resa con la diversità simbolica fra l'effetto «sword», tipico della sostituzione, e «shield», tipico, invece, dell'esclusione: J. Krommendijk, *Principled Silence or*

dell'intero processo di integrazione europea. L'ha segnata, però, non solo per le sue implicazioni pratiche di grandissima rilevanza nel determinare l'efficacia del diritto europeo nell'ordinamento interno agli Stati, ma anche – e soprattutto, secondo me – perché essa costituisce espressione esemplare di una scelta precisa del Giudice comunitario delle fasi iniziali del processo di integrazione: la scelta, profondamente politica, di staccare la neonata Comunità dalle sue origini di diritto internazionale, per considerarla un «ordinamento di nuovo genere», fatto di Stati e – per certi versi, ancor più – di cittadini. Emblematiche sono, infatti, le celeberrime considerazioni con cui la Corte giustifica l'effetto diretto della disposizione del Trattato che vieta agli Stati l'introduzione di nuovi dazi all'interno del territorio della Comunità: il richiamo, contenuto nel Preambolo, non solo ai governi, ma anche ai popoli e la creazione, da parte del Trattato, «di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini» dimostrano che l'ordinamento comunitario «riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»; pertanto, il suo diritto «nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal

Mere Silence on Principles? The Role of the EU Charter's Principles in the Case Law of the Court of Justice, in *European Constitutional Law Review*, 2015, p. 337. Come chiaramente spiega T. Tridimas, *Black, White, and Shades of Grey: Horizontality of Directives Revisited*, in *Yearbook of European Law*, 2002, p. 330, «Exclusion effect is produced when a directive is relied upon to set aside national measures which are incompatible with its provisions. Substitution effect occurs where an individual relies on a directive to derive a substantive right defined in its provisions which does not exist in domestic law. Whilst in the first case, the directive is relied upon to exclude the application of the norms of national law, in the latter case it is relied upon to substitute them». La nozione di effetto diretto andrebbe, peraltro, tenuta distinta da quella di diretta applicabilità, carattere che lo stesso Trattato (art. 189 TCEE, oggi art. 288 TFUE) assegna ai soli regolamenti, sebbene una compiuta analisi di questo aspetto esuli dai fini di questo scritto, cosicché si preferisce limitarsi qui a darne brevemente conto soltanto in questa nota. La confusione tra tali espressioni, pur, talvolta, usate come interscambiabili, infatti, «may impair a proper understanding of two fundamental problems which should be distinguished, viz (1) the question as to how Community law is incorporated into municipal so as to become “the law of the land”; (2) the problem of the conditions under which Community norms thus incorporated into the municipal legal order are susceptible of being invoked before national courts by private individuals». Cfr. J. A. Winter, *Direct Applicability and Direct Effect: Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1972, p. 425, secondo cui il termine «diretta applicabilità» riguarda il metodo di incorporazione del diritto comunitario derivato negli ordinamenti interni agli Stati, mentre l'«effetto diretto» si riferisce piuttosto alla capacità delle singole norme di essere giustiziabili dinanzi alle Corti. Cfr. in materia anche l'analisi di D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, Milano, 2018, p. 114 ss.

Trattato ai singoli, agli Stati membri o alle Istituzioni comunitarie»⁴. In sostanza, la Corte ci dice, i cittadini sono veri e propri soggetti del diritto comunitario e quindi godono di un patrimonio di diritti – cui necessariamente corrispondono obblighi – che originano direttamente da questo, senza che sia necessaria un'intermediazione statale perché siano operativi. Ed è questa la ragione per cui, a certe condizioni, le norme europee possono operare direttamente – nel bene e nel male – nei loro confronti.

Tali affermazioni del Giudice comunitario rivelano non solo una ben precisa visione politica, ma anche una decisa volontà di tracciare il percorso della nuova organizzazione in una direzione specifica: quella finalizzata a far emergere una dimensione, per così dire, di natura (quasi) «costituzionale» nell'appena istituita Comunità europea. Non a caso Pierre Pescatore ha limpidamente concluso che esse sono «*the consequence of a democratic ideal, meaning that in the Community, as well as in a modern constitutional State, governments may not say any more as they are used to doing in international law: "L'Etat, c'est moi". Far from it; the Community calls for participation of everybody, with the result that private individuals are not only liable to burdens and obligations, but that they have also prerogatives and rights which must be legally protected. It was thus a highly political idea, drawn from a perception of the constitutional system of the Community*»⁵.

Oggi è ben noto che la giurisprudenza europea in materia di effetto diretto si è via via arricchita di nuovi elementi che hanno dato vita a uno scenario composito e sempre più articolato. L'efficacia diretta ha progressivamente interessato rapporti giuridici di diversa natura – tanto verticale, quando essi intercorrono fra un privato e lo Stato, quanto orizzontale, quando coinvolgono parti private – e ha esteso la sua portata a norme appartenenti a tipi di fonti diverse, dai Trattati europei, alle direttive e, da ultimo, anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Agli artt. 21, 31 e 47 di questa, infatti, la Corte ha riconosciuto efficacia diretta in alcune pronunce rese in tempi recenti. È tuttavia altrettanto noto che questa graduale espansione ha seguito un percorso assai accidentato e ha finito per coincidere con una sempre più decisa perdita di coerenza del quadro complessivo che ne è conseguito, come esemplarmente denuncia il

⁴ Tutti i passi sono tratti dalla sent. *Van Gen den Loos*, cit., p. 22 ss.

⁵ P. Pescatore, *The Doctrine of «Direct Effect»: An Infant Disease of Community Law*, in *European Law Review*, 1983, ripubblicato in *European Law Rev.*, 2015, p. 137 ss. (evidenziatura mia). Su questo, cfr. da ultimo, anche D. Gallo, *Rethinking Direct Effect and Its Evolution: A Proposal*, in *European Law Open*, 2022, p. 577.

titolo di un famoso Editoriale pubblicato dalla Rivista *Common Market Law Review*: «*Horizontal Direct Effect – A Law of Diminishing Coherence?*»⁶.

Le ultime decisioni che riconoscono l'effetto diretto della Carta sollecitano, però, una nuova riflessione sulla dottrina dell'effetto diretto. Non certo con l'obiettivo di scandagliarne l'evoluzione nel tempo in tutte le sue multiformi applicazioni concrete: il mosaico che ne deriva è talmente complesso da rendere impossibile esaurire in poche pagine l'esame di un così «cangiante» fenomeno⁷. Piuttosto l'analisi che segue intende muoversi partendo da un angolo visuale specifico. La giurisprudenza sull'effetto diretto, infatti, si snoda lungo l'intero processo di integrazione europea e ne segna tutte le fasi essenziali: dal momento fondativo alle tappe stringenti per il completamento del mercato comune, dalle difficoltà di Maastricht al maxi-allargamento, dal fallimento del c.d. Trattato costituzionale all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, con esso, della Carta dei diritti fondamentali. Osservandone l'evoluzione da questa prospettiva, è duplice l'impressione che se ne trae: da un lato, la sensazione è che la perdita di coerenza della dottrina dell'effetto diretto – che è divenuta, col passare degli anni, sempre più contorta e intricata – abbia coinciso con una corrispondente perdita di quel suo senso «politico» che ne aveva caratterizzato l'origine. La Corte, cioè, sempre più intrappolata da mille – e certamente legittime – preoccupazioni, è persa smarrire le premesse da cui era partita negli anni '60, per concentrarsi, invece, sulla ricerca di soluzioni contingenti che potessero conciliare le diverse esigenze concrete che di volta in volta venivano in gioco, senza più ancorare le sue decisioni ad argomentazioni di ampio respiro; e questo ha avuto precise conseguenze, anche di ordine pratico, sulla linearità e armonia interna della stessa dottrina. Dall'altro, il diverso approccio che, nel tempo, la Corte ha seguito sembra dettato – anche – dalle vicende del processo di integrazione, cui il Giudice di Lussemburgo ha cercato di dare risposta. Del resto, si sa che la giurisprudenza non si muove nel vuoto, e quella della Corte di giustizia tanto meno può fare eccezioni. È dunque inevitabile che essa abbia risentito delle diverse fasi che storicamente hanno connotato l'evoluzione della costruzione europea, assecondandone le necessità e, spesso, incoraggiandone lo sviluppo verso alcune direzioni specifiche.

Partendo da queste premesse, l'analisi che segue cercherà pertanto, attraverso la filigrana creata dalle argomentazioni usate dalla Corte per giustificare l'effetto diretto e i risultati concreti in tal modo prodotti, di

⁶ *Common Market Law Review*, 1, 2006, p. 1 ss.

⁷ D. Gallo, *op. cit.*, p. 163 ss.

ricostruire, in primo luogo, il più brevemente possibile – e per punti essenziali – il precedente percorso giurisprudenziale, tentando di mettere in luce il legame fra le giustificazioni politiche a sostegno dell'effetto diretto e la coerenza degli esiti della «dottrina» che ha fatto la storia dell'integrazione europea. Successivamente, l'esame si concentrerà sulle recenti sentenze sull'efficacia diretta di alcune disposizioni della Carta, al fine di valutare se, con esse, la Corte abbia recuperato lo spirito che ha determinato la nascita stessa della dottrina dell'effetto diretto e se ciò abbia contribuito a ridurre le incongruenze determinatesi con le precedenti pronunce, al contempo cercando di segnare la strada verso una nuova fase del processo di integrazione europea. Con un nota bene finale: come si vedrà, l'evoluzione della dottrina dell'effetto diretto non può non tener conto del peculiare sistema delle fonti dell'Unione europea col quale risulta strettamente intrecciata; pertanto, la sua analisi consente anche, in qualche modo, al lettore di leggere in chiaroscuro alcuni dei tratti portanti di quella speciale «forma di stato» che caratterizza il processo di integrazione europea.

2. Dall'individuo all'effetto utile: come cambia l'effetto diretto

Della volontà politica sottesa all'introduzione del principio dell'effetto diretto nella sent. *Van Gend en Loos* già si è detto più sopra. Va però sottolineato che ad essa ha anche fatto riscontro una linearità e una coerenza complessiva del quadro che ne è derivato che meritano una particolare menzione ai fini che qui si perseguono. La Corte, infatti, ha ancorato la possibilità, per le norme del Trattato, di produrre effetti diretti a requisiti molto precisi: «Il disposto dell'articolo 12 pone un divieto chiaro e incondizionato che si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare. A questo obbligo non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno. Il divieto dell'articolo 12 è per sua natura perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministratori»⁸.

Sia ben chiaro: non si intende negare la portata rivoluzionaria della pronuncia né, tanto meno, l'attivismo della Corte e l'audacia del suo metodo teleologico di interpretare il Trattato⁹. Se questi possano essere fonte di

⁸ Sent. *Van Gen den Loos*, cit., p. 23.

⁹ Come osserva B. De Witte, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, cit., p. 190, «the crucial contribution of the judgment was [...] that the question whether specific provisions

critiche è stato già oggetto di un ampio dibattito su cui qui non pare essenziale tornare. Né si vuole eccessivamente enfatizzare l'ideale democratico sotteso alla visione della Corte quando essa ha pronunciato la sent. *Van Gend en Loos*. È del tutto condivisibile l'affermazione di Weiler secondo cui, nelle parole del Giudice comunitario, si evidenzia «a serious “dumbing down” of democracy and its meanings»¹⁰, stante la debolezza delle istituzioni rappresentative che avrebbero dovuto fungere da intermediari fra gli individui e la Comunità¹¹ e quindi l'assenza di reale democraticità nel processo decisionale comunitario, con l'«individuo-soggetto» che finisce per ridiventare un «oggetto» «of laws over which one has no effective democratic control»¹². Tuttavia, è abbastanza indubitabile che la volontà di fare del singolo un soggetto di diritto sia stata la giustificazione politica dell'effetto diretto che la Corte ha addotto nella sua prima pronuncia e che, in quella stessa sentenza, essa lo abbia tratteggiato in modo chiaro e congruente, salvaguardando al contempo un altro principio che sta alla base delle prerogative di qualunque soggetto giuridico: quello della certezza del diritto. L'effetto diretto, insomma, nella sent. *Van Gend en Loos*, «is a proxy for governance»¹³

Analoghe considerazioni valgono per la successiva – e altrettanto celebre – sent. *Defrenne*¹⁴, in cui erano in questione la portata e l'efficacia del principio di parità retributiva fra donna e uomo di cui all'art. 119 TCEE (art. 157 TFUE). Qui la vera novità consiste nel fatto che, diversamente dal caso *Van Gend en Loos* che vedeva un trasportatore privato opporsi a un'autorità pubblica, nel caso *Defrenne* la controversia coinvolgeva due soggetti privati: una hostess e il suo datore di lavoro, la compagnia aerea *Sabena*, accusata di discriminazione salariale a danno delle hostess rispetto agli stewards. Ma anche nella sent. *Defrenne* la Corte giustifica il riconoscimento di effetto diretto tramite un'analisi abbastanza approfondita – e di tono politico-costituzionale – della natura del principio di parità retributiva e dei suoi obiettivi che, afferma il Giudice comunitario, non sono solo di mera tutela

of the Treaty (or, later, secondary Community law) had direct effect was to be decided centrally by the Court of Justice, rather than by the various national courts according to their views on the matters.

¹⁰ J.H.H. Weiler, *Van Gend en Loos: The Individual as Subject and Object and the Dilemma of European Legitimacy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, p. 99.

¹¹ Sent. *Van Gen den Loos*, cit., p. 23.

¹² J.H.H. Weiler, *op. cit.*, p. 102.

¹³ J.H.H. Weiler, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴ Corte giust., 8 aprile 1976, 43/75, *Gabrielle Defrenne contro Sabena*.

della concorrenza leale, ma anche di progresso sociale¹⁵. Pertanto, essa conclude che «da questo duplice scopo, economico e sociale, deriva che il principio della parità di retribuzione è uno dei principi fondamentali della Comunità»¹⁶. Ed è proprio da questa sua natura di «principio» – termine il cui uso, da parte del Trattato, esprime la sua «importanza fondamentale» e la sua collocazione fra «le basi stesse della Comunità»¹⁷ – e, quindi, dal suo carattere imperativo che la Corte fa discendere la sua capacità di produrre effetti diretti anche nei rapporti orizzontali, nonostante – a ben vedere – l'art. 119 TCEE menzioni testualmente fra i suoi destinatari soltanto gli Stati: «dato che l'art. 119 è di natura imperativa, il divieto di discriminazione tra lavoratori di sesso maschile e di sesso femminile riguarda infatti non solo le pubbliche autorità, ma vale del pari per tutte le convenzioni che disciplinano in modo collettivo il lavoro subordinato, come pure per i contratti fra singoli»¹⁸. In pratica, in questa sentenza, la Corte altro non fa che trarre le conseguenze concrete da quanto affermato nel precedente *Van Gend en Loos*, poiché è nella natura di ogni soggetto di diritto avere un patrimonio di diritti, ma al contempo essere assoggettato all'adempimento di obblighi. Allo stesso tempo, però, in ossequio alle esigenze di certezza del diritto, la Corte sta molto attenta a distinguere, all'interno dell'art. 119, la parte che è dotata di effetto diretto e quella che ne è priva, necessitando di

¹⁵ Sent. *Defrenne*, cit., par. 7-11: «In primo luogo, tenuto conto del diverso grado di sviluppo della legislazione sociale nei vari Stati membri, esso serve ad evitare che, nella competizione intracomunitaria, le aziende degli Stati che hanno dato pratica attuazione al principio della parità di retribuzione siano svantaggiate, dal punto di vista della concorrenza, rispetto alle aziende degli Stati che non hanno ancora eliminato la discriminazione retributiva a danno della mano d'opera femminile. In secondo luogo, detta disposizione rientra negli scopi sociali della Comunità, dato che questa non si limita all'unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del trattato. Questo scopo è posto in evidenza dal fatto che l'art. 119 si trova nel capo dedicato alla politica sociale, il cui primo articolo (117) rileva la “necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera, che consenta la loro parificazione nel progresso”».

¹⁶ Sent. *Defrenne*, cit., par. 12.

¹⁷ Sent. *Defrenne*, cit., par. 29. Sulla natura imperativa del divieto di discriminazione (nella fattispecie, in base alla nazionalità), cfr. anche la di poco precedente Corte giust., 12 dicembre 1974, 36/74, *Walrave e Koch contro Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie e Federacion Española Ciclismo*, in particolare par. 16-19 e 28-29.

¹⁸ Sent. *Defrenne*, cit., par. 39. Cfr. anche su libertà di circolazione e divieto di discriminazione in base alla nazionalità, Corte giust., 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese contro Cassa di Risparmio di Bolzano SpA*, par. 34.

norme di attuazione che ne specificchino meglio significato e tenore¹⁹. Ancora una volta, quindi, la Corte usa alti argomenti e l'effetto diretto trova la sua giustificazione – anche – nella volontà di esaltare il ruolo di partecipazione dei cittadini alla Comunità e di migliorare le loro condizioni di vita, rimuovendo almeno alcune delle principali diseguaglianze persino a costo di imporre obblighi su altri soggetti privati²⁰. Come è stato giustamente osservato, «*in the 1976 context, the effect of the Defrenne ruling was not simply to include women in a marketplace in which they were disadvantaged. At the same time, in recognizing their right to be paid equally with men for their work, it enabled women meaningfully to participate in the market as an institution with substantial political influence, and thus more fully to take part in public life*»²¹.

È però con il riconoscimento di effetto diretto anche alle direttive che il discorso cambia in parte registro. In effetti i requisiti cui la Corte subordina un siffatto potere paiono più o meno sempre gli stessi, a parte ovviamente la necessità che sia già decorso il termine stabilito per la loro attuazione: le direttive, per avere effetto diretto, devono contenere un obbligo in capo agli Stati «assoluto e incondizionato», tale da non richiedere «per la sua stessa natura, alcun provvedimento d'attuazione da parte delle istituzioni comunitarie o degli Stati membri»²². Ma già dalla sua prima

¹⁹ Sent. *Defrenne*, cit., par. 18: «Ai fini dell'applicazione di queste disposizioni, si deve fare una distinzione, nell'ambito dell'applicazione complessiva dell'art. 119, fra le discriminazioni dirette e palesi, che si possono accertare con l'ausilio dei soli criteri di identità del lavoro e parità di retribuzione indicati da detto articolo, da un lato, e, d'altro lato, le discriminazioni indirette e dissimulate, che possono essere messe in luce solo valutandosi di disposizioni d'attuazione più precise, di carattere comunitario o nazionale».

²⁰ Simili alle affermazioni contenute nella sent. *Defrenne* sono le considerazioni che la Corte svolge in relazione agli artt. 7 (art. 18 TFUE), 48 (art. 45 TFUE) e 59 (art. 56 TFUE) in Corte giust., 12 dicembre 1974, 36/74, *Bruno Nils Olaf Walrave, Longinus Johannes Norbert Koch contro Association Union Cycliste Internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren UNIE, Federacion Española Ciclismo*, parr. 28-29; Corte giust., 6 giugno 2000, C-281/98, *Roman Angonese*, cit., parr. 33-36.

²¹ E. Frantziou, *Constitutional Reasoning in the European Union and the Charter of Fundamental Rights: In Search of Public Justification*, in *European Public Law*, 2019, p. 190. Ciò non toglie che l'A. muova comunque qualche critica anche all'approccio *Defrenne*, in particolare nella misura in cui la Corte ha privilegiato l'aspetto dell'interesse individuale del principio di parità retributiva, senza individuare delle priorità costituzionali che potessero guidare in futuro il difficile bilanciamento fra esigenze del mercato e diritti sociali.

²² Corte giust., 4 dicembre 1974, 41/74, *Yvonne van Duyn contro Home Office*, par. 13. Pur certamente questione cruciale per la dottrina dell'effetto diretto in generale, l'analisi dell'esatto tenore dei requisiti richiesti dalla Corte di giustizia per riconoscere effetto diretto e della loro evoluzione nel tempo esula dagli obiettivi di questo scritto. Si rinvia pertanto, fra gli altri, all'ampia e precisa disamina contenuta in D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., in particolare p. 163 ss.

sentenza in materia, la sent. *van Duyn*²³, appare evidente che il riconoscimento di effetto diretto è stato dettato da un obiettivo molto diverso: quello di assicurare l'*effetto utile* del diritto comunitario²⁴ in caso di inadempimento – o errato adempimento – statale; e nella successiva sent. *Ratti* la Corte, sviluppando queste premesse, introduce la c.d. *estoppel clause*, in base alla quale «lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti d'attuazione imposti dalla direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa»²⁵.

Sebbene la conseguenza concreta sia comunque che, in tal modo, gli individui possono in certi casi invocare in giudizio una direttiva che sia chiara, incondizionata e precisa, tale circostanza non è giustificata dall'esigenza di rafforzare il ruolo dei singoli quali soggetti della Comunità, bensì dalla constatazione che, altrimenti, «la portata dell'atto [la direttiva] sarebbe ristretta»²⁶. In sostanza, l'effetto diretto smette di essere – nelle parole della Corte – uno strumento «politico» di partecipazione democratica con il suo bagaglio di diritti e doveri, per divenire un rimedio in grado di assicurare l'effetto utile delle direttive, al contempo «punendo» la «colpa» statale di non aver conseguito il risultato da esse prescritto. Certamente una direttiva non equivale ai Trattati. Non tanto perché si rivolga espressamente solo agli Stati: anche alcune norme dei Trattati lo fanno, ma la Corte non ha mostrato di ritenerlo un ostacolo alla sua visione politica, come la sent. *Defrenne* ampiamente dimostra. Più che altro perché, in quanto atto di diritto derivato, non fonda «le basi stesse della Comunità». E nemmeno le direttive possono essere paragonate ai regolamenti che sono, per definizione, direttamente applicabili e, almeno ai tempi del Trattato di Roma, erano

²³ La possibilità che una direttiva possa essere fatta valere direttamente in giudizio dai singoli, invero, era già stata in qualche modo ammessa in Corte giust., 17 dicembre 1979, 33/70, *SACE*, par. 15. È tuttavia solo con la sent. *van Duyn* che tale affermazione viene più compiutamente formulata.

²⁴ Sent. *van Duyn*, cit., par. 12: «Sarebbe in contrasto con la forza obbligatoria attribuita dall'art. 189 [art. 288 TFUE] alla direttiva l'escludere, in generale, la possibilità che l'obbligo da essa imposto sia fatto valere dagli eventuali interessati. In particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli Stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario».

²⁵ Corte giust., 5 aprile 1979, 148/78, *Ratti*, par. 22 e poi puntualmente ripresa anche in Corte giust., 19 gennaio 1982, 8/81, *Ursula Becker contro Finanzamt Münster-Innenstadt*, par. 24.

²⁶ Sent. *van Duyn*, cit., par. 12.

soggetti a forme di pubblicità piuttosto diverse²⁷. E va anche tenuto presente che quello dell'inadempimento statale degli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie stava diventando in quegli anni davvero un problema cruciale, soprattutto in vista dei tempi serrati previsti per il completamento del mercato comune. Però questo passaggio, nel caso delle direttive, dalla «politica dell'individuo come soggetto della Comunità» alla «politica dell'effetto utile del diritto comunitario» – pur certamente anch'esso importante nella logica del perseguimento degli obiettivi stabiliti dal Trattato – non poteva non avere conseguenze precise sulla logica interna della stessa dottrina dell'effetto diretto.

2.1 *Il declino della coerenza: quando l'effetto diretto orizzontale dei diritti diventa un problema di fonti; e non di diritti*

È, infatti, quando si pone il problema dell'effetto delle direttive nei rapporti fra soggetti privati che il punto di rottura viene drammaticamente alla luce. Nella ben nota sent. *Marshall*²⁸, la Corte afferma chiaramente che «quanto all'argomento secondo il quale una direttiva non può essere fatta valere nei confronti di un singolo, va posto in rilievo che, secondo l'art. 189 del trattato [art. 288 TFUE], la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello “Stato membro cui è rivolta”. Ne consegue che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione d'una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso»²⁹. È questa la c.d. «no horizontal direct effect rule» delle direttive che da allora domina incontrastata la giurisprudenza della Corte in materia di effetto diretto perché, anche qualora le direttive siano dettagliate ed estremamente precise, «estendere detta giurisprudenza

²⁷ Secondo l'art. 191 TCEE, «I regolamenti sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Comunità; essi entrano in vigore alla data da essi stabilita ovvero, in mancanza, nel ventesimo giorno successivo alla loro pubblicazione. Le direttive e le decisioni sono notificate ai loro destinatari e hanno efficacia in virtù di tale notificazione».

²⁸ Corte giust., 26 febbraio 1986, 152/84, *M. H. Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Teaching)*.

²⁹ Sent. *Marshall*, cit., par. 48. Sebbene esuli dallo specifico angolo visuale che qui si è scelto di privilegiare, la stessa Corte ha poi ulteriormente specificato che una direttiva nemmeno «può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni». Cfr. Corte giust., 8 ottobre 1987, 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, par. 13.

[sull'effetto diretto] all'ambito dei rapporti tra singoli significherebbe riconoscere in capo alla Comunità il potere di emanare norme che facciano sorgere con effetto immediato obblighi a carico di questi ultimi, mentre tale competenza le spetta solo laddove le sia attribuito il potere di adottare regolamenti³⁰. Certamente – già si è detto – le direttive non sono regolamenti. Ma forse è stato anche l'aver configurato l'effetto diretto come mero rimedio per assicurare l'effetto utile del diritto comunitario ad averne impedito il riconoscimento nei rapporti fra soggetti privati. Come a dire che se esso non mira tanto a fare degli individui i soggetti della Comunità, quanto, piuttosto, a evitare che la portata della direttiva risulti ristretta, questo obiettivo da solo non può considerarsi sufficiente per imporre obblighi in capo ai privati³¹, tanto più che, in questa luce, essi appaiono, più che «soggetti», dei meri «strumenti» perché l'effettività di un atto comunitario sia garantita, essendo nelle loro mani la possibilità di attivare i giudici interni – e quindi anche la Corte di giustizia – perché all'inadempimento venga trovata una cura. Pertanto, dalle direttive per i singoli possono derivare soltanto diritti³².

Questo però comporta che una stessa direttiva, di per sé idonea a produrre effetti diretti in quanto incondizionata e precisa, li possa generare di fatto solo se opposta da un individuo allo Stato e non contro un altro individuo³³ e che, quindi, almeno a rigor di logica, nei rapporti orizzontali debba trovare ancora applicazione la normativa domestica nonostante la sua incompatibilità con quella europea³⁴: in pratica, situazioni sostanzialmente identiche finiscono per essere disciplinate da normative diverse e, per di più, l'una in conflitto con l'altra. Si è appena detto che da una direttiva possono

³⁰ Corte giust., 14 luglio 1994, C-91/92, *Paola Faccini Dori contro Recreb Sri*, par. 24.

³¹ Infatti, oltre ad essere escluso nei rapporti orizzontali, l'effetto diretto delle direttive non viene riconosciuto nemmeno in quelli verticali «invertiti»: cioè vale solo se si tratta di una rivendicazione dell'individuo contro lo Stato e non viceversa

³² Cfr. ad es. Corte giust., 7 gennaio 2004, C-201-02, *The Queen, su domanda di Delena Wells contro Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, par. 56: «A tale proposito occorre rilevare che il principio della certezza del diritto osta a che le direttive possano creare obblighi a carico dei singoli. Nei confronti di questi ultimi, le disposizioni di una direttiva possono generare solo diritti»

³³ Cfr. anche le considerazioni di A. Dashwood, *From van Duyn to Mangold via Marshall: Reducing Direct Effect to Absurdity?*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2007, p. 86 ss.

³⁴ È stato peraltro giustamente osservato come ciò conduca anche a una sorta di efficacia diretta «intermittente» delle direttive che si attiva oppure no a seconda del soggetto nei cui confronti sono invocate. Cfr. D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., p. 299.

scaturire per i singoli soltanto diritti. Ma questi diritti non sono per tutti: esistono solo per quelli che li invocano contro lo Stato.

Come è stato giustamente osservato, da ciò non solo consegue la trasformazione del presupposto stesso dell'effetto diretto di una direttiva, che passa dalla sua *giustiziabilità* – unicamente legata a caratteristiche oggettive di chiarezza e incondizionatezza del contenuto e del tenore testuale – alla sua *invocabilità*; ed è evidente che «*questions of invocability encompass not only the justiciability of the provision to be invoked, ie the objective capacity of that provision to be applied by courts, but also the question of who is entitled to invoke this provision and against whom it can be invoked*»³⁵. Ma soprattutto consegue anche che trattamenti diversi di situazioni uguali che dipendano dalla più o meno corretta trasposizione di una direttiva nell'ordinamento statale compromettono le affermazioni di principio contenute nelle sentenze *Van Gend en Loos* e *Defrenne*, e al contempo il fondamento stesso della cittadinanza europea – che già alla fine degli anni '80 era nell'aria e che oggi ha acquisito un ruolo centrale – la quale, finalizzata com'è a sviluppare un sentimento di comune identità politica, non può non presupporre che ciascun cittadino europeo «*enjoy[s] exactly the same rights and [is] subject to exactly the same obligations, irrespective of his or her nationality*»³⁶: almeno quando questi siano riconducibili al diritto dell'Unione europea. Non a caso l'A.G. Jacobs, nelle sue Conclusioni sul caso *Vaneetveld*, richiamandosi al precedente *Van Gend en Loos*, suggerisce di superare la «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive anche alla luce del fatto che «*ciò sarebbe coerente, in particolare, con il recente accento posto dalla giurisprudenza della Corte sul preminente compito dei giudici nazionali di fornire rimedi efficaci per la tutela dei diritti nella Comunità*»³⁷.

Ma non è finita qui. Il problema maggiore, infatti, è che la Corte, ben consapevole delle conseguenze della regola che lei stessa si è data, ha cercato in tutti i modi di eluderla. Così, ad esempio, nella sent. *Marshall*, essa ha ampliato la nozione di autorità pubblica, fino a ricomprendere nel concetto

³⁵ L. Squintani - J. Lindeboom, *The Normative Impact of Invoking Directives: Casting Light on Direct Effect and the Elusive Distinction between Obligations and Mere Adverse Repercussions*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 9 (evidenziatura degli AA.).

³⁶ M. Dougan, *The "Disguised" Vertical Direct Effect of Directives?*, in *Cambridge Law Journal*, 2000, p. 587. L'art. 20, par. 2, TFUE recita, infatti, «I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati.» È vero, però, che – come è stato da più parti rilevato – a una tale affermazione di principio non consegue poi l'enunciazione di alcun dovere specifico connesso alla cittadinanza europea, ma solo una lista di diritti.

³⁷ Conclusioni A.G. Jacobs, 27 gennaio 1994, C-316/93, *Nicole Vaneetveld contro Le Foyer SA e Le Foyer SA contro Fédération des mutualités socialistes et syndicales de la province de Liège (FMSS)*, par. 29 (corsivo mio).

di «Stato» cui opporre le direttive incondizionate e precise alcuni soggetti che, pur di diritto pubblico, sono del tutto privi del potere di trasporre le direttive stesse nel sistema domestico³⁸ o, addirittura, nella sent. *Farrell*, soggetti di diritto privato che siano dotati «di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli»³⁹. Nelle sentenze *Marleasing*, *Faccini Dori* e in tutte le altre a seguire ha introdotto un vero e proprio obbligo in capo ai giudici interni agli Stati di interpretare – per quanto è possibile – il diritto nazionale in modo conforme a quello

³⁸ Qui la natura statale dell'ente sanitario convenuto del processo ha consentito la rivendicazione nei suoi confronti del diritto a non essere discriminati di cui alla direttiva 76/207. Secondo la Corte, infatti, «A questo proposito, va posto in rilievo che gli amministratori qualora siano in grado di far valere una direttiva nei confronti dello Stato, possono farlo indipendentemente dalla qualità nella quale agisce come datore di lavoro o come pubblica autorità»: sent. *Marshall*, cit., par. 49. Ma cfr. anche Corte giust., 12 luglio 1990, C-188/89, *A. Foster, G.A.H.M. Fulford-Brown, J. Morgan, M. Roby, E.M. Salloway e P. Sullivan, contro British Gas plc*, in cui la medesima direttiva 76/207 è stata fatta valere contro la British Gas, in quanto impresa nazionalizzata: «In base a dette considerazioni [contenute nella sent. *Marshall*], la Corte ha di volta in volta affermato che disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva potevano essere invocate dagli amministratori nei confronti di organismi o di enti che erano soggetti all'autorità o al controllo dello Stato o che disponevano di poteri che eccedevano i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli. [...] Da quanto precede emerge che fa comunque parte degli enti ai quali si possono opporre le norme di una direttiva idonea a produrre effetti diretti un organismo che, indipendentemente dalla sua forma giuridica, sia stato incaricato, con un atto della pubblica autorità, di prestare, sotto il controllo di quest'ultima, un servizio di interesse pubblico e che dispone a questo scopo di poteri che eccedono i limiti di quelli risultanti dalle norme che si applicano nei rapporti fra singoli» (par. 18 e par. 20).

³⁹ Corte giust., 10 ottobre 2017, C-413/15, *Elaine Farrell contro Alan Whitty, Minister for the Environment, Ireland, Attorney General, Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)*, in particolare par. 28, dove si specifica che le condizioni richieste in precedenza per opporre direttive incondizionate e precise (l'essere un soggetto sottoposto all'autorità o al controllo dello Stato e l'essere dotato di poteri che eccedono quelli che normalmente regolano i rapporti fra i singoli) non devono considerarsi cumulative.

europeo⁴⁰. Nella sent. *Unilever*⁴¹, la Corte ha ritenuto invocabile in un rapporto orizzontale una direttiva contenente standard tecnici per l'etichettatura dell'olio di oliva perché la disapplicazione della legge italiana lesiva avrebbe comportato non l'insorgenza di obblighi, ma il verificarsi di mere conseguenze sfavorevoli ai danni di un soggetto privato⁴². Certamente

⁴⁰ Corte giust., 13 novembre 1990, C- 106/89, *Marleasing SA contro La Comercial Internacional de Alimentación SA*, par. 8; sent. *Faccini Dori*, cit., parr. 26-27. Nelle successive pronunce il linguaggio della Corte diviene persino più perentorio. Cfr. Corte giust., 27 giugno 2000, da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial et al.*: «dalle considerazioni sopra svolte risulta che, nell'applicare disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive a tale direttiva, il giudice nazionale deve interpretarle quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della stessa. In particolare, l'obbligo di interpretazione conforme impone al giudice nazionale di preferire l'interpretazione che gli consenta di declinare d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola vessatoria» (par. 32); e Corte giust., 5 ottobre 2004, da C-397/01 a C-403/01, *Bernhard Pfeiffer et al.*: «Se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione tutto il diritto nazionale per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva [...]. A questo proposito, se il diritto nazionale, mediante l'applicazione di metodi di interpretazione da esso riconosciuti, in determinate circostanze consente di interpretare una norma dell'ordinamento giuridico interno in modo tale da evitare un conflitto con un'altra norma di diritto interno o di ridurre a tale scopo la portata di quella norma applicandola solamente nella misura compatibile con l'altra, il giudice ha l'obbligo di utilizzare gli stessi metodi al fine di ottenere il risultato perseguito dalla direttiva. [...] Conseguentemente, si deve concludere che un giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia che ha luogo esclusivamente tra singoli, nell'applicare le norme del diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti da una direttiva deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito. Nelle cause principali, il giudice del rinvio, quindi, deve fare tutto ciò che rientra nella sua competenza per evitare il superamento dell'orario massimo di lavoro settimanale fissato in 48 ore in virtù dell'art. 6, punto 2, della direttiva 93/104» (parr. 115, 116 e 119).

⁴¹ Corte giust., 26 settembre 2000, C-443/98, *Unilever Italia SpA contro Central Food SpA*.

⁴² Sent. *Unilever*, cit., parr. 50-51: «se è vero [...] che una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti [...] tale giurisprudenza non si applica in una fattispecie in cui l'inosservanza dell'art. 8 o dell'art. 9 della direttiva 83/189, che costituisce un vizio procedurale sostanziale, comporta l'inapplicabilità della regola tecnica adottata in violazione di uno di tali articoli, [poiché] la direttiva 83/189 non definisce in alcun modo il contenuto sostanziale della norma giuridica sulla base della quale il giudice nazionale deve

si tratta di «stratagemmi» in qualche modo giustificati, essendo, in ultima analisi, tutti finalizzati ad assicurare l'effetto utile del diritto comunitario e, quindi, la realizzazione degli obiettivi dei Trattati e, forse, anche talvolta rivolti a correggere una situazione di squilibrio fra operatività tendenzialmente orizzontale del libero mercato e previsioni di natura più sociale contenute nelle direttive che, invece, ne sono prive⁴³. Ma se non vengono fornite dalla Corte adeguate argomentazioni a sostegno di questa giurisprudenza, che ne è della coerenza della dottrina dell'effetto diretto?

Inoltre, la Corte motiva l'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive anche con l'esigenza di rispettare il principio di certezza del diritto. Ma tale principio è rispettato da una giurisprudenza del genere, che talvolta comunque genera obblighi – o produce conseguenze meramente sfavorevoli – in capo ai privati, e per di più in modo spesso non prevedibile, frutto, com'è, di un compromesso fra l'obiettivo di garantire il più possibile l'effetto utile delle direttive e quello di mantenere formalmente ferma la «*no horizontal direct effect rule*» di queste?

1. Mangold & C. *Overo quel che resta dell'individuo. E della coerenza*

L'incoerenza sistemica che si è così generata raggiunge probabilmente il suo punto più alto nel caso *Mangold*⁴⁴, deciso dalla Corte di giustizia pochi

risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente. Essa non crea né diritti né obblighi per i singoli». Cfr. al riguardo M. Dougan, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 959. Tale tipo di effetto diretto è stato detto anche «incidentale», secondo la terminologia introdotta da A. Arnall, *Editorial. The Incidental Effect of Directives*, in *European Law Review*, 1999, p. 1 ss. Cfr. anche Corte giust., 30 aprile 1996, C-194/94, *CLA Security International SA contro Signalson SA e Securitel SPRL*; e ancora sent. *Wells*, cit., par. 57: «mere ripercussioni negative sui diritti di terzi, anche se certe, non giustificano che si rifiuti ad un singolo di far valere le disposizioni di una direttiva nei confronti dello Stato membro interessato».

⁴³ Come osserva D. Leczykiewicz, *Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law?*, in U. Bernitz – X. Groussot – F. Schulyok (eds.), *General Principles of EU Law and European Private Law*, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 174, «*Ordoliberal Internal Market law to a large extent does apply horizontally* [cfr. ad es. artt. 101 e 102 TFUE, oltre alle previsioni relative alla libertà di circolazione e di stabilimento], *while more socially focused regulatory law enacted in the form of Directives finds full horizontal application only if the Member States correctly performed their obligation of implementation. The Court has tried to rectify the situation of imbalance between the market and social values by narrowing down the definition of a private party in EU law, by inventing other channels of effectiveness, such as the obligation of consistent interpretation, and by making general principles of fundamental rights horizontally applicable*».

⁴⁴ Corte giust., 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold contro Rüdiger Helm*.

mesi dopo i referendum francese e olandese che hanno decretato il fallimento del c.d. Trattato costituzionale: un caso talmente famoso che è in questa sede sufficiente accennarne soltanto. La legge tedesca sul lavoro a tempo parziale e sui contratti a tempo determinato di attuazione della direttiva 1999/70 aveva introdotto disposizioni tese a facilitare la conclusione di contratti a tempo determinato con i lavoratori più anziani. Werner Mangold – assunto con un tale tipo di contratto all'età di 56 anni – ritiene che la facilitazione prevista dal diritto interno comporti una discriminazione per ragioni di età, in contrasto con la direttiva 2000/78 che ha introdotto un quadro generale di parità di trattamento in materia di occupazione e lavoro⁴⁵. Pertanto chiama in giudizio il suo datore di lavoro – soggetto di diritto privato – Rüdiger Helm, affinché la discriminazione venga accertata e ne venga posto rimedio.

La Corte, per gran parte della sentenza, si concentra sull'interpretazione della direttiva 2000/78, per concludere che la legge tedesca non si può giustificare alla luce di questa⁴⁶. E ciò – si badi bene – anche se il termine di attuazione della direttiva non era, per la Germania che aveva chiesto una proroga, ancora scaduto. La direttiva, infatti, richiede «che lo Stato membro, che beneficia così eccezionalmente di un termine di trasposizione più lungo, adotti progressivamente misure concrete al fine di riavvicinare fin da tal momento la sua normativa al risultato prescritto da tale direttiva. Orbene, tale obbligo sarebbe privato di ogni *effetto utile* se fosse consentito al detto Stato membro di adottare, durante il termine di attuazione della stessa direttiva, misure incompatibili con gli obiettivi di quest'ultima»⁴⁷.

È a questo punto però che, come ben noto, la Corte quasi magicamente estrae dal cilindro il «principio generale di non discriminazione in base all'età»: poiché la direttiva 2000/78 «non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro», che viceversa «trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»⁴⁸, tale principio, in particolare in

⁴⁵ Un ulteriore profilo della fattispecie dedotta in giudizio riguardava una possibile incompatibilità della disciplina tedesca – a seguito di un emendamento introdotto – con la stessa direttiva 1999/70 la Corte conclude che quest'ultima «non osta ad una normativa quale quella controversa nella causa principale, la quale, per motivi connessi alla necessità di promuovere l'occupazione e indipendentemente dall'applicazione del detto accordo, ha abbassato l'età oltre la quale possono essere stipulati senza restrizioni contratti di lavoro a tempo determinato». Sent. *Mangold*, cit., par. 54. Ma esulando dall'obiettivo di questo scritto, si è preferito tralasciare l'esame di questo aspetto specifico.

⁴⁶ Sent. *Mangold*, cit., par. 65.

⁴⁷ Sent. *Mangold*, cit., par. 72 (corsivo mio).

⁴⁸ Sent. *Mangold*, cit., par. 74.

relazione alle discriminazioni per ragione d'età, «deve [...] essere considerato un principio generale del diritto comunitario»⁴⁹, cui i giudici hanno il dovere di garantire piena efficacia anche «disapplicando ogni contraria disposizione di legge nazionale, e ciò perfino qualora il termine di recepimento della detta direttiva non sia ancora scaduto»⁵⁰.

Ora: sembra abbastanza evidente che il ricorso al principio generale di non discriminazione in base all'età sia giustificato dalla volontà di sopperire all'assenza di effetto diretto della direttiva in un rapporto fra soggetti privati. Lo dimostra anche, in un certo qual modo *a contrario*, la successiva sent. *Palacios de la Villa*⁵¹ che, in un caso ancora avente ad oggetto una presunta discriminazione per motivi di età ad opera di un datore di lavoro privato nei confronti di un suo dipendente, si limita a dichiarare che la direttiva 2000/78 non osta alla disciplina spagnola in questione, senza mai accennare all'esistenza di un principio generale in materia: come a dire che, essendo esclusa ogni discriminazione, sarebbe stato del tutto inutile fare appello al principio generale, dato che la disapplicazione della legge interna non era, in effetti, richiesta.

Però, allora, tanto più stride il fatto che, nella sent. *Mangold*, nemmeno una parola – a parte un vago riferimento a imprecisati strumenti internazionali e alle tradizioni costituzionali comuni – sia dedicata a spiegare come la Corte abbia individuato un principio generale di non discriminazione in base all'età; e, ancor di più, che nemmeno una ci sia sul *perché* un siffatto principio sia in grado di generare un obbligo di disapplicazione di una disposizione nazionale in conflitto anche nei rapporti orizzontali. In effetti sono molte le voci di dissenso contro l'uso dei principi generali quali parametri di valutazione nei casi concreti: essi – si dice – oltre a costituire, di regola, uno strumento di protezione del singolo contro la

⁴⁹ Sent. *Mangold*, cit., par. 75.

⁵⁰ Sent. *Mangold*, cit., parr. 77 e 78. La Corte, infatti, giudica irrilevante la circostanza che, al momento dei fatti, il termine di trasposizione della direttiva non fosse, in Germania, ancora scaduto proprio perché il contrasto sarebbe col principio generale, che – diversamente dalle direttive – non è soggetto a termini di attuazione: «Di conseguenza, il rispetto del principio generale della parità di trattamento, in particolare in ragione dell'età, non dipende, come tale, dalla scadenza del termine concesso agli Stati membri per trasporre una direttiva intesa a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'età, in particolare per quanto riguarda l'organizzazione degli opportuni strumenti di ricorso, l'onere della prova, la protezione contro le ritorsioni, il dialogo sociale, le azioni positive e altre misure specifiche di attuazione di una siffatta direttiva» (par. 76)

⁵¹ Corte giust., 16 ottobre 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios S.A.*

pubblica autorità, contengono indicazioni generiche, più che fornire regole giuridiche puntuali e specifiche; e hanno natura non scritta, così da non essere soggetti ad alcun requisito di pubblicazione⁵². Pertanto tali principi, se possono rappresentare un utile ausilio per interpretare il diritto derivato, non andrebbero utilizzati, secondo l'opinione da ultimo riportata⁵³, quale parametro autonomo, pena un serio pregiudizio del principio di certezza del diritto, così come della distribuzione delle competenze fra Stati e Unione e fra le medesime istituzioni europee⁵⁴. Inoltre, a guardar proprio il principio

⁵² M. de Mol, *Küçükdereci: Mangold Revisited - Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 298. Cfr. anche T. Tridimas, *The General Principles of EU Law, 2nd edition*, Oxford, 2006, p. 47 e K. Lenaerts e J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, in particolare p. 1649 ss. L'A.G. Tizzano, in effetti, aveva affermato che un principio generale possiede una siffatta capacità nelle Conclusioni relative allo stesso caso *Mangold*, presupponendo una sostanziale coincidenza di contenuto fra il principio e la direttiva, alla luce della circostanza per cui la Corte di giustizia, già prima dell'adozione della direttiva 2000/78, aveva ritenuto esistente «un principio generale d'eguaglianza», in base al quale «è vietato “trattare situazioni analoghe in maniera differenziata e situazioni diverse in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato” dal perseguimento di una finalità legittima e sempre che esso “sia adeguato e necessario per raggiungere” tale finalità». Cfr. Conclusioni A.G. Tizzano, 30 giugno 2005, C-144/04, *Mangold*, par. 83. Conseguentemente, l'A.G. prosegue affermando: «Come appare dal loro confronto, le due regole – quella specifica della direttiva e quella generale ora citata – in buona sostanza coincidono, di modo che l'analisi della compatibilità di una normativa quale quella tedesca ben potrebbe essere condotta alla luce dell'una e dell'altra con analoghi risultati. Il ricorso al principio di eguaglianza – evocato, sia pure incidentalmente, anche dal giudice del rinvio – sarebbe forse preferibile poiché, proprio in quanto principio generale del diritto comunitario il cui precetto è preciso e incondizionato, esso spiega i propri effetti su tutti i consociati e, a differenza della direttiva, potrebbe quindi essere invocato direttamente dal sig. Mangold nei confronti dell'avv. Helm e così applicato dall'Arbeitsgericht nel giudizio principale. Ma il risultato non cambierebbe neppure se si volesse risolvere la questione sotto il profilo dell'art. 6 della direttiva 2000/78. Anche in tal caso, infatti, per valutare se una normativa nazionale quale l'art. 14, n. 3, del TzBfG determini una discriminazione in base all'età si deve pur sempre verificare se sussista una disparità di trattamento, se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità.» (parr. 84-85). La Corte di giustizia, però, non riprende queste sue affermazioni.

⁵³ Cfr. gli AA. citati nella nota 52.

⁵⁴ Conclusioni A.G. Mazák, 15 febbraio 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa contro Cortefiel Servicios SA*, par. 138. Secondo il medesimo A.G., quindi, «Ci si troverebbe in una situazione problematica [...] qualora tale concetto dovesse essere praticamente rovesciato accordando ad un principio generale di diritto comunitario, il quale, come nel

di non discriminazione, la direttiva in materia si occupa di molti aspetti che al divieto di discriminazione risultano intimamente connessi: si pensi, ad esempio, alla tematica dei rimedi giurisdizionali a disposizione delle vittime di una discriminazione o a quella dell'onere della prova o a quella della possibilità di introdurre azioni positive a favore di gruppi socialmente svantaggiati. È ragionevole pensare che la portata – e quindi l'efficacia – del principio generale sia in grado di estendersi a tutti questi profili specifici? Come è stato giustamente osservato, la Corte avrebbe potuto almeno chiarire quali aspetti della direttiva 2000/78 sono davvero da considerare «*merely derivative from the general principle*» e quali, invece, «*genuinely additional to the level of protection offered under Union primary law*»⁵⁵, così da far comprendere se, quando e fino a che punto il principio generale possa essere utilizzato quale parametro in una controversia concreta.

Invero, non è certo questo l'unico problema che la sent. *Mangold* in concreto solleva⁵⁶; ma – almeno ai fini che qui più interessano – questo

presente caso, si può ritenere espresso in specifiche norme comunitarie, un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme, o indipendentemente da esse» (par. 137). Non a caso – nella sua ricostruzione – la Corte, nella sent. *Mangold*, «si è posta su una china assai scivolosa» (par. 133).

⁵⁵ M. Dougan, *In Defence of Mangold?*, in A. Arnulf – C. Barnard – M. Dougan – E. Spaventa (eds.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford and Portland, 2011, p. 234.

⁵⁶ Per una diversa lettura del caso *Mangold* (così come delle successive sentenze in materia citate poco più avanti in questo scritto) in base alla quale la Corte, in realtà, non starebbe riconoscendo effetto diretto al principio generale di non discriminazione per motivi di età, ma darebbe invece applicazione al tradizionale principio del primato del diritto comunitario, cfr. in particolare F. Fontanelli, *I principi generali dell'ordinamento UE dopo Küçükdereci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1145 ss.; E. Muir, *Of Ages in – and edges of – EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 39 ss. Per una generale sistematizzazione dei rapporti fra primato ed effetto diretto cfr. anche K. Lenaerts – T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 ss.; e M. Dougan, *When Worlds Collide!*, cit. Da ultimo, però, Corte giust., 24 giugno 2019, C-573/17, *Daniel Adam Poplanski*, in particolare parr. 61-62, ha chiarito che l'obbligo di disapplicazione del diritto interno in capo al giudice nazionale sussiste solo in caso di contrasto con norme europee dotate di effetto diretto: « A tale riguardo, occorre sottolineare che ogni giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi nell'ambito delle proprie competenze, ha, in quanto organo di uno Stato membro, l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione che abbia effetto diretto nella controversia di cui è investito. [...] Per contro, una disposizione del diritto dell'Unione che sia priva di effetto diretto non può essere fatta valere, in quanto tale, nell'ambito di una controversia rientrante nel diritto dell'Unione, al fine di escludere

appare il più rilevante: è possibile che, di fronte a un'uscita così rivoluzionaria, la Corte non abbia sentito l'esigenza di giustificarla, ancorandola ad argomentazioni di un qualche respiro? Invece nulla, se non il solito accenno al problema della compromissione dell'effetto utile di una direttiva comunitaria che deriverebbe dalla mancata disapplicazione di una disciplina interna in conflitto. In conflitto con cosa non è ben dato sapere, visto che non si capisce affatto quale sia il vero parametro che usa la Corte: il principio generale di cui non è chiaro il tenore o la direttiva, dato che è su questa che la Corte impernia tutto il suo ragionare? In pratica, dalla sent. *Mangold*, si capisce soltanto che un obbligo deriva anche in capo ai privati: quello di non discriminare per motivi di età. Quale sia la sua fonte *reale* però non si sa: una direttiva chiara e precisa, ma che – secondo la giurisprudenza della Corte – non è in grado di imporlo, o un principio generale, di cui però non si conoscono bene contenuto ed origini?

Non sembra arbitrario sostenere che, in questo caso, l'involuzione della giurisprudenza della Corte raggiunge il suo massimo e, contestualmente, la coerenza sistemica raggiunge il suo minimo: il «soggetto del diritto comunitario» è destinatario di obblighi, sulla cui chiarezza, precisione e prevedibilità si può dubitare; e il principio di certezza del diritto è il grande assente di turno. Forse, se la Corte avesse dimostrato quella visione di natura politica che aveva guidato le sue fasi iniziali, impegnandosi «*in a substantive discussion of the hierarchy of norms and the meaning of the fundamental right to equal treatment in the constitutional order of the European Union*»⁵⁷, l'effetto diretto avrebbe riacquisito un senso preciso e una finalità più accettabile, e meno problemi avrebbero avuto ragione di porsi.

Non è un caso che la Corte altre due volte si sia trovata a decidere su rinvii pregiudiziali relativi all'efficacia del principio di non discriminazione in base all'età: nel caso *Kücükdeveci*⁵⁸ e nel caso *Dansk Industri*⁵⁹. In quest'ultimo, in particolare, le due questioni pregiudiziali sollevate dalla Corte Suprema danese vanno dritte al cuore dei problemi evidenziati qui

l'applicazione di una disposizione di diritto nazionale ad essa contraria.» Per un commento a tale importante decisione cfr. L.S. Rossi, *Effetti diretti delle norme dell'Unione europea ed invocabilità di esclusione: i problemi aperti dalla seconda sentenza Poptawski*, in *Giustizia insieme*, 3 febbraio 2021 (ultimo accesso 20 luglio 2022); D. Miasik – M. Szwarc, *Primacy and direct effect – still together: Poptawski II*, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 571 ss.

⁵⁷ E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union. A Constitutional Analysis*, Oxford, 2019, p. 103.

⁵⁸ Corte giust., 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda contro Swedex GmbH & Co. KG*.

⁵⁹ Corte giust., 19 aprile 2016, C- 441/14, *Dansk Industri (DI), per conto della Ajos A/S, contro Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

sopra: qual è il contenuto e la portata del principio generale della non discriminazione per ragioni di età rispetto a quanto dispone la direttiva 2000/78⁶⁰? E – seconda questione – il giudice nazionale può procedere a un bilanciamento tra siffatto principio e quelli della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento e, se sì, in che modo⁶¹?

Nelle relative decisioni, la Corte riprende l'approccio *Mangold*, a conferma che non si era trattato di un «*figment of the imagination*»⁶², bensì di un orientamento meritevole di essere perseguito. Però corregge un po' il tiro, qualificando meglio il parametro. È, infatti, il «principio di non discriminazione in ragione dell'età, quale espresso concretamente nella direttiva 2000/78»⁶³ ciò cui il giudice nazionale deve «assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento, garantendone la piena efficacia e disapplicando, ove necessario, ogni contraria disposizione di legge nazionale»⁶⁴.

Invero, non è del tutto chiaro il significato della formula usata. Parrebbe a prima vista che né la direttiva né il principio generale possano da soli produrre effetti nei rapporti orizzontali: la prima, perché il suo effetto diretto orizzontale è escluso dalla giurisprudenza della Corte; il secondo perché necessita dell'opera di concretizzazione da parte della direttiva medesima, che peraltro svolge anche la fondamentale funzione di attrarre la disciplina nazionale nell'ambito di applicazione del diritto europeo⁶⁵. Nei

⁶⁰ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 16.

⁶¹ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 17.

⁶² E. Muir, *Of Ages in – and edges of – EU Law*, cit., p. 53.

⁶³ Sent. *Kücükdeveci*, cit., par. 43 (corsivo mio). Cfr. anche par. 21. Nella sent. *Dansk Industri*, cit., par. 22, la Corte parla di «principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, che la direttiva 2000/78 esprime concretamente».

⁶⁴ Sent. *Kücükdeveci*, cit., par. 51; sent. *Dansk Industri*, cit., par. 43.

⁶⁵ Ad es. in *Kücükdeveci*, l'art. 622 del codice civile tedesco, che non aveva alcuna finalità di attuazione della direttiva antidiscriminatoria, è stato attratto nell'ambito di applicazione di questa. Cfr. sent. *Kücükdeveci*, cit., parr. 24-25: «A tal proposito [...], il presunto comportamento discriminatorio adottato nella presente fattispecie in base alla normativa nazionale controversa ha avuto luogo successivamente alla data limite del termine impartito allo Stato membro per trasporre la direttiva 2000/78, termine che, per quanto riguarda la Repubblica federale di Germania, è scaduto il 2 dicembre 2006. In tale data, la direttiva ha avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella fattispecie, le condizioni di licenziamento.» Proprio questa circostanza ha indotto a ritenere che, nella sent. *Kücükdeveci*, la Corte abbia configurato, di fatto, una quarta categoria di situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione dei Trattati europei, accanto a quella presente nel caso di atti

numerosi commenti che hanno seguito l'emanazione della sent. *Küçükdeveci*, è stato affermato che l'espressione utilizzata dalla Corte «*suggests that the general principles are not an autonomous source of rights and obligations, but they can be combined with directives in a relationship of mutual enhancement of their effects, leading to an outcome (the disapplication of conflicting national law) that each source could not produce on its own*»⁶⁶; e che, quindi, il Giudice di Lussemburgo crea un legame inestricabile fra principio e direttiva, tale per cui «*the general principle is the applicable law in terms of its effects on the domestic law; while the Directive informs the substance of the general principles*»⁶⁷. Tale ricostruzione è parsa però superata dalla successiva sent. *Dansk Industri* dove la Corte, rinviando alla precedente sent. *AMS* resa su tutt'altra questione⁶⁸, precisa che «il principio della non discriminazione in ragione dell'età conferisce ai privati *un diritto soggettivo evocabile in quanto tale* che, persino in controversie tra privati, obbliga i giudici nazionali a disapplicare disposizioni nazionali non conformi a detto principio»⁶⁹. Da tale affermazione sembra, infatti, che l'effetto diretto vada ricondotto unicamente al principio; ma nulla la Corte dice – come nulla diceva nel precedente cui viene fatto rinvio – sul perché esso abbia un siffatto potere, sul suo esatto contenuto, sulla sua finalità, sul suo posto nel

adottati dalle istituzioni europee nell'esercizio di competenze loro conferite dai Trattati, e di quelli adottati dagli Stati membri per dare attuazione al diritto UE o per derogarvi legittimamente: gli Stati, cioè, sarebbero vincolati al rispetto del diritto UE «*whenever the exercise of their own regulatory competences happens to touch upon a matter also subject to some form of legislative intervention by the Union itself*». Cfr. Editorial *The Scope of Application of the General Principles of Union Law: An Ever Expanding Union?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1594.

⁶⁶ N. Lazzarini, *The Horizontal Application of the General Principles of EU Law: Nothing Less Than Direct Effect*, MPIL Research Paper Series No. 2020-38, in *papers.ssrn.com*, p. 10, ora pubblicato in K.S. Ziegler – R. Jennings – P. J. Neuvonen – V. Moreno-Lax (eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law. Constructing Legal Orders in Europe*, Cheltenham and Northampton, 2022, p. 173 ss.

⁶⁷ E. Muir, *Of Ages in – and edges of – EU Law*, cit., p. 57. V. Sciarabba, *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in *europeanrights.eu*, 20 giugno 2010, p. 12, parla di riferimento «strategico» al principio generale, mentre sarebbe la direttiva a costituire il «parametro decisivo». Analogamente E. Frantziou, *The Horizontal Effect of Fundamental Rights in the European Union*, cit., p. 78: «*That reasoning, namely that it is a general principle and not a directive that produces horizontal effects, is rather strained, as the law on which the Court relies to render the general principle applicable is, after all, a directive*»

⁶⁸ Si tratta della sent. *AMS* [Corte giust., 15 gennaio 2014, C-176/12, *Association de médiation sociale contro Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches du Rhône, Confédération générale du travail (CGT)*], par. 47, relativo all'art. 27 della Carta che garantisce il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione all'interno dell'azienda. Su tale decisione, più ampiamente *infra*, par. 3.

⁶⁹ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 36 (corsivo mio).

sistema costituzionale dell'Unione europea. Certo, viene citato l'art. 21 della Carta⁷⁰, come del resto era stato fatto nella sent. *Küçükdeveci*⁷¹; ma senza soffermarsi sulle implicazioni più squisitamente politiche che da ciò si possono trarre quanto alle funzioni che un catalogo dei diritti può assumere nel rendere l'individuo pienamente un «soggetto di diritto»⁷².

Analogamente, assai frettolosa è la risposta della Corte di giustizia alle specifiche questioni sollevate dalla Corte Suprema danese. Quanto alla prima – quale sia il contenuto del principio generale rispetto alla direttiva e se questa garantisca, in realtà, una tutela più ampia – il Giudice di Lussemburgo si limita ad affermare che «siccome la direttiva 2000/78 non sancisce di per sé il principio generale della non discriminazione in ragione dell'età, ma lo esprime soltanto concretamente in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, la portata della tutela conferita da tale direttiva non eccede quella accordata da detto principio»⁷³. Dunque, la portata della direttiva «non eccede» quella del principio semplicemente perché essa non lo crea, ma si limita soltanto a esprimerlo. Ma «non eccede» equivale a coincide? Quanto alla seconda – relativa al problema del bilanciamento fra principio di non discriminazione in base all'età, da un lato, e quelli di certezza del diritto e legittimo affidamento, dall'altro –, la Corte osserva che la tutela del legittimo affidamento non può comportare che il giudice nazionale continui ad applicare una norma che sia contraria al principio generale di non discriminazione come espresso concretamente dalla

⁷⁰ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 22: «Dalla giurisprudenza della Corte risulta altresì che tale principio, ora sancito all'articolo 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere considerato un principio generale del diritto dell'Unione».

⁷¹ Nella sent. *Küçükdeveci*, cit., par. 20 e 22, si fa anche rinvio all'art 13 CE (art. 19 TFUE), che pure non proibisce di per sé le discriminazioni, ma dà la possibilità al legislatore di procedere in tal senso: «In proposito, va inizialmente ricordato che il Consiglio dell'Unione europea, fondandosi sull'art. 13 CE, ha adottato la direttiva 2000/78 in merito alla quale la Corte ha dichiarato che non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, ma che essa ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età. [...] Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Ai sensi dell'art. 21, n. 1, di tale Carta, “[è] vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, (...) [sull]l'età”».

⁷² C'è da specificare al riguardo che i fatti alla base del caso sia in *Küçükdeveci* sia in *Dansk Industri* sono anteriori all'entrata in vigore della Carta. Ma la Corte avrebbe ugualmente potuto introdurre alcune considerazioni sul punto, come del resto ha fatto in numerose altre occasioni.

⁷³ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 23.

direttiva⁷⁴, dato che «l'applicazione del principio della tutela del legittimo affidamento [...] equivarrebbe, in realtà, a limitare gli effetti nel tempo dell'interpretazione accolta dalla Corte, poiché, per mezzo suo, detta interpretazione non troverebbe applicazione nel procedimento principale»⁷⁵.

In entrambi i casi le argomentazioni non paiono molto probanti. Sebbene, certamente, il ragionamento sia complessivamente migliore rispetto a quello che sorreggeva la precedente sent. *Mangold*, esso continua a passare dalla direttiva al principio generale e ritorno senza un preciso ordine logico e il problema dell'effetto utile continua ad essere ben presente⁷⁶, molto di più di quello del ruolo portante degli individui nell'architettura costituzionale dell'Unione europea⁷⁷. Invece, la Corte – soprattutto in considerazione del fatto che chiama in causa un principio generale – avrebbe potuto mostrare una maggiore visione d'insieme, attingendo al sistema dei valori su cui si basa l'Unione europea e alle finalità che essa persegue per fornire una giustificazione più convincente alle sue conclusioni. In questo modo avrebbe potuto fornire indizi più chiari per capire se, quando e per quali ragioni un principio generale possieda effetto diretto: a tutto vantaggio di certezza del diritto e legittimo affidamento e, non ultimo, della coerenza della stessa dottrina dell'effetto diretto. E così, forse, anche la Suprema Corte danese che aveva sollevato il rinvio nel caso

⁷⁴ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 38.

⁷⁵ Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 39. Infatti, prosegue la Corte, «da tutela del legittimo affidamento non può, comunque sia, essere evocata per negare al privato che ha intrapreso l'azione che ha portato la Corte a interpretare il diritto dell'Unione in senso ostativo alla norma di diritto nazionale di cui trattasi il beneficio di tale interpretazione» (par. 41).

⁷⁶ Cfr ad es. sent. *Kücükdeveci*, cit., par. 48 «Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, il giudice nazionale chiamato ad interpretare tale diritto deve procedere per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo di tale direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art 288, terzo comma, TFUE [...]. L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta». Sent. *Dansk Industri*, cit., par. 31: «Ne consegue che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali chiamati a interpretarlo sono tenuti a prendere in considerazione l'insieme delle norme di tale diritto e ad applicare i criteri ermeneutici riconosciuti dallo stesso al fine di interpretarlo per quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva di cui trattasi, onde conseguire il risultato fissato da quest'ultima».

⁷⁷ Sebbene, in effetti, la Corte parli di «tutela giuridica che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento», però senza altro specificare. Cfr. sent. *Kücükdeveci*, cit., par. 51; sent. *Dansk Industri*, cit., par. 43.

Dansk Industri avrebbe potuto più facilmente accettare il responso che la Corte di giustizia le ha dato⁷⁸. Invece nulla di tutto questo si può trovare nella pronuncia in oggetto.

3. L'effetto diretto al tempo della Carta

L'entrata in vigore della Carta è stata segnata da una giurisprudenza che, pur ovviamente confermandone la centralità nel sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁷⁹ e dimostrandosi talvolta aggressiva nei suoi passi in avanti⁸⁰, si è mossa inizialmente un po' in sordina su molte questioni di ordine costituzionale⁸¹: innanzi tutto, su quella dell'effetto diretto, in particolare orizzontale che – come si è visto e come è logico che sia – pone i maggiori problemi e richiede più approfondite giustificazioni⁸².

⁷⁸ Come ben noto, infatti, la Corte suprema danese ha rifiutato per la prima volta, nel caso *Dansk Industri*, di dare attuazione a una sentenza della Corte di giustizia, con l'argomentazione che un principio generale – per la sua natura non scritta – non potesse prevalere sul diritto interno, mancando a tal fine una base giuridica specifica nell'Atto danese di adesione. Cfr. Case 15/2014, *Dansk Industri (DI) acting for Ajos A/S v. the estate left by A*, Judgment of the Danish Supreme Court of 6 Dec. 2016 e i commenti di R. Holdgaard – D. Elkan – G. K. Schaldemose, *From Cooperation to Collision: The Ecj's Ajos Ruling and the Danish Supreme Court's Refusal to Comply*, in *Common Market Law Review*, 2018, p. 17 ss. e di U. Sadl – S.A. Mair, *Mutual Disempowerment: Case C-441/14 Dansk Industri, Acting on Behalf of Ajos A/S v Estate of Karsten Eigil Rasmussen and Case no. 15/2014 Dansk Industri (DI) Acting for Ajos A/S v The estate left by A*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, p. 347 ss.

⁷⁹ G. De Búrca, *After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?*, in *Maastricht Journal*, 2013, p. 168 ss.

⁸⁰ Cfr. ad esempio Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson*; e Corte giust., 26 febbraio 2013, C-399/11, *Stefano Melloni contro Ministero Fiscal*.

⁸¹ Cfr. ad es. L. Pech, *Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's Sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in Römer and Dominguez*, in *Common Market Law Review*, 2012, p. 1841 ss. L'A. sottolinea come la Corte, pur avendo avuto l'opportunità, a seguito di alcuni rinvii pregiudiziali, di affrontare questioni di natura costituzionale di gran rilevanza e di ampio respiro, abbia per lo più preferito aggirare l'ostacolo, evitando di pronunciarsi espressamente al riguardo. Cfr. anche J. Krommendijk, *op. cit.*, p. 321 ss.

⁸² In via generale la già citata sent. *Åklagaren*, par. 45 aveva affermato: «Per quanto riguarda poi le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, secondo una costante giurisprudenza il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento

La prima decisione che affronta espressamente il problema è la sent. *AMS*⁸³, in cui la Corte di giustizia, su rinvio pregiudiziale sollevato dalla Corte di cassazione francese al fine di appurare se l'art. 27 della Carta – che garantisce il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nei luoghi di lavoro – possa avere effetto diretto anche nei rapporti orizzontali, da solo o in congiunzione con la direttiva in materia, lo esclude. È interessante specificare che la direttiva in oggetto⁸⁴, che era già stata in precedenza dichiarata ostativa della stessa disciplina francese che escludeva certe categorie di occupati dal numero dei dipendenti necessario per far scattare l'obbligo di garantire informazione e consultazione⁸⁵, secondo la Corte, «soddisfa le condizioni necessarie per produrre un effetto diretto»⁸⁶. Nel caso *AMS* però, non lo può produrre, essendo di tipo orizzontale il rapporto che contrappone le due parti in giudizio. D'altro canto, l'art. 27 della Carta – e su questo la Corte basa il suo ragionamento per escluderne l'effetto diretto – dispone che il diritto all'informazione e alla consultazione deve essere garantito «nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali»: ciò significa, secondo la

costituzionale.» L'effetto diretto verticale dell'art. 50, relativo al principio del *ne bis in idem* è stato riconosciuto in Corte giust., 20 marzo 2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA, in liquidazione, Stefano Ricucci, Magiste International SA contro Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob)*, par. 66: «Orbene, il diritto che il menzionato articolo 50 conferisce ai soggetti dell'ordinamento non è accompagnato, secondo i termini stessi del medesimo, da alcuna condizione ed è quindi direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella principale.» Di più difficile catalogazione Corte giust., 13 maggio 2014, C-131/12, *Google Spain SL e Google Inc. contro Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González*, in cui essa, interpretando la direttiva 95/46/CE in materia di tutela dei dati alla luce degli artt. 7 e 8 della Carta, ha configurato specifici obblighi in capo a Internet provider e motori di ricerca privati. Per tale ragione O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Rivista di diritto dei media*, 3, 2018, p. 138 ss., in particolare p. 152, parla di efficacia diretta orizzontale di tali norme della Carta.

⁸³ Cfr. *supra*, nota 68.

⁸⁴ Direttiva 2002/14/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2002, che istituisce un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori - Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione sulla rappresentanza dei lavoratori, OJ L 80, 23.3.2002, p. 29–34.

⁸⁵ Cfr. Corte giust., 18 gennaio 2007, C-385/05, *Confédération générale du travail (CGT), Confédération française démocratique du travail (CFDT), Confédération française de l'encadrement (CFE-CGC), Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC), Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) contro Premier ministre, Ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement*. La ragione d'incompatibilità addotta dalla Corte era stata che la disciplina francese comprometteva l'efficacia della direttiva (par. 48).

⁸⁶ Sent. *AMS*, cit., par. 35.

Corte, che esso, «per produrre pienamente i suoi effetti, deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale»⁸⁷ e che, quindi, non è «di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»⁸⁸. Pertanto, prosegue il Giudice di Lussemburgo, l'art. 27 «non può, in quanto tale»⁸⁹, essere invocato in una controversia, come quella oggetto del procedimento principale, al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata⁹⁰ e, conseguentemente, nemmeno può esserlo in combinazione con le norme della direttiva in materia⁹¹.

Tale decisione ha prestato il fianco a numerose critiche. Non solo per gli effetti prodotti, che sono stati quelli di un completo svuotamento della protezione offerta dall'art. 27⁹², ma anche per la povertà del ragionamento, considerato – non a torto – «*the product of an uncomfortable judicial compromise*»⁹³ che, invece che affrontare questioni di ordine costituzionale – il ruolo di una Carta giuridicamente vincolante nel sistema di protezione dei diritti, le possibili giustificazioni capaci di sorreggere l'effetto orizzontale dei diritti, la natura e le finalità del diritto all'informazione e consultazione –, preferisce concentrarsi esclusivamente sulla tradizionale «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive e sul problema del loro effetto utile, come se nulla fosse cambiato nel contesto dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del

⁸⁷ Sent. *AMS*, cit., par. 45.

⁸⁸ Sent. *AMS*, cit., par. 49.

⁸⁹ La Corte ulteriormente specifica che «Infatti, il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori rientranti inizialmente nella cerchia delle persone da prendere in considerazione ai fini di tale calcolo, non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo» (sent. *AMS*, cit., par. 46).

⁹⁰ Sent. *AMS*, cit., par. 48

⁹¹ Sent. *AMS*, cit., par. 49

⁹² La Corte ammette che la disciplina francese «è idonea a svuotare tali diritti della loro sostanza, togliendo così alla direttiva il suo effetto utile» (sent. *AMS*, cit., par. 25; corsivo mio); e che una sua interpretazione conforme alla direttiva non è, in questo caso, possibile (sent. *AMS*, cit., par. 40). Tuttavia, consente come unico rimedio il risarcimento del danno alle stringenti condizioni definite dalla giurisprudenza *Franconich* (Corte giust., 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90, *Andrea Franconich contro Repubblica italiana e Danila Bonifaci e altri contro Repubblica italiana*) che, nell'ipotesi in questione, è in concreto impraticabile.

⁹³ E. Frantziou, Case C- 176/12 *Association de Mediation Sociale: Some Reflections on the Horizontal Effect of the Charter and the Reach of Fundamental Employment Rights in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2014, p. 333.

Trattato di Lisbona. Inoltre – come vedremo più avanti⁹⁴ – la sent. *AMS* risulta per molti aspetti incongruente, anche letta alla luce delle successive pronunce.

D'altra parte, essa pone anche le basi per un'ulteriore, fondamentale, tappa della dottrina dell'effetto diretto. Come già accennato in precedenza⁹⁵, infatti, la sent. *AMS* afferma, a mo' di *obiter dictum*: «A questo proposito, occorre notare come le circostanze del procedimento principale si differenzino da quelle all'origine della sentenza *Küçükdeveci*, nella misura in cui il principio di non discriminazione in base all'età, in esame in quella causa, sancito dall'articolo 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale»⁹⁶. Questa specificazione altro non fa che dirci che alcune norme della Carta possono avere effetto diretto anche nei confronti di soggetti privati – fornendo il requisito da cui esso dipende, cioè la capacità di conferire un diritto *invocabile in quanto tale*⁹⁷ – e che l'art. 21 è una di queste. In effetti, la Corte non giustifica affatto questa sua conclusione – nessuna affermazione di principio è contenuta nella sentenza sul ruolo dei diritti fondamentali nel rendere l'individuo pienamente un «soggetto di diritto», né vi sono richiami a celebri e più argomentati precedenti, che ben avrebbero potuto essere ripresi – né, tanto meno, spiega cosa significhi «invocabilità [di un diritto] in quanto tale». Piuttosto, essa, semplicemente, «assumes that (at least some) provisions of the Charter have horizontal effects»⁹⁸, senza nemmeno preoccuparsi di citare a sostegno di questo assunto il Preambolo della Carta stessa che pur sempre parla di «persona al centro» dell'azione dell'Unione europea e proclama che «il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future». Però si tratta di un'affermazione troppo importante per non lasciare il segno sulle successive pronunce. Infatti, già ripresa – pur se non ancora compiutamente sviluppata – nella sent. *Dansk Industri*, essa ha costituito la base per le prime

⁹⁴ Cfr. *infra*, parr. 3.1 e 3.2.

⁹⁵ Cfr. *supra*, par. 2.2.

⁹⁶ Sent. *AMS*, cit., par. 47 (corsivo mio).

⁹⁷ S. Peers, *When Does the EU Charter of Rights Apply to Private Parties?*, in *EU Law Analysis*, 15 gennaio 2014 (ultimo accesso 15 luglio 2022): «Most importantly, we now have a test for determining whether Charter provisions can apply against private parties - whether the Charter provision requires “more specific expression” in national or EU law on the one hand, or on the other hand whether the Charter Article is “sufficient in itself to confer on individuals an individual right which they may invoke as such”».

⁹⁸ N. Lazzarini, *(Some of) the Fundamental Rights Granted by the Charter May Be a Source of Obligations for Private Parties: AMS*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 925.

sentenze sull'efficacia diretta orizzontale di alcune norme della Carta che, non a caso, si muovono esattamente nel solco appena tracciato.

3.1 Il ritorno dell'individuo, ma mezzo passo alla volta

Dalla premessa contenuta nella sent. *AMS* sono state tratte le prime conseguenze concrete in quattro pronunce, rese nel 2018, anno «glorioso» per tutti i sostenitori dell'effetto diretto orizzontale dei diritti fondamentali⁹⁹: le sentenze *Egenberger*¹⁰⁰ e *IR*¹⁰¹, in materia di divieto di discriminazione religiosa, e le sentenze *Bauer e Broßonn*¹⁰² e *Max-Planck*¹⁰³, sulla garanzia del diritto alle ferie. Ad esse si è poi aggiunta, nel 2019, la sent. *Cresco Investigation*¹⁰⁴, nuovamente sul principio di non discriminazione per ragioni di religione.

Per fornire preliminarmente un veloce sguardo d'insieme, dal punto di vista «tecnico», tutte le disposizioni della Carta cui è riconosciuto effetto diretto anche nei rapporti orizzontali – gli articoli 21 sul divieto di discriminazione, 47 sul diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo e 31, che garantisce il diritto alle ferie – presentano, secondo la Corte, esattamente lo stesso carattere: si tratta di norme *di per sé sufficienti* a conferire ai singoli un diritto invocabile *in quanto tale*¹⁰⁵, e che pertanto richiedono, qualora non sia possibile interpretare il diritto nazionale in modo ad esse conforme, la disapplicazione della disposizione interna in conflitto, perché sia garantita la loro «piena efficacia»¹⁰⁶. La Corte, dunque, conferma – sulla scorta di quanto già affermato nella sent. *AMS* – l'*autosufficienza* delle norme della Carta quale requisito per produrre effetto diretto. Da ciò consegue che, in tutte queste

⁹⁹ A. Colombi Ciacchi, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 294.

¹⁰⁰ Corte giust., 17 aprile 2018, C-414/16, *Vera Egenberger contro Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV*.

¹⁰¹ Corte giust., 11 settembre 2018, C-68/17, *IR contro JQ*.

¹⁰² Corte giust., 6 novembre 2018, C-569/16 e C-570/16, *Stadt Wuppertal contro Maria Elisabeth Bauer* (C-569/16), e *Volker Willmeroth, in qualità di titolare della TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK contro Martina Broßonn* (C-570/16).

¹⁰³ Corte giust., 6 novembre 2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contro Tetsuji Shimizu*.

¹⁰⁴ Corte giust., 22 gennaio 2019, C-193/17, *Cresco Investigation GmbH contro Markus Achatz*.

¹⁰⁵ Sent. *Egenberger*, cit., par. 76; sent. *IR*, cit., par. 69; sent. *Cresco*, cit., par. 76; sent. *Bauer*, cit., par. 85; sent. *Max-Planck*, cit., par. 74.

¹⁰⁶ Sent. *Egenberger*, cit., par. 79; sent. *IR*, cit., par. 71; sent. *Cresco*, cit., par. 78; sent. *Bauer*, cit., par. 91; sent. *Max-Planck*, cit., par. 80.

pronunce, le norme della Carta sono identificate, almeno formalmente, come unico parametro in grado di imporre la disapplicazione della disciplina nazionale lesiva¹⁰⁷: esse, in altre parole, secondo la Corte bastano a se stesse, senza aver bisogno di un completamento esterno per produrre conseguenze dirette. Gli articoli 21 e 31 sono inoltre qualificati anche come norme *imperative*. Infine, elemento comune a tutti i casi considerati consiste nel fatto che il comportamento privato lesivo di un diritto della Carta è perfettamente lecito ai sensi del diritto nazionale o – come il caso *Cresco* più degli altri dimostra – addirittura imposto da questo. È dunque la legislazione statale a essere responsabile, in ultim'analisi, della violazione prodotta, non la volontà autonoma di un soggetto privato.

Se si vuol scendere poi nell'esame più specifico delle argomentazioni elaborate dalla Corte per giustificarne l'effetto diretto, anche nei rapporti orizzontali, verrebbe naturale aspettarsi un netto ritorno alle origini e un sicuro ancoraggio della *ratio* dell'efficacia diretta all'obiettivo di fare dell'individuo un vero «soggetto di diritto». Del resto, come è stato detto, «*the Charter is about people and their rights*»¹⁰⁸ e cosa meglio del godimento di un diritto fondamentale si presta a rendere l'individuo un «soggetto di diritto»? Invece, almeno in parte, si resta delusi: la Corte sembra voler compiere mezzo passo alla volta – affrontando «*half a case at a time*» per usare l'espressione elaborata da Daniel Sarmiento in altro contesto, ma sempre riferendosi a una certa tendenza del Giudice di Lussemburgo a eludere le questioni più squisitamente costituzionali nel rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dai giudici¹⁰⁹ – almeno quanto all'elaborazione di una teoria dell'orizzontalità dei diritti che riveli una compiuta visione politica e che sia al contempo rispettosa del principio della certezza giuridica. Non si rinvengono nelle sentenze potenti affermazioni di principio alla *Van Gend en Loos* o alla *Defrenne*. Solo piccoli passi in avanti che fanno leva sulla necessità di assicurare «piena efficacia» alle – o meglio, ad alcune delle –

¹⁰⁷ L. Lourenço, *Religion, Discrimination and the EU General Principles' Gospel: Egenberger*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 203. L. Cappuccio, *L'efficacia diretta orizzontale della Carta dei diritti fondamentali nella decisione Vera Egenberger*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 710.

¹⁰⁸ N. Póltorak, *The application of the rights and principles of the Charter of Fundamental Rights*, in F. Casarosa – M. Moraru, *The Practice of Judicial Interaction in the Field of Fundamental Rights The Added Value of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, Cheltenham - Northampton, 2022, p. 24.

¹⁰⁹ Questa espressione è ripresa da D. Sarmiento, *Half a Case at a Time: Dealing with Judicial Minimalism at the European Court of Justice*, in M. Claes – M. de Visser – P. Popelier – C. Van de Heyning (eds.), *Constitutional Conversations in Europe Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, 2012, p. 13 ss.

norme della Carta, senza cenni espressi al ruolo dell'individuo come pilastro portante del nuovo edificio costruito sopra a un catalogo di diritti giuridicamente vincolante. Non a caso talune incoerenze – come si metterà in luce più avanti – ancora permangono.

Questa insoddisfazione, in effetti, vale ancor più per le decisioni relative all'art. 21. Come vedremo, le pronunce ove era in questione il diritto alle ferie sono un po' meglio – e più approfonditamente – argomentate. Del resto le sentenze sull'art. 21 si innestano in una pluridecennale giurisprudenza sull'effetto orizzontale del principio di non discriminazione (in alcune delle sue diverse varianti), e la Corte forse pensa sia inutile aggiungere considerazioni ulteriori, sebbene, qui, sia in questione il nuovo problema dell'effetto diretto orizzontale del divieto di discriminazioni *religiose*. Il diritto alle ferie, invece, solleva per la prima volta un problema cruciale: un diritto fondamentale che non aveva mai acquisito lo *status* specifico di principio generale può produrre effetti diretti orizzontali unicamente in virtù della sua inclusione nella Carta¹¹⁰?

D'altra parte, a mio parere, e considerate anche le complicazioni sollevate da gran parte della giurisprudenza pregressa, non può essere sufficiente limitarsi ad affermare che il divieto di discriminazione religiosa ha carattere imperativo «*in quanto principio generale del diritto dell'Unione*»¹¹¹, di

¹¹⁰ Cfr. le considerazioni di E. Frantziou, (*Most of*) *the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable*, in *European Constitutional Law Review*, 2019, p. 316.

¹¹¹ Sent. *Egenberger*, cit., par. 76; sent. *Cresco*, cit., par. 76 (corsivo mio). Il fatto che la Corte ritenga che il principio di non discriminazione quale *principio generale del diritto dell'Unione europea* e l'art. 21 siano sostanzialmente identici quanto a caratteristiche ed effetti emerge abbastanza chiaramente nel caso *IR* relativo al licenziamento di un medico cattolico da parte di un ospedale cattolico, dopo il suo divorzio e il suo nuovo matrimonio avvenuto con rito soltanto civile. Tale caso, infatti, aveva avuto origine prima dell'entrata in vigore della Carta. Il che non ha affatto impedito alla Corte di sviluppare tutte le sue argomentazioni con riguardo alla Carta, salvo poi concludere che «prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla religione o sulle convinzioni personali riveste carattere imperativo in quanto principio generale del diritto dell'Unione ora sancito dall'articolo 21 della Carta, ed è di per sé sufficiente a conferire agli individui un diritto invocabile come tale nell'ambito di una controversia che li veda opposti in un settore disciplinato dal diritto dell'Unione». Con la conclusione che, se il rimedio dell'interpretazione conforme non appare possibile, il giudice è tenuto «ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai soggetti dell'ordinamento derivante dai principi generali del diritto dell'Unione, come il principio di non discriminazione sulla base della religione o delle convinzioni personali, ora sancito dall'articolo 21 della Carta, e a garantire la piena efficacia dei diritti che ne derivano, disapplicando all'occorrenza qualsiasi disposizione nazionale contraria». Sent. *IR*, cit., par. 69 e 71 (corsivo mio).

cui quindi l'art. 21 non è che – in sostanza – la «traduzione scritta», senza altro specificare se non che «riguardo all'effetto imperativo che esso esplica, l'articolo 21 della Carta non si distingue, in linea di principio, dalle diverse disposizioni dei Trattati istitutivi che vietano le discriminazioni fondate su vari motivi, anche quando tali discriminazioni derivino da contratti conclusi tra privati»¹¹². E questo, secondo me, per almeno tre ordini di motivi, uno di carattere generale e due che riguardano i casi concreti da cui sono originate le questioni pregiudiziali che la Corte ha deciso.

In via generale, sebbene sia certamente vero che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati» (art. 6, par. 1 TUE), è altrettanto vero che la Carta possiede un'essenza abbastanza diversa da questi e che, ben più dei Trattati, va dritta al cuore della «materia costituzionale», toccando direttamente il patrimonio giuridico dei singoli. La Corte, dunque, meglio avrebbe fatto a spiegare perché l'effetto imperativo di alcune norme della Carta equivalga a quello che caratterizza alcune norme del Trattato, invece che presupporre la semplice equivalenza *tout court*.

Per quanto riguarda, invece, i due motivi specifici, il primo riguarda le sentenze *Egenberger* e *IR*, entrambe relative a un problema ancora inesplorato nella giurisprudenza della Corte: quello di una presunta discriminazione religiosa a danno di un lavoratore – o aspirante tale – ad opera di un'organizzazione di tendenza in qualità di datore di lavoro, che aveva posto taluni requisiti religiosi per lo svolgimento di alcune attività. Proprio perché si tratta di un rapporto orizzontale in cui vengono in questione due diritti diversi in conflitto – il diritto del lavoratore di non essere discriminato; quello dell'organizzazione di tendenza di affermare la propria identità religiosa – entrambi garantiti dalla Carta in due norme diverse – l'art. 21 e l'art. 10 – non sarebbe stato opportuno affrontare anche l'aspetto dell'art. 10 e del ruolo della libertà religiosa all'interno del discorso sull'orizzontalità dei diritti, invece che concentrare l'analisi sull'art. 21 soltanto¹¹³?

Il secondo riguarda, invece, la sent. *Cresco*, relativa alla diversa questione della discriminazione prodotta da una legge austriaca che concedeva ai soli appartenenti a quattro chiese – le Chiese evangeliche di confessione augustana e di confessione elvetica, la Chiesa vetero-cattolica e quella evangelica metodista – il Venerdì santo festivo (o una doppia retribuzione in caso di attività comunque prestata). Il ricorrente, che non aderisce alle confessioni religiose indicate, non riceve, ovviamente, la doppia indennità

¹¹² Sent. *Egenberger*, cit., par. 77; sent. *Cresco*, cit., par. 77.

¹¹³ Cfr. E. Frantziou, *Mangold Recast? The ECJ's Flirtation with Drittwirkung in Egenberger*, in *European Law Blog* (ultimo accesso 20 luglio 2022).

per aver lavorato quel giorno e dunque cita in giudizio il suo datore di lavoro, ritenendosi discriminato. La Corte, dopo aver reiterato le consuete scarse considerazioni sulla natura imperativa e autosufficiente del principio di non discriminazione per motivi religiosi e dell'art. 21 che lo sancisce, conclude: «in virtù di una giurisprudenza costante della Corte, quando una discriminazione, contraria al diritto dell'Unione, sia stata constatata e finché non siano adottate misure volte a ripristinare la parità di trattamento, il rispetto del principio di uguaglianza può essere garantito solo mediante la concessione alle persone appartenenti alla categoria sfavorita degli stessi vantaggi di cui beneficiano le persone della categoria privilegiata. Le persone sfavorite devono dunque essere poste nella stessa situazione in cui si trovano le persone che beneficiano del vantaggio in questione [...]. In tale ipotesi, il giudice nazionale è tenuto a disapplicare qualsiasi disposizione nazionale discriminatoria, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione da parte del legislatore, e deve applicare ai componenti del gruppo sfavorito lo stesso regime che viene riservato alle persone dell'altra categoria. Tale obbligo incombe al giudice nazionale indipendentemente dall'esistenza, nel diritto interno, di disposizioni che gli attribuiscono la competenza al riguardo»¹¹⁴.

A prescindere dal fatto che, in tal modo, in sostanza la Corte non chiede al giudice nazionale la *disapplicazione* della disciplina interna discriminatoria, bensì – a ben vedere – la sua *applicazione*, estesa, attraverso l'art. 21 (o forse, in sostanza, soprattutto attraverso la direttiva 2000/78), a tutti¹¹⁵, c'è da osservare che, in questo caso e come già accennato in precedenza, siamo di fronte a un'ipotesi particolarmente lampante di responsabilità in capo al datore di lavoro in totale assenza di colpa: più ancora che nei casi *Egenberger* e *IR*, dove – ferma restando la legittimità del comportamento degli enti confessionali in questione ai sensi del diritto tedesco – tali organizzazioni di tendenza si erano pur sempre avvalse della possibilità di porre un requisito religioso che poteva essere considerato oggettivamente non del tutto essenziale e giustificato e, quindi, discriminatorio. La *Cresco*, invece, non

¹¹⁴ Sent. *Cresco*, cit., parr. 79-80 (corsivo mio). Va detto che il legislatore austriaco poco dopo l'emanazione della sent. *Cresco* ha abrogato il § 7 (3) della Bundesgesetz über die wöchentliche Ruhezeit und die Arbeitsruhe an Feiertagen (Arbeitsruhegesetz - ARG) che disponeva il Venerdì santo festivo (Art. 1 Z 2, BGBl. I Nr. 22/2019), prevedendo semplicemente che ciascun lavoratore abbia diritto a un giorno di ferie «personale» – che può essere utilizzato oppure no per l'espletamento di commemorazioni religiose – non retribuito (pur mantenendo la retribuzione extra, qualora il lavoratore decida di prestare attività).

¹¹⁵ Per alcune considerazioni al riguardo, sia consentito rinviare a M.E. Gennusa, *Un nuovo pezzo del puzzle: l'effetto diretto della Carta alla prova del caso Cresco*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, p. 459 ss.

stava manifestando una propria volontà autonoma, non era mossa da alcun intento discriminatorio, non stava facendo valere la sua posizione dominante nel rapporto col dipendente, ma stava applicando semplicemente una legge – giusta o sbagliata che fosse – che non le lasciava spazi di discrezionalità attuativa. Eppure è la *Cresco* – e, più in generale, tutti i datori di lavoro – che *deve* concedere il Venerdì santo festivo o, in alternativa, *deve* corrispondere una doppia retribuzione¹¹⁶. Qui mi sembra che diventi cruciale la classica distinzione fra obbligo di *garantire* e obbligo di *rispettare* i diritti che però risulta del tutto sfumata nel caso in esame: come è stato affermato, sebbene si possa certo ritenere che i soggetti privati siano vincolati dai diritti fondamentali (altrui), «*their obligation is not to guarantee but to respect them*»¹¹⁷. Forse però il rispetto dei diritti non si spinge fino a richiedere che un privato si attivi per rimuovere una conseguenza potenzialmente lesiva di un diritto prodotta da una legge in vigore e formulata in termini tassativi. La Corte, allora, avrebbe dovuto preferibilmente spiegare perché, *anche in un'ipotesi come questa*, il principio di non discriminazione – o l'art. 21 – è in grado di provocare un simile effetto. È vero: la Corte di giustizia non è il giudice del caso concreto, ma è chiamata a interpretare il diritto dell'Unione europea (o a valutare la validità del diritto derivato di questa). Ma considerazioni sul perché il rispetto dei diritti sanciti dalla sua Carta produca obblighi anche in capo a soggetti incolpevoli della lesione prodotta ben può rientrare fra le questioni interpretative che la Corte è chiamata ad affrontare.

Nella sent. *Egenberger*, inoltre, viene dichiarato dotato di effetto diretto anche l'art. 47 della Carta, che garantisce il diritto a un rimedio

¹¹⁶ Sent. *Cresco*, cit., parr. 85-86: «Pertanto, finché non sia intervenuto alcun adeguamento legislativo, il datore di lavoro deve riconoscere, in virtù dell'articolo 21 della Carta, ai lavoratori non appartenenti ad alcuna di dette chiese il diritto a un giorno festivo il Venerdì santo purché tali lavoratori abbiano informato, prima di tale giorno, il loro datore di lavoro della loro intenzione di non lavorare detto giorno. Ne consegue anche che un lavoratore non appartenente ad alcuna delle chiese indicate nell'ARG ha il diritto di ottenere il versamento, da parte del proprio datore di lavoro, dell'indennità prevista all'articolo 9, paragrafo 5, dell'ARG, qualora tale datore di lavoro non abbia accolto la sua richiesta di non dover lavorare tale giorno».

¹¹⁷ M. Ahumada, *The Recurring Debate on the Horizontal Effect of Fundamental Rights. Constitutional Approaches*, in C. Izquierdo-Sans – C. Martínez-Capdevila – M. Nogueira-Guastavino (eds.), *Fundamental Rights Challenges. Horizontal Effectiveness, Rule of Law and Margin of National Appreciation*, Switzerland, 2021, p. 7. Cfr. anche J. Wright, *A Damp Squib? The Impact of Section 6 HRA on the Common Law: Horizontal Effect and Beyond*, in *Public Law*, 2014, p. 293: «The difference between “respecting” rights and “securing” them is absolutely key. [...] By focusing on the notion of respect, the issue of “horizontal effect” seems so much less controversial».

giurisdizionale effettivo. Personalmente non condivido la catalogazione di effetto *diretto* orizzontale riferita all'efficacia che può dispiegare l'art. 47 nei rapporti fra soggetti privati. La garanzia di un rimedio giurisdizionale effettivo è di regola richiesta al potere pubblico, sul quale grava il corrispondente obbligo di assicurarlo. Certamente, se tale diritto viene garantito quando la contesa oppone due soggetti privati, esso produce importanti effetti orizzontali, ma – a mio parere – di tipo *indiretto*: gli obblighi che possono essere imposti alla controparte privata non riguardano il dovere di rispettare il diritto al giudice ma, per il suo tramite, altri diritti, di natura sostanziale¹¹⁸. Al di là di questa considerazione personale, non si rinvengono, comunque, nella decisione della Corte, particolari giustificazioni dell'effetto diretto dell'art. 47 che vadano oltre la consueta notazione che si tratta di una disposizione «sufficiente di per sé e [che] non deve essere precisat[a] mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»¹¹⁹. L'aspetto curioso, in questo caso, consiste se mai nel fatto che l'art. 47 non è assolutamente menzionato nelle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio tedesco¹²⁰. È la stessa Corte di giustizia a introdurlo di sua iniziativa¹²¹, per il fatto che la direttiva 2000/78 richiede che gli Stati adottino procedure giurisdizionali affinché gli obblighi derivanti dalla direttiva medesima siano rispettati¹²². In tal modo, però, sembra quasi che

¹¹⁸ Cfr., volendo, già M.E. Gennusa, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, p. 643.

¹¹⁹ Sent. Egenberger, cit., par. 78.

¹²⁰ Il Bundesarbeitsgericht accenna soltanto al fatto che, stante il favore costituzionale di cui godono le chiese nel sistema tedesco, la giurisprudenza del Bundesverfassungsgericht richiede che il controllo giurisdizionale della sussistenza dei requisiti per la *religious exemption* una volta che l'organizzazione di tendenza abbia posto un criterio religioso in un rapporto di lavoro debba limitarsi a un mero «controllo di *plausibilità* sulla base delle regole della coscienza ecclesiale». Le sue questioni riguardano invece soltanto l'interpretazione dei criteri posti dalla direttiva perché l'imposizione di un requisito religioso possa considerarsi ammissibile. Cfr. sent. Egenberger, cit., par. 31 (corsivo mio).

¹²¹ E. Frantziou, *The Binding Charter Ten Years on: More than a Mere Entreaty?*, in *Yearbook of European Law*, 2019, p. 28 parla di «*potential overuse*» dell'art. 47 nella sent. Egenberger.

¹²² In effetti, nel caso concreto, per valutare la legittimità della *religious exemption* invocata dalla Chiesa – che aveva posto l'appartenenza a una chiesa evangelica fra i requisiti per l'assunzione in un'offerta di lavoro – era senza dubbio di importanza primaria che i giudici potessero svolgere un sindacato pieno e completo sulle ragioni per cui il requisito religioso dovesse considerarsi essenziale per lo svolgimento della mansione specifica: sindacato giurisdizionale esaustivo che secondo la legislazione tedesca non poteva essere

la Corte voglia sottolineare che il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo ha una natura particolare, rappresentando anche uno strumento per garantire una protezione migliore di altri diritti¹²³. Tuttavia, null'altro è aggiunto che possa fornire elementi ulteriori.

Se si passa ora ad analizzare le due decisioni sul diritto alle ferie retribuite – la sent. *Bauer e Broßon* e la sent. *Max-Planck* – specie se lette in congiunzione fra loro, il tenore argomentativo, come già accennato, migliora, in particolare sotto due diversi profili, sebbene alcuni aspetti lascino ancora in parte perplessi.

Sotto il primo profilo, rileva l'accuratezza dell'esame della posizione del diritto alle ferie nel sistema costituzionale dell'Unione europea. Infatti la Corte, dopo aver ricordato che esso – per giurisprudenza costante¹²⁴ – costituisce «un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione»¹²⁵ e averne tratteggiato dettagliatamente il contenuto, le componenti¹²⁶ e le finalità¹²⁷ attraverso l'esame dell'art. 7 della direttiva 2003/88, passa a ricostruirne l'origine. Essa, di matrice sovranazionale e internazionale, deriva «tanto dagli atti elaborati dagli Stati membri a livello di Unione, come la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, peraltro menzionata all'articolo 151 TFUE, quanto dagli atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno partecipato o aderito», in

esperito, dovendo limitarsi a un mero controllo di plausibilità delle allegazioni addotte dalla chiesia. In tal senso, cfr. S. Prechal, *Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2020, p. 415 ss.

¹²³ Sul ruolo dell'art. 47 al riguardo, cfr. ad esempio, M. Gotthardt, *Effective Enforcement of EU Labour Law: A Comparative Example*, in *European Labour Law Journal*, 2020, p. 403 ss. È stato però sottolineato come la Corte di giustizia non abbia mai invocato l'effetto diretto dell'art. 47 in congiunzione con diritti non direttamente efficaci, così da suscitare l'impressione che «*non-directly effective provisions of the Charter are not subject to the principle of effective judicial protection at all*». Cfr. E. Frantziou, *The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, p. 225.

¹²⁴ Cfr. in particolare Corte giust., 12 giugno 2014, C-118/13, *Güluy Bollacke contro K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG*; Corte giust., 20 luglio 2016, C-341/15, *Hans Maschek contro Magistratsdirektion der Stadt Wien - Personalstelle Wiener Stadtwerke*; Corte giust. 29 novembre 2017, C-214/16, *C. King contro The Sash Window Workshop Ltd e Richard Dollar*.

¹²⁵ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 38; sent. *Max-Planck*, cit., par. 19.

¹²⁶ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 39, che ravvisa come il diritto alle ferie abbia due componenti: il diritto alle ferie annuali in quanto tale e il diritto all'ottenimento di una retribuzione.

¹²⁷ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 41; sent. *Max-Planck*, cit., par. 32: «il diritto alle ferie annuali [...] è infatti volto a consentire al lavoratore, da un lato, di riposarsi rispetto all'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altro, di beneficiare di un periodo di relax e svago».

particolare la Carta sociale europea, anch'essa richiamata dall'articolo 151 TFUE e la convenzione n. 132 dell'Organizzazione internazionale del lavoro, del 24 giugno 1970¹²⁸. Non è dunque la direttiva che istituisce il diritto alle ferie. Esso è, piuttosto, un principio, non generale, bensì «essenziale del diritto sociale dell'Unione»¹²⁹ che, conseguentemente, «riveste natura imperativa»¹³⁰ e che ora è codificato nell'art. 31 della Carta. Quest'ultimo, infatti, «disponendo, in termini imperativi, che “[o]gni lavoratore” ha “diritto” a “ferie annuali retribuite”, senza segnatamente rinviare in proposito – come fatto, ad esempio, dall'articolo 27 della Carta [...] – ai “casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali”, [...] riflette il principio essenziale del diritto sociale dell'Unione al quale non è possibile derogare se non nel rispetto delle rigorose condizioni di cui all'articolo 52, paragrafo 1, della Carta e, in particolare, del contenuto essenziale del diritto fondamentale alle ferie annuali retribuite»¹³¹. In sé, il ragionamento non è certo rivoluzionario. Piuttosto ripercorre lo schema classico già utilizzato dalla Corte a proposito del principio di non discriminazione che, dopo aver analizzato le parti rilevanti della direttiva in materia, specifica che non è a quest'ultima che si deve l'istituzione della prerogativa in oggetto, la quale viceversa trae origine da altri strumenti e che ora è riconosciuta anche dalla Carta. Quello che cambia è però il diverso spessore argomentativo e il maggior approfondimento delle riflessioni sul ruolo «costituzionale» del diritto alle ferie e sull'art. 31 che lo sancisce nella decisione sulla sostanza del caso. Non bisogna dimenticare, infatti, che queste sono le prime pronunce in cui la Corte – dopo anni di silenzio «assordante»¹³² – affronta il problema della

¹²⁸ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 81; sent. *Max-Planck*, cit., par. 70.

¹²⁹ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 80; sent. *Max-Planck*, cit., par. 69.

¹³⁰ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 83; sent. *Max-Planck*, cit., par. 72.

¹³¹ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 84; sent. *Max-Planck*, cit., par. 73.

¹³² Cfr. M. De Mol, *Dominguez: A Deafening Silence*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 280 ss. a proposito della celebre Corte giust., 24 gennaio 2012, C- 282/10, *Maribel Dominguez contro Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre*, relativa a una presunta violazione del diritto alle ferie di una dipendente di un ente privato incorsa in un incidente durante il tragitto fra la propria abitazione e il lavoro. In effetti, le questioni pregiudiziali vertevano tutte sull'interpretazione della Direttiva 2003/88 e sulla sua possibile applicabilità in un giudizio fra due parti private. Ma era evidente che, sotteso a tali questioni, vi era il problema – fondamentale – dell'efficacia orizzontale dei diritti e della Carta che li sancisce: una sorta di «convitato di pietra» che, non a caso, era stato ampiamente preso in considerazione dall'A.G. Trstenjak nelle sue Conclusioni (parr. 72-83), sebbene essa avesse poi suggerito l'assenza di effetto diretto dell'art. 31 della Carta

portata e dell'efficacia dell'art. 31 della Carta e che è proprio grazie a quest'ultimo – e non al suo essere principio «particolarmente importante» o «essenziale» del diritto sociale dell'Unione – che il diritto alle ferie acquisisce, per la prima volta, effetto diretto nei rapporti orizzontali.

Sotto il secondo profilo, che sembra più importante, la Corte prende finalmente posizione – seppure in modo un po' sbrigativo – sul significato dell'art. 51 della Carta su cui parte della dottrina¹³³ aveva fatto leva per escludere, in via generale, l'efficacia diretta orizzontale della Carta medesima. Secondo il Giudice di Lussemburgo, infatti, «sebbene l'articolo 51, paragrafo 1, della Carta precisi che le sue disposizioni si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, detto articolo 51, paragrafo 1, non affronta, tuttavia, la questione relativa alla possibilità che soggetti privati si trovino, all'occorrenza, direttamente obbligati al rispetto di determinate disposizioni di tale Carta e non può, pertanto, essere interpretato nel senso che esso esclude sistematicamente una simile possibilità»¹³⁴. In pratica, lascia intendere la Corte anche se più elaborate considerazioni sarebbero state gradite, l'art. 51 si occupa più che altro di delineare l'ambito di applicazione della Carta nei rapporti fra Stati e Unione, senza toccare il problema della sua portata orizzontale, che quindi va valutata caso per caso. O meglio:

nelle controversie fra soggetti privati. La Corte, invece, decide di tacere totalmente sul punto e di limitarsi ad affermare che qualora il giudice non possa procedere a un'interpretazione conforme della normativa interna, e qualora – a causa della natura privata delle parti – la direttiva non possa avere effetto diretto, non resta che il rimedio del risarcimento dei danni secondo quanto disposto nella già citata sent. *Franco*. È vero: al momento dell'incidente la Carta era stata proclamata, ma non ancora, promulgata; ma il non averla nemmeno nominata, sebbene il rinvio pregiudiziale fosse ben successivo alla sua entrata in vigore, e, comunque, il non aver neppure fatto cenno alla natura fondamentale del diritto alle ferie risulta, quanto meno, curioso, se non deliberatamente elusivo. Cfr. anche N. Lazzerini, *Gli effetti orizzontali dei diritti fondamentali in materia sociale: la sentenza Dominguez e la strada del silenzio*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2012, p. 455 ss., in particolare p. 456.

¹³³ Cfr. ad es. D. Curtin – R. van Ooik, *The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, p. 112; T. Van Danwitz – K. Paraschas, *A Fresh Start for the Charter Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights*, in *Fordham International Law Journal*, 2017, p. 1425; M. de Mol, *Küçükdeveci: Mangold Revisited*, cit., p. 302; J. Kokott – C. Sobotta, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, in *EUI Working Papers*, 2010, n. 6, p. 14; D. Schiek, *Constitutional Principles and Horizontal Effect: Küçükdeveci Revisited*, *European Labour Law Journal*, 2010, p. 373.

¹³⁴ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 87; sent. *Max-Planck*, cit., par. 76.

articolo per articolo. E quanto all'art. 31, non ci sono dubbi che esso possa dispiegare i propri effetti anche nei rapporti privati. Infatti, «il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite *implica, per sua stessa natura, un corrispondente obbligo* in capo al datore di lavoro, ossia quello di concedere tali ferie retribuite»¹³⁵, a prescindere dalla natura privata o pubblica del rapporto di lavoro. Del resto, come ancor meglio articola la Corte nella sent. *Max-Planck* ulteriormente giustificandone l'effetto diretto orizzontale, «il lavoratore dev'essere considerato *la parte debole* nel rapporto di lavoro, cosicché è necessario impedire al datore di lavoro di disporre della facoltà di imporgli una restrizione dei suoi diritti»¹³⁶: questa specificazione dimostra una consapevolezza nuova – pur non ancora sviluppata in via generale – del ruolo dei privati nel rispetto dei diritti, che vanno tutelati, ormai, non solo dalle minacce prodotte dallo Stato e dai pubblici poteri, ma anche da quelle riconducibili a soggetti privati, tanto più se posti in posizione di predominio. Come è stato acutamente osservato, «*the public – private divide is changing, while the need for protection remains*»¹³⁷. E dunque, l'esigenza di fare dell'individuo un «soggetto di diritto» richiede, per sua natura, l'imposizione di obblighi anche nei confronti di altri individui, specie se il primo versa in una condizione di debolezza intrinseca.

Accanto a questi punti di forza, le decisioni sul diritto alle ferie sollevano però anche talune perplessità, specie se confrontate con gli esiti della già più volte citata sent. *AMS*. Al di là della solita questione del ruolo svolto dalle direttive nelle argomentazioni delle pronunce in oggetto – che continua a presentare risvolti, a mio parere, molto problematici e che verranno esaminati nello specifico fra poco –, si pensi ad esempio ai casi *Bauer* e *Broßon*, la cui soluzione è stata dalla Corte riunita nella stessa sentenza. Le ricorrenti sono le vedove di due lavoratori a cui i datori di lavoro (pubblico nel caso *Bauer*, privato nel caso *Broßon*) hanno rifiutato, in applicazione del diritto tedesco sulle successioni, di corrispondere

¹³⁵ Sent. *Bauer* e *Broßon*, cit., par. 90 (corsivo mio). Sottolinea l'importanza di questa affermazione e della sent. *Bauer* e *Broßon* per la protezione dei diritti sociali in Europa D. Sarmiento, *Sharpening the Teeth of EU Social Fundamental Rights: A Comment on Bauer*, 8 novembre 2018, in *Despite our differences*, (ultimo accesso 25 luglio 2022): «*These are good news for the protection of social rights in Europe. These are badly needed rights not only for vulnerable groups, but also for the EU itself. The social pillar of European integration cannot be limited to vaporous rhetoric by good-willed politicians. It must also be able to bite, and sometimes it needs to bite hard. In Bauer et al the Court has taken the first step in sharpening the teeth of EU social law. Now we must wait and see if it will have the courage, in a nearby future, to take a nice bites.*

¹³⁶ Sent. *Max-Planck*, cit., par. 41 (corsivo mio).

¹³⁷ S. Prechal, *Horizontal Direct Effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU*, cit., p. 418.

l'indennità per giorni di ferie non goduti dai loro defunti mariti a causa della cessazione del rapporto di lavoro in seguito al loro decesso. Il problema, quindi, riguarda più che altro la *trasmissibilità agli eredi* dell'indennità per ferie non godute dal lavoratore che per l'ordinamento tedesco non era possibile. Come è stato osservato, questo aspetto merita di essere sottolineato per due diverse ragioni: innanzi tutto, né la direttiva né l'art. 31 della Carta dispongono espressamente che tale indennità debba essere trasmessa agli eredi; in secondo luogo, il diritto successorio resta nella competenza degli Stati membri che, quindi, in teoria dovrebbero poter decidere che cosa faccia parte del patrimonio del deceduto da trasferire agli eredi e cosa no¹³⁸. Eppure la non trasmissibilità agli eredi dell'indennità è considerata dalla Corte lesiva della «sostanza stessa» del diritto alle ferie¹³⁹: un'affermazione secondo taluno addirittura «non plausibile»¹⁴⁰, ma che certo non può non lasciare stupiti se si ritorna all'esito della sent. *AMS*, dove il diritto dei lavoratori alla consultazione e all'informazione sul luogo di lavoro è stato negato in radice senza grossi rimorsi, ammettendo il solo rimedio del risarcimento del danno, che in una situazione del genere è praticamente impossibile quantificare a dovere.

3.2 *Oltre le apparenze: davvero nessun ruolo per le direttive?*

È ora però necessario prendere in considerazione in modo specifico l'aspetto, che a parer mio rimane assolutamente cruciale, del problematico ruolo svolto dalle direttive nelle argomentazioni della Corte nelle sentenze sull'effetto diretto. Come già detto, il tratto comune, e fondamentale, che a detta della Corte tutte e tre le disposizioni della Carta posseggono – e grazie al quale possono dispiegare effetti diretti – è quello di essere incondizionate, cioè sufficienti di per sé, senza aver bisogno di essere precisate mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale. Esse – sempre se ci si limita a

¹³⁸ D. Leczykiewicz, *The Judgment in Bauer and the Effect of the EU Charter of Fundamental Rights in Horizontal Situations*, in *European Review of Contract Law*, 2020, p. 327.

¹³⁹ Sent. *Bauer e Brofson*, cit., par. 49.

¹⁴⁰ R. Krause, *Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights: Bauer and Willmeroth*, MPG, in *Common Market Law Review*, 2021, p. 1201: «it is arguable that Article 31(2) CFREU also guarantees an allowance in lieu of annual paid leave not taken by the worker upon the end of the employment relationship, although Advocate General Bot rightly pointed out in his Opinion in MPG that this right is not prescribed as such in Article 7(2) of Directive 2003/88.173 Conversely, it is implausible to declare the entitlement of the heir of a worker to receive a payment as essence of the right of the worker to annual paid leave not taken before his death» (evidenziatura mia).

considerare a prima vista le affermazioni della Corte – sembrano costituire dunque l'unico parametro per valutare se un diritto sia stato violato e alle direttive non è più riconosciuta alcuna funzione di dare «espressione concreta» al diritto sancito, residuando loro solo quella di attrarre la controversia nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, attivare la protezione della Carta¹⁴¹. Per questa ragione è stato detto, in particolare in relazione alle sentenze sul diritto alle ferie, che, nelle argomentazioni della Corte, «*the horizontal direct effect of the Charter is no longer a by-product of the lack of horizontality of directives*»¹⁴².

In effetti, a colpo d'occhio tali decisioni sembrerebbero perfettamente in linea con quanto affermato nella sent. *AMS*: l'art. 27, rinviando alle legislazioni e prassi nazionali ed europee, dimostra di aver bisogno di queste per determinare il contenuto del diritto all'informazione e alla consultazione dei lavoratori. E infatti, dice la Corte, «il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori rientranti inizialmente nella cerchia delle persone da prendere in considerazione ai fini di tale calcolo, non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo»¹⁴³. Pertanto, quest'ultimo non può avere effetto diretto. Gli artt. 21, 31 e 47, invece, non hanno bisogno di integrazioni perché sono già completi in sé: quindi possono avere effetto diretto anche nei rapporti fra soggetti privati.

Invero, si potrebbe obiettare che una simile distinzione non tiene conto del valore «costituzionale» della Carta, che è pur sempre un catalogo di diritti fondamentali, e finisce per riprodurre a un livello più alto gli stessi problemi già esaminati a proposito della giurisprudenza relativa alle direttive. I dipendenti pubblici possono avvalersi della direttiva – che ha effetto diretto, grazie alla precisione del suo tenore testuale – per rivendicare il loro diritto all'informazione. I dipendenti di datori di lavoro privati no; ma nemmeno possono invocare la Carta. E quindi ci si potrebbe anche chiedere a cosa serve la Carta in un caso del genere. Come è stato affermato, «*the judgment has sometimes been taken to mean only that Art. 27 does not have horizontal direct application. But it seems that the judgment goes even further than that: it is difficult to*

¹⁴¹ Su questo aspetto cfr. le considerazioni di L.S. Rossi, *La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali*, in *federalismi.it*, 2019, n. 10, p. 19 ss.

¹⁴² M. A. Panasci, *The Right to Paid Annual Leave as an EU Fundamental Social Right. Comment on Bauer et al.*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, p. 447.

¹⁴³ Sent. *AMS*, cit., par. 46.

*avoid the conclusion that it must mean that Art. 27 has no direct application at all*¹⁴⁴: nei rapporti verticali, infatti, basta la direttiva; in quelli orizzontali, nemmeno l'art. 27 può essere fatto valere. E questo sebbene, a ben vedere, l'art. 27 – pur facendo rinvio al diritto dell'Unione e degli Stati membri – stabilisca pur sempre che «Ai lavoratori o ai loro rappresentanti *devono* essere garantite, ai livelli appropriati, l'informazione e la consultazione in tempo utile», tanto che non si capisce come, da un simile tenore perentorio, possa derivare una mera facoltà di garantire il diritto oppure negarlo, come è avvenuto nel caso *AMS*, senza che si producano, in sostanza, conseguenze di sorta.

Però si tratterebbe almeno di una distinzione chiara, che giustifica, attraverso la netta differenza fra due categorie di disposizioni della Carta, la diversità degli effetti che ne discendono in pratica.

Peccato che, a un esame più attento, la differenza fra i due tipi di norme sia tutt'altro che netta, almeno stando a quanto suggerisce la lettura delle sentenze che affrontano i casi concreti, tanto di discriminazione quanto di violazione del diritto alle ferie. Bastino soltanto due esempi.

Nei primi due casi, *Egenberger* e *IR*, il problema – come già detto – era rappresentato da una possibile discriminazione religiosa ad opera di un'organizzazione di tendenza che non aveva convocato al colloquio per un'offerta di lavoro una candidata in quanto non appartenente a una chiesa evangelica (caso *Egenberger*) o aveva licenziato un medico cattolico perché divorziato e risposato con rito soltanto civile (caso *IR*). Alla Corte viene chiesta l'interpretazione dell'art. 4 della direttiva 2000/78 che, pur ammettendo una sorta di *religious exemption* dal rispetto del principio di parità di trattamento quando il datore di lavoro è una chiesa o un ente confessionale, la assoggetta a criteri oggettivi e assai rigorosi: il soddisfacimento di un determinato requisito religioso può essere richiesto soltanto quando, per la natura dell'attività, o per il contesto in cui viene espletata, la religione o le convinzioni personali siano un elemento essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento di tale attività, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. L'ordinamento tedesco, invece, è molto più permissivo, accontentandosi che tale requisito religioso sia semplicemente giustificato secondo una valutazione soggettiva della chiesa, che pertanto può essere sottoposta a un controllo giurisdizionale di mera plausibilità. La Corte, dopo aver attentamente illustrato il significato dell'art. 4 della direttiva, riconosce effetto diretto orizzontale all'art. 21 – poiché la

¹⁴⁴ D. Denman, *The EU Charter of Fundamental Rights: How Sharp are its Teeth?*, in *Judicial Review*, 2014, p. 169.

direttiva non istituisce essa stessa il principio di parità di trattamento, che trova la sua fonte in altri strumenti, e d'altro canto l'art. 21 è una norma autosufficiente, in grado di garantire un diritto invocabile in quanto tale – per poi concludere che il giudice, per contemperare i vari interessi in gioco nel caso concreto, «deve prendere in considerazione, in particolare, l'equilibrio stabilito tra tali interessi dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2000/78, al fine di determinare gli obblighi risultanti dalla Carta in circostanze come quelle di cui al procedimento principale»¹⁴⁵. Peccato però che l'art. 21 si limiti a sancire il divieto di discriminazione e che la possibilità di una *religious exemption* e le condizioni a cui essa deve rispondere non si desumano – per parafrasare quanto detto dalla Corte nella sent. *AMS* a proposito dell'art. 27 – né dal tenore letterale dell'art. 21 né dai chiarimenti relativi a tale articolo, ma si ritrovino esclusivamente nella direttiva. È vero che, nel caso specifico, la disciplina tedesca sarebbe stata ritenuta in contrasto anche con il solo art. 21, che non prevede deroghe al divieto di discriminazione, ma come si può affermare che la direttiva non è servita a integrare il parametro, visto che è la direttiva che affronta un profilo di cui l'art. 21 non si occupa, è stata l'interpretazione del suo art. 4 a costituire il fulcro della sentenza ed è il bilanciamento da essa previsto a costituire la guida per i giudici nazionali al fine di determinare gli obblighi derivanti dalla Carta¹⁴⁶?

Il secondo esempio riguarda le decisioni sul diritto alle ferie. Non soltanto l'interpretazione della sola direttiva – e segnatamente del suo art. 7 – occupa gran parte del ragionamento della Corte; ma quando passa all'interpretazione dell'art. 31, essa fa rinvio specifico alle Spiegazioni relative alla Carta che, a loro volta, individuano espressamente la direttiva come una delle fonti di ispirazione dell'art. 31¹⁴⁷: una sorta di circolo vizioso

¹⁴⁵ Sent. *Egenberger*, cit., par. 81 (corsivo mio).

¹⁴⁶ Il ruolo della direttiva 2000/78 è evidente anche nel caso *Cresco*, relativo alla discriminazione derivante dal concedere solo ad alcuni fedeli il Venerdì santo festivo: qui, è alla luce dell'art. 2, par. 2 della direttiva che la Corte accerta l'esistenza di una discriminazione diretta, è in base all'art. 2, par. 5 che esclude la necessità della misura per la tutela della libertà di religione ed è utilizzando l'art. 7, par. 1 che verifica se tale misura possa considerarsi un'azione positiva diretta a compensare svantaggi esistenti. Tutti questi elementi sono già deducibili dal mero testo dell'art. 21?

¹⁴⁷ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., parr. 55-56: «Inoltre, secondo le spiegazioni relative all'articolo 31 della Carta, che, conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, terzo comma, TUE e all'articolo 52, paragrafo 7, di detta Carta, devono essere tenute in debito conto per l'interpretazione di quest'ultima, l'articolo 31, paragrafo 2, della Carta si ispira alla direttiva 93/104 nonché all'articolo 2 della Carta sociale europea, firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e riveduta a Strasburgo il 3 maggio 1996, e al punto 8 della Carta comunitaria dei diritti

che dà l'impressione che la Corte stia effettivamente interpretando la norma della Carta alla luce del contenuto della direttiva. Questo tipo di ragionare è, in effetti, abbastanza curioso. Non dovrebbe essere il diritto secondario a venire interpretato alla luce di quello primario e non viceversa? E se la caratteristica fondamentale dell'art. 31 è la sua autosufficienza, perché c'è bisogno della direttiva per individuare il suo contenuto? È vero che la Corte introduce una sorta di distinzione fra «esistenza stessa» – che è indipendente e prescinde da quanto dispone la direttiva – e «contenuto» – che può essere informato da quest'ultima – del diritto alle ferie¹⁴⁸, per cui la direttiva può «precisare la durata esatta delle ferie annuali e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»¹⁴⁹, senza che ciò infici il carattere autosufficiente dell'art. 31. Ma allora questa differenza fra «esistenza stessa» – indipendente dalla direttiva – e «contenuto» – determinato dalla direttiva – non può valere anche per altri diritti, non ultimo quello all'informazione e consultazione dei lavoratori? In fondo, anche lì le Spiegazioni fanno riferimento, quali fonti di ispirazione dell'art. 27, alla Carta sociale europea, alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, agli artt. 154 e 155 TFUE, e alla direttiva¹⁵⁰. Perché non si può pensare che quest'ultima stia semplicemente precisando le condizioni di esercizio del diritto, come del resto richiede l'art. 27 e come anche la Corte sembra ammettere in riferimento all'art. 31?

Un'attenta ricostruzione¹⁵¹, che peraltro spiega la ragione per cui, in tutte le decisioni relative all'effetto diretto della Carta, la Corte abbia fatto riferimento alla sola incondizionatezza – e non anche alla chiarezza e precisione – delle disposizioni considerate, fa leva sulla nota distinzione fra efficacia diretta oppositiva ed efficacia diretta sostitutiva¹⁵²: secondo questa

sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nella riunione del Consiglio europeo che ha avuto luogo a Strasburgo il 9 dicembre 1989 [...]. Orbene, come emerge dal considerando 1 della direttiva 2003/88, questa ha codificato la direttiva 93/104, e l'articolo 7 della direttiva 2003/88, riguardante il diritto alle ferie annuali retribuite, riproduce esattamente il testo dell'articolo 7 della direttiva 93/104».

¹⁴⁸ R. Krause, *Horizontal Effect of the EU Charter of Fundamental Rights*, cit., p. 1199, che qualifica tale distinzione come «artificiale», pur se comprensibile.

¹⁴⁹ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 85.

¹⁵⁰ Le Spiegazioni relative all'art. 27, però, diversamente da quelle relative all'art. 31 specificano che il diritto all'informazione e alla consultazione «si applica alle condizioni previste dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni nazionali».

¹⁵¹ F. Costamagna, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'unione europea*, Torino, 2022, p. 113 ss.

¹⁵² Su cui, fra gli altri, ampiamente D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali*, cit., in particolare p. 167 ss. Cfr. anche *supra*, nota n. 3.

lettura, l'effetto delle norme della Carta sarebbe, unicamente, di tipo oppositivo, poiché esse si limiterebbero a impedire l'applicazione della disciplina nazionale in contrasto col diritto garantito, senza contestualmente sostituirsi ad essa. È solo dopo che la disposizione della Carta ha «svuotato il campo» occupato dalla normativa statale confliggente che la direttiva potrebbe entrare in gioco, sostituendosi a quest'ultima. Non a caso sono la chiarezza e la precisione della direttiva ad essere oggetto di specifico esame da parte del Giudice dell'Unione europea. In pratica, «per quanto riguarda le disposizioni della Carta, [...] ciò che interessa è la loro capacità di conferire un diritto di azione al soggetto [...] così che questo possa avvalersi della tutela sostanziale offerta dalla direttiva in un ambito in cui, stante la natura privata della controversia dedotta in giudizio, l'atto di diritto derivato non potrebbe essere utilmente invocato»¹⁵³.

Questa ricostruzione, in effetti, convince: è senza dubbio questo il ragionamento formale adottato dalla Corte di giustizia nelle pronunce in oggetto. Quello che, però, a mio parere lascia perplessi è che la Corte, distinguendo a tale riguardo le norme della Carta soltanto in base al loro rinvio esplicito ad altre fonti per la specificazione del proprio contenuto, finisce per disconoscere, in alcuni casi e senza reali differenze di sostanza, qualsivoglia effetto aggiuntivo a un catalogo di diritti giuridicamente vincolante e dotato di rango di diritto primario. Alla luce di quanto affermato più sopra, sembra difficile, infatti, negare che comunque esista una sorta di «intreccio simbiotico» anche fra le disposizioni cosiddette incondizionate – come l'art. 21 e l'art. 31 – e le direttive in materia¹⁵⁴. Pertanto, il dubbio che la Corte stia, di fatto, usando sempre le direttive per integrare il parametro da cui scaturisce l'effetto diretto alla fine permane¹⁵⁵.

¹⁵³ F. Costamagna, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵⁴ Tale espressione si deve all'A.G. Y. Bot nelle Conclusioni del 4 giugno 2019, C-609/17 e C-610/17, *Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö (TSN) ry contro Hyvinvointialan liitto ry e Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AKT ry contro Satamaoperaattorit ry*, par. 109: «Tenuto conto dell'«intreccio simbiotico» tra il diritto fondamentale ad un periodo annuale di ferie retribuite sancito all'articolo 31, paragrafo 2, della Carta e il diritto derivato dell'Unione che viene a precisarne la portata, è logico che, nell'ambito delle cause nelle quali tale diritto è controverso, sia tale disposizione della Carta sia l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 vengano fatti valere e interpretati congiuntamente dalla Corte al fine di garantire il carattere effettivo del diritto ad un periodo minimo di ferie annuali di quattro settimane». Il concetto era stato già sviluppato dallo stesso A.G. Bot nelle Conclusioni del 29 maggio 2018, relative ai casi *Bauer e Broßon*, par. 86-91.

¹⁵⁵ Cfr. le considerazioni critiche al riguardo di F. Fontanelli, *You Can Teach a New Court Mangold Tricks – the Horizontal Effect of the Charter Right to Paid Annual Leave*, in *EU Law Analysis*, 18 novembre 2018 (ultimo accesso 20 giugno 2022).

Un'ulteriore conferma sembra fornita dallo stesso dispositivo della sent. *Bauer e Broßon*. Come si ricorderà, la decisione riunisce due cause relative al medesimo problema, ma caratterizzate l'una da un rapporto di tipo verticale fra le parti in giudizio (*Bauer*) e l'altra da un rapporto di tipo orizzontale (*Broßon*). Al termine delle sue argomentazioni, la Corte conclude: «Questo obbligo [di concedere il beneficio di un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite maturate e non godute dal lavoratore prima del suo decesso] grava sul giudice nazionale *sulla base dell'articolo 7 della direttiva 2003/88 e dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta se detta controversia intercorre tra un tale successore e un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica, e sulla base della seconda di queste disposizioni se la controversia ha luogo tra il successore e un datore di lavoro che ha la qualità di privato*»¹⁵⁶. Qual è il senso di introdurre questa distinzione di parametro a seconda del tipo di rapporto in giudizio? L'art. 31 non poteva bastare anche per il caso *Bauer* senza aggiungerci pure la direttiva?

Insomma, la netta impressione generale è che «*the cases on the horizontal effects of the fundamental right not to be discriminated against, as well as more recently the cases on annual paid leave, were decided on the substance with reference to the directives, while the legal effects were derived from the Charters*»¹⁵⁷ e che, quindi, anche la Carta – come i principi generali prima – costituisca, in fondo, nient'altro che uno degli strumenti per mitigare la mancanza di effetto diretto delle direttive.

4. Considerazioni conclusive. L'effetto diretto tra fonti e diritti, con la Corte ancora nel mezzo

Dopo aver ripercorso, sia pur unicamente sotto un'angolazione specifica, la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'effetto diretto, è necessario a questo punto tirare le fila delle osservazioni condotte sinora.

Nella precedente carrellata delle principali decisioni della Corte in materia si è cercato di mettere in luce come, sebbene la gloriosa giurisprudenza delle origini avesse giustificato l'effetto diretto di alcune norme del Trattato con la finalità di fare dell'individuo un vero e proprio «soggetto del diritto comunitario» – così esprimendo anche la volontà di imprimere una ben precisa direzione «costituzionale» al processo di

¹⁵⁶ Sent. *Bauer e Broßon*, cit., par. 92 (corsivo mio).

¹⁵⁷ E. Muir, *The Horizontal Effects of Charter Rights Given Expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer*, in *Review of European Administrative Law*, 2019, p. 211.

integrazione –, questa spinta sia andata perduta nelle successive decisioni che riconoscono, a certe condizioni, effetto diretto alle direttive, in cui esso è giustificato dalla mera esigenza di garantire l'effetto utile di queste e di punire gli Stati colpevoli della loro mancata, o errata, attuazione. Una tale svolta argomentativa, però, come si è visto, non è stata indolore sotto il profilo delle conseguenze prodotte. Innanzi tutto, essa è stata la premessa per l'elaborazione – da parte della Corte – della regola del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive, che costituisce l'esito, del tutto logico in sé, della configurazione dell'effetto diretto come semplice rimedio per sanzionare l'inadempimento statale: perché soggetti privati – per definizione incolpevoli – dovrebbero subire conseguenze negative da una colpa imputabile soltanto agli Stati? In secondo luogo essa è stata l'artefice di una progressiva perdita di coerenza della dottrina dell'effetto diretto nel suo complesso, poiché la Corte – pur formalmente tenendo ferma la «*no horizontal direct effect rule*» – ha cercato, nella sostanza, in tutti i modi di eluderla, producendo incongruenze e diseguaglianze di trattamento e rendendo il principio della certezza del diritto molto spesso un miraggio. Sia ben chiaro: la differenza che la Corte sottolinea ogni volta fra direttive e regolamenti (e direttive e Trattati) è ineccepibile dal punto di vista giuridico, oltre che rispondente alla forte opposizione degli Stati membri contro un'ulteriore espansione dell'effetto diretto¹⁵⁸. D'altro canto, è egualmente evidente che quello dell'inadempimento statale degli obblighi derivanti dalle direttive era – e in parte continua a essere – un problema divenuto sempre più serio che, se non affrontato a dovere, rischiava di compromettere obiettivi primari per cui la Comunità era stata creata, primo fra tutti, il completamento del mercato comune: per cui non desta meraviglia che la Corte si sia adoperata per porvi, in qualche modo, rimedio. Quello che però stupisce, e che a parer mio può costituire fonte di critiche, è che da allora l'individuo sparisce dalle argomentazioni della Corte: l'effetto diretto è giustificato *soltanto* dalla necessità di garantire l'effetto utile del diritto comunitario, quasi che effetto utile del diritto e soggettività giuridica dell'individuo siano due aspetti tra loro totalmente sconnessi o che l'individuo abbia perso rilevanza agli occhi della Corte – a fronte di più pressanti esigenze – nella costruzione e nell'inveramento dell'edificio comunitario. Nemmeno nelle sentenze che fanno parte del filone *Mangold* l'individuo ritorna, nonostante entri in gioco un principio generale, quello di non discriminazione per ragioni di età, e quindi, in sostanza, il diritto (fondamentale) di non essere discriminati per tale motivo.

¹⁵⁸ Cfr. le considerazioni di F. Costamagna, *op. cit.*, p. 24 ss.

Se si passa, poi, a considerare la giurisprudenza sull'effetto diretto di alcune norme della Carta, una sua lettura univoca non è così semplice. Da un lato, poiché sono i *diritti fondamentali* a costituire il contenuto della Carta, le giustificazioni poste dalla Corte a sostegno dell'effetto diretto di alcune delle sue prescrizioni virano lievemente: l'obiettivo di garantire l'effetto utile del diritto comunitario diventa quello di assicurare *piena efficacia alle norme sui diritti fondamentali*. Dall'altro, però, pur a fronte di un più elaborato ragionamento sul ruolo nel sistema dell'Unione europea dello specifico diritto in questione nel singolo caso (e questo vale più che altro per le sentenze sul diritto alle ferie), l'importanza dell'individuo non è fatta oggetto di considerazioni specifiche, ma emerge soltanto implicitamente e in modo alquanto indiretto. Inoltre, i passaggi argomentativi che la Corte sviluppa riprendono sostanzialmente la giurisprudenza *Mangold*, con l'unica differenza che è ben più nettamente solo alla disposizione della Carta che viene ricondotto effetto diretto.

L'impressione che se ne ricava è quasi che – come è avvenuto per le sentenze *Mangold & C.* – la Corte abbia il timore di esporsi, cercando di mascherare le novità introdotte sotto un'apparente conferma della giurisprudenza pregressa: poiché le direttive non possono avere effetto diretto orizzontale, solo le norme della Carta che siano incondizionate – cioè autosufficienti – possono possedere una tale efficacia. Di qui la distinzione fra norme che rinviando alle condizioni poste dalla legislazione per la protezione di un diritto – che sono prive di effetto diretto – e norme in cui tale rinvio è assente, che ne sono invece dotate: una distinzione, basata sul mero tenore testuale delle disposizioni in oggetto, a mio parere niente affatto eloquente, visto che si è cercato di dimostrare nel precedente paragrafo come, in qualche modo, tutte le norme della Carta abbiano bisogno, nella sostanza, di un completamento – o di un'elaborazione – che deriva da atti ulteriori quando si tratta di dar loro applicazione concreta¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Cfr. ad esempio le considerazioni di C. C. Murphy, *Using the EU Charter of Fundamental Rights against Private Parties after Association de Mediation Sociale*, in *European Human Rights Law Review*, 2014, p. 170 ss. Illuminanti al riguardo sono le parole di Cost, 8 luglio 2020, n. 182 con cui la Corte costituzionale italiana solleva alla Corte di giustizia rinvio pregiudiziale di interpretazione della direttiva 2003/109 in materia di prestazioni sociali, assistenza sociale e protezione sociale dei cittadini di Paesi terzi alla luce dell'art. 34 della Carta: essa, infatti, parla di «connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali evocati dalla Corte di cassazione e quelli riconosciuti dalla CDFUE, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici» (p.to 3.2. Considerato in diritto; corsivo mio). La stessa decisione di Corte giust., 2 settembre 2021, C-350/00, O.D., R.I.H.V., B.O., F.G., M.K.F.B., E.S., N.P., S.E.A., *contro Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, par. 47

A dire il vero, è normale che le norme di un catalogo dei diritti abbiano formulazioni un po' vaghe ed elastiche, ma ciò non dovrebbe valere a compromettere il loro carattere precettivo: l'esperienza costituzionale maturata a livello statale è illuminante al riguardo¹⁶⁰ e non si vede perché i suoi insegnamenti non possano essere trasposti al contesto della Carta dei diritti dell'Unione europea. Invece la Corte di giustizia preferisce trincerarsi dietro le argomentazioni consuete: poiché la condizione testuale per produrre effetti diretti, in ossequio al principio di certezza del diritto, è, per dirlo con una sola parola, l'autosufficienza della disposizione presa in esame, la Corte ha elaborato la finzione che tale carattere sia posseduto anche da alcune norme della Carta, trascurando il fatto che, invece, la loro autosufficienza è un mito che non trova veri riscontri nella realtà delle cose e, soprattutto, che in tal modo si producono esiti non coerenti con lo stesso principio della certezza del diritto che in via primaria si vuole salvaguardare.

Peraltro, l'attuale distinzione fra norme della Carta (incondizionate e autosufficienti), che possiedono effetto diretto anche orizzontale, e direttive che dispongono in dettaglio la regolamentazione del diritto, che sono prive di effetto diretto orizzontale, è irragionevole sotto un altro profilo, abbastanza importante. Come si è già avuto modo di mettere in luce, nella stragrande maggioranza dei casi l'individuo è incolpevole della violazione del diritto – che viceversa dipende da un atto legislativo statale (lesivo del diritto dell'Unione europea) che il privato sta rispettando – tanto quanto lo è della mancata o errata trasposizione di una direttiva europea. Pertanto, la Corte dovrebbe ben più diffusamente spiegare perché, ciononostante, dal

afferma: «Orbene, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando adottano misure rientranti nell'ambito di applicazione di una direttiva che concretizza un diritto fondamentale previsto dalla Carta, gli Stati membri devono agire nel rispetto di tale direttiva [...]. Ne consegue che occorre esaminare la questione sollevata alla luce della direttiva 2011/98.»

¹⁶⁰ Cfr. in argomento la storica sentenza Cost., 5 giugno 1956, n. 1 che ha confermato la piena natura precettiva delle c.d. norme «programmatiche» della Costituzione che taluni avevano considerato dotate di mero valore politico al fine di depotenziarne l'efficacia giuridica. Si vedano le diverse posizioni di Mortati (Atti dell'Assemblea Costituente, Vol. II, Seduta del 23 aprile 1946) e Calamandrei (Atti dell'Assemblea costituente, Vol. I, 4 marzo 1947, Seduta pomeridiana), V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, *passim*, in particolare p. 11 («una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo») e, fra più recenti contributi in materia, fra i tanti ad esempio M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1, 2013; G. Grasso, *La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2017.

rispetto delle norme «incondizionate» della Carta possano derivare degli obblighi, mentre da una direttiva (formalmente?) no.

Mi sembra che tutto ciò rappresenti un'ipotesi di attivismo giurisprudenziale mascherato dietro una sorta di minimalismo argomentativo¹⁶¹. È certamente vero che il processo di integrazione europea è sottoposto a minacce continue, e quelle di oggi non sono inferiori a quelle di ieri, quando l'Unione si dibatteva fra il fallimento del Trattato costituzionale e le esigenze dettate dal maxi-allargamento, a cui forse la Corte ha cercato di dare risposta abbassando i toni costituzionali del discorso, al contempo mantenendo – o anche ampliando – la forza di penetrazione del diritto europeo. Il faticoso compromesso raggiunto a Lisbona e le traversie subite dalla ratifica del relativo Trattato, la Brexit, la crisi della *rule of law* e, perché no, la pandemia da Covid-19 e da ultimo la guerra in Ucraina non sono che alcune delle sfide che l'Unione è chiamata ad affrontare e che senza dubbio mettono la Corte in una posizione difficile e ben giustificano anche oggi una certa cautela da parte di questa. Ma una tale cautela non può consistere nel ritrarsi dinanzi alla necessità di fornire argomentazioni complete che supportino le decisioni che si sono adottate. Anzi, è proprio nei momenti di crisi che le motivazioni assumono un'importanza cruciale, anche quelle dei giudici, specie se – come è avvenuto nella storia dell'Unione europea, ma il discorso ben può allargarsi ad altri contesti – vogliono (o sono costretti a) svolgere un ruolo di supplenza nei confronti del potere politico.

Per questa ragione, dovrebbe essere naturale che la Corte, quando ragiona di effetto diretto di disposizioni della Carta, ponga la persona – come chiede il Preambolo – «al centro» del suo argomentare, espliciti più chiaramente il senso e il valore costituzionale di un catalogo dei diritti nel sistema dell'Unione europea anche quale strumento per perseguirne al meglio gli obiettivi sociali sanciti nel Trattato¹⁶², e poi giustifichi in che ipotesi dalla necessità di rispettare i diritti debbano conseguire obblighi in capo ai privati e in che ipotesi no, attraverso ragioni che vadano al di là del puro e semplice dato del rinvio alle legislazioni e alle prassi effettuato da alcuni articoli avulso da ogni contesto.

Ad esempio, la Corte potrebbe utilizzare a tal fine la nota distinzione fra «principi» e «diritti» introdotta dagli artt. 51 e 52. I «principi», ai sensi di tali norme, richiedono non il «rispetto», ma la mera «osservanza» e «possono essere invocat[i] dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del

¹⁶¹ Su cui anche F. Costamagna, *op. cit.*, ad es. p. 148

¹⁶² Più ampiamente, ancora F. Costamagna, *op. cit.*, p. 177 ss.

controllo di legalità» degli atti che ne danno attuazione: la Carta, dunque, li configura come un *minus se* paragonati ai «diritti»¹⁶³ (e ai principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea) che ben potrebbe giustificare la loro inidoneità a far sorgere obblighi in capo ai privati. Però allora il Giudice di Lussemburgo dovrebbe elaborare criteri chiari per individuare che cosa caratterizzi i «principi» e che cosa li differenzi dalla categoria dei «diritti», dal momento che ancora sulla distinzione suddetta regna una grande incertezza¹⁶⁴. Sinora, però, questa opportunità non è stata sfruttata: solo nella sent. *Glatzel*¹⁶⁵ la Corte ha espressamente qualificato una norma come contenente un «principio» – l'art. 26 della Carta sull'inserimento delle persone con disabilità – ma senza una seria riflessione al riguardo, limitandosi ad affermare che «sebbene [l'art. 26] prescriva all'Unione di rispettare e riconoscere il diritto dei disabili di beneficiare di misure di inserimento, il *principio* così consacrato non implica che il legislatore dell'Unione sia tenuto ad adottare questa o quella misura particolare. Affinché produca pienamente effetti, l'articolo deve essere concretizzato da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale. Esso non può, quindi, conferire di per sé ai singoli un diritto soggettivo autonomamente azionabile»¹⁶⁶. Si noti, tuttavia, che la caratteristica dell'incapacità di conferire un diritto automaticamente azionabile è esattamente quella che la

¹⁶³ B. Nascimbene, *Carta dei diritti fondamentali, applicabilità e rapporti tra giudici: la necessità di una tutela integrata*, in *European Papers*, 2021, p. 88. Sul tema cfr. anche M. Condinanzi, *Diritti, principi e principi generali nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea*, in L. D'Andrea – G. Moschella – A. Ruggeri – A. Saitta (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Torino, 2016, p. 82; R. Palladino, *Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni (in materia sociale) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2019, p. 175 ss.; e, più recentemente, volendo, L. Violini, M.E. Gennusa, *Cosa è e cosa rimane della distinzione tra principi e diritti?*, in C. Amalfitano – M. D'Amico – S. Leone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, p. 67 ss.

¹⁶⁴ Su tale problema cfr. ad esempio E. Cavasino, *Diritti e principi nello spazio giuridico europeo dei diritti fondamentali: un aspetto dell'esperienza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, p. 561 ss.; T. Lock, *Rights and Principles in the EU Charter of Fundamental Rights*, in *Common Market Law Review*, 2019, p. 1208; C. Hilson, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 197 ss.; V. Laciakova – J. Michalickova, *Rights and Principles: Is There a Need to Distinguish Them in the Charter of Fundamental Rights of the European Union?*, in *Contemporary Readings in Law and Social Justice*, 2013, p. 235 ss.; S. Prechal, *Rights v. Principles or How to Remove Fundamental Rights from the Jurisdiction of the Courts*, in J.W. De Zwaan – F.A. Nelissen (eds.), *The European Union. An Ongoing Process of Integration. Liber Amicorum A.E. Kellermann*, Den Haag, 2004, p. 177 ss. .

¹⁶⁵ Corte giust., 22 maggio 2014, C-356/12, *Wolfgang Glatzel v. Freistaat Bayern*.

¹⁶⁶ Sent. *Glatzel*, cit., par. 78 (corsivo mio).

Corte ha riconosciuto anche all'art. 27: senza che ciò sia valso, nella sent. *AMS*, a farle catalogare quest'ultimo articolo come disposizione recante un «principio»¹⁶⁷.

Oppure la Corte potrebbe giustificare la più attenuata pervasività di una norma della Carta attraverso un ragionamento da cui emerga la minore importanza della prerogativa da essa sancita nel contesto dell'Unione europea. In fondo, sebbene la Carta si caratterizzi per l'originale principio di «indivisibilità» dei diritti¹⁶⁸, può essere che un'analisi circostanziata del sistema nel suo complesso, dei suoi obiettivi e della posizione che uno specifico diritto assume al suo interno induca a non considerare accettabile l'imposizione dell'obbligo di rispettarlo anche in capo ai privati.

O, ancora, fermo restando che l'opera di completamento delle disposizioni della Carta da parte di altre fonti, in particolare delle direttive, nei fatti si verifica sempre, un'altra strada percorribile dalla Corte potrebbe essere quella di ammettere semplicemente che l'effetto diretto si può produrre solo attraverso l'azione congiunta di Carta e direttive: un approccio che parte della dottrina aveva già letto nella sent. *Küçükdeveci*¹⁶⁹, ma che poi è stato smentito dalle successive pronunce. La direttiva darebbe sostanza al diritto garantito dalla Carta e quest'ultima fornirebbe una sorta di «copertura costituzionale» alla prima. Ovviamente andrebbero rispettate alcune condizioni: la direttiva dovrebbe essere finalizzata a garantire in modo specifico un diritto sancito dalla Carta e dovrebbe possedere chiarezza, precisione e tassatività nella disciplina approntata. In questo modo, il principio della certezza del diritto sarebbe certamente salvaguardato: il risultato sarebbe, infatti, quello di una regolamentazione complessiva che possiede tutti i criteri normalmente richiesti per produrre

¹⁶⁷ F. Dorssemont, *The Right to Information and Consultation in Article 27 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Less than a Right and Less than a Principle, just an Ordinary Provision Lacking Direct Effect?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, p. 718 ss., critica con forza il fatto che la Corte abbia evitato accuratamente di qualificare l'art. 27 come norma contenente un «principio». Secondo la sua opinione, se la Corte lo avesse fatto, «it would [...] have been obliged to recognize that the right to information and consultation was judicially cognizable», attivando un possibile controllo di legalità della legislazione interna in questione.

¹⁶⁸ Sulle sue possibili implicazioni, cfr. le considerazioni di C. Pinelli, *La Carta europea dei diritti e il processo di costituzionalizzazione del diritto europeo*, in A. Pizzorusso – R. Romboli – A. Ruggeri – A. Saitta, G. Silvestri (a cura di), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, p. 72 e R. Bifulco – M. Cartabia – A. Celotto, *Introduzione*, in *Ibid.* (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 16.

¹⁶⁹ Cfr. *supra*, par. 2.2; per riferimenti alla dottrina cfr., in particolare, note 66 e 67.

effetto diretto, con in più il vantaggio di evitare discriminazioni nella garanzia dello stesso diritto fra quanti si oppongono a un'autorità pubblica e quanti, invece, a un soggetto privato, senza nemmeno dover rinunciare, in via generale, alla «*no horizontal direct effect rule*» delle direttive poiché sarebbero solo quelle che danno specifica espressione a diritti garantiti dalla Carta a poterne integrare il parametro. È interessante notare, peraltro, che queste condizioni si ritrovano sia in relazione all'art. 21 sia in relazione all'art. 31. Sussisterebbero, però, anche per l'art. 27. Tutte e tre le direttive in questione infatti – la direttiva 2000/78 volta a combattere le discriminazioni, la direttiva 2003/88 sul diritto alle ferie e la direttiva 2002/14 sul diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione – riguardano lo specifico diritto oggetto della disposizione della Carta, sono state tutte espressamente dichiarate dalla Corte dotate di effetto diretto e, inoltre, mirano tutte a individuare regole applicabili anche nei rapporti orizzontali, fra soggetti privati.

Ad oggi, però, la Corte non dà segni di voler mutare radicalmente la sua consolidata giurisprudenza in materia. Anche l'ultima pronuncia sull'effetto diretto della Carta, la sent. *Braathens*¹⁷⁰, conferma sostanzialmente il solito approccio, sebbene il ruolo svolto dalla direttiva nella decisione risulti ancor più evidente. Il caso è assai interessante, pur riguardando il diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo le cui peculiarità sono già state messe in luce più sopra¹⁷¹: la compagnia aerea svedese Braathens sottopone un passeggero a controlli di sicurezza supplementari, ritenendolo di nazionalità araba. Grazie a un ricorso del Mediatore delle discriminazioni, la Braathens viene condannata al risarcimento del danno. Essa accetta di versare la somma richiesta a titolo di risarcimento per discriminazione, senza tuttavia riconoscere la sussistenza di questa. Ai sensi del diritto svedese, però, tale ottemperanza vale a chiudere definitivamente il processo: non sussistono, infatti, altri rimedi per costringere il condannato a indicare le ragioni per cui accetta di versare la somma, e quindi ad ammettere il proprio comportamento discriminatorio. Il giudice del rinvio chiede dunque alla Corte di giustizia di chiarire il significato della direttiva 2000/43 in materia di parità di trattamento indipendentemente dalla razza e dalle origini etniche – letta alla luce dell'art. 47 della Carta – là dove impone agli Stati l'obbligo di prevedere sanzioni effettive e dissuasive per punire le discriminazioni.

¹⁷⁰ Corte giust., 15 aprile 2021, C-30/19, *Diskrimineringsombudsmannen contro Braathens Regional Aviation AB*.

¹⁷¹ Cfr. *supra*, par. 3.1.

La Corte, dopo aver attentamente interpretato la direttiva e riconosciuto l'importanza anche del danno morale subito dal soggetto discriminato¹⁷², conclude: « Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata dichiarando *che gli articoli 7 e 15 della direttiva 2000/43, letti alla luce dell'articolo 47 della Carta, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che impedisce a un giudice investito di un ricorso per risarcimento fondato su un'asserita discriminazione vietata da tale direttiva di esaminare la domanda diretta a far constatare la sussistenza di tale discriminazione, qualora il convenuto accetti di versare il risarcimento richiesto senza tuttavia riconoscere la sussistenza di detta discriminazione. Il giudice nazionale, investito di una controversia tra privati, è tenuto a garantire, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza dell'articolo 47 della Carta disapplicando, all'occorrenza, qualsiasi disposizione contrastante della normativa nazionale*¹⁷³. In pratica, è *la direttiva*, letta alla luce dell'art. 47 della Carta, *che osta* alla disciplina nazionale. Però, ancora una volta, l'obbligo di disapplicazione viene poi fatto discendere dall'art. 47 soltanto: infatti, i menzionati articoli della direttiva «si limitano a concretizzare il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo, quale garantito dall'articolo 47 della Carta, che è sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale»¹⁷⁴.

Per ora nessun cambiamento rivoluzionario, dunque. E chissà se in futuro la Corte avrà occasione di tornare sui tanti nodi irrisolti e fornire soluzioni più consone¹⁷⁵. Certo: si deve osservare che la Corte di giustizia

¹⁷² Sull'importanza di questa pronuncia sotto questo profilo cfr. A. Wallerman Ghavanini, *Remedies for non-material damages: Striking out in a new direction? Braathens*, in *Common Market Law Review*, 2022, p. 151 ss.

¹⁷³ Sent. *Braathens*, cit., par. 59 (corsivo mio).

¹⁷⁴ Sent. *Braathens*, cit., par. 57.

¹⁷⁵ Invero, un'ottima occasione sarebbe stata rappresentata dalla causa 341/19, *MH Müller Handel*, in cui, in un caso di presunta discriminazione dovuta a una norma interna a un'impresa che vietava ai propri dipendenti di indossare simboli religiosi, il giudice del rinvio aveva sollevato – fra le altre – una questione pregiudiziale del seguente tenore: «Se, quando si esamina un'istruzione basata su una norma interna di un'impresa privata che vieta di indossare segni vistosi e ampi di convinzioni religiose, politiche e di altro carattere ideologico, le disposizioni nazionali di rango costituzionale che tutelano la libertà di religione debbano essere disapplicate a causa del diritto primario dell'Unione, anche se quest'ultimo, ad esempio l'articolo 16 della Carta, riconosce le leggi e le prassi nazionali». La Corte avrebbe potuto chiarire se anche l'art. 16, in virtù del suo rinvio alle legislazioni e

non è una corte costituzionale e nemmeno una corte dei diritti umani, ma resta pur sempre – per dirla con il suo ex presidente Vassilios Skouris – «*the Supreme Court of the European Union*»¹⁷⁶, cosicché anche le sue argomentazioni a sostegno dell'effetto diretto non possono che riflettere lo stato di precarietà – quasi di sospensione – che ormai da tempo caratterizza il processo di integrazione europea. Analogamente, è necessario ribadire – come anticipato nell'introduzione – che la dottrina dell'effetto diretto si è sviluppata attraverso un percorso che è stato profondamente condizionato dalle caratteristiche del sistema delle fonti e, soprattutto, dalla particolare connotazione che i Trattati assegnano alle direttive, che sono atti di diritto derivato – e quindi non in grado di porre le basi dell'organizzazione europea – profondamente diversi dai regolamenti. Il problema, però, è che finché la Corte non si impegna a trovare una linea argomentativa che, individuato con chiarezza l'obiettivo dell'effetto diretto, riesca a coniugarlo con le specificità del sistema delle fonti, la «sua» dottrina non può produrre una grande coerenza negli esiti. Questa possibilità, però, al momento appare piuttosto lontana: come a dire che se, come sembra, l'effetto diretto si

alle prassi, possiede la stessa (in)efficacia dell'art. 27, nonostante la sua giurisprudenza precedente sia parsa attribuirgli un ruolo decisamente maggiore (cfr. ad esempio Corte giust., 18 luglio 2013, C-426/11, *Mark Alemo-Herron e altri contro Parkwood Leisure Ltd*) o, magari, intervenire sulla distinzione fra «principi» e «diritti». La causa è stata però riunita alla causa C-804/18 in Corte giust., 15 luglio 2021, C-804/18 e C-341/19, *IX contro WABE e V* (C-804/18), e *MH Müller Handels GmbH contro MJ* (C-341/19), e la Corte ha deciso, alla luce delle risposte date alle altre questioni pregiudiziali, che non fosse necessario rispondere anche a quella indicata. Al momento, una recente decisione in materia di effetto diretto – ma non relativa alla Carta dei diritti – conferma la regola del divieto di effetto diretto orizzontale delle direttive che non possono essere invocate «in quanto tali» in una controversia fra soggetti privati. Tuttavia, in essa la Corte afferma: «Ne consegue che un giudice nazionale non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una disposizione del suo diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione, qualora quest'ultima disposizione sia priva di efficacia [...], ferma restando tuttavia la possibilità, per tale giudice, nonché per qualsiasi autorità amministrativa nazionale competente, di disapplicare, sulla base del diritto interno, qualsiasi disposizione del diritto nazionale contraria a una disposizione del diritto dell'Unione priva di tale efficacia». Si tratta di Corte giust., 18 gennaio 2022, C-261/20, *Thelen Technopark Berlin GmbH contro MN*, par. 33 (corsivo mio). Cfr. al riguardo l'editoriale *Convulsive Direct Effect?*, in *European Papers*, 2022, p. 409 ss. e J. Lindeboom, *Thelen Technopark and the Legal Effects of the Services Directive in Purely Internal and Horizontal Disputes*, in *European Papers*, 2022, p. 305 ss. Sulle possibili differenze fra la formulazione dell'art. 16 e dell'art. 27 della Carta, cfr. F. Costamagna, *op. cit.*, p. 189 ss. e p. 222.

¹⁷⁶ L. F.M. Besselink, *The ECJ as the European «Supreme Court»: Setting Aside Citizens' Rights for EU Law Supremacy*, in *Verfassungsblog*, 18 agosto 2018 (ultimo accesso 20 agosto 2022)

Maria Elena Gennusa

Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta

colloca al crocevia tra i diritti indirizzati ai singoli e il tipo di fonti che li sancisce, la Corte, purtroppo, si trova ancora in mezzo all'incrocio.

ABSTRACT: What is the CJEU's policy rationale for recognising the direct effect of certain provisions of European Union law? The analysis conducted in this study highlights that, while the initial decisions on this subject had revealed the CJEU's aim of enhancing the role of individuals as «subjects of rights» in the just established European Communities, the predominant objective stated by the CJEU in the following judgments has become to ensure the useful effect of Community law. However, this twist in the CJEU's arguments corresponded to a gradual loss of coherence in the doctrine of direct effect as a whole. The purpose of this work is to assess whether the more recent judgments recognising the direct effect of certain provisions of the Charter of Fundamental Rights have succeeded in regaining the original intent characterising the first phase of the CJEU's case law and, in doing so, remedying inconsistencies and contradictions in the doctrine of direct effect.

KEYWORDS: doctrine of direct effect – Court of Justice of the European Union – useful effect – principle of non-discrimination – right to paid leave.

Maria Elena Gennusa – Professoressa associata di diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia (mariaelena.gennusa@unipv.it)

Il momento costituente cileno, tra *majority illusion* e Realpolitik: come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

Giuseppe Naglieri

SOMMARIO: 1. Dalla *democracia por otros medios* al *Plebiscito de salida*: storia di una *majority illusion*. - 2. Partecipazione popolare e *Constitution-making*: l'eredità della *Convención* per il costituzionalismo moderno. - 3. Prospettiva interculturale, plurinazionalità e paradigma ecologico: vecchio e nuovo del *nuevo constitucionalismo* latino. - 4. «Borrar todo tu legado será nuestro legado». Dal *ladrillo* al *Caring State*. - 5. Dai *cerrojos constitucionales* alle *bases constitucionales*? Il nuovo processo costituente tra realismo politico e deriva tecnocratica.

1. Dalla *democracia por otros medios* al *Plebiscito de salida*: storia di una *majority illusion*

Lo scorso 4 settembre, il *plebiscito de salida* nel quale si è nettamente imposta l'opzione *rechazo*, ha chiuso l'esperienza costituente che per tre anni ha visto la società cilena impegnata in una profonda riflessione sui modelli culturali, politici ed economici da porre a fondamento di una nuova visione dello Stato. La vicenda ha suscitato una innegabile fascinazione nella dottrina costituzionalistica, tanto in ragione delle peculiari condizioni del Cile – laboratorio di uno dei più ostinati processi di riforma in senso neoliberale del sistema economico¹, ordinamento retto da una Costituzione

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Secondo la celebre definizione del sociologo Tomás Moulian, in Cile si verifica, con il colpo di stato del 1973, una *revolución capitalista*, che «a) constituyó una contrarrevolución, b) fue realizada por la «mediación» de los militares y c) no asumió la modalidad de una revolución burguesa». Tale controrivoluzione capitalista, che fu culturale ancor prima che socio-economica, muove dalla creazione di un dispositivo culturale, finalizzato ad affermare le leggi del mercato – unica forma efficiente di riparto delle risorse – sull'intervento statale nell'economia. La fase iniziale della dittatura è tesa a dare dimostrazione empirica delle tesi neoliberali attraverso le variabili monetarie. Si abbassarono così i salari reali, si intensificò la riduzione della spesa pubblica, in particolare le sovvenzioni alle imprese pubbliche e i sistemi di prestito ipotecario per l'acquisto della casa, al fine di comprimere la domanda e alleviare l'inflazione che il Cile subiva sin dai primi anni 70. A tale piano, si accostava una

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

prodotto della dittatura *pinochetista*, esecutrice di un disegno che ha finito col privare la società cilena di spazi di discussione politica e di strumenti di partecipazione ai processi democratici, ha sbarrato la strada a visioni politiche ed economiche alternative², prodotto ed acuito diseguaglianze, favorito la costituzione e la perpetuazione di *elites* economiche e politiche³ – quanto della connotazione popolare, partecipativa ed egualitaria del processo di revisione costituzionale, nonché dell’approccio intersezionale adottato dalla *Convención* nell’affrontare la molteplicità di questioni sociali sorte nel dibattito.

Fin dal principio, si diceva, le vicende del processo costituente hanno attirato l’attenzione della dottrina italiana ed europea⁴, per l’innovativo

politica economica di lungo periodo, tesa ad accelerare la privatizzazione dell’economia, strutturare un settore finanziario moderno, ad aprire al commercio internazionale mediante una drastica diminuzione dei dazi, e ad aprire all’inversione straniera. Tale piano, che passerà alla storia come *ladrillo*, segna, a partire dal 1975, l’egemonia dei postulati della scuola di Chicago, quale scienza economica ufficiale. Cfr. T. Moulian, *Chile Actual. Anatomía de un mito*, Santiago, 1996.

² Come si vedrà più avanti, i cd. *cerrojos constitucionales* da un lato, e l’attitudine della classe politica cilena alla fine della dittatura, segnata e profondamente trasformata da diciassette anni di egemonia neoliberale, hanno finito per perpetrare quel modello economico e politico, che ha favorito l’acuirsi di diseguaglianze e impedito una autentica partecipazione al processo democratico.

³ Il Cile è oggi l’unico Paese di quelli dell’America Latina che hanno vissuto regimi autoritari che ha mantenuto una istituzionalità dittatoriale. La Costituzione del 1980, nonostante le numerosissime revisioni apportate nel tempo, resta in vita assieme alle sue enclave autoritarie mai rimosse nel periodo dei governi della *Concertación* per via degli ampi *quorum* necessari a modificarla, che comportano il veto delle forze politiche eredi della dittatura, nonché per via della condivisione delle forze della *Concertación* del progetto neoliberale, circostanza che ha mantenuto quel modello di *estado subsidiario* che rifugge la responsabilità sociale in favore della preminenza del settore privato, protetta dalla Costituzione. Cfr. F. Atria, *La Constitución Tramposa*, Santiago, 2013; M. A. Garretón, *La crisis de la sociedad chilena, nueva Constitución y proceso constituyente*, in *Revista Anales*, 2019, n. 7, p. 77 ss.;

⁴ Tra i numerosi scritti, si veda: A. Mastromarino, *Quando la Costituzione si fa memoria. Perché le piazze cilene chiedono una nuova Costituzione?*, in *DPCE Online*, 2021 (www.dpceonline.it), n. 1; V. Piergigli, *Dagli “stati di eccezione” al processo costituente. Una ricostruzione della recente esperienza cilena*, in *DPCE Online*, 2021, n. 1 (www.dpceonline.it); T. Groppi, *Chile: Una Constitución para el Siglo XXI*, in *DPCE Online*, 2021, n. 1 (www.dpceonline.it); T. Groppi, *Il processo costituente cileno, un anno dopo: verso il “plebiscito de salida”*, in *DPCE Online*, 2022, n. 2 (www.dpceonline.it); T. Groppi, *Il Cile da un plebiscito all’altro. Il rechazo del nuovo testo costituzionale nel referendum del 4 settembre 2022 visto dall’Italia*, in *Federalismi*, 2022, n. 23 (www.federalismi.it); E. Buono, *“Chile, la alegría ya viene?”: la Ley de*

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

approccio alla partecipazione popolare e dei popoli indigeni, per l'attenzione alla crisi climatica e alla protezione dell'ecosistema, per la tensione alla tutela e all'inclusione delle categorie storicamente vulnerabili, ed il radicale tentativo di ribaltamento del modello economico neoliberale in favore del modello del *Caring State*⁵.

Tale fascinazione, pienamente giustificabile rispetto a un processo che è apparso fin dal principio come un momento di rifondazione della società di tipo *bottom-up* e dunque degno di particolare attenzione per via della sua intrinseca democraticità, si è duramente scontrata con gli esiti del *plebiscito de saluda*.

Il massiccio rigetto della proposta di nuova Costituzione da parte della società cilena, prova, come è stato sostenuto, che lungi dal rappresentare un momento di astratta riflessione modellistica sui contenuti ideali di una Costituzione alla luce del contesto storico, economico, culturale e sociale di un Paese, un processo costituente è un fatto politico⁶, e come ogni fatto politico non può che porre al centro il dibattito, la negoziazione e la ricerca del più ampio consenso in tutto l'arco parlamentare, al fine di approvare un testo con una forte legittimazione, che raccolga il più ampio consenso nella società.

Certo, la mobilitazione di massa dei giovani cileni nell'ottobre del 2019 dietro l'adagio «*no son treinta pesos, son treinta años*», che dava avvio alla massiccia ondata di proteste passata alle cronache come *estallido social*⁷, può

escaños reservados para pueblos originarios e la composizione "plurinazionale" della Convenzione costituente cilena, in *DPCE Online*, 2021, n. 1 (www.dpceonline.it); S. Ragone - J. I. Nuñez Leiva, *Algunas coordenadas esenciales sobre la Convención Constitucional*, in *DPCE Online*, 2021, n. 1 (www.dpceonline.it); G. Guerra, *La Convenzione Costituzionale cilena e la lucha por el reglamento*, in *DPCE Online*, 2021, n. 1 (www.dpceonline.it); M. Olivetti, *Il plebiscito del 25 ottobre 2020, prima tappa del processo costituente cileno*, in *DPCE Online*, 2021, n. 1 (www.dpceonline.it); S. Verdugo, *Chile's new constitutional experiment*, in *Quaderni Costituzionali*, 2020, n. 4.

⁵ Così S. Bagni, "Era un gioco, non era un fuoco". Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022, in *DPCE Online*, 2022, n. 4 (www.dpceonline.it), p. 8.

⁶ *Ibidem*, p. 13.

⁷ Come ampiamente noto, a partire dal 18 ottobre 2019, in Cile hanno preso avvio una serie di proteste sociali massive generate primariamente dal malcontento per l'aumento del costo del biglietto per la metropolitana di Santiago e poi proseguite per il malcontento generale della popolazione verso un sistema economico e una classe politica ereditati dalla dittatura civico-militare e mantenuti in vita nei successivi trent'anni di democrazia. La dicitura *estallido social*, coniata inizialmente dai mezzi di comunicazione è successivamente divenuta celebre. Secondo M. Garcés, *Octubre de 2019: el estallido social en el Chile neoliberal*, in

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

compendiare perfettamente il sentire di gran parte della società cilena di fronte al sistema economico neoliberale consacrato nella Costituzione del 1980, al sistema politico-istituzionale elitario da questa disegnato cui si addebita la costante limitazione dei movimenti sociali dal basso, delle istanze progressiste provenienti dal corpo sociale, e, più in generale, la resistenza al superamento dei dogmi dell'ortodossia liberale che frenano l'abbattimento delle diseguaglianze, lo sviluppo dei pilastri dello stato sociale, la coesione sociale, la partecipazione effettiva alla vita politica e frenano la stessa concezione della cittadinanza come veicolo di eguaglianza politica⁸, in

EPES, 2019 «*un estallido social es un acto multifacético de alteración del orden preestablecido que congrega a diversos actores, con sus propias dinámicas, que se sabe de antemano que tiene principio y fin, y que en muchos casos representa una "oportunidad" para hacer justicia por vía práctica*». Preme segnalare che, oltre a rappresentare un momento di protesta (anche violenta) contro il sistema di potere esistente, l'*estallido social* ha rappresentato un momento di riflessione collettiva sulla società cilena attuale e sul suo futuro. Come segnalano infatti T. M. Spyer Dulci - V. Avarado Sadivia, *El estallido social en Chile: Rumbo a un Nuevo Constitucionalismo?*, in *Florianópolis*, 2021, n. 1, p. 49, migliaia di persone hanno formato *cabildos* autoconvocati fuori e dentro il paese, dibattendo e deliberando su questioni come il genere, l'ambiente, il patrimonio o la sovranità alimentare «*en aras de generar una nueva conciencia ciudadana y de sintetizar los puntos sustanciales que deberían ser recogidos en una nueva constitución*». L'*estallido social* ha dunque rappresentato un momento centrale di unificazione di movimenti sociali e politici stratificati al fine di chiedere una nuova Costituzione mediante una Asamblea costituente. Si confrontino, a riguardo, i dati della *Mesa de Unidad Social*, un collettivo di più di 100 organizzazioni che ha raccolto più di 450 resoconti dei *cabildos* che pongono in rilievo le questioni divenute centrali nel dibattito costituente come la protezione dell'ambiente, la nazionalizzazione delle risorse naturali, l'eguaglianza di genere e la prospettiva femminista, la democrazia partecipativa e vincolante.

⁸ Riguardo alla natura elitaria del sistema politico e alla grande distanza tra cittadinanza e partiti, è stato sostenuto che «*historicamente la clase dirigente chilena se ufaná de haber construido un país estable y en orden. Sin embargo su relación con la democracia fue tensa, alejándose de sus concepciones muy tempranamente*». Cfr. V. Valdivia, *Estabilidad y Constitucionalismo: las sombras de la excepcionalidad chilena. En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Santiago, 2010, p. 140. È stato segnalato altresì da C. Heiss, *Porqué necesitamos una nueva Constitución*, Santiago, 2020, p. 49, che a fronte dei numerosi studi che rilevavano come le acute diseguaglianze, l'assenza di meccanismi integrali di protezione sociale e l'assenza di canali democratici di trasmissione delle istanze della cittadinanza rischiavano di far cedere la struttura istituzionale del Paese, i partiti politici, scarsamente radicati socialmente, non hanno mostrato la capacità di affrontare il conflitto, alimentando la crisi della rappresentanza, e acuendo così la distanza tra le élite e la cittadinanza. Con riguardo alla crisi della politica in Cile e all'avvento dei movimenti sociali dal basso, si vedano a M. A. Garretón (coord.), *La gran ruptura, Institucionalidad política y actores sociales en el Chile del siglo XXI*, Santiago, 2016; C. Ruiz, *De nuevo la sociedad*, Santiago, 2016; J.P. Luna, *Chile's Crisis of Representation*, in *Journal of Democracy*, 2016, n. 3; J.P. Luna - D. Altman, *Uprooted but Stable:*

Giuseppe Naglieri

Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik: come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare

favore di quella che il politologo cileno Gómez Leyton ha chiamato *ciudadanía neoliberal*⁹, depoliticizzata e carente di formazione civica.

Né può negarsi come il profondo radicamento nella popolazione della convinzione per cui il modello politico, economico e culturale disegnato dalla costituzione vigente, e reso insuscettibile di modificazioni sostanziali attraverso i cdd. *cerrojos constitucionales*¹⁰, impedisca avanzamenti collettivi e restringa notevolmente lo spazio di intervento della politica, contribuisca da tempo al sorgere di movimenti che dalla società – e al di fuori del sistema partitico – sfidano il potere politico attraverso il tumulto per giungere a un momento costituente, di riflessione autentica sulla cosmovisione della società cilena attuale, sulle finalità, sulla distribuzione e sulle modalità di esercizio del potere statale.

Il movimento di protesta del 2019 e le conseguenti rivendicazioni avanzate durante il processo costituente hanno una origine ben più risalente, che rimonta al periodo del ritorno alla democrazia, all'esplosione della crisi dei partiti tradizionali e al conseguente sorgere dei movimenti sociali quale modello alternativo di politica dal basso tesa all'affermazione di un modello di società alternativa a quello prodotto dalla costituzione. La *revolución pengüina* del 2006, che propugnava l'abrogazione del modello educativo

Chilean Parties and the Concept of Party System Institutionalization, in *Latin American Politics and Society*, 2011, n. 2.

⁹ Cfr. J.C. Gómez Leyton, *Política, democracia y ciudadanía en una sociedad neoliberal (Chile: 1990-2010)*, Santiago, 2010. «Así como el neoliberalismo a nivel económico buscaba transformar el régimen de acumulación capitalista basado en la industrialización sustitutiva de importaciones por la lógica de acumulación mercantil financiera; a nivel político y social, su objetivo era terminar con una ciudadanía marshalliana, o sea, desnudar a la ciudadanía de su ropaje de derechos sociales y económicos como también políticos y, en cierta forma, dejarla vestida con tan solo algunos elementales derechos cívicos. [...] la ciudadanía en Chile, producto de la acción del capitalismo autoritario, había sufrido transformaciones radicales. Nos atreveríamos a sostener que en Chile no existía ciudadanía política, al momento de iniciar los gobiernos democráticos. Existía una ciudadanía movilizadora, amplia, plural, en algunos aspectos, democrática; pero esencialmente despolitizada, carente de una formación cívica. La dictadura militar la había despojado de sus derechos cívicos y políticos, pero también de los económicos y sociales. El problema sustantivo de las democratizaciones recientes es que no hubo interés por parte de las nuevas autoridades democráticas en reconstruir al ciudadano democrático latinoamericano. Se dio por hecho que este existía. Pero en realidad, América Latina estaba poblada por "ciudadanos imaginarios", "ciudadanos clandestinos", que venían de antaño y que se unían a los nuevos ciudadanos privatizados o, como los denominó T. Moulian, ciudadanos credicard. Y, sobre todo ciudadanos despolitizados».

¹⁰ Si tratta dell'appellativo divenuto comune che identifica le alte maggioranze poste a protezione degli elementi fondativi della Costituzione del 1980, riguardo ai quali F. Atria, *op. cit.*, afferma «la protección consistía en un cúmulo de cerrojos que inmunizaban lo que para el proyecto político de la dictadura era importante: hacer imposible que dicho proyecto fuera afectado por decisiones políticas democráticas».

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

inverato con la *Ley Organica Constitucional de Enseñanza*, le successive mobilitazioni universitarie nel 2011 note come *primavera chilena*¹¹, i movimenti per i diritti dei popoli indigeni, per la diversità sessuale, la tutela dell'ambiente o quelli contrari alle politiche delle società finanziarie amministratrici dei fondi pensione (*no más Afp*), costituiscono l'avamposto di quella *democracia por otros medios* che si afferma per rispondere alla necessità di cambiamento, non intercettata dalla politica istituzionale, e proveniente da tutti i settori della società cilena. Tale cambiamento, per la più gran parte dei cittadini, passava necessariamente per una nuova Costituzione.

E tuttavia, nonostante tale risalente, multiforme e plurale mobilitazione sociale abbia infine conseguito, con l'avvio del processo costituente, quel momento di rifondazione dei principi del vivere sociale che da anni richiedeva, l'esito del *plebiscito de salida* restituisce un quadro differente, di profondo scollamento tra il disegno del costituente, i lavori della *Convención* e le aspettative del corpo elettorale, sul quale occorre spendere alcune riflessioni.

Il primo elemento da considerare è il contegno della maggioranza nella Convenzione¹²: i partiti della sinistra e le liste indipendenti di area, che

¹¹ Secondo E. Cañas, *El movimiento estudiantil en Chile 2011: causas y características*, in *Revista de Historia y Geografía*, 2016, n. 34, p. 122-123, il movimento studentesco ha una certa rilevanza per la sua funzione unificatrice di istanze diverse, giacché, a partire dal 2011, adotta un carattere intensivo ed estensivo, spostando la sua protesta verso settori ulteriori rispetto all'istruzione e rivendicando l'impatto della Costituzione pinochetista sulla struttura politica, sociale ed economica del Paese.

¹² Al solo fine di offrire una rapida sintesi delle vicende che hanno condotto all'insediamento della Convenzione, e rinviando agli scritti succitati, si rammenta che le proteste di massa della fase dell'*estallido social* iniziate nell'ottobre del 2019, inizialmente condannate e contrastate con un uso massivo della forza da parte dell'esecutivo guidato da Sebastian Piñera (a riguardo si veda T. M. Spyer Dulci - V. Avarado Sadivia, *op. cit.*, p. 46) hanno successivamente condotto all'accordo tra le forze della coalizione di destra *Chile Vamos* e l'allora opposizione di centro-sinistra *Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución* e alla successiva riforma costituzionale necessaria a introdurre il procedimento di revisione totale della Costituzione nel testo del 1980. L'accordo e la riforma prevedevano la celebrazione di un *plebiscito de entrada* con voto facoltativo finalizzato a deliberare se redigere una nuova Costituzione e, nel caso di voto affermativo, se a redigerla dovesse essere una *Convención Mixta Constitucional*, composta in parti uguali da parlamentari e da soggetti eletti appositamente, ovvero una *Convención Constitucional*, composta integralmente da membri eletti a tal fine. Il plebiscito, rinviato per l'acuirsi delle conseguenze della crisi pandemica, e tenutosi il 25 ottobre del 2022, e che ha visto la partecipazione di poco più di 7 milioni e 500 mila elettori (il 50.95 per cento del corpo elettorale), si è concluso con il trionfo dell'opzione *Apruebo*, con il 78.28 per cento dei voti validi espressi e, con la medesima percentuale, per

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

raggiungevano assieme i due terzi dei voti – *quorum* deliberativo delle norme costituzionali fissato nella legge di revisione costituzionale – hanno operato nella convinzione che la loro posizione dominante nell'organo li abilitasse a disegnare una proposta massimalista, senza tendere al raggiungimento di proposte di consenso e aprirsi al blocco conservatore¹³. Tale attitudine non può che derivare dalla presenza preponderante di *convencionales* indipendenti presenti tanto nelle liste dei partiti della sinistra parlamentare, quanto nelle liste indipendenti, risultate di gran lunga vincitrici nelle elezioni, se si considerano i 26 seggi ottenuti dalla *Lista del Pueblo*, i 25 ottenuti dalla *Lista del apruebo* e gli 11 dagli *Independientes por una nueva Constitución*.

Tale prevalenza di eletti indipendenti di area centro-sinistra è alla base della comprensione delle dinamiche interne alla *Convención* e degli esiti referendari: la natura facoltativa del voto per la Convenzione¹⁴ ha

l'opzione dell'istituzione di una *Convención Constitucional*. L'elezione della Convenzione, regolata in parte già nella legge di riforma costituzionale del dicembre 2019, prevedeva l'elezione di 155 *Convencionales* con il medesimo sistema e i medesimi distretti dell'elezione della Camera dei Deputati e delle Deputate. Successivamente, due leggi sono intervenute nel sistema di elezione della *Convención*.

La prima legge di riforma costituzionale, la n. 21.216 del marzo 2020 ha stabilito che il sistema elettorale per la Convenzione fosse orientato a conseguire una rappresentanza paritaria di uomini e donne, prevedendo così che nei distretti che ripartissero un numero pari di seggi dovessero risultare eletti in eguale numero uomini e donne, a tal fine prevedendo criteri correttivi e sussidiari. La stessa legge è nota per avere consentito la presentazione di candidature e di liste indipendenti dai partiti registrati dal Servizio elettorale (SERVEL), per le quali era sufficiente la raccolta, anche digitalmente, tramite la piattaforma del SERVEL, rispettivamente, di 300 e 500 firme. La seconda legge di revisione costituzionale – rispetto alla quale fin d'ora si rinvia alla acuta trattazione di E. Buono, *op. cit.* –, la n. 21.298, ha riservato 17 dei 155 seggi della Convenzione ai popoli indigeni riconosciuti dalla *Corporación Nacional de Desarrollo Indígena* (Conadi), ripartiti in 7 per i *Mapuche*, 2 per gli *Aymara*, 1 per i *Rapa Nui*, 1 per i *Quechua*, 1 per i *Lican Antay* o *Atacameño*, 1 per i *Diaguaita*, 1 per i *Colla*, 1 per i *Kawashkar*, 1 per i *Yagán* o *Yámana*, 1 per i *Chango*. Le elezioni della Convenzione, celebrate il 15 e 16 maggio del 2021, hanno visto una affermazione delle liste indipendenti provenienti dalle realtà dell'attivismo cileno, maggioritariamente di sinistra (la *Lista del Pueblo* aveva ottenuto 26 seggi, la *Lista del Apruebo* 25, gli *Independientes por una nueva Constitución* altri 11) circostanza che, assieme ai seggi riservati per i popoli indigeni e ai 28 seggi della coalizione di partiti di sinistra *Apruebo Dignidad*, ha garantito una maggioranza assai prossima ai 2/3 all'area di centro-sinistra, a fronte di un evidente sottodimensionamento della destra nell'organo, con solo 37 seggi.

¹³ Del medesimo avviso S. Bagni, “*Era un gioco, non era un fuoco*”, cit., p. 14.

¹⁴ La Legge di riforma costituzionale che ha avviato il processo costituente prevedeva infatti che al *Plebiscito Nacional* sull'avvio del processo costituente si sarebbero applicate le norme vigenti (e dunque il voto volontario, introdotto nel 2009 con una riforma

Giuseppe Naglieri

Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik: come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare

chiaramente favorito una sovra-rappresentazione dei candidati provenienti dall'attivismo associativo, soprattutto nei distretti dove si è registrata una bassa partecipazione¹⁵, contribuendo così ad una distorsione nella composizione dell'organo rispetto alla realtà elettorale nazionale. Tale circostanza è stata con tutta evidenza sottovalutata dalla maggioranza indipendente e di centro-sinistra della *Convención* nel corso dei lavori, caduta in un'autentica *majority illusion* provocata degli esiti del *plebiscito de entrada* e delle elezioni della Convenzione.

Una plastica dimostrazione di tale illusione può aversi rileggendo il discorso del 4 luglio 2021 della neo-eletta presidente della *Convención* Elisa Loncón Antileo, di origine mapuche, che dettava, prim'ancora dell'avvio dei lavori e dei dibattiti, la visione che avrebbe ispirato i lavori costituenti, con l'idea di «*transformar[a] a Chile en un Chile plurinacional, en un Chile intercultural, en un Chile que no atente contra los derechos de las mujeres, los derechos de las cuidadoras, en un Chile que cuide a la Madre Tierra, en un Chile que limpie las aguas, en un Chile libre de toda dominación*».

In tal senso si sono orientati i dibattiti e le deliberazioni in seno alla Convenzione, se è vero che ad onta del fermo rigetto da parte del blocco conservatore sulle questioni più ideologicamente connotate, la maggioranza progressista, contando sui 2/3 dei voti, ha egualmente plasmato un testo che ha fatto della questione plurinazionale e dei diritti dei popoli indigeni, dell'approccio interculturale, delle azioni positive per l'eguaglianza tra i sessi, del riconoscimento e della tutela delle identità minoritarie e delle categorie socialmente ed economicamente più vulnerabili gli elementi centrali.

Su queste e altre questioni (come le norme che configuravano uno stato sociale di diritto, quelle sulla salute riproduttiva e sessuale, sul diritto dei

costituzionale e posto effettivamente in essere nel 2012 con l'introduzione di un sistema automatico di iscrizione nelle liste elettorali, dopo cinquant'anni di vigenza del sistema di voto obbligatorio, introdotto nel 1958) e che invece il *Plebiscito de salida* avrebbe avuto carattere obbligatorio. Constatata l'alta partecipazione nel plebiscito del 4 settembre, il Parlamento ha reintrodotto, lo scorso dicembre, il sistema di voto obbligatorio in tutte le elezioni e plebisciti, con la legge 21.524. Si veda, a riguardo, F. Soto, *Reflexiones sobre el voto obligatorio*, in *Revista de Derecho Público*, Special Issue, 2018, p. 339 e ss.; M. Morales Quiroga, G. Contreras, *¿Por qué se aprobó el voto voluntario en Chile? Razones y argumentos que impulsaron la reforma*, in *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, n. 2/2017, p. 105 e ss.; B. Mackenna, *Composición del electorado en elecciones con voto obligatorio y voluntario: un estudio cuasi experimental de la participación electoral en Chile*, in *Revista Latinoamericana de Opinión Pública*, n. 5/2015, p. 49 e ss.

¹⁵ Cfr. G.G. Pino, *Decálogo de razones de una gran derrota*, in CIPER, 9 settembre, 2022 (www.ciperchile.cl).

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

lavoratori a partecipare alla gestione delle imprese, sulle azioni positive a tutela delle categorie storicamente escluse) il blocco di destra ha votato all'unanimità in senso contrario, mentre su altre disposizioni della proposta si è rilevata una qualche condivisione dimostrata dal voto favorevole di alcune forze conservatrici. Non a caso, uno studio di Claudio Fuentes dell'aprile 2022, quando erano state approvate 219 proposte, aveva segnalato come solo nel 19 per cento delle votazioni la destra si fosse integralmente astenuta o avesse votato contro, mentre nel 35 per cento dei casi avesse appoggiato le proposte con un numero di voti da 19 a 37¹⁶. Con tale studio, l'autore intendeva smentire l'idea di una scarsa partecipazione della destra nei lavori della *Convención* e di una assenza di negoziazione e consenso nelle proposte approvate, che sempre più si radicava nell'opinione pubblica. E tuttavia, non può non considerarsi l'origine delle proposte giunte in approvazione nelle commissioni o nel *Pleno*, pressoché esclusivamente provenienti dai gruppi della sinistra extra-parlamentare e dagli indipendenti di area, con le proposte dei gruppi della ex *Concertación* ammesse in appena il 5 per cento dei casi, e quelle provenienti dalla destra sistematicamente rigettate¹⁷.

Ed è così che la *majority illusion* ha distorto la percezione dei *Convencionales* di maggioranza, che hanno ritenuto sufficiente per il buon esito del processo garantire la legittimazione formale della proposta attraverso l'approvazione da parte dei 2/3 della *Convención*, senza guardare alla sua legittimazione sostanziale presso il corpo elettorale, ben più conservatore di quanto l'elezione del maggio 2021 potesse avere dimostrato¹⁸. Si è trattata dunque di una sottovalutazione del peso elettorale

¹⁶ Cfr. C. Fuentes, *Cuando la derecha cruza el cerco: análisis caso a caso de sus votaciones en la Convención*, in CIPER, 6 giugno 2022.

¹⁷ Secondo J. A. Valenzuela, *Las cifras de Claudio Fuentes*, in *El Mostrador*, 22 aprile 2022 «Tan solo 2 de los 482 incisos ya aprobados por el pleno provienen de esos colectivos, por lo tanto, el borrador de Constitución es en un 99,99% es de autoría de las izquierdas. Por lo demás, no es únicamente la centroderecha la que ha sido excluida de la redacción del texto, gran parte de las propuestas de la ex Concertación han sido rechazadas de forma sistemática».

¹⁸ In una recente intervista, il sociologo Manuel Canales ha sostenuto che «Imaginaron que el pueblo chileno era progresista. El pueblo chileno es clasista, dos veces: es un pueblo que rápidamente se identifica en posición de clase y genera un ordenamiento de la realidad tipo octubre; y es un pueblo también clasista en el sentido de que se auto inflinge la discriminación». Cfr. C. Aliaga, *Profesor Manuel Canales: "La falla del proceso es el olvido de la desigualdad"*, in *Universidad de Chile*, 8 settembre 2022, cit. in S. Bagni, «Era un gioco, non era un fuoco», cit., p. 14, disponibile al link: <<https://www.uchile.cl/noticias/190079/manuel-canales-analiza-el-resultado-del->

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

delle destre, ma anche dei differenti meccanismi di voto tra l'elezione della Convenzione e il *plebiscito de salida*. Da un lato, come si diceva sopra, il voto non obbligatorio della prima ha generato una bassa affluenza – attorno al 41 per cento – che ha favorito l'attivismo di sinistra, sovra-rappresentato nella distribuzione dei seggi, mentre dall'altro, il voto obbligatorio del *plebiscito de salida* ha generato una affluenza storica, prossima all'86 per cento, che dimostra come la destra sia riuscita a mobilitare un elettorato che si era precedentemente astenuto e che è stato decisivo.

Consultando infatti uno dei più recenti studi statistici dei flussi elettorali che comparano il *plebiscito* del 2020, le elezioni presidenziali del 2021 e il plebiscito del 2022, emerge una inequivocabile relazione tra il voto per Gabriel Boric e quello per l'opzione *apruebo* e tra il voto per il candidato presidenziale Antonio Kast e quello per l'opzione *rechazo*¹⁹. Considerata dunque la storica affluenza nel *plebiscito* del 4 settembre rispetto alle elezioni presidenziali (quasi 13 milioni di elettori, a fronte degli 8 milioni nel secondo turno delle elezioni presidenziali e 6 milioni nelle elezioni della *Convención*), si è rilevato come la destra sia stata in grado di mobilitare circa il 95 per cento dei 4,4 milioni di elettori che hanno votato per il *rechazo* lo scorso settembre, a fronte di un 5 per cento (circa 240 mila voti) che la sinistra ha guadagnato rispetto alle presidenziali del 2021²⁰.

Un tale stato di cose si deve anche a una sottovalutazione del peso e dell'influenza sull'opinione pubblica del blocco conservatore e di taluni potentati economici prossimi al conservatorismo i cui interessi sarebbero stati pregiudicati dall'approvazione del nuovo testo, che hanno oltremodo investito nella campagna per il *plebiscito de salida*: da più parti si è registrato un deliberato tentativo di influenzare e distorcere l'opinione popolare sui contenuti della proposta di Costituzione deliberata dalla convenzione, prevalentemente attraverso i *social* e le reti televisive nazionali.

plebiscito-constitucional>. D'altronde, i risultati delle elezioni per il rinnovo della *Camara de Diputados y Diputados* del novembre 2021, nel pieno del processo costituente, hanno restituito alla coalizione di destra *Chile Podemos Más* 53 deputati, oltre ai 13 seggi ottenuti dal neonato partito *Republicano de Chile*. Dei 27 seggi in palio per il Senato, la coalizione ha ottenuto 12 seggi ed 1 il *Partido Social Cristiano*.

¹⁹ Così segnalano O. Avendaño - P. Sandoval, *Como votaron y hacia donde se movieron los electores en el plebiscito de salida?*, in *Diario Universidad de Chile*, 13 settembre 2022, il 99,9 per cento dei votanti di Gabriel Borich nelle elezioni presidenziali del 2021 hanno approvato la proposta di Costituzione, così come il 99,9 per cento dei votanti di Antonio Kast l'hanno bocciata.

²⁰ *Plebiscito de salida 2022: un triunfo de la moderación*, in *Libertad y Desarrollo, Temas Públicos*, n. 1560, 8 settembre 2022.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

Muovendo dalle proposte più controverse e ideologicamente connotate approvate dalla *Convención* ed esasperandone i contenuti sino al punto di diffondere delle *fake news*, le forze politiche di destra e numerose altre realtà vicine di provenienza ignota – e di cui è risultato difficile tracciare la paternità e il finanziamento, in quanto non iscritte, in violazione di legge, nel registro del *servicio electoral* – hanno agitato lo spettro di un Paese in crisi per il forte indebitamento proveniente da una spesa pubblica potenzialmente incontrollata, necessaria a finanziare un nuovo stato sociale, con una sanità e dei servizi pubblici al collasso e connotato da un Governo socialista autoritario, attraverso una costante evocazione della condizione del Venezuela. Così, il riferimento alla plurinazionalità, all'interculturalità e ai diritti dei popoli indigeni sono divenuti pericolosi tentativi di sovvertire l'unità dello Stato, la titolarità del potere politico, l'inno nazionale e la bandiera; il riconoscimento del diritto all'aborto è divenuto il diritto di interruzione volontaria della gravidanza sino al nono mese; l'istituzione di un sistema sanitario pubblico e gratuito ha agitato il pericolo di nazionalizzazione dei sistemi privati con conseguente peggioramento della qualità delle cure e delle liste di attesa; la relativizzazione della proprietà privata e la sua subordinazione a una funzione sociale ed ecologica ha stimolato i timori per una privazione della proprietà da parte dello Stato; l'attenzione del costituente a un sistema di istruzione integrale, pubblico e di qualità è divenuta un attentato alla libertà di scelta delle famiglie sull'educazione della prole²¹.

Certo, tale sottovalutazione del blocco conservatore si iscrive in una più generale convinzione della maggioranza di *convencionales* indipendenti di poter fare a meno della politica²², al punto che guardando ai lavori della Convenzione e ai suoi esiti, la percezione è quella di una corsa proseguita a briglie sciolte, senza l'intervento determinante dei partiti tradizionali della sinistra, che non a caso, assieme al Governo di Gabriel Boric, hanno condotto una campagna referendaria poco convinta e tutto sommato neutrale, probabilmente anche in considerazione dei sondaggi che davano l'opzione *rechazo* in netto vantaggio fin dalla primavera.

Tutto ciò premesso, non meraviglia il fatto che la distribuzione territoriale dei risultati elettorali del *plebiscito de salida* restituisca la visione di un processo guidato dalle *élite* culturali dell'attivismo di sinistra che ha

²¹ A riguardo si veda il rapporto di I. Herrera - P. Toro - M. Segovia, *Desinformación en el Plebiscito: el vacío legal que dejó a 202 denuncias ante el Servel sin ser investigadas ni sancionadas*, in CIPER, 28 ottobre 2022 (www.ciperchile.cl).

²² S. Bagni, "Era un gioco, non era un fuoco", cit., p. 14; G.G. Pino, *op. cit.*

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

prodotto un testo ideologico ed élitario: si rileva come il segmento più povero della popolazione, che si è recato alle urne con una affluenza superiore all'87 per cento, di oltre cinque punti sopra il segmento più ricco, abbia votato per il *rechazo* con una percentuale del 75 per cento, a fronte del 69 per cento rilevato su scala nazionale, e tale esito si presenta con percentuali ancor più elevate nelle aree dell'estremo nord e dell'estremo sud, nonché nelle zone rurali ed economicamente più svantaggiate²³.

Le criticità rilevate nei lavori della Convenzione ed il risultato del *plebiscito* dello scorso settembre non devono però contribuire a derubricare un processo costituente che ha ragionevolmente fascinato opinione pubblica e dottrina per le innovazioni procedurali –che lo hanno reso un vivido esempio di partecipazione democratica autentica, in grado di rappresentare un nuovo *standard* per le esperienze future ben oltre il continente – per la profonda riflessione sulle visioni di società e di Stato che ha generato nella collettività in ogni sua fase, per avere segnato la proposta di profonde innovazioni sul piano della tutela ambientale e nella conformazione del *Caring State*.

Ognuno di questi elementi rappresenta una eredità, un prezioso insegnamento che pure un processo che si è concluso con il rigetto popolare è in grado di offrire al dibattito sul moderno costituzionalismo, ragione per cui, a continuazione, occorrerà porli in rilievo.

2. Partecipazione popolare e *Constitution-making*: l'eredità della *Convención* per il costituzionalismo moderno

Dell'abortito processo costituente cileno si è posta in rilievo a più riprese la natura partecipativa²⁴, che consente a pieno titolo di inquadrare la proposta di Costituzione nella categoria dottrinale delle Costituzioni partecipate, vale a dire quelle in cui «la società entra direttamente nel

²³ Si vedano a riguardo i dati sulla distribuzione territoriale del voto per il *Rechazo* in A. Cavallo, *Chile o el extravío de la izquierda*, in *Clarín Opinión*, disponibile al link: <https://www.clarin.com/opinion/chile-extravio-izquierda_0_XDISvwXar6.html>.

²⁴ S. Bagni, “Era un gioco, non era un fuoco”, cit., p. 6 ss.; N. Vizioli, *Da un plebiscito all'altro. La parabola partecipativa del procedimento costituente cileno*, in *DPCE Online*, 2022, n. 2 (www.dpceonline.it); R. Iannaccone, *I processi costituenti “partecipati”: il caso cileno*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, n. 2, p. 322 e ss.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

processo di formazione della costituzione e di elaborazione delle sue norme, attraverso procedimenti più o meno formalizzati»²⁵.

Ciò pone il caso cileno pienamente in continuità con le esperienze costituenti del *nuevo constitucionalismo andino*, la cui principale missione è la ricerca di strumenti che ricompongano la relazione tra sovranità popolare e istituzioni²⁶, e che, come la più acuta dottrina ha rilevato, trovano nella partecipazione popolare ai processi costituenti un elemento ineludibile di momenti di *State-building* caratterizzati da una genesi popolare, derivante da forti mobilitazioni delle classi sociali escluse e marginalizzate dall'*establishment* politico-istituzionale²⁷, e più in generale nell'introduzione di strumenti innovativi per favorire la partecipazione popolare agli ordinari processi di *decision-making*²⁸.

La partecipazione popolare è tuttavia oggetto di un approccio assai più rigoroso da parte della *Convención Constitucional* rispetto alle passate esperienze del NCL²⁹, che potrebbe definirsi totalizzante: la partecipazione,

²⁵ Cfr. U. Allegretti, *Recenti costituzioni partecipate: Islanda, Ecuador, Bolivia*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 3, p. 691.

²⁶ Si citano, testualmente, le parole di R. Viciano Pastor - R. Martinez Dalmau, *Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, in L. F. Ávila Linzán (coord.), *Política, justicia y Constitución, Centro de estudios y difusión del Derecho Constitucional*, Quito, 2012, p. 179.

²⁷ K.G. Banting - R. Simeon, *Redesigning the State: The Politics of Constitutional Change*, Toronto, 1985.

²⁸ La partecipazione popolare ai processi costituenti nell'area andina è questione ampiamente rilevata in dottrina. A riguardo si veda V. Soto - M. Ferrer, *Participación ciudadana, fortalecimiento democrático y mecanismos de incidencia en los procesos constituyentes*, in *Serie Informes*, 19 novembre 2021, n. 22; J. Benavides Ordóñez, *Neoconstitucionalismo, Nuevo constitucionalismo latinoamericano y procesos constituyentes en la región andina*, in *Ius Humani, Revista de Derecho*, 2016, n. 5, p. 173 ss.; C. Heiss, *Participación política y elaboración constitucional: el caso de Chile*, in *Derecho y Crítica Social*, 2018, n. 4, p. 115 ss.; Y. Welp, *Estrategia política o nueva cultura democrática? La participación ciudadana en procesos constituyentes*, in *Iberoamericana*, 2016, n. 16, p. 193 ss.; I.M. Lopresti, *Le costituzioni partecipate nell'area andina. Esperienze costituenti a confronto in vista dell'elezione dell'Assemblea costituente cilena*, in *Nuove Autonomie*, 2021, n. 1, p. 205 ss.

²⁹ Nella classificazione operata da Y. Welp - F. Soto, *Beyond Fashion and Smokescreens: Citizens' Deliberation of Constitutional Amendments*, in *ConstDelib Working Paper Series*, 2020, n. 7 la partecipazione popolare nei processi costituenti di Ecuador e Bolivia viene iscritta sotto la categoria «*participatory overflow*», a segnalare la natura prevalentemente dialogica della partecipazione popolare e l'inesistenza di strumenti di sistematizzazione e tracciamento degli esiti dei meccanismi di partecipazione e del loro impatto sulla deliberazione costituente. Rispetto a tali esperienze, gli sforzi di introdurre meccanismi di

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

definita *incidente* e *vincolante*, innerva, nel progetto dei costituenti, ogni momento e ogni fase del processo, dalla scrittura del regolamento alla stesura delle norme e si pone quale elemento centrale per creare una connessione tra i cittadini e l'organo costituente, nonché per il riconoscimento e la legittimazione della proposta finale.

D'altronde, considerata la condizione del dibattito politico in Cile, la netta separazione tra cittadinanza e politica tradizionale, le circostanze nelle quali progressivamente sorge nel paese la coscienza della necessità di una nuova Costituzione, le caratteristiche dell'*estallido social* del 2019 e gli esiti dell'elezione della *Convención*, che hanno visto il trionfo di candidati indipendenti³⁰ rivenienti da molte delle realtà sociali che ambivano ad un cambio del modello politico per favorire la partecipazione popolare alla vita democratica del Paese, non sorprende affatto come richiami alla necessità di strumenti partecipativi circolassero fin dall'approvazione dell'*Acuerdo por la paz social y la nueva Constitución* del novembre 2019, e dunque la centralità che la Convenzione abbia voluto attribuire alla partecipazione in un tale storico momento.

Il momento costituente³¹ avviato dalla presidente Bachelet nel 2015 ed il suo fallimento, costituivano altresì un crudo esempio di come la mancanza di partecipazione effettiva nella fase centrale del processo, vale a dire quella di incorporazione delle risultanze delle consultazioni popolari nella proposta di Costituzione, rischiasse di far perdere alla fase costituente centralità e legittimità. Quell'itinerario largo e sinuoso³² di consultazioni web, *encuentros locales autoconvocados* e *cabildos regionales* e la mole senza precedenti di riflessioni e deliberazioni sulla Costituzione e sul futuro assetto della società cilena racchiuse e sistematizzate nelle «bases ciudadanas para una nueva Constitución» redatte dal *Consejo de Observadores del Proceso*

partecipazione vincolante e incidente e di sistematizzare e rendere accessibili al pubblico e ai *convencionales* gli esiti del processo partecipativo avviato dalla *Convención Constitucional*, e le altre norme del Regolamento sulla partecipazione popolare delle quali si discorrerà lasciano intravedere un approccio più rigoroso del costituente cileno.

³⁰ Come dettagliato in D. Yañez, *¿Qué listas independientes se llevaron la mayoría en la Convención Constitucional?*, in *Plataforma Contexto*, 18 maggio 2021 (www.plataformacontexto.cl), ai 48 *convencionales* eletti nelle liste indipendenti si aggiungono i candidati indipendenti eletti nelle liste dei partiti tradizionali, che ammontano a 40.

³¹ S. Verdugo - J. Contesse, *Auge y caída de un proceso constituyente: lecciones del experimento chileno y del fracaso del proyecto de Bachelet*, in *Derecho y Crítica social*, n. 2018, 1, p. 139 ss.

³² A. Coddou McManus, *The Chilean Constituent process: A long and winding road*, in *I•CONnect*, 4 maggio 2016 (www.iconnectblog.com).

Giuseppe Naglieri

Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik: come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare

Constituyente nominato dalla stessa presidente, hanno avuto una funzione perlopiù simbolica, se si considera l'assoluta oscurità del processo di scrittura del progetto di Costituzione inviato dalla presidente Bachelet alle camere sul finire del suo mandato, senza consultazione previa con le forze politiche, con gli attori sociali, e senza alcun meccanismo di verifica dell'impatto degli esiti dei «*dialogos ciudadano*»³³ nella proposta redatta dagli esperti di nomina presidenziale³⁴.

Così, già nell'attribuzione delle risorse alla *Convención* nella legge di bilancio per il 2021, le forze politiche avevano riconosciuto la necessità di rispondere a tale domanda proveniente dalla società civile stanziando somme direttamente finalizzate a «*actividades de participación ciudadana y difusión*»³⁵, rivelatesi tuttavia insufficienti rispetto alla ambiziosa strategia di partecipazione posta in essere dalla *Convención*; il *Pleno*, al momento di costituire le prime tre commissioni provvisorie³⁶, ha richiesto alla Commissione per il Regolamento di proporre «*mecanismos de participación popular*» e «*los mecanismos que aseguren a los pueblos y naciones originarias la participación efectiva, vinculante y continuada, conforme a la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*», competenza successivamente attribuita, rispettivamente, alle neo-costituite³⁷

³³ Il riferimento è a F. Soto - Y. Welp, *Los "dialogos Ciudadanos". Chile ante el giro deliberativo*, Santiago, 2017.

³⁴ S. Verdugo - J. Contesse, *op. cit.*, p. 142. Con riguardo alle criticità di tale processo, la politologa Helene Andemore ha avuto a sostenere «*Creo que hay un gran problema conceptual. Si se pasa toda la información reunida en la primera etapa a través del estrecho filtro de unas pocas personas en la cima, habrá una enorme pérdida, sin importar lo bienintencionada que sea la gente que está filtrando. Es importante infundir principios participativos a través de todo el proceso (...). La verdadera demostración de que un gobierno confía en su propio pueblo es cuando se incluye al pueblo en la redacción de la Constitución misma*». Cfr. H. Andemore, *Entrevista del Observatorio del Proceso Constituyente de Fundación RED*, disponibile al link <<http://redconstituyente.cl/entrevista-helene-landemore/>>.

³⁵ *Ley de Presupuestos del año 2021*. Un quadro d'insieme del bilancio della *Convención* per l'anno 2021 è consultabile in: <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30347/1/BCN_p_resupuestoCC_finalvf.pdf>.

³⁶ Nella sessione del 14 luglio, il *Pleno*, nell'avviare i lavori e definire le norme basiche di funzionamento nell'attesa dell'elaborazione del Regolamento, ha istituito tre commissioni provvisorie: la Commissione per il Regolamento, la Commissione per il bilancio e l'amministrazione interna e la Commissione etica.

³⁷ Nella sessione del 21 luglio, il *Pleno* ha disposto l'istituzione di cinque ulteriori commissioni provvisorie: la *Comisión de Derechos Humanos, Verdad Histórica y Bases para la Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición*, la *Comisión de Comunicaciones, Información y Transparencia*, la *Comisión de Participación y Consulta Indígena*, la *Comisión de Participación Popular y Equidad Territorial* e la *Comisión de Descentralización, Equidad y Justicia Territorial*.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

commissione per la partecipazione popolare e commissione per la partecipazione indigena. Tutte le otto commissioni provvisorie costituite, che avevano ricevuto dal *Pleno* il mandato di avviare consultazioni popolari nella fase di produzione delle proposte di regolamento di loro competenza, hanno poi avviato meccanismi informali di partecipazione³⁸.

La partecipazione è riconosciuta dal Regolamento generale della convenzione come il «derecho a participar en la creación y deliberación de la norma constitucional con el fin de generar un impacto real en su debate y aprobación. Lo anterior, sea de forma individual o colectiva, desde todos los sectores, territorios y comunidades del país, con pertinencia cultural y perspectiva de género en las distintas instancias del proceso constituyente» e dal Regolamento sulla consultazione e partecipazione indigena come il «derecho de las naciones originarias a participar en todas las etapas de la creación de la norma constitucional, con el objeto de generar un impacto real en su deliberación y aprobación. Lo anterior, mediante mecanismos de consulta y participación, conforme a los estándares que establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales». Un regolamento disciplinava, dunque, gli strumenti generali di partecipazione popolare con alcune norme speciali per il popolo tribale afrodiscendente (*Reglamento de mecanismos, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente*) e un regolamento speciale era invece dedicato alla partecipazione dei popoli indigeni (*Reglamento de participación y consulta indígena*).

Quanto al primo, deve porsi in rilievo da un lato la coniugazione dei meccanismi partecipativi autoconvocati (iniziativa popolare di norma e incontri autoconvocati) con quelli convocabili dalla Convenzione (*plebiscito intermedio dirimente, audiencias públicas obligatorias, cuenta popular constituyente, jornadas nacionales de deliberación, foros deliberativos, cabildos comunales*) e dall'altro l'utilizzo degli strumenti digitali per favorire l'accesso, la sistematizzazione e la tracciabilità delle informazioni, delle proposte e delle questioni oggetto di dibattito. Nell'ambito dei meccanismi autoconvocati, assume rilievo peculiare, per il rigore del procedimento e per l'innovatività dell'approccio, l'iniziativa popolare di norma (Ipn), la cui implementazione si serve dei mezzi digitali ai fini di porre in essere un meccanismo di partecipazione pubblico, accessibile universalmente ma non indiscriminato, idoneo a filtrare le proposte all'attenzione della Convenzione, circostanza necessaria

³⁸ Nel Boletín del Monitor Constitucional, *El enorme desafío de la participación ciudadana en la Convención Constitucional*, si contano in questa fase un totale di 1.200 richieste di partecipazione alle consultazioni pubbliche, presentate da 821 soggetti.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

a evitare che gli esiti della partecipazione, insabbiando il lavoro delle commissioni, conservino valore meramente formale. Attraverso la costituzione di una piattaforma digitale di partecipazione popolare – che ha la più ampia finalità di favorire la partecipazione e la sistematizzazione delle proposte e funge da banca dati e dispensatore di informazioni semplici e accessibili³⁹, di navigazione intuitiva e programmata con approccio *mobile-friendly*, per consentire un accesso generalizzato da dispositivi mobili, che rappresentano gli strumenti più diffusi nella società – e di un registro pubblico di partecipazione popolare, al quale ogni cittadino o organizzazione che desiderasse partecipare nel processo costituente aveva l'onere di iscriversi, si è consentito il deposito di proposte popolari di norme costituzionali, la loro successiva pubblicazione e diffusione sul web e l'apertura di un termine per la raccolta di firme di supporto. Le proposte che avessero raggiunto le quindicimila firme, provenienti da almeno quattro regioni, sarebbero state trasmesse alla commissione competente e poste in discussione e votazione, essendo considerate a tali effetti «*equivalentes a las propuestas de normas que sean presentadas por Convencionales Constituyentes*».

L'effettiva realizzazione dei principi di partecipazione e degli istituti partecipativi introdotti, la predisposizione di un cronoprogramma, integrato con il cronoprogramma dei lavori della *Convención*, assieme ad una generale responsabilità di direzione, supervisione ed implementazione dei meccanismi di partecipazione previsti nel regolamento è stata affidata ad una Commissione di *participación popular* e a una *Secretaría*.

Piena espressione dell'intersezionalità dell'approccio al procedimento di elaborazione della Costituzione e ai dibattiti concernenti le questioni sostanziali è l'attenzione, nel regolamento di partecipazione, riservata alle categorie storicamente escluse, che una proposta di Costituzione che si ponga autenticamente in discontinuità con le politiche di marginalizzazione delle minoranze e degli ultimi, e che assuma in sé l'impegno alla loro valorizzazione ed inclusione non può non coinvolgerle e valorizzare nel momento costituente. Così, oltre a rinvenirsi riferimenti alle categorie deboli tra i principi ed in diverse parti del regolamento generale, il regolamento di partecipazione popolare contemplava un titolo specifico, nel quale si trova un impegno della Convenzione, attraverso gli organi di direzione e coordinamento dei meccanismi di partecipazione, a porre in essere azioni positive, finalizzate a garantire la partecipazione di tali categorie. Tale è il caso delle persone con disabilità e sorde, degli anziani, dei bambini e degli

³⁹ Art. 26 del *Reglamento de Participación popular*.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

adolescenti, delle donne, delle persone che svolgano lavori di cura, delle persone con dipendenze, dei cittadini che vivono in zone rurali e di difficile accesso, dei migranti, dei rifugiati e dei richiedenti asilo, del popolo tribale afro-discendente, dei cileni residenti all'estero, delle persone in stato di privazione della libertà⁴⁰.

Nell'ambito delle riflessioni sulla partecipazione, merita una considerazione a sé l'iniziativa di accostare ai lavori della Convenzione e nell'ambito delle competenze della *Comisión* e della *Secretaría de participación popular* anche attraverso il supporto di una rete di organizzazioni sociali promossa dalla *Convención*, di un programma di *educación popular constituyente*, quale strumento di alfabetizzazione civica e democratica, che rappresenta, secondo le intenzioni dei costituenti, *un fin en sí mismo*. Il raggiungimento di una maggiore consapevolezza sul funzionamento dello Stato e del sistema politico e di una maggiore cultura democratica attraverso forme di dialogo e scambio orizzontale è dunque posto dal costituente come una finalità ulteriore e non relazionata con gli esiti del processo, in altre parole si interpreta il momento costituente come una occasione di miglioramento della coscienza civica e democratica ai fini del rafforzamento della partecipazione ai processi politici, dello sviluppo di una cittadinanza attiva e di avanzamento del sistema democratico⁴¹.

I numeri della partecipazione sono certamente significativi, sebbene, soprattutto per quanto attiene agli incontri realizzati, non possa registrarsi quel fenomeno di massa che probabilmente i costituenti immaginavano: secondo dati comunicati dalla *Convención Constitucional* a chiusura dei lavori, circa 16 mila incontri hanno visto la partecipazione di oltre 154 mila persone, numero che, così letto, si colloca ben al di sotto delle circa 200 mila

⁴⁰ A tali gruppi storicamente esclusi è dedicato il Titolo VI del *Reglamento*.

⁴¹ I dati del progetto di *educación popular constituyente* non restituiscono di certo un quadro brillante, ed anzi, parlano di una esperienza che non ha mai effettivamente preso quota, ma ciò è probabilmente la conseguenza dei tempi ristretti a disposizione, delle ristrettezze di bilancio, nonché dalla difficoltà, per assicurare una buona riuscita del programma, di stipulare un numero massivo di accordi con enti pubblici e organizzazioni sociali al fine di promuovere un programma capillare in tutto il Paese. Nella fase finale dei lavori della *Convención* si sono messi a disposizione materiali e documenti di formazione con riferimenti al programma, ragione per cui si ritiene che le criticità rilevate abbiano condotto la Convenzione a trasformare l'idea di un programma strutturato e verticale di partecipazione in una forma di auto-formazione o di formazione diffusa da svolgersi in senso *bottom-up*. A riguardo si veda E. Andahur Soto, *¿Como fué la participación popular durante la Convención Constitucional? Análisis de mecanismos participativos*, in *Rumbos Constituyentes*, Reporte n. 6, Revisión de noviembre 2022, Plataforma Rumbo Colectivo.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

persone coinvolte nel processo partecipativo avviato dalla presidente Bachelet. Certo, le cifre dell'iniziativa popolare di norme restituiscono una percezione diversa della partecipazione, e depongono a favore dell'utilizzo del mezzo digitale: sempre a chiusura dei lavori risultavano depositate 6114 IPN, con la partecipazione di 980 mila persone, delle quali 75 hanno raggiunto il quorum di 15 mila firme necessarie per la trasmissione dell'iniziativa alle commissioni tematiche, circostanza che certamente rende l'esperienza cilena il più grande esperimento di *e-participation* in un processo costituente ad oggi registrato⁴².

Guardando al fervore partecipativo del costituente, c'è dunque da chiedersi come interpretare il massiccio rigetto del progetto di Costituzione nel settembre 2022, che rappresenta di certo un segnale di non condivisione dei fondamenti e dei contenuti della proposta della *Convención* da parte della società cilena, pur coinvolta nei dibattiti e nella stesura del testo.

Anzitutto, deve rilevarsi il numero significativo degli istituti partecipativi introdotti nel Regolamento, assieme alla somiglianza di taluni (si pensi ai *foros deliberativos*, molto prossimi ai *cabildos* e, nella finalità, alle *jornadas nacionales de deliberación*), che si caratterizzano perlopiù per avere natura consultiva e non consentire quella percezione di incidenza nel processo che invece è propria di meccanismi come la IPN, che, non a caso, anche grazie all'implementazione degli strumenti digitali, ha dato un eccellente riscontro. Una tale mole di strumenti di partecipazione in forma di dibattito o dal metodo deliberativo, avrebbero altresì necessitato, per raggiungere i risultati sperati, di essere dilazionati in un tempo maggiore rispetto ai pochi mesi a disposizione della *Convención* per la fase di discussione; non a caso, taluni istituti, come le *jornadas nacionales de deliberación*, sono stati attivati in maggio, vale a dire in una fase già piuttosto avanzata dei lavori delle commissioni. Al contempo, uno degli strumenti partecipativi vincolanti più innovativi, vale a dire il *plebiscito intermedio dirimente*, non ha trovato spazio nel processo in ragione della sua introduzione nel Regolamento senza un previo accordo con il Governo, il cui consenso e impegno, anche di bilancio, era indispensabile per convocare i comizi, avviare l'iter referendario e consentirne il regolare svolgimento.

Un tale strumento avrebbe certamente consentito alla *Convención* di orientare i propri lavori rispetto all'espressione del corpo elettorale ed al

⁴² Rispetto alle esperienze di *Constitution-making* dotate di meccanismi di *e-participation* il dato è evidente. Si confronti con T. Abbiate, *La e-participation e i processi di elaborazione e revisione costituzionale*, in *Ianus*, 2014, n. 11.

Giuseppe Naglieri

Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik: come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare

contempo sottratto gli elettori, soprattutto con riguardo a questioni sensibili o fortemente divisive, da quella che Roberto Gargarella ha definito la inaccettabile estorsione democratica dei plebisciti ratificatori finali, che “estorcono” all’elettorale un voto su un pacchetto chiuso e completo⁴³.

3. Prospettiva interculturale, plurinazionalità e paradigma ecologico: vecchio e nuovo del *nuevo constitucionalismo latino*.

La proposta di Costituzione deliberata dalla *Convención* definiva il Chile uno stato plurinazionale, interculturale ed ecologico. Ciò si pone con evidenza in netta continuità con la tradizione del *nuevo constitucionalismo latino* (Ncl). La plurinazione e l’ecologismo sono, nelle esperienze del NCL, il prodotto di una rifondazione dello Stato che muove dalla prospettiva interculturale: rigettando i paradigmi culturali occidentali e attraverso una critica sistematica degli usi monocentrici e westfaliani della cultura⁴⁴, si forgia una nuova relazione tra culture, basata non già sul riconoscimento – talvolta settoriale – delle culture minoritarie nell’ambito di una cultura dominante nella società, quanto su un dialogo «*para construir nuevas síntesis (interfecundación), lograr una comprensión plural de la realidad, canalizar los conflictos y contruir un futuro equitativo e incluyente*»⁴⁵, un modello di co-protagonismo di culture e cosmovisioni differenti e con pari dignità dunque, finalizzato a rafforzare l’unità nazionale attraverso la diversità⁴⁶. La prospettiva interculturale, pur non esaurendosi nella plurinazionalità, comporta l’adozione di un modello di riconoscimento, valorizzazione e tutela delle comunità indigene⁴⁷, attraverso l’incorporazione dei valori indigeni tra i principi fondativi del vivere comune, il riconoscimento del pluralismo giuridico anche tramite i sistemi di giustizia indigena e praticando una

⁴³ R. Gargarella, *Diez puntos sobre el cambio constitucional en Chile*, in *Nueva Sociedad*, 2020, n. 285.

⁴⁴ R. Salas, *Ética intercultural*, Santiago, 2005, p. 28.

⁴⁵ G. Ramón Valarezo, *Plurinacionalidad e interculturalidad en la Constitución?*, in S. Bagni (a cura di), *Lo Stato interculturale: una nuova entopia?*, Bologna, 2017.

⁴⁶ R. Salas, *op. cit.*, p. 79, cit. in F. Quiroz Arriagada, *El ethos del contrato social para el Chile del siglo XXI. Dialogo intercultural y nueva constitución*, in S. Brito Rodríguez - F. Quiroz Arriagada - L. Basualto Porra - A. Comelín Fornes - K. García Benítez - R. Lizana Ibaceta (coord.), *Constitución política de Chile: garantías y derechos para una ciudadanía deliberativa*, Santiago, 2022.

⁴⁷ S. Bagni, *Estudio introductivo sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural*, in S. Bagni (a cura di), *Lo Stato interculturale*, cit., p. 7 ss.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

costante valorizzazione dell'interculturalità tramite le politiche pubbliche e l'azione delle istituzioni, a tutti i livelli. Da qui, dal riconoscimento dei valori culturali indigeni e dal loro innesto nella cultura costituzionale deriva l'approccio eco-centrico tipico del Ncl: in linea con la concezione olistica ed ispirata all'armonia della relazione tra uomo e *Pacha Mama*, finalizzata al raggiungimento del *buen vivir*⁴⁸, si attribuisce alla natura soggettività giuridica, rendendola titolare di diritti, e ponendo a carico dello Stato – che si caratterizza come ecologico – obblighi di adottare politiche permanenti di sviluppo sostenibile, in armonia con la natura e i suoi diritti.

Tali elementi sono ben presenti nella proposta di Costituzione elaborata dalla *Convención*, che all'art. 11 dichiara che lo Stato riconosce e promuove il dialogo interculturale, orizzontale e trasversale tra le diverse cosmovisioni dei popoli e delle nazioni che convivono nel paese, con dignità e rispetto reciproco, che le politiche pubbliche ed i meccanismi istituzionali devono favorire il riconoscimento e la comprensione della diversità etnica e culturale, superando le asimmetrie esistenti nell'accesso, nella distribuzione e nell'esercizio del potere ed in tutti gli ambiti della società; l'art. 35 riconosce l'interculturalità e il pluralismo come principi fondativi del sistema di istruzione, l'art. 92 pone a carico dello Stato la promozione, lo sviluppo e la garanzia dell'interrelazione armonica e del rispetto di tutte le espressioni simboliche, culturali e patrimoniali, l'art. 108 riconosce il diritto di accedere alla giustizia con prospettiva interculturale, l'art. 322 riconosce il pluralismo giuridico e l'interculturalità nell'amministrazione della giustizia. Quanto alla plurinazionalità ed al riconoscimento dei popoli indigeni, si riconoscono nell'art. 5 del progetto i popoli e le nazioni preesistenti e se ne consente il riconoscimento di altri tramite legge, si riconoscono i simboli e gli emblemi indigeni congiuntamente a quelli dello Stato, nonché, all'art. 34 i diritti collettivi concernenti l'autogoverno (mediante l'istituzione di autonomie

⁴⁸ Cfr. S. Baldin, *L'america latina nelle classificazioni giuscomparate: la tradizione giuridica contro-egemonica del buen vivir nell'area andina*, in L. Lloredo Alix - A. Somma (a cura di), *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, Torino, p. 8 ss. Con riguardo al *buen vivir*, si veda, almeno S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, Bologna, 2013; S. Bagni, *Il sumak kawsay: da cosmovisione indigena a principio costituzionale in Ecuador*, in S. Baldin - M. Zago (a cura di), *Le sfide della sostenibilità. Il buen vivir andino dalla prospettiva europea*, Bologna, 2014, p. 76 ss; C. Silva Portero, *¿Qué es el buen vivir?*, in R. Ávila Santamaría (coord.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Quito, 2008, p. 116 ss.; X. Albó, *Suma Qamaña = el buen convivir*, in *Revista Obets*, 2009, n. 4, p. 26 ss.; J. Estermann, *"Vivir Bien" como utopía política. La concepción andina del "vivir bien" (Suma Qamaña/Allin Kawsay) y su aplicación en el socialismo democrático en Bolivia*, in *Anales de la Reunión Anual de Etnología*, 2012, n. 24, p. 517 ss.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

territoriali indigene), le autorità, le istituzioni e giurisdizioni indigene (ciò avviene mediante il riconoscimento, all'art. 309, dei sistemi giuridici dei popoli e delle nazioni indigene, che coesistono su un piano di eguaglianza con il sistema nazionale di giustizia) il riconoscimento e la protezione delle terre e delle risorse naturali, la dimensione culturale ed immateriale, ivi comprendendo le conoscenze tradizionali ed i saperi ancestrali, nonché la partecipazione volontaria nella vita politica, economica, sociale e culturale dello Stato. L'etnicità ecologica⁴⁹ propria delle esperienze del Ncl, che ripullula primariamente dall'art. 8 del progetto, secondo il quale «Le persone ed i popoli sono interdipendenti con la natura e formano con essa un tutto inseparabile. Lo Stato riconosce e promuove il *buen vivir* come una relazione di equilibrio armonico tra le persone, la natura e l'organizzazione della società» si dipana per l'intero testo, allorché si riconosce la natura come titolare di diritti (art. 18 comma 3) meglio definiti nell'art. 103 come «il diritto a che si rispetti e protegga la sua esistenza, alla rigenerazione, al mantenimento ed al ripristino delle sue funzioni ed equilibri dinamici, che comprendono i cicli naturali, gli ecosistemi e la biodiversità», il cui rispetto impone allo Stato tanto l'applicazione, nelle politiche pubbliche, dei principi di progressività, precauzione, prevenzione, di giustizia ambientale, di solidarietà intergenerazionale e la promozione di una amministrazione ecologicamente responsabile e di una educazione ambientale e scientifica mediante processi di formazione e apprendimento permanenti, quanto l'impegno a promuovere il dialogo, la cooperazione e la solidarietà internazionale per affrontare e mitigare la crisi climatica.

L'approccio eco-centrico è accostato alla innovativa istituzione della *Defensoría de la Naturaleza*⁵⁰, che risponde alle necessità di democrazia ambientale in Cile, che si trova assai indietro a riguardo, rispetto al panorama latino-americano⁵¹. Basti pensare che l'accordo di Escazú sull'accesso all'informazione, la partecipazione pubblica e l'accesso alla giustizia nelle questioni ambientali in America Latina e nei Caraibi, che segnava un netto passo avanti verso una partecipazione effettiva della

⁴⁹ M. Carducci, *Nomos, Ethnos e Kthonos nel processo: verso il tramonto del bilanciamento? Spunti dal dibattito latinoamericano*, in *Federalismi*, 2014, n. 1 (www.federalismi.it), p. 2.

⁵⁰ E. Costa Cordella - S. Rivera Riveros, *La Defensoría de la Naturaleza en una Constitución Ecológica*, in *Revista Nemesis*, 2022, n. 17.

⁵¹ Come rilevano L. Cordero - V. Durán - V. Rabi - A. Urquiza, *Derribando mitos: propuestas para mejorar el acceso a la justicia ambiental en Chile*, in *Espacio Público*, 2017, in Cile l'accesso alla giustizia ambientale è altamente limitato. Si veda altresì FIMA, *Estado del ODS 16.3 sobre acceso a la justicia en Chile: avances y desafíos para la justicia ambiental*, 2019.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

cittadinanza nelle decisioni riferite al territorio e all'ecosistema è rimasto bloccato in Cile sino alla firma da parte del Presidente Gabriel Borich, avvenuta solo nel marzo 2022. In tale contesto, l'istituzione di un *Ombudsman* esclusivamente votato alla promozione e alla protezione dei diritti della natura e dei diritti ambientali riconosciuti dal progetto di Costituzione e nei trattati internazionali, decentralizzato in *defensorías regionales* e dotato di poteri consultivi, del diritto di azione innanzi a tutte le giurisdizioni, inclusa la costituzionale, rappresenta un significativo approdo della riflessione giuridica sulla tutela dell'ambiente.

4. «Borrar todo tu legado será nuestro legado». Dal ladrillo al Caring State

Delle proteste di massa dell'ottobre 2019, è divenuto celebre un adagio che è ben in grado di manifestare la natura profonda delle rivendicazioni sorte con l'*estallido social* rispetto al sistema economico e al sistema di potere concentrato ed elitario perpetuato dalla Costituzione *pinochetista*: al grido di «*borrar todo tu legado será nuestro legado*», il popolo del Cile ha inteso rivendicare che il capitalismo neoliberale, lungi dall'attraversare un momento di crisi, ha manifestato il suo definitivo fallimento⁵², reclamando così un radicale mutamento del modello economico.

A più riprese la dottrina e i commentatori hanno posto in rilievo la centralità nelle rivendicazioni dell'autunno del 2019 e nelle aspettative della gran parte della società cilena in vista del *plebiscito de salida* delle questioni concernenti il superamento del modello economico delineato dalla Costituzione del 1980 e dell'*estado subsidiario* in favore di una Costituzione economica sociale, di uno Stato interventista, attore economico in grado di

⁵² Sebbene il Cile abbia un indice di povertà estrema (popolazione con redditi inferiori a 5,5 dollari americani al giorno) significativamente più basso rispetto al panorama latino-americano e lo abbia, tra il 2006 ed il 2017, ridotto dal 19.6 al 3.7, assieme alla quota di popolazione vulnerabile (popolazione con redditi tra 5,5 e 13 dollari americani al giorno), e altresì si annoveri tra le economie del continente con il tasso di crescita maggiore negli ultimi decenni, continua ad avere una quota superiore al 30% di popolazione in stato di vulnerabilità economica e rappresenta il secondo paese più diseguale dell'OCSE, con i redditi del 20 % più ricco della popolazione che superano di dieci volte quelli del percentile più povero.

Cfr. M. Mieres Brevis, *La dinamica de la desigualdad en Chile: Una mirada regional*, in *Revista de análisis económico*, 2020, n. 2; Ocse, Cepal, Ocde, *Estadísticas*, 1 gennaio 2019, disponibile al link: <<https://www.oecd.org/centrodemexico/estadisticas/>>.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

rimuovere le diseguaglianze esistenti in una società profondamente marcata da trenta anni di neoliberismo.

Non può negarsi che i lavori della Commissione abbiano restituito una proposta «straordinariamente ambiziosa», in linea con le aspettative della società cilena, forse ambiziosa al punto da scontrarsi con la realtà economica di un Paese plasmato dalle politiche neoliberali⁵³.

La proposta delinea un catalogo di diritti sociali quanto mai esteso, che integra, tra gli altri: a) il diritto a un sistema di sicurezza sociale universale che tuteli contro tutte circostanze di diminuzione o perdita dei mezzi di sussistenza o di capacità al lavoro; b) il diritto ad un sistema nazionale di salute integrato da soggetti pubblici e privati, integralmente regolato e coordinato dallo Stato, che assume il dovere di rafforzare e sviluppare un sistema pubblico di qualità ed equamente finanziato attraverso la fiscalità generale; c) il diritto ad una casa degna e abitabile che garantisca, almeno «*el espacio y equipamiento suficientes, doméstico y comunitario, para la producción y reproducción de la vida, la disponibilidad de servicios, la asequibilidad, la accesibilidad, la ubicación apropiada, la seguridad de la tenencia y la pertinencia cultural de las viviendas*» e il corrispondente dovere dello Stato di progettare, costruire, ristrutturare, conservare e innovare complessi residenziali per i meno abbienti o per categorie che necessitino di particolare protezione; d) il diritto di accesso a internet e ai servizi di comunicazione digitale in forma libera, equa e decentralizzata, in condizioni di qualità e velocità adeguate, cui corrisponde il dovere dello Stato di superare le barriere all'accesso e all'uso dello spazio digitale e ai dispositivi e alle infrastrutture di rete, e) un inedito sistema integrale di cure e assistenza finalizzato ad assistere la persona «*desde el nacimiento hasta la muerte*» ed in particolare un sistema pubblico, solidale e universale di assistenza ai lattanti, ai bambini e agli adolescenti, agli anziani, alle persone con disabilità, in situazioni di dipendenza, e alle persone affette da malattie gravi o terminali.

Ancora, la proposta di Costituzione pone al centro lo Stato, regolatore, prestatore e promotore⁵⁴, che riprende il controllo delle risorse naturali lungamente lasciate al controllo e allo sfruttamento economico dei privati, innovandone lo statuto giuridico nel senso della loro pubblicizzazione e funzionalizzazione all'interesse comune; così va letta la proposta di statuto

⁵³ Questa la riflessione di J.J. Romero nel Foro Constitucional della Pontificia Universidad Católica de Chile, intitolata «*El rol de la economía en el proyecto de nueva Constitución*», consultabile al link: <<https://foroconstitucional.uc.cl/2022/08/26/el-rol-de-la-economia-en-el-proyecto-de-nueva-constitucion/>>.

⁵⁴ *Ibidem*.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

costituzionale delle acque, che prevede la cessazione della proprietà privata e la previsione che «*las autorizaciones de uso de agua serán otorgadas por la Agencia Nacional del Agua, de carácter intransferible, concedidas basándose en la disponibilidad efectiva de las aguas, y obligarán al titular al uso que justifica su otorgamiento*», come anche la previsione di uno statuto costituzionale dei minerali – considerata la rilevanza dell’attività mineraria sul reddito nazionale, che ne rappresenta il 10 per cento⁵⁵ – che attribuisce allo Stato «*el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas y las sustancias minerales, metálicas, no metálicas y los depósitos de sustancias fósiles e hidrocarburos existentes en el territorio nacional*».

Oltre al riconoscimento del vasto catalogo di diritti culturali, ambientali e sociali fin qui segnalati, deve riconoscersi che la Convenzione ha conservato un approccio intersezionale al momento di dare riconoscimento e tutela alle identità minoritarie e alle categorie storicamente vulnerabili. Nel testo si trovano riferimenti normativi alla povertà e alle disuguaglianze economiche, al divario di genere, alla diversità sessuale, alle disabilità, alle condizioni dei popoli indigeni, dei bambini e degli adolescenti, degli anziani, dei malati gravi o terminali, dei rifugiati e dei richiedenti asilo, e ciascuna delle categorie oggetto di attenzione e tutela nel testo è calata nella realtà storica, sociale, culturale ed economica del Paese, che, plasmata dalle politiche neoliberali che hanno favorito la concentrazione del potere economico e il divaricarsi di forti disuguaglianze, da un sistema istituzionale elitario e da un modello politico anti-maggioritario, bloccato dai *cerrojos constitucionales*, ha contribuito all’acutizzazione dei fenomeni di esclusione e marginalizzazione sociale di talune categorie e all’assetto esistente del potere.

La Convenzione ha operato nella piena consapevolezza che le relazioni di potere esistenti, le esperienze di privilegio, esclusione, subordinazione e vulnerabilità sono storicamente determinate e tra loro interrelate e su queste si possa agire solo con un approccio integrato: sul piano metodologico, l’intersezionalità comporta l’impegno di raggiungere l’eguaglianza sostanziale considerando la globalità delle situazioni di oppressione e delle strutture di potere che impattano sulla vita delle categorie storicamente svantaggiate abbandonando gli universalismi e massimizzando il riconoscimento delle relazioni di potere prodotte ai diversi livelli della vita

⁵⁵ Cfr. Servicio Nacional de Geología y minería, *Anuario de la minería de Chile 2020*, disponibile al link: <https://www.sernageomin.cl/pdf/anuario_de_%20la%20Mineria_de_Chile_2020_290621.pdf>.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

sociale attraverso una relazione ricorrente, partecipativa, dialogante tra i gruppi sociali e gli organi dello Stato⁵⁶.

Come segnalato di recente da eminente dottrina, la proposta di Costituzione contemplava una visione olistica e integrata della persona e della vita, che pone al centro l'autonomia della persona, ma al contempo riconosce l'interdipendenza con le altre, perseguendo un obiettivo di giustizia interculturale⁵⁷, e portando così a completa maturazione i principi del *Caring State*⁵⁸.

5. Dai cerrojos constitucionales alle bases constitucionales? Il nuovo processo costituente tra realismo politico e deriva tecnocratica

Immediatamente dopo il plebiscito del 4 settembre, il Presidente Borich ha espresso la volontà di non disperdere le energie e le sinergie maturate nel biennio costituente, avviando da subito le discussioni e le negoziazioni per l'avvio di un nuovo processo che superasse le criticità del precedente.

Dopo novantotto giorni di negoziazioni, che hanno coinvolto tutto l'arco parlamentare, si è giunti alla sottoscrizione del cosiddetto *Acuerdo por Chile*, firmato da quindici partiti⁵⁹, nel quale si sono fissati i principi procedurali, gli organi e l'*iter* di un nuovo processo costituente, da avviarsi e concludersi nell'anno 2023, ed i principi fondamentali della nuova proposta di Costituzione.

L'accordo rappresenta un momento di cesura rispetto all'approccio delle forze della sinistra parlamentare nel corso dell'abortito processo

⁵⁶ Cfr. K. Davis, *Intersectionality as buzzword.. A sociology of science perspective on what makes a feminist theory successful*, in *Feminist Theory*, 2008, n. 1, p. 71.

⁵⁷ Così, letteralmente, S. Bagni, "Era un gioco, non era un fuoco", cit., p. 7.

⁵⁸ Nell'elaborazione teorica, il *Caring State* rappresenta una forma di Stato derivante dall'evoluzione del *Welfare State*. Rifiutando il modello neoliberale dominante, il *Caring State* considera i bisogni dell'uomo in prospettiva olistica, includendo aspetti culturali derivanti dalla tradizione ancestrale ed emozionali, diritti collettivi e diritti di nuove soggettività, come la natura. Si veda, in particolare, S. Bagni, *Dal Welfare State al Caring State?*, in S. Bagni (a cura di), *Dallo Stato del benessere allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Bologna, 2013, p. 19 ss.

⁵⁹ Udi, Renovación Nacional, Evopoli, Partido Demócrata Cristiano, Partido Radical, Partido Liberal, Partido Socialista, Partido Comunista, Partido por la Democracia, Partido Comunes, Partido Federación Regionalista Verde Social, Convergencia Social, Revolución Democrática, Acción Humanista.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

costituente: la negoziazione con la maggioranza delle forze politiche in Parlamento costituisce l'esito della presa di coscienza della assoluta assenza della politica e dell'attitudine alla negoziazione ai fini del raggiungimento di proposte di ampia convergenza nel corso del precedente biennio costituente, che ha rappresentato la prima delle criticità dei lavori di una *Convención Constitucional* gremita di indipendenti vicini alle sinistre, che hanno ritenuto di potere fare a meno della mediazione con le forze conservatrici, così rinnegando la necessità di una Costituzione di consenso espressa nell'*Acuerdo* del 2019 e dando vita ad una proposta che, pur rappresentando un avanzato punto di approdo del nuovo costituzionalismo andino, si qualifica, rispetto alle esigenze manifestate dalla società cilena, più come un tentativo di rifondazione dello stato su basi identitarie che come risposta alle esigenze manifestate dalla società civile⁶⁰.

Come nel 2019, all'accordo è seguita la presentazione alle Camere di una proposta di revisione costituzionale finalizzata ad introdurre nel testo una nuova procedura di riforma della Carta del 1980 profondamente differente sul piano sostanziale e procedurale dal modello precedente, approvata in ultima lettura dal Senato e pubblicata come Legge n. 21.533 del 17 gennaio 2023.

Quanto al piano strutturale, l'accordo e il successivo progetto di riforma costituzionale, in aperta antitesi con i riferimenti ad un processo «inobjetablemente democratico» contenuti nell'intesa del 2019, ritenendo che la scrittura di una Costituzione richieda «un nivel de profesionalismo, contar con expertos y expertas», prevedono che della revisione sia incaricato un *Consejo Constitucional* composto da 50 membri, eletto direttamente dal corpo elettorale con la formula prevista per l'elezione del Senato e che a questo si accosti una *Comisión Experta*, composta da 24 professionisti ed accademici, 12 eletti dalla Camera dei Deputati e 12 dal Senato.

Visto il rilievo incidente della Commissione di esperti nel processo, può affermarsi che la capacità di redazione di una proposta di Costituzione da parte del Consiglio costituzionale in autonomia e in risposta alle esigenze manifestate dal corpo elettorale sia fortemente limitata. Anzitutto si prevede che un primo progetto di Costituzione che funga da base per la discussione e redazione del testo definitivo debba essere redatto dalla Commissione, prima ancora che il Consiglio sia eletto; si dispone altresì che i membri della Commissione, una volta eletto il Consiglio, partecipino ai lavori in ogni fase con diritto di parola. Suscita altresì interesse il meccanismo di approvazione

⁶⁰ Cfr. C. Aliaga, *op. cit.*

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

della proposta: l'accordo prevede infatti che la proposta deliberata dal Consiglio sia sottoposta alla Commissione di esperti, la quale dovrà formulare osservazioni da sottoporsi al voto del Consiglio, ma il punto cruciale è che la disciplina del voto è assai sbilanciata a favore dell'organo tecnico: se da un lato per approvare le osservazioni della Commissione si richiedono i 3/5 dei voti del Consiglio, per respingerle sono invece necessari i 2/3, e tutte le proposte né respinte, né approvate devono essere sottoposte alla discussione ed al voto di una Commissione mista, composta da 6 membri del Consiglio e 6 della Commissione di esperti, che delibererà con maggioranza di 3/5. Nel caso in cui i lavori della Commissione mista non dovessero avere esito positivo, la Commissione di esperti dovrà ripresentare, entro 5 giorni, una nuova proposta al *Consejo Constitucional*.

Emerge così chiaramente il ruolo di impulso, controllo e proposta della Commissione di esperti sull'attività del Consiglio che però a ciò non si limita, giacché il rigetto di una osservazione dell'organo tecnico da parte del Consiglio non si traduce nella sua semplice dismissione, bensì nell'attivazione di un procedimento conciliativo, di natura paritaria, al cui eventuale fallimento è nuovamente la Commissione di esperti a controllare il processo: si invero così per certi aspetti il modello della *Convención mixta constitucional* rigettata nel *plebiscito* del 2020, integrata però di un organo pressoché totalmente carente di legittimazione democratica.

Si aggiunga che, ancora in antitesi rispetto al processo costituente passato, i seggi riservati alle popolazioni indigene non sono predeterminati dentro il numero totale dei membri del Consiglio – come è accaduto nel 2020 con la *Ley de escaños reservados*, che riservava un numero fisso di 17 seggi rispetto ai 155 della *Convención* – ma si attribuiscono in funzione della proporzione della partecipazione indigena rispetto alla partecipazione elettorale generale: così, nel caso in cui la somma dei voti emessi per la circoscrizione nazionale indigena dovesse essere pari o superiore all'1,5 per cento dei voti emessi nella totalità delle circoscrizioni elettorali generali, si attribuirà un seggio riservato, se la somma dovesse essere pari o superiore al 3,5 per cento, si attribuiranno due seggi riservati in totale, e ogni due punti percentuali oltre il 3,5 per cento si attribuirà un seggio addizionale alla circoscrizione indigena.

Non può non guardarsi tale previsione come un tentativo di ridurre il peso dei popoli indigeni nella deliberazione della nuova proposta e di più di subordinarne l'attribuzione di seggi non solo alla affluenza nella circoscrizione indigena nazionale, quanto alla affluenza nelle sedici circoscrizioni non indigene del Paese, e dunque alla partecipazione generale:

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

anche solo ipotizzando che l'affluenza indigena e l'affluenza generale restino inalterate rispetto alle elezioni della Convenzione del 2021 – attestatesi l'una al 22 per cento, con poco più di 200 mila voti e l'altra al 43 per cento – l'effetto sul numero di seggi riservati sarebbe rilevante, con i seggi indigeni che passerebbero dall'11 per cento che rappresentavano rispetto ai 155 seggi della Convenzione al 4 per cento nel Consiglio, e anzi, a fronte di una partecipazione generale più intensa e mantenendo stabile i numeri della partecipazione indigena, il rischio è che i seggi riservati siano al massimo due.

Anche con riguardo ai meccanismi di partecipazione popolare è possibile segnare un passo indietro rispetto all'ambizioso sistema posto in essere dalla Convenzione: posto che l'accordo e la legge di riforma costituzionale del 2020 non avevano previsto forme di partecipazione al processo costituente, introdotte solo successivamente dapprima in via informale e poi nell'apposito regolamento di cui si è detto sopra, la legge sul nuovo processo costituente limita invece in misura considerevole l'autonomia del futuro *Consejo Constitucional* nel dare corso a un processo partecipativo ugualmente ambizioso, giacché pur disponendo che il Regolamento del Consiglio «contemplará mecanismos de participación ciudadana, la que tendrá lugar una vez instalado el Consejo Constitucional», in una scelta quanto mai eccentrica ne pone il coordinamento in capo alla *Universidad de Chile* e alla *Pontificia Universidad Católica de Chile* «a través de fórmulas que permitan la participación de todas las universidades acreditadas».

Ora, pur riconoscendo il contributo che le istituzioni universitarie hanno dato nel tempo al dibattito sulla nuova Costituzione, e la loro centralità nel dibattito pubblico, nonché la capacità innegabile di fungere da incubatori e catalizzatori di partecipazione, non può negarsi il carattere elitario che un tale processo rischia di avere – ancor più considerando che uno dei due atenei è privato – così come la potenziale difficoltà di coordinamento tra le Università capofila e l'organo costituente al momento di processare e sistematizzare gli esiti della partecipazione ai fini dei lavori. La circostanza per cui la legge preveda che i meccanismi di partecipazione popolare debbano contemplare l'iniziativa popolare di norma, oltre a confermare il successo che un tale strumento ha dimostrato nell'ambito dei lavori della *Convención*, dice poco rispetto alle modalità e ai tempi con le quali tale strumento potrà essere implementato, soprattutto se si tiene in considerazione la diversa natura del nuovo processo costituente, che non è

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

controllato dall'organo elettivo, il quale, peraltro, come si è visto, non redigerà in solitaria la proposta di Costituzione⁶¹.

A fronte, dunque, della paradigmatica esperienza di partecipazione costituente del passato biennio, che ha per molti aspetti segnato un nuovo *standard* nel costituzionalismo mondiale, le forze politiche firmatarie del nuovo accordo hanno optato per un processo partecipativo tecnico, potenzialmente elitario e di natura prevalentemente consultiva, non coordinato dall'organo costituente.

E tuttavia, la partecipazione popolare al processo costituente non sarà la sola questione sulla quale il *Consejo Constitucional* non avrà il controllo, giacché i lavori dell'organo saranno retti da un regolamento a questo indisponibile, elaborato da una commissione bicamerale e poi approvato dalla Camera e dal Senato con maggioranza dei 4/7. Tale previsione rappresenta, assieme alle *bases constitucionales* delle quali si dirà più avanti, la più grande limitazione nel mandato del Consiglio.

E di fatto, i timori per una eccessiva compressione del ruolo del *Consejo* rispetto alla Commissione esperta si confermano a leggere il Regolamento approvato definitivamente dalle Camere a fine gennaio, che limita fortemente i poteri dei consiglieri eletti rispetto alla Commissione, la quale assurge ad organo centrale del processo costituente, con diritto di partecipare e intervenire oralmente a tutti i lavori del Consiglio, in *Pleno* o nelle commissioni. Ciò risponde a una volontà di coordinamento e integrazione nei lavori che trova pieno compimento nella disposizione

⁶¹ Il Regolamento approvato dalle Camere prevede, in particolare, a) l'iniziativa popolare di norma – che di fatto assume la natura di iniziativa popolare di proposta emendativa alle proposte presenti nella bozza approvata dalla Commissione esperta – da presentarsi attraverso una apposita piattaforma digitale, entro trenta giorni dall'installazione del Consiglio, e che, per essere presa in considerazione dovrà raggiungere le 10 mila firme da almeno 4 regioni del Paese; b) le udienze pubbliche di gruppi e organizzazioni della società civile nelle Commissioni del Consiglio costituzionale ovvero, qualora questo determini diversamente, nelle Università accreditate; c) i dialoghi popolari deliberativi, rappresentativi o aperti; c) la *consulta ciudadana*, un nuovo meccanismo virtuale di dibattito su specifiche questioni sottoposte dalla segreteria esecutiva per la partecipazione. Si tratta dunque di una selezione dei meccanismi di partecipazione popolare introdotti dalla *Convención Constitucional*. Deve tuttavia segnalarsi la ristrettezza dei tempi della partecipazione (tutti di fatto ridotti a un mese dall'installazione del Consiglio) nonché, ancora, come il Consiglio non sia l'organo che governa il processo partecipativo. Tutto ciò può condurre, assieme alla ristretta autonomia del Consiglio nell'elaborazione delle norme, ad una incidenza assai bassa della partecipazione nella deliberazione costituente, riducendo il tutto ad una mera consultazione. Si aggiunga che, a differenza del processo costituente passato, non si prevedono meccanismi *ad hoc* tesi a favorire la partecipazione indigena.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

regolamentare che istituisce una segreteria tecnica e un segretario generale unico per entrambi gli organi⁶², nonché nell'articolato procedimento di approvazione delle osservazioni della Commissione esperta da parte del Consiglio già descritta sopra, che finisce per fare prevalere la volontà tecnica a quella popolare.

Guardando all'esperienza costituente appena conclusa, si ha modo di constatare come proprio nei tre regolamenti principali (*Reglamento general de la Convención, Reglamento de participación y consulta indígena, Reglamento de mecanismos, orgánica y metodologías de participación y educación popular constituyente*) si è dato l'impulso ai principi e ai meccanismi più innovativi dell'intero processo; basti pensare all'art. 2 del *Reglamento General*, contenente i principi dei lavori della Convenzione e che ha per la prima volta fissato, tra gli altri, i principi di plurinazionalità, interculturalità, partecipazione incidente, partecipazione indigena, la prospettiva di genere e socio-ecologica⁶³.

Può dunque dirsi che il dibattito regolamentare ha rappresentato il momento di prima concretizzazione dell'approccio radicalmente innovativo della *Convención*.

Così, in un processo costituente come quello di prossimo avvio, che è integralmente governato dalle forze politiche firmatarie dell'accordo tanto sul piano procedurale quanto su quello sostanziale, proprio alla luce dell'esperienza precedente, queste hanno ritenuto, al momento di disciplinare le modalità di approvazione del regolamento del nuovo organo, di limitare eventuali spinte innovatrici e potenzialmente idonee a derogare ai principi dell'accordo.

Ancora in discontinuità con il processo costituente del biennio passato – il cui accordo fondativo, all'infuori del determinare un quorum deliberativo dei 2/3, non limitava in alcun modo proceduralmente o materialmente l'attività della *Convención* – il nuovo accordo, con la finalità di

⁶² Art. 93 e ss. del *Reglamento del proceso constituyente*.

⁶³ Tali principi, che non potranno che essere assenti nel dibattito e nel testo della proposta di Costituzione per via della profonda diversità del nuovo processo costituente, guidato dai partiti politici e che limita i lavori del Consiglio attraverso le *bases constitucionales*, non sono presenti nel Regolamento del nuovo processo approvato dalle Camere; né sono presenti riferimenti, se non isolati, alla necessità di inclusione dei gruppi storicamente marginalizzati (di fatto l'unico riferimento si trova nell'ambito della disciplina dei lavori della *Secretaría Ejecutiva de participación ciudadana*, alla quale è richiesto, nel prevedere le modalità esecutive dei meccanismi partecipativi, *che* «en esas tareas propenderá a la inclusión de grupos o personas habitualmente excluidas de la discusión pública»).

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

contenere gli sforzi rifondativi rilevati nei lavori della Convenzione costituzionale, fissa i principi cui l'attività del costituente dovrà adeguarsi.

Tra le *bases constitucionales* dell'accordo si rileva il rifiuto della plurinazionalità e dell'interculturalità, in favore di un modello multiculturale, con il mero riconoscimento dei popoli indigeni, il rispetto e la promozione dei loro diritti e delle loro culture, l'abbandono della proposta regionale ed il ritorno al modello unitario decentralizzato, la degradazione della questione climatica e della disciplina a tutela dell'ambiente attraverso il passaggio dallo stato "ecologico" al mero impegno costituzionale alla conservazione ed alla cura della natura e della biodiversità, il riferimento alla protezione del diritto alla vita, pienamente in linea con gli sforzi della destra anti-abortista a fronte dell'inclusione del diritto all'aborto nella proposta dello scorso anno, nonché il diritto dei genitori a decidere sull'educazione dei propri figli, da cui traspare un rigurgito neoliberista teso a favorire l'istruzione privata.

Il lavoro del *Consejo* – e per certi versi della Commissione esperta – è viepiù limitato dalla istituzione di un *Comité técnico de admisibilidad*, composto da 14 giuristi di riconosciuto prestigio, eletti dal Senato con una maggioranza dei 4/7 sulla base di una lista proposta dalla Camera dei deputati, cui è attribuita la funzione di vagliare la compatibilità delle proposte di norma costituzionale approvate dal Consiglio con le *bases constitucionales* contenute nell'accordo, su ricorso di 1/5 del *Consejo Constitucional* o 2/5 della *Comisión experta*; il *Comité* decide motivatamente sui ricorsi con maggioranza assoluta entro tre giorni, con obbligo, nel caso in cui il ricorso censuri l'omissione di una delle *bases* dell'accordo tra le norme approvate, di richiedere alla Commissione di esperti di elaborare una proposta sulla specifica questione omessa, da rimettere al Consiglio per l'approvazione secondo le norme generali.

Dalle riflessioni fin qui svolte emergono plasticamente i caratteri essenziali di due processi costituenti profondamente diversi. Il primo è stato un processo governato dall'attivismo di sinistra indipendente dai partiti tradizionali, che si è valso della *hoja en blanco*⁶⁴ lasciata dall'accordo del 2019

⁶⁴ Con l'espressione *hoja en blanco* si è fatto riferimento, fin dall'approvazione dell'*Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución*, alla circostanza per cui l'attività dell'organo costituente è stata configurata come totalmente libera nella determinazione dei contenuti del nuovo testo, non essendo previsti principi sostanziali o procedurali, bozze o testi base, a limitare le deliberazioni. L'*Acuerdo* e la successiva legge di riforma costituzionale, prevedevano esclusivamente che il Regolamento di votazione e le norme costituzionali fossero approvate dai 2/3 dell'organo eletto (Convenzione mista o

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

per costruire, attraverso meccanismi partecipativi senza precedenti, un testo profondamente innovativo per la società cilena attuale, con una forte connotazione ideologica, radicato nel *nuevo constitucionalismo latino*, prodotto del disconoscimento della politica tradizionale e del rigetto del compromesso a favore del massimalismo. Il processo che si avvia, invece, sorto su impulso del Governo, pare orientato a superare gli errori del recente passato, alla ricerca del più ampio consenso nell'arco parlamentare al fine di costruire un testo di mediazione, dalle basi giuridiche concordate e poste a limite dei lavori dell'organo costituente, fortemente ridimensionato sul piano procedurale e sostanziale.

Pare dunque riconoscersi la necessità di un ritorno della politica nel momento costituente, la grande assente nel passato biennio, al fine di costruire consenso dentro e fuori l'organo costituente, per dare legittimità formale e sostanziale alla nuova Costituzione.

C'è tuttavia da chiedersi se da quell'eccesso di indeterminazione e di autonomia dei lavori della *Convención* compendiata nella *hoja en blanco*, da quell'esperienza civica e partecipativa che la politica non ha controllato, si sia passati, con la stipula del recente *Acuerdo por Chile* e la conseguente riforma costituzionale, all'eccesso opposto, che rischia di trasformare un momento di rifondazione tanto atteso dalla società cilena in un percorso orientato verso un modello assai meno ambizioso e non distante dall'attuale.

A ben guardare, il mandato popolare del futuro *Consejo Constitucional* è limitato fortemente dalle *bases constitucionales* fissate nell'accordo e dai vincoli procedurali che ne subordinano l'attività ad organi tecnici e alla deliberazione regolamentare delle Camere.

Ben diversamente da ciò che accadeva nel 2020, quando il potere costituito restituiva al popolo il potere costituente originario di cui era stato privato per trent'anni⁶⁵, il potere costituito, con uno spirito non meno

Convenzione Costituzionale che fosse, ex art. 133 comma 3 Cpr come riformato dalla legge 21.200) e, che il testo dovesse rispettare «*el carácter de República del Estado de Chile, su régimen democrático, las sentencias judiciales firmes y ejecutoriadas y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*» (art. 135 Cpr come riformato dalla Legge 21.200).

⁶⁵ F. Zuñiga Urbina - E. Alvarado Parra, *Nueva Constitución y política constitucional*, Toronto, 2021, p. 16 ss. Per una visione generale si veda la teoria della post-sovranià contenuta in A. Arato, *The Adventures of The Constituent Power: Beyond Revolutions?*, Cambridge, 2017, che identifica un processo costituente come una sequenza di stadi nel quale operano diversi soggetti che contribuiscono a quel processo e lo portano gradualmente a compimento, nonché, M. Goldoni *Il momento ordinante: la costituzione e la genesi dell'ordine*, in M. Goldoni (a cura di), *La teoria del potere costituente*, Macerata, p. 11 ss.

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

massimalista di quello che si attribuiva alla *Convención*, ha superato gli errori del processo costituente appena chiuso rinnegandone pressoché integralmente i fondamenti, ha legittimato sé stesso, fissando i limiti sostanziali della nuova nella vecchia Costituzione *pinochetista*, limitando l'espressione della sovranità popolare alle decisioni e alle procedure del potere costituito.

All'illusione maggioritaria che ha guidato l'afflato rifondativo della Convenzione è subentrato il realismo politico del Governo, che con alta probabilità restituirà al Cile una nuova Costituzione democratica; non può negarsi però che l'eredità del momento costituente aperto con l'*estallido social* finisca nell'angolo, nonostante abbia insegnato molto al costituzionalismo di come un processo costituente può essere, di come non debba essere, e di quanto possa ispirare.

ABSTRACT: The paper examines the reasons for the rejection of the Constitution draft approved by the Constitutional Convention in the plebiscite of September 4, 2022, through a reconstruction of the electoral outcomes, the political environment, and the work of the Convention. The study highlights how, despite the rejection, many innovations were brought in the constituent process, which represents a legacy for the new Latin constitutionalism (Ncl) and the entire global constitutional debate. Finally, a procedural and substantive analysis of the new constituent process, begun with the *Acuerdo por Chile* of December 2022, is undertaken, highlighting its differences and critical points as compared to the constituent experience that preceded it.

KEYWORDS: diritto comparato – processo costituente – Cile – democrazia – democrazia costituzionale

Giuseppe Naglieri

*Il momento costituente cileno, tra majority illusion e Realpolitik:
come un processo costituente può essere, come non deve essere e quanto può ispirare*

Giuseppe Naglieri – Dottore di Ricerca in Principi giuridici ed istituzioni fra mercati globali e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Bari Aldo Moro; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Málaga (giuseppe.naglieri@uniba.it)

Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo. Note comparatistiche *

Rosalba Potenzano

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. La direttiva (UE) 2019/771 per un mercato unico digitale e circolare - 3. La responsabilità del venditore per difetto di durabilità. - 4. Difetto di durabilità e obsolescenza precoce. Nozione e caratteri distintivi. - 4.1. Difetto di durabilità e obsolescenza tecnologica. - 4.2. Difetto di durabilità e obsolescenza indiretta. - 4.3. Difetto di durabilità e obsolescenza programmata. - 5. Uno sguardo al modello straniero. La «durability» nel *Consumer Rights Act 2015*. - 6. L'informazione sulla durabilità dei prodotti. Verso una garanzia di conformità funzionale all'adozione di modelli di produzione e consumo sostenibili. - 7. Un esempio virtuoso. Gli obblighi informativi sulla «durabilité» in Francia. - 8. La (deludente) prospettiva *de iure condendo* europea.

1. Introduzione

Il nuovo quadro normativo europeo che regola la garanzia legale nei contratti di vendita dei beni di consumo¹ costituisce una tappa fondamentale per l'adattamento del diritto dei consumatori alla transizione digitale del mercato unico². La direttiva che, a distanza di un ventennio, ha innovato la suddetta materia ha inteso, infatti, stimolare lo sviluppo del commercio elettronico, quale «motore di crescita chiave nel mercato interno»³, mediante l'adozione di un nucleo di regole pienamente armonizzate⁴, atte a impedire che - come accaduto con la precedente, abrogata disciplina⁵ - le differenze tra

* L'articolo è stato realizzato con il cofinanziamento dell'Unione europea - FSE, PON Ricerca e Innovazione 2014-2020 - DM 1062/2021. L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ Il riferimento è alla direttiva 2019/771/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, «relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita di beni, che modifica il regolamento 2017/2394/UE e la direttiva 2009/22/CE e che abroga la direttiva 1999/44/CE», adottata il 20 maggio 2019 ed entrata in vigore in tutti gli Stati Membri il 1° gennaio 2022.

² Cfr. Commissione europea, *Un "New Deal" per i consumatori*, COM(2018) 183 final, p. 2.

³ Direttiva 2019/771/UE, considerando n. 4.

⁴ Direttiva 2019/771/UE, art. 4.

⁵ Nel recepire l'abrogata Direttiva 99/44/CE in tema di garanzia nella vendita di beni di consumo, non tutti gli Stati membri si sono mantenuti entro gli standard minimi europei, intervenendo sulla gerarchia dei rimedi (così in Croazia, Grecia, Lituania, Slovenia e Portogallo, dove il consumatore poteva richiedere la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo, senza prima cercare il ripristino della conformità del prodotto); estendendo il periodo biennale della garanzia (Svezia, Regno Unito, Irlanda, Finlandia e Paesi Bassi) o quello semestrale di inversione dell'onere della prova a favore del consumatore (Francia, Polonia e Portogallo); ovvero escludendo l'onere di denunciare al venditore il

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

le legislazioni nazionali in tema di garanzia legale per difetto di conformità dei prodotti, oltre a frammentare il grado di protezione offerto al consumatore europeo, disincentivassero gli scambi commerciali tra gli Stati membri, sia in presenza che in rete⁶.

L'introduzione di una regolazione (almeno in parte⁷) uniforme in tema di garanzia postvendita ha inteso perseguire, però, anche un secondo fondamentale risultato, il quale (come è stato chiarito nei successivi programmi di investimento europei⁸) è strettamente legato alla promozione della transizione digitale del mercato unico. Il riferimento è, in particolare, alla realizzazione di un'economia capace di crescere, in modo equo, entro i limiti delle risorse disponibili e mantenere, quanto più a lungo possibile, il valore dei beni, nonché dei materiali e delle risorse impiegate per

difetto di conformità entro il termine di due mesi (Austria, Francia, Grecia, Germania, Polonia, Irlanda e Regno Unito).

⁶ Il 42% dei dettaglianti che vendono 'faccia a faccia' e il 46 % dei dettaglianti che utilizzano i canali di vendita a distanza ritengono che i costi connessi al rispetto del diritto dei consumatori e dei contratti costituiscano uno dei principali ostacoli alle vendite transfrontaliere. Per il 72 % dei consumatori, le divergenze tra i diritti dei consumatori in caso di prodotti difettosi sono molto importanti al momento di prendere decisioni riguardanti gli acquisti in presenza, in un altro paese dell'UE (cfr. *Report of the Fitness Check on Consumer and Marketing Law*, SWD(2017) 209 final, visibile su <https://ec.europa.eu/newsroom/just/items/59332>).

⁷ Sul carattere ambivalente dell'armonizzazione massima offerta dalla nuova direttiva, la quale, di fatto – in linea con la normativa precedente – permette ai legislatori nazionali di modellare le rispettive discipline nazionali in tema di garanzia (consentendo, ad esempio, l'estensione della sua durata biennale o del periodo annuale di inversione dell'onere probatorio, nonché l'introduzione di un termine di decadenza per denunciare il difetto), si vedano le osservazioni puntuali di A. Barenghi, *Osservazioni sulla nuova disciplina delle garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Contratto e impresa*, 2/2020, 806 ss.; S. Pagliantini, *Contratti di vendita di beni: armonizzazione massima, parziale e temperata della Dir. UE 2019/771*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, 217 ss.; G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina delle vendite mobiliari B-to-C: L'attuazione della Dir. UE 2019/771*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2021, 205 ss.; e, nella dottrina straniera, J. Morais Carvalho, *Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services – Overview of Directives 2019/770 and 2019/771*, 8(5) *Journal of European Consumer and Market Law* 194 (2019); J. Vanherpe, *White Smoke, but Smoke Nonetheless: Some (Burning) Questions Regarding the Directives on Sale of Goods and Supply of Digital Content*, 2 *European Review of Private Law* 251 (2020); D. Staudenmayer, *The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy*, 2 *European Review of Private Law* 219 (2020).

⁸ La promozione di una duplice transizione, digitale e sostenibile, del mercato unico è l'obiettivo principale del programma *Next Generation EU*, adottato dalla Commissione europea nel 2021 per superare gli effetti prodotti dalla pandemia di Covid 19. L'idea di fondo è quella di promuovere una crescita economica a impatto zero, cioè climaticamente neutra, entro il 2050, anche grazie alla digitalizzazione, la quale consente di instaurare un'economia equa e inclusiva, nei limiti delle risorse disponibili (cfr. Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare*, COM(2020) 98 final, p. 2, 19), nonché «accelerare e massimizzare l'impatto delle politiche per affrontare i cambiamenti climatici e proteggere l'ambiente» (Commissione europea, *Il Green Deal europeo*, COM(2019) 640 final, p. 10).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

produrli, evitando ogni spreco⁹. Proprio allo scopo di consentire il «raggiungimento di modelli di consumo più sostenibili e un'economia circolare»¹⁰, la direttiva (UE) 2019/771 ha incluso, per la prima volta, la «durabilità» tra gli attributi che compongono - secondo la nuova terminologia legislativa, la quale opera una distinzione tra due ordini di caratteri (e di difetti) dei beni di consumo¹¹ - i requisiti oggettivi di conformità di questi ultimi; requisiti, cioè, che ogni consumatore può legittimamente attendersi dall'oggetto all'atto della sua consegna da parte del venditore, senza che occorra una pattuizione contrattuale a riguardo.

Come chiarito al considerando 32 della direttiva, la previsione di una garanzia in grado di vincolare, *ex lege*, il venditore a rimediare alla mancanza di durabilità dei prodotti opera in sinergia con le norme che impongono (*ex ante*) alle imprese di immettere nel mercato degli oggetti che, sin dalla fase di progettazione, soddisfino una certa aspettativa di vita¹². Al pari di queste ultime, infatti, la suddetta garanzia contribuirebbe a una progressiva estensione della durata di tutti i beni (e non solo di quelli riconducibili a particolari categorie merceologiche, regolate da una normativa

⁹ La realizzazione di un'economia prospera, ecologica e altamente tecnologica (c.d. circolare) richiede un abbandono del tradizionale modello industriale volto ad accrescere, in maniera lineare, la produzione e il consumo, in favore di condotte di produzione e consumo responsabili, atte a preservare il valore dei prodotti lungo l'intero ciclo di vita, con operazioni di riuso, riparazione e riciclo (cfr. Commissione europea, *L'anello mancante – Piano d'azione dell'Unione europea per l'economia circolare*, COM (2015)614 final). Si tratta di un'ambizione non soltanto europea, ma, piuttosto, di respiro internazionale, poiché parte degli Obiettivi di Sviluppo Sostenibile (SDG) dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite (cfr. UN General Assembly, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, A/RES/70/1, 2015, visibile su <https://sdgs.un.org/2030agenda>), alla quale l'Unione medesima ha aderito con la comunicazione del 22 novembre 2016, *Il futuro sostenibile dell'Europa: prossime tappe. L'azione europea a favore della sostenibilità* (COM(2016) 739 final).

¹⁰ Direttiva 2019/771/UE, considerando n. 32.

¹¹ La direttiva 99/44/CE prevedeva, infatti, un generale riferimento alla conformità al contratto, presunta allorché il bene fosse aderente alla descrizione fatta dal venditore, possedesse le qualità e le prestazioni abituali in un prodotto di quel tipo (o del campione o modello presentato all'acquirente prima dell'acquisto) e fosse idoneo all'uso abituale o specifico voluto dal consumatore e accettato dal venditore (Art. 2, par. 2). Pur in mancanza di una esplicita distinzione legislativa tra attributi (e difetti) del prodotto concordati dalle parti (soggettivi) e presenti nella generalità dei beni di quella tipologia (oggettivi), il vizio di conformità si configurava comunque a fronte di un'attenta ponderazione (non chiaramente gerarchizzata) tra tutti questi indici, separatamente considerati, volta a determinare il contenuto dell'obbligazione del venditore di consegnare un bene conforme al contratto (cfr. R. Calvo, *Dalla nozione mista di vizio all'art. 1519-ter c.c.*, in M. Bin, A. Luminoso (a cura di), *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, p. 168).

¹² Il riferimento è, in particolare, alle norme pubblicitarie che pongono sulle imprese degli obblighi di fabbricazione eco-compatibile e di verifica della conformità agli obblighi medesimi per i prodotti connessi all'energia (es. sistemi di illuminazione, riscaldamento e refrigerazione, computer o elettrodomestici), ai sensi della Direttiva eco-design 2009/125/CE.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

armonizzata) che circolano nel mercato interno, senza introdurre nuovi obblighi di produzione per i professionisti¹³.

In previsione della revisione della Direttiva (UE) 2019/771, programmata entro il primo semestre del 2024¹⁴ per «incoraggiare prodotti più sostenibili e circolari»¹⁵, l'analisi che si condurrà nelle pagine seguenti mira a esaminare i principali punti deboli della attuale normativa euro-unitaria, allo scopo di verificare se e a quali condizioni questa possa favorire, in futuro, una maggiore durabilità di tutti i beni di consumo (siano essi acquistati *online* o in presenza, nonché dotati o privi di elementi digitali) per realizzare la piena transizione verso un'economia circolare. Al di là delle enunciazioni di carattere programmatico sopra richiamate¹⁶, la direttiva (UE) 2019/771 non sembra aver consegnato, infatti, ai consumatori europei, almeno *prima facie*, uno strumento in grado di proteggerli da tutti i vizi connaturati nei prodotti che rendono questi ultimi meritevoli di dismissione prima che abbiano esaurito il loro potenziale di vita. Non è chiaro, ad esempio, quale sia il parametro sulla cui base individuare l'arco temporale durante il quale ciascun bene di consumo deve essere in grado di svolgere, in situazioni di uso normale, le proprie funzioni e prestazioni, né se il consumatore possa far valere la garanzia legale allorché lamenti la non riparabilità dell'oggetto, ovvero l'inefficienza dei suoi elementi digitali, conseguente all'installazione o alla mancata fornitura di un aggiornamento del *software* dopo l'acquisto¹⁷. A queste condizioni, appare assai improbabile che la nuova disciplina che regola la garanzia legale dei beni di consumo

¹³ La necessità di intervenire sulla garanzia dei beni di consumo per favorirne la durabilità fu evidenziata, per la prima volta, nel 2013, dal Comitato economico e sociale europeo, in seno al parere *Per un consumo più sostenibile: la durata di vita dei prodotti industriali e l'informazione dei consumatori per ripristinare la fiducia* (2014/C 067/05) e poi, a due anni di distanza, dalla Commissione, nel *Piano d'azione per l'economia circolare* (cit.). In entrambi i documenti fu sottolineata la scarsa attitudine della Direttiva 99/44/CE alla realizzazione degli obiettivi di sostenibilità e suggerita l'estensione, in tutti gli Stati membri, del periodo di garanzia legale e di inversione dell'onere della prova, allo scopo di favorire la produzione di prodotti più duraturi. L'inclusione della «durabilità» tra i criteri di conformità dei beni di consumo fu proposta, invece, nel 2015, dall'Ufficio europeo delle Unioni dei consumatori (BEUC, *Durable goods: More sustainable products, better consumer rights - Consumer expectations from the EU's resource efficiency and circular economy*, visibile su https://www.beuc.eu/media/1000000/1000000069_sma_upa_beuc_position_paper_durable_goods_and_better_legal_guarantees.pdf) e, nel 2017, dal Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs (K. Tonner, R. Malcom, *How an EU Lifespan Guarantee Model Could Be Implemented Across the European Union*, visibile su [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2017\)583121#:~:text=Through%20legal%20research%20and%20stakeholder,limitation%20period%20of%20the%20OSD](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2017)583121#:~:text=Through%20legal%20research%20and%20stakeholder,limitation%20period%20of%20the%20OSD)) e dal Parlamento europeo nella risoluzione *Una vita utile più lunga per i prodotti: vantaggi per consumatori e imprese* (2016/2272(INI)).

¹⁴ Direttiva 2019/771/UE, Art. 25.

¹⁵ Cfr. Commissione europea, *Nuova agenda dei consumatori* (COM(2020) 696 final, Bruxelles, 13.11.2020), p. 10.

¹⁶ Cfr. A. Barenghi, *op. cit.*, p. 808.

¹⁷ *Infra*, par. 4.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

possa perseguire l'obiettivo di accrescere, in modo simultaneo tanto la sostenibilità del mercato unico, quanto il livello di protezione dei consumatori; soprattutto se, così come ha fatto il legislatore italiano¹⁸, essa è recepita dagli Stati Membri, senza adottare, ove possibile, delle disposizioni divergenti da quelle stabilite dal legislatore europeo. Come si dimostrerà nel corso dello studio, un tale ambizioso risultato è conseguibile mediante l'istituto della garanzia legale di conformità, a una condizione: vale a dire, che sul venditore gravi l'obbligo di informare, prima della conclusione del contratto, il consumatore in ordine alla durabilità di ciascun bene di consumo, la quale deve essere intesa in maniera da includere la riparabilità del prodotto e la capacità di aggiornamento del *software* in esso integrato.

L'esperienza maturata in due distinte esperienze nazionali, una di *common law* e l'altra di *civil law*, permetterà di corroborare la validità degli esiti della ricerca.

Dapprima, infatti, si volgerà lo sguardo verso il Regno Unito, quale ordinamento giuridico – ormai esterno all'Unione europea – in cui, da circa un trentennio, la «*satisfactory durability*» è parte integrante degli *implied terms* contrattuali, nonché degli obblighi inderogabili del professionista di consegnare al consumatore un bene conforme, ai sensi della *section 9(3)*, lett. e, del *Consumer Rights Act*. Data la palese aderenza tra la normativa britannica e l'art. 7, par. 1, lett. d, della direttiva (UE) 2019/771, è opportuno approfondire la disciplina che regola il difetto di durabilità nella vendita dei beni di consumo in seno all'ordinamento straniero, in modo da chiarire quale sia la *ratio* a essa sottesa. Il legislatore europeo pare, infatti, aver preso spunto dal suddetto modello anglosassone, il quale, però – lungi dal voler estendere la vita dei beni di consumo, per realizzare gli obiettivi di sostenibilità nazionale – mira a proteggere il consumatore che acquista un oggetto viziato, senza preoccuparsi affatto di contrastare, in maniera efficace, l'obsolescenza precoce dei prodotti¹⁹.

Il proposito da ultimo richiamato è, invece, alla base della disciplina nazionale francese, la quale – nell'ottica di contribuire all'allungamento della vita dei prodotti e favorirne il riuso – pone sul professionista l'obbligo di comunicare al consumatore l'indice di «*durabilité*» dell'oggetto (e dei suoi elementi digitali). Lo scopo è quello di consentire al consumatore medesimo, prima della conclusione del contratto, di poter

¹⁸ Il d.lgs. 4 novembre 2021, n. 170 che ha modificato il codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) trasponendovi fedelmente il contenuto della direttiva europea non prevede, ad esempio, alcun rimedio specifico nel caso di difetto di conformità manifestatosi entro un mese dell'acquisto, non estende il periodo della garanzia oltre i due anni dalla consegna del prodotto, né dispone un'inversione della prova a favore del consumatore superiore a un anno (cfr. artt. 3(7), 10(3) e 11(2), Dir. 2019/771/UE). La principale novità legislativa si registra nell'aver mantenuto un termine prescrizione di ventisei mesi dell'azione del consumatore diretta a fare valere il difetto di conformità, senza l'obbligo di notificare al venditore l'esistenza del difetto stesso entro due mesi dalla sua scoperta (Art. 133(3) cod. cons.). Per una puntuale analisi della nuova disciplina interna si veda G. Capilli, R. Torino, *Codice del Consumo: le novità per i contratti di vendita e fornitura di beni digitali*, Milano, 2022.

¹⁹ *Infra*, par. 5.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

selezionare i beni più duraturi e, al contempo, rilevare, dopo la consegna, il prematuro manifestarsi di un difetto del prodotto²⁰. L'introduzione di un obbligo informativo sulla durabilità favorisce, infatti, l'adozione di condotte di produzione e consumo più responsabile e rafforza, altresì – offrendo ai venditori e agli acquirenti un criterio chiaro e affidabile per accertare l'esistenza di un difetto di conformità del bene di consumo – il livello di protezione assicurato dalla garanzia legale a chi acquista un oggetto che appare precocemente meritevole di dismissione.

La recente proposta di direttiva europea del 30 marzo 2022 per la responsabilizzazione dei consumatori rispetto alla transizione verde²¹ non sembra, tuttavia, prestare sufficiente attenzione all'importanza di rendere edotti i consumatori, prima dell'acquisto, della durabilità del prodotto, la quale, invece, è indispensabile per accrescere l'efficacia protettiva della garanzia di conformità europea nei confronti non solo del singolo acquirente, ma anche dell'ambiente. La proposta legislativa si limita, infatti, a introdurre dei nuovi obblighi informativi precontrattuali per il professionista, inerenti alla disponibilità di pezzi di ricambio o all'esistenza di una garanzia commerciale di durabilità, offerta, su base volontaria, dal produttore²².

2. La direttiva (UE) 2019/771 per un mercato unico digitale e circolare

La direttiva che disciplina la garanzia di conformità nei contratti di vendita di beni di consumo persegue una duplice finalità. Essa intende, infatti, da un lato, stimolare lo sviluppo del commercio elettronico, mediante l'adozione di un quadro normativo favorevole ai consumatori e alle imprese che acquistano e vendono *online* e *offline*²³. D'altro lato – come esplicitato al considerando n. 32 – la suddetta direttiva si propone, altresì, di contribuire all'estensione della durabilità dei prodotti, quale misura necessaria per la transizione verso un'economia circolare.

Tali obiettivi, tra loro interconnessi, non sembrano, però, essere legati da una relazione di proporzionalità diretta. Il mero auspicato aumento delle transazioni *online* tra professionisti e consumatori non favorisce, infatti, *ex se*, il superamento del modello economico lineare. Al pari del commercio tradizionale, anche l'*e-commerce* continua a mantenere in gran parte inalterato lo schema tipico industriale, improntato alla crescita della produzione e del consumo, secondo la regola “prendi-produci-usa-getta”, a prescindere dalle conseguenze inquinanti che l'applicazione di quest'ultima comporta.

²⁰ *Infra*, par. 7.

²¹ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2022/0092 (COM (2022) 143 final) «che modifica le direttive 2005/29/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela delle pratiche sleali e dell'informazione».

²² *Infra*, par. 8.

²³ Cfr. considerando n. 9 e art. 1, Direttiva 2019/771/UE.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

Fatta eccezione per quei prodotti divenuti servizi della società dell'informazione²⁴, il settore delle vendite *online* non incide sui cicli produttivi degli oggetti fisici venduti in rete, né stimola l'adozione di condotte responsabili da parte delle imprese e dei consumatori, le cui abitudini, al contrario, sono state mantenute (se non addirittura favorite) entro un sistema di acquisti a distanza in cui pubblicità, prezzi personalizzati, sistemi di consegna veloce e restituzione della merce in caso di reso incentivano i consumi, aumentando la quantità di rifiuti e di emissioni²⁵. Anzi, proprio l'aumento delle transazioni economiche *online* pare aver generato delle peculiari ricadute ambientali, non sempre evidenti nel commercio *offline* e amplificate dalla rete, quale diretta conseguenza non tanto delle attività analogiche (si pensi ai processi produttivi o alle operazioni di logistica) comunque sottostanti a una vendita telematica di prodotti industriali, ma, piuttosto, degli effetti della rivoluzione digitale sull'organizzazione dell'impresa e sulle caratteristiche di molti beni e servizi²⁶.

Per un verso, infatti, l'*e-commerce* ha creato, di fatto, le condizioni affinché i professionisti potessero offrire a ciascun utente del web, ovunque quest'ultimo fosse ubicato, i loro prodotti, anche quelli che violano le prescrizioni nazionali che ne regolano *ex ante* la fabbricazione, per ridurne l'impatto ambientale²⁷: si tratta di un'eventualità nient'affatto remota²⁸, dal momento che più della metà dei beni

²⁴ L'innovazione digitale ha permesso, infatti, sia di accedere a degli oggetti fisici in modo temporaneo - allorché si tratti di un bene durevole e sottoutilizzato - in condivisione con altri (c.d. *sharing economy*) sia di acquistare sottoforma di contenuti e servizi digitali (si pensi agli *e-book*, ai servizi di *streaming* o *cloud*) dei beni tradizionalmente analogici, come libri, cd e dvd per vedere i film o ascoltare musica e *hard disk*.

²⁵ Cfr. M. Jaller, A. Pahwa, *Evaluating the environmental impacts of online shopping: A behavioral and transportation approach*, 80 *Transport. Res. Part D* 102223 (2020); E. Terry, E. Van Gool, *The Role of European Consumer Regulation in Shaping the Environmental Impact of e-Commerce*, 3 *EuCML* 89 (2021). Secondo alcuni studi, tuttavia, l'inquinamento dovuto al trasporto (perlopiù in aereo e su gomma) del prodotto venduto in rete potrebbe essere bilanciato da una proporzionale riduzione degli acquisti *offline* da parte dei consumatori che comprano *online* (v. Wiese, A., Toporowski, W., Zielke, S., *Transport-related CO2 effects of online and brick-and-mortar shopping: a comparison and sensitivity analysis of clothing retailing*, 17 *Transport. Res. Part D* 473 (2012); in senso contrario, Tu, X., Shi, V., Zhang, M., Lv, G., *The Impact of Residents' Online Consumption on Offline Consumption—An Ordered Probit Semi-Parametric Estimation Method*, 13 *Sustainability* (2021) <https://doi.org/10.3390/su131810047>).

²⁶ Per una puntuale ricostruzione degli effetti della rivoluzione digitale sulla struttura e sulle regole di governo dei mercati e delle imprese v. A. Quarta, G. Smorto, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020.

²⁷ Si pensi, ad esempio, ai beni realizzati all'estero senza tener conto delle specifiche indicate nelle norme europee sulla progettazione eco-compatibile dei prodotti connessi all'energia, di cui alla Direttiva 2009/125/CE e ai relativi regolamenti attuativi della Commissione.

²⁸ Il problema è stato recentemente sollevato dal Parlamento europeo nella risoluzione *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori* del 25 novembre 2020 (2020/2021(INI), par. 9): «molti prodotti immessi sul mercato unico, in particolare quelli venduti da mercati online e importati da paesi non appartenenti all'UE, non rispettano la legislazione dell'Unione relativa ai requisiti di sicurezza e sostenibilità del prodotti».

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

acquistati tramite l'intermediazione delle piattaforme digitali non rispetta la normativa europea in tema di conformità e sicurezza dei prodotti²⁹, la quale include tra le sue finalità anche la protezione dell'ambiente³⁰. Ciò ostacola non soltanto la concorrenza tra le imprese, le quali sono soggette, in definitiva, a dei vincoli differenti per offrire prodotti analoghi nel mercato unico, ma impedisce altresì, in concreto, che in quest'ultimo circolino beni sostenibili e si affermino, tra tutti gli attori del mercato, condotte di produzione e consumo responsabili³¹.

Per altro verso, il commercio *online* ha permesso, altresì, il prodursi di nuove forme di obsolescenza precoce dei prodotti, diverse da quelle già sperimentate dalle imprese in un'economia industrializzata, per evitare la saturazione del mercato³². La capacità dei beni di consumo di soddisfare nel tempo i bisogni degli acquirenti non dipende più ora, infatti, dai soli processi di progettazione e fabbricazione che conferiscono alle componenti fisiche (o *hardware*) dei beni medesimi una certa limitata resistenza³³, né dalla condotta dell'utilizzatore che non cura la manutenzione di questi

²⁹ BEUC, *Is it safe to shop on online marketplaces?*, Bruxelles, 2021 (visibile su <https://www.beuc.eu/reports/it-safe-shop-online-marketplaces>).

³⁰ Così, espressamente, il Regolamento 2019/1020/UE sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti, art. 1.

³¹ Cfr. Parlamento europeo, *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*, cit., parr. 4-5.

³² Le strategie adottate nel tempo dagli imprenditori per stimolare i consumi ed evitare una crisi di mercato connessa sia all'elevata resistenza dei prodotti, in aderenza ai valori sottesi all'originario modello fordista di produzione in serie (sul punto, v. G. Slade, *Made to Break. Technology and Obsolescence in America*, Cambridge, 2006, pp. 30-36), sia all'attitudine dei consumatori a non disfarsi dei beni finché fossero anche solo in parte funzionanti, sono state molteplici (cfr. P.-E. Moyse, *The Uneasy Case of Programmed Obsolescence*, 71 U.N.B.L.J. 61 (2020)). Se la soluzione proposta dal Bernard London nel suo noto lavoro *Ending the Depression through Planned Obsolescence* (New York, 1932) fu quella di attribuire a ogni prodotto una data di scadenza, «pianificata» non dal singolo produttore, ma da una commissione governativa di esperti (al sopraggiungere della quale l'oggetto, funzionante o meno, sarebbe stato ritirato dal mercato e distrutto), furono altre le tecniche messe a punto dalle imprese, per ridurre, in modo diretto e deliberato, la durata di vita dei beni (si ricorda, ad esempio, il cartello *Phoebus* con cui nel 1925 i produttori di lampadine decisero di ridurre la durata da 2500 a 1000 ore), ovvero per indurre, in modo indiretto, i consumatori a disfarsi dei prodotti funzionanti in loro possesso (si pensi al lancio sul mercato di nuovi beni diversi dai precedenti solo per fattori estetici, o al ritiro o alla mancata produzione di pezzi di ricambio).

³³ Il riferimento è alla c.d. *technical product lifespan o lifetime*, cioè, all'arco di tempo (misurato in ore, mesi, anni o cicli di utilizzo) in cui il prodotto è in grado di mantenere una piena funzionalità, in condizioni di uso normale, in ragione delle proprie caratteristiche tecniche. Si tratta di un parametro già utilizzato nella normativa europea che regola alcuni settori industriali (ad esempio, nel regolamento sulla progettazione ecocompatibile della Commissione europea n. 244/2009 sulle lampade domestiche non direzionali), ma non esteso in generale a tutti i settori o prodotti. La durata tecnica di un prodotto può essere, infatti, assai difficile da stimare per gli stessi produttori, posto che diversi fattori possono influenzarla: si pensi alla differenza tra prodotti utilizzati per scopi professionali e domestici i quali, nel primo caso, sono soggetti a un più intenso utilizzo. Sul punto, v. M. Shailendra, B. Tinetti et al., *Material-efficiency Ecodesign Report and Module to the Methodology for the Ecodesign of Energy-related Products (MEErP)*,

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

ultimi o li usa in modo intensivo o scorretto o preferisce – in un’economia caratterizzata da beni caduchi e a basso costo – dismettere con rapidità gli oggetti in suo possesso³⁴, seppur ancora perfettamente funzionanti, riparabili³⁵ o sostituibili con altri di seconda mano³⁶.

L’utilità dei prodotti che circolano in un mercato digitale è dettata, piuttosto, anche dai contenuti e servizi offerti *online* dal professionista dopo la vendita, in assenza dei quali il bene materiale diviene subito privo di ogni utilità³⁷. Entro un mercato siffatto le imprese possono stimolare i consumi mediante delle nuove strategie: non soltanto, dunque, attraverso l’introduzione (ravvicinata e a prezzi contenuti) di prodotti più avanzati di quelli omologhi appena messi in commercio³⁸ o l’interruzione della produzione dei pezzi di ricambio³⁹. Anche la mancata fornitura di aggiornamenti utili

Parigi, 2013, p. 10 visibile su <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/7c3d958d-42cc-4af7-985c-2a3347b66fa8>

³⁴ Il tempo in cui un bene viene utilizzato dal consumatore prima di essere sostituito, senza tener in conto le ragioni di tale scelta, è noto come *service lifespan o lifetime*. Il consumatore potrebbe, infatti, dismettere un prodotto perché sensibile all’acquisto di oggetti nuovi, di ultima generazione o più economici. Per un esame approfondito di tali ipotesi di obsolescenza c.d. «relativa», si rinvia a T. Cooper, *Inadequate Life? Evidence of Consumer Attitudes to Product Obsolescence*, in *Journal of Consumer Policy*, 2004, vol. 24, p. 421 ss.; Id, *The Significance of Product Longevity*, in T. Cooper (ed.) *Longer Lasting Products: Alternatives to the Throwaway Society*, Farnham, 2010, pp. 9, 14-19.

³⁵ Cfr. *Behavioural Study on Consumers’ Engagement in the Circular Economy*, Final Report, October 2018, p. 85, visibile su https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/ec_circular_economy_final_report_0.pdf. Le ragioni sottese alla mancata riparazione di un prodotto non sono sempre chiare, poiché connesse al costo del servizio (eccessivo rispetto al valore del bene), all’oggettiva impossibilità di riparare il prodotto o a una mera preferenza del consumatore, desideroso di acquistare un nuovo bene in sostituzione del precedente, ritenuto obsoleto o ormai fuori moda.

³⁶ Una ragione di stampo culturale sembra essere alla base della tendenza dei consumatori di non adottare pratiche di riuso dei prodotti: «*The main reasons for not having engaged with such practices were that respondents wished to own their products, and generally that they preferred new, unused products*» (*Behavioural Study on Consumers’ Engagement in the Circular Economy*, cit., p. 67).

³⁷ C. J. Hoofnagle, A. Kesari, A. Perzanowski, *The Tethered Economy*, 87 *GEO. WASH. L. REV.* 783 (2019), spec. p. 813.

³⁸ L’ingresso di un nuovo prodotto sul mercato dotato di migliori prestazioni e funzionalità induce i consumatori a disfarsi dei beni in loro possesso per acquistarlo (c.d. obsolescenza tecnologica). Ciò può accadere anche per effetto di una pianificata e accorta scelta dell’impresa di applicare, in modo selettivo e graduale, soltanto ad alcuni prodotti, la migliore tecnologia a sua disposizione (S. I. Becher, A.-L. Sibony, *Confronting product obsolescence*, 27 *Colum. J. Eur. L.* 97 (2021), spec. p. 103-104).

³⁹ La produzione di oggetti non riparabili configura, infatti, un’ulteriore ipotesi di obsolescenza precoce del prodotto, c.d. indiretta, la quale può essere perseguita dalle imprese attraverso due principali strategie. Da un lato, facendo leva sul *design* dell’oggetto, in modo da rendere difficile o antieconomico ripararlo a fronte dell’elevato costo del pezzo di ricambio o della sua mancata produzione. Dall’altro lato, vincolando il servizio di riparazione alle imprese stesse, in modo da scoraggiare il ricorso a riparatori autonomi. Sugli effetti anticoncorrenziali connessi all’uso di tali pratiche in Europa e negli USA, v. A. Perzanowski, *The Right to Repair. Reclaiming the Things We Own*, UK, 2022, spec. pp. 167-198.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

a preservare la funzionalità degli oggetti venduti⁴⁰ o, al contrario, la fornitura di programmi in grado di comprometterne da remoto le prestazioni del prodotto⁴¹ o impedirne le riparazioni non autorizzate⁴² possono determinare, anzitempo, la dismissione degli oggetti medesimi, con effetti deleteri per l'intera collettività. L'obsolescenza precoce dei prodotti provoca, infatti, una graduale e generale perdita di fiducia dei consumatori nell'industria, tale da indurre le imprese a operare un'ulteriore diminuzione del prezzo (e della qualità) della merce per scongiurare il crollo della domanda che, a sua volta, causa la recessione delle attività di manutenzione e riparazione⁴³. A tutto ciò si aggiunge un serio rischio ambientale, connesso sia alla

⁴⁰ Il problema dell'obsolescenza dei *software* è stato sollevato dal Parlamento europeo in due distinte risoluzioni, l'una del 4 luglio 2017, *Su una vita utile più lunga per i prodotti: vantaggi per consumatori e imprese* (2016/2272(INI)) e, l'altra, del 25 novembre 2020, *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori* (cit.).

⁴¹ L'obsolescenza programmata del prodotto può essere dovuta sia alla presenza di *software* integrati nel prodotto e in grado di interromperne o modificarne la funzionalità, sia alla fornitura e installazione di aggiornamenti che modificano o rallentano le prestazioni del bene dopo il suo acquisto. Si pensi, per un verso, alla nota vicenda *Dieseldgate*, relativa alla immissione nel mercato di automobili Volkswagen capaci di ridurre le proprie emissioni solo se sottoposte a dei test di controllo volti a verificarne la conformità alle prescrizioni europee e statunitensi, ovvero alla vicenda (ancora in corso di giudizio in Francia) che riguarda le stampanti Epson, programmate per interrompere la stampa in corrispondenza di determinati livelli di inchiostro, senza aver raggiunto il completo esaurimento delle cartucce. Anche la condotta tenuta da due note compagnie produttrici di telefoni cellulari (Apple e Samsung) configura, per altro verso, un'ipotesi di obsolescenza pianificata: le società hanno introdotto degli aggiornamenti capaci di rallentare le funzionalità degli smartphone già acquistati dai consumatori, senza avvisarli. Il 25 settembre 2018, l'Autorità garante del mercato e della concorrenza italiana (AGCM) ha sanzionato le suddette compagnie per aver violato, attraverso tali pratiche commerciali, gli artt. 5, 6, 7 e 8 della Direttiva 2005/29/CE (cfr. A. De Franceschi, *Planned Obsolescence Challenging the Effectiveness of Consumer Law and the Achievement of a Sustainable Economy*, 6 *EuCML* 217 (2018); S. Zolea, *Verso un diritto dell'obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi*, in *Giustizia Civile* (online), 12 gennaio 2021). Per una panoramica del contenzioso statunitense relativo alle condotte di obsolescenza programmata di Apple v. J. A. Soto Pineda, *Litigiosidad Y Obsolescencia Programada Tecnológica En Estados Unidos: El Caso Apple Inc.*, in *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 2019, vol. 22(2), pp. 235-252.

⁴² Ciò è accaduto nel 2016 con gli iPhone, i quali hanno smesso di funzionare, segnalando il messaggio «Error 53», dopo un aggiornamento che li ha dotati di un codice in grado di rilevare la presenza di un intervento di riparazione non autorizzato. Apple ha poi rimediato attraverso un nuovo aggiornamento che ripristinava la funzionalità dei dispositivi. Nel 2018, la Corte federale australiana ha sanzionato la società al pagamento di 9 milioni di dollari per aver negato ai consumatori incorsi nel suddetto difetto il diritto alla riparazione in garanzia.

⁴³ T. Cooper, *The Significance of Product Longevity*, cit., p. 23. Sul punto, v. anche K. Van Acker, *Technology for Circular Economy. A New Paradigm for the Way We Use Resources*, in B. Keirsbilck, E. Terry (eds.) *Consumer Protection in a Circular Economy*, Cambridge, 2019, p. 22.

mole di materie prime necessarie per sostenere cicli produttivi sempre più intensi⁴⁴, che di rifiuti (soprattutto elettronici⁴⁵) da smaltire.

In considerazione delle molteplici sfide economiche e ambientali poste dalla transizione digitale del mercato unico, la direttiva (UE) 2019/771 è così intervenuta sulle norme che regolano la garanzia di conformità dei beni di consumo nell'ottica di rendere queste ultime funzionali ad assicurare anche un allungamento della vita dei prodotti e disincentivarne la prematura dismissione. A partire dal 1° gennaio 2022, infatti, ogni professionista che conclude col consumatore un contratto di vendita ha l'obbligo⁴⁶ di consegnare all'acquirente – a prescindere da una volontà adesiva o contraria delle parti contrattuali⁴⁷ – un bene che sia in grado «di mantenere le sue funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale»⁴⁸ o, in altri termini, che sia privo di un difetto di «durabilità»⁴⁹.

3. La responsabilità del venditore per difetto di durabilità

⁴⁴ Sul punto, V. Packard, *The waste maker*, New York, 1960, pp. 195 ss.

⁴⁵ Commissione europea, *Un nuovo piano d'azione per l'economia circolare*, cit., p. 7, 14: «i rifiuti delle apparecchiature elettriche ed elettroniche continuano a costituire uno dei flussi di rifiuti più in rapida crescita nell'UE, con un tasso annuale pari attualmente al 2%».

⁴⁶ Sulla riconducibilità degli obblighi di conformità alla categoria dell'obbligazione contrattuale e, dunque – in caso di inottemperanza – alla responsabilità da inadempimento del venditore v. A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2002, p. 1 ss. Per una approfondita ricostruzione del dibattito sorto a seguito dell'entrata in vigore della disciplina europea della garanzia post vendita, la quale ha espressamente previsto – in discontinuità rispetto al sistema codicistico della garanzia per vizi, quale forma di responsabilità speciale, non fondata sull'inadempimento delle obbligazioni *ex contractu* – che il venditore non debba soltanto limitarsi a consegnare all'acquirente un dato oggetto (secondo il modello proprio della vendita non seriale), bensì un bene avente determinate qualità e prestazioni, offrendo, altresì, al consumatore dei rimedi soddisfattivi, oltre che restitutori v. G. Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, 861 ss.; A. Luminoso, *La responsabilità del venditore e i rimedi del compratore*, in R. Bin, A. Luminoso (a cura di) *Garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* Padova, 2003, 367 ss.; E. M. Lombardi, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010; E. Moscati, *La vendita di beni di consumo: un dilemma tra garanzia e responsabilità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 346 ss.

⁴⁷ La garanzia legale non può essere derogata o modificata da alcun accordo contrattuale tra venditore, produttore e professionista (Art. 21, Dir. 2019/771/UE). Occorre precisare, tuttavia, che il venditore è esonerato dalla garanzia se «al momento della conclusione del contratto di vendita, il consumatore era stato specificatamente informato del fatto che una caratteristica particolare del bene si discostava dai requisiti oggettivi di conformità previsti al paragrafo 1 o 3 e il consumatore ha espressamente e separatamente accettato tale scostamento al momento della conclusione del contratto di vendita» (Art. 7(5), Dir. 2019/771/UE).

⁴⁸ Direttiva 2019/771/UE, art. 2, n. 13.

⁴⁹ Direttiva 2019/771/UE, art. 7, par. 1, lett. d.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

Nell'intenzione fatta palese dal legislatore sovranazionale⁵⁰, l'inclusione della durabilità tra i criteri oggettivi e obbligatori per la valutazione della conformità dei beni di consumo perseguirebbe i medesimi obiettivi di sostenibilità già propri delle norme che stabiliscono le specifiche di fabbricazione eco-compatibile (tra cui il periodo minimo di funzionalità⁵¹) di alcuni prodotti. Anche la garanzia legale favorirebbe, cioè – quale strumento complementare a queste ultime⁵² – un'economia circolare, contribuendo, in particolare, al prolungamento della vita dei beni, con il duplice vantaggio di non imporre alle imprese alcun obbligo di produzione e operare con riguardo a tutti gli oggetti (e ai relativi contenuti e servizi digitali) acquistati dai consumatori, a prescindere dalla categoria di appartenenza⁵³. È, infatti, il venditore e non il produttore a essere responsabile di qualsiasi difetto di durabilità, che – sussistente sin dal momento della consegna – si sia manifestato entro i termini della garanzia⁵⁴. Tali termini variano a seconda che si tratti di un difetto del prodotto, ovvero dei suoi contenuti e servizi digitali, se e in quanto forniti in modalità continuativa e non in unico atto. In quest'ultimo caso, la garanzia non ha una durata di due anni (o quella più estesa stabilita dagli Stati membri) a decorrere dalla consegna del bene materiale⁵⁵, ma opera per l'intero periodo di fornitura (superiore al biennio) degli elementi digitali in esso incorporati (o a esso interconnessi) pattuito nel contratto⁵⁶. In ogni caso, qualunque sia l'estensione temporale della garanzia, l'idea di fondo del legislatore europeo sembra essere la medesima: obbligare i venditori a rimediare alla mancanza di durabilità dei prodotti stimola i consumatori a non dismettere questi ultimi e i produttori, in maniera indiretta e progressiva, a immettere nel mercato dei beni più duraturi.

In seguito all'entrata in vigore della direttiva (UE) 2019/771, il consumatore che acquista un bene incapace di mantenere inalterate le funzioni e prestazioni richieste può azionare, pertanto, nei confronti del venditore, una pluralità di rimedi: tanto quelli primari atti a offrirgli la piena soddisfazione dell'originario interesse negoziale (cioè, riparazione o sostituzione del prodotto)⁵⁷, quanto quelli secondari (la riduzione del

⁵⁰ Direttiva 2019/771/UE, considerando n. 32.

⁵¹ Cfr. Regolamento n. 666/2013/UE dell'8 luglio 2013 della Commissione Europea, attuativo della Direttiva 2009/125/CE con riguardo alle aspirapolveri: «il tubo se esistente deve avere una buona durabilità in modo che sia ancora utilizzabile dopo 40000 oscillazioni sotto sforzo» e «la durata della vita del motore deve essere pari o superiore a 500 ore» (All. 1, art. 1).

⁵² «La presente direttiva dovrebbe, pertanto, essere complementare agli obiettivi perseguiti dalla legislazione specifica per prodotto dell'Unione» (Direttiva 2019/771/UE, considerando n. 32).

⁵³ *Supra*, par. 1.

⁵⁴ Direttiva 2019/771/UE, art. 10, par. 1.

⁵⁵ Direttiva 2019/771/UE, art. 10, par. 1.

⁵⁶ Direttiva 2019/771/UE, art. 10, par. 2.

⁵⁷ Secondo una parte della dottrina, i rimedi soddisfatti previsti dal legislatore europeo in caso di difetto di conformità mirano non a consentire al consumatore di riappropriarsi di una piena libertà di scelta circa le sorti del contratto e valutare l'attuale utilità del bene acquistato nonostante il difetto, ma a

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

prezzo o la risoluzione del contratto⁵⁸) volti al conseguimento, in tutto o in parte, del rimborso del prezzo versato⁵⁹. Affinché il consumatore medesimo possa avere diritto a ottenere i rimedi suddetti, tuttavia, non è sufficiente dar prova del fatto che il difetto lamentato si sia palesato entro il periodo coperto dalla garanzia, ma è necessario dimostrare, altresì, che il difetto stesso esista (pur in forma latente) sin dalla consegna⁶⁰, ovvero che – se sopravvenuto rispetto a tale ultimo momento – esso riguardi i soli contenuti e servizi digitali integrati del prodotto e oggetto di fornitura continuativa.

Una presunzione *iuris tantum* può, tuttavia, sollevare l'acquirente da un siffatto onore probatorio. Perché ciò avvenga occorre, rispettivamente, che il difetto compaia entro un anno dalla consegna del bene⁶¹, ovvero nel corso del periodo di fornitura di servizi e contenuti digitali cui il difetto si riferisce⁶². In nessun caso, ad ogni modo, il consumatore è tenuto a dimostrare quale sia la causa del difetto di durabilità, né che essa sia imputabile al venditore⁶³: quest'ultimo risponde della mancata conformità del bene a prescindere dal fatto che egli sia anche il produttore dell'oggetto (e dei suoi elementi digitali) o abbia, comunque, posto in essere una condotta idonea ad alterarne

soddisfare dei precisi interessi di mercato, cioè, l'esigenza della produzione di favorire il mantenimento del contratto, rispetto alla sua risoluzione (S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, pp. 72-81).

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 13, par. 4, Dir. 2019/771/UE, tali rimedi sono esperibili se: non è possibile ripristinare la conformità del bene o il difetto è talmente grave da giustificare l'immediata riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto; provvedere al ripristino della conformità implicherebbe dei costi sproporzionati per il venditore o notevoli inconvenienti per il consumatore, anche a causa di irragionevoli tempi di attesa; il venditore non ha eseguito correttamente la riparazione o la sostituzione del bene o, nonostante l'adempimento, il difetto si è ripresentato.

⁵⁹ La restituzione di parte del ricavato o (nel caso di risoluzione del contratto) dell'intero al consumatore evita che il venditore tragga indebito vantaggio dalla mancata attuazione del programma contrattuale. La garanzia ha così l'effetto di far sopportare a ciascuna parte i danni conseguenti al mancato ottenimento del profitto che ci si attendeva dalla vendita, salvo l'obbligo del professionista medesimo di risarcire il consumatore ove il difetto del prodotto sia a lui imputabile per colpa (sul punto, pur con riferimento agli artt. 1492 e 1494 c.c., v. P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 10).

⁶⁰ È opportuno precisare, tuttavia, che secondo una parte della dottrina e giurisprudenza italiana (*ex multis* Cass. Civ. Sez. II, 30 giugno 2020, n. 13148) il consumatore sarebbe tenuto solo ad allegare l'esistenza del difetto, senza dover dare prova della sua esistenza (sul punto v. M. Faccioli, *La nuova disciplina europea della vendita di beni ai consumatori (Dir. (UE) 2019/771): prospettive di attuazione delle disposizioni sui termini*, in *NLCC*, 1/2020, p. 250 ss.; N. Rumine, *Vendita di bene di consumo non conforme e rimedi esperibili: la Suprema Corte fa il punto*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2392).

⁶¹ La direttiva 2019/771/UE ha mantenuto, estendendola da sei mesi a un anno, la presunzione *iuris tantum* che il vizio del bene sussista sin dalla consegna dell'oggetto (Art. 11, par. 1), nel presupposto (comune all'abrogata disciplina) che il professionista possa dimostrare più agevolmente del consumatore che il difetto è intervenuto solo dopo tale momento, per causa a sé non imputabile.

⁶² Direttiva 2019/771/UE, art. 11, par. 3.

⁶³ CGUE, caso Faber (C-497/13).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

la capacità di mantenere, in condizioni di uso normale, le proprie funzioni e prestazioni, prima dell'alienazione⁶⁴.

Il regime di responsabilità contrattuale appena richiamato dovrebbe riuscire a stimolare l'adozione di condotte virtuose, utili a contrastare l'obsolescenza precoce dei prodotti, da parte dei consumatori e delle imprese⁶⁵. Da un lato, infatti, l'introduzione di una regola chiara a governo dei diritti e obblighi delle parti in caso di mancata durabilità del bene di consumo, altresì caratterizzata da un riparto dell'onere probatorio assai favorevole per il consumatore, consegna a quest'ultimo una tutela privatistica celere e immediata, idonea a incentivare ogni acquirente a esperire – in via stragiudiziale e giudiziale – i rimedi a sua disposizione allorché ritenga che il bene presenti una durata di vita ridotta. La garanzia legale per difetto di durabilità incoraggia, cioè – in ragione del regime di responsabilità senza colpa che la stessa pone sul venditore – i consumatori medesimi a non rinunciare a far valere i propri diritti e a rivolgersi, in via autonoma, al professionista, confidando nell'inclinazione di quest'ultimo ad accogliere la richiesta del privato di rimediare al vizio del prodotto⁶⁶. In caso di conflitto, inoltre, l'acquirente può adire l'autorità giurisdizionale lamentando la violazione degli obblighi di conformità; e ciò senza che un'autorità amministrativa nazionale abbia prima accertato – nel rispetto delle regole pubblicitiche in tema di pratiche commerciali sleali previste dalla direttiva 2005/29/CE – che la mancata durabilità dei beni di consumo sia imputabile a una condotta dell'impresa (nello specifico, all'uso deliberato di tecniche atte a ridurre anzitempo l'utilità del prodotto), idonea a falsare, a sua insaputa e in misura rilevante, il comportamento economico del consumatore⁶⁷. L'inclusione della durabilità tra i requisiti oggettivi che permettono di valutare la conformità del prodotto rafforza, pertanto, il livello di protezione dei consumatori europei, stimolando e

⁶⁴ Vi è, tuttavia, un caso in cui il venditore può sollevarsi da responsabilità, vale a dire, se non era a conoscenza (e non poteva esserlo) delle dichiarazioni pubbliche, fatte da altri operatori economici intervenuti nella catena di transazioni commerciali e dalle quali deriva l'assenza di conformità del prodotto, o se tali dichiarazioni sono state corrette prima della vendita o non hanno influenzato la decisione di acquisto del consumatore (Direttiva 2019/771/UE, art. 7, par. 2).

⁶⁵ Con riferimento, più in generale, agli effetti economici della responsabilità contrattuale, quale strumento idoneo a determinare – in un mercato caratterizzato da asimmetrie informative – una ripartizione legale dei danni derivanti dall'inadempimento, per realizzare una migliore distribuzione delle risorse produttive e incentivare la spontanea adozione di misure di diligenza, da parte sia del debitore che del creditore, si rinvia agli approfonditi studi di P. Trimarchi, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1970, p. 512 ss.

⁶⁶ P. Trimarchi, *op. ult. cit.*, 517: «quanto più è semplice il criterio che governa la responsabilità contrattuale, e quanto più è prevedibile la decisione del giudice, tanto più si incoraggia la composizione stragiudiziale della lite, con evidente risparmio».

⁶⁷ La mera «programmazione o progettazione intenzionale di un prodotto con una durata di vita ridotta, in modo che diventi obsoleto o non più utilizzabile dopo un certo periodo di tempo» non costituisce, infatti, *ex se*, una pratica commerciale illecita, sanzionabile dell'autorità nazionale competente (in Italia, l'AGCM) (cfr. Commissione europea, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali scorrette*, Bruxelles, 25 maggio 2016, p. 86).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

sensibilizzando questi ultimi ad avvalersi della garanzia quando ritengano di essere vittima di obsolescenza precoce⁶⁸.

Dall'altro lato, l'applicazione del regime proprio della garanzia legale anche in caso di mancata durabilità del prodotto esercita una certa pressione su tutte le imprese che fabbricano dei beni di consumo, stimolando queste ultime – anche ove non siano già sottoposte a dei precisi obblighi di produzione circa il periodo di utilità minima dei rispettivi prodotti – all'adozione di misure idonee ad accrescere la resistenza e l'affidabilità dei prodotti stessi. La previsione di una garanzia che tutela l'acquirente da ogni possibile difetto inerente alla durabilità dell'oggetto fisico e dei suoi elementi digitali opera, infatti, quale misura atta a neutralizzare le asimmetrie informative esistenti tra consumatore e impresa in ordine alle caratteristiche del bene di consumo e al suo rischio di rottura, posto che essa pone *ex lege* sul venditore e, di riflesso, sul produttore (poiché, oltre a coincidere col venditore stesso, egli può essere convenuto in regresso da quest'ultimo⁶⁹) l'obbligo di sostenere i costi di riparazione, sostituzione, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto⁷⁰. Per sottrarsi ai suddetti costi, le imprese – pur guidate da interessi meramente economici e non ambientali – coopererebbero, pertanto, alla produzione di prodotti più duraturi, in linea con le aspettative dei consumatori.

Una volta compreso, almeno per grandi linee, il quadro concettuale che fa da sfondo alla previsione legislativa di una garanzia legale per difetto di durabilità, occorre chiedersi se, in concreto, una garanzia siffatta – così come disciplinata in seno alla nuova normativa europea che regola la vendita dei beni di consumo – sia in grado di produrre gli effetti vantaggiosi appena indicati. In altri termini, è necessario verificare se la mera inclusione della «capacità dei beni di mantenere le loro funzioni e prestazioni richieste attraverso un uso normale»⁷¹ tra i requisiti oggettivi di conformità dei prodotti venduti dal professionista⁷² sia sufficiente per offrire al consumatore una tutela efficace contro l'eventualità che i beni acquistati, nonché gli elementi digitali in essi interconnessi o a essi incorporati, divengano in fretta obsoleti. Solo in tale ultima ipotesi, infatti, la predetta garanzia favorirebbe la transizione del mercato unico verso

⁶⁸ In senso contrario, si veda A. De Franceschi, *op. cit.*, p. 219: «*While the average consumer is often dissuaded from bringing a matter before a civil court, the compelling pressure generated by prospective or actual proceedings before a competition authority like the ICA (which has the power to impose public law penalties) is often sufficient to ensure a better enforcement of consumer private law rights*». Lo stesso Autore pare riconoscere, però, la necessità di un rafforzamento degli strumenti privatistici posti a tutela del consumatore, per contrastare in maniera efficace l'obsolescenza precoce (p. 220).

⁶⁹ Direttiva 2019/771/UE, art. 18.

⁷⁰ Sull'opportunità di adottare delle regole di responsabilità oggettiva, allorché il consumatore non abbia una perfetta conoscenza del rischio di rottura del bene v. P. Trimarchi, *op. ult. cit.*, 527 e S. Shavell, *Foundations of economic analysis of law*, USA, 2004, pp. 569 ss.

⁷¹ Direttiva 2019/771/UE, Art. 2, n. 13.

⁷² Direttiva 2019/771/UE, Art. 7, par. 1, lett. d.

un'economia circolare. La risposta a un siffatto quesito implica, tuttavia – quale condizione preliminare e necessaria – un'attenta ricostruzione della definizione legislativa di durabilità del prodotto e delle fattispecie che integrano gli estremi del relativo difetto.

4. Difetto di durabilità e obsolescenza precoce. Nozione e caratteri distintivi

La direttiva che ha innovato la disciplina che regola la garanzia nella vendita dei beni di consumo fornisce una puntuale definizione di «durabilità»: quest'ultima è la capacità di tali beni, inclusi quelli che incorporano (o che sono interconnessi con) un contenuto o un servizio digitale⁷³, di mantenere, in condizioni di uso normale, le funzioni e le prestazioni richieste⁷⁴. Il venditore, pertanto, ha l'obbligo di consegnare al consumatore un prodotto dotato di una specifica qualità, la quale sembra consistere nella abilità del prodotto medesimo a preservare nel tempo, se utilizzato e mantenuto in modo corretto, tanto la propria idoneità all'uso, quanto il proprio rendimento. Il verificarsi di una variazione, in senso peggiorativo, o degli attributi funzionali del bene di consumo, o dei caratteri non strettamente funzionali di quest'ultimo (si pensi, ad esempio, a un visibile deterioramento delle sue componenti materiali⁷⁵) idonei a comprometterne le prestazioni configura, quindi, un vizio di conformità del bene o, nello specifico, un difetto di durabilità. Perché tale difetto sussista, tuttavia, non è sufficiente rilevare un malfunzionamento o una minore resa del prodotto entro i termini della garanzia legale. Occorre, piuttosto, che il consumatore dimostri (assistito dalla presunzione *iuris tantum* annuale di cui all'art. 11 della direttiva⁷⁶) che l'alterazione della funzionalità e del rendimento dell'oggetto sia sintomatica dell'originaria incapacità di quest'ultimo, almeno sin da quando lo ha avuto in consegna, di rispettare determinati *standard* minimi di durata.

⁷³ Sulla nozione di «bene» v. Art. 2, n. 5, della Direttiva.

⁷⁴ Direttiva 2019/771/UE, Art. 2, n. 13.

⁷⁵ Nel Reg. n. 1194/2012 della Commissione, attuativo della Direttiva eco-design 2009/125/CE con riguardo alla progettazione delle lampade direzionali, delle lampade con diodi a emissione luminosa e delle pertinenti apparecchiature, si prevede, ad esempio, che «Per le lampade a LED, la vita della lampada è il tempo di funzionamento fra l'inizio del relativo uso e il momento in cui sopravvive solo il 50 % del numero totale di lampade o il mantenimento del flusso luminoso medio del campione passa sotto la soglia del 70 %, a seconda di quale condizione si verifichi prima». Nel Reg. n. 666/2013 relativo alle aspirapolveri, invece, si stabilisce che per quanto attiene alla durabilità del tubo, esso «deve essere considerato utilizzabile dopo 40.000 oscillazioni sotto sforzo se non è visibilmente danneggiato dopo tali oscillazioni».

⁷⁶ *Supra*, par. 3.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

La misura della durabilità del prodotto può essere rinvenuta tanto nelle specifiche dell'oggetto che indicano il periodo (misurato in ore, mesi, anni o cicli di utilizzo) durante il quale l'oggetto stesso deve essere in grado di eseguire, in condizioni di uso normale, al pieno delle sue potenzialità, le sue funzioni e prestazioni, quanto nella comune volontà espressa dalle parti nel contratto, le quali possono attribuire al prodotto una particolare resistenza nel tempo, non necessariamente aderente a quella effettiva o comune agli altri beni della medesima categoria merceologica. In questo caso, la durabilità opererebbe alla stregua di un indice soggettivo di conformità, dal contenuto più o meno vantaggioso per il consumatore (che deve esserne informato e prestarvi adesione, in modo separato ed esplicito⁷⁷) rispetto a quello desumibile da un oggettivo esame delle caratteristiche del bene. Nell'ipotesi più comune in cui, invece, le parti non abbiano concordato quale sia la sua durabilità, opera per legge, in via sussidiaria, a integrazione del regolamento negoziale, un criterio oggettivo, basato sull'*id quod plerumque accidit*⁷⁸. Come chiarito dall'art. 7, par. 1, lett. d, della direttiva in esame – a prescindere dall'esistenza di una concorde volontà delle parti a riguardo – ciascun bene di consumo deve possedere una durabilità «normale», cioè, abituale per i prodotti di quella particolare categoria. Ciascun bene alienato dal professionista al consumatore, in sintesi, deve essere in grado di mantenere le sue funzioni e prestazioni per un periodo pari a quello comune a tutti i beni della medesima tipologia. Il parametro così individuato dipende dalle specifiche tecniche del prodotto (c.d. «*technical product lifespan*»⁷⁹) e può, tuttavia, essere rimodulato – in eccesso o in difetto – alla luce delle eventuali dichiarazioni pubbliche (contenute, ad esempio, nella pubblicità o nell'etichetta del prodotto medesimo) rilasciate dagli operatori economici intervenuti nelle transazioni commerciali che ne hanno preceduto l'acquisto. In questo modo, l'indice oggettivo di durabilità partecipa anche di una certa componente soggettiva, costituita dalla valorizzazione della ragionevole aspettativa del consumatore⁸⁰.

Come è stato da più parti rilevato⁸¹, tuttavia, così intesa, la previsione di una garanzia per difetto di durabilità finisce per assicurare che il prodotto consegnato al consumatore abbia esattamente quel livello di qualità, anche in termini di resistenza nel

⁷⁷ Cfr. Art. 7, par. 5, Dir. 2019/771/UE.

⁷⁸ Sul rapporto sussidiario tra indici soggettivi e oggettivi di conformità nella disciplina della garanzia nella vendita dei beni di consumo v. R. Calvo, *op. cit.*, 179.

⁷⁹ *Supra* nota 33.

⁸⁰ Così, R. Calvo (*op. cit.*, p. 171) con riferimento, però, alla formulazione dell'abrogato art. 1519-ter, secondo comma, lett. c), c.c. che recepì (prima che l'intera disciplina consumeristica fosse trasposta nel d.lgs. 206/2005) l'omologo art. 2, par. 2, lett. d, dell'abrogata Direttiva 1999/44/CE.

⁸¹ K. Tonner, R. Malcom, *op. cit.*, p. 17; T. Bourgoignie, *Sustainable Consumption and Obsolescence of Consumer Products*, in A. d. Amaral Junior et. al. (eds.) *Sustainable Consumption*, Switzerland, 2020, p. 35; E. Van Gool, A. Michel, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: a Critical Analysis*, 10(4) *EuCML* 136 (2021);

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

tempo, già garantito anche ai sensi dell'abrogata direttiva 99/44/CE⁸². La stima della vita media del bene parametrata in base a quella dei suoi omologhi e delle aspettative del consumatore – alla stregua della fascia di prezzo o il valore di mercato – costituisce, infatti, un chiaro indicatore della conformità del bene medesimo al contratto, in assenza di una puntuale pattuizione delle parti a riguardo⁸³. L'esplicito riferimento alla durabilità tra i requisiti oggettivi di conformità del prodotto non sembra aver innovato il livello di protezione del consumatore europeo, il quale, da oltre un ventennio, può rivolgersi al professionista, affinché rimedi ai difetti qualitativi del prodotto, che si concretizzano in una prematura riduzione della sua funzionalità o *performance*. La garanzia legale è, dunque, rimasta sostanzialmente invariata in seguito all'adozione della direttiva (UE) 2019/771 e strutturalmente idonea a produrre – quale effetto indiretto, strettamente connesso alla tutela (adesso esplicita) di chi acquista un bene privo di durabilità – un allungamento della vita degli oggetti che circolano nel mercato interno.

In primo luogo, infatti, la suddetta garanzia non assicura che tutti i beni di consumo venduti da un professionista siano in grado di durare per l'intero periodo della garanzia medesima, ma, piuttosto, che gli stessi siano capaci di raggiungere, rispettivamente, la propria durata di vita utile, cioè, quella che appare consona in base alla loro natura e alle loro caratteristiche. Ciò significa che se il bene registra un'alterazione delle sue funzioni e prestazioni quando ha ormai superato lo *standard* di resistenza comune ai beni che appartengono a quella stessa tipologia, non vi è alcun difetto di durabilità e il consumatore resta sprovvisto di tutela, benché il prodotto sia ancora in garanzia. Si pensi, ad esempio, a uno spazzolino o degli indumenti, la cui vita media è, di norma, inferiore a due anni⁸⁴. Lo stesso accade nel caso in cui, al contrario, l'incapacità dell'oggetto di realizzare gli scopi cui è destinato e mantenere i normali livelli di rendimento si palesi prima che il bene abbia raggiunto la sua vita utile (dieci anni, ad esempio, nel caso di una lavatrice⁸⁵), ma oltre lo scadere del periodo biennale in cui la sua durabilità è garantita dalla legge.

Il legislatore europeo, in secondo luogo, non ha fornito alcuna regola chiara e univoca, tale da non ingenerare delle occasioni di scontro tra le parti contrattuali, per determinare con esattezza la capacità del prodotto di resistere nel tempo e rilevare la mancanza di una tale qualità. Il parametro cui fa riferimento il legislatore medesimo all'art. 7(1), lett. d, della direttiva (UE) 2019/771, infatti – in continuità con l'art. 2(2),

⁸² Cfr. Art. 2(2), lett. d, Direttiva 99/44/CE.

⁸³ Cfr. M. Faccioli, *Profili comuni dei rimedi a tutela del compratore di beni di consumo*, in T. dalla Massara (a cura di) *La vendita di beni mobili*, Pisa, 2020, p. 213; T. Bourgoignie, *op. et loc. supra cit.*

⁸⁴ C. Montalvo, D. Peck, E. Rietveld, *A Longer Lifetime for Products: Benefits for Consumers and Companies* (Study for the European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Brussels, 2016, p. 16.

⁸⁵ J. Bachér, Y. Dams, T. Duhoux, Y. Deng, T. Teittinen, L. F. Mortensen, *Electronic products and obsolescence in a circular economy* (European Environment Agency Report - ETC/WMGE 2020/3), Mol, 2020, p. 10.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

lett. d, della direttiva 99/44/CE – guarda alla durabilità «normale» del bene, nonché alle aspettative maturate ragionevolmente dal consumatore. Ciò significa che l'arco di tempo in cui l'oggetto è in grado di mantenere le proprie funzioni e prestazioni può coincidere con quello proprio della sua categoria merceologica, ovvero discostarsi (ad esempio, in presenza di dichiarazioni pubbliche dei professionisti) da quest'ultima. In questo modo, però, tanto i consumatori quanto i venditori sono privi, all'atto dell'acquisto, di un riferimento univoco in ordine al periodo (inferiore o pari alla durata della garanzia legale di conformità) in cui il professionista può essere chiamato a rimediare alla mancata resistenza dell'oggetto. In assenza di indicazioni certe ed esplicite a riguardo, il consumatore non solo non può operare, *ex ante*, delle scelte di consumo informate, che lo inducano, ad esempio, a non selezionare oggetti effimeri e a rapida dismissione⁸⁶, ma potrebbe, altresì, desistere dal far valere i propri diritti, allorché il bene smetta anzitempo di svolgere correttamente le proprie funzioni, posto che non può confidare in una spontanea assunzione di responsabilità da parte del venditore.

In terzo luogo, infine, la garanzia per difetto di durabilità non sembra offrire al consumatore un efficace schermo protettivo contro le ipotesi di obsolescenza precoce che interessano – nell'odierna economia industriale e digitalizzata – la stragrande maggioranza dei beni di consumo, posto che non tutte le forme in cui tale fenomeno può manifestarsi derivano da un'incapacità dell'oggetto di preservare, in condizioni di uso normale, le sue funzioni e le prestazioni. L'obsolescenza precoce indica, infatti, una generale perdita di utilità del bene prima che quest'ultimo abbia raggiunto la sua aspettativa di vita. Essa può presentarsi con forme mutevoli e tra loro parzialmente sovrapponibili, ciascuna delle quali può essere classificata secondo la seguente comune bipartizione: da un lato, vi sono quelle situazioni in cui il prodotto viene prematuramente dismesso, a causa di una valutazione discrezionale del suo utilizzatore, il quale – poco dopo l'acquisto – desidera disfarsi dell'oggetto, benché esso sia ancora idoneo al pieno raggiungimento dei suoi scopi e non abbia perduto alcuna delle sue qualità originarie (c.d. obsolescenza psicologica o di desiderabilità)⁸⁷. Tali ipotesi si differenziano da quelle in cui la precoce inutilità del prodotto deriva, invece, dall'altro lato, da una evidente e obiettiva inferiorità dei suoi attributi funzionali e di rendimento rispetto agli altri omologhi sul mercato, a fronte dell'ingresso di una nuova tecnologia (c.d. obsolescenza tecnologica⁸⁸) o dell'adozione di precise scelte produttive, atte a impedire la riparazione una volta che il bene si sia guastato (c.d. obsolescenza

⁸⁶ In presenza di informazioni sulla durabilità del prodotto, infatti, circa il 47% dei consumatori europei sceglie prodotti più durevoli (cfr. *Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy*, cit., p. 132).

⁸⁷ Così, S. I. Becher, A.-L. Sibony, *op. cit.*, 104.

⁸⁸ *Supra*, nota 38.

indiretta⁸⁹), o a pianificarne la data di rottura e dismissione (c.d. obsolescenza programmata⁹⁰).

Alla luce di una siffatta ampia nozione di obsolescenza precoce, il difetto di durabilità di cui alla direttiva (UE) 2019/771, art. 7, par. 1, lett. d, pare poter abbracciare soltanto le fattispecie da ultimo indicate, dal momento che tale vizio si configura solo se il bene di consumo è incapace di mantenere i suoi attributi funzionali o le sue prestazioni, per un periodo di tempo almeno pari a quello dei prodotti della medesima tipologia o che sono accompagnati, in fase di vendita, dalle stesse dichiarazioni commerciali. Non costituisce, invece, una mancanza di durabilità il solo fatto che il bene stesso non riesca più a soddisfare, per tutto quel medesimo arco temporale, le preferenze e i gusti del consumatore circa il *design* o l'estetica. A ben guardare, però, anche tra le forme di obsolescenza precoce riferibili a un'oggettiva incapacità del bene di eguagliare gli *standards* normali di resistenza nel tempo, ve ne sono alcune che sembrano parzialmente sfuggire all'ambito applicativo della garanzia di conformità. La ragione, come ci si appresta a chiarire, risiede nel fatto che il loro verificarsi non determina, in senso stretto, un effettivo e prematuro peggioramento delle funzioni e delle prestazioni dell'oggetto, rispetto alla durata di vita desumibile dalla sua stessa natura e dalle aspettative del consumatore, a differenza di ciò che richiede la direttiva europea.

4.1. Difetto di durabilità e obsolescenza tecnologica

Il riferimento è, innanzitutto, all'obsolescenza tecnologica, posto che il bene comprato dal consumatore prima che siano lanciati sul mercato dei prodotti in grado di offrire al consumatore medesimo delle nuove funzionalità e migliori *performance* diviene oggettivamente obsoleto, seppur ancora efficiente. La categoria merceologica di riferimento rilevante per stimarne la conformità del bene è, infatti, quella esistente al momento dell'acquisto, pertanto, quest'ultimo – se capace di mantenere le proprie funzioni e prestazioni per un tempo analogo a quello dei prodotti coevi, omologhi – non presenta alcun vizio. Ciò implica, tuttavia, che non si configura alcun difetto di durabilità neanche quando il consumatore possa sentire frustrate, a strettissimo giro dall'acquisto, le sue aspettative rispetto all'eccellenza del prodotto vendutogli dal professionista, allorché esso sia subito superato da un nuovo modello più avanzato. Non è improbabile, infatti, che un'impresa decida di non dotare un certo prodotto di una data tecnologia che era già nella sua disponibilità, proprio allo scopo di indurre tutti coloro che intendono acquistare il migliore esemplare tra quelli in commercio a

⁸⁹ *Supra*, nota 39.

⁹⁰ *Supra*, nota 41.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

comprare sia l'oggetto nella sua versione precedente, sia in quella successiva⁹¹. Nel definire il requisito della durabilità, tuttavia, il legislatore europeo non ha tenuto in debita considerazione questa eventualità, impendendo alla garanzia legale di tutelare il consumatore che incorra in una tale ipotesi di obsolescenza precoce.

Vi è, tuttavia, una importante eccezione a quanto appena esposto, la quale riguarda i beni con elementi digitali. Con riferimento a tali prodotti, infatti, il professionista, ai sensi dell'art. 7, par. 3 della direttiva (UE) 2019/771, è tenuto a notificare e fornire al consumatore, dopo la consegna, tutti gli aggiornamenti necessari per mantenerne la conformità⁹². Un obbligo siffatto perdura per tutto il periodo di tempo che l'acquirente può ragionevolmente aspettarsi, date la tipologia e la finalità del bene e dei relativi servizi e contenuti digitali⁹³, ovvero – nel caso in cui il contratto di vendita preveda la fornitura continuativa di questi ultimi – per l'intero periodo della fornitura medesima⁹⁴, il quale coincide, soltanto in questa specifica ipotesi, con la durata stessa della garanzia di conformità. La durabilità del bene dotato di *software* dipende, in altri termini, non solo dalla normale aspettativa di vita delle relative componenti (analogiche e non) integrate nel prodotto, ma anche dalla idoneità del bene stesso a estendere oltre tale orizzonte temporale, mediante degli aggiornamenti, la sua effettiva capacità funzionale e di rendimento, in modo che l'oggetto continui a soddisfare, in concreto, i bisogni del consumatore, anche eguagliando (si pensi a un aggiornamento di tipo evolutivo) i risultati dei nuovi omologhi sul mercato.

Una pluralità di elementi pare ridurre, però, notevolmente la possibilità che un obbligo siffatto spinga le imprese a voler estendere la durabilità dei beni con elementi digitali. Per un verso, infatti, non sussiste sul produttore né su altro professionista, alcun obbligo di programmare e distribuire degli aggiornamenti per i beni già immessi nel mercato. Il venditore è, cioè, tenuto a notificare e fornire questi ultimi al consumatore soltanto nel caso in cui essi esistano⁹⁵. In tal caso, inoltre, l'obbligo del venditore medesimo si estende, per altro verso, per uno spazio di tempo che potrebbe

⁹¹ Tale fenomeno è definito anche come «*postponement obsolescence*» (S. I. Becher, A.-L. Sibony, *op. cit.*, 103).

⁹² Sulla presenza di un nuovo obbligo di «conformità continuativa» dei beni di consumo gravante sul venditore v. F. Bertelli, *L'armonizzazione massima della direttiva 2019/771 UE e le sorti del principio di maggior tutela del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2019, p. 953 ss.

⁹³ Direttiva 2019/771/UE, Art. 7, par. 3, lett. a).

⁹⁴ Direttiva 2019/771/UE, Art. 7, par. 3, lett. b).

⁹⁵ Com'è stato osservato, «il consumatore potrebbe vedere le sue aspettative di tutela frustrate a causa dell'impossibilità, da un lato, di poter esercitare i rimedi direttamente nei confronti del soggetto che può fornire effettivamente l'aggiornamento e, dall'altro, per l'impossibilità per lo stesso venditore di poter “costringere” il terzo a fornirlo» (G. Capilli, *Le modifiche e l'aggiornamento del contenuto digitale e dei servizi digitali nella disciplina di attuazione delle direttive (UE) 770 e 771 del 2019*, in *MediaLaws*, 1/2023, visibile su <https://www.medialaws.eu/wp-content/uploads/2023/02/3-22-Capilli.pdf>).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

essere di gran lunga inferiore alla durata di vita utile del prodotto⁹⁶, nonché (a eccezione dell'ipotesi in cui la vendita preveda anche una erogazione continuativa di servizi e contenuti digitali) della stessa garanzia⁹⁷. L'eventuale notifica e fornitura dell'aggiornamento pare sollevare, infine, il professionista da ogni ulteriore responsabilità nel caso in cui, dopo l'installazione del nuovo programma, sopravvenga un peggioramento delle funzioni e prestazioni dell'oggetto. La garanzia di conformità copre, infatti, soltanto i difetti sussistenti all'atto della prima consegna (o installazione⁹⁸) del prodotto e del relativo *software*⁹⁹, senza estendersi anche ai vizi sorti successivamente, per effetto della scelta dell'acquirente di aggiornare il prodotto stesso con il programma fornito dal venditore¹⁰⁰. La direttiva prevede, ad ogni modo, una sola eccezione, nell'ipotesi in cui la vendita del bene di consumo preveda, altresì, una fornitura continuativa di contenuti e servizi digitali. In questo caso, infatti, «il venditore è responsabile anche per qualsiasi difetto di conformità del contenuto digitale o del servizio digitale che *si verifica o si manifesta* entro due anni dal momento della consegna dei beni con elementi digitali» o, se il contratto prevede una fornitura continuativa superiore al biennio, «nel periodo di tempo durante il quale il contenuto o il servizio digitale deve essere fornito a norma del contratto di vendita»¹⁰¹.

4.2. Difetto di durabilità e obsolescenza indiretta

Esiste, inoltre, una seconda ipotesi di obsolescenza precoce che non sembra poter essere coperta dalla garanzia legale di durabilità, benché – anche in questo caso, al pari di quello prima esaminato – la perdita di utilità del prodotto non dipenda da una mera scelta discrezionale del consumatore, ma da una oggettiva diminuzione della resa e funzionalità del bene. Il riferimento è, adesso, all'obsolescenza c.d. indiretta, vale a dire all'ipotesi in cui il prodotto debba essere dismesso a causa di una generale impossibilità di riparare o sostituire (in tutto o solo in parte) le sue componenti inservibili. Si pensi, ad esempio, a dei beni nei quali alcuni pezzi essenziali sono saldati

⁹⁶ Parlamento europeo, *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*, cit., par. 7, lett. a) e c).

⁹⁷ J. Verecken, J. Werbrouck, *Goods with Embedded Software: Consumer Protection 2.0 in Times of Digital Content?*, 30 *Ind. Int'l & Comp. L. Rev.* 53 (2019), spec. p. 72.

⁹⁸ Art. 8, Direttiva 2019/771/UE.

⁹⁹ Direttiva 2019/771/UE, Art. 10, par. 1.

¹⁰⁰ Sul punto, v. J. Verecken, J. Werbrouck, *op. cit.*, pp. 73-78. È bene precisare, tuttavia, che il considerando n. 30 della Direttiva 2019/771/UE auspica che, in via interpretativa, sia affermata una responsabilità del venditore per un difetto di conformità del prodotto causato da un aggiornamento fornito dal venditore stesso o da un terzo.

¹⁰¹ Art. 10, par. 2, Direttiva 2019/771/UE.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

tra loro o, ancora, alla mancata produzione di parti di ricambio, che consentano la sostituzione di quelle usurate o guaste.

L'intrinseca inidoneità del prodotto alla riparazione dipende da una precisa scelta del produttore che non incide in senso deteriore sulla durata di vita tecnica dell'oggetto, ma soltanto sulla possibilità di quest'ultimo di estendere (a vantaggio del consumatore) la sua utilità, una volta che l'oggetto stesso (o alcune delle sue parti) abbia esaurito il suo originario potenziale. In altri termini, il fatto che le componenti del prodotto non siano riparabili o sostituibili non causa una precoce perdita delle funzioni e prestazioni del bene, non incidendo sulla capacità del bene stesso di mantenere queste ultime per il periodo ritenuto normale e che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi¹⁰². Una siffatta circostanza incide, piuttosto, sulla possibilità di ripristinare la conformità dell'oggetto nel caso in cui esso sia affetto da un difetto di durabilità. Il venditore, infatti, sarebbe giocosamente sollevato dall'obbligo di riparare il bene in garanzia e tenuto soltanto a fornire quei rimedi (la sostituzione del prodotto con uno nuovo, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto) del tutto incapaci di evitare la dismissione del bene stesso e, pertanto – com'è stato opportunamente osservato¹⁰³ – inidonei a contribuire alla transizione verso un'economia circolare.

4.3. Difetto di durabilità e obsolescenza programmata

Tra le ipotesi di obsolescenza precoce sopra esaminate, solo quelle c.d. programmate sembrano poter integrare appieno gli estremi del difetto di durabilità del bene di consumo. Il verificarsi di una prematura inutilità del prodotto, connessa all'incapacità del prodotto stesso di mantenere le funzioni e prestazioni richieste per tutta la sua vita *standard*, configura un vizio di conformità dell'oggetto, anche nel caso in cui una tale inidoneità sia riferibile a una precisa volontà dell'impresa produttrice, la quale ha adottato nel corso della fabbricazione o, ancor prima, della progettazione del bene, delle apposite tecniche per ottenere un simile risultato.

¹⁰² In senso contrario, v. E. Van Gool, A. Michel, *op. cit.* («An open question is whether “durability” also encompasses “repairability”. In our opinion, this should be answered affirmatively. Repairability contributes to product durability and from the perspective of the Union’s circular economy policy, standard ‘repair’ should indeed become part of the ‘normal use’ of goods referred to in Article 2(13)»). L'opinione degli Autori non trova, tuttavia, riscontro nel testo legislativo in esame, né in altri documenti pubblicati dall'Unione europea, in seno ai quali «durability» e «repairability» continuano a essere concetti distinti (cfr. S. Boulos et. al., *The Durability of Products (Final report for European Commission)*, Luxembourg, 2015, p. 42; *Behavioural Study on Consumers’ Engagement in the Circular Economy (Final report)*, cit.; Parlamento europeo, *Risoluzione sul diritto alla riparazione*, 2022/2515(RPS), par. 7).

¹⁰³ V. Mak, E. Terryn, *Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law*, 43 *J. Consum. Policy* 227 (2020); E. Terryn, *A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law*, 4 *Euro Rev. Priv. L.* 851 (2019); E. Maitre-Ekern, C. Dalhammar, *Towards a hierarchy of consumption behaviour in the circular economy*, 26(3) *MJECL* 394 (2019).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

L'adozione di tali misure da parte dell'impresa e l'intenzione sottesa a un simile contegno non rilevano, tuttavia, ai fini dell'esperibilità, da parte del consumatore, dei rimedi previsti della garanzia legale di conformità. È la stessa precoce perdita di funzionalità e di prestazioni del prodotto a determinare, infatti, il sorgere di una responsabilità contrattuale in capo al venditore, al quale il consumatore può rivolgersi dando prova della sola presenza del vizio all'atto della consegna (sia esso proprio dell'esemplare isolato acquistato dal consumatore – c.d. difetto di fabbricazione – o dell'intera serie cui l'oggetto appartiene – c.d. difetto di progettazione –), senza che occorra dimostrare né la tecnica che ha dato origine al vizio medesimo, né la volontà di colui che ne ha fatto uso. Il vantaggio che può conseguire dalla disponibilità per il consumatore di una garanzia utile a rimediare anche a un difetto di durabilità del prodotto premeditato dall'impresa soggiace, tuttavia, in ogni caso, alla necessità di identificare, in maniera attendibile, la durata di vita del bene di consumo; elemento, quest'ultimo, essenziale perché il venditore riconosca la sussistenza del difetto e rimedi al fatto che prodotto, ancora in garanzia, non è più in grado di svolgere adeguatamente le sue funzioni e prestazioni.

Come suggerisce l'attributo che connota il tipo di obsolescenza in esame, inoltre, una garanzia siffatta può essere facilmente aggirata dal produttore, il quale è in grado di pianificare, in modo puntuale, la data di manifestazione del vizio, affinché quest'ultimo appaia solo dopo lo scadere della garanzia stessa, oppure si verifichi a causa di un evento successivo alla consegna del prodotto. Nel caso in cui, ad esempio, il difetto di durabilità dipenda dall'installazione di un *software* capace di alterare le funzioni e prestazioni del bene di consumo, il difetto medesimo – pur palesandosi entro i termini della garanzia – sarebbe sopravvenuto rispetto al momento che il legislatore ha indicato come rilevante per accertare la conformità del bene di consumo, lasciando, così, ancora una volta, il consumatore europeo privo di tutela¹⁰⁴.

5. Uno sguardo al modello straniero. La «durability» nel *Consumer Rights Act 2015*

L'indagine sinora condotta ha messo in luce alcuni punti deboli della nuova disciplina della garanzia di conformità europea, la quale include la durabilità tra gli attributi che determinano la conformità del bene di consumo, allo scopo di favorire un progressivo allungamento della vita dei prodotti. Il felice conseguimento di tale finalità

¹⁰⁴ Sull'opportunità di ripensare al *dies a quo* della garanzia, in modo che decorra non dalla data della consegna del prodotto, bensì di manifestazione del vizio in senso oggettivo o soggettivo (cioè, dal momento in cui il difetto è visibile o il consumatore ne viene a conoscenza), per contrastare l'obsolescenza programmata, si veda S. Wrzka, L. A. DiMatteo, *Comparative Warranty Law: Case of Planned Obsolescence*, 21 *U. Pa. J. Bus. L.* 907 (2019), spec. 967-968.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

si scontra, però – come osservato – con una triplice serie di ostacoli normativi, i quali impediscono alla garanzia in esame di operare nel caso in cui il prodotto sia incapace di mantenere nel tempo le funzioni e prestazioni richieste in condizioni di uso normale. La direttiva (UE) 2019/771 non prevede, infatti, un coordinamento tra durata della garanzia e durabilità del prodotto, né individua, in modo univoco, gli strumenti mediante cui stimare, *ex ante*, l'arco temporale in cui il prodotto medesimo deve essere in grado di mantenere quest'ultima capacità. La definizione di difetto di durabilità, inoltre – circoscritta ai soli difetti originari che interferiscono con le funzioni e prestazioni dell'oggetto – non sembra poter essere ampliata al punto da ricomprendere in essa anche la maggior parte dei casi di obsolescenza precoce dei beni di consumo, soprattutto se tali beni incorporano o sono interconnessi con dei servizi e contenuti digitali. Tutto ciò riduce fortemente la possibilità della suddetta garanzia di contribuire alla transizione verso un'economia circolare, dimostrando l'inefficacia della modifica normativa – vale a dire, l'espressa inclusione della durabilità tra i requisiti oggettivi di conformità del bene di consumo – introdotta dalla direttiva (UE) 2019/771 ed estesa, a seguito del suo recepimento, a tutti gli Stati membri dell'Unione.

A ben guardare, tuttavia, un tale insoddisfacente risultato non sembra affatto inatteso, posto che il legislatore sovranazionale ha inteso appropriarsi di un istituto già esistente altrove, in un ordinamento giuridico ormai esterno all'Unione europea, alterandone le finalità, del tutto sganciate dal perseguimento di obiettivi di sostenibilità. In particolare, infatti, la garanzia legale per difetto di durabilità trova il suo precedente più prossimo nel diritto del Regno Unito, dove la «*durability*» figura da decenni tra gli aspetti che connotano, secondo i giudici della *Court of Appeal*¹⁰⁵, la qualità del bene venduto nell'ambito di un contratto commerciale, ovvero concluso tra un professionista e un consumatore. Essa ha acquisito una sicura rilevanza nella valutazione dell'esatto adempimento degli obblighi contrattuali del venditore solo a partire dal 1994, quando il legislatore ha espressamente inserito la «*durability*» tra i requisiti qualitativi dell'oggetto compravenduto, previsti dalla *section 14* del *Sale of Goods Act* 1979. Come chiarito dalla *Law Commission* nel report¹⁰⁶ che ha preceduto la suddetta modifica normativa, il riferimento alla durabilità del bene è apparso funzionale ad accrescere il livello di protezione di coloro che acquistano non allo scopo di rivendere i prodotti, ma di farne un uso personale. L'interesse di tali acquirenti non è, infatti, che l'oggetto sia, al momento della consegna, idoneo all'uso (anche soltanto a uno tra quelli abituali che gli sono propri¹⁰⁷) e alla vendita sul mercato («*merchantable*»), quanto,

¹⁰⁵ Così, in *Lambert v Lewis* [1982] AC 225; *Cronther v. Shannon Motor Co.* [1975] All ER 139; e *Mash and Murrell v Joseph I Emmanuel* [1961] 1 All ER 485.

¹⁰⁶ Law. Com. No. 160, Scot. Law. Com, No. 104, *Sale and Supply of Goods*, Cm 137 (1987), p. 8.

¹⁰⁷ Nel caso *Kendal v Lillico* ([1969] 2 A.C. 31) si ritenne che la vendita di un mangime tossico per pulcini di fagiano e pernice, ma perfettamente adatto per altri animali, fosse «*merchantable*».

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

piuttosto, che esso sia in grado di mantenere nel tempo, anche dopo la consegna stessa, in maniera soddisfacente («*satisfactory*»), tutti i caratteri funzionali e non funzionali, essenziali per recare piena utilità a chi conclude l'acquisto¹⁰⁸.

Una volta adottato il *Consumer Rights Act* nel 2015, la disposizione legislativa sopra richiamata è stata replicata in seno alla *section* 9(3), lett. e, del nuovo testo normativo che disciplina i soli contratti di vendita (nonché di fornitura di servizi e contenuti digitali) tra professionisti e consumatori e, altresì, espressamente estesa ai *software* integrati nei beni di consumo, posto che l'assenza di durabilità dei primi compromette, in modo inevitabile, anche la qualità dei secondi¹⁰⁹. Nell'attuale disciplina che regola i contratti di vendita tra professionisti e consumatori, la durabilità integra, pertanto, *ex lege*, i suddetti accordi, obbligando il venditore a fornire all'acquirente un bene che possieda, in misura soddisfacente, la capacità di mantenere nel tempo le sue funzioni e prestazioni.

Si tratta di una garanzia legale la cui fonte non risiede in una norma dispositiva introdotta nel presupposto che esista una inespressa e concorde volontà delle parti, conforme alla norma medesima¹¹⁰ che, se violata, comporta la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno (operando, così, rispettivamente, come «*condition*» o «*warranty*»)¹¹¹, né in una promessa volontariamente rivolta al consumatore dal professionista (di norma, il produttore) di rimediare a ogni difetto che dovesse manifestarsi entro un certo termine dalla consegna del prodotto («*guarantee*»)¹¹². L'obbligo del venditore di consegnare un bene di durabilità soddisfacente origina, piuttosto, da una clausola statutaria inderogabile¹¹³, inerente alla qualità dell'oggetto e atta a conferire al consumatore sia il diritto di sciogliersi dal vincolo rifiutando il bene stesso entro trenta giorni dalla consegna (a prescindere da ogni considerazione in

¹⁰⁸ «[O]ne would include in respect of any passenger vehicle not merely the buyer's purpose of driving the car from one place to another but of doing so with the appropriate degree of comfort, ease of handling and reliability and, one may add, of pride in the vehicle's outward and interior appearance», (Lord Mustill in *Rogers v Parish (Scarborough) Ltd* [1987] QB 933, par. 944)

¹⁰⁹ Consumer Rights Act, s. 16. Com'è stato efficacemente notato, però, l'obbligo del venditore di consegnare un bene dotato di un *software* con una «*satisfactory durability*» lascia irrisolta la questione in ordine alla delimitazione del periodo di tempo durante il quale il consumatore può attendersi che il programma funzioni (R. Bradgate, *Beyond the Millennium – The legal Issues: Sale of Goods Issues and the Millennium Bug*, in 2 *JILT* (1999), visibile su https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1999_2/bradgate/).

¹¹⁰ Sul punto v. H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, S. Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2019, pp. 786-787.

¹¹¹ Sulla differenza tra «*warranty*» e «*conditions*» nel diritto contrattuale inglese v. C. Twigg-Flesner, R. Canavan, *Atiyah and Adams' Sale of Goods* (XIV ed.), Harlow, 2021, p. 57 ss. e, nella dottrina italiana, G. Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Padova, 2001, pp. 108-114.

¹¹² C. Twigg-Flesner, R. Canavan, *op. cit.*, pp. 529 ss.

¹¹³ Consumer Rights Act, s. 31(1), lett. a.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

ordine alla diligenza prestata dalle parti nell'adempimento o all'entità del difetto¹¹⁴), sia di esperire una pluralità di rimedi non risarcitori, introdotti al chiaro fine di adattare l'istituto anglosassone alla garanzia di conformità, così come regolata dal legislatore europeo nella direttiva 99/44/CE¹¹⁵. Il consumatore medesimo può, infatti, pretendere la riparazione o sostituzione del prodotto, nonché la riduzione del prezzo o la definitiva risoluzione del contratto, entro un periodo massimo di sei anni dalla consegna¹¹⁶.

Il fatto che il legislatore britannico abbia concesso al consumatore un periodo di tempo parecchio ampio (tre volte superiore a quello minimo previsto dalla direttiva europea) per rilevare il difetto di durabilità del prodotto non implica, tuttavia, che il venditore sia tenuto a rimediare a ogni vizio inerente agli attributi funzionali o non funzionali di quest'ultimo, manifestatosi nel corso del suddetto esteso arco temporale. La legge non assicura, infatti, che per l'intera durata della garanzia l'oggetto sia in grado di mantenere inalterata la propria utilità. Nel fare propria l'opinione già espressa da Lord Denning in *Crowther v. Shannon Motor Co*¹¹⁷, la *Law Commission*¹¹⁸ ha chiarito che l'inattesa inefficienza del bene rileva soltanto se e in quanto essa sia sintomatica di una carenza qualitativa del prodotto, già esistente (in forma latente) all'atto della sua consegna, in violazione dell'accordo contrattuale, che – integrato dalle clausole legislative sopra richiamate¹¹⁹ – pone sul professionista l'obbligo di consegnare al consumatore un oggetto dotato di una durabilità soddisfacente. Ciò non significa che il venditore debba procurare all'acquirente un bene che abbia una durabilità nella media («*fair average*»¹²⁰), ma piuttosto – come puntualizza la *section 9(2)* del *Consumer Rights Act*¹²¹ – conforme allo *standard* della «*reasonable person*».

¹¹⁴ Cfr. Lady Hale in *Clegg v Olle Andersson T/A Nordic Marine* [2003] EWCA Civ 320, parr. 71, 74.

¹¹⁵ La direttiva 99/44/CE è stata, infatti, recepita con il Sale and Supply of Goods to Consumers Regulation 2002, che ha introdotto nel diritto consumeristico inglese il duplice ordine di rimedi europei, primari e secondari, ora confluiti nel Consumer Rights Act, sec. 23 e 24. Ciò ha segnato un cambiamento nella prassi giurisprudenziale nazionale, restia, sino a quel momento, al riconoscimento della «*specific performance*» in caso di inadempimento da parte del venditore, il quale può ora essere obbligato a ripristinare la conformità del prodotto attraverso la riparazione o sostituzione del bene. Sul punto v. C. Twigg-Flesner, *The Law on Guarantees and Repair Work*, in T. Cooper (ed.) *Longer Lasting Products: Alternatives to the Throwaway Society*, Farnham, 2010, pp. 195 ss.

¹¹⁶ Una siffatta indicazione temporale non è espressamente contenuta nel Consumer Rights Act, ma opera, piuttosto, in applicazione delle regole generali in materia di inadempimento contrattuale in *common law*, ai sensi della *section 5* del Limitation Act 1980.

¹¹⁷ «*If the car does not go for a reasonable time but the engine breaks up within a short time, this is evidence which goes to show it was not reasonably fit for purpose at the time it was sold*» ([1975] All ER 139, par. 141).

¹¹⁸ Law. Com. No. 160, Scot. Law. Com, No. 104, cit., 3.54-55, p. 32.

¹¹⁹ Il riferimento è sia alla s. 14 del Sale of Good Act che alla s. 9 del Consumer Rights Act.

¹²⁰ Così, per esempio, negli Stati Uniti, all'art. 2-314(2)(e), dell'American Uniform Commercial Code. Sul punto, v. C. Twigg-Flesner, R. Canavan, *op. cit.*, p. 162.

¹²¹ «*The quality of goods is satisfactory if they meet the standard that a reasonable person would consider satisfactory, taking account of— (a) any description of the goods, (b) the price or other consideration for the goods (if relevant),*

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

Il richiamo a un tale parametro per valutare la qualità del prodotto e, dunque, l'esatto adempimento del professionista, lungi dal costituire un generico e astratto riferimento al punto di vista di un agente modello o ideale, pone, invece, una regola di natura oggettiva, la quale necessita dell'opera di un giudice per acquisire concretezza¹²². A quest'ultimo è richiesto, infatti, di appurare se un consumatore (e non, dunque, un osservatore terzo o chi acquista da un privato o nella qualità di professionista) in possesso del bagaglio di conoscenze dell'acquirente¹²³ e – a differenza dell'acquirente attuale – debitamente edotto, *ex ante*, di tutti i difetti del bene, anche di quelli nascosti, avrebbe comunque acquistato quest'ultimo o, al contrario, lo avrebbe ritenuto di qualità insoddisfacente¹²⁴. Un'indagine siffatta richiede, innanzitutto, un esame attento e approfondito di tutti i fatti di causa, tenendo in considerazione ogni elemento che appaia rilevante ai fini del giudizio, a partire da quelli (la descrizione e il prezzo¹²⁵, nonché la pubblicità o l'etichetta dell'oggetto¹²⁶) espressamente indicati dallo stesso legislatore. È in questa fase che occorre stimare la durata di vita che caratterizza, in media, in condizioni di uso normale, il bene di consumo e verificare (di norma, mediante l'ausilio di un esperto, il cui intervento accresce notevolmente i costi del giudizio per il consumatore¹²⁷) che il vizio lamentato non sia dovuto né alla naturale usura del bene stesso, né a un suo utilizzo scorretto, ma a una intrinseca, seppur latente, incapacità dell'oggetto di mantenere le proprie funzioni e prestazioni nel tempo¹²⁸.

Come non ha mancato di notare Lady Hale¹²⁹, tuttavia, l'attento esame delle circostanze del caso concreto non serve a stabilire se la condotta delle parti sia stata o meno irreprensibile ma, piuttosto, a valutare se il prodotto abbia raggiunto quello *standard* (vale a dire, quella soglia qualitativa minima) che una persona ragionevole avrebbe adottato come unità di riferimento. In altri termini, una volta individuati e analizzati gli elementi fattuali della vicenda, occorre ponderare attentamente questi ultimi, al solo scopo di decidere se il verificarsi di un certo degradamento del prodotto (già latente al momento dall'acquisto e manifestatosi nell'arco di sei anni) abbia o meno

and (c) all the other relevant circumstances». Una disposizione del tutto analoga si trova anche in seno alla section 14(2A) del Sale of Goods Act con riguardo alle vendite commerciali.

¹²² G. Criscuoli, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, p. 709 ss., spec. 738.

¹²³ *Brambill v Edwards* [2004] EWCA Civ 403, par. 39.

¹²⁴ Law. Com. No. 160, Scot. Law. Com, No. 104, cit., 3.25, p. 26.

¹²⁵ Consumer Rights Act, section 9(2), lett. a) e b).

¹²⁶ Consumer Rights Act, section 9, parr. 5 e 6. Come precisato al paragrafo 7, però – in aderenza al testo della direttiva 99/44/CE, art. 2(4) – ogni dichiarazione pubblica del professionista non rileva ai fini della valutazione del suo esatto adempimento se egli può dimostrare che non era (ne avrebbe potuto esserlo) a conoscenza della suddetta dichiarazione o che essa è stata revocata prima della conclusione del contratto, o non ha in alcun modo influenzato la scelta di acquisto del consumatore.

¹²⁷ C. Ervine, *Durability and the Law*, in T. Cooper (ed.) *Longer Lasting Products: Alternatives to the Throwaway Society*, Farnham, 2010, pp. 181 ss., spec. 189.

¹²⁸ Twigg-Flesner, R. Canavan, *op. cit.*, p. 476.

¹²⁹ *Clegg v Olle Andersson T/A Nordic Marine*, cit., par. 70.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

leso un'aspettativa del consumatore che appare, alla luce delle circostanze esaminate, meritevole di protezione¹³⁰. In questo processo ermeneutico, la decisione del giudice in ordine alla sussistenza o meno di un difetto di durabilità deve apparire ancorata, in modo saldo, alla fattispecie concreta, ma, allo stesso tempo, altresì conforme a quel senso di equità cui inevitabilmente rinvia ogni norma che contiene, nella sua disposizione, un riferimento alla ragionevolezza¹³¹.

La regola di giudizio in esame presenta, tuttavia, un chiaro limite: essa non consente alle parti del contratto di conoscere, *ex ante*, quale sia il livello di durabilità soddisfacente del prodotto, né di fare affidamento su una corrispondenza tra quest'ultimo e durata di vita media dell'oggetto. Al contrario, un tale valore è determinato, in maniera discrezionale, da un organo giurisdizionale, con degli esiti che non sempre vanno a vantaggio di chi – confidando nella capacità del bene di mantenere i propri attributi funzionali e non funzionali nel tempo – ha acquistato, da un professionista e a prezzo di mercato, un dato prodotto. Ciò è accaduto, in particolare, nel caso *Thain v Anniesland Trade Centre*¹³², in cui occorre stabilire quale fosse la durabilità di un'automobile usata che – in ragione dell'estrema vicinanza tra la manifestazione del difetto e la data di consegna del prodotto – appariva difettosa per una causa non sopravvenuta rispetto a tale ultimo momento. Il giudice ha ritenuto, però – probabilmente influenzato dalla scelta del consumatore di non acquistare una garanzia commerciale che coprisse le riparazioni del bene¹³³ – che «*durability, in all the circumstances, was simply not a quality that a reasonable person would demand of it*»¹³⁴. In altri termini, egli ha escluso che l'acquirente potesse contare sulla durabilità dell'oggetto e pretendere, pertanto, che il venditore rimediasse al fatto che il prodotto fosse incapace di soddisfare i livelli qualitativi e di resistenza nel tempo propri dei beni di quella categoria; e, ciò nonostante che il consumatore medesimo godesse, per legge, di una garanzia inderogabile ed espressamente idonea a proteggerlo anche dalla mancanza di durabilità del prodotto¹³⁵.

Il caso adesso riportato evidenzia come, nell'enucleare lo *standard* di durabilità soddisfacente secondo una persona ragionevole, il giudice possa finire per valorizzare

¹³⁰ «*The question which the definition asks is not whether the reasonable person would find the goods acceptable; it is an objective comparison of the state of the goods with the standard which a reasonable person would find acceptable*» (Law. Com. No. 160, Scot. Law. Com, No. 104, cit., 3.25, p. 26).

¹³¹ «*It is not possible to invoke the 'reasonable person' and consider how they would behave as though that were a question of fact. (...) Questions of reasonableness require the court to provide the answer from its sense of justice, but that means that detailed analysis and illustration must remain necessary unless every case is to be disposed of by an appeal to the court's idiosyncratic views on what justice demands*» (Così, Twigg-Flesner, R. Canavan, *op. cit.*, p. 141).

¹³² [1997] S.L.T. (Sh. Ct.) 102. Per un esame del caso v. C. Ervine, *Satisfactory quality: what does it mean?*, 6 J.B.L. 684 (2004), spec. 700-771.

¹³³ R. Bradgate, *op. cit.*, par. 4.2.1.

¹³⁴ *Thain v Anniesland Trade Centre*, cit., p. 106.

¹³⁵ Q. Zhou, L. DiMatteo, *Comparative Contract Law: British and American Perspective*, Oxford, 2015, p. 373.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

delle circostanze, tra le numerose presenti nella fattispecie concreta, capaci di determinare un abbassamento del livello qualitativo atteso dal bene rispetto alla media, senza considerare affatto le ricadute ambientali connesse alla precoce dismissione di un prodotto ancora in garanzia. Si pensi a un vizio che si palesa solo dopo la consegna dell'oggetto, per effetto di una scelta volontaria del consumatore di installare un aggiornamento fornito dal professionista senza che ciò sia previsto dal contratto¹³⁶ o, all'opposto, di non installare un programma che avrebbe potuto evitare il manifestarsi del difetto latente. Anche in tali ipotesi, è ben possibile che il giudicante ritenga opportuno escludere ogni responsabilità del venditore, nel presupposto che il consumatore avrebbe comunque concluso l'acquisto, se avesse saputo dell'esistenza di un difetto evitabile mediante l'adozione di alcuni semplici accorgimenti¹³⁷.

In assenza di un'indicazione univoca in ordine alla durabilità del prodotto, l'espressa inclusione legislativa di una tale qualità tra quelle essenziali per valutare l'esatto adempimento del professionista non accresce il livello di protezione del consumatore, inducendolo, piuttosto, a rinunciare ad avvalersi (finanche in via negoziale)¹³⁸ dei rimedi a sua disposizione, con l'ulteriore conseguenza – immediata e diretta – di non favorire l'adozione di condotte di consumo e di produzione atte a estendere la vita dei beni in circolazione. L'introduzione di una garanzia legale per difetto di durabilità, in altri termini, se non accompagnata da una chiara informazione precontrattuale in ordine all'aspettativa di vita dei beni di consumo, non si rivela utile a contrastarne l'obsolescenza precoce¹³⁹; e ciò anche in un contesto normativo *prima facie* favorevole, poiché privo di una definizione del suddetto vizio circoscritta ai soli profili funzionali e di rendimento dell'oggetto, nonché esente da limitazioni temporali tali da impedire alla durata della garanzia stessa di eguagliare l'aspettativa di vita di molti prodotti¹⁴⁰. È bene tenere presente, però, che il *Consumer Rights Act* non attribuisce al

¹³⁶ Il Consumer Rights Act obbliga il professionista a garantire la conformità dei contenuti digitali, così come modificati da un aggiornamento successivo alla consegna del prodotto, solo se il contratto prevede che il professionista possa intervenire su tali contenuti (*section 40*, par. 1).

¹³⁷ Sul punto, v. Twigg-Flesner, R. Canavan, *op. cit.*, pp. 131, 141, 147.

¹³⁸ C. Willet, *The Quality of Goods and the Rights of Consumer*, 44 N. IR. LEGAL Q. 218 (1993), p. 221.

¹³⁹ Nel 1994, Lord Beaumont propose di emendare il testo del *Sale and Supply Goods Bill* in modo da introdurre l'obbligo delle imprese di comunicare l'aspettativa di vita di ciascun bene, allo scopo di rendere il concetto di *durability* meno incerto, idoneo a contrastare i fenomeni di obsolescenza precoce e indurre i consumatori all'acquisto di beni più duraturi (House of Lords, Hansard, Deb. 12 October 1994, vol 557, cc 963).

¹⁴⁰ L'Autorità garante della concorrenza e del mercato britannica (Competition and Markets Authority o CMA) ha rilevato la necessità di procedere a «*an extension of the statutory guarantees in the Consumer Rights Act 2015, as a means of incentivising businesses to design longer-lasting products*» (*Environmental sustainability and the UK competition and consumer regimes: CMA advice to the Government*, 14 March 2022, visibile su <https://www.gov.uk/government/publications/environmental-sustainability-and-the-uk-competition-and-consumer-regimes-cma-advice-to-the-government>).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

suddetto istituto alcuna finalità ambientale¹⁴¹, la quale – solo in maniera del tutto incidentale e indiretta – trova spazio nella disciplina consumeristica nazionale¹⁴².

6. L'informazione sulla durabilità dei prodotti. Verso una garanzia di conformità funzionale all'adozione di modelli di produzione e consumo sostenibili

Lo studio condotto sulle norme che regolano la garanzia legale per difetto di durabilità nell'Unione europea e nel Regno Unito ha mostrato come la mera previsione di un obbligo del venditore di consegnare al consumatore un prodotto capace di mantenere le proprie funzioni e prestazioni per un arco di tempo normale e/o ragionevole agli occhi dell'acquirente sia insufficiente a stimolare un progressivo allungamento della vita dei beni di consumo.

Per un verso, infatti, la predetta garanzia impone al professionista di rimediare soltanto ad alcuni limitati difetti qualitativi, i quali si presentano con il prematuro insorgere di un vizio nell'oggetto o nei suoi elementi digitali, sintomatico di un'originaria scarsa resistenza del bene. Vi sono, tuttavia, delle ipotesi di obsolescenza precoce riferibili a dei difetti non presenti *ab origine* nel prodotto (si pensi, ad esempio, a un malfunzionamento di un bene con elementi digitali successivo all'installazione di un programma non compreso tra quelli forniti all'atto della consegna, o convenuti in contratto dalle parti); ovvero dovuti a una inidoneità del prodotto medesimo a estendere la propria aspettativa di vita mediante interventi di riparazione o aggiornamenti, in grado di prolungare la funzionalità del *software* in esso integrato.

Per altro verso, inoltre, la garanzia legale di durabilità non mette il consumatore e il professionista nella condizione di poter conoscere, *ex ante*, l'arco di tempo in cui il bene di consumo è in grado di assicurare una piena utilità all'acquirente, con l'effetto non solo di impedire a quest'ultimo di orientare le proprie scelte di acquisto verso dei prodotti più longevi, ma anche di non favorire, *ex post*, una spontanea convergenza di opinioni tra le parti, circa la sussistenza o meno di un difetto di conformità. Il periodo durante il quale il prodotto medesimo deve essere capace di mantenere, in condizioni di uso normale, le proprie funzioni e prestazioni, infatti, non coincide con i termini

¹⁴¹ «The current consumer protection law framework is silent on issues relating to the climate crisis, Net Zero and sustainability goals» (CMA, *Environmental sustainability and the competition and consumer law regimes: Advice to the Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy*, 28 September 2021, par. 47, visibile su https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1021364/CFI_-_sustainability_advice_.pdf).

¹⁴² «The CMA has previously taken action for failure to provide information about updates which affect a product's performance. Although not specifically focused on sustainability, such action does have the benefit of extending the life of products which might otherwise be thrown away» (*Ibidem*, par. 63).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

della suddetta garanzia, né è quantificabile mediante il ricorso a un criterio interamente oggettivo. Tale qualità del prodotto è misurata guardando, piuttosto, a dei criteri incerti e discrezionali che – come le esperienze sperimentate nel *common law* britannico evidenziano¹⁴³ – rischiano di indebolire oltremodo il grado di protezione potenzialmente offerto dalla garanzia medesima all'acquirente e all'ambiente.

Appare necessario, dunque, non soltanto rivedere la nozione di difetto di durabilità (la quale, in particolare, nella legislazione europea, sembra non poter rimediare alle ipotesi di obsolescenza indiretta e tecnologica, nonché ad alcune ipotesi di obsolescenza programmata)¹⁴⁴, ma anche e soprattutto ridimensionare il grado di discrezionalità sotteso all'accertamento del suddetto difetto. L'acquisizione di informazioni chiare e attendibili sulla vita del prodotto può aiutare, infatti, i consumatori a compiere delle scelte sostenibili e rafforzare, altresì, il grado di protezione offerto loro dalla garanzia legale europea. Una volta appreso dal professionista quale sia il periodo di tempo in cui il bene è in grado di fornire all'acquirente una piena utilità, il consumatore può decidere, in maniera consapevole, se investire o meno in un prodotto che presenta, rispetto agli altri omologhi sul mercato, una durabilità inferiore. Nel caso in cui si verifichi una precoce e inattesa obsolescenza dell'oggetto acquistato, pertanto, il consumatore medesimo può confidare in una spontanea assunzione di responsabilità da parte del venditore, senza doversi rivolgere a un giudice. L'informazione sulla durabilità del bene sarebbe, infatti, già nota a entrambe le parti, favorendone così l'accordo stragiudiziale. La disponibilità di un tale dato potrebbe costituire, infine, la base per un auspicabile allineamento tra l'aspettativa di vita di ciascun prodotto e i termini della garanzia legale, nonché della presunzione di non conformità che opera a vantaggio del consumatore.

In vista della revisione della direttiva (UE) 2019/771, le predette modifiche normative sembrano del tutto auspicabili, così come ribadito anche dal Parlamento europeo nella risoluzione 2020/2021¹⁴⁵. Le stesse, possono apparire, tuttavia, parecchio intrusive agli occhi dei professionisti, posto che esse finiscono per rivolgersi, innanzitutto, ai produttori, ai quali si chiede di sostenere dei costi per stabilire con esattezza la durata dei prodotti e di rispondere – a seguito dell'azione di regresso dei venditori o in via diretta, nel caso in cui operi un regime di responsabilità congiunta con questi ultimi¹⁴⁶ – del difetto del bene che non rispetti quella previsione. Tali costi potrebbero determinare, inoltre, un aumento dei prezzi dei prodotti venduti ai

¹⁴³ *Supra*, par. 5.

¹⁴⁴ *Supra*, par. 4.1 – 4.3.

¹⁴⁵ Cfr. Parlamento europeo, *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*, cit., par. 6, lett. e). Per un'analisi ragionata degli strumenti suggeriti dalla risoluzione in commento nell'ottica della sostenibilità v. D. Imbruglia, *La sostenibilità dei rimedi consumeristici nella direttiva 771/2019/UE e oltre*, in 16 *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 354 (2022).

¹⁴⁶ Parlamento europeo, *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*, cit., par. 6, lett. f).

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

consumatori, i quali, però, sono disposti a spendere il 5% in più per un bene più durevole e hanno una probabilità tre volte superiore di acquistare un oggetto così etichettato¹⁴⁷. Vi è, ad ogni modo, il rischio che in assenza di un sistema standardizzato e imparziale per la misurazione e comunicazione al pubblico della durabilità del prodotto, i produttori – in presenza di un obbligo informativo concernente tale qualità dell’oggetto – se non sottostimino quest’ultima, quantomeno forniscano ai venditori e ai consumatori delle informazioni inidonee a consentire agli acquirenti di operare delle scelte di acquisto informate. Occorre, pertanto, introdurre dei parametri uniformi a livello europeo per misurare il periodo di utilità del prodotto e trasmettere tale dato, in forma chiara e comprensibile, ai consumatori, consentendo loro di effettuare una comparazione tra i prodotti in vendita e selezionare quelli con una maggiore aspettativa di vita.

Secondo la Commissione europea, tuttavia, non è possibile pensare di adottare una misura siffatta – richiesta già da tempo e con convinzione dalle associazioni dei consumatori, senza incontrare il favore delle imprese¹⁴⁸ – in quanto «non è stato ritenuto fattibile calcolare una durata di vita prevista in modo standardizzato per tutti i tipi di prodotto»¹⁴⁹. Tale spiegazione appare, però, assai sbrigativa, posto che – come ci si appresta a illustrare – è sufficiente volgere lo sguardo all’ordinamento francese per rendersi conto che, invece, è ben possibile chiedere ai professionisti di stimare la longevità dei beni di consumo avvalendosi di parametri comuni, nonché trasmettere i dati acquisiti ai consumatori prima dell’acquisto, allo scopo di permettere a questi ultimi di operare delle scelte informate e sostenibili, finalizzate alla selezione di beni più duraturi.

7. Un esempio virtuoso. Gli obblighi informativi sulla «durabilité» in Francia

La legge n. 2020-105, del 10 febbraio 2020, *relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire*¹⁵⁰, ha introdotto una pluralità di nuove misure volte a contrastare, mediante un miglioramento dell’informazione fornita ai consumatori, l’obsolescenza precoce dei prodotti¹⁵¹. A tal fine, il legislatore francese non ha ritenuto sufficiente

¹⁴⁷ *Behavioural Study on Consumers' Engagement in the Circular Economy*, cit., p. 132.

¹⁴⁸ Cfr. Relazione della Commissione europea che precede la proposta di direttiva 2022/0092 del 30 marzo 2022 per la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante, COM (2022) 143 final, p. 9.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵⁰ Il testo è consultabile su <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2020/2/10/2020-105/jo/texte>.

¹⁵¹ Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, *The anti-waste law in the daily lives of the french people, what does that mean in practice?* (January 2020), disponibile su

vietare l'adozione, da parte degli operatori del mercato, di ogni tecnica atta, deliberatamente, a ridurre la durata (o impedire la riparazione) dei beni di consumo¹⁵². Lo stesso ha, altresì, ritenuto opportuno introdurre l'obbligo dei suddetti professionisti di divulgare i dati sull'aspettativa di vita e la riparabilità dei prodotti, in modo da indurre i consumatori alla selezione (e le imprese alla produzione) di oggetti più longevi, soprattutto, se elettrici ed elettronici. I beni che consumano energia rappresentano, infatti, una fetta elevatissima dei rifiuti del Paese, composta da molti dispositivi di uso quotidiano (ad esempio, smartphone, computer o elettrodomestici), anche dotati di elementi digitali, acquistati e dismessi con estrema frequenza dai cittadini, senza essere rimessi nel mercato, mediante operazioni di riuso, riparazione o riciclo¹⁵³. Allo scopo di contribuire al progressivo allungamento della vita di tali prodotti, la legge anti-spreco è intervenuta sugli obblighi informativi precontrattuali dei professionisti, modificando – a riprova della stretta interconnessione che lega, almeno a livello nazionale, entrambe le materie¹⁵⁴ – tanto il codice del consumo, quanto quello ambientale.

https://circulareconomy.europa.eu/platform/sites/default/files/anti-waste_law_in_the_daily_lives_of_french_people.pdf

¹⁵² La l. n° 2015-992 del 17 agosto 2015 relativa alla transizione energetica per la crescita verde ha introdotto nel Codice del consumo il reato di obsolescenza programmata. La l. n. 2021-1485 ha modificato la fattispecie penale vietando l'uso di tecniche (comprese il *software*) da parte della persona responsabile dell'immissione nel mercato del prodotto, deliberatamente inteso a ridurre la vita, senza che occorra anche la volontà di accrescerne il tasso di sostituzione (Art. L. 441-2). L'ambito applicativo della norma è stato progressivamente esteso ad altre ipotesi di obsolescenza. La legge anti-spreco del 10 febbraio 2020 ha criminalizzato, infatti, l'uso di qualsiasi tecnica che renda impossibile riparare o ricondizionare un apparecchio, al di fuori del suo circuito originale (Art. L. 441-3), nonché qualsiasi accordo o pratica volta a limitare l'accesso ai pezzi di ricambio o altri elementi necessari per consentire la riparazione dei prodotti (Art. L. 441-4). Sulla disciplina legislativa penale francese in tema di obsolescenza programmata e le relative difficoltà applicative v. P. Schultz, *Le droit français de la consommation confronté à la RSE*, 5(1) *Journal d'Economie, de Management, d'Environnement et de Droit (JEMED)* 63 (2022); M. Coutherut, J. Jiang, L. Quéré, L. Ughetto, *Lutte contre l'obsolescence programmée : étude sur les actions menées dans le monde*, 2022, visibile su <https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2022/04/Rapport-Clinique-juridique-de-lenvironnement-Droit-compare.pdf>; S. Zolea, *Verso un diritto dell'obsolescenza programmata: ipotesi legislative, novità giurisprudenziali e spunti comparativi*, in *Giustizia civile.com*, 2021, p. 1 ss.

¹⁵³ Forti V., Baldé C.P., Kuehr R., Bel G., *The Global E-waste Monitor 2020: Quantities, flows and the circular economy potential*, United Nations University (UNU)/United Nations Institute for Training and Research (UNITAR) – co-hosted SCYCLE Programme, International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA), Bonn/Geneva/Rotterdam, 2020, visibile su https://ewastemonitor.info/wp-content/uploads/2020/11/GEM_2020_def_july1_low.pdf

¹⁵⁴ Per un'analisi critica in ordine alla possibilità, a livello europeo, di realizzare una piena conciliazione tra politiche volte, da un lato, a proteggere i consumatori e, dall'altro, a tutelare l'ambiente v. L. Kramer, *On the Interrelation Between Consumer and Environmental Policies in the European Community*, 16 *J. Consum. Policy* 455 (1993); T. Wilhelmsson, *Consumer Law and the Environment: From Consumer to Citizen*, 21 *J. Consum. Policy* 45 (1998); K. Tonner, *Consumer Protection and Environmental Protection: Contradictions and*

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

Secondo la nuova configurazione degli obblighi generali di informazione contenuti nel *Code de la Consommation*, il professionista deve comunicare all'acquirente, prima della conclusione del contratto, il periodo durante il quale saranno disponibili le singole parti di ricambio dei prodotti elettrici ed elettronici¹⁵⁵ e, con riguardo ai beni con elementi digitali, la durata di vita dei *software* integrati in questi ultimi¹⁵⁶. In particolare, ai sensi dell'art. L. 111-4, il consumatore deve essere a conoscenza non più soltanto dell'eventuale disponibilità delle componenti sostitutive che consentono la riparazione del prodotto, ma (secondo norme più stringenti di quelle introdotte dalla c.d. legge *Hamon* del 17 marzo 2014¹⁵⁷) anche della indisponibilità di queste ultime e dell'esatto arco di tempo (non inferiore a quello di commercializzazione dell'oggetto, esteso di cinque anni rispetto alla data di immissione sul mercato dell'ultima unità del modello in questione¹⁵⁸) in cui sarà possibile reperire ciascun pezzo essenziale per il funzionamento di un prodotto che consuma energia.

Ai sensi dell'articolo L. 111-6, inoltre, il consumatore medesimo deve essere edotto anche della «*duree au cours de laquelle les mises à jour logicielles, que le producteur fournit, restent compatibles avec les fonctionnalités du bien*», cioè, del lasso di tempo durante il quale gli aggiornamenti del *software*, nella versione fornita al momento dell'acquisto (la quale deve essere quella più recente in commercio¹⁵⁹), sono in grado di rimanere compatibili

Suggested Steps Towards Integration, 23 *J. Consum. Policy* 63 (2000); H-W. Micklitz, *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, 6 *EuCML* 229 (2019).

¹⁵⁵ L. n. 2020-105 del 10 febbraio 2020, Art. 19, che ha modificato l'art. L. 111-4 del Code de la consommation.

¹⁵⁶ L. n. 2020-105 del 10 febbraio 2020, Art. 27, il quale ha introdotto l'art. L-217-21 nel Code de la consommation, ora confluito – in seguito al recepimento delle direttive UE 2019 n. 770 e 771 – in seno all'art. L. 111-6.

¹⁵⁷ Il riferimento è alla l. n. 2014-344 del 17 marzo 2014 *relative à la consommation* che ha preso il nome dell'allora ministro delegato per l'economia sociale e solidale e gli affari dei consumatori. Tra le misure volte a rafforzare i diritti dei consumatori, la legge *Hamon* prevede sia l'obbligo dei professionisti (produttori e venditori di tutti i beni di consumo, senza distinzioni) di informare i consumatori in merito al periodo di disponibilità dei relativi pezzi di ricambio, sia l'estensione, da sei mesi a due anni, della presunzione di mancata conformità del prodotto, ai fini della garanzia legale. Tali misure, tuttavia – volte a favorire il contrasto dell'obsolescenza programmata prima che quest'ultima fosse espressamente vietata (*supra*) – non hanno prodotto gli effetti sperati, poiché scarsamente rispettate dai professionisti (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), *Information des consommateurs sur les garanties et la disponibilité des pièces détachées: contrôle de l'application de la loi «Consommation»* (18 nov. 2016), visibile su <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/information-des-consommateurs-sur-garanties-et-disponibilite-des-pieces-detachees-controle>; sul punto, anche P. Hili, *La lutte contre l'obsolescence programmée: insuffisance et difficultés d'une réponse juridique*, in 75 *Bulletin du droit de l'environnement industriel* 45 (2018) visibile su <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/environnement-qualite/qualite/8317/la-lutte-contre-l-obsolescence-programmee-insuffisance-et-difficultes-d-une-reponse-juridique>.

¹⁵⁸ Tale previsione riguarda soltanto alcune categorie di prodotti, cioè, piccoli elettrodomestici, apparecchiature informatiche e di telecomunicazione, schermi e monitor.

¹⁵⁹ Art. L. 217-5, n. 3, Code de la consommation.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

con il normale utilizzo del relativo bene con elementi digitali. Il professionista comunica, pertanto, all'acquirente non la cadenza con cui sono rilasciati gli aggiornamenti dopo la consegna del prodotto¹⁶⁰, ma la durabilità del *software* o, più esattamente, il periodo durante il quale esso è capace di mantenere, grazie agli aggiornamenti già in dotazione, le sue funzioni e prestazioni.

Le informazioni adesso ricordate appaiono, singolarmente e nel loro insieme, rilevanti non solo per permettere al consumatore, prima di perfezionare l'acquisto, di avere un quadro più preciso sul periodo complessivo durante il quale il prodotto è in grado di mantenere (anche a seguito di eventuali interventi di riparazione e sostituzione delle sue componenti) una piena utilità, ma, altresì, per consentire allo stesso di avvalersi, senza esitazione, dei rimedi della garanzia di conformità, allorché la riparazione dell'oggetto sia impedita dalla inattesa irreperibilità delle sue parti di ricambio, o si verifichi un precoce degradamento del suo *software*. La «*réparabilité*»¹⁶¹ e la «*durabilité*»¹⁶² (cioè, come previsto dalla direttiva (UE) 2019/771, la capacità di mantenere, in condizioni di uso normale, le funzioni e prestazioni richieste¹⁶³) sono entrambe, infatti, delle qualità essenziali dei beni di consumo. Il verificarsi di una loro mancanza entro due anni dalla consegna dell'oggetto, prima che sia trascorso il periodo comunicato dal produttore al venditore, nonché da quest'ultimo al consumatore, circa la disponibilità dei pezzi sostitutivi o la vita del *software*, può integrare, pertanto, gli estremi di un difetto di conformità. Sul consumatore non ricade alcun onere di dimostrare che il bene divenuto precocemente obsoleto fosse già viziato al momento della consegna: è il venditore, piuttosto, a dover dar prova del contrario¹⁶⁴.

La previsione di un generale obbligo informativo del professionista sulla riparabilità del bene di consumo, ovvero sulla vita degli aggiornamenti del *software* in esso integrato, non assicura, ad ogni modo, che il destinatario di tali comunicazioni sia in grado, in concreto, di effettuare, *ex ante*, una scelta di acquisto responsabile e avvedersi, *ex post*, dell'esistenza di un difetto coperto dalla garanzia legale. La rilevazione e la trasmissione (anche in forma scritta e leggibile) dei dati inerenti alla disponibilità delle componenti di ricambio del prodotto, o al periodo di funzionalità degli elementi digitali di quest'ultimo in assenza di aggiornamenti potrebbero, infatti – se rimesse alla completa discrezionalità di ciascun produttore e venditore – lasciare il consumatore del tutto disinformato circa l'effettivo periodo di utilità dei beni. Il legislatore francese non ha sottovalutato l'importanza di assicurare una omogeneità

¹⁶⁰ Il venditore è tenuto a notificare e fornire al consumatore gli aggiornamenti necessari per la conformità del prodotto, per il periodo stabilito in contratto o – nel caso di fornitura *una tantum* – per quello che il consumatore può legittimamente aspettarsi, tenuto conto del tipo e dello scopo dei beni e degli elementi digitali e delle circostanze e della natura del contratto (Art. L. 217-19).

¹⁶¹ Art. L. 441-3, Code de la consommation.

¹⁶² Art. L. 217-5, n. 6, Code de la consommation.

¹⁶³ Art. liminaire, n. 12, Code de la consommation.

¹⁶⁴ Art. L. 217-7, Code de la consommation.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

nella modalità di raccolta e comunicazione delle suddette informazioni, introducendo, in seno al codice ambientale nazionale, degli indici volti, espressamente, a far conoscere, in modo chiaro e immediato, al consumatore medesimo il grado di «réparabilité» e «durabilité» dei beni di consumo¹⁶⁵.

Si tratta di misure che, a differenza di analoghe iniziative locali e straniere atte a stimolare la transizione verso un'economia circolare¹⁶⁶, non sono rimesse alla volontaria adesione dei professionisti, operando, piuttosto, su base obbligatoria. L'articolo L. 541-9-2 del *Code de l'environnement* impone, infatti, ai produttori, importatori e distributori dei prodotti elettrici ed elettronici di comunicare, in forma gratuita, ai venditori e a chiunque ne faccia richiesta, un indice che misura il grado di riparabilità dei suddetti prodotti e i parametri che, sulla base delle indicazioni ministeriali¹⁶⁷, sono stati impiegati per stabilirlo: l'accessibilità alla documentazione tecnica dell'oggetto, la facilità di disassemblaggio di quest'ultimo, nonché il prezzo e la disponibilità delle relative parti di ricambio, ai quali si aggiunge, infine, un quinto parametro (ad esempio, la possibilità di calcolare i cicli di utilizzo o ricevere assistenza da remoto) diverso a seconda della categoria merceologica del prodotto¹⁶⁸. I venditori devono, a loro volta, trasmettere ai consumatori – attraverso l'apposizione di un'etichettatura direttamente sul dispositivo o (nel caso in cui il contratto sia a distanza) esposta vicino al relativo prezzo di vendita¹⁶⁹ – un indice siffatto, il quale mostra mediante un numero, su una scala da uno a dieci, il livello di riparabilità del bene di consumo¹⁷⁰. A partire dal 1° gennaio del 2024, però, tutti i consumatori che acquistano dei prodotti elettrici o elettronici devono essere edotti, altresì, secondo modalità analoghe, anche del grado di durabilità di questi ultimi e dei parametri (tra cui la robustezza e l'affidabilità di ciascun bene) impiegati per calcolare tale indice, che integrerà o sostituirà il precedente¹⁷¹. Non è ancora chiaro, tuttavia, se – alla luce del

¹⁶⁵ Così, l. n. 2020-105 del 10 febbraio 2020, art. 16, che ha introdotto l'art. L-541-9-2 del Code de l'environnement, che disciplina, al paragrafo primo, l'«indice de réparabilité» e, al paragrafo secondo, l'«indice de durabilité» (*infra*).

¹⁶⁶ M. Cordella, F. Alfieri, J. Sanfelix (European Commission, Joint Research Centre, Seville, Spain), *Analysis and development of a scoring system for repair and upgrade of products*, Luxembourg, 2019, visibile su <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC114337>.

¹⁶⁷ Il decreto ministeriale *no 2020-1757 du 29 décembre 2020 relatif à l'indice de réparabilité des équipements électriques et électroniques* ha modificato la parte regolamentare del codice dell'ambiente, in cui sono stati inseriti gli artt. R. 541-210 – R. 541-214 che disciplinano nel dettaglio le modalità attuative dello strumento.

¹⁶⁸ Ministère de la Transition écologique, *Instructions manual for the display and the calculation of the repairability index of electrical and electronic equipments* (28 giugno 2022), p. 10, visibile su https://www.ecologie.gouv.fr/sites/default/files/220523_instructions%20manual%20-%20repairability%20index%20-%20final%20V3.0.pdf.

¹⁶⁹ Art. R. 541-213, Code de l'environnement.

¹⁷⁰ Art. R. 541-210, Code de l'environnement.

¹⁷¹ Art. L-541-9-2, II, Code de l'environnement.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

carattere polisemico del termine francese «durabilité» – l'indice in questione intenda misurare, in senso stretto, la capacità dei beni che consumano energia di mantenere, in condizioni di uso normale, le proprie funzioni e prestazioni¹⁷², in linea con la terminologia consumeristica nazionale ed europea. Potrebbe trattarsi, infatti, di uno strumento atto a stimare, piuttosto, il periodo massimo di funzionalità dei suddetti prodotti, compresi eventuali interventi di riparazione e sostituzione¹⁷³; o, ancora, a informare i consumatori sulla sostenibilità dei prodotti medesimi, guardando alla loro composizione e alle emissioni generate durante il relativo processo di fabbricazione¹⁷⁴.

Quest'ultima, in particolare, sembra essere l'opzione favorita dei produttori, nel timore che un indice volto a introdurre un sistema standardizzato di misurazione della durabilità dei beni che consumano energia possa far maturare negli acquirenti l'aspettativa che tali prodotti abbiano una certa durata di vita coperta dalla garanzia legale di conformità¹⁷⁵. L'accoglimento di una proposta siffatta, tuttavia, non sarebbe in linea con la *ratio* dell'istituto, il quale – come emerge chiaramente anche dai parametri legislativi che devono comporre il futuro «*indice de durabilité*» – mira non a promuovere la circolazione di prodotti più sostenibili, ma a favorire il consumo e la produzione di beni elettrici ed elettronici, dotati di una maggiore durata di vita. Ne consegue, dunque, che soltanto un indice in grado di riflettere – in maniera chiara e immediata e, al contempo, analitica e non indulgente¹⁷⁶ – la durabilità, oltre che la riparabilità, di tali prodotti (e dei relativi elementi digitali) può permettere, in sinergia con la garanzia legale di conformità, il pieno conseguimento della suddetta finalità, elevando, da un lato, il livello di protezione dei consumatori contro l'obsolescenza precoce e stimolando, dall'altro, la produzione, da parte delle imprese, di beni più duraturi.

¹⁷² Art. liminaire, n. 12, Code de la consommation.

¹⁷³ Questa è la definizione tecnica di durabilità relativa ai prodotti che consumano energia che emerge dallo standard NF EN 45552:2020 elaborato allo European Committee for Standardization (CEN) e dallo European Committee for Electrotechnical Standardization (CENELEC).

¹⁷⁴ Agence de la transition écologique (ADEME), *Preparatory study for the introduction of a durability index*, 2021, p. 53 (consultabile su <https://bibliothèque.ademe.fr/dechets-economie-circulaire/4853-preparatory-study-for-the-introduction-of-a-durability-index.html>).

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 54.

¹⁷⁶ Come ha osservato l'associazione Halte à l'Obsolescence Programmée (HOP), l'indice di riparabilità francese non sempre riflette le reali caratteristiche dell'oggetto. Ciò si verifica non tanto a causa dell'assenza di controlli esterni sulla correttezza della misurazione di tale indice da parte delle imprese; ma, soprattutto, in ragione della pari rilevanza attribuita a ciascuno dei cinque parametri ministeriali usati per il suo calcolo (l'assenza di parti di ricambio, ad esempio, benché renda, a differenza del prezzo elevato o dell'assenza di un manuale di istruzioni, del tutto impossibile la riparazione del prodotto, non compromette il buon esito della valutazione), nonché di una taratura dei punteggi minimi e massimi che, basata su prodotti già esistenti nel mercato, impedisce ad alcune categorie di beni (es. le lavatrici) di raggiungere dei punteggi inferiori a un certo valore. Cfr. HOP, *The French reparability index. A first assessment – one year after its implementation* (2022) visibile su <https://www.halteobsolescence.org/wp-content/uploads/2022/02/Rapport-indice-de-reparabilite.pdf>.

8. La (deludente) prospettiva *de iure condendo* europea

La proposta di direttiva del 30 marzo 2022 in tema di «responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche sleali e dell'informazione»¹⁷⁷, che ha inteso proteggere i consumatori medesimi dall'obsolescenza precoce dei prodotti e offrire a questi ultimi gli elementi conoscitivi necessari per compiere delle scelte di acquisto sostenibili, non ha seguito l'esempio del legislatore francese¹⁷⁸. La soluzione suggerita dalla Commissione europea per rendere gli acquirenti edotti della longevità dei beni di consumo che circolano nel mercato unico, infatti, non è stata quella di obbligare i professionisti a misurare la durabilità di ciascun prodotto e comunicarla al pubblico prima della sua vendita. Per migliorare il grado di conoscenza dei consumatori sulla durabilità dei beni di consumo (e stimolare, così, le imprese ad aumentarne la produzione) è stata accolta, piuttosto, una misura normativa alternativa, assai differente da quella adesso esaminata: l'introduzione, cioè, di un obbligo informativo precontrattuale, relativo all'esistenza (e all'estensione in unità di tempo) della garanzia commerciale di durabilità, quale «indicatore eccellente della durabilità del bene»¹⁷⁹. Il venditore, in altri termini, sarebbe tenuto a informare l'acquirente del fatto che il produttore assicura, per un certo periodo di tempo, che il bene di consumo sia capace di mantenere, in condizioni di uso normale, le proprie funzioni e prestazioni, rispondendo, altresì, direttamente della sua riparazione e sostituzione¹⁸⁰. Tale obbligo vincola il venditore solo se il produttore stesso offre la suddetta garanzia commerciale e questa copre il prodotto nel suo complesso, per un periodo superiore a due anni¹⁸¹, vale a dire, oltre la durata della garanzia legale di conformità¹⁸², la cui comunicazione al consumatore è già obbligatoria ai sensi degli articoli 5(1), lett. e) e 6(1), lett. l) della direttiva 2011/83/UE.

La proposta di direttiva in esame si discosta, inoltre, in maniera nitida, anche dalla direzione indicata dal Parlamento europeo, nella già richiamata risoluzione 2020/2021, in seno alla quale si invita la Commissione a fare in modo che i consumatori ricevano delle informazioni precontrattuali chiare e attendibili

¹⁷⁷ 2022/0092 (COD).

¹⁷⁸ *Supra*, par. 7.

¹⁷⁹ COM (2022) 143 final, p. 12.

¹⁸⁰ Cfr. Art. 17(1), Direttiva 2019/771/UE.

¹⁸¹ Così, gli articoli 2(2), lett. a) e 2(3), lett. a) della proposta di direttiva 2022/0092, che modificano la direttiva 2011/83/UE agli artt. 5(1) e 6(1) introducendovi, rispettivamente, le lettere "e bis" e "m bis".

¹⁸² Proposta di direttiva 2022/0092, considerando (26).

sull'aspettativa di vita dei prodotti¹⁸³. La decisione del produttore di non offrire alcuna garanzia commerciale di durabilità solleva, *in toto*, infatti, il venditore da ogni obbligo informativo inerente alla longevità dell'oggetto, posto che il professionista non è tenuto a comunicare alcun altro dato (eventualmente messo a disposizione dallo stesso produttore o, comunque, rilevante) da cui dedurre una tale informazione. Ogni dato sulla durata del bene di consumo (anche se ricavato, indirettamente, dall'esistenza di una garanzia del produttore inferiore a due anni) può rivelarsi parecchio utile per il consumatore, tanto per operare delle scelte di acquisto sostenibili, quanto per far valere, *ex post*, la responsabilità del venditore (e non solo del produttore, dunque) per difetto di durabilità. Solo nel caso in cui il contratto riguardi dei beni che consumano energia, la suddetta proposta prevede che il professionista sia tenuto, quantomeno, ad avvisare il consumatore del fatto che il produttore non fornisce alcuna notizia sulla presenza di una garanzia commerciale superiore al biennio¹⁸⁴. Anche questa norma, però, non mira a consentire all'acquirente di desumere il periodo di utilità del prodotto, ma intende soltanto stimolare le imprese a competere sulla fornitura e durata delle garanzie e, indirettamente e in via eventuale, sulla fabbricazione di prodotti aventi una vita più lunga¹⁸⁵.

Nel circoscrivere l'obbligo informativo del venditore alla sola garanzia commerciale di durabilità superiore a due anni, la Commissione europea ha mostrato, inoltre, insieme a una totale sfiducia nella volontà degli Stati membri di sfruttare i margini di apprezzamento concessi dalla direttiva (UE) 2019/771, una scarsa attenzione verso il concreto funzionamento della garanzia di conformità. Il consumatore, infatti, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7, par. 1, lett. d della direttiva (che pone espressamente sul professionista l'obbligo di consegnare un bene dotato di una capacità di preservare le proprie funzioni e prestazioni, normale per i beni dello stesso tipo e che il consumatore medesimo può ragionevolmente attendersi) non sa quale sia l'aspettativa di vita dell'oggetto acquistato, né può assumere che essa sia almeno pari alla durata biennale della garanzia legale¹⁸⁶. Egli può soltanto confidare, tutt'al più (a fronte dell'estensione da sei mesi a un anno della presunzione di mancata conformità), in una presumibile capacità di funzionamento e rendimento del bene annuale. La mera previsione di un obbligo del venditore di comunicare al consumatore l'impegno del produttore di assicurare quest'ultima qualità, solo se tale impegno si estende per un arco temporale superiore a quello della garanzia legale, non tiene conto del suddetto vuoto informativo. Il consumatore continuerebbe a restare, pertanto, del

¹⁸³ Parlamento europeo, *Verso un mercato unico più sostenibile per le imprese e i consumatori*, cit. par. 6, lett. a) – d).

¹⁸⁴ Cfr. Proposta di direttiva 2022/0092, considerando (24). Si veda, inoltre, il testo degli artt. 5(1), lett. "e ter" e 6(1), lett. "m ter" della direttiva 2011/83/UE, così come modificati secondo quanto suggerito dalla suddetta proposta legislativa.

¹⁸⁵ COM (2022) 143 final, p. 12.

¹⁸⁶ *Supra*, par. 4.

Rosalba Potenzano

*Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.**Note comparatistiche*

tutto sprovvisto di conoscenze attendibili sull'aspettativa di vita dei prodotti, le quali – come osservato¹⁸⁷ – sono essenziali per consentirgli di trarre pieno vantaggio dai rimedi predisposti dal legislatore sovranazionale, nell'ipotesi in cui si manifesti un difetto di durabilità del bene entro due anni dalla consegna.

La proposta di direttiva in esame sembra far leva anche su degli altri obblighi informativi del professionista per comunicare al consumatore, in maniera indiretta, quale sia la durabilità del bene. Tra le informazioni precontrattuali indicate agli articoli 5 e 6 della direttiva 2011/83/UE, si inserirebbero, infatti, anche quelle relative al periodo minimo di tempo in cui si prevede la fornitura (da parte del produttore o di un terzo) degli aggiornamenti del *software* del prodotto¹⁸⁸ e – se non opera, secondo modalità non meglio precisate, un ipotetico indice di durabilità¹⁸⁹ – la disponibilità di pezzi di ricambio¹⁹⁰. L'acquirente sarebbe, così, in grado di sapere se il bene di consumo può superare la durata di vita che caratterizza le sue singole componenti, analogiche e digitali, fornite al momento della consegna. Tale informazione può spingerlo verso l'acquisto di prodotti facilmente riparabili e aggiornabili e, altresì, rafforzare – al pari di una comunicazione sul periodo di utilità del bene – la protezione assicurata all'acquirente dalla garanzia di conformità, rendendo rilevante, quale caratteristica atta ad ampliare la nozione di «durabilità» dell'oggetto oltre gli stretti confini della definizione legislativa, la possibilità di riparare l'oggetto stesso o aggiornarne il *software*¹⁹¹.

Al netto di questa modifica, da accogliere con favore, nel complesso – secondo un'opinione condivisa anche dal Comitato economico e sociale europeo¹⁹² – si ha la sensazione che la proposta della Commissione sia stata davvero poco ambiziosa. Essa non si propone, infatti, di accrescere la consapevolezza dei consumatori rispetto

¹⁸⁷ *Supra*, par. 6.

¹⁸⁸ Così, gli articoli 2(2), lett. a) e 2(3), lett. a) della proposta di direttiva 2022/0092, che modificano la direttiva 2011/83/UE inserendo, rispettivamente, le lettere “e quater” ed “e quinquies” nell'art. 5(1) e “m quater” e “m quinquies” nell'art. 6(1).

¹⁸⁹ La lettera “i” dell'art. 5(1) e la lettera “u” dell'art. 6(1) della direttiva 2011/83/UE, così come modificata dalla proposta di direttiva 2022/0092, prevedono infatti che il professionista fornisca al consumatore, prima che sia vincolato dal contratto, «se applicabile, l'indice di riparabilità dei beni». Un indice siffatto, tuttavia, a differenza che in Francia (*supra*, par. 7), non è ancora operativo nell'Unione europea, nonostante che siano stati condotti diversi studi per valutarne la fattibilità (Spiliotopoulos, C. et al., *Product Reparability Scoring System: Specific application to Smartphones and Slate Tablets* (Joint Research Centre (JRC) della Commissione europea), Luxembourg, 2022).

¹⁹⁰ Cfr. lettera “j” dell'art. 5(1) e lettera “v” dell'art. 6(1) della direttiva 2011/83/UE, ai sensi della proposta di direttiva 2022/0092.

¹⁹¹ *Supra*, par. 4.

¹⁹² CESE, *Parere del Comitato economico e sociale europeo sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica le direttive 2005/20/CE e 2011/83/UE per quanto riguarda la responsabilizzazione dei consumatori per la transizione verde mediante il miglioramento della tutela dalle pratiche commerciali scorrette e dell'informazione*, (2022/C 443/10) 14 luglio 2022, para. 4.1.6.

Rosalba Potenzano

Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.

Note comparatistiche

all'aspettativa di vita dei beni di consumo e dei loro elementi digitali, benché sia proprio quest'ultima informazione a essere determinante per promuovere delle scelte di acquisto responsabili, rafforzare il livello di tutela offerto dalla garanzia legale in caso di obsolescenza precoce e, infine, favorire la produzione di prodotti più longevi. Le informazioni sulla riparabilità del prodotto e sulla possibilità di aggiornarne il *software* (alla stregua di quelle relative alla presenza di una garanzia commerciale di durabilità) contribuiscono, soltanto in parte e in via indiretta, all'acquisizione del suddetto dato, il quale è rimesso, in definitiva, all'intuizione dell'acquirente.

L'auspicio è, pertanto, che la Commissione europea prenda in esame, ancora una volta e con maggiore attenzione, la possibilità di introdurre degli obblighi informativi del professionista in tema di durabilità del prodotto. Solo così, infatti, ciascun consumatore può conoscere, con esattezza, qual è l'aspettativa di vita del bene che intende acquistare e - nel caso in cui riceva in consegna un oggetto incapace di eguagliarla - avvalersi dei rimedi previsti dalla garanzia legale, in modo da stimolare le imprese ad accrescere la resistenza dei prodotti, per sottrarsi ai costi di riparazione e sostituzione connessi al ripristino della loro conformità. Non si tratta di una misura di impossibile realizzazione, posto che in Francia - come osservato¹⁹³ - esistono già degli obblighi informativi per il professionista, utili a rendere edotti i consumatori in ordine alla durata di vita di alcuni beni di consumo (in particolare, quelli elettrici ed elettronici) allo scopo di contrastarne l'obsolescenza precoce. Il legislatore europeo potrebbe, pertanto, prendere a modello la normativa nazionale francese ed estendere le relative previsioni a tutti i professionisti che operano nel mercato unico, a beneficio dei consumatori e dell'ambiente.

ABSTRACT: The essay analyses the legal guarantee of contracts for the sale of consumer goods under Directive (EU) 2019/771, which has expressly introduced durability as an objective requirement for conformity to achieve more sustainable consumption patterns and a circular economy in an increasingly digital-driven market. Such regulatory innovation, however, does not lengthen products' lifespans nor raise consumer protection against premature obsolescence. In anticipation of the revision of the directive by the first half of 2024, the Author underlines the main weaknesses of the legal guarantee of durability and, assisted by the use of a comparative method, suggests that only a pre-contractual information duty on product lifespan and repairability can make such a guarantee more effective and sustainable.

¹⁹³ *Supra*, par. 7.

Rosalba Potenzano

Obsolescenza precoce e garanzia di durabilità nella vendita di beni di consumo.

Note comparatistiche

KEYWORDS: consumer law - circular economy - legal guarantee - comparative law
- product obsolescence.

Rosalba Potenzano - Ricercatrice di Diritto privato comparato, Università degli studi di Palermo (rosalba.potenzano@unipa.it)

The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space. The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

Gianmatteo Sabatino

TABLE OF CONTENTS: 1. The legalization of ASEAN. – 2. Indonesian enterprise law and the paths of its «*reformasi*». - 2.1 The ASEAN context. - 2.2. Following. An example of integration pattern in the field of Corporate Social Responsibility – 3. Rationalisation and diversification in the legal regime of Indonesian SOEs in comparative perspective. – 4. The establishment of state-holding companies in Indonesia. – 5. Indonesian SOEs in the ASEAN economic space.

1. The legalization of ASEAN

Among the experiences of regional economic integration, that of ASEAN displays features which are particularly challenging for comparative lawyers. Indeed, its Member States represent a variety of ideological, constitutional and economic backgrounds which is not detected, at least to such wide extent, in other macro-regional organizations¹.

Recently deepening experiences of economic integration, such as that of Mercosur or that of the Eurasian Union, rely, among other factors, on common features pertaining to their MSS' legal traditions as well as on their affinity in upholding a relatively akin development vision².

The same discourse cannot be wholly upheld for ASEAN. Since its post-colonial inception in the wake of the Bandung's discourse upon development, Southeast Asian regional integration has always encompassed a wide range of socio-economic and legal systems, reflecting the competing, when not conflicting, stance of the Member States. In the 1950s and early 1960s, the confrontation between, on the one hand, socialist countries and countries implementing socialist-inspired development models and, on the other hand, former colonies still deeply linked to their capitalist motherland (such as Malaysia) prevented any serious attempt at regional integration. The first organization involving

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

¹ D.A. Desierto, *Postcolonial International Law Discourses on Regional Developments in South and Southeast Asia*, in *International Journal of Legal Information*, 36(3), 2008, p. 387-431; ID., *ASEAN' S Constitutionalization of International Law: Challenges to Evolution Under the New ASEAN Charter*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 49, 2011, p. 269-320.

² M. Toscano et al., *The Law of Mercosur*, Portland, 2010; G.I. Osadchaya, *СТАНОВАЛЕНИЕ ЕВРАЗИЙСКОГО ЭКОНОМИЧЕСКОГО СОЮЗА: ИДЕИ, РЕАЛЬНОСТЬ, ПОТЕНЦИАЛ* (The formation of the Eurasian Economic Union: ideas, reality, potential), Moscow, 2019.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

Southeast Asian countries – i.e. the Southeast Asia Treaty Organization (SEATO) launched in 1954 – was, by all means, an anti-communist instrument promoted by the United States³.

However, after the change of leadership in Indonesia, with the establishment of Suharto's strongly anti-communist regime, the confrontation (*konfrontasi*) between Indonesia and Malaysia came to an end and in 1967 the Bangkok Declaration founded the Association of Southeast Asian Nations, which was later confirmed through the Treaty of Amity and Cooperation (TAC) of 1976.

Under the impulse of the then non-aligned members (especially Indonesia and Malaysia), ASEAN paved the way for distancing its members from the cold war bipolar engagement⁴.

The founding members – i.e. Indonesia, Malaysia, Philippines, Thailand and Singapore – conceived a comprehensive and, at the same time, quite general and vague cooperation agenda, essentially building up loose intergovernmental structures to promote consultation between each other. The enhancement of mutual assistance and cooperation was (and still is) counterbalanced by the general and fundamental principle of the «respect for the independence, sovereignty, equality, territorial integrity and national identity»⁵.

The gradual enlargement of the organization towards countries with different legal backgrounds – Brunei in 1984, Vietnam in 1995, Laos and Burma in 1997 and Cambodia in 1999 – reinforced the idea that the loose approach to political concertation was the most suitable one to pursue stability and economic growth in the region. This meant that regional integration was built upon strictly intergovernmental institutional *fora*, whose legal outcome was an ensemble of documents and declarations of high political significance but lacking formal legal value⁶. Such documents were (and are) supported by bilateral cooperative instruments such as investment treaties⁷. As such, ASEAN law was fully framed within the domain of classic public international law; its aspiration to a common economic space loosely based on low trade barriers did not, nor could, amount to the creation of a *corpus* of rules cutting transversally through the Member States' legal systems, thus altering their stance toward market freedom and state interventionism, as it happened with the European Economic Community.

The establishment, in 2008, of the ASEAN Charter, while not changing the formal structures of integration, stimulated a new round of debates about the evolution path of ASEAN itself. Apparently addressing the arguments of those who doubted it could ever move beyond the point of a mere «free trade area»⁸, ASEAN, through its Charter, establishes three fundamental pillars of integration, somewhat echoing images we are used

³ D.A. Desierto, *Postcolonial International Law Discourses*, cit.

⁴ *Id.*

⁵ The principle is now enshrined in Art. 2(2)(a) of the ASEAN Charter of 2008.

⁶ D.A. Desierto, *Postcolonial International Law Discourses*, cit.; *Id.*, *ASEAN' S Constitutionalization of International Law*, cit.

⁷ *Id.*

⁸ L. Hong Tan, *Will Asean Economic Integration Progress beyond a Free Trade Area?*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 53(4), 2004, p. 935-967.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

to linking to the Maastricht Treaty⁹: i) political and security cooperation; ii) economic cooperation; iii) socio-cultural cooperation. Each one of these pillars finds its institutional counterpart in a Community Council, composed by representatives of the Member States and called to implement relevant policies in the respective fields¹⁰.

Indeed, the commitment to a shared vision of sustainable development is now enshrined in several provisions outlining the objectives of the integration effort¹¹.

On the other hand, non-interference in internal affairs of the Member States and the respect of national sovereignty continue to be fundamental principles of ASEAN law. Furthermore, the supreme policy-making body – i.e. the ASEAN summit – remains a purely intergovernmental body consisting in the reunion of Member States' heads of state and government¹². The summit is complemented by a coordinating council which is composed by national ministries of foreign affairs¹³.

Those authors who have indeed detected, in the Charter, a distinction among legislative, executive and judicial functions, have also clearly pointed out that the degree of «supranationality» reached by ASEAN law is deeply affected by the persistent and heavy reliance of all decision-making upon consensus¹⁴.

In the second place, the Charter raises doubts with regard to its direct effect in national legal systems. Officially, such effect is clearly lacking, while the general obligation for all Member States to take any measure in order to implement the Charter obviously does not amount to a recognition of its self-executing value¹⁵. Therefore, the legal status of the Charter depends on the stance that each Member States takes with regard to international treaties and, as it has been noted, the comparative analysis seems to indicate that there is very little space left for self-executing treaties¹⁶.

Ultimately, hasty comparisons with other experiences of regional integrations are discouraged. Indeed, the preference towards a «less adversarial and litigious» decision-making, also transposed into diplomatically-shaped dispute settlement mechanisms in the Charter, may be easily interpreted as a response – both legal and cultural – to the wide diversity of legal systems involved¹⁷. As a consequence, the processes of legalization, relying on flexible and policy-like instruments is essentially aimed at ensuring the establishment of common ensembles of socio-economic interests, so to pursue a coordinated harmonization effort. Such idea of integration necessarily makes use of «variable geometries», including a multi-pattern approach to legal reforms, for instance promoting economic liberalization through the coordinated choice of only few Member

⁹ M. Ewing-Chow, T. Hsien-Li, *The Role of the Rule of Law in ASEAN Integration*, EUI Working Paper RSCAS 2013/16.

¹⁰ Art. 9 of the Charter.

¹¹ See in particular Art. 1 of the Charter outlining the objective of ASEAN.

¹² Art. 7.

¹³ Art. 8.

¹⁴ D.A. Desierto, *ASEAN'S Constitutionalization of International Law*, cit.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ S. Cho, J. Kurtz, *Legalizing the ASEAN Way*, in *The American Journal of Comparative Law*, 66(2), 2018, p. 233-266.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

States while refraining from imposing obligations to liberalize onto other MSs, whose economic systems may be deemed «not ready» for reforms¹⁸.

This road to the integration, which has already been acknowledged as a connoting trait of the ASEAN experience, leads the comparative lawyer to investigate, in concrete, how the harmonization effort may function, also assessing the achievements and the limit of such process.

The main purpose of this paper is to carry out such an effort, an effort which implies, from the methodological point of view, the proper selection of a subject field of analysis and of a geographical scope of the analysis.

As far as the subject is concerned the paper will concentrate on the economic dimension of Southeast Asian integration and, more specifically, on the legal reform of state-owned enterprises (SOEs). The choice is motivated in the first place by the long-standing significance of SOEs reform for the transition of development models from interventionist to neo-liberal to state¹⁹. In the second place, the role of enterprise and company law in the ASEAN area reflects the growing importance of the management of supply-chains, another connoting trait of the economy of the region as well as of the integration effort, relevant also from the perspective of international commerce²⁰.

With regard to its geographical scope, the analysis will focus mainly on Indonesia. In such case, the choice is supported by the historical role of this country in the whole process of Southeast Asian integration, as well as from the inherent (and widely-known) pluralism of Indonesia law, which renders it, to some extent, a manifesto of the cultural issues underlying the effort of legal harmonization, which in Indonesia, by the way, also involves the intra-national legal discourse. Furthermore, against the background of a regional integration which, at least apparently, advocates greater economic freedom and liberalizations, Indonesian economic law has been heralded, in the past decade, as an example of «return» to state capitalism – implying a rejection of neoliberal tendencies also supported by international organizations as a response to crisis – and a gradual rapprochement to state control and coordination over the economy and, especially, over strategic goods and resources²¹.

The aforementioned features make Indonesia a particularly significant example for the comparative analysis to test the evolution, in concrete, of the «ASEAN way» of legalization, also functioning as an innovative perspective to observe and compare legal innovations in other ASEAN countries.

¹⁸ This happened, for instance, with the Protocol to Amend the ASEAN Framework Agreement on Services of 2003. On the topic, see S. Cho, J. Kurtz, *Legalizing the ASEAN Way*, *op. cit.*

¹⁹ R.S. Milne, *The Politics of Privatization in the ASEAN States*, in *ASEAN Economic Bulletin*, 7(3), 1991, p. 322-334.

²⁰ P. Mattiolo, *Il ruolo dei Paesi asiatici nelle supply chains “democratiche”*, in <https://www.itasean.org/il-ruolo-dei-paesi-asiatici-nelle-supply-chains-democratiche/> (last access: 28 February 2023); D.A. Desierto, *Postcolonial International Law Discourses*, *cit.*

²¹ J. Kurlantzick, *State Capitalism: How the Return of Statism is Transforming the World*, Oxford, 2016.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

2. Indonesian enterprise law and the paths of its «reformasi»

It is relatively easy, for comparative lawyers, to identify Indonesian law as one of the epitomes of legal pluralism²². Its legal stratification reflects the complex interactions of indigenous, Asian (Indo-Chinese), Muslim and colonial (Portuguese and Dutch) influences over the development of Indonesian culture, language and law²³.

However, when discussing the development of enterprise law in Indonesia, we are able to isolate and highlight more precise patterns of evolution.

The positive legal regulation of business entities, in Indonesia, was essentially a product of the Dutch colonial rule, which already in the 18th Century had brought to Indonesia the first «example» of a limited liability company, i.e. the Dutch East India Company²⁴.

In the 19th Century, with the reorganization of the colonial power, Indonesia (*rectius*, the East Dutch Indies) became a recipient of Dutch civil and commercial law, which was in turn, at the time, a reception of the French *code civil* and *code du commerce*²⁵. Therefore, as the *Burgerlijk Wetboek* (*Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*) and the *Wetboek van Koophandel* (*Kitab Undang-Undang Hukum Dagang – KUHD*) were enacted in the East Dutch Indies in 1848, the business system revolved essentially around: i) the civil law partnership (*perseroan perdata – maatschap*) modelled upon the *société* regulated in articles 1832 and following of the *code civil*; ii) two types of commercial partnership, the *vennootschap onder firma* (*perseroan firma*), based on the *société en nom collectif*, and the *commanditaire vennootschap* (*perseroan komanditer*), based upon the *société en commandite*; the *naamloze vennootschap* (*perseroan terbatas*), based on the French *société anonyme* and thus enforcing limited liability²⁶.

Notably, on the basis of the social distinctions enforced by the colonial rule, the codes were initially applied to Europeans, while both indigenous people and non-European foreigners retained their customary laws²⁷. Such approach, however, clearly hindered the uniform and rational application of the law, an issue which paved the way for the gradual extension of the subjective scope of the commercial code. The first non-

²² M. Mazza, *Indonesia*, in Id. (ed), *I sistemi del lontano oriente*, Milano, 2019, p. 416-418; U. Kischel, *Comparative Law*, Oxford, 2019, p. 773 f.

²³ T. Hannigan, *A brief history of Indonesia*, Rutland, 2015; J. Gelman Taylor, *Indonesia. Peoples and histories*, New Haven, 2003.

²⁴ M. Teguh Pangestu, N. Aulia, *Hukum perseroan terbatas dan perkembangannya di Indonesia* (The law of limited liability companies and its development in Indonesia), 1(3), 2017, p. 21-39.

²⁵ I. Soerodjo, *The Development of Indonesian Civil Law*, in *Scientific Research Journal*, IV(IX), 2016, p. 30-35; G.F. Bell, *Codification and Decodification: The State of the Civil and Commercial Codes in Indonesia*, in W.Y. Wang (ed), *Codification in East Asia*, Cham, 2014, p. 39-50; F. Hidayat, *Mengenal hukum perusahaan* (Knowing company law), Banyumas, 2020, p. 1 f.; E. Praptono, S. Idayanti, *Hukum Perusahaan* (Company Law), Jakarta, 2020, p. 12 f.; H. Wijaya, Y. Firmansyah, Y. Sylvana, M. Angelika, *History of Burgerlijk Wetboek in Indonesia*, in *Jurnal Indonesia Sosial Sains*, 2(4), 2021, p. 535-542.

²⁶ B.S. Tabalujan, *The new Indonesian company law*, in *U. Pa. J. Int'l Econ. L.*, 17(3), 1996, p. 883-908.

²⁷ M. Teguh Pangestu, N. Aulia, *op. cit.*

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

Europeans to be subjected to the KUHD were Chinese merchants²⁸. Afterwards, it was provided that through a deed of *penundukan diri* (submission), non-Europeans could subject themselves to Dutch law when carrying out a certain activity. Therefore, Indonesian people started constituting business entities according to the KUHD and, in particular, limited liability companies²⁹.

After the independence, the formal legal status of the civil and commercial code was retained and for many decades – until the mid 1990s – the legal regime of Indonesian enterprises continued to be rooted in the relatively scarce provisions contained in the codes. However, since the immediate aftermath of the independence, the industrial landscape of the country changed accordingly to the emergence of a new post-colonial development philosophy.

Such philosophy, modelled upon the adaptation to the Indonesian context of statist tendencies of the then soviet state socialism, is embodied by the figure of president Soekarno and is rooted in the 1945 Constitution, in particular Art. 33, whose § 2 states that «Sectors of production which are important for the country and affect the life of the people shall be under the powers of the State»; § 3 subjects to state powers water and natural resources, while § 4 upholds the idea that the «organisation of the national economy shall be conducted on the basis of economic democracy upholding the principles of togetherness, efficiency with justice, continuity, environmental perspective, self-sufficiency»³⁰.

Upon such constitutional premises, an entrepreneurial system still vastly based on foreign-controlled (especially Dutch) companies and economic conglomerates could not last long. The process of «*nasionalisasi*» of the Indonesian economy, however, took different paths. On the one hand, the reforms were aimed at increasing domestic enterprises and assets, for example by establishing companies in sectors previously closed off for Indonesians or by increasing domestic assets in private foreign companies; on the other hand, the government assumed direct control over strategic foreign enterprises (by direct transfer of ownership) and established new SOEs³¹. The process, which has been ongoing during the 1950s, found its legal basis in Law no. 86 of 1958 concerning the nationalisation of Dutch companies. In 1959, the implementing Regulation no. 2 defined the subjective scope of the nationalisation, including all assets located in Indonesia which directly or indirectly were controlled by Dutch citizens or legal entities³².

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*

³⁰ Suroto, *Construction of economic law development in the concept of Article 33 of the 1945 Constitution to a prosperous state*, in *South East Asia Journal of Contemporary Business, Economics and Law*, 24(2), 2021, p. 163-169. On the economic nationalism in post-independence Indonesia see also M. Syafuddin, *Nasionalisasi perusahaan modal asing* (Nationalisation of foreign capital enterprises), in *Jurnal Hukum dan Pembangunan*, 41(4), 2011, p. 660-695; F. Nofrian, *Développement et changement d'économie politique institutionnelle en Indonésie (1950-2013)*, in *Marché et organisations*, 20(1), 2014, p. 119-137.

³¹ Wasino, *From A Colonial to A National Company: The Nationalization of Western Private Plantation in Indonesia*, in *Lembaran Sejarah*, 13(1), 2017, p. 109-115.

³² Wasino, *op. cit.*; M. Syafuddin, *op. cit.*

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

The *nasionalisasi* had a profound impact on the concrete evolution of enterprise law. Indeed, if enterprises controlled by Indonesian nationals or only partially controlled (through transferral of previously Dutch-owned shares) by the Indonesian government could still be subjected to the commercial code, the SOEs, either derived from nationalisation of Dutch companies or newly established, were to be directly managed through government rules³³. From this moment on, that between privately owned companies and SOEs became a distinction reflected and upheld in the system of enterprise law.

A comprehensive definition of the legal regimes for such different categories of economic operators, however, did not occur until the 1990s, in a historical moment once again characterised by a profound upheaval of the Indonesian economy and society.

The 1995 Law on Limited Liability Companies (*Undang-Undang Tentang Perseroan Terbatas – UUPJ*) introduced for the first time, on the one hand, a comprehensive legal regime on both limited liability companies and public companies, defining the criteria for their establishment and their inner organizational structure³⁴; on the other hand, it also introduced two forms of SOEs, the *Badan Usaha Milik Negara* (BUMN) at the state level and the *Badan Usaha Milik Daerah* (BUMD), as enterprises partly or fully owned by local governments³⁵. The regulatory effort, however, did not reflect a stable business environment and, in fact, clashed against corporate structures which were culturally distant from the liberal approach that the Suharto regime (which had overthrown the Soekarno rule since 1965) tried to pursue. Relational and familial ties among banks, enterprises and public authorities were among the main promoters of moral hazards, which ultimately led to the financial crisis of 1997 first in Thailand, then in Southeast Asia³⁶.

The subsequent readjustment of the economic environment, coupled with the end of Suharto's regime, paved the way for the process of *reformasi* of Indonesian law, conceived as a long-lasting historical phase building up not only new economic foundations but also an original model of development. Indeed, in spite of calls for privatization and liberalization coming also from international economic institutions (such as the IMF), the Indonesian *reformasi* has so far fuelled a complex debate upon the strengthening of both the economic democracy enshrined in the constitution and the coordinative role of the state in the economy³⁷.

Some of the products of such debate have shaped the current framework of Indonesian enterprise law, such as, in particular, Law no. 19 of 2003 on the State-Owned Enterprises and Law no. 40 of 2007 on the Limited Liability Companies, which replaces the 1995 Company Law. The two statutes are historically framed in different phases of the

³³ Wasino, *op. cit.*

³⁴ B.S. Tabalujan, *op. cit.*

³⁵ M. Teguh Pangestu, N. Aulia, *op. cit.*; F. Hidayat, *op. cit.*, p. 22 f.

³⁶ T. Oatley, *International Political Economy*, New York, 2019.

³⁷ H. Tegnan et al., *Indonesian National Development Planning System Based on State Policy Guidelines (GBHN): A Return to the Future?*, in *International Journal of Law Reconstruction*, II(1), 2018, p. 31-40; A.A. Patunru, *Rising Economic Nationalism in Indonesia*, in *Journal of Southeast Asian Economies*, 35(3), 2018, p. 335-354.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

Indonesian *reformasi*, but, at the same time, they reflect the evolution of a common discourse which aims at collocating Indonesian law in the field of state capitalist countries (or heavily coordinated market economies) seeking to enhance their engagement in international cooperation. In parallel, both the external and the internal practice of enterprise law is subjected to a notion of economic democracy which emphasizes on the one hand the rationalization, under state control, of natural resources and, on the other hand, the adherence to the transnational philosophy of sustainable development³⁸.

The aforementioned approach is, most notably, proved by Chapter V of Law no. 40/2007 which subjects all the companies operating in the field of natural resources (or related to natural resources) to a general social and environmental responsibility (*tanggung jawab sosial dan lingkungan*). While the specific content of such responsibility is to be provided by specific regulations, its «ideology» revolves around the integration among good governance practice, environmental protection and social cohesion³⁹. In the Indonesian context, it seems that such integration is also interpreted in the light of mutual cooperation between big-sized and medium and small-sized enterprises from the perspective of development fostering. Indeed, even if Law no. 19/2003 does not mention social and environmental responsibilities for SOEs, in practice one of the most significant implementation mechanisms of Chapter V of Law no. 40/2007 concerns the state-owned economy. In particular, through partnerships and environment-building programmes, some SOEs have been rendered agents of the development of specific economic sectors or local communities, so that a share of their profits is indeed invested either to promote SMEs or to improve living and social conditions and infrastructures of the communities involved⁴⁰.

2.1. The ASEAN context

Reasoning from a comparative perspective, with a focus on the ASEAN area, the Indonesian experience follows paths parallel (though not similar in the strict sense) to those of fellow countries such as Laos, Malaysia, Thailand and Vietnam. All these countries, especially in the 1990s, dealt with the balance between waves of privatization and improvement of state control over key economic operators. The background of these reforms differed from case to case. Two countries – Laos and Vietnam – are socialist and,

³⁸ Point a) of the preliminary considerations of Law no. 40/2007 states that «the national economy, which is implemented based on economic democracy with the principles of community, fair efficiency, sustainability, environmental awareness, independence, and safeguards for balanced progress and national economic unity, needs to be supported by a strong economic institutions in the context of creating prosperity for community»; point b) states instead that «in the context of increasing the national economic development and at the same time providing a strong foundation for the business world in facing the development of world economy and progress in science and technology in the coming globalization era, a support is needed to enact a law that regulates limited liability company which can assure the implementation of a conducive climate for the business world».

³⁹ E. Praptono, S. Idayanti, *op. cit.*, p. 44 f.; F. Hidayat, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ E. Praptono, S. Idayanti, *op. cit.*, p. 45.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

therefore, their enterprise law reform had to mirror the underlying property regime, thus distinguishing between state enterprises, collective enterprises and individual/private enterprises⁴¹; furthermore, the constitutional frameworks, revolving around the leading role of national communist parties ensure the inevitable political orientation of SOEs, also embedded in the presence of political organizations (e.g. party branches) within the corporate structure and under legal guarantee, as for instance laid out in the 2020 Vietnam enterprise law⁴².

The gradual reform of the economic planning structures on the one hand opened up new spaces for autonomous management of enterprises, now benefiting from a contractual system not anchored on planning boundaries; on the other hand, it led to a rationalization and improvement of macro-economic coordination and control by public authorities. At the same time, the evolution of an Asian socialist constitutionalism made SOEs key actors for the conceptual balance between the achievement of economic rights and the restrictions to individual rights and liberties in the market justified by development purposes⁴³.

Malaysia and Thailand, though not constrained by a socialist constitutional background, underwent phases of privatization and rationalization of state control, with a greater degree of dismantlement of state-owned economy, especially after the 1997 financial crisis, while nevertheless retaining control over certain key enterprises⁴⁴. The introduction of corporate-like structures, in these countries, was due first and foremost to outright privatization, while existing SOEs have maintained a political role as channels of implementation of development strategies. Therefore, their management is not immune to a corporate culture which relies on personal ties and exchanges between the government and the enterprise management⁴⁵.

In the light of the aforementioned considerations, as well as of the previous assessment of the Indonesian experience, the comparative analysis should avoid too simplistic patterns of legal change. While the Singapore model, due to its success, could

⁴¹ Chen Zhibo (陈志波), Mi Liang (米良), *老挝经济法研究 (Research on Lao economic law)*, Kunming, 2004, p. 13-31; C.L. Gates, *Enterprise Reform and Vietnam's Transformation to a Market-Oriented Economy*, in *ASEAN Economic Bulletin*, 12, 1, 1995, p. 29-52; N. Van Thang, N.J. Freeman, *State-owned enterprises in Vietnam: are they 'crowding out' the private sector?*, in *Post-Communist Economies*, 21, 2, 2009, p. 227-247.

⁴² Art. 6 of the law states that: «1. The internal political organization, socio-political organization and employee representative organization of an enterprise shall operate in accordance with the Constitution, the law and the enterprise's charter.

2. Enterprises shall respect and not obstruct the establishment of internal political organizations, socio-political organizations and employee representative organizations; must not obstruct participation of their employees in such organizations.»

⁴³ On socialist constitutionalism in Asia see T. Duc-Nguyen, P. Viola, *Constitutional Rights in Socialist East Asia*, in *Nordic Journal of Human Rights*, 40, 2, 2022, p. 306-327.

⁴⁴ P. Wisuttisak, N. Bin Abdul Rahman, *Regulatory Frameworks for Reforms of State-Owned Enterprises in Thailand and Malaysia*, ADBI Working Paper Series, no. 1122, 2020.

⁴⁵ *Id.*

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

easily be regarded as a point of reference for subsequent reform attempts in the ASEAN area, the concrete solutions adopted display all their differences.

As known, Singaporean state capitalism revolves, for a substantial part, around the role of the state-holding company *Temasek*, whose status is also enshrined in the constitution, albeit indirectly, through the provisions concerning appointment and removal of members of boards⁴⁶. In particular, Art. 22A of the constitution, by empowering the President of the Republic to refuse both appointments and revocations of chairmen, members and executive officers of statutory boards, indeed aims at limiting government control over such boards, since it is executive which usually recommends to the President the appointments and, in the case of *Temasek*, the Ministry of Finance⁴⁷. It is indeed easy to observe how Singaporean law, since the establishment of *Temasek*, focuses on the guarantees of its independence much more than other ASEAN legal orders do with their SOEs. Such difference is not necessarily due to lack of modernization, but instead reflects original patterns of development which sometimes, such as is the case of Indonesia, are directly anchored to the interpretation of a constitutionally sanctioned economic doctrine.

A specific and diversified application of the Singaporean model is observed in the historical development of Malaysian enterprise law. As in other countries of the region, in Malaysia the emergence of an organized landscape for SOEs is linked to the dismantlement of British-dominated colonial economy⁴⁸. However, differently from Indonesia, the nationalist connotation of Malaysian state capitalism, embodied by the doctrine of the New Economic Policy (*Dasar ekonomi baru*), was fuelled by racial tensions exploded in the late 1960s, especially between the Malay people (*bumiputera*) and the ethnic Chinese, who at the time (and partly still today) represent the bulk of business communities and of the class of merchants⁴⁹.

Therefore, the diffusion of state-led economy and of planning structures, now also constitutionally sanctioned⁵⁰, has served a historical purpose of facilitating a ethnic-

⁴⁶ C.J. Milhaupt, M. Pargendler, *Governance Challenges of Listed State-Owned Enterprises Around the World: National Experiences and a Framework for Reform*, in *Cornell International Law Journal*, 50, 2017, p. 473-542.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ W. Khatina Nawawi, *Emerging Rules for State-Owned Enterprises: Chapter 17 of the CPTPP*, in P. Sauve (ed), *Malaysia's Trade Governance at a Crossroads*, Kuala Lumpur, 2018, p. 271-312.

⁴⁹ W. Khatina Nawawi, *op. cit.*; K.S. Jomo, Wee Chong Hui, *The political economy of Malaysian federalism: Economic development, public policy and conflict containment*, WIDER Discussion Paper, No. 2002/113, ISBN 9291903531, The United Nations University World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER), Helsinki, 2002; A.B. Shamsul, *The economic dimension of Malay nationalism – The Socio-historical Roots of the New Economic Policy and Its Contemporary Implications*, in *The Developing Economies*, XXXV-3, 1997, p. 240-261. On the role of Chinese business communities in Malaysia see Ching-hwang Yen, *Ethnic Chinese Business in Asia*, Singapore, 2013, p. 285-339; J.V. Jesudason, *Chinese Business and Ethnic Equilibrium in Malaysia*, in *Development and change*, 28(1), 1997, p. 119-141.

⁵⁰ Sec. 95 of the Constitution.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

economic balance, with considerable results, especially if one ponders the relative stability of the Malaysian political environment compared with other neighbouring countries⁵¹.

In terms of regulation, also in the light of its federal structure, Malaysian law favours a complex differentiation in the forms of state control over enterprises, with the lion's share now reserved to so-called Government-Linked Companies (GLCs), i.e. private law companies controlled, either through shares or through specific powers of appointment and control, by the government⁵². The overall coordination and control over state-owned assets are tasks of the Government Investment Companies Division of the Ministry of Finance⁵³.

An apparently decisive shift toward rationalization of state control came between 2004 and 2005, when the government of Abdullah Ahmad Badawi launched reforms touching the composition of the boards of GLCs and the implementation of performance indicators, with the underlying purpose of promoting self-regulation of GLCs⁵⁴.

2.2. *Following. An example of integration pattern in the field of Corporate Social Responsibility*

A general trend of reform towards de-bureaucratization of state-owned economy thus follows different concrete approaches.

Nevertheless, an interesting “ASEAN-style” integration pattern could still be detected with regard to specific issues. The promotion of Corporate Social Responsibility (CSR) is among them. Indonesian law, as regards this topic, mirrors a general awareness of the necessity to regulate CSR shared by fellow member states.

Indeed, the enhancement, in Southeast Asia, of cooperation among enterprises on social issues as well as between enterprises and civil society (especially NGOs) built up, starting from the early 2000s, a cultural environment which later promoted the establishment of the ASEAN Corporate Social Responsibility Network (ACN), a NGO accredited in ASEAN⁵⁵. Furthermore, in 2017 ASEAN issued its Guidelines for Corporate Social Responsibility on Labour, incorporating several statements on social cohesion which also underlie the Indonesian legislation⁵⁶.

⁵¹ A.B. Shamsul, *op. cit.*; K. AkbariAvaz, *Malaysia's Development Plans and Legal Policies*, in *Specialty Journal of Politics and Law*, 4(3), 2019, p. 37-51.

⁵² W. Khatina Nawawi, *op. cit.*; H. Ahamat, *State-Owned Enterprises, Market Competition and the Boundaries of Competition Law in Malaysia*, in *Jurnal Pengurusan*, 51, 2017, p. 173-181.

⁵³ *Id.* Such division of the Ministry of Finance was originally called Incorporated and Privatization Division. The emphasis on privatization stemmed from a process of economic reorganization which had begun in the 1980s and was specifically aimed at promoting the advancement of the private sector in the national economy.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ M. Husni Syam, E. An Aqimuddin, A. Nurcahyono, E. Setiawan, *Corporate Social Responsibility in ASEAN*, in *Advances in Social Science, Education and Humanities Research*, 409, 2019, p. 158-162. On the development of CSR in Asia see M.E. Contreras (ed), *Corporate Social Responsibility in the Promotion of Social Development. Experiences from Asia and Latin America*, Washington, 2004, p. 1-150.

⁵⁶ See no. 2 of the Guidelines.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

Obviously, each country retains its own conceptual framework for CSR⁵⁷. Some common elements have been traced, especially for contexts sharing a Buddhist background (e.g. Thailand, Vietnam) and thus familiar to duties of selflessness and benevolence⁵⁸. An author has even focused on the direct use of Buddhist principles to interpret CSR-related obligations⁵⁹. On the other hand, the ethical dimension of State-Owned Enterprises is, in some contexts, affected by Confucian institutional structures, attaching importance to benevolence and reciprocity in familial and hierarchical relationships⁶⁰. In socialist countries, such as Vietnam, this Buddhist-Confucian background is combined with the state-driven socialist legality, which tries to make social relations functional to the pursuit of state development goals and the governance of business practices according to party ideology⁶¹. As a consequence, the role of SOEs for the promotion of CSR is affected by the different importance that may be attached to growth targets and, for instance, to environmental targets within state plans and directives⁶².

From this perspective, the Indonesian example appears particularly interesting, since, while not culturally grounded in Buddhism nor Confucianism, it embraces a fully relational business culture emphasizing social hierarchies, honour and ritual⁶³. Such features on the one hand favour to some extent the integration, through the elaboration of SOEs-led projects, between social aims and economic development, especially at the local level. On the other hand, however, they may also hinder the development of generally accepted ethical standards for businessmen, since personal relations tend to shape the notions of “good” and “beneficial” differently from case to case. This issue could also explain why, at least legislatively speaking, Indonesia has been one of the first countries to regulate a form of more environmentally-oriented CSR. In a time when the ASEAN effort on CSR mainly aims at widening its scope from purely ethical or religious values to social and environmental sustainability, the Indonesian example has the potential to promote not only a supranational framework of rules but maybe also future changes in other ASEAN members⁶⁴.

⁵⁷ W. Chapple, J. Moon, *Corporate Social Responsibility (CSR) in Asia. A Seven-Country Study of CSR Web Site Reporting*, in *Business & Society*, 44, 4, 2005, p. 415-441.

⁵⁸ O.S. Mmbali, *Corporate Social Responsibility (CSR) in Thailand: Analyzing the application of Buddhist principles*, in *Southeast Bangkok Journal*, 3, 1, 2017, p. 99-116; M. Nguyen, J. Bensemann, S. Kelly, *Corporate social responsibility (CSR) in Vietnam: a conceptual framework*, in *International Journal of Corporate Social Responsibility*, 3, 9, 2018, p. 1-12.

⁵⁹ O.S. Mmbali, *op. cit.*

⁶⁰ T. Duc-Nguyen, P. Viola, *op. cit.*; T. Ruskola, *Conceptualizing Corporations and Kinship: Comparative Law and Development Theory in a Chinese Perspective*, in *Stanford Law Review*, 52(6), 2000, p. 1599-1729.

⁶¹ M. Nguyen, J. Bensemann, S. Kelly, *op. cit.*

⁶² M. Nguyen, J. Bensemann, S. Kelly, *op. cit.*; S. Phamthihuyen, H. Tathithu, *Corporate Social Responsibility on Environmental Protection in Vietnam*, in *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 25, 5, 2022.

⁶³ M. Hough, *Understanding Indonesian Business Culture*, Marvin Hough International Research and Analysis, 2020.

⁶⁴ M. Husni Syam, E. An Aqimuddin, A. Nurcahyono, E. Setiawan, *op. cit.*

3. Rationalisation and diversification of the legal regime of Indonesian SOEs in comparative perspective

Whereas Law no. 40/2007 seeks to strengthen a process of rationalisation and socially-oriented development of corporate law already commenced, albeit much more lightly, in 1995, Law no. 19/2003 pursues the very same objective through the formalisation of a distinct legal regime for SOEs, the definition of corporate-like structures and, at the same time, the connotation of SOEs as agents of the national socio-economic development. Such complex interactions among approaches underlying different values raises issues concerning the effectiveness of corporate governance in SOEs, also in terms of adherence to the Code of Corporate Governance, a soft law instrument issued in 2000 in the wake of the Asian financial crisis, and later reformed⁶⁵. The code, whose strong emphasis on transparency and accountability echoes some fundamental structures of Anglo-American corporate law, was meant to provide answers to the conditionalities imposed by the IMF on the loans granted to the country after the financial crisis⁶⁶. Its scope is therefore broad and encompasses SOEs. At the same time, however, its failure to take into account political interferences in company management and the legitimization of companies' donations to political parties and members of the parliament/government (Part III, Sec. 3.3(c)) led to some criticism⁶⁷.

The Indonesian SOE – indeed not differently from SOEs of other state capitalist countries – is meant to pursue profit and social welfare at the same time⁶⁸ and is subjected to institutional connections with political authorities, which lead the enterprise to carry out unprofitable activities in order to address social instances coming from the electorate⁶⁹. In the logic of Indonesian economic democracy, such approach is not necessarily negative nor discouraged; however, it implies the capacity of integrating different regulatory approaches which represent, inevitably, a great challenge.

Indeed, the incorporation, into Law no. 19/2003, of notions and definitions mirroring the common law corporate world channels the will to provide the governments (central and local) with legal tools not only to reorganize existing SOEs but also to gradually detach economic activities from the bureaucratic apparatus of ministries and departments⁷⁰.

⁶⁵ The latest version is from 2006.

⁶⁶ M. Kamal, *Corporate Governance and State-owned Enterprises: A Study of Indonesia's Code of Corporate Governance*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, 5(4), 2010, p. 206-224.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ See Art. 2 § 1 of Law no. 19/2003.

⁶⁹ M. Kamal, *op. cit.*

⁷⁰ This intention is also confirmed by Regulation no. 45 of 2005 on the establishment, the management, the supervision and the dissolution of SOEs. See A. Baitullah, I. Cahyani, *Pengaturan Pengelolaan Dan Pengawasan Keuangan Negara Terhadap Badan Usaha Milik Negara (BUMN)* (Arrangements for the management and supervision of state finances in SOEs), in *Journal Inicuo Legis*, 2(2), 2021, p. 153-163.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

Such trend, however, must comply with a constitutional environment which emphasizes the role of SOEs and grants them, in essence, a monopoly over fundamental resources and economic sectors. These considerations are at the basis of the main regulatory choice of Law no. 19/2003, which provides for two different forms of SOE: the *Persero* and the *Perum*⁷¹.

The *Persero* (*Perusahaan Perseroan*) refers, also in its name, to the general notion of limited liability company (*Perseroan Terbatas*) which, in turn, traces back to the Dutch *Naamloze Vennootschap*⁷². Its basic form is regulated by Law no. 40/2007 which is applicable to SOEs constituted as *Persero*⁷³. The *Perseros* are therefore state-owned companies enjoying limited liability, whose equity is divided into shares owned for at least 51% by the state⁷⁴.

The *Perseros*, which are established by a ministry⁷⁵, are organized upon a traditional corporate structure revolving around the General Meeting of Shareholders (GMS), a Board of Directors – with managing functions – and a Board of Commissioners – with supervisory functions. State power is channelled through the GMS where the indicated Ministry (or an entrusted agent) acts as shareholder for all the state-owned shares⁷⁶. For several significant decisions, even the agent is required to seek prior approval from the Ministry⁷⁷.

While corporate-like structures are meant to promote the general rule according to which the *Persero* has for main objective that of making profit, the past two decades have fuelled debates about the concrete degree of efficiency and transparency in their management, also in light of some publicized cases and accuses of corruption⁷⁸.

In order to enhance the protection against mismanagement while preserving the operational efficiency of corporate-like structures, Indonesian enterprise law has gradually imported from the U.S. the so-called «business judgment rule»⁷⁹. Pursuant to such approach, which was also confirmed by the Constitutional Court⁸⁰, the SOEs directors are exempted from liability for losses (which are, by all means, state losses) if the decision-making leading to such losses has followed a clear procedure and in presence of good faith. Such development, from a broader perspective, led some authors to advocate more

⁷¹ Art. 9.

⁷² E. Rajagukguk, *Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dalam bentuk Perseroan Terbatas* (State-Owned Enterprises in the form of Limited Liability Companies), Jakarta, 2016, p. 2.

⁷³ Art. 11 of Law no. 19/2003. The Law, indeed, refers to the 1995 Company Law, which, however, has been entirely replaced by Law no. 40/2007. Even if the text of the law has not been updated accordingly, the applicability of Law no. 40/2007 to the *Persero* is undisputed. See E. Rajagukguk, *op. cit.*

⁷⁴ Art. 1 no. 2 of Law no. 19/2003.

⁷⁵ Art. 10.

⁷⁶ Art. 14.

⁷⁷ Art. 14 § 3.

⁷⁸ E. Rajagukguk, *op. cit.*, p. 16 f.; A. Baitullah, I. Cahyani, *op. cit.*

⁷⁹ T.S. Ansari, H. Sahrasad, I. Iryadi, *Indonesian State-Owned Enterprises (BUMN or SOEs) and the Urgency of Implementation of Principle of 'Business Judgment Rule'*, in *Jurnal Cita Hukum*, 8(1), 2020, p. 163-182.

⁸⁰ Cases no. 48 / PUU-XI / 2013 and no. 62 / PUU-X1 / 2013.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

regulatory influences from the common law in order to enhance the globalizing trends of the Indonesian economy⁸¹.

The second form of SOE regulated by Law no. 19/2003 is the *Perum* (*Perusahaan Umum*), whose capital is not divided into shares and is entirely owned by the state⁸². *Perum* is meant to pursue public welfare more directly than the *Persero* does. Its profit-seeking activity is complementary and ancillary to the supply of high-quality goods and services to the public⁸³. Its management is also more closely integrated within the administrative structures of the state: the articles of association of *Perum* are established through governmental regulation⁸⁴ and the business strategies of the enterprises, albeit put forward by the directors, are subjected to government approval which must also confirm the business development policy⁸⁵.

In terms of corporate landscape, the Indonesia business environment, supported by its law, seems to favour, albeit gradually, the diffusion of the *Persero* and the transformation of *Perums* into *Perseros*, even in highly strategic economic fields such as energy, following a trend already in place well before the enactment of Law no. 19/2003⁸⁶. Such transformation and the adoption of liberal corporate paradigms must not necessarily be interpreted as a shift toward a purely liberal conception of the market, but as a complex effort to pursue an optimization of management models.

Indeed, in Indonesian law, as also confirmed by the Constitutional Court, the implementation of economic democracy (*ekonomi demokrasi*) is ensured through a broad duty of the state to assume direct control over those fundamental sectors of the economy pursuant to Art. 33 of the Constitution⁸⁷. On such premises, the diversification of the forms of state ownership and its corporatization should not in principle be an issue, provided that it does not alter the nature of the public control over strategic assets.

The reality, however, is much more blurred. The interferences between private and public law in the legal regime of SOEs (and especially of *Perseros*) led some authors to wonder whether the management of such enterprises should conform solely to Law no. 40/2007 or also to the legal regime of the public authority which owns the state-owned shares⁸⁸.

Most of the legal literature seems to advocate the subjection to a private law regime. In more than once instance, courts have also followed this approach, in particular ruling that state assets that have been diverted to the equity resources of SOEs are not covered by the general prohibition to subject state resources to judicial enforcement procedures,

⁸¹ T.S. Ansari, H. Sahrasad, I. Iryadi, *op. cit.*

⁸² Art. 1 no. 4.

⁸³ *Id.*

⁸⁴ Art. 41.

⁸⁵ Art. 38.

⁸⁶ A. Siswanto, M. Janpieter Hutajulu, *State-Owned Enterprises (SOEs) in Indonesia's Competition Law and Practice*, in *Yustisia*, 8(1), 2019, p. 93-108. See also Government Regulation no. 23 of 1994.

⁸⁷ Case no. 36/PUU-X/2012.

⁸⁸ I. Ikhwanayah, A. Chandrawulan, P. Amalia, *Optimalisasi Peran Badan Usaha Milik Negara (BUMN) pada Era Masyarakat Ekonomi Asean (MEA)* (Optimising the role of State-Owned Enterprises in the era of ASEAN economic community), in *Media Hukum*, 25(2), 2018, p. 150-161.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

and may therefore be disposed of by courts in disputes on unpaid debts⁸⁹. Furthermore, it has been held that the legal regime of the *Persero* implies that the State must act solely as a shareholder, thus excluding the application of rules different from those laid out in Law no. 40/2007⁹⁰.

Such complex and even fragmented legal landscape has been confronted, on a political level, with an increasingly decisive stance in favour of an expansion, ramification and strengthening of the state-owned economy, advocated first and foremost by Indonesian president Joko Widodo, according to whom SOEs must become the «driving agent of national development»⁹¹. Indonesian law-makers and regulators have therefore engaged in a reform effort which, so far, seems to promote the *Persero* as the epitome of national state capitalism.

Such evolution, when framed within a comparative outlook, confirms on the one hand the ever-growing importance of SOEs in the ASEAN space. On the other hand, it highlights the legal instruments preferred by the ASEAN political leadership to attain such objective. The reform of the state-owned economy has for decades been a leading topic in Asian law and the development of legal frameworks for SOEs has followed, to a substantial extent, the path chosen by the Indonesian legislature.

In the socialist systems of Laos and Vietnam the enterprise laws dedicate a separate section to SOEs, whose category encompasses all enterprises whose capital is owned for more than fifty percent by the state. Interestingly, the 2020 Vietnam Law on Enterprises distinguishes between wholly-owned and partially-owned SOEs and provides for the two models of the limited liability company and the joint-stock company⁹². On the other hand, the Lao law distinguishes between state enterprise and state company, the latter being a SOE managed through a company vehicle⁹³. It is therefore assumed that “traditional” SOEs in Laos are still a direct emanation of the owning administrative unit (e.g. a Ministry). Indeed, the whole structure of the Lao law is aimed at tying SOEs to the development objectives of the state and the ruling party, not only through the obligation to comply with such party’s guidelines⁹⁴, but also through the affirmation of the binding value of socio-economic development plans upon SOEs⁹⁵, a bindingness which is also reflected by the regime of public property as laid out in the Lao civil code⁹⁶. Furthermore, the Lao law also explicitly reserves certain economic activities to SOEs, due to their strategic or social value⁹⁷.

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ S. Arinanto, D. Parluhutan, *Holding of the Indonesian State-Owned Enterprises and Analysis of the Judicial Review Over the Government Regulation Number 47/2017 Juncto Law Number 19 Year 2003 on the BUMN*, in *Advances in Economics, Business and Management Research*, 130, 2019, p. 254-261.

⁹² Art. 88 of the Law on Enterprises of 2020.

⁹³ Art. 196 of the Enterprise Law as revised in 2013.

⁹⁴ Art. 198(1).

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ Art. 262 (2) of the Lao civil code.

⁹⁷ Art. 197 of the Enterprise Law states that: «A State owned enterprise shall be established for operating the following business sectors: 1. Important and crucial business sectors for the nation, which

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

What is worth noting, from the comparative point of view, is that the Indonesian model, also in the light of the decisions of the Constitutional Court, is nearer to the “state-oriented” Lao model than to the “company-oriented” Vietnamese model, not only because of the distinction between *Perum* and *Persero*, but also because of the legally-sanctioned guarantee of the role of SOEs as national development agents. This is not to say that SOEs in the Vietnamese economy are not managed according to political or party guidelines – which they are indeed – but to point out the different legal dimension and legal guarantee of such connection.

Notwithstanding its socialist nature, Vietnamese law retains, also due to its constitutional roots and to the political doctrine of its founding father Ho-Chi-Min, an overall positive attitude towards combination of liberal approaches, rights’ universalism and state economic planning⁹⁸. By partially mirroring Chinese choices, Vietnamese law appears to value the use of conceptual categories of capitalist commercial law also in order to reinforce the rational legitimacy of its own form of market socialism.

The same process appears to be ongoing in Laos, albeit so far still in its early stages.

Non-socialist countries as Indonesia did not have to deal to such a wide extent with theoretical intricacies caused by formal adherence to doctrines of comprehensive planning. Therefore, they could shape the regime of their SOEs according to broad interventionist principles and structures of indicative planning.

Such observation is all more interesting if one considers the peculiar features of development planning law in the Indonesian democracy, a law which regulates the planning cycle – and therefore, potentially, the change in directives given to SOEs – in correspondence with political elections⁹⁹.

Indeed, that between SOEs and planning is a connection which seems to be gaining momentum within the legislative frameworks of the ASEAN space. In other words, the legislative innovations of the past fifteen years in some ASEAN countries are very hesitant to embrace a fully “corporate” notion of SOE and instead they maintain, as in Indonesia, a binary approach to SOEs’ classification. Such choice is beneficial to a stronger functionalization of state-enterprise law to the implementation of socio-economic development plans.

Thai law is a clear example. The 2019 Development of Supervision and Management of State Enterprises Act defines “State Enterprise” as either a government organization/state-owned undertaking/government-owned business organization or a private or public limited company in which the ministry of finance owns more than fifty

are not opened to other economic sectors [other types of enterprise] to conduct business activities, namely activities that are considered strategic and concerned to national security; 2. Business activities offering public utilities, which are not provided by other economic sectors [another types of enterprise]; 3. Business activities that are financially sound, economically viable and provide opportunity for capital accumulation».

⁹⁸ T. Duc-Nguyen, P. Viola, *op. cit.*; SON NGOC BUI, *Anticolonial Constitutionalism: The Case of Ho Chi Minh*, in *Japanese Journal of Political Science*, 19(2), 2018, p. 197 f.

⁹⁹ G. Sabatino, *La pianificazione per lo sviluppo in Indonesia e il suo diritto. Osservazioni comparate*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 2022.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

percent of the capital¹⁰⁰. Acting upon such distinction, the Act mostly revolves around the composition and the function of the State Enterprise Policy Committee, an essentially political body, chaired by the Prime Minister and nominated by the government¹⁰¹, which is in charge of the elaboration of a five-year state enterprise development plan¹⁰². Such plan must be in line with the directive principles of state policy of the Thai constitution, as well as national policies and the national socio-economic development plan¹⁰³. At the same time, the Committee also assesses the performance of state enterprises, not only on the basis of financial stability, efficiency and effectiveness of business operations, good governance practices, risk management, satisfaction of users and disclosure of information to the public, but also in the light of the actions take to achieve the objectives laid out in the aforementioned plan¹⁰⁴.

A similar approach, though with less emphasis on the enterprise-planning connection is displayed by the Philippines Government-Owned or Controlled Corporations (GOCC) Act of 2011. The Act follows the Indonesian solution when defining GOCCs as «any agency organized as a stock or nonstock corporation» that is «owned by the Government of the Republic of the Philippines directly or through its instrumentalities» and whose is capital is either fully government-owned or «where applicable as in the case of stock corporations, to the extent of at least a (government-owned) majority of its outstanding capital stock»¹⁰⁵. The GOCCs, similarly to the 2019 Thai Act, also focuses on the operations of a Governance Commission for GOCCs, in charge of elaborating “ownership and operations manuals” as well as corporate governance standards¹⁰⁶. The standards, on the one hand, are based on those applicable to the Stock Exchange, to Listed Companies and to Banking Institutions as laid out by the Philippines’ Central Bank; on the other hand, the operation manuals have to comply with the socio-economic development plans¹⁰⁷.

Philippine SOEs law, furthermore, displays a further criterion of enterprise classification which appears to follow the rationale underlying Indonesian law. Indeed, the GOCCs Governance Commission, according to the 2011 Act, is also responsible for classifying GOCCs according to their function, on the basis of five different categories: developmental and social corporations; proprietary commercial corporations; government financial, investment and trust institutions; corporations with regulatory functions; other corporations¹⁰⁸. The legal regime which conceives SOEs as either stock or nonstock corporations and also distinguishes “commercial-oriented” SOEs and “developmental and social” SOEs echoes the logic of the distinction between *Perums* and *Perseros*.

¹⁰⁰ Sec. 3 (1-2).

¹⁰¹ Sec. 6.

¹⁰² Sec. 10.

¹⁰³ Sec. 22.

¹⁰⁴ Sec. 29.

¹⁰⁵ Sec. 3 (o).

¹⁰⁶ Sec. 5 (c).

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ Sec. 5 (b).

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

A broad connection between SOEs' regulatory frameworks and development planning is also detected in Malaysian law where, as already noted, planning and state capitalism acquired a connotation of ethnic pacification factors¹⁰⁹.

After waves of privatizations starting in the 1980s and, as happened in several other countries of the region, a reorganization and entrenchment of state-led economy, currently Malaysia adopts several forms to categorize SOEs. Wan Khatina Nawawi identifies seven different types of SOEs, spanning from bureaucratic SOEs directly owned by ministries to government-linked companies, state-holding companies and sovereign-wealth funds¹¹⁰. The vast majority of these SOEs are therefore regulated by the Companies Act of 2016 (repealing the previous Act of 1965).

From the regulatory perspective, Malaysia appears to favour, way more than other ASEAN countries, an approach rooted in differentiation and specialty. While to SOE is not isolated as a conceptual model, complex networks of sector regulations provide special powers for the government, as well as specific forms of financial support for SOEs, such as guarantee funds¹¹¹. On the one hand, SOEs are subjected to specific obligations in terms of audit and publicity; on the other hand, SOEs must pay mandatory annual dividends to the government¹¹².

To sum up, when framing Indonesian SOEs' law within the legal innovations in the ASEAN space, at least three considerations come to mind. In the first place, the Indonesian model, in the early 2000s, has been one of the first models to be renovated, according to a logic combining pursuit of efficiency and guarantee of state control and coordination, also in light of development policies. In the second place, the Indonesian path is consistent with the choices of several fellow ASEAN countries, whose SOEs' law openly and actively seeks reorganization rather than gradual dismantlement.

In the third place, from a broader perspective, the comparative analysis shows that the influence of the Singaporean model – heavily focused on corporatization – is in reality much more diluted than what it may seem at a first glance. Each ASEAN country is pursuing its own SOEs management model relying, to a substantial extent, on a difficult integration between corporate strategies and public policies. It is worth noting that a country whose socialist legal background ensures a higher degree of political presence within SOEs – i.e. Vietnam – the latest reforms push toward a formal regulatory framework more oriented toward corporatization¹¹³. On the other hand, countries whose traditional state capitalism did not rely on socialist legality and was indeed disrupted by the 1997 financial crisis are now keen on “rejuvenating” SOEs by pursuing limited corporatization and emphasizing their role as agents of national development.

A third alternative is embodied by countries, such as Malaysia, which seem to combine the corporate aspirations of the Singaporean model with a coordinative approach

¹⁰⁹ W. Khatina Nawawi, *op. cit.*; K. AkbariAvaz, *op. cit.*; H. Ahamat, *op. cit.*

¹¹⁰ W. Khatina Nawawi, *op. cit.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ D. Sejko, V. Hoang, *Vietnam's Reform of State-Owned Entities: Domestic and External Drivers*, in J. Chaisse, J. Gorzki, D. Sejko (ed), *Regulation of State-Controlled Enterprises*, Singapore, 2022, p. 565-583.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

rooted in development planning and mirrored by the complex structure of the SOEs environment. Such peculiar connotation is undoubtedly induced – to a considerable effect – by the social instances underlying the Malaysian state capitalism. However, in the light of such considerations, the Malaysian example could represent a useful testing field for developments also in Indonesian law, considering that, in terms of pluralism (social, cultural, religious) as well as entrenchment in economic nationalism, the two countries share more than an element to reflect upon.

In all these instances, the *Temasek* model functions as a driving force and a general reference, but does not fuel proper and comprehensive legal transplants for the reform of general SOEs' law. There is, however, at least a specific field of the recent reforms where indeed Singaporean solutions are more closely followed, though always adjusted and adapted elsewhere: the creation of state-holding companies.

4. The establishment of state-holding companies in Indonesia

Within ASEAN, the establishment of state-owned holding companies is not a novelty and has indeed connoted the development experience of countries such as Malaysia and, most notably, Singapore, where the *Temasek* has been, for decades, the flag-carrier of developmental state capitalism in Southern Asia and has been a model for economic reforms even in China¹¹⁴.

In Indonesia, holding companies, in the form of *Persero*, have received a considerable boost and are increasingly viewed as an efficient instrument to coordinate business strategies of SOEs in strategic sectors such as energy, mineral extraction, banking and financial services, infrastructures, real estate and food production¹¹⁵.

Such solution is managed through sectoral regulations, such as Government Regulation no. 47 of 2017, which establishes a holding company (*Inalum*) in the mining and extraction field¹¹⁶. A more comprehensive legal framework is instead provided by Government Regulation no. 72 of 2016 (amending Regulation no. 44 of 2005) about the participation and administration of state equity in SOEs and Limited Liability Companies. Such regulation seems to uphold the idea of a separate management of state assets forming SOEs' equity.

However, especially in a context of increasing economic and resource nationalism, the adoption of corporate models for the SOEs and, in particular, of the holding company

¹¹⁴ Sun Jingzhang (孙景璋), Liu Zhuibao (刘隗宝), 新加坡经验对中国改革开放的影响 (*The influence of the Singaporean economic experience on the Chinese process of reform and opening up*), in *bijiao zhengzhixue yanjiu*, 17(2), 2019, p. 20-42; K. Völgyi, *A Successful Model of State Capitalism: Singapore*, in M. Szanyi (ed), *Seeking the Best Master: State Ownership in the Varieties of Capitalism*, Budapest-New York, 2019, p. 275-296.

¹¹⁵ S. Arinanto, D. Parluhutan, *op. cit.*; A. Prasetyo, *Restrukturisasi Badan Usaha Milik Negara Perbankan Melalui Pembentukan Holding Company Di Indonesia* (Restructuring state-owned banks through the establishment of holding companies in Indonesia), in *Lex Renaissance*, 4(2), 2019, p. 285-302.

¹¹⁶ S. Arinanto, D. Parluhutan, *op. cit.*

raised some doubts concerning the compatibility of such solution with the Indonesian Constitution and, first and foremost, with its Art. 33.

The Constitutional Court of Indonesia had dealt with the issue already in 2003 when, in essence, advocated a broad notion of state control over vital resources, echoing the diversification of management models embraced by Law no. 19/2003¹¹⁷. The Court had pointed out that the management function of state-owned assets may very well be conducted through direct involvement, by the government, in the management of SOEs but also through indirect management, *via* state-owned shares in limited liability companies¹¹⁸. The debate about SOEs' corporatisation, however, did not placate and in 2018 the Constitutional Court was called once again to assess the constitutionality of both Regulation no. 72/2017 and Regulation no. 47/2017, since doubts were raised about their compliance with, among others, Articles 28C (right to development), 28D (right to equal treatment, to work, to equal opportunities and to citizenship status), 28H (right to physical and spiritual prosperity, to equal opportunities, to social security and to personal property) and 33 of the Constitution¹¹⁹. The general objection raised against the aforementioned regulation lies in the alleged conflict between the «privatisation» of the SOEs' management regime and the public purpose SOEs are called to pursue. Furthermore, the injection of state capital into the holding companies without prior approval of the People's Representative Council would amount to a violation of both the principle of legality as laid out in the constitution and the budgetary legislation (in particular, Law no. 17 of 2003).

The Court's response – which stated that the regulations challenged were indeed an implementation mechanism for principles already laid out in Law no. 19/2003, and as such not subjected to constitutional review – did not thoroughly resolve the issue, though it seems to have implicitly upheld its own case law of 2003.

What seems to be at stake, in this debate, is indeed not the confrontation between a market-oriented and a state-oriented management of state-owned assets, but rather the confrontation between two models of state capitalism: the first one aimed at empowering bureaucratic corporatisation of SOEs in order to strengthen both their role in international markets and their ability to pursue development policies; the second one, inspired by a more «humanist» interpretation of the Indonesian economic democracy, therefore assessing public control over strategic assets also in the light of «people's control» both through parliamentary supervision and through judicial review, in order to emphasize the circumstance that, according to such stance, SOEs are subjected to a special regime to pursue public welfare and not to operate on market while pursuing private gains.

As the Indonesian enterprise law continues to evolve, such issue is likely to persist, fuelling new debates and, hopefully, fostering new research.

¹¹⁷ Case no. 002/PUU-I/2003.

¹¹⁸ *Id.*; S. Arinanto, D. Parluhutan, *op. cit.*

¹¹⁹ Case no. 14/PUU-XVI/2018.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

5. Indonesian SOEs in the ASEAN economic space

How should an external observer assess the relation between Indonesian enterprise law and Southeast Asia integration? The first impression may be that of growing ambivalence. On the one hand, the restructuring of the SOEs system and the promotion of corporatisation are seen as a way to adjust the Indonesian economy to the challenges of regional cooperation and to foster further opening up to the international markets. On the other hand, the establishment of stronger SOEs, even in the form of holding companies, in strategic fields such as banking and finance is meant to enhance the competitiveness of Indonesian enterprises within the ASEAN space. Simultaneously, in a country which is seeking to ensure more adherence of business and investment strategies to macroeconomic development policies, the legislature is also debating on the low level of FDIs compared to other ASEAN countries and looking for regulatory reforms to remove obstacles to investments.

In this context, the idea of an advancing state capitalism vis-à-vis a retreating economic integration is balanced by political and scholarly commitment to further opening up.

How to reconcile these apparently conflicting views?

Indeed, when framing the Indonesian example within a comparative analysis, the combination of corporatization and enhancement of state control is shown to be quite a distinctive trait of the development of SOEs' law in Southeast Asia. Contrarily to what it may appear, the influence of the successful Singaporean model is only partially accepted and several ASEAN countries still accept the distinction between purely bureaucratic SOEs and "corporate" SOEs, while also emphasizing their subjection to development plans. The idea that SOEs should be managed solely according to strictly commercial standards is mostly viewed with scepticism, either because of strongly relational business cultures also involving ties between governments and enterprises or because of constitutional doctrines of economic nationalism, be they socialist or not.

From the premises laid out in the introduction, it is easy to see that the ASEAN path to legalization, in enterprise law as in other fields, does not pose substantial obstacles to the differentiation of state control over the economy, but rather aims at promoting mutual understanding and coordination (not harmonization) within its economic space. Even if ASEAN has not enacted comprehensive documents on SOEs, its vocation may be easily inferred from other relevant broad coordination efforts, such as with the Guidelines for Special Economic Zones Development and Collaboration, issued in 2016. It is worth noting that, while identifying potential regulatory obstacles to enterprise activity (e.g. lack of enforcement of property rights; strict licensing regulations; inefficient custom procedures), the guidelines highlight that any common effort for the design of a SEZs' regime tackling such issues should ensure coherence between the rules of the special zones and the policy framework of each Member State.

Also, the example of integration patterns in the field of Corporate Social Responsibility (§ 2.2) displays legal dynamics akin to a mutual transfusion of values, principles and regulatory settings rather than standard transplants.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

The ASEAN integration model is therefore specifically designed for state capitalist economic laws. Indonesia is very far from being the odd one out. Therefore, to read such experiences as proofs of a “weak” or “incomplete” integration process would be misleading. By echoing comparative assessments about the notion of “rule of law”, it seems better to employ instead the most appropriate concept of “thin” integration, in contrast with the “thick” integration experienced, at least in some fields, by the economic laws of EU countries.

Indeed, even Indonesian legal studies refer to ASEAN as one of the driving forces behind the country’s corporate landscape reform. The comparative analysis has revealed that, notwithstanding the already mentioned variety in legal traditions, a tendency to elaborate and enact operational models of state capitalism is a constant of ASEAN countries, also from the historical point of view. The promotion, through ASEAN, of a certain degree of economic nationalism is therefore less of a paradox than it seems. It is worth noting, indeed, that such nationalism, at least in the main object of our analysis (i.e. Indonesia) is implemented through the adaptation of both foreign and modern corporate models, as to achieve, through economic cooperation in the ASEAN area, the enhancement of the technical capabilities and the international orientation of the state-managed economy.

The same logic is detected at the level of specific regulatory trends. The paper presents at least four main areas where some ASEAN countries appear to be following parallel paths: a) the legal definition and subjective scope of SOEs; b) the legal connection between SOEs and development plans; c) the subjection of SOEs to legally and judicially enforced doctrines of state capitalism (the ekonomi demokrasi or the constitutionally significant directive principles of state policy in Thailand); d) the creation and regulation of state-holding companies.

With regard to these four topics, as well as many other ones, future legal developments in the ASEAN area are likely to show important innovations and regulatory solutions. Indonesian law will fit within these developments by maintaining a cultural dialogue with other ASEAN economies and will continue representing a “legal laboratory” for future reforms.

From a broader perspective, the overview of the emerging trends of integration of enterprise law in a highly pluralistic and state-capitalist legal area should promote a methodological shift the comparative analysis within regional integration zones. The “ASEAN way” should not be considered “weak”, but rather a flexible approach to cooperation among states whose economic laws are grounded in development planning, relational business cultures and a key role for state-owned enterprises not only in traditional but also in innovative fields.

Only through this change of approach, the degree of integration among ASEAN countries will be fully understood, at the same time promoting the usefulness of comparative regional integration with other experiences all over the world.

Gianmatteo Sabatino

*The emerging trends of the modernization of state-controlled economy in the ASEAN space.
The case of Indonesian State-Owned Enterprises*

ABSTRACT: The paper aims at outlining the most significant trends concerning the modernization of the legal regulation of State-Owned Enterprises (SOEs) within the context of the economic integration in Southeast Asia, within the ASEAN area. In doing so, the paper takes Indonesian enterprise law as an example in order to assess how the evolution of post-colonial commercial law led to the diversification of legal regimes for SOEs in close connection with their function as agents of national development.

KEYWORDS: ASEAN – state-owned enterprises – post-colonial commercial law – economic nationalism – Asian regional integration

Gianmatteo Sabatino – Lecturer and Researcher in Comparative Law, Law and Economics School, Zhongnan University of Economics and Law. PhD, University of Trento. (z0005232@zuel.edu.cn; sabatinogianmatteo@gmail.com)

Separation of powers. Past, present and future*

Cesare Pinelli

TABLE OF CONTENTS: 1. Past. – 2. Present. – 3. Future.

1. Past

While asking ourselves what was the meaning of the separation of powers principle in the past, we tend to look at Locke and Montesquieu as the ultimate authorities in the field. We thus neglect the remote tradition and practice of mixed government, whose connection with those regarding the separation of powers may at least deserve attention.

In Aristotle's political theory the 'good' forms of government were monarchy, aristocracy, and democracy – each founded on the prevalence of one of three social forces (the king, the nobles and the people respectively) over the others. Each form was inherently unstable and susceptible to degenerate into its 'corrupted' counterpart, namely tyranny, oligarchy, and ochlocracy. Although widely accepted in ancient times, such classification was unable to solve the problem of ensuring governmental stability. With the theory of mixed government, the Greek historian Polybius seemed to have provided the solution. While observing the institutional practice of the Roman Republic, he noted the coexistence of the three 'good' forms of government, which gave rise to a system of checks and balances slowing down the rate at which each would naturally tend to its corrupt form if unhampered by its counterparts.

Montesquieu's theory of the separation of powers was not concerned with whether a form of government might endure, as in Polybius, but with how it might guarantee political liberty. His most celebrated warning was 'There would be an end of every thing, were the same man, or the same body, whether of the nobles or of the people, to exercise those three

* Conference of the Dottorato di diritto pubblico del Dipartimento di Studi giuridici ed economici della Università La Sapienza di Roma and the PhD of the Warsaw University, 28 November 2022. L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

powers, that of enacting laws, that of executing the public resolutions, and of trying the causes of individuals' (*Esprit des lois*, Book XI, Chap. VI).

For the first time in history, the risks of concentration of powers into the same body were referred to the loss of political liberty. Although maintaining that mixed government constitutes an essential requirement for a non-despotic state, Montesquieu stressed that it alone could not suffice to grant freedom: 'Democratic and aristocratic states are not in their own nature free. Political liberty is to be found only in moderate governments; and even in these it is not always found. It is there only when there is no abuse of power: but constant experience shews us that every man invested with power is apt to abuse it, and to carry his authority as far as it will go. Is it not strange, though true, to say, that virtue itself has need of limits. To prevent this abuse, it is necessary, from the very nature of things, power should be a check to power. A government may be so constituted, as no man shall be compelled to do things to which the law does not oblige him, nor forced to abstain from things which the law permit'.

On the other hand, for Montesquieu the people's freedom did not consist in 'power in the people's hands', but in security under the law. 'One great fault there was in most of the ancient republics, that the people had a right to active resolutions, such as require some execution, a thing of which they are absolutely incapable. They ought to have no share in the government but for the choosing of representatives, which is within their reach'.

Here comes a first connection between the separation of powers and the rule of law, namely between two principles that in modern constitutionalism are both distinguished and mutually connected. Such relationship results from a very complex evolution going from the 1789 French Revolution to the first half of the Twentieth century.

In continental Europe, the rule of law acquired the function of subordinating the crown, and, later on, the executive and the judiciary, to the legislative power. The deep transformations engendered from the 1789 Revolution put parliament at the top of the institutional machinery. While representing the people, parliament expressed a principle of legitimacy entirely opposed to that of the *ancien régime*. Therefore, no other authority, be it the executive or the judiciary, could bind parliament, as well as no other act could override the law. Being the product of the *volonté générale*, the legislation on the one hand prevailed over any act of other public authorities which might violate the rights of citizens and, on the other hand, demonstrated that a further protection was not needed of those rights. Parliament's supremacy, in other words, was such also with respect to the

constitution. Notwithstanding the solemn statement of Article 16 of the 1789 Declaration of man and citizen (“Any society in which the guarantee of rights is not secure or the separation of powers not determined has no constitution at all”), the separation of powers was never intended in France in the sense that the spheres of each power are separated one from each other, as the American Constitution aims to do.

The suspicion for the judiciary resulting from the negative experience with the royal courts of the *ancien régime* is no less important for an apprehension of the French model. After the 1789 Revolution, courts were prevented not only from meddling in the exercise of the executive power, but also from taking cognizance of the acts of the administration. Only during the III Republic, the *Conseil d’Etat* began to extend its control beyond formal and procedural requirements to the contents of administrative measures, favouring both a liberal interpretation of the role of public authority in society and a revision of basic concepts of administrative law. On the other hand, these developments reinforced the French version of the legality principle, to the extent that the law was conceived as the benchmark of the administrative judges’ review.

The democratic or, more precisely, the Rousseauian pretention that the legislation, being the expression of the *volonté générale* is per se aimed at pursuing the public good, appeared thus countering the Montesquieuan ideal of a limited political power, whose aim consisted instead in guaranteeing the liberty of the individual.

2. Present

The Constituent Assemblies of the European States convened after the fall of the totalitarian regimes left aside the previous presumption that Parliament was the best safeguard of the rights of citizens. Although still crucial for the functioning of democratic life, Parliament was no more conceived as the exclusive or even the highest institution capable of ensuring fundamental rights guarantees. To the contrary, fundamental rights should bind not only administrative bodies and the judiciary, but also Parliament.

This shifting, expressly codified in the 1949 German Basic Law and in the 1978 Spanish Constitution, or implicitly held, as in the 1948 Italian Constitution, lies at the core of the idea of constitution which characterizes those legal orders. The constitution isn’t put at the top of the sources of law as being the highest expression of the State’s will, but because it enshrines

substantive principles, first and foremost respect for fundamental rights and democracy, intended to endure irrespective of the contingent expressions of public powers, including political decisions of the majorities of a certain legislature. And, with the establishment of constitutional review over legislation, courts become the instrument of the constitution's supremacy over all public powers.

Hence derive decisive changes in the conception of the separation of powers.

First, the State's powers can no more be reduced to the Montesquieu's triad of the legislative, the executive and the judiciary. The Constitutional Court stands certainly among public powers, as well as the Head of State, to the extent that, at least in parliamentary regimes, the King, or the President of the Republic, is now completely detached from the executive.

On the other hand, the separation of powers is conceived along horizontal no less than vertical lines, given the establishment of federal or regional states as crucial feature of the new constitutional arrangements, and the consequent emergence of a legislative as well as an administrative autonomy of the Member States (or of the Regions) providing further limitations to the old state-centered political power.

Secondly, the concept of separation of powers is now constitutionally connected with the independence of the judiciary. While the separation between the legislative and the executive might depend on the form of government of each state, namely presidential, semi-presidential or parliamentary, independence of the judiciary stands among the constitutional conditions of contemporary democracies.

The judiciary must be free from external pressure or from political influence or manipulation, in particular by the executive branch. This requirement is an integral part of the democratic version of the separation of powers that was then created. Moreover, independence of the judiciary was to be granted not only vis-à-vis the other State's powers (external independence), but also within the judiciary itself (internal independence) since in exerting its functions each judge must also be left independent from other judges. The presumption emerges that without independent judges there can be no correct and lawful implementation of rights and freedoms. Therefore, independence of the judiciary is not an end in itself, nor a personal privilege of the judges, but a condition for enabling judges to fulfil their constitutional role of guardians of the rights and freedoms of the people.

Thirdly, the already mentioned change of the constitution's meaning and function affect the concept of the people. These compose a community sharing something more than the procedures that make it an electorate, namely a certain set of values that are constitutionally translated into principles. It is the presumption that the translation corresponds to the people's credence – or 'the expectation' that people have about the laws under which they live – that confers legitimacy to the constitution. Such legitimacy is in turn believed to transcend the political majorities of the moment, without being considered a metaphysical, or a morally indisputable, truth; rather, it may count as evaluation of the peoples' common interest.

Accordingly, the latter are presumed sovereign on the ground that they are provided with the choice of repudiating the values they shared when the constitution was formulated. It is the very constitution's endurance that depends on that choice. Whenever constitutional principles fail to reflect the people's utmost cherished values, the constitution ceases as well to exert its function of ensuring the stability of a certain legal order.

The constitution's relationship with the people is thus grounded on a conventionalist premise, namely the translation of popularly perceived values into constitutional principles. While remaining free, whichever choice of the people regarding their further adherence to those values is thus provided with a term of reference. In this sense, sovereignty can no more be intended as omnipotence even with respect to the people's ultimate power of denying the constitutional principles' congruence with their own present values.

The constitutional concept of the people leaves thus the people free to change their mind not only with respect to the constitution, but also to themselves. Populist appeals to the people, on the contrary, presuppose, and necessarily require, the notion of a homogeneous people that remains the same across and through change. In this perspective, it is not the people's attachment to certain values that affords legitimacy to the constitution. It is rather the nature of a certain people that is conceived as superior to the constitutional principles of the rule of law, of the separation of powers, and of respect for political or cultural minorities.

It is true that, under populist regimes, free elections are held in formal compliance with the representation principle and the majority rule. But, given the already mentioned conception of the people, the representation principle loses here its function of ensuring competition between political views of the people's interest. The same occurs with the majority rule, that no more presupposes respect for minorities, nor requires external control

through rule of law mechanisms, and can thus be deceptively reduced to a winner-take-all rule.

Hence derive ‘constitutional retrogressions’ such as dismantlement of interbranch checks, perpetrated through court-packing operations and modifications of the competences or of the financial independence of constitutional courts. These provoke an erosion of the rule of law notwithstanding the observance of formal legality. In the same direction goes the increasing use of constitutional amendment or replacement aimed at making ‘a state significantly less democratic than it was before’, namely a regime with ‘a relative absence of accountability and a lack of rights protection’.

Constitutional retrogression is deemed as consisting in ‘a simultaneous decay in three institutional predicates of democracy: the quality of elections, speech and associational rights, and the rule of law’. More subtle threats to democracy emerge here than those posed by totalitarianism, since at least formally free elections continue to be held. It is this feature that qualifies these regimes as ‘hybrid’, or as standing in-between constitutional democracy and the totalitarian state. The holding of elections coexists there with serious restrictions of fundamental rights, as well as various limitations of the independence of the judiciary and of further non-majoritarian authorities.

3. Future

As we have seen, in the experience of post-totalitarian constitutionalism, the separation of powers principle functioned differently than in the past. However, its core ideal was maintained of granting individual liberty. Can we imagine, and how, to preserve such ideal in the future?

We experiment everywhere that threats to constitutional democracy may lurk outside the perimeter of what has traditionally been labelled as “violation of civil liberties”. Unlike such acts as closing down a newspaper, phenomena such as governing parties virtually monopolizing access to the media through patronage deals or proxy arrangements, or state/party/business ties creating vast resource disparities between incumbents and opposition, may not be viewed as civil liberties violations. We should be aware that «the use of political power to gain access to other goods is a tyrannical use. Thus, an old description of tyranny is generalized: princes become tyrants, according to medieval writers, when they seize the property or invade the family of their subjects» (M. Walzer). Nowadays, the

use of political power to gain access to other goods constitutes an infringement of citizens' political rights. Since their exercise is necessary for free elections, protective devices preventing such infringements need to be included among the attributes of democracy.

But the waning of the private/public divide is not the sole feature that characterizes current constitutional developments. With the globalization of markets and of communicative systems, the external/internal dichotomy is blurred as well.

In particular, the 'essential hybridity' of the law of finance between private law and public law should not be viewed only as a rupture of the traditional private/public dichotomy, but also as a breach of the relationship between the political and economic spheres. The deregulation of financial markets brought such spheres to a coalescence that not only weakened 'the form of stability and restraint imposed by public regulation vis-a-vis economic processes', but also launched the financial markets' decision making, hitherto limited to the legal and to the economic field, into a political dimension.

A dramatic shift emerged thus in the realm of power from democratically elected authorities to private companies, which attempts of regulation appear for the moment inadequate to deal with. We know that it was provoked by a general retreat of politics no less than by the action of global markets and of the new communicative system. But we still ignore the long-term consequences of such transformations. This is particularly true for constitutional law scholars.

Controversies over constitutionalism – whether it should be grounded on limiting power and/or on legitimizing it through democratic means – regularly presuppose its connection with the political power of the state. In the neoliberal epoch, new power relationships arose however from society, not from public institutions, leaving formally unchallenged the constitutional design. In addition, the realm of economic global power or of the communicative system, being inter alia inextricably connected with technological change, appears to constitutionalists far more elusive than that of political power.

While depending to a significant extent on power relationships arising from society, even structural decisions regarding allocation of resources are unlikely to be substantially taken by democratically elected authorities. The issue of checking the decisions arising from private powers, and of the mechanisms that could be forged to this end, is not simply political. It has become a constitutional issue, being constitutive of a certain legal and economic order.

Cesare Pinelli

Separation of powers. Past, present and future

The future of the separation of powers is intrinsically connected with that issue. Such principle has succeeded in ensuring freedom in various epochs, not because it presupposes a formal distinction into three powers, but because it requires that power should not be concentrated or monopolized. Although referred since now to the power of the state, there is no reason why the separation of powers could not inspire new rules and institutions aimed at limiting private entities that tend to concentrate power at the global scale, to the point of threatening the very distinction between the political and the economic sphere. If this will be the case, further reflections might deserve even the tradition of mixed government, where mutual checks were put on powers representing different social forces.

KEYWORDS: Separation of powers; mixed government; democracy; parliaments; judiciary

Cesare Pinelli - Full Professor of Constitutional Law, Sapienza –
Università di Roma (cesare.pinelli@uniroma1.it)

Il regime del rischio contrattuale nell'art. 604 del Codice civile cinese*

Enrico Toti

SOMMARIO: Premessa. – 1. Evoluzione del diritto dei contratti cinese. Dal Tripode al Codice civile cinese. – 2. La disciplina del rischio contrattuale nella compravendita secondo il Codice civile cinese. – 3. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano. – 3.1. *Segue*. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano: I. 3.23.3. *Periculum e damnum* – 3.2. *Segue*. *Periculum e damnum*. – 4. Il filtro dei codici moderni. Codice svizzero e tedesco. – 4.1. Soluzione francese e italiana. – 5. Fra l'esperienza romana ed i codici moderni. Brevi riflessioni. – 6. Conclusioni.

Premessa

La presente indagine intende analizzare, limitatamente al contratto di compravendita, la più recente disciplina del rischio contrattuale nell'ordinamento cinese, collocandola nella prospettiva della tradizione romanistica e all'interno del dialogo con questa tradizione a cui il diritto cinese dei contratti partecipa.

L'impossibilità sopravvenuta della prestazione, per causa non imputabile al debitore, regola generale del sistema giuridico romanistico concepita dalla pandettistica ed accolta nel BGB prima e successivamente nel Cod. civ. it., esclude la responsabilità. Vi è, quindi, da parte di ogni ordinamento, il compito di regolare la distribuzione del rischio legato al verificarsi di eventi che sfuggano al controllo dei contraenti. Per lo più si tratta del caso del perimento della cosa oggetto della prestazione, ed a tale ambito rimane circoscritto il presente lavoro ma il discorso potrebbe essere esteso, ad esempio, agli eventuali danni che l'attività contrattuale possa causare a terzi, per non parlare della tendenza recente della dottrina civilistica e comparatistica ad ampliare la nozione tecnica di rischio.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

1. Evoluzione del diritto dei contratti cinese. Dal Tripode al Codice civile cinese

È noto il processo storico-politico della materia contrattuale in Cina, che ha preso avvio a partire dagli anni '80 del secolo scorso, attraversati da fasi politiche ed economiche determinanti per il destino del paese, in virtù delle scelte di apertura (*gǎigé kāifàng* 改革开放)¹ al resto del mondo in campo politico, economico e commerciale, con il Tripode (*Sānzúdínglì* 三足鼎立)²: Legge sul contratto economico del 1981³, emendata nel 1993; Legge sul contratto economico concernente interessi stranieri del 1985⁴; Legge sui contratti di tecnologia del 1987⁵. A tali leggi si sono aggiunti, ad integrazione della materia, i Principi generali del diritto civile del 1986, una prima abbozzata forma di codice civile, e successivamente un attento lavoro del legislatore per dare alla materia dei contratti una prima organizzata sistemazione nella Legge sui contratti del 1999⁶, testi ora abrogati ed assorbiti nel Codice civile della Repubblica Popolare (*Zhōnghuá rénmín*

¹ Riguardo alla politica di apertura della Cina v. T. Cheek, *Vivere le riforme. La Cina dal 1989*, Torino, 2008. Per un lavoro di ampio respiro, v. Ezra F. Vogel, *Deng Xiaoping and the Transformation of China*, Harvard University Press, 2011.

² Riguardo all'utilizzo del termine "Tripode", Liang Huixing (a cura di), *Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó hetongfa jiqi zhongyao caogao jieshao* [Presentazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese e delle bozze più importanti], Beijing, 1999, 3.

³ *Zhōnghuá rénmín Gònghéguó jingjì hétóngfǎ* 中华人民共和国合同法.

Per la spiegazione dettagliata della Legge, v. Guowuyuan Jingji fagui yanjiu zhongxi n bangongshi (Ufficio del Centro di ricerca sulle normative economiche del Consiglio degli Affari di Stato), *Zhōnghuá Rénmín Gònghéguó jingjì hetongfa tiaowen shiyi* [Spiegazione degli articoli della Legge sui contratti economici della Repubblica Popolare Cinese], Beijing, 1982. Sul contratto economico negli ordinamenti socialisti v. G. Ajani, *Contratto economico nei Paesi socialisti*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., vol. IV, Torino, 1989, 258-261.

⁴ *Zhōnghuá rénmín Gònghéguó shèwài jingjì hétóngfǎ* 中华人民共和国涉外经济合同法. Per una prima analisi della Legge, v. Zhang Yuqing, James S. McLean, *China's Foreign Economic Contract Law: Its Significance and Analysis*, in *Nv. J. Int'l L. & Bus.*, 8/1, 120, 1987. Sul tema anche H. Leclercq, *Introduction au droit chinois des contrats*, Paris, G.L.N. Joly éditions, 1994, 80 e 81.

⁵ *Rénmín Gònghéguó jìshù hétóng* 人民共和国技术合同.

⁶ Sul Codice civile cinese cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, Roma, 2019, pp. 37 - 41, spec. note 59 - 71. Per la traduzione in lingua italiana della Legge, cfr. L. Formichella - E. Toti, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese: Legge sui contratti*, Torino, 2002.

gònghéguó mínfǎ diǎn 中华人民共和国民法典) che, promulgato il 28 maggio 2020, è entrato in vigore il 1° gennaio 2021⁷.

Le finalità ed i significati di questo codice, pertanto, sono molteplici tra i quali emerge l'intenzione di porsi quale dichiarazione dei diritti civili cinesi, la fissazione di un confine tra governo e mercato, tra il potere pubblico e i diritti privati dei singoli, la costituzione di una solida base giuridica per la stabilità sociale e la prosperità economica del paese, la promozione e la garanzia di uno sviluppo economico di qualità, il miglioramento del benessere pubblico, il perfezionamento del diritto civile, commerciale e dello stato di diritto⁸.

Il Codice, composto da 1260 articoli raccolti in sette libri, Disposizioni generali, artt. 1-204, Diritti reali, artt. 205 - 462, Contratti, artt. 463 - 988, Diritti della personalità, artt. 989 - 1039, Matrimonio e famiglia, artt. 1040 - 1118, Successioni, artt. 1119 - 1163, Responsabilità civile, artt. 1164 - 1260,

⁷ Per una prima riflessione sul compimento della prima parte dei lavori, v. O. Diliberto, *Chiusura dei lavori. Diritto romano e codificazione cinese tra passato, presente e futuro. Alcune considerazioni*, BIDR 110 (2016) pp. 293-298. Si veda, poi, Wang Liming, *Guanyu zhiding Minfa zongze de jidian sikao* [Alcune riflessioni sulla formulazione dei Principi generali del Codice civile], in *Faxuejia* 5 (2016) pp. 1-175; Zhang Xianchu, *The New Round of Civil Law Codification in China*, in *University of Bologna Law Review* 1/1 (2016) pp. 106-137; Li Heshi, *Minfa zongze shi quel bing wanshan minshi jiben zhidu de jiben falu* [La Parte generale del Codice civile quale legge fondamentale per stabilire e perfezionare la base del sistema civilistico], disponibile in *npc.gov.cn* (ultimo accesso 10.02.2020); Liang Huixing, *Zhongguo minfa zongze de zhiding* [La formulazione della Parte generale del Codice Civile cinese], in *Beifang faxue - Bumenfa zhuanlun* XI/61 (2017) pp. 37-45; Zhang Mingqi, *Zhonghua Renmin Gongheguo minfa zongze de zhiding* [La compilazione della Parte generale del Codice civile della RPC], in *Zhongguo faxue* 2 (2017) pp. 5-24; R. Cardilli, *Diritto cinese e tradizione romanistica alla luce del nuovo Codice civile della Rpc*, in *Mondo Cinese* 167 (2019) pp. 25-46; M. Timoteo, *Il Codice civile in Cina: oltre i 'legal transplants'?*, in *Mondo cinese* 167 (2019) pp. 13-24.

⁸ Sul valore dell'attuale Codice sia riguardo ai contenuti sia riguardo al contributo che questo codice dà al sistema, v. Yang Lixin (a cura di), *Zhonghua rénmín gònghéguó mínfǎ diǎn* "tiáowén jīng shì yǔ shì àn quán xī (tàozhuāng gōng 3 cè) [Codice civile della Repubblica Popolare Cinese - Articoli ed analisi, 3 volumi], Zhongguo renmin daxue chuban she, 2020, pp. 8 -11.

Riguardo all'impostazione ed ai modelli di riferimento è evidente una sorta di armonizzazione con i modelli esterni al fine di favorire la comunicazione dell'economia cinese con le altre economie e rendere il diritto cinese fruibile a tutti, v. Zhu Xiaozhe, *Wōguó mǎimài hétóng fēngxiǎn fūdān guānzé de bǐjiào fǎ kùnǐng* [Il dilemma del diritto compartao riguardo alle nostre disposizioni sul rischio nella comparavendita], in *Journal of Soochow University (Philosophy and Social Science Edition)*, 2013(4), pp. 82-93. Tra i diversi modelli adottati, riferimento importante è stata la Convenzione sulla vendita internazionale di beni *CISG*, in vigore dal 1° gennaio 1988, in modo particolare riguardo agli artt. 142-149 della Legge sui contratti.

Per la traduzione in lingua italiana del Codice, v. *Codice civile cinese*, tr. di Meiling Huang, ed. italiana a cura di O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi. Introduzione di Diyu Xu, Pisa, 2021.

rappresenta, senza alcun dubbio, un evento di carattere storico, sia per questo ordinamento sia per tutti gli addetti ai lavori⁹.

2. La disciplina del rischio contrattuale nella compravendita secondo il Codice civile cinese

Il Codice civile cinese è un codice breve a cui è, tuttavia, premessa, con il Libro Primo, un'ampia Parte generale¹⁰ (*Mínfǎ zǒngzé* 民法总则), artt. 1-208, promulgata il 17 marzo 2017

dalla Quinta sessione della XII Assemblea Popolare Nazionale, in vigore dal 1° ottobre 2017. Il Capitolo Ottavo, artt. 176 - 187, è dedicato alle regole generali in materia di responsabilità civile (*mínshì zérèn* 民事责任).

Nelle varie esperienze lo studio del rischio contrattuale è stato caratterizzato dall'analisi di quelle circostanze - previste o meno dalle parti

⁹ Sul problema della codificazione, i civilisti cinesi si sono schierati su posizioni diverse, anche opposte, di certo assai più numerose di quanto avrebbe richiesto il raggiungimento di un unanime consenso. Riguardo gli schieramenti dei teorici di maggior peso questi sono così riassumibili: i) coloro che sostengono l'idea del "sistema informale e del metodo dell'assemblaggio"; ii) coloro che sostengono un ricorso all'esperienza tramandata dal *ius Romanum* e alla elaborazione di una struttura su quel modello, un codice civile diviso in due parti: una relativa alla disciplina dei rapporti privati, l'altra dei rapporti patrimoniali, con pratico riferimento alla ripartizione propria del Codice civile francese, Code Napoleon; iii) coloro che sostengono l'adozione del modello pandettistico tedesco, con ripartizione tra parte generale comprensiva degli elementi fondamentali dei rapporti giuridici e parte speciale comprensiva del contenuto specifico degli stessi rapporti, quindi dei diversi diritti soggettivi; iv) coloro che sostengono la redazione di un codice "aperto", libero e possibilista, onde evitare il rischio di una struttura ingabbiata, costruita sulla convinzione dell'autosufficienza e della logica giuridica, cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra Legge e dottrina, cit.*, spec.38 - 41.

Sulla possibile sistemazione del diritto civile cinese in un codice, v. Aa.Vv., *Minfadian:jianshe shehui zhuyi fazhi guojia de jichu* [Il Codice civile quale base per costruire uno Stato socialista di diritto], in *Falü kexue Xi'an* [Science of Law, Xi'an], III, 1998, 3-31; anche Liang Huixi ng, *Dangqian guanyu minfadian bianzuan de santiao silu* [Tre linee di pensiero riguardo all'attuale codificazione del Codice civile], in *Lifa yanjiu* [Legislation Research], VI, 2001, 2-7; Ma Junju, Zhou Ruifang, *Zhiding minfadian de zhidao sixiang jiqi tixi gouxiang* [Idee guida sulla formulazione del Codice civile e concezione del sistema], in *Jilin University Journal Social Sciences Edition*, V, September 2001, 55.

¹⁰ Su questa parte recente del Codice civile cinese, cfr. Xu Guodong, *La base romanistica della parte generale del Codice civile cinese*, BIDR 110 (2016) pp. 47 -72; M. Timoteo, *La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali*, in Roma e America. Diritto romano comune, 39, 2018, pp. 245-258.

e, secondo la impostazione dominante, indipendenti dalla loro volontà - suscettibili di creare uno squilibrio nel rapporto, di alterare, cioè, l'assetto degli interessi voluto originariamente dai contraenti in modo tale da impedirne la piena realizzazione. Ciò al fine di verificare se lo squilibrio in tal modo venutosi a creare debba essere o meno rimosso. Alla uniformità di intenti non ha fatto, tuttavia, riscontro una unicità negli indirizzi interpretativi e nelle soluzioni offerte. Il richiamo alle diverse formule utilizzate, quali l'equità, la buona fede, la *Geschäftsgrundlage*, la clausola *rebus sic stantibus*, la *frustration*, come presupposto sul quale la sentenza è resa, espone l'applicazione del diritto ad un margine, a mio parere, troppo ampio. Il legislatore cinese, nel momento della codificazione, aveva la possibilità di affrontare queste problematiche, inglobandole in una nozione nuova e più ampia di rischio rispetto a quella che è stata tramandata all'interno del sistema romanistico. Ma ciò non è avvenuto. Come ci accingiamo a constatare, il legislatore, almeno dal punto di vista testuale e dogmatico, sembra aver optato per la scelta tradizionale di

dare un risalto autonomo al problema della perdita incolpevole della cosa oggetto di prestazione contrattuale. Tale scelta dogmatica sembra conforme alla nozione stretta che i codici europei hanno ereditato dalle precedenti elaborazioni delle fonti del diritto romano.

Per ciò che è di nostro interesse, prendiamo in considerazione l'art. 180 del Codice civile cinese:

因不可抗力不能履行民事义务的，不承担民事责任。法律另有规定的，依照其规定。

不可抗力是不能预见、不能避免且不能克服的客观情况。

Se a causa di forza maggiore l'obbligazione civile non è adempiuta, non vi è alcuna responsabilità civile. Qualora la legge disponga diversamente, si applicano tali disposizioni.

La forza maggiore è un evento oggettivo imprevedibile, inevitabile e insormontabile¹¹.

¹¹ La forza maggiore prima della pubblicazione del Codice civile era disciplinata in disposizioni contenute in diversi testi normativi: artt. 107 e 153 dei Principi generali di diritto civile, art. 117 della Legge sui contratti, art. 29 della Legge sulla responsabilità da illecito civile. Per la traduzione in lingua italiana della Legge sulla responsabilità da illecito civile v. S. Porcelli, *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese*, in Roma e America. *Diritto romano comune*, 28/2009, pp. 229 - 243.

In linea con il sistema romanistico contemporaneo la disposizione stabilisce semplicemente che la forza maggiore, che rientra nei casi di impossibilità sopravvenuta non imputabile – e, come evidenzia la dottrina, l'unica causa di danno in cui le parti non abbiano avuto alcun ruolo¹² – è il limite della responsabilità per inadempimento, non aggiungendosi ancora alcuna previsione circa l'accollo del rischio per la forza maggiore in caso di contratti sinallagmatici, gestori o associativi¹³. Infatti, in caso di contratti sinallagmatici, per fare l'esempio che è oggetto specifico della presente indagine, l'evento imprevedibile che esonera da responsabilità pone il problema della sorte della controprestazione (in danaro) nel negozio a struttura sinallagmatica¹⁴.

La regola, che non può essere derogata dalle parti ma a cui secondo parte della dottrina è riconosciuta la libertà di meglio individuare i casi di

¹² Sulle caratteristiche della forza maggiore, v. Yang Lixin (a cura di), *Zhōnghuá rénmin gònghéguó mínfǎ diǎn* "tiáowén jīng shì yǔ shì àn quán xi (tāozhuāng gòng 3 cè) [Codice civile della Repubblica Popolare Cinese - Articoli ed analisi, 3 volumi], cit.. Riguardo alle caratteristiche della forza maggiore quale nozione non statica, cfr. Wang Liming, *Zhōngguó mínfǎ diǎn shì píng: zǒngzé biān* [Commento al Codice civile cinese], Zhongguo renmin dexue chubanshe, 2020, p. 729: «[...] Imprevedibile in questo contesto significa che, in base allo stato attuale della scienza e della tecnologia, solitamente non è possibile prevedere il verificarsi di una tale situazione oggettiva. Da un punto di vista cognitivo, da un lato, la capacità delle persone di prevedere le situazioni future è limitata dallo stato della scienza e della tecnologia del momento. Il verificarsi di certe situazioni oggettive, che in passato erano imprevedibili, ora possono essere previste con lo sviluppo del livello della scienza e della tecnologia. Ad esempio, le previsioni meteorologiche sono ora più accurate del 90% e la capacità di evitare violente tempeste è stata notevolmente migliorata. D'altra parte, la capacità di prevedere le situazioni future varia da persona a persona, quindi la capacità di prevedere le situazioni future è limitata anche dalla capacità cognitiva dello specifico soggetto coinvolto. Ad esempio, ci sono situazioni che alcune persone possono prevedere e altre no, quindi la cosiddetta imprevedibilità in questo caso dovrebbe essere giudicata in base alla prevedibilità cognitiva della persona media.»

Riguardo alla deroga al principio fissato dall'art. 180 si veda, ad esempio, l'art. 48 della Legge postale (郵政法, *Yóuzhèng fǎ*) emendata da ultimo il 24 aprile 2009.

¹³ La tripartizione proposta è un riferimento esplicito all'inquadramento autorevolmente compiuto in E. Betti, "Periculum": problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, *Jus* 9 (1954) p. 362. L'argomento suscita interesse presso la dottrina cinese: ad esempio Zhou Jianghong (周江洪), *Fēngxiǎn fùdān guīzé yǔ hétóng jièchú* [Regole sull'onere del rischio e risoluzione del contratto] in *Law Studies* 1 (2010) pp. 74-88. Riguardo all'ambito di applicazione della norma, cfr. Chen Su, *Mínfǎ zǒngzé píngzhū* [Commento ai principi generali del diritto civile], Beijing, 2017, p. 1287.

¹⁴ Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, München, 1975, p. 552; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 84.

forza maggiore¹⁵, è ribadita nell'art. 590, Libro Terzo, Capitolo Ottavo, in materia di responsabilità da inadempimento che assorbe la precedente previsione di cui all'art. 117 della Legge sui contratti della RPC¹⁶:

当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。

当事人迟延履行后发生不可抗力的，不免除其违约责任。

Qualora una parte, a causa di forza maggiore, non sia in grado di adempiere il contratto, è parzialmente o totalmente esonerata dalla responsabilità in considerazione dell'impatto della forza maggiore, salvo che la legge non disponga diversamente. Qualora il contratto, a causa di forza maggiore, non può essere eseguito, deve essere data tempestiva comunicazione all'altra parte per mitigare i possibili danni causati all'altra parte e la prova deve essere fornita entro un termine ragionevole.

¹⁵ Wang Liming, *Zhōngguó mínfǎ diǎn shì píng-zhōngzé biān* [Commento al Codice civile cinese], Zhongguo renmin daxue chubanshe, cit. p. 3494.

¹⁶ Art. 117 Legge sui contratti: «Qualora per causa di forza maggiore non sia possibile adempiere al contratto, l'esonero dalla responsabilità sarà parziale o totale in base alla incidenza della forza maggiore, salvo che non sia diversamente previsto dalla legge. Qualora la causa di forza maggiore si verifica dopo un ritardo nell'adempimento, non vi può essere esonero dalla responsabilità. Con la presente legge per causa di forza maggiore si intende una circostanza oggettiva, imprevedibile, inevitabile ed insuperabile.» Per alcuni rilievi sull'art. 117, v. Jiang Ping, *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], Zhongguo zhengfa daxue chubanshe, Beijing, 1999, pp. 97 - 98: «L'impossibilità di adempiere il contratto non deve scaturire da un comportamento doloso o colposo della parte. [...] Nella compravendita il momento del trasferimento del rischio è importante. Ad esempio in Svizzera il momento è individuato nel momento della conclusione (*chénglì* 成立) del contratto. In Inghilterra e Francia il momento è quello del trasferimento della proprietà. In Germania, Austria e nella gran parte dei paesi, il momento è quello della consegna. La Cina ha dotato il momento della consegna. [...] Nella forza maggiore rientrano gli eventi naturali quali, ad esempio, il terremoto, il tifone, l'inondazione *et cetera*; le azioni di governo quali ad esempio una nuova [linea] politica o un provvedimento amministrativo che determinano l'impossibilità di adempiere il contratto; gli eventi sociali anormali quali ad esempio lo sciopero o la guerra. [...] Le parti possono concordare l'ambito di applicazione della forza maggiore per evitare che le parti possano fare un uso strumentale della forza maggiore per non adempiere. È indispensabile (ma non obbligatorio) che le parti lo facciano.» Da ultimo, ulteriori approfondimenti in Wang Liming, *Zhōngguó mínfǎ diǎn shì píng-zhōngzé biān* [Commento al Codice civile cinese], cit., p. 3492.

Se la forza maggiore si verifica dopo che una delle parti ha ritardato la sua esecuzione, la parte non è esonerata dalla responsabilità.

Tuttavia, la prima articolata normativa sulla distribuzione del rischio si trova al successivo Capitolo IX, nella disciplina sul contratto di compravendita. Si tratta degli articoli 604 - 611. La regola cardine è contenuta nell'art. 604¹⁷:

标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

Il rischio che il bene oggetto del contratto venga danneggiato o distrutto è a carico del venditore prima della consegna, e a carico dell'acquirente dopo la consegna, salvo che la legge non disponga diversamente o le parti non si accordino diversamente.

È opportuno, a questo punto, fare una riflessione. L'applicazione alla norma in esame del principio di equità¹⁸ ha prodotto un parziale distacco dalle regole del diritto romano classico in materia di rischio contrattuale nella compravendita: il rischio contrattuale per il perimento della cosa dopo la conclusione della compravendita è equamente distribuito fra venditore e compratore in base al momento della consegna della cosa. Prima della consegna il *periculum* spetta al venditore; dopo la consegna il compratore si fa carico dei rischi. Bisogna considerare che, stando all'art. 598 del Codice, la compravendita ha inizialmente effetti soltanto obbligatori, mentre il trasferimento della proprietà avviene al momento della consegna del bene. Si può dire che, sul piano degli effetti dell'atto, il contratto di compravendita nel diritto cinese è fedele al modello romano classico dell'efficacia obbligatoria dell'*emptio venditio*.

¹⁷ Testo corrispondente all'art. 142 della Legge sui contratti: «Il rischio di danneggiamento o perimento del bene prima della sua consegna è a carico del venditore, mentre è a carico del compratore dopo la consegna, salvo che la legge disponga diversamente o le parti abbiano altrimenti convenuto.» La comprensione esatta del tema è completata dalle Interpretazioni della Corte Suprema del Popolo sull'applicazione della legge nel processo per le controversie sui contratti di compravendita (最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释, *Zuigāo rénmin fǎyuàn guānyú shēnlǐ mǎimài hétóng jūfēn ànjiàn shìyòng fǎlǜ wèntí de jiěshì*), del 1° luglio, 2012, spec. art. 14.

¹⁸ Sul tema un mio recente scritto, v. E. Toti, *Le dimensioni dell'equità. Dall'analisi terminologica del gōngpíng yuánzé alla emersione delle sue peculiarità nel quadro del sistema giuridico romanistico*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2022, pp. 741 - 769.

La configurazione data dal legislatore cinese al problema del rischio nella compravendita ha, come vedremo, radici individuabili nelle fonti romane¹⁹, ma successivamente sviluppate dalla dottrina europea di età moderna. In base a tale previsione la distribuzione del rischio fra le parti è regolata dal momento della consegna. Fino alla consegna - possiamo dire - si verifica un regime di *periculum venditoris* o *debitoris*. Il perimento del bene a lui non imputabile non lo libera dall'obbligazione oppure, da altro punto di vista, viene ad attivarsi la regola del sinallagma condizionale²⁰ per cui il compratore non sarà tenuto a corrispondere il prezzo. Dopo la consegna vige il *periculum emptoris*²¹.

Coordinando la disposizione con gli articoli 180 e 590 del Codice si può affermare che, dopo la consegna, non solo il venditore-debitore è esentato da responsabilità, ma l'acquirente-creditore continuerà a dover corrispondere il prezzo, interrompendosi la corresponsività fra le prestazioni dovute dalle due parti e con attribuzione dei rischi interamente a carico del

¹⁹ È bene sottolineare, fin d'ora, che l'ordinamento cinese ha optato, come scelta di fondo seppur caratterizzata da una certa elasticità, per un modello schiettamente romanistico di contratto. Infatti, di base il contratto di diritto cinese è un negozio obbligatorio. Si vedano l'art. 2 della Legge sui contratti della RPC del 1999, ora confluito nell'art. 464 del Codice civile, su cui cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, Roma, 2020, pp. 75-124. Anche del contratto di compravendita si è conservata una configurazione aderente al modello romano: cfr. art. 133 Legge sui contratti e art. 598 del nuovo codice civile. Se, dunque, in principio la proprietà non si trasferisce con l'accordo contrattuale, se cioè non vige il principio consensualistico, si fa avanti l'esigenza di individuare un principio equitativo (*gongbǐng* 公平) per il passaggio del rischio contrattuale dal venditore al compratore e, normalmente, tale principio equitativo sancisce il passaggio del rischio al momento della consegna, come realizzazione pratica del criterio *res perit domino*. Riguardo al principio equitativo, summenzionato, cfr. Jiang Ping *Zhonghua Renmin Gongheguo Hetongfa jingjie - fu falü tiaowen* [Interpretazione della Legge sui contratti della Repubblica Popolare Cinese: prefazione], cit. p. 117.

²⁰ Per la distinzione fra sinallagma genetico, sinallagma condizionale e sinallagma funzionale rinvio a M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", in ED, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 373 n. 717; M. Talamanca, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 Post. a Iav. epit. D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. Filippo Gallo*, vol. II, Napoli, 1997, p. 354 n. 2; M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e il "periculum rei venditae" nel diritto romano*, in L. Garofalo (cur.), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, t. II, Padova, 2007, p. 173 n. 1.

²¹ Sul tema della consegna, approfondito il lavoro di Jiang Hai, Shi Guanbin, *Lìn mǎimài hétóng fēngxiǎn fūdān guīzé* [Sulle norme dell'onere del rischio riguardo ai contratti di vendita], in *Modern Law Science*, Sept. 2013, Vol.35. n.5, pp. 51- 60, dove per la esatta comprensione del momento della consegna viene richiamato l'art. 163 della Legge sui contratti, ora art. 630 del Cod. civ. cin.3

compratore. La disposizione in esame fa salve eventuali diverse previsioni di legge o eventuali diversi accordi negoziali.

La disciplina degli articoli seguenti non è altro che un insieme di fattispecie legislativamente risolte con delle regole che hanno la funzione di corollari di questa norma base.

L'art. 605, infatti, pone la regola generale del sistema romanistico secondo cui la mora del debitore comporta il passaggio a quest'ultimo del rischio contrattuale:

«因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险。

Qualora, per motivi imputabili all'acquirente, l'oggetto non venga consegnato al momento concordato, l'acquirente si assume, a partire dal momento in cui viola l'accordo, il rischio di danneggiamento o perdita del bene.»

La previsione di cui all'art. 606, seppur a mio parere e come cercherò di dimostrare più avanti, contenga un'eco della dottrina romana dell'*emptio perfecta*, sostanzialmente anticipa gli effetti della *traditio* ai fini del passaggio del rischio nel momento in cui dispone che il compratore sopporta il rischio fin dal momento della formazione o perfezionamento del contratto in caso di cosa consegnata per il trasporto e tale trasporto sia in corso:

«出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

Qualora il venditore vende l'oggetto consegnato al vettore per il trasporto e l'oggetto è in viaggio, salvo diverso accordo tra le parti, il rischio del danneggiamento o perdita dell'oggetto sarà a carico del compratore al momento della formazione del contratto.»²²

²² Si può ritenere che la fattispecie del trasporto delle merci vendute, e più in generale la disciplina del rischio nel contratto di trasporto, di cui agli artt. 832 e 835 del Codice civile cinese, ha la sua radice profonda nel diritto romano. Nell'esperienza romana vengono in rilievo tre istituti. Il primo, in questa sede meno rilevante, è il *fenus nauticum* (o *pecunia traiecticia*), o prestito marittimo (per le fonti, cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*, 12^a ed., Napoli, 2001, p. 865 n. 74.5, in particolare D. 22.2). Si trattava, come noto, di una operazione di finanziamento di una impresa navale, in cui il finanziatore sopportava tutti i rischi (*periculum creditoris*) della perdita delle merci acquistate e trasportate per mare, mentre in cambio, se l'impresa giungeva a buon fine, egli lucrava interessi superiori al normale. Su tale figura è sufficiente qui il rinvio all'ampia ricerca di G. Purpura (*Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *Annali dell'Università di Palermo* 39.1987, pp. 187-337). L'altro istituto è quello

L'art. 607 regola due ipotesi nelle quali, alla consegna diretta al compratore, è equiparata o la consegna in luogo indicato dall'acquirente e la consegna al vettore, oppure la consegna al primo trasportatore nel caso di cui all'art. 603 numero 2, comma 1 del Codice civile. Si tratta della situazione per cui la cosa venduta non necessita di trasporto ma le parti indicano un luogo di consegna che in tal modo il venditore ha l'obbligo di rispettare²³.

della configurazione romana del contratto di trasporto, consistente in una applicazione della *locatio conductio*. Tali applicazioni potevano essere varie, come è stato ben illustrato da R. Fiori (*Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in *Rivista del Diritto della Navigazione* 39.2010, pp. 149-176): poteva, infatti, trattarsi di una conduzione di nave o parte di nave per il trasporto di merci (quindi una *locatio conductio rei*: in questo caso il *dominus mercium* figurava come conduttore e l'armatore come locatore. Quest'ultimo metteva a disposizione la nave o parte di essa, e come corrispettivo il proprietario delle merci era tenuto a pagare la *merces*); oppure poteva trattarsi di una *locatio conductio operis*, in cui il proprietario della nave assumeva l'impegno di portare le merci a destinazione ed era quindi un *conductor* delle merci. Ora, nel primo caso il rischio della perdita delle merci (per una *vis maior* che impediva l'uso della nave per il trasporto) era a carico del proprietario delle merci e conduttore e, in caso appunto di mancato godimento della nave presa in conduzione senza colpa dell'armatore-locatore, quest'ultimo non avrebbe avuto responsabilità ma non avrebbe percepito la *merces*. Nel secondo caso, l'armatore-conduttore avrebbe percepito il corrispettivo del trasporto solo se il carico fosse giunto a destinazione. In sostanza, il contratto di trasporto marittimo era assoggettato alle regole di distribuzione del rischio che, come vedremo, erano proprie del contratto di locazione. A regole più severe di responsabilità dava luogo lo schema del *receptum*, su cui F. De Robertis, *Receptum nautarum. Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, estratto da *Annali Bari* 12 (1952). Il terzo istituto da ricordare è, infine, il regolamento della c.d. *Lex Rhodia de iactu* (D. 14.2). Su di essa, sulle origini e sulla sua portata si cita per tutti Gianfranco Purpura, *Ius naufragii, sylai e lex Rhodia. Genesis delle consuetudini marittime e mediterranee*, in *Annali dell'Università di Palermo* 47 (2022) pp. 173-292. Di essa, interessano qui le regole applicate nel commercio marittimo mediterraneo nel caso di avaria della nave e conseguente getto del carico per necessità di alleggerire l'imbarcazione. Anche qui è noto che il rischio della perdita del carico veniva distribuito proporzionalmente fra tutti i caricatori. Una fonte fondamentale è D. 14.2.2 (Paul. 34 *ad ed.*). Ebbene, gli artt. 606 (vendita, *emptio perfecta*), 832 e 835 (trasporto, *locatio conductio*) del Codice civile cinese contengono, a mio parere, soluzioni che discendono direttamente dalle fonti romane.

²³ Art. 607:

第六百零七条

出卖人按照约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依据本法第六百零三条第二款第一项的规定标的物需要运输的，出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

Nell'ipotesi di luogo di consegna concordato o luogo di consegna conforme a quanto previsto dal comma 2, numero 1, art. 603 - cioè i casi di operatività del principio per cui il luogo della consegna è la sede di affari del venditore quando non meglio precisato – il rischio è a carico dell'acquirente, secondo l'art. 608, dal momento in cui il compratore non prende in consegna l'oggetto nel luogo ove il venditore lo ha collocato²⁴.

Tralasciando in questa sede gli articoli 609 e 611²⁵, resta da vedere, in materia di compravendita l'art. 610:

«因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

Qualora l'oggetto non soddisfi i requisiti di qualità, e di conseguenza sia impossibile realizzare lo scopo del contratto, l'acquirente può rifiutare di accettare l'oggetto o può recedere dal contratto. Se l'acquirente rifiuta di accettare l'oggetto o recede dal contratto, il rischio di danni o perdita dell'oggetto è a carico del venditore.»

Dopo che il venditore ha consegnato, secondo quanto concordato, l'oggetto nel luogo indicato dall'acquirente o al vettore, il rischio di danneggiamento o perdita dell'oggetto è a carico dell'acquirente.

Qualora il contratto non preveda un accordo tra le parti sul luogo di consegna o se tale accordo non è chiaro, e l'oggetto del contratto deve essere trasportato secondo quanto disposto dall'articolo 603, punto 2, comma 1, il rischio di danneggiamento o perdita dell'oggetto è a carico dell'acquirente dopo che il venditore ha consegnato l'oggetto al primo trasportatore.

²⁴ Cfr. D. 18.6.13 (Paul. 3 *Alfeni epitomatorum*): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet* ("L'edile fece fare a pezzi dei letti che erano stati comprati, in quanto erano stati posti sulla pubblica strada: se fossero già stati consegnati al compratore o se la mancata consegna fosse dipesa dal fatto di quest'ultimo, pare bene che il rischio e pericolo gravi sul compratore stesso"). La traduzione italiana è quella curata da S. Schipani, *Iustiniani Augusti Digesta sive Pandectae. Testo e traduzione*, vol. III, Milano, 2007, p. 388.

²⁵ Art. 609:

第六百零九条

出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

La mancata consegna da parte del venditore dei documenti e dei materiali relativi al bene oggetto del contratto non influisce sul trasferimento del rischio di danno o di perdita dell'oggetto.

Art. 611:

第六百一十一条

标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人请求其承担违约责任的权利。

Qualora il rischio di danni o perdita dell'oggetto sia a carico dell'acquirente, non viene pregiudicato il diritto dell'acquirente di esigere dal venditore la responsabilità per la violazione del contratto qualora l'adempimento degli obblighi da parte del venditore non è conforme al contratto.

Anche questa disposizione non è che un corollario dell'art. 604, in quanto il legittimo rifiuto di accettare la cosa o il recesso dal contratto da parte dell'acquirente, con il contestuale permanere del rischio a carico del venditore sono atti giuridici che avvengono prima della consegna. Questa la disciplina dei rischi in materia di compravendita.

Possiamo, pertanto, affermare che nella compravendita l'accollo dei rischi è governato dal momento della consegna, senza un rigoroso automatismo nell'applicazione delle regole del sinallagma condizionale.

In secondo luogo, viene a emergere l'importanza della disposizione dell'art. 180, che pone l'eccezione all'operatività della regola generale, con la formula "salvo che la legge non disponga diversamente", proprio dovuta al fatto che il legislatore cinese ha compiuto una scelta consapevole in direzione di una diversificazione delle soluzioni per la distribuzione del rischio contrattuale, sulla scia della tradizione del sistema romanistico²⁶. Occorre, quindi, risalire a tale tradizione per individuare le radici storiche che hanno costituito lo sfondo di una precisa politica legislativa sottostante al nuovo Codice civile della Repubblica Popolare.

Una prima conclusione che possiamo fare fin da subito è che la disciplina codicistica cinese in materia di rischio contrattuale tende, evidentemente, a ridurre ai minimi termini il margine di oscillazione dell'applicazione del diritto dovuto alle diverse regole equitative, come sopra è stato ricordato.

3. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano

L'esperienza romana rappresenta per noi una preziosa fonte di ispirazione per individuare i criteri di distribuzione del rischio legati al contratto.

Preliminarmente, bisogna ben circoscrivere il campo dell'indagine. 'Rischio contrattuale', in senso tecnico, che presso i romani era indicato con il termine *periculum* (di uso non altrettanto tecnico)²⁷, è solo quello relativo

²⁶ La "legge" si riferisce solo ed esclusivamente alla legge promulgata dall'Assemblea Popolare Nazionale o dal Comitato Permanente, v. Chen Su, *cit.*, p.1287.

²⁷ M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", *cit.* (1993), p. 450, sottolinea la varietà di significato del termine romano *periculum*, fra cui anche quello per noi tecnico di 'rischio contrattuale'; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, 2ª ed., Napoli, 1958, pp. 100-101, avverte che '*periculum*' è un termine ambiguo, che indica nelle

all'impossibilità di una prestazione per fatto non imputabile al debitore. Tratteremo, pertanto, esclusivamente di questo aspetto.

In questa sede si farà riferimento solo ad alcuni degli studi romanistici relativi al *periculum* contrattuale, nel solco del filone tradizionale caratterizzato da un approccio che direi di diritto sostanziale.

Ma una prospettiva completamente diversa per l'indagine intorno ai valori del termine '*periculum*' è quella di Martin Pennitz²⁸, che sposta la questione dal piano sostanziale a quello processuale.

Pur sempre partendo dalla varietà semantica del termine, l'autore propone una ipotesi di ricerca alternativa a quella fatta propria dalla dottrina tradizionale, che prendeva come punto di partenza un'area di significato in cui il termine *periculum* sembra indicare un 'danno' e sovrapporsi così a '*damnum*'. Prendendo spunto dalle ricerche di G. MacCormack²⁹, egli

fonti sia gli accadimenti di forza maggiore sia il rischio che dava luogo a quella forma di responsabilità che i romani chiamavano '*custodia*'; acute osservazioni, svolte in forma di rilievi critici all'impostazione bettiana del problema del rischio, in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 82-96. Cfr. S. Riccobono Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, AUPA 29 (1962) pp. 165-167 n. 53, che proprio a commento dei rilievi dell'Arangio-Ruiz definisce il significato più comune e tecnico di *periculum* come "rischio contrattuale, inerente alla compravendita, per l'eventuale perimento fortuito". Cfr. anche I. Molnár, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, vol. V, Napoli, 1984, pp. 2229-2231; F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1996, p. 179, con rinvio alle fonti relative alle due diverse accezioni di responsabilità e di rischio in senso tecnico.

²⁸ M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, pp. 50-98

²⁹ G. MacCormack, *Periculum*, in *ZSS* 96 (1979) p. 129 ss.; e *Further on periculum*, in *BIDR* 82 (1979) p. 11 ss.: gli studi del Mac Cormack costituiscono un tentativo di andare oltre la considerazione, cui si era fermata la dottrina, del valore polisemantico del termine *periculum*. Questo autore analizza l'uso del termine in una pluralità di contesti, in campo contrattuale e anche in campi diversi da questo. Il proposito è quello di approfondire lo studio del lessema sia dal punto di vista del suo contenuto nei testi giuridici, sia dal punto di vista della funzione che esso viene ad assumere in rapporto alle decisioni dei giuristi romani. Partendo dal significato base (anche non giuridico) di "*possibility or chance of loss*", egli individua innanzi tutto gli oggetti del *periculum*: la perdita di una "*specific, tangible property*", quella relativa ad una "*intangible property*" e, infine, quella relativa ad una "*financial liability incurred*", facendo considerazioni sul possibile sviluppo storico dei concetti. Oltre ad una particolare attenzione dedicata alla relazione del termine con i criteri di responsabilità (*custodia*, *culpa*, specialmente nel secondo contributo, dedicato ai testi estranei alla materia contrattuale), il Mac Cormack centra la sua indagine sulla funzione che il termine sembrerebbe assumere, quale "form of shorthand", nel ragionamento dei giuristi e come elemento di rinvio a precise regole giuridiche o di giustificazione delle stesse

formula una “Ausgangsthese”: che, nell’ambito dell’*emptio-venditio*, ‘*periculum*’ indichi, nella sua molteplicità di significato, una precisa asserzione giuridica in riferimento al rischio processuale, e non, come nella dottrina tradizionale, in riferimento al diritto sostanziale. La prospettiva del rischio processuale allarga il campo dal caso fortuito e dalla forza maggiore alle sopravvenienze imprevedibili che fanno venir meno la possibilità di esercitare lo strumento processuale a disposizione di una parte, in relazione ad un suo interesse concreto.

L’autore fa l’esempio della *pluris petitio* dell’attore in Gai 4.53 ss., che viene qualificata come *periculosa*; oppure, in Gai 4.98, l’esempio della posizione del convenuto nel caso in cui l’azione contro di lui sia esercitata da un *procurator* invece che da un *cognitor*. Proprio in tale caso è segnalato da Gaio il *periculum* che il *dominus litis* possa esercitare contro di lui la stessa azione; altro caso è quello dell’*agere cum e sine periculo* nel processo interdittale.

Se questa è l’area del *periculum* inteso come rischio processuale, il Pennitz ritiene che a questa area debba essere avvicinata la problematica della sopportazione del rischio nei contratti. Il problema che si pone all’autore, a questo punto, è quello di analizzare la (possibile) relazione fra questo uso del termine *periculum* e la problematica della sopportazione del rischio nella compravendita³⁰. Il risultato più rilevante a cui egli perviene consiste, sostanzialmente, in una presa di distanza dall’impostazione tradizionale del problema del fondamento della regola *periculum emptoris*: alla giurisprudenza romana non si sarebbe affacciata la questione, di “politica del diritto”, su quale delle due parti contraenti dovesse sopportare il rischio per la perdita fortuita della cosa; piuttosto, agli occhi dei giuristi non sarebbe esistita una alternativa fra l’una e l’altra parte riguardo alla sopportazione del rischio, né sarebbe stata sentita l’esigenza di trovare un fondamento alla regola *periculum est emptoris*. Rilevante, alla luce delle fonti tramandateci, sarebbe stato soltanto il fatto che le rispettive pretese del compratore e del venditore potessero essere fatte valere davanti al pretore.

Limitando il discorso al caso della vendita di cosa specifica, la regola *periculum emptoris* non sarebbe stata altro che una logica conseguenza della

(rispettivamente, “*conclusions of law*” e “*justifications for conclusions*”). La conclusione cui perviene l’autore è nel senso che la “popularity of *periculum*” nell’uso giuridico sarebbe da ascrivere al fatto che “it could be appropriately employed whether the ground of liability was the commission of a fault or not”. A prescindere dalla condivisibilità o meno dei risultati raggiunti, tale ricerca si rivela come un utile repertorio chi voglia analizzare la varietà di significato sopra segnalata.

³⁰ M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum “aktionenrechtlichen Denken” im römischen Privatrecht*, cit. (2000), pp. 69-98.

dinamica che si sarebbe potuta innescare fra le azioni *empti* e *venditi* in rapporto all'interdipendenza delle obbligazioni del compratore e del venditore. In una prima ipotesi, quella in cui per caso fortuito venisse a mancare la cosa venduta ma non ancora consegnata e il cui prezzo fosse stato già pagato, la non imputabilità del fatto in capo al venditore avrebbe impedito l'esercizio dell'*actio empti* per riavere il prezzo; in una seconda ipotesi, in cui il compratore non avesse ancora pagato il prezzo, non essendo imputabile il perimento della cosa e quindi non potendosi parlare propriamente di inadempimento dell'obbligo di consegna, il venditore avrebbe potuto ricorrere all'*actio venditi* per avere il prezzo, senza che l'esercizio della propria azione venisse condizionato dal previo adempimento dell'obbligo di consegnare la cosa.

A parere del Pennitz, l'attenzione dei giuristi romani all'esperibilità o meno degli strumenti processuali, di fronte alle singole fattispecie, induce a concludere per la non riducibilità della nozione di *periculum* al rischio del perimento per forza maggiore.

Anche alla luce della riflessione indotta dagli sviluppi che il tema del rischio contrattuale ha assunto nei codici moderni, se anche il lessema '*periculum*' rappresenti l'occasione per una rivisitazione delle principali fonti della ricerca romanistica in materia di rischio contrattuale, in tale opera di rivisitazione preferiamo seguire la linea della dottrina tradizionale, la quale non nega la varietà di usi della parola '*periculum*' presso i giuristi classici, ma fra questi ricomprende il perimento inimputabile della cosa venduta, salvo il problema di chiarire in che rapporto si ponga l'uso del termine '*periculum*' e del termine '*damnum*'. Si aggiunga la specificità del problema del rischio contrattuale nei contratti sinallagmatici, come la vendita e la locazione: la sorte della controprestazione in danaro nel caso di perimento non imputabile della cosa oggetto di prestazione principale³¹.

³¹ M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), p. 552: "Beim Gefahrübergang handelt es sich hier (wie bei den anderen Austauschverträgen) hauptsächlich um die Preisgefahr, d.h. um die Frage, ob der Kaufpreis bezahlt werden muß, obwohl die Kaufsache aus einem Umstand, für den keiner der beiden Teile dem anderen haftet, untergegangen oder schlechter geworden ist"; cfr. C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 84 (peraltro questo aspetto è stato già sopra ricordato).

3.1 *Segue. La problematica del rischio contrattuale nella compravendita nelle fonti del diritto romano: I. 3.23.3. Periculum e damnum*

Una prima osservazione, seppur rappresenti qui un'applicazione particolare di una caratteristica della giurisprudenza romana rilevata da più parti e da più punti di vista³², è che i romani non formularono, almeno sino a Giustiniano, una regola generale per il rischio contrattuale, a differenza dei codici contemporanei. L'art. 180 del Codice civile cinese, dove si stabilisce che, salvo che la legge non preveda diversamente (!), il debitore è esonerato dalla responsabilità qualora per causa di forza maggiore non sia possibile

³² Intendo fare riferimento alle innumerevoli occasioni nelle quali gli studiosi osservano come, di fronte alla formulazione di teorie e regole generali proprie della civilistica moderna, i giuristi romani procedano, invece, con metodo empirico e casuistico: ad esempio, per cominciare dalla manualistica, A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit. (2001), più volte segnala la distanza fra lo "spirito eminentemente pratico" dei romani e le concettualizzazioni moderne, a cominciare dalla n. 14.3.1 pp. 264-265 in tema di situazioni giuridiche soggettive. Considerazioni di questo tipo sono assai diffuse in tutti i manuali. Una riflessione classica è quella di F. Schulz, *I principi del diritto romano*, Firenze, 1995, pp. 34-58, che parla apertamente di "riluttanza dei romani all'astrazione". Ancora più preciso, nel senso che la giurisprudenza romana avesse sì un metodo tendente a costruire sistemi dall'analisi del particolare, ma senza formulare i principi così costruiti "in una unica proposizione concettuale", S. Riccobono Jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit., pp. 180-181; M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", cit., pp. 450-451, che con specifico riferimento al tema della presente indagine sottolinea il contrasto fra la tendenza della romanistica a formulare soluzioni monistiche in merito al problema della ripartizione del rischio e lo stato delle fonti, che attestano le tracce di uno *ius controversum*, composto soltanto con le direttive dell'imperatore in sede di compilazione giustiniana. Cfr., con riferimento specifico al tema del rischio contrattuale, M. Sargenti, voce "*Rischio contrattuale (Diritto romano)*", in ED, vol. XI, Milano, 1989, p. 1126: "I giuristi romani non ci hanno lasciato una teoria unitaria ed organica di quello che noi chiamiamo rischio contrattuale e che essi indicavano per lo più con il termine *periculum*, ma anche con *damnum*. Coerentemente al loro modo di affrontare i problemi, sul piano di una concreta casistica, non partendo dall'enunciazione di astratti principi generali, ma tenendo conto dell'assetto di interessi tipico di ciascuna situazione, essi offrono nei loro scritti una gamma di soluzioni, differenziate secondo il tipo di negozio (commutativo, associativo, gestorio, ecc.) e secondo la specifica situazione di ogni caso concreto, soluzioni che sarebbe vano e fuorviante voler ricondurre ad un'astratta unità".

adempiere all'obbligazione (*casum sentit creditor*), pone, tuttavia, non solo una regola generale³³ ma anche una clausola aperta a regole diverse.

Non diversamente prevede l'art. 590 dello stesso Codice, in tema di responsabilità contrattuale. La norma, come sopra visto, ribadisce l'esonero della responsabilità in caso di inadempimento del contratto dovuto a forza maggiore e corrisponde al precedente art. 117 della Legge sui contratti della RPC³⁴. L'esonero - si legge nella disposizione - sarà parziale o totale a seconda dell'incidenza della forza maggiore. La stessa norma, in conformità alla tradizione romanistica, esclude l'esonero dalla responsabilità in caso di impossibilità verificatasi successivamente alla mora³⁵ del creditore³⁶.

³³ Con questa disposizione, come noto ad ogni studioso che si occupi di rapporti fra responsabilità e rischio, si pone una regola sulla responsabilità e non sul rischio, ma nei contratti a struttura sinallagmatica, una volta applicata l'esenzione dalla responsabilità per l'inadempimento incolpevole di una parte, sorge il problema del rischio con riguardo alla controprestazione dell'altro contraente. Così, nel contratto di compravendita, se l'obbligo del venditore viene meno e il compratore rimane obbligato a pagare il prezzo, ecco che oltre alla regola di responsabilità si sovrappone una specifica regola sul rischio, addossato al compratore. Nel caso della locazione, invece, rimanendo alle soluzioni contenute nelle fonti romane, se il bene locato subisce un evento incontrollabile che impedisce il godimento al locatario, e questi viene esonerato dal pagamento del canone, allora la soluzione è conforme alle regole di esenzione di responsabilità e di interdipendenza fra le prestazioni del contratto sinallagmatico. L'art. 180 del Codice cinese, pur limitandosi a porre una regola di responsabilità, predispose un meccanismo idoneo a diversificare le soluzioni nelle quali la regola di responsabilità si combina con le regole sul rischio. Cfr. *infra* nota 52.

³⁴ La Legge cinese sui contratti aveva la propria regola generale nell'art. 117, ora riconfuito nell'art. 590 del Codice civile della RPC: "Qualora per causa di forza maggiore non sia possibile adempiere al contratto, l'esonero dalla responsabilità sarà parziale o totale in base alla incidenza della forza maggiore, a meno che non sia diversamente previsto dalla legge. Se la causa di forza maggiore si verifica dopo un ritardo nell'adempimento, non vi può essere esonero dalla responsabilità.

Con la presente legge per causa di forza maggiore si intende una circostanza oggettiva, imprevedibile, inevitabile ed insuperabile".

³⁵ Per un'indicazione del significato tecnico del termine *mora* presso i giuristi repubblicani: S. Riccobono jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit., pp. 181-182, in cui sintetizzando i risultati esegetici tratti dalle testimonianze provenienti da età repubblicana si arriva a concludere che il ritardo nell'adempimento era 'mora' solo quando vi fosse una "relazione volontaria fra il ritardo e il soggetto che lo ha causato", ossia una concomitanza dell'elemento soggettivo colpa/dolo, a seconda delle fattispecie.

³⁶ Si tratta della regola basata, come noto, sulla finzione della *perpetuatio obligationis*, su cui cfr. S. Riccobono jr., *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, cit., pp. 120-126. La regola fu fissata dai *veteres* e, in base alla loro dottrina, può essere spiegata in tal modo: ogni qual volta, per volontà del debitore (cioè in base a criteri fondati sulla colpa *lato*

Per quanto riguarda l'esperienza romana, una direttiva unitaria in tema di compravendita si può desumere dalle Istituzioni di Giustiniano, che svolgono la funzione di dare, della disciplina di ogni istituto giuridico, una visione "armonizzante" in confronto con le controversie ancora conservate nei Digesti³⁷:

I. 3.23.3-3a: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit,*

sensu intesa), si abbia un inadempimento definitivo o un ritardo, da cui possa derivare l'impossibilità per forza maggiore, il debitore non è liberato dalla sua obbligazione. Il testo fondamentale è D. 45.1.93.3 (Paul. 17 *ad Plautium*): *Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo* ("Rimane da vedere come debba intendersi il fatto, riguardo al quale i *veteres* hanno deciso, che ogni volta che interviene una 'colpa' del debitore l'obbligazione si perpetua. E certamente se il debitore ha fatto in modo che non potesse adempiere, la decisione dei *veteres* ha un'immediata comprensione: se, invece, il debitore sia soltanto in ritardo, si dubita se la mora precedentemente intervenuta possa essere estinta qualora il debitore successivamente <adempiendo> non sia più in ritardo. E il giovane Celso scrive che colui, che abbia fatto ritardo nel pagare il servo Stico che egli aveva promesso, possa emendare quella mora offrendolo in seguito: questa questione, infatti, è di *bonum et aequum*"; traduzione italiana a cura di S. Schipani) Da questo frammento, che la dottrina ritiene centrale in tema di *perpetuatio obligationis* e di *mora*, si ricava anche la regola che, per questione di equità, la successiva offerta di adempimento possa purgare la mora (*purgatio morae*).

³⁷ Cfr., nel senso di una generalizzazione della regola, già E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 47 (1927) p. 143; P. Meylan, *Inst. III 23 §§ 3 et 3a, et l'unification du régime des risques dans le contrat de vente par Justinien*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-28-29 IX 1948*, vol. III, Milano, 1953, pp. 387-409; M. Talamanca, voce "*Vendita (Diritto Romano)*", cit. (1993), p. 451 n. 1533; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 281-282. Diversamente, in M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, cit. (2000), p. 139, si ritiene che la regola *periculum emptoris* sia espressa in I. 3.23.3 dal punto di vista del caso elementare di una vendita di specie non condizionata, conformemente agli scopi di un'opera didattica, ma in sé essa non farebbe che dimostrare come anche nel diritto giustiniano la problematica del rischio sia affrontata sul piano processuale e, in conseguenza, si debba concludere "daß sich eine Alternative zur Gefahrtragung des Käufers gar nicht stellte" (p. 141).

*sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet cuius periculum est*³⁸.

Il paragrafo 3 del passo delle Istituzioni è la testimonianza della piena vigenza in epoca giustiniana del criterio *periculum est emptoris*³⁹, dichiarato vigente fin dal momento della conclusione del contratto, sebbene la compravendita romana sia un contratto ad effetti obbligatori e la cosa non sia ancora stata consegnata. Il rischio per il perimento (o per il deterioramento) della cosa venduta per causa non imputabile al venditore è addossato al compratore sin dal momento della conclusione del contratto (*Cum ... emptio et venditio contracta sit*). La fonte ha la particolarità di porre il baricentro della conclusione contrattuale sull'accordo relativo al prezzo, piuttosto che sulla consegna della cosa (*quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit*)⁴⁰.

È questa una soluzione che condensa un percorso giurisprudenziale lungo e tortuoso⁴¹, su cui si è accumulata una letteratura assai vasta⁴². A parte

³⁸ I. 3.23.3-3a: “Una volta contratta una compravendita (il che abbiamo detto verificarsi appena convenuto il prezzo, quando la cosa si fa senza uno scritto), il pericolo della cosa venduta concerne subito il compratore, anche se quella cosa non gli sia stata ancora consegnata. Di conseguenza, se l'uomo [servo oggetto di compravendita] sia morto o sia stato leso in qualche parte del corpo, oppure l'edificio tutto o in parte sia stato consumato da un incendio, o il fondo tutto o in parte sia stato portato via dalla violenza del fiume, oppure anche sia divenuto assai più piccolo o peggiore per l'inondazione dell'acqua o per l'abbattimento delle piante ad opera del turbine: il danno è del compratore, che deve pagare il prezzo benché non abbia ottenuto la cosa. Invero per tutto ciò che succede senza dolo e colpa del venditore, il venditore è al sicuro. È però pur da dire che, se dopo la compera al fondo sia accaduto alcunché per alluvione, questo torna a vantaggio del compratore: infatti anche il vantaggio dev'essere di colui che sopporta il pericolo.” (La traduzione italiana è tratta da E. Nardi, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, B. Testi, Milano, 1986, p. 143).

³⁹ R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the civilian Tradition*, cit. (1996), p. 281.

⁴⁰ Cfr. M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum “aktionenrechtlichen Denken” im römischen Privatrecht*, cit. (2000), p. 140.

⁴¹ I giustinianeî trassero il passo in esame dall'opera di Gaio: *Opere di Contardo Ferrini*, a cura di E. Albertario, vol. II, Milano, 1929, p. 392 (sia il § 3 che il § 3a deriverebbero dalle *Res cottidianae*).

⁴² Sul *periculum* nel diritto romano della compravendita, indicazioni bibliografiche più o meno ampie possono trarsi, per fare solo alcuni esempi, da: F. De Zulueta, *The Roman*

il caso del Codice civile svizzero (ZGB) del 1907, che, sotto l'influenza della Pandettistica e del Windscheid, segue il modello romano⁴³, è palese la distanza che separa quest'ultimo dai codici moderni. Questi, infatti, o hanno mantenuto la configurazione della compravendita come contratto ad effetti esclusivamente obbligatori, ed allora il passaggio del rischio è fatto tendenzialmente coincidere con la consegna della cosa: è questo il caso del BGB germanico e dell'art. 604 del Codice civile cinese; oppure sanciscono il passaggio del rischio al compratore al momento del contratto, ma ciò avviene a seguito dell'evoluzione storico-dogmatica da cui si è sviluppato il modello del contratto ad effetti reali, come nel caso francese o del Codice civile italiano⁴⁴.

All'affermazione del principio segue una lunga esemplificazione, che ha destato i sospetti della critica interpolazionistica⁴⁵. Per l'applicazione della

Law of Sale, Oxford, 1945, p. 33 n. 5; W.W. Buckland, *A Textbook on Roman Law*, 2nd ed., Cambridge, 1950, p. 487 n. 2; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4^a ed. cur. da G. Grosso, Milano, 1953, p. 565; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, vol. II, rist. ed. 1954, Napoli, 1990, p. 256 n. 1; E. Betti, "Periculum": *problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit. (1954), pp. 333-384; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. II, rist. 5^{me} ed. 1954, Aalen, 1977, pp. 147-149; G. Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano* [1962], cit., *passim*; S. Riccobono-S. Riccobono jr., "Res perit domino", in NNDI, vol. XV, rist., 1968, p. 569; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), p. 552 n. 61; I. Molnár, *Periculum emptoris im römischen Recht der klassischen Periode*, cit. (1984), p. 2227 n. 1; M. Sargenti, voce "Rischio contrattuale (Diritto romano)", cit., 1989, pp. 1132-1133; M. Talamanca, voce "Vendita (Diritto romano)", cit., 1993, p. 449 nn. 1517 e 1519; M. Talamanca, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 7 (1995) pp. 221-226. Le pagine indicate di questo contributo (di cui si segnalano in special modo le note 13-15) costituiscono, a mio parere, un'ottima ricostruzione della storia degli studi sull'argomento; M. Talamanca, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 Post. a Iav. epit. D. 19.1.50*, cit. (1997), p. 353 n. 1; M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, cit. (2000), *passim*; M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e il "periculum rei venditae" nel diritto romano*, cit. (2007), p. 174 n. 2; S. Viaro, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Milano, 2011, p. 241 n. 170; T. Kasper, *Das Erfolgsrisiko des Verkäufers*, Tübingen, 2017, *passim* e la bibliografia finale. In ambito latinoamericano, segnalo E.C. Silveira Marchi, *Compra-e-venda condicional e "emptio perfecta" em tema de riscos da coisa vendida ("periculum rei venditae")* in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 103 (2008) pp.71-90.

⁴³ Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, cit. (1954), pp. 251 e 254.

⁴⁴ Cfr. V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, cit. (1954), p. 251. Un recente tentativo di ricostruire la vicenda scientifico-dogmatica che ha avuto esito nella nascita della vendita ad effetto reale è in R. Fercia, "Quia vendidit, dare promisit", Cagliari, 2009, *passim*.

⁴⁵ Cfr., per tutti: E. Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS* 42 (1921) pp. 556-557, che ritiene classico il pensiero del passo, salvi i riferimenti ai danni parziali e alla troppo generale frase di esordio; E. Seckel-E. Levy, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*,

regola si fa l'esempio della morte del servo o delle lesioni da esso subite, dell'edificio totalmente o parzialmente distrutto da un incendio, e del fondo tutto o in parte strappato via dalla violenza del fiume, o anche che sia stato diminuito o peggiorato da un'inondazione o per causa degli alberi abbattuti dal turbine. Sono tutte evenienze le cui conseguenze spetterà al compratore sopportare, rimanendo egli obbligato al pagamento del prezzo (*itaque si homo mortuus sit ... sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit, emptoris damnum est ... quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est*).

Dell'ultima parte del paragrafo 3 si segnala l'identificazione fra *damnum* e *periculum* contenuta nell'esemplificazione⁴⁶. Su tale aspetto vale la pena soffermarci brevemente prima riprendere l'analisi oggetto principale del presente lavoro.

3.2 *Segue. Periculum e damnum*

Abbiamo in precedenza fatto cenno al ruolo del termine '*periculum*' nel nostro campo di indagine. Possiamo, per tale termine, fermarci a quanto abbiamo precisato, e cioè al significato che richiama all'eventualità di una perdita non imputabile al debitore della cosa venduta⁴⁷. '*Damnum*' è un termine che ha avuto dovuta attenzione, anche da un punto di vista linguistico, nella romanistica⁴⁸.

cit. (1927), p. 144, che, rispetto all'originale classico, sospettano tutti i riferimenti alla totalità o parzialità del perimento; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, cit. (1954), p. 265; in M. Pennitz, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht*, cit. (2000), pp. 151-152, si ritiene, in contrapposizione al Rabel, genuina la frase iniziale, in quanto strumentale alla giustificazione processualmente orientata del diritto romano relativo alla sopportazione dei rischi contrattuali.

⁴⁶ Per il periodo classico, si rinvia alle osservazioni contenute in M. Talamanca, *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, cit. (1995), p. 242 n. 86.

⁴⁷ Cfr. *supra* al paragrafo precedente.

⁴⁸ Faccio solo alcuni esempi: C. Ferrini, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Milano, 1902, p. 241; D. Daube, *On the Use of Term Damnum*, in *Studi in onore di Siro Solazzi nell'anniversario del suo insegnamento*, Napoli, 1949, pp. 93-156; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, p. 424; L. Bove, '*Danno (diritto romano)*', in *NNDI*, vol V, Torino, 1960, pp. 143-146; D. Liebs, '*Damnum*', '*damnas*' und '*dammare*', in *ZSS* 85 (1968) pp. 173-252; R. Santoro, *XII Tab. 12. 3*, in *AUPA* 30 (1967) pp. 69-75 ed ivi l'apparato di note; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), p. 159 n. 38 (rad. *dap- 'spesa' 'vittima sacrificale'? rad. *da-menom- 'ciò che viene dato', '<somma del> riscatto?'), p. 161 n. 60, p. 162 n. 66; R. La Rosa, *La repressione del furtum in età arcaica*.

Ora, sia che *'damnum'* abbia sin dalle origini indicato una perdita patrimoniale, sia che tale significato rappresenti il risultato di uno sviluppo successivo da un antico riferimento ad una posizione di vincolo o di soggezione, l'uso del termine nella nostra fonte - ma anche in altre fonti relative al tema del rischio contrattuale⁴⁹ - ci dimostra come, a mio modo di vedere, l'immagine che i romani forniscono del problema degli effetti del venir meno incolpevole dell'oggetto di una prestazione contrattuale è quella di una perdita che interviene nell'ambito di un rapporto contrattuale. Ciò ci permette di meglio intendere la collocazione dogmatica del problema oggetto della presente ricerca. Si tratta di prendere le mosse dall'inquadramento teorico fornito a suo tempo dal Betti, successivamente rettificato dal Cannata⁵⁰.

Secondo Emilio Betti il problema dei rapporti fra rischio e criterio di responsabilità contrattuale si pone in termini di netta distinzione. Nella costruzione dogmatica del grande romanista camerinese un problema di rischio si ha solo una volta esclusa la responsabilità per inadempimento⁵¹.

'Manus iniectio' e *'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990, pp. 16-53 (con sintesi delle principali posizioni); M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2ª ed., München, 1996, p. 124 e nn. 33-36; G. Valditara, *Sulle origini del concetto di 'damnum'*, 2ª ed., Torino, 1998, p. 22 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit. (2001), p. 999 n. 89.3; G. Valditara, *Damnum iniuria datum*, 2ª ed., Torino, 2005, pp. 17-19. Ulteriori indicazioni di letteratura in R. Cardilli, *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli, 2016 (libro dedicato ad una prospettiva qui non direttamente rilevante). Di quest'ultimo testo, per l'etimologia di *'damnum'*, si vedano le pp. 89-90.

⁴⁹ Basti semplicemente fare riferimento all'esempio riportato in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 87, dove si ricorda D. 19.2.15.2 (Ulp. 32 ad ed.) in materia di locazione.

⁵⁰ E. Betti, *"Periculum": problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit., pp. 333-335; a cui ha avanzato rilievi critici C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 81-96; si aggiunga, inoltre, F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, cit. (1996), pp. 178-191, che, letto nell'ottica della dottrina del Betti e del Cannata, implica a mio modo di vedere una presa di distanza ancor più radicale rispetto all'impostazione bettiana.

⁵¹ Cfr. E. Betti, *"Periculum": problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, cit., p. 333-335, il quale (p. 335) scriveva: "È chiaro, invero, che, quanto più si estende (mediante apposite pattuizioni, o per effetto del ritardo ad adempiere) il campo dell'imputabilità dell'adempimento, cioè la misura della c.d. responsabilità contrattuale, tanto più viene a restringersi, correlativamente, il margine in cui resta proponibile la questione circa la sopportazione del rischio". La critica all'impostazione del Betti di cui in C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 81-96, è, invece, nel senso di una commistione fra il profilo del rischio e quello della

Se il debitore risponde, come normale, in caso di inadempimento dovuto a suo dolo o a sua colpa, quindi in base ad un criterio soggettivo di responsabilità, ciò che non rientri nella sfera del dolo o della colpa non potrà essere qualificato come inadempimento imputabile e andrà a delimitare l'alea contrattuale normalmente a carico del creditore. In altre parole, solo una volta stabilito che l'inadempimento non sia imputabile e si sarà esclusa la responsabilità, si porrà la questione relativa a quale dei due contraenti debba farsi carico della sopravvenuta impossibilità della prestazione⁵². E mentre nelle obbligazioni di mezzi è richiesto un grado di diligenza del debitore, oltre il quale egli sarà esente da responsabilità, nelle obbligazioni di risultato, la mancanza di quest'ultimo è di per sé qualificabile come inadempimento, salvo poi dimostrare che il fatto è dipeso da caso fortuito o forza maggiore⁵³.

responsabilità. Segue il Betti, invece, ad esempio M. Sargenti, voce "Rischio (*Diritto romano*)", in ED, vol. XI, Milano, 1989, p. 1126.

⁵² Si noti che il Betti esprimeva il concetto nel modo seguente (p. 335): "dopo aver escluso che l'inadempimento sia tale che l'una delle parti possa chiederne conto all'altra, allora, ma allora soltanto, è proponibile la questione del rischio (*periculum* in senso tecnico): con la quale ci si chiede, a carico di chi (e in qual modo) debba mettersi il rischio che l'assetto d'interessi disegnato dalle parti non possa attuarsi per circostanze di cui l'una non risponda verso l'altra".

⁵³ Per questi aspetti, cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 62-70; M. Talamanca, voce "Colpa civile (*Diritto romano e intermedio*)", in ED, vol. VII, Milano, 1960, pp. 517-523; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, vol. I, cit. (1975), pp. 505-513; P. Voci, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, SDHI 56 (1990) pp. 29-143; R. Cardilli, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale nel diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, pp. 19-62, da cui si ricava un quadro completo delle questioni e della relativa letteratura; C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, pp. 1-46; F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, cit. (1996), pp. 3-9; nella manualistica, oltre il testo del Kaser qui citato, è dalla dottrina considerato di fondamentale importanza il secondo volume delle *Istituzioni* del Betti (1962), anche se in questa sede mi sono limitato a fare riferimento allo studio che l'illustre romanista pubblicò nel 1954. Meritano menzione anche G. Pacchioni, *Corso di diritto romano*, vol. II, Torino, 1910, pp. 448-163; F. Schulz, *Derecho romano clásico* (ed. inglese 1951), Barcelona, 1960, pp. 492-493 per il concetto di *custodia*; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, cit. (1953), pp. 449-461, con le addizioni del Grosso; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, vol. II, rist. 5^{me} ed. 1954, cit., pp. 226-236; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1972, pp. 621-626; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, pp. 659-668; A. Guarino, *Diritto privato romano*, cit. (2001), pp. 1007-1018. I rapporti fra responsabilità e rischio, per semplicità descritti sintenticamente nel testo, sono l'oggetto di una letteratura vastissima del diritto romano. Dai testi qui citati si possono desumere alcune linee di fondo, che riassumo brevemente. Una colonna portante della dottrina romanistica in materia di responsabilità contrattuale è rappresentata dal filone di studi che

Nel quadro della teorica qui brevemente ricordata, Betti individuava quattro questioni distinte: a) la responsabilità contrattuale tipica del rapporto in questione; b) estensione pattizia della responsabilità, o assunzione pattizia di determinati rischi; c) trapasso del rischio in caso di mora del debitore; d) ripartizione del rischio (*periculum* in senso tecnico). Ebbene, secondo l'illustre studioso “solo dopo avere escluso l'imputabilità dell'inadempimento (dopo avere, cioè, risolto in senso negativo le questioni di cui sub a, b, c) ha senso proporsi la questione del rischio contrattuale”.

Ha fatto seguito la riflessione del Cannata. Questo autore rimprovera al Betti il fatto che sarebbero possibili alcune obiezioni alla sua impostazione. In relazione a D. 41 .12.13.1, in cui Gaio distingue fra cose altrui comodate e locatate (che, come dice il testo, comportano rischi per il comodatario e il locatore) e quelle ricevute in deposito (che non comportano rischi per il depositario)⁵⁴, lo studioso osserva che anche criteri

distingue il regime classico dal regime giustiniano. Il primo sarebbe tendenzialmente caratterizzato da un ampio spazio alla responsabilità di tipo oggettivo, mentre nel giustiniano prevarrebbe l'attribuzione della responsabilità in base a criteri soggettivi. Nonostante questo, la dottrina è poi approdata alla consapevolezza che la ricostruzione del diritto contrattuale classico va condotta sulla base delle testimonianze che attestano tutta una articolazione di fattispecie, in ognuna delle quali il criterio della responsabilità era diverso. Per grandi linee, si distingue, per esempio, fra obbligazioni di dare tutelate con azioni di stretto diritto, per le quali il criterio risulta essere quello del *factum debitoris*, e le obbligazioni tutelate con giudizi di buona fede, in cui sembrano avere un ruolo rilevante i criteri del dolo e della colpa. Vi è poi la casistica dei rapporti retti dal criterio della *custodia* (tipico l'esempio del comodato), in cui il debitore rispondeva per la perdita dell'oggetto della prestazione dovuta a furto o danno da parte di terzi. Il diritto giustiniano sarebbe poi sfociato nell'ulteriore frammentazione dei diversi gradi della colpa. Vi è poi chi si oppone all'impostazione, classica, di Emilio Betti nel contrapporre responsabilità e rischio, e riconduce nella teoria della responsabilità anche il *periculum*, considerato quindi anch'esso come un canone per l'imputazione dell'inadempimento (De Robertis).

⁵⁴ D. 41.12.13.1 (Gai *ad edictum praetoris urbani titulo de liberali causa*): *Item certum est tam res nostras quam res alienas, quae tamen periculo nostro sunt, in banc actionem deduci, veluti commodatas et locatas: certe depositae apud nos res, quia nostro periculo non sunt, ad banc actionem non pertinent.* Per la collocazione storico-esegetica di questo frammento: O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, rist. a cura di L. Capogrossi Colognesi della ed. Lipsiae 1889, vol. I., c. 187; O. Lenel, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch seiner Wiederherstellung*, rist. 3^a ed. 1927, Aalen, 1985, pp. 379-386; K. Hackl, *Praejudicium' im klassischen römischen Recht*, Salzburg-München, 1976, pp. 138-151; D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, cit. (1999), p. 39 al n. 3 e p. 84 al n. 107 ed ivi le relative note. Stando al Lenel, il commento gaiano riguardava la clausola edittale '*si controversia erit, utrum ex servitute in libertate petatur an ex libertate in servitute*', che costituiva una procedura di accertamento per stabilire la posizione di attore (con conseguente onere della prova) o di convenuto (con conseguente *commodum possessoris*) in una causa di libertà da instaurare. Il frammento ha ricevuto poca attenzione nella letteratura

positivi di imputazione dell'inadempimento possono contenere un'attribuzione di rischio. Il testo, infatti, allude al fatto che la responsabilità per dolo (del depositario) non comporta rischi, mentre quella per custodia del comodatario e del conduttore ne comporta. Tale riferimento ai rischi riguarderebbe, quindi, contesti tipici della responsabilità.

In relazione ai casi nei quali una regola di ripartizione del rischio è formulata autonomamente rispetto ai criteri di responsabilità, e quindi ai casi del *periculum emptoris* e *periculum venditoris*, il Cannata osserva⁵⁵ come la domanda posta dal Betti per delimitare il problema del rischio - e cioè: accertato che un inadempimento non è imputabile (questione di responsabilità), a chi si deve attribuire la relativa perdita (questione di rischio)? - risulti da rettificare nella premessa, in quanto non si dovrebbe partire dall'inadempimento della prestazione dovuta, ma dalla sua sopravvenuta impossibilità⁵⁶. In questo si avrebbe un'inesattezza da parte del Betti. Inoltre, egli puntualizza come la domanda investa un soggetto specifico, cioè il giudice.

Ancora, viene richiamata la precisazione del Kaser⁵⁷ che nel caso di contratti bilaterali perfetti, come la compravendita e la locazione, il *periculum* si concreta nella sorte della controprestazione pecuniaria della prestazione divenuta impossibile⁵⁸. Sarebbe, pertanto, inesatto affermare che il problema del rischio insorge quando il perimento della cosa derivi da una circostanza in base alla quale nessuna delle parti del contratto bilaterale debba rispondere all'altra, poiché non potrebbe venire in considerazione la (mancanza di) colpa della parte tenuta alla controprestazione in danaro, ma solo l'imputabilità o meno del fatto che ha causato il perimento della cosa⁵⁹.

romanistica; in questa sede, oltre al Cannata, si rinvia a F.M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, cit. (1996), pp. 181-184.

⁵⁵ C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 83, osservazione che qui si riformula per brevità in termini più semplici.

⁵⁶ Tale puntualizzazione viene compiuta dall'autore in riferimento alla impostazione dogmatica del problema della responsabilità che egli espressamente dichiara all'inizio del libro, p. 10: "Nell'eventuale azione esercitata dal creditore contro il debitore inadempiente non sarà dunque dedotto, finché la prestazione resti possibile, un rapporto di responsabilità, ma unicamente il debito come tale".

⁵⁷ Cfr. *supra*, nota 28.

⁵⁸ C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 84.

⁵⁹ Il ragionamento del Cannata è il seguente: «[...] non si deve dire che in relazione a tali contratti il problema di rischio si pone se la cosa oggetto del contratto sia perita o sia stata danneggiata «in seguito ad una circostanza, per la quale nessuna delle due parti deve

Appunto per questo la questione del rischio assumerebbe una rilevanza diretta (e autonoma rispetto alla responsabilità) nel caso di domanda giudiziale (*actio venditi* o *actio ex locato*) rivolta alla controprestazione in danaro dei contratti a prestazioni reciproche, e non nel caso della domanda giudiziale rivolta alla prestazione della cosa⁶⁰.

Così, nel caso della compravendita, immaginando che l'obbligo del venditore di consegnare la cosa non sia stato ancora adempiuto e questa venga a mancare per forza maggiore quando il compratore non ha ancora pagato il prezzo, la regola *periculum est emptoris* assumerà diversa rilevanza. Se è il compratore ad esercitare l'azione contrattuale per far valere l'inadempimento del venditore, questi verrà assolto sulla base della semplice circostanza dell'imputabilità; se è il venditore ad esercitare l'azione per il pagamento del prezzo, a nulla servirà al compratore, per evitare la condanna, opporre l'eccezione - propria della regola del sinallagma condizionale - della mancata prestazione dovuta dal venditore: in questo caso sarà proprio la regola sul rischio ad impedire il normale operare del meccanismo sinallagmatico.

Si può notare che “nel caso della vendita, la presenza della regola sul rischio viene a modificare i risultati che si otterrebbero dall'applicazione delle regole sulla responsabilità; nel caso della locazione, la regola sul rischio non modifica la soluzione”⁶¹.

La conclusione è nel senso che “anche quando la nozione di rischio non rappresenta che un corollario della struttura pratica di un criterio di responsabilità (*periculum custodiae*, *periculum culpa*), le regole sulla responsabilità e le regole sul rischio concorrono insieme a permettere al giudice di determinare, in una situazione prospettata da una parte, quali siano le obbligazioni residue dell'altra parte verso di lei (Gai 4.61). Una

rispondere all'altra», poiché ciò che rileva è se l'impossibilità di prestazione (che dipende dal perimento o deterioramento della cosa) sia imputabile o no alla parte che avrebbe dovuto eseguire la prestazione divenuta impossibile (rispettivamente: fornire la cosa perché il compratore possa appropriarsene ovvero il conduttore possa utilizzarla per l'impiego previsto): la colpa della controparte (compratore o colono) non può venire in alcuna considerazione.» In verità, stando al discorso del Betti riportato *supra* alla nota 62, il pensiero di questo autore non pare presentare un diverso ordine di idee. Ad ogni modo, conta qui ricordare come il Cannata voglia sottolineare la specificità del problema del rischio nei contratti sinallagmatici.

⁶⁰ Sintetizzo in tal modo le pp. 84-86 del testo del Cannata qui citato.

⁶¹ C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), p. 96.

priorità del problema dell'imputabilità rispetto al problema dell'attribuzione del rischio non riveste il carattere di una necessità logica"⁶².

Possiamo ora tirare le fila del discorso intrapreso con l'analisi del termine *damnum* come sinonimo di *periculum*.

Il Cannata, pur riconoscendo al Betti di aver saputo individuare nelle regole e nella problematica del rischio un meccanismo autonomo rispetto alla responsabilità⁶³, gli rimprovera tuttavia l'impostazione generale del problema, che implicherebbe l'inesattezza di ritenere, in sostanza, sempre inidonee le regole di responsabilità per risolvere il problema "dell'attribuzione, ad una delle parti, dell'ammanco corrispondente alla perdita del così detto *commodum obligationis*"⁶⁴, ogniqualvolta la prestazione della cosa sia divenuta impossibile per causa inimputabile al debitore. Infatti, nel caso della locazione di una funzione autonoma delle regole del rischio non si potrebbe propriamente parlare. L'ottica del *periculum* servirebbe piuttosto, in questo caso, a dare maggiore chiarezza, ma non offrirebbe soluzioni diverse da quelle raggiungibili attraverso l'ottica della responsabilità.

Ora, a mio parere la fonte che stiamo esaminando, con la prospettiva ivi contenuta – che ritroviamo anche in altre fonti – del *periculum* come *damnum*, cioè come perdita, corrobora l'idea di fondo del Betti di una specificità del problema dogmatico del rischio contrattuale. Anche se si assiste all'interazione fra regole di responsabilità e quelle di rischio, ciò non toglie che i giuristi romani abbiano chiara l'idea che nel rapporto contrattuale sinallagmatico possa sopravvenire un evento che è causa di una 'perdita'⁶⁵ e che l'ordinamento debba risolvere il problema dei riflessi che

⁶² C.A. Cannata, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, cit. (1996), pp. 92-93.

⁶³ Cfr. *ibidem* p. 95.

⁶⁴ *Ibidem* p. 96.

⁶⁵ Questa visione è presente in un altro brano delle Istituzioni giustiniane, che assume un'importanza particolare nella storia della dogmatica del *periculum*. Si tratta di I. 3.24.3, in cui l'imperatore Giustiniano fa propria l'innovazione zenoniana in materia di *ius emphyteuticarium*. *Adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive redditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuive conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit auferre liceat. sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita*

tale perdita abbia sull'interdipendenza delle obbligazioni contrattuali. Proprio su questa visione di una 'perdita' che non è imputabile alle parti contrattuali si è innestata, a mio parere, l'impostazione dogmatica dei codici moderni, i quali in vario modo propongono una regola di distribuzione delle conseguenze dell'evento incontrollabile fra le parti delle singole figure contrattuali.

La dottrina dominante ritiene che il principio del *periculum emptoris* vigesse già *ante traditionem*, cioè prima ancora della consegna, ma una volta che la vendita si considerasse *perfecta*. *Emptio perfecta*, nelle fonti (Paul. D. 18.6.8.pr.-1), indica che il contratto non soltanto è concluso, ma le prestazioni sono determinate in modo da essere immediatamente esigibili. L'opposta opinione risale all'Arnò e allo Haymann ed è stata sostanzialmente ripresa dal Betti ed è quella che ritiene classico il principio per cui il *periculum* fosse distribuito fra venditore e compratore: del venditore fino alla consegna, del compratore *post traditionem*. E abbiamo visto che tale soluzione, poi assorbita nel BGB, è stata accolta dall'art. 604 del Codice civile cinese (ex art. 142 Legge sui contratti della RPC).

Secondo il Betti - che pur con il dovuto riconoscimento di originalità possiamo associare, quanto alla questione del rischio nella vendita, al filone che ebbe come rappresentanti principali Arnò e Haymann - sarebbe di

optinere ac si natura talis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur. La prima parte del testo deriva da Gai 3.145, in cui il giurista di età antoniniana ricordava i dubbi che la giurisprudenza aveva sollevato sulla *natura contractus*, se cioè si trattasse di locazione oppure di compravendita, nel caso di una cosa locata *in perpetuum* (Gaio faceva esplicito riferimento alle concessioni di fondi municipali). Giustiniano si serve del passo gaiano per far propria la soluzione innovativa di Zenone in tema di fondi enfiteutici, i contratti relativi a quali avevano sollevato, nella cancelleria imperiale e fino a questo imperatore, gli stessi dubbi ricordati da Gaio. Zenone aveva tolto di mezzo ogni dubbio, attribuendo alle concessioni enfiteutiche una *propria natura contractus*. Giustiniano, accogliendo la norma per cui l'enfiteusi rappresenta un contratto nuovo e diverso rispetto alla locazione ed alla vendita, innesta nella regolamentazione zenoniana una disciplina specifica per il *periculum*: se interviene la distruzione totale del fondo, il rischio è a carico del proprietario (*ad dominum super hoc redundare periculum*); se, invece, interviene un *particularis interitus*, il rischio è a carico dell'enfiteuta (*ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire*). Non soltanto si ripete l'immagine del *damnum* intervenuto nel rapporto contrattuale, ma Giustiniano introduce, proprio come faranno i codici moderni, una regola specifica per la distribuzione del rischio, dogmaticamente separato dalle questioni di responsabilità. Su Gai 3.145, per tutti, R. Fiori, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 215 n. 102; su I. 3.24.3 cfr. A. Bottiglieri, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994, pp. 72-75.

matrice giustiniana il principio del passaggio del rischio fin dalla *perfectio* della vendita. Dato il caratteristico effetto meramente obbligatorio della vendita nel diritto classico, ivi il passaggio del rischio sarebbe individuato dal momento della consegna. Il cambiamento di prospettiva da parte dei giustiniani sarebbe dipeso dall'affermarsi nell'Oriente tardo-classico di negozi di vendita intesi come atti di alienazione. La disciplina giustiniana, conseguente alla prassi orientale, avrebbe avvicinato l'*emptio venditio* romana ai codici moderni, nei quali essa ha un'efficacia traslativa; tuttavia, con la precisazione che "Ove [...] si consideri la vendita giustiniana dal punto di vista della fenomenologia storica del diritto, si può dire che la nuova disciplina del contratto si sia arrestata a mezza strada, facendone un interessante anello di transizione nella evoluzione dalla vendita meramente obbligatoria romana alla vendita traslativa dei codici latini moderni"⁶⁶.

Per quanto concerne la fonte che stiamo esaminando, il paragrafo 3, nell'originale gaiano, avrebbe distinto nettamente fra *periculum* - spettante al venditore fino alla *traditio* e al compratore *post traditionem*, ma dai giustiniani sarebbe poi stato piegato alla nuova dogmatica dell'*emptio perfecta* - e *commodum/incommodum*, spettante al compratore già dopo la conclusione del contratto, ma dai bizantini collocato sullo stesso piano del *periculum*⁶⁷.

Mario Talamanca⁶⁸ - come ulteriore proposta dottrinale - ha chiarito come, in realtà, nelle fonti è rinvenibile la traccia di uno sviluppo giurisprudenziale dai *veteres* a Giustiniano, nel senso di un'ampia applicazione del criterio *periculum est venditoris* nei testi più antichi, per poi passare, attraverso l'intervento di Labeone e dei capi della scuola proculiana, ad un prevalere dell'opposto criterio del rischio addossato al compratore.

⁶⁶ E. Betti, "Periculum": problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, cit., pp. 355-361. La critica testuale al passo delle Istituzioni che stiamo esaminando si trova a p. 359 (I. 3.23.3) e pp. 337-338 (I. 3.23.3a). La citazione proviene da p. 358. Il problema del processo storico che dalle radici romanistiche dell'*emptio venditio* a carattere meramente obbligatorio ha portato all'efficacia reale del contratto è l'oggetto dell'indagine di Riccardo Fercia del 2009, sopra ricordata.

⁶⁷ E. Betti, "Periculum": problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano, cit., pp. 358-359. Così questo autore immaginava il tenore originale del testo gaiano poi trasfuso nelle Istituzioni: *Cum autem emptio et venditio contracta est (...) periculum rei venditae <ad venditorem ante traditionem, aliquando tamen> [statim] ad emptorem pertinet, [tam]etsi adhuc ea res emptori tradita non sit <veluti> [itaque] si homo mortuus sit (...): <tunc enim> emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere etc.* (regola che si riferirebbe all'*incommodum*).

⁶⁸ M. Talamanca, voce "Vendita (Diritto Romano)", cit., pp. 449 - 461. Cfr. M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e il "periculum rei venditae" nel diritto romano*, cit. (2007), pp. 174-176 e ivi le note 3-6.

Sembrirebbe, poi, che la regola della *perfectio* della vendita fosse uno strumento ampiamente utilizzato dai maestri della scuola sabiniana “per limitare la portata di quelle impostazioni che avrebbero, alla lunga, portato alla prevalenza della regola sul *periculum emptoris*”⁶⁹.

Tuttavia non è questa la sede adatta per svolgere questo tipo di indagine che ci allontanerebbe dal nostro intento iniziale. È stato sufficiente qui, limitarci a riassumere i filoni principali allo stato attuale delle nostre conoscenze. Fra questi, naturalmente, anche lo studio del Pennitz che è stato menzionato in precedenza.

Ora, il Codice cinese, con la sua disciplina articolata del rischio contrattuale, ci si presenta come il risultato di una operazione di consapevole innesto del diritto cinese nei contratti nel sistema giuridico romanistico. Dico consapevole in quanto appare evidente che le soluzioni codicistiche adottate, con il ruolo centrale affidato alla consegna del bene nel determinare la distribuzione del rischio, rappresentano il frutto dell'apporto diretto ed indiretto della tradizione romanistica: diretto, perché è evidente l'eco delle questioni allo stato attuale più discusse nella ricerca in corso sulle fonti romane; indiretto perché altrettanto importante appare il filtro delle norme dei diversi codici europei che del sistema romanistico rappresentano l'ulteriore sviluppo.

4. Il filtro dei codici moderni. Codice svizzero e tedesco

L'attuale art. 119 del Libro quinto, Delle obbligazioni, del Codice civile svizzero⁷⁰ (1907, ma il libro Delle obbligazioni è stato introdotto con legge federale del 30 marzo 1911) recita:

Art. 119

1 L'obbligazione si ritiene estinta se ne sia divenuto impossibile l'adempimento per circostanze non imputabili al debitore.

2 Nei contratti bilaterali il debitore così liberato è tenuto di restituire, secondo le norme dell'indebito arricchimento, la controprestazione già ricevuta e non può più chiedere quanto gli sarebbe ancora dovuto.

3 Sono eccettuati i casi in cui per disposizione di legge o secondo il tenore del contratto il rischio è passato a carico del creditore prima dell'adempimento.

⁶⁹ M. Talamanca, voce “*Vendita (Diritto Romano)*”, cit., p. 458.

⁷⁰ Si cita il testo della Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (30 marzo 1911) nella versione disponibile on line: *fedlex.admin.ch* (novembre 2022).

Sono interessanti, per noi, in particolare il secondo ed il terzo comma. Come regola generale nei contratti sinallagmatici, a nessuna delle due parti viene addossato il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione (comma 2), salvo che, per disposizione di legge o per volontà delle parti il rischio sia passato dal debitore al creditore della prestazione in questione.

Limitandoci ad analizzare esclusivamente il regime del rischio contrattuale nella compravendita, dobbiamo soffermarci sugli artt. 184 e 185, i primi dedicati alla 'compera e vendita':

Art. 184

1 La compera e vendita è un contratto per cui il venditore si obbliga consegnare l'oggetto venduto al compratore ed a procurargliene la proprietà e il compratore a pagare al venditore il prezzo.

2 Salvo patto od uso contrario, il venditore e il compratore sono tenuti ad effettuare contemporaneamente le loro prestazioni.

3 Il prezzo è sufficientemente determinato quando possa esserlo a norma delle circostanze.

Art. 185

1 Salve le eccezioni giustificate da convenzioni o circostanze speciali, gli utili e i rischi della cosa passano all'acquirente con la perfezione del contratto.

2 Se la cosa alienata è determinata soltanto nella sua specie, si richiede inoltre che sia individualizzata, e, ove debba essere spedita, che sia stata consegnata per la spedizione.

3 Nei contratti conclusi sotto condizione sospensiva gli utili ed i rischi della cosa alienata passano all'acquirente soltanto dopo il verificarsi della condizione.

Abbiamo conferma di quanto ricordato in precedenza, ossia che il contratto di compravendita nel diritto civile svizzero è configurato come schema aderente al modello romano (art. 184, comma 1). A differenza della regola generale dell'art. 119, in cui il contratto a prestazioni corrispettive non comporta l'attribuzione del rischio ad una sola parte, ma il verificarsi di un evento che compromette una prestazione produce un effetto liberatorio per il contraente tenuto alla controprestazione, in base alle regole del sinallagma condizionale, nel caso della compravendita il rischio è addossato all'acquirente sin dal perfezionamento del contratto (art. 185, comma 1). Anche il terzo comma dell'art. 185 è erede del modello romano, poiché l'avverarsi della condizione sospensiva, nel diritto romano classico, costituiva l'esempio tipico della *perfectio emptio*.

Abbiamo detto che il codice svizzero è ancorato alla Pandettistica. Ed in effetti, per il tema del rischio contrattuale, esso fa da ponte fra l'ordinamento romano classico e il sistema romanistico moderno. La fedeltà alle regole romane sul contratto e sul rischio contrattuale può dirsi pressoché completa. La sua derivazione pandettistica è facilmente dimostrabile alla luce del *Diritto delle Pandette* del Windscheid⁷¹. Ivi il contratto di compravendita è fonte di obbligazioni e non produce effetti reali. Il regolamento del rischio è esposto al § 390⁷²:

“Il compratore sopporta il rischio. Ciò vuol dire: se senza colpa del venditore la cosa venduta è perita o non si trova più in suo potere, il compratore deve nullameno pagare il prezzo; se senza colpa del venditore la cosa è deteriorata, il compratore deve nullameno pagare l'intero prezzo. La ragione di questa massima è nella natura alienatoria della compra, la quale ha portato al concetto, che la cosa comprata, quanto al rapporto fra le parti, anche senza tradizione si consideri come uscita dal patrimonio del venditore e trapassata in quello del compratore”.

Il Windscheid precisava che per l'attribuzione del rischio al compratore occorre: 1) la perfezione del contratto (determinazione della cosa venduta in caso di vendita di genere; verificarsi della condizione sospensiva; fissazione del prezzo dopo misurazione, numerazione o pesatura; individuazione dell'oggetto in caso di vendita con obbligazione alternativa del venditore); 2) che non vi sia dolo del venditore in caso di vendita di cosa altrui; 3) in caso di doppia alienazione è il secondo compratore a dover sopportare il rischio, salvo il dolo del suo venditore.

Come si vede, tutta la complessa problematica e tutte le contrastanti soluzioni che emergono dalle fonti romane (*periculum emptoris-periculum venditoris*, ruolo della consegna, *perfectio emptiois*, etc.) trovano in Windscheid composizione e sintesi in poche e limpide regole basate sulla concezione del contratto di compravendita come meramente obbligatorio ma al contempo avente natura di contratto di alienazione, anche se non formalizzata.

La regolamentazione del Codice civile svizzero assorbe la sintesi del Windscheid, che rappresentava lo stato delle conoscenze raggiunto all'epoca del grande giurista germanico in merito al regime classico del rischio contrattuale nella compravendita. Tale assorbimento della sintesi

⁷¹ B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, 1^a trad. it. della ult. ed. tedesca a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, vol. II p. 2^a, Torino, 1904, p. 92 ss.

⁷² B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 99 ss.

pandettistica rappresenta, mi pare di poter dire, una soluzione in cui alla tradizione romanistica non si sovrappongono ulteriori scelte dettate da una particolare politica del diritto o da una diversa ponderazione degli interessi delle parti operata dal legislatore svizzero rispetto al diritto romano.

Altri codici, invece, pur ancorati alle radici romanistiche, ne rappresentano ulteriori sviluppi basati su opzioni diverse e diverse valutazioni degli interessi dei contraenti. Il sistema romanistico, in questo ambito, ha espresso due soluzioni fondamentali. La prima è quella della configurazione della compravendita come contratto ad effetti obbligatori, senza però enfatizzare la funzione di contratto di alienazione e attribuendo alla consegna della cosa il compito di dosare equamente la distribuzione del rischio fra venditore e compratore. Come abbiamo accennato, questa è la scelta riscontrabile nel codice cinese e, prima di esso, nel BGB germanico. In quest'ultimo la nozione di contratto si scinde nelle due sottospecie del contratto ad effetti obbligatori (sulla scia della tradizione romana) e del contratto ad effetti reali (sulla scia dello sforzo di astrazione compiuto dalla Pandettistica⁷³). La compravendita, similmente a quanto abbiamo osservato per il Codice svizzero, è meramente obbligatoria, ma il regolamento del rischio si distacca dal regime romano classico basato sul principio *periculum est emptoris*, esaltando invece il momento della *traditio* come fattore del passaggio del rischio fra le parti⁷⁴. Vi è, in definitiva, una scelta politico-legislativa finalizzata a valorizzare la consegna come elemento equitativo nella distribuzione dei rischi. La dottrina⁷⁵ precedente alla riforma del diritto delle obbligazioni del 26 novembre 2001 (entrata in vigore: 1° gennaio 2002) sottolineava come il regolamento della distribuzione del rischio per la perdita o il deterioramento fortuiti della cosa, di cui al § 446, costituisse una eccezione alla norma generale, allora vigente per i contratti sinallagmatici, posta dal § 323:

⁷³ Per la nozione di contratto nella Pandettistica e nel BGB faccio rinvio, ivi con ulteriori riferimenti bibliografici, al mio lavoro: E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, cit., pp. 117-124.

⁷⁴ § 446 BGB *Gefahr- und Lastenübergang*: "Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist". La consegna, quindi, determina anche il passaggio al compratore degli *Akzessorische commoda* (frutti) ed *incommoda* (pesi gravanti sulla cosa).

⁷⁵ Ad es. O. Palandt (et alii), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 31. Aufl., Beck, München, 1972, p. 326, in cui gli autori evidenziano come la regola del § 446 abbia un campo di applicazione limitato alle cose corporali. Aspetto, questo, che – mi sembra – restringe ulteriormente il già stretto ambito di significato della nozione di 'rischio' di ascendenza romana.

§ 323 (in vigore fino al 31.12.2001)

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

Quindi, mentre nei contratti sinallagmatici in generale l'interdipendenza delle prestazioni propria del sinallagma condizionale aveva piena espressione, per la compravendita, in base al § 446, tuttora vigente, l'impossibilità sopravvenuta e fortuita della prestazione non viene semplicemente ridotta al ruolo di fattore che scioglie il sinallagma, ma costituisce un evento il cui rischio la legge distribuisce equamente fra venditore e compratore attraverso il momento della consegna, senza pertanto che esso sia da solo idoneo a travolgere la reciprocità delle obbligazioni. Avvenuta la consegna, anche se il venditore non ha ancora provveduto al trasferimento della proprietà, il venir meno della cosa non fa venir meno la pretesa del venditore alla controprestazione del prezzo.

4.1 Soluzione francese e italiana

Altra soluzione è quella dei codici Napoleone e italiano (1942). Qui la consegna non ha rilevanza per la determinazione di attribuzione del rischio, ma al verificarsi dell'effetto reale di trasferimento della proprietà della cosa il rischio è posto a carico del compratore. Il Codice francese, prima della riforma del 10 febbraio 2016⁷⁶, ammetteva, da un lato, una efficacia esclusivamente obbligatoria al contratto in generale ed un'efficacia traslativa alla donazione ed alla vendita (ed ai contratti aventi ad oggetto obblighi di dare)⁷⁷ e, dall'altro, una attribuzione del rischio al compratore al momento

⁷⁶ Ordonnance n. 2016/ 131.

⁷⁷ Cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico*, cit., pp. 115-117. L'art. 1101, nel testo originario (1804), recitava: "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose". Il testo in vigore al 28 marzo 2019 recita: "Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations". Quindi, nella formulazione originaria del *Code Napoléon*, esso appare come un negozio atto a costituire obbligazioni, mentre il testo attuale dell'art. 1101 ha espressamente esteso gli effetti, pur sempre obbligatori, del contratto alla modificazione,

del trasferimento della proprietà. Ciò significava, prima della riforma, che il passaggio del rischio si determinava al momento stabilito dall'art. 1138 (nel testo in vigore dal 1804 fino alla riforma del 2016):

“L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier”

ovvero l'accordo sull'obbligazione di dare era idoneo a trasferire la proprietà e la effettiva consegna non determinava il passaggio del rischio. Tale effetto, come recitava la disposizione originaria del secondo comma, si produceva nel momento che l'accordo stesso fissava per la consegna, anche se questa non fosse poi stata effettivamente effettuata (salvo solamente il caso della mora del debitore)⁷⁸. Si conferma quindi quanto abbiamo già

trasmissione ed estinzione del rapporto. L'effetto reale, in particolare il trasferimento della proprietà, nella versione originaria del *Code* era connesso con l'obbligo di dare, con l'obbligazione del donante o del venditore (rispettivamente, artt. 1138, 938 e 1583), ma non direttamente con il contratto. Ad ogni modo, nel caso del contratto di donazione e di quello di vendita già all'entrata in vigore del *Code* era possibile parlare di efficacia reale e traslativa: è sufficiente qui, per constatare come la dottrina fosse avveduta dell'innovazione introdotta dal Codice Napoleone, G. Baudry-Lacantinerie, L. Saignat, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, 3^a ed., vol. XIX, Paris, 1908, pp. 3-10. Cfr. P.G. Monateri-R. Sacco, voce “*Contratto in diritto comparato*”, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. IV, Torino, 1989, pp. 138-139.

⁷⁸ G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, 3^a ed., vol. XII t. I, Paris, 1906, pp. 411-418, dove si ricorda che il distacco dal modello romano di compravendita, per cui l'effetto traslativo richiedeva la consegna o la *datio*, era cominciato da ben prima (Grotius, Pufendorf) dell'entrata in vigore del codice e sotto questo profilo il codice non aveva apportato innovazioni. Si tratta di pagine importanti di commento dell'art. 1138, su cui, fin dai lavori preparatori del Codice Napoleone, la dottrina francese basava l'efficacia traslativa del puro consenso. Gli autori ricostruivano il percorso dottrinale che condusse alla formulazione di tale articolo. Non dubitando dell'esistenza del principio del consenso traslativo, essi tuttavia sostenevano che la formulazione della norma non era chiara e si proponevano di individuare una spiegazione del testo che fosse conforme all'intenzione del legislatore. Ricordavano che nell'antico diritto francese vigeva il principio romano della *traditio* come elemento necessario per il trasferimento della proprietà; ma, sulla base delle stesse fonti romane (casi di *traditio* fittizia), con la norma citata si era accolta la dottrina per cui il trasferimento della proprietà fosse l'effetto dell'obbligazione, mentre la funzione della consegna si riduceva a quella di atto che mette la cosa a disposizione dell'acquirente. L'art. 1138 veniva spiegato come una fattispecie in

sopra osservato: non possiamo ricondurre questa soluzione al principio *periculum est emptoris*, poiché il contratto di vendita di diritto francese ha efficacia reale.

La riforma del 2016 ha introdotto un articolo dedicato specificamente all'effetto traslativo:

Art. 1196

1 Dans les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit, le transfert s'opère lors de la conclusion du contrat.

2 Ce transfert peut être différé par la volonté des parties, la nature des choses ou par l'effet de la loi.

3 Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose. Toutefois le débiteur de l'obligation de délivrer en retrouve la charge à compter de sa mise en demeure, conformément à l'article 1344-2 et sous réserve des règles prévues à l'article 1351-1.

Si sono in tal modo rimosse le incertezze indotte nella dottrina francese dalla formulazione del vecchio art. 1138 e, dunque, il contratto di compravendita ha definitivamente assunto, come nel nostro ordinamento, efficacia (anche) reale. La disposizione di cui al comma 1 dell'art. 1196 ha eliminato ogni dubbio.

Il comma 3 dell'art. 1196 del *Code Napoléon*: "Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose" corrobora il quadro d'insieme, che già all'epoca dell'art. 1138 la dottrina maggioritaria aveva elaborato e che

cui il legislatore considera l'obbligazione di trasferire la proprietà eseguita immediatamente al momento del contratto. Quindi, l'effetto traslativo era conseguenza immediata dell'obbligazione e conseguenza mediata del contratto. Per comprendere questa peculiarità e così individuare l'esatto pensiero del legislatore, gli autori ricordavano che l'antico diritto francese aveva sviluppato, sulla base dei casi di *traditio* fittizia dei beni immobili, riportati nelle fonti romane, la clausola contrattuale di c.d. *dessaisine-saisine*, in virtù della quale l'acquirente si considerava aver ricevuto una consegna spirituale della cosa. Gli autori sottolineavano come questa clausola era divenuta di stile negli atti contenenti delle convenzioni di trasferire la proprietà, in modo che nella realtà dei fatti era il consenso delle parti che operava il trasferimento, indipendentemente dalla consegna; da qui a sottintendere la clausola di *dessaisine-saisine* in tutti i contratti aventi per oggetto il trasferimento di proprietà non mancava che un passo e, secondo gli autorevoli commentatori del *Code*, tale passo era stato fatto dall'articolo 1138. Così, in definitiva, il cambiamento operato dal legislatore del 1804 consisteva semplicemente nell'aver reso inutile l'inserzione della clausola contrattuale ormai divenuta di stile. Gli autori passavano poi in rassegna i codici civili stranieri, esponendo quelli (codice italiano e portoghese) che avevano accolto la regola dell'effetto traslativo del consenso e quelli ancorati maggiormente al diritto romano. Cfr. I. Bircocchi, voce "Rischio (*Diritto intermedio*)", in ED, vol. XL, Milano, 1989, p. 1143.

ci porta a dire che nel codice francese è l'effetto reale di trasferimento della proprietà a determinare il passaggio del rischio⁷⁹.

⁷⁹ Sul passaggio del rischio, rinvio ancora a G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations*, 3^a ed., vol. XII t. I, cit., p. 456 ss., dove si esordisce con la seguente definizione di rischio: “Le mot risques désigne, dans le langage du droit, un danger, un péril d’une nature particulière, celui que fait courir à une personne l’obligation où elle se trouve de supporter les pertes ou détériorations qu’une chose déterminée est exposée à subir par suite d’un cas fortuit ou de force majeure. On appelle *cas fortuit* ou *de force majeure* tout événement provenant d’une cause étrangère et non imputable au débiteur. Le *fait du prince* est un cas fortuit d’une nature particulière, résultant d’un acte arbitraire du pouvoir ou d’un changement de législation”. La dottrina civilistica francese, quindi, postulava la nozione stretta e tecnica di rischio derivante dalla tradizione romanistica. Gli autori qui presi in considerazione ponevano, correttamente, la questione del rischio come una questione riguardante le cose oggetto di *obligation de donner*, mentre “la perte fortuite d’une chose qui ne fait l’objet d’aucun contrat ne peut être que pour celui à qui cette chose appartient”. In base al dettato dell’art. 1138, comma 2, del Codice Napoleone, alla questione, se la perdita o il deterioramento fortuiti della cosa oggetto di obbligazione spettassero al debitore o al creditore, la risposta data dal legislatore era che il rischio spettava al creditore: “Nous savons que les mots *dès l’instant où la chose a dû être livrée* signifient: *dès l’instant où la livraison a été due*, c’est-à-dire *du jour du contrat*, et cela même quand un terme a été stipulé pour la livraison”. Gli autori sottolineavano che il problema del passaggio del rischio non si poneva per i contratti unilaterali, dove era applicabile il principio generale, nel *Code* espresso all’art. 1302, dell’effetto liberatorio per il debitore dell’impossibilità sopravvenuta e incolpevole. Il problema del passaggio del rischio era rilevante per i contratti sinallagmatici ed in questo aspetto gli autori si rifacevano all’autorità del Pothier. Il compratore, stando al dettato dell’art. 1138 (l’obbligazione “rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l’instant où elle a dû être livrée”), sopporta il rischio per il semplice fatto di essere *creditore*? Non è vero piuttosto che egli sopporta il rischio nei soli casi nei quali diviene *propriétaire*? In tal modo si evidenziava l’ambiguità generata dalla norma che, come abbiamo visto, aveva fatto dire che l’effetto traslativo è conseguenza diretta dell’obbligazione e conseguenza mediata della convenzione. Potremmo, in sostanza, tradurre il dubbio nel senso di determinare se nel diritto civile francese vige la regola *res perit creditoris* o l’altra, *res perit domino*. La questione assumeva grande valenza teorica, benché occorresse ammettere che essa poteva insorgere nel caso remoto in cui le parti contraenti avessero differito, con clausola apposita, l’effetto traslativo al momento concordato per la consegna. Nella terza edizione del commentario gli autori, dopo aver a lungo esitato, avevano aderito all’opinione che la formulazione della norma fosse da interpretare come applicativa del principio *res perit domino*, quindi nel senso che il passaggio del rischio avvenisse con l’effetto traslativo e non con l’effetto obbligatorio. La disamina delle opposte opinioni era esposta a p. 459 ss. dell’edizione qui utilizzata. La soluzione prescelta dal Codice Napoleone era giustificata dagli autori non solo in base al dettato letterale dell’art. 1138, ma anche alla luce della tradizione storica in cui, alla dottrina romana del *periculum emptoris* (*periculum creditoris*) si era sovrapposta la teoria moderna del diritto naturale, in molte parti discostatasi dalle soluzioni dei giuristi romani. Gli autori precisavano infine (p. 464) che il criterio *periculum creditoris* era applicabile per volontà

E veniamo, infine, al codice italiano.

Il codice del 1865⁸⁰ trattava dell'impossibilità sopravvenuta senza colpa del debitore agli artt. 1298-1299:

Art. 1298

1 Quando una determinata cosa che formava l'oggetto dell'obbligazione perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora.

2 Ancorché il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe ugualmente perita presso il venditore ove gli fosse stata consegnata.

3 Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

4 In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta, dal restituirne il valore.

Art. 1299

Allorché la cosa è perita, posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, i diritti e le azioni che gli spettavano riguardo alla medesima, passano al suo creditore.

È interessante, innanzi tutto, rilevare che la rubrica di questa Sezione abbia la dicitura “Della perdita della cosa dovuta”, ossia una eco della parola *damnum* dei testi romani. Per quanto riguarda le regole sulla posizione dell'obbligato in relazione alla sopravvenuta impossibilità della prestazione, si possono notare alcune peculiarità. Infatti, l'esemplificazione dei casi di impossibilità sopravvenuta è articolata sulla base di più fattispecie derivate evidentemente dalle fonti romane. Inoltre è specifica la norma sull'onere della prova e si contempla il *furtum*. L'art. 1299 riprende la tradizione romana relativa alla cessione al creditore delle azioni che spettavano al debitore per la cosa dovuta, con chiaro richiamo alle regole descritte in I. 3.23.3a.

Si tratta, ora, di vedere come il rischio contrattuale veniva regolato nel contratto di compravendita. L'art. 1448 formalizzava il principio

legislativa in tre casi: patto in tal senso convenuto tra le parti (art. 1302 comma 2), impossibilità per fatto del debitore e mora di quest'ultimo. Ma io osserverei che non si tratta in questi casi propriamente di una regola alternativa, ma di una conseguenza imposta dalle parti o dai principi generali delle obbligazioni.

⁸⁰ Cito questo codice dall'edizione fiorentina della Stamperia Reale del 1865, pp. 309-310.

dell'efficacia reale o traslativa del contratto consensuale di compravendita⁸¹. Con ciò il distacco dal modello contrattuale romano della *emptio venditio* era netto. La distribuzione del rischio fra le parti era regolata, in particolare, all'art. 1480:

Art. 1480

La questione, se la perdita o il deterioramento della cosa venduta e non per anco consegnata debba essere a carico del venditore o del compratore, sarà giudicata colle regole stabilite nel titolo Delle obbligazioni e dei contratti in genere.

Si trattava di un semplice rinvio agli artt. 1298-1299 che abbiamo sopra visto. Nel codice del 1865 la questione del rischio si riduceva a regolare la posizione del venditore nella sua qualità di obbligato alla consegna. Come persona obbligata e fino alla consegna (vista come adempimento del suo obbligo contrattuale) il venditore era liberato in caso di impossibilità sopravvenuta a lui non imputabile. Vale a dire, il regolamento del rischio era interamente assorbito dalle regole sulla responsabilità. Si può, pertanto, ben evidenziare la diversità della soluzione adottata dal codice cinese, che, come a suo tempo abbiamo osservato, distingue le regole sulla responsabilità del debitore da quelle della distribuzione del rischio nella compravendita, quest'ultime essendo incentrate sul momento della consegna.

Il regime del rischio veniva in considerazione anche agli artt. 1449-1453, nei quali erano individuate le fattispecie di vendita non ancora perfetta, come nel caso della condizione sospensiva, della merce non ancora numerata o misurata o del vino non ancora assaggiato. Si trattava quindi di casi tratti direttamente dal diritto romano in continuità con la tradizione dell'*emptio perfecta*. In definitiva, il Codice civile del Regno d'Italia costituisce una singolarità del sistema romanistico, perché dava al problema del rischio una risposta finalizzata a ridurre ai minimi termini le regole di accollo ad una delle parti (il compratore) per la perdita della cosa senza colpa del debitore, ed espandendo di conseguenza lo spazio di operatività delle norme sulla responsabilità.

Nel Codice civile del 1942 l'impossibilità sopravvenuta non imputabile riceve una disciplina specifica per i contratti a prestazioni corrispettive e, del resto, abbiamo visto essere questo il tema al centro dell'attenzione della

⁸¹ Art. 1448: "La vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore al momento che si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita ancora la tradizione della cosa né sia pagato il prezzo".

dottrina di tradizione francese. In base all'art. 1463⁸², nei contratti bilaterali che non abbiano effetti traslativi il rapporto sinallagmatico fra le prestazioni – cioè la loro interdipendenza – non subisce alterazioni a causa dell'eventuale sopravvenuta impossibilità: se una delle parti è liberata a causa del verificarsi di un evento ad essa non imputabile, viene meno anche l'obbligo dell'altro contraente alla controprestazione. In questo caso, dunque, il rischio incide sull'intero sinallagma, destinato a dissolversi se una delle parti viene liberata dal proprio obbligo per fatto non colpevole.

In base all'art. 1465, un trattamento diverso ricevono i contratti con effetti reali (traslativi o costitutivi):

Art. 1465 (Contratto con effetti traslativi o costitutivi)

Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata.

La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine.

Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata.

L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione.

In tal modo, i contratti ad efficacia reale come la compravendita vengono a soggiacere alla regola *periculum est emptoris*, indipendentemente della consegna e con alterazione dell'interdipendenza sinallagmatica; ma essa è conseguenza, a differenza del modello romano classico, della veste formale e sostanziale di negozio di alienazione che questa categoria di contratti viene ad assumere⁸³.

⁸² Art. 1463 (Impossibilità totale): “Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”.

⁸³ Nel presente lavoro si è deciso di limitare le considerazioni comparatistiche al minimo essenziale. Sarebbe certamente interessante, in altra opportuna sede, fare maggiori approfondimenti non solo con l'ausilio dei commentari e dei trattati di dottrina, ma anche con riferimenti di giurisprudenza e con ricerche sui lavori preparatori dei codici. Ma si

5. Fra l'esperienza romana ed i codici moderni. Brevi riflessioni

Nell'Alto Medioevo si era affermata la compravendita di diritto germanico, a struttura di scambio immediato delle due prestazioni reciproche, fatto che non poneva il problema del passaggio del rischio⁸⁴. La sovrapposizione del diritto romano, e la conseguente scissione fra contratto e consegna della cosa, provocò per il passaggio del rischio l'innovazione (attestata da un passo della c.d. *Summa Perusina*), rispetto alle soluzioni giustiniane, consistente nel distribuire il rischio fra il venditore, gravato fino alla consegna, ed il compratore, cui era addossato dalla consegna. Sembrerebbe che per ogni figura contrattuale si fossero sviluppate soluzioni del problema del *periculum* perfettamente adattate ai bisogni sociali.

I glossatori (limitando il discorso alla compravendita), nel tentativo di sistemare la materia e alla ricerca di un equilibrio fra la prassi a loro coeva e la disciplina delle fonti romane, si sforzarono di attenuare la regola *periculum emptoris*, valorizzando la responsabilità per custodia del venditore e riducendo quindi la distanza fra le due possibili soluzioni per il passaggio del rischio, quella della *perfectio emptio* e quella della consegna. Con i commentatori la teoria del *periculum* si condensa attorno alle due principali figure di contratti a carattere commutativo – *emptio-venditio* e *locatio-conductio* – uniformando per ciascuna di esse la disciplina: la vendita gravitava attorno al principio *debitor speciei interitu liberatur (periculum emptoris)*, la locazione attorno al criterio *res perit domino*.

tratterebbe di un lavoro esorbitante rispetto allo scopo delle riflessioni qui esposte, per le quali è sufficiente il richiamo alle linee di fondo del dibattito dottrinale e dell'evoluzione legislativa dei vari ordinamenti. La disciplina dettagliata del problema del rischio nel contratto di compravendita secondo il Codice civile italiano è analizzata, per esempio, in V. Buonocore-A. Luminoso, *Codice della vendita*, Milano, 2001, pp. 331-339 (con indicazioni bibl. Essenziali fino alla data di tale opera), dove le varie soluzioni adottate dai vari ordinamenti vengono raggruppate in criterio della proprietà (*res perit domino*), come nella legislazione italiana, e in criterio della consegna, come nel caso del BGB germanico e del diritto cinese. Nella dottrina italiana traspare un disagio indotto dalla nozione tradizionale di rischio, di ascendenza romanistica. Si è fatta leva sulla scarsa rilevanza pratica del problema del rischio, inteso come possibilità della perdita della cosa dovuta per fatto incolpevole, per tentare di elaborare un nuovo e più ampio approccio basato su una nozione nuova che comprenda l'ampio ventaglio di ipotesi relative a rapporti contrattuali 'alterati' da circostanze che possano turbare l'equilibrio degli interessi fra le parti contrattuali. È un aspetto su cui ci accingiamo a riflettere in conclusione.

⁸⁴ Per raccordare l'esperienza contemporanea con quella romana, è utile qui il rinvio, per tutti, a I. Birocchi, voce "*Rischio (Diritto intermedio)*", cit., pp. 1133-1143.

L'eredità delle due contrapposte elaborazioni passò poi, in età moderna, alla scuola culta ed al giusnaturalismo. Semplificando il discorso, ad una dottrina rispettosa della tradizione accumulatasi attorno ai due poli della vendita e della locazione, si contrappose la riflessione del Cuiacio, il quale, sulla base di un noto passo di Africano (D. 19.2.3), riuscì a individuare una soluzione unificata attorno al principio *res perit domino*, rivalutando per la vendita la regola che il rischio spettasse al venditore fino alla consegna. La scuola giusnaturalistica, come in parte abbiamo già accennato in sede di analisi del codice francese, collega il problema della sopportazione del rischio con la titolarità della proprietà. Grotius e Pufendorf possono essere considerati come i precursori del principio consensualistico ai fini dell'efficacia traslativa del contratto. Sganciando l'effetto traslativo dalla *traditio* romanistica, essi riescono in tal modo a fondere la regola romana del *periculum emptoris* con l'altra, *res perit domino*. Ed abbiamo visto essere questa la strada percorsa dal diritto civile francese (e quello italiano). Al Cuiacio ed alla individuazione della consegna quale momento determinante per il passaggio del rischio si rifà, invece, l'esperienza codicistica tedesca.

6. Conclusioni

L'analisi compiuta con particolare attenzione all'art. 604 del Codice civile della Repubblica Popolare Cinese, che contiene uno scostamento rispetto al principio generale dell'art. 180 del medesimo Codice, era finalizzata a ricercare la possibile spiegazione di tale apparente antinomia normativa⁸⁵. E la spiegazione è stata individuata, più che sul piano politico-legislativo, su un piano storico-dogmatico: è emersa una specifica scelta nell'ambito del comune patrimonio del sistema giuridico romanistico. Dopo gli sviluppi del problema del rischio in età intermedia, la dottrina moderna, attraverso le elaborazioni – fra loro diverse – del Cuiacio e dei massimi esponenti della scuola giusnaturalistica, ha compiuto uno sforzo di *reductio ad unum*, sotto il minimo comun denominatore del criterio *res perit domino*, delle contrastanti soluzioni provenienti dalle fonti romane. Ma il minimo

⁸⁵ Per alcuni contributi della dottrina cinese in materia di rischio contrattuale, si vedano: Zhou Jianghong, *Regole sull'onere del rischio e risoluzione del contratto* (风险负担规则与合同解除), in *Law Studies* 2010.1 pp. 74-88; Wu Xiangxiang, *Commento sull'art. 142 della Legge sui contratti - trasferimento del rischio con la consegna* (合同法第 142 条交付移转风险 评注), in *The Jurist* 3 (2019) pp. 168-196; Jiang Hai-Shi Guobin, *Sulle regole dell'onere del rischio nel contratto di vendita* (论买卖合同风险负担规则), in *Modern Law Scienze* 35.5 (2013) pp. 51-60.

comun denominatore non ha impedito il diramarsi al suo interno di due modelli delle scelte legislative: il modello dei codici francese e italiano⁸⁶, che raccolgono l'eredità giusnaturalista e risolvono il problema del rischio in quello della individuazione del passaggio di proprietà. Il codice italiano, poi, isola il problema del rischio rispetto a quello della responsabilità nei soli contratti a prestazioni corrispettive che comportino un effetto traslativo (art. 1465); il BGB ed il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese sono eredi del contributo del Cuiacio e incentrano la soluzione del problema del rischio contrattuale sul criterio della consegna. Se ancora il contratto ha efficacia prevalentemente obbligatoria, ragioni di equità portano ad arginare il principio romano *periculum est emptoris* (o *casum sentit creditor*) distribuendo il rischio fra i due contraenti nelle fasi prima e dopo la consegna.

Non possiamo, tuttavia, astenerci dal fare una riflessione, in chiave dogmatica e comparatistica, relativamente alla forte pressione esercitata dalla tradizione romanistica nei vari ordinamenti del sistema, provocando una vera e propria cristallizzazione della nozione di 'rischio' contrattuale attorno al caso, tanto discusso nelle fonti romane ma oggi forse marginale, della perdita fortuita della cosa oggetto di obbligazione, a cui fa riscontro lo sforzo compiuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza di allargare la problematica dei rischi contrattuali ben oltre le ipotesi tradizionali relative alla perdita incolpevole di una cosa oggetto dell'obbligazione. È evidente, infatti, la tendenza – presente nella dottrina civilistica dei vari paesi, nella giurisprudenza ed in sede di diritto comparato – ad affrontare il problema di tutti gli eventi esterni al singolo contratto o al singolo rapporto obbligatorio capace di frustrare l'economia dell'affare o l'equilibrio di interessi voluto dalle parti. Si tratta di sviluppi noti dell'elaborazione dottrinale più recente o delle soluzioni rinvenibili nelle sentenze dei vari paesi, con le quali si cerca di dare risposta alle 'sopravvenienze' che condizionano il rapporto successivamente (o anche in corso di trattative) alla conclusione del contratto o all'insorgere del rapporto contrattuale. Non occorre qui entrare nel dettaglio, ma basta ricordare i contributi fondamentali di Gino Gorla o di Edwin W. Patterson, e rinviare a

⁸⁶ Per la disciplina del codice italiano, oltre quanto già qui esposto, si veda, ad esempio A. Natucci, *Considerazioni sul principio "res perit domino" (art. 1465 c.c.)*, in *Rivista di diritto civile* 2010.1, p. 45 ss. che, come in questa sede, ricollega la soluzione codicistica italiana alla scuola giusnaturalistica e giunge a proporre un sospetto di incostituzionalità per la massima *periculum est emptoris*.

segnalazioni bibliografiche essenziali⁸⁷. Per la verità, nel nostro ordinamento, una porta che dalla nozione ristretta ad una nozione ampia di rischio è stata aperta con l'art. 1467 del Codice civile, in tema di eccessiva onerosità sopravvenuta⁸⁸. Ed anche per questo aspetto sono sufficienti i pochi richiami bibliografici fatti.

Ora, da un lato le esigenze delle economie contemporanee hanno avuto come conseguenza l'affacciarsi di una prospettiva allargata del rischio nelle relazioni civilistiche e commerciali, dall'altro il peso della tradizione romanistica ha comportato quella che ho definito come una cristallizzazione delle disposizioni codicistiche attorno al nucleo originario della perdita fortuita della cosa oggetto di obbligazione. Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese non è sfuggito a tale forza di attrazione della tematica del rischio tralattivamente tramandatosi nei testi delle codificazioni. Certamente il Legislatore cinese ha cercato di attenuare il peso della tradizione attraverso i temperamenti qui segnalati, come la clausola "qualora la legge disponga diversamente" e il rinvio all'equità o alla buona fede. Ma l'impostazione del problema del rischio contrattuale non si discosta da quella degli altri codici del sistema romanistico. Per il momento ritengo di poter fermare l'attenzione del presente contributo su questa constatazione.

A prescindere, pertanto, dalla questione di individuare quali siano, di volta in volta, i precedenti, all'interno del sistema giuridico romanistico, che possano aver fatto da tramite per le disposizioni del nuovo Codice cinese, l'esempio - oggetto specifico di indagine in questa sede - della disciplina del rischio contrattuale, anche limitato alle sola figura negoziale della compravendita, ha fatto venire alla luce, a mio parere, la dimensione di 'appartenenza al sistema' in cui il Codice viene a collocarsi, al punto che la piena comprensione delle due disposizioni qui esaminate è resa possibile solo risalendo alle controversie dei *veteres* in tema di *periculum* contrattuale ed ai successivi sviluppi di età intermedia e moderna.

⁸⁷ Cfr. G. Alpa, voce "Rischio (*diritto vigente*)", in ED, vol. XL, Milano, 1989, pp. 1144-1159; A. Giampieri, voce "Rischio contrattuale", in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. XVIII, Torino, 1998, pp. 17-30; A. Giampieri, voce "Rischio contrattuale in diritto comparato", in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.*, vol. XVIII, cit., pp. 30-42. Gino Gorla scrisse nel 1934 il saggio *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, teorizzando il c.d. rischio soggettivo e rilevando che un problema di rischio si pone non solo per i rapporti contrattuali ma per tutte le obbligazioni. Edwin W. Patterson negli anni '20 del secolo scorso (*The apportionment of business risk through legal devices*, in *Columbia Law Review* 24.1924) elaborò una teoria finalizzata alla individuazione di tutti i fattori (evento, causa, incertezza, danno, incidenza sui soggetti del rapporto) idonei a frustrare gli interessi delle parti di un affare e conseguentemente a distribuire i relativi rischi o a predisporre le opportune contromisure.

⁸⁸ Cfr. A. Giampieri, voce "Rischio contrattuale", cit., p. 19.

Questo rapporto instauratosi fra diritto cinese e sistema romanistico⁸⁹ costituisce un fattore di rilancio e di rinnovamento dello studio delle fonti romane, attraverso una metodologia che propone di approfondire il momento comparatistico con preferenza rispetto agli aspetti puramente esegetici. Il presente contributo vuole essere, in tale ottica, una ricerca finalizzata a verificare la validità dell'approccio alle elaborazioni del sistema giuridico romanistico, che si è reso necessario porre in essere in materia di rischio nella compravendita, per poter così dare un inquadramento sistematico alle norme studiate.

Mi sembra, infatti, che lo studio specificamente rivolto al dialogo fra diritto attuale e sistema romanistico sia un fattore di costante arricchimento del patrimonio giuridico a disposizione per dare risposte giuridicamente efficaci alle sfide ed ai problemi del mondo contemporaneo⁹⁰. Non sono mancati, peraltro, i rilievi critici. Come detto poca fa, la trasfusione del diritto romano nel Codice Civile cinese richiede che il giurista non perda di vista l'orizzonte della propria contemporaneità e che mantenga lo sguardo aperto a prospettive nuove in uno sforzo di equilibrio tra tradizione ed innovazione.

ABSTRACT: This essay investigates, limited to sale and purchase agreements, the most recent regulation of contractual risk in Chinese law, placing it in the perspective of the Roman tradition.

The supervening impossibility of performance, due to causes not attributable to the debtor, a general rule of the Roman legal system conceived by Pandectistics and accepted first in the German Civil Code (BGB) and then in the Italian Civil Code, excludes liability. Therefore, each legal system has the task of regulating the allocation of risk associated with the occurrence of events beyond the control of the contracting parties.

The scope of the investigation, also through the European codes, is, however, deliberately limited, to hopefully provide the most in-depth analysis possible on a topic that is, in my opinion, complex and wide-ranging.

⁸⁹ Cfr. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico. Tra legge e dottrina*, cit. (2019), pp. 75-124 (per quanto concerne il diritto dei contratti).

⁹⁰ G. Scarchillo, "L'interpretazione delle clausole generali e il Running the Business giurisprudenziale. Spunti di diritto comparato", in *Nuova giurisprudenza civile commentata (La)*, 4/2018, pp. 596-605.

Enrico Toti

Il regime del rischio contrattuale nell'art. 604 del Codice civile cinese

KEYWORDS: Chinese civil code – passage of risk – sales contract – contractual risk – comparative law

Enrico Toti – Docente di diritto cinese, Università degli Studi Roma Tre (enrico.toti@uniroma3.it)

In cammino *assieme* ai “giganti”. Comparazione e storia del metodo. Riflessioni a margine di T. Amico di Meane, “Sulle spalle dei giganti”. La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto, Napoli, 2022

Angelo Schillaci

SOMMARIO: 1. Un cammino non solitario. – 2. Il respiro storico della questione metodologica. – 3. La questione metodologica nel prisma del dibattito sul metodo nelle scienze giuridiche: comparazione e diritto pubblico. – 4. Comparazione e relazioni tra popoli e culture. – 5. *Beyond the State, Beyond the West, Beyond the Law*: sfide di fine (e inizio) secolo. – 6. Orizzonti: la consapevolezza metodologica, tra inquietudini e responsabilità dell'interprete.

1. Un cammino non solitario

Tra i molti meriti del volume di Tommaso Amico di Meane, vi è senza dubbio quello di esser fedele all'etimologia del termine che ne è l'oggetto: il metodo, cioè, inteso come cammino per giungere a un determinato luogo, o scopo.

Il volume offre infatti una assai ricca ricostruzione degli itinerari della comunità comparatistica, dalla iniziale presa di coscienza della necessità di dar vita a una disciplina giuridica autonoma e seguendoli poi, lungo tutto il XX secolo, fino al consolidamento di una identità disciplinare via via più definita, seppur intrinsecamente plurale, attraversata da discussioni e dunque costitutivamente in evoluzione.

Si tratta, allora, di un cammino che investe diversi livelli, tra loro intrecciati e che il volume ricostruisce tenendo ben presente – quale filo rosso – “lo stretto collegamento tra diritto comparato e contesto storico, economico [e] cultura” (p. 216)¹.

Anzitutto, la costruzione della comunità comparatistica avviene anche a partire – come vedremo – da concrete esperienze biografiche che lasciano traccia significativa di sé nell'elaborazione teorica e metodologica. In secondo luogo, la riflessione sul metodo risponde all'esigenza di adeguarlo tanto al diverso modo di concepire l'oggetto della ricerca – il diritto, di volta in volta inteso come dato positivo, sistema, esperienza – quanto alla consapevolezza del mutevole interagire tra diritto e contesto storico e sociale. Infine, il cammino della comparazione risente anche della diversa *funzione* che la comparazione stessa ha assunto – nelle diverse fasi del suo sviluppo storico – in relazione al diverso atteggiamento degli ordinamenti giuridici (e della dimensione della

¹ Le citazioni dal volume saranno riportate nel testo, tra parentesi.

statualità, che di essi è stata – e per larga misura ancora è – presupposto) rispetto all'apertura, alla relazione, a processi di integrazione e/o di armonizzazione: in una parola, in relazione al mutevole equilibrio tra istanze universalistiche e resistenze particolaristiche o, ancora, in relazione alle diverse declinazioni del rapporto tra identità (al plurale) e relazioni.

Un cammino, in ogni caso, non solitario. Prima di tutto, perché solitario non è il cammino del/la comparatista, costitutivamente esposto alla relazione con l'alterità giuridica². In secondo luogo, perché Amico di Meane chiarisce, fin dalle prime pagine del volume, che la questione metodologica è anche e fundamentalmente legata a genealogie, al rapporto con le figure di "studiosi e studiose che hanno partecipato alla costruzione dei canoni metodologici del diritto comparato, offrendo contributi in grado di ispirare le generazioni successive" (p. 9): un rapporto dinamico, dialettico, talora conflittuale, caratterizzato da rotture e scarti, che evoca – come evidente dal punto interrogativo che, nel titolo, accompagna il noto aforisma attribuito da Giovanni di Salisbury a Bernardo di Chartres – la difficoltà di raccogliere in equilibrio innovazione e tradizione all'ombra della fondamentale storicità del metodo e, dunque, della disciplina stessa.

Il volume di Amico di Meane – un libro non "di metodo" ma "sul metodo", come chiarito dall'Autore fin dall'*incipit* – si propone dunque di lavorare sull'identità della disciplina tracciando alcuni snodi della storia dell'evoluzione del pensiero su di essa e, più in particolare, del modo in cui la controversia sul metodo – tratto per così dire identitario della comparazione giuridica – si è sviluppata (ed è stata raccontata) *nel tempo*. Esso rappresenta, pertanto, un indispensabile *companion* per chi voglia comprendere a fondo quale sia stato il "posto" della comparazione nei più larghi sviluppi della cultura giuridica degli ultimi due secoli: e d'altra parte, come avvertiva già Ascarelli, "la vera introduzione allo studio del diritto comparato [...] è la storia del pensiero giuridico"³.

2. Il respiro storico della questione metodologica

Per le scienze giuridiche in generale, e per la comparazione in modo particolare, la questione del metodo non è neutra. La riflessione sul metodo evoca infatti il problema del rapporto con l'autorità, in un senso almeno duplice. Anzitutto, con l'autorità – appunto – dei "giganti", di coloro che cioè ci hanno preceduto nella costruzione e nella fissazione dei canoni. In secondo luogo, poiché la riflessione critica sul metodo – sul modo di avvicinarsi all'oggetto della disciplina – ha in sé un tratto profondamente destabilizzante, mettendo in crisi certezze consolidate. Allo stesso

² Come insegna, ormai in modo classico, P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris, 1999.

³ T. Ascarelli, *Prefazione*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. IX ss., XLVIII.

tempo, se si muove dalla consapevolezza del rapporto tra mutamenti negli orientamenti metodologici e trasformazioni del contesto storico e culturale, ci si avvede della circostanza che la riflessione sul metodo (e soprattutto sulle costruzioni dominanti) può mettere in discussione – assieme alle concezioni consolidate dell’oggetto della disciplina (il diritto) – gli assetti di potere che di quelle concezioni rappresentano lo sfondo. Una “sovversione” che, se reagisce alla tradizione rifiutandone una acritica celebrazione, nemmeno guarda però acriticamente in avanti, lasciando sovente emergere tracce di una continuità più nascosta e profonda, ad esempio nel recupero, più o meno esplicito, di tradizioni rimaste sino a quel momento minoritarie.

Nell’esercizio della (e nella riflessione sulla) comparazione, queste domande non possono essere eluse. Ciò è evidente fin dagli albori della disciplina che “pretende di nascere” – nella sua fisionomia contemporanea, a cavallo tra XIX e XX secolo – anche “come atto «sovversivo» nei confronti della ‘tradizione’ incarnata dal positivismo giuridico” (p. 12); e rimane evidente, come tratto costante delle evoluzioni successive, fino agli sviluppi più recenti caratterizzati dall’intreccio con il superamento dell’esclusività del punto di vista statale (*beyond the State*), occidentale (*beyond the West*) e anche da una consapevolezza sempre più raffinata delle interazioni e interdipendenze – illuminate proprio dalla comparazione – tra diritto, contesti, esperienze (*beyond the Law*).

In altri termini, il nesso tra comparazione, storia e culture⁴ non illumina soltanto la comprensione dell’oggetto della disciplina – collocandolo in una ben precisa cornice di esperienza e da lì orientando il gesto comparativo – ma incide altresì sull’evoluzione stessa del metodo. Ciò è dichiarato dall’Autore nel prologo metodologico all’opera, quando sottolinea che – a partire da una sensibilità metodologica di tipo contestualista – il volume considera “le evoluzioni del diritto comparato all’interno di un determinato contesto storico, economico e sociale, ritenendo che il diritto stesso sia un prodotto culturale” (p. 43).

La decostruzione critica e la trasformazione dei paradigmi dominanti - nella comprensione dell’oggetto come nell’autocomprensione disciplinare⁵ – corrisponde insomma ad altrettanti mutamenti, auspicati o in atto, dello sfondo sul quale la comparazione è chiamata a lavorare.

Quello della comparazione è, quindi, un cammino correlato al tempo sotto profili molteplici: aver collocato la questione metodologica *nel tempo*, vale a dire nella (sua) storia e nel suo “racconto” è uno dei meriti del volume di Amico di Meane.

Il rapporto tra tempo e comparazione evoca, in prima battuta, tanto il legame tra comparazione e dimensione temporale dell’esperienza giuridica – con riguardo alla

⁴ Su cui v. da ultimo lo studio di 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, numero speciale, p. 743 ss. (<https://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1506>).

⁵ Basti qui il rinvio al classico studio di T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* [1962], Torino, 1969.

comparazione diacronica, ma anche ad una comparazione sincronica e tuttavia sensibile all’immersione dell’oggetto della ricerca in contesti storico-culturali, nella corrente del tempo – quanto il profilo dell’evoluzione del metodo nelle differenti fasi dello sviluppo storico della disciplina⁶. Si tratta, peraltro, di profili strettamente embricati tra loro, dal momento che l’evoluzione del metodo nel tempo non è legata soltanto a ragioni – per così dire – interne, ma anche a motivi legati, più in generale, all’evoluzione, nel tempo, dell’oggetto della medesima, e cioè dell’esperienza giuridica nella sua relazione con contesti storico-culturali sensibili anch’essi al fattore temporale⁷.

Vi è dunque, in questa prospettiva, un nesso tra comparazione e contesto storico-culturale, che attiene immediatamente alla comprensione dell’oggetto della comparazione stessa e che, per ispessire la comparazione, colloca quell’oggetto nel tempo, valorizzando le interazioni tra esperienza giuridica ed esperienza storica. Il nesso con la dimensione temporale riguarda tuttavia, più in profondità, anche il modo in cui il contesto storico-culturale – e le stesse più generali dinamiche evolutive della riflessione della scienza giuridica su “sé stessa” (vale a dire, i tratti più generali della controversia sul metodo nelle scienze giuridiche) – incide sull’evoluzione degli approcci metodologici alla comparazione. Paradigmatiche in questo senso, in sintesi estrema e solo per fare un esempio, le pagine che il volume dedica agli ampi scenari della crisi del metodo positivista tardo-ottocentesco e, con particolare riferimento alle scienze giuridiche, alla tematizzazione del pluralismo giuridico come risposta alla crisi dello Stato moderno nel primo Santi Romano (p. 217 ss.).

E vi è, infine, un nesso ancor più riposto, che è quello tra la scelta del metodo e il tempo *vissuto* dal/la comparatista ossia, come è stato affermato, la consapevolezza che “l’ispirazione è sempre guidata dal frammento di esperienza storica vissuta dal comparatista”⁸. A rilevare non è, cioè, solo il contesto generale: assumono rilievo anche i contesti *biografici*, ai quali Amico di Meane dedica – penso ad esempio ai numerosi riferimenti ai carteggi, ma non solo – molto spazio, lasciando emergere affascinanti storie di vita che, non di rado, contribuiscono in modo decisivo a illuminare la comprensione delle proposte metodologiche del singolo autore. È il caso, solo per fare un esempio, dell’esperienza dei comparatisti antifascisti ed ebrei che, negli anni Venti e Trenta, sono costretti a “migrazioni” forzate che pure sarebbero state feconde di suggestioni importanti, anche sul piano metodologico: tra gli italiani, basti ricordare la figura di Tullio Ascarelli (p. 171-172). O ancora si pensi alla vicenda biografica e scientifica di Lambert e, in particolare, alla sua esperienza egiziana, cui il volume dedica pagine molto suggestive (p. 184 ss.).

Non è dunque solo il singolo esercizio di comparazione (*methods in action*, utilizzando una categoria richiamata nel volume) a dover rimanere sensibile alle

⁶ Cfr. ad esempio G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, Cheltenham, 2016, p. 13 ss., 14-15.

⁷ Sul punto, tra gli altri, M. Brutti – A. Somma, *Diritto: storia e comparazione*, Heidelberg, 2018.

⁸ Così P. Ridola, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, 2021, p. 3 ss., ora in Id., *Comparazione e storia. Scritti di storia costituzionale comparata*, Napoli, 2022, p. 65 ss., 67.

interdipendenze tra esperienza giuridica e contesti, ma è anche la riflessione sul metodo (*methods in books*) a dover fare i conti con il contesto in cui i diversi orientamenti metodologici sono maturati, con le esigenze e i problemi storici a cui hanno tentato di dare risposta, al modo in cui quelle differenze di contesto hanno inciso sulla comprensione stessa del diritto come oggetto della comparazione: in altri termini, come ben sottolinea l'Autore, "l'impatto della storia si riverbera sulle traiettorie del diritto comparato" (p. 173) e una riflessione sul metodo non può prescindere da tale consapevolezza.

Si tratta allora – e in questo senso va, se ben intendiamo, lo sforzo alla base del volume – di lasciar "respirare" la questione metodologica, temperandone una certa inevitabile autoreferenzialità e analizzando il modo in cui la sua evoluzione si è legata al mutare dei contesti storico-culturali, sia entro i confini della scienza giuridica che al di là di essi.

3. La questione metodologica nel prisma del dibattito sul metodo nelle scienze giuridiche: comparazione e diritto pubblico

Ciò è evidente, ad esempio, nella ricostruzione della storia della comparazione nel diritto pubblico, specie in relazione alla svolta metodologica che caratterizza la disciplina, almeno nell'Europa continentale, a partire dalla fine del XIX secolo⁹.

Ampio spazio è dedicato a questi itinerari nel primo capitolo del volume. In particolare, il modo in cui – faticosamente – la sensibilità comparatistica si fa strada nell'Ottocento europeo è collocato sullo sfondo di significative dinamiche storico-politiche ma anche di altrettanto significativi dibattiti sul metodo nella scienza giuridica (e, in definitiva, sullo stesso concetto del diritto).

Quanto al primo profilo, si pensi – per cenni – all'ambiguo rapporto con la comparazione riscontrabile nell'età napoleonica, al quale l'autore dedica pagine di grande interesse, mostrando come il formale ossequio allo studio del diritto straniero – con l'istituzione del Centro di legislazione straniera – si accompagni in realtà a un intento di carattere egemonico e a un positivismo legislativo fortemente orientato, coerentemente con l'imperialismo, a costruire un modello destinato a imporsi in termini canonici. Altrettanto affascinante la riflessione dell'autore sulla circolazione di testi, idee e modelli costituzionali, a partire dalle rivoluzioni di fine Settecento e fino ad arrivare allo "entusiasmo costituente" (p. 67) che caratterizza l'America meridionale nella prima metà del XIX secolo.

Quanto al secondo profilo, l'autore mette in luce come già in questa prima fase gli itinerari della comparazione siano fortemente influenzati dalla più generale controversia che contrappone approcci positivisticici incentrati sul dato legislativo – e

⁹ Sul punto, v. M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001, specie – nel Tomo I – i saggi contenuti nella Parte II (p. 67 ss.)

sulla funzione meramente esegetica dell'interpretazione – e approcci che, come quello della Scuola storica, tendono a valorizzare le matrici storico-culturali dell'esperienza giuridica. In entrambi i casi, la comparazione – guardata con diffidenza – mantiene una funzione per lo più ancillare (p. 58), non senza tratti di ambiguità, particolarmente evidenti nell'atteggiamento di Savigny e della Scuola storica. Da un lato, infatti, “ritenere che il diritto sia un prodotto della storia” comporta un certo interesse verso quelle che – in termini contemporanei – potremmo definire ragioni storiche della differenza; d'altro canto, è altrettanto vero che “considerare il diritto come espressione dello ‘spirito del popolo’ (*Volksgeist*), determina una curvatura spesso totalizzante nella ricerca verso la dimensione strettamente nazionale del diritto” (p. 59). In questo senso, e almeno in questa fase iniziale, l'apertura della comprensione del diritto alla considerazione del dato storico – che, di per sé, favorirebbe la maturazione di una sensibilità di tipo comparativo – si lega strettamente al consolidamento del principio di nazionalità. Di conseguenza, “il ripiegamento del mondo giuridico europeo sulla dimensione nazionale”, con i suoi tratti di forte ambiguità¹⁰, risulta così – per un verso – “certamente ostile alla comparazione” ma, per altro verso, “rappresenta il presupposto per la nascita della disciplina in senso moderno” la quale si sarebbe incentrata sulla comparazione “tra ordinamenti giuridici nazionali” (p. 72-73).

Fin dai suoi albori, pertanto, la comparazione incrocia (e, in fondo, mette in crisi) la costruzione di certezze e la cristallizzazione di modelli teorico-metodologici che, a loro volta, sono funzionali al consolidamento di assetti di potere e, in quel momento, appaiono soprattutto legati all'esigenza di consolidare la dimensione della statualità nazionale¹¹. E, anche per questo, fin dal principio appare – almeno *in nuce* – il nesso tra comparazione, dinamiche storiche e grandi alternative sulla comprensione del diritto e sulla funzione dell'interpretazione.

Simili tensioni non scompariranno, nemmeno al passaggio di secolo quando “radicali trasformazioni di natura economica, politica e sociale” determineranno una crescente “richiesta di comparazione giuridica” (p. 73) e anzi si ripresenteranno intatte in occasione del Congresso di Parigi del 1900, di cui il volume offre una ricostruzione suggestiva e preziosa, restituendo con grande efficacia un'esperienza “dagli umori contrastanti per un comparatista” (p. 137). Si tratta, peraltro, di tensioni e contraddizioni che, come ben osserva Amico di Meane, sono proprie di un momento storico ben preciso, la *Belle Époque* (con ciò confermando, peraltro, l'inevitabile e strutturale intreccio tra metodo e storia): la fiduciosa apertura al progresso convive con le zone d'ombra rappresentate dalla “foga imperialista” (ivi), dall'intensificarsi delle

¹⁰ Soprattutto in relazione al suo intreccio con la progressiva cristallizzazione del principio di esclusività degli ordinamenti giuridici (su cui v. C. Pinelli, *Costituzione e principio di esclusività*, Milano, 1990) e, parallelamente, con il consolidamento di un approccio dogmatico al diritto pubblico).

¹¹ Specie in Italia e in Germania: su questi itinerari, oltre al già richiamato M. Fioravanti, *La scienza del diritto pubblico*, cit., v. P. Ridola, *Germanesimo, statualismo e liberalismo nella fondazione del diritto pubblico dello Stato nazione: Laband, Gierke, Jellinek*, in Id., *Stato e Costituzione in Germania*, Torino, 2021, p. 1 ss.

tensioni internazionali che avrebbero condotto alla prima guerra mondiale e anche dalla traccia a tratti inquietante della retorica coloniale. Tutto questo lascia un segno nel dibattito svoltosi in seno al Congresso, inserendo così il diritto comparato – fin dalla sua “nascita” (cioè dal suo convenzionale avvio come disciplina autonoma) – nel tempo storico, nell’intreccio tra profili di continuità e innovazione cui non è estraneo, come subito si vedrà, il diritto pubblico.

Al “posto” del diritto pubblico nei lavori del Congresso di Parigi Amico di Meane dedica pagine interessanti che mettono in luce come, in quell’occasione, esso sia rimasto tendenzialmente ai margini. Ciò è accaduto, da un lato, per le forti tensioni – di cui già si è accennato – legate alla rivendicazione del carattere necessariamente “nazionale” del diritto pubblico e costituzionale. D’altro canto, il diritto pubblico è rimasto preso – in modo solo apparentemente contraddittorio – nell’alternativa tra *méthode comparative* e *droit comparé* (e dunque tra filone speculativo e filone pratico della comparazione) nella quale, peraltro, riecheggiava la controversia metodologica di quegli anni, polarizzata tra aspirazione alla costruzione della scienza giuspubblicistica in termini dogmatici e resistenza di orientamenti maggiormente sensibili alle interazioni tra diritto pubblico, storia e politica. Così, ad esempio, la relazione affidata a Saleilles – pur sottolineando che il diritto pubblico, a partire da un metodo di osservazione sperimentale, indaga il diritto “vivente” e “pretende di collegarsi all’evoluzione storica dei popoli” così offrendo “spunti comparativi” – mette in luce come lo stesso “non si sostanzia né si esaurisce nello scambio di pratiche ovvero nell’unificazione del diritto” (p. 145). In altri termini, osserva Amico di Meane, a Parigi “il diritto pubblico comparato non esiste, se non come ‘metodo comparativo’, ossia come approccio storico” (ivi). In questo quadro, dunque, le specificità nazionali sono ancora tematizzate come ostacolo rispetto a “quell’esercizio di convergenza in cui, a quel tempo, si sostanzia il ‘vero’ diritto comparato” (p. 146).

Nel dibattito di quegli stessi anni non sarebbero tuttavia mancati tentativi di collocare la comparazione – nel diritto pubblico – entro un orizzonte metodologico diverso che, anche attraverso il recupero di tratti di continuità con tradizioni diverse, fosse idoneo a mettere a valore le differenze (nazionali), indagandone la ragione più riposta e, dunque, tematizzando il rapporto e l’interazione tra diritto e contesti.

Si pensi, in questo senso, al modo in cui Adolfo Posada si confronta con gli atti del Convegno di Parigi – e in particolare proprio con la relazione di Saleilles – intrecciando con essi un dialogo serrato muovendo dalla prospettiva di un approccio al diritto pubblico aperto alle interazioni di esso con i contesti storico-politici. Così – in un passaggio esemplare del suo *Derecho político comparado*¹² – Posada riflette sulla distinzione tra legislazione comparata e diritto comparato e afferma, significativamente, che – per meritare il nome di “diritto” comparato – la “nuova” disciplina non può “quedarse a flor de tierra” concentrandosi cioè esclusivamente sui testi; è infatti illusorio, prosegue, pensare che il diritto si esaurisca nella legge come se

¹² A. Posada, *Derecho político comparado*, Madrid, 1906.

nella formulazione del precetto legislativo la società possa “accomodarsi”, dandosi “por satisfecha” fino alla successiva riforma. Per questo, ad essere oggetto di comparazione sono tutte le forme e tutte le manifestazioni in cui si articola “la vida del derecho” – il diritto come oggetto vivo nell’esperienza storica e culturale – e, dunque, esse devono “contrastarse, relacionarse, definirse por comparación, agruparse, clasificarse, refiriéndolas a su tronco, a su evolución particular, a su causa explicativa, al movimiento inventivo o de imitación al que respondan, a la influencia o influencias productoras”. Solo così si può “fare” diritto comparato (“se puede hacer verdaderamente derecho comparado”)¹³. Pagine di grande suggestione, che testimoniano una profonda continuità con alcune delle correnti che avevano alimentato la scienza del diritto pubblico *prima* della svolta metodologica e che squadernano temi e problemi che avrebbero caratterizzato la controversia sul metodo – e non solo per la comparazione giuspubblicistica – lungo tutto il XX secolo. È il caso dei rapporti tra comparazione e diverse comprensioni del diritto (più o meno aperte alle interazioni con l’esperienza, anche attraverso diverse declinazioni del ruolo dell’interprete e dell’interpretazione, come vedremo) ma anche dei rapporti tra comparazione giuridica e altre discipline, i quali riflettono – d’altra parte – il diverso modo di concepire l’oggetto della ricerca e le specifiche caratteristiche ad esso attribuite: così “derecho comparado, historia comparativa de las instituciones y sociología” possono “distinguirse” ma non “separarse”¹⁴. Ed è il caso, infine, del rilievo centrale della dimensione didattica alla quale Posada dedica, in questa stessa opera, pagine di incredibile fascino: un aspetto, quello dell’insegnamento e della progressiva istituzionalizzazione, anche per tale via, della disciplina, a cui il volume di Amico di Meane riserva peraltro particolare attenzione, ricostruendo itinerari importanti sia in Europa che negli Stati Uniti. La digressione su Posada – solo apparentemente eccentrica – mette dunque in luce, in modo paradigmatico, almeno due aspetti della storia della disciplina sui quali il volume torna continuamente: la complessità degli intrecci tra continuità e innovazione e, soprattutto, l’insopprimibile carattere polifonico che, su più livelli, caratterizza e alimenta la comparazione stessa.

4. Comparazione e relazioni tra popoli e culture

Il lavoro di Amico di Meane, inoltre, aiuta a riflettere sul modo in cui l’evoluzione della riflessione *sulla* comparazione si sia collocata su sfondi più larghi, attinenti al modo di declinare – nelle diverse fasi storiche – gli stessi rapporti tra esperienze e culture. Si pensi, solo per fare un esempio, all’insistenza di Ascarelli (ma anche, come vedremo, dello stesso Gorla) sul rapporto tra comparazione, unità e “fratellanza”¹⁵,

¹³ Tutte le citazioni sono contenute alla p. 223.

¹⁴ Ivi, p. 229.

¹⁵ Nel senso che “il valore dello studio del diritto comparato sta innanzi tutto in questo suo valore profondamente umano, in questo riconoscimento (sul quale si fonda la sua stessa possibilità)

espressione della più generale convinzione – presente in modo particolare nell'immediato secondo dopoguerra (ma non solo, come subito si vedrà) – che la comparazione possa “contribuire a disegnare un mondo diverso in cui non si ripropongono guerre e altre brutalità umane” (p. 238). Ma si pensi anche al ruolo della comunità dei comparatisti nell'alimentare percorsi di armonizzazione tra ordinamenti e, dunque, al rapporto (complesso e non neutrale) tra comparazione e tendenze universalistiche, già presente nel periodo tra le due guerre. Una tendenza che, peraltro, si intreccia con i più generali itinerari di sviluppo della cooperazione internazionale, come dimostrato in modo emblematico – tra le altre – dalla vicenda dell'*Institut International pour l'Unification du Droit Privé* (UNIDROIT) nel 1926 (p. 180-181) nonché – in quegli stessi anni e su un piano diverso – le prime esperienze associative transnazionali, quali la *Académie internationale du droit comparé*, fondata nel 1932 (ivi); e alla quale non sono estranei nemmeno i percorsi della comparazione nel diritto pubblico come dimostra, paradigmaticamente, la figura di Boris Mirkin Guétzevitch (p. 183)¹⁶. O ancora, nel secondo dopoguerra, tale tendenza è promossa e favorita dall'azione di organizzazioni internazionali come l'ONU – per il tramite dell'UNESCO – e il Consiglio d'Europa (p. 239 ss.).

Anche in questo caso, il rapporto tra *tempo* storico ed evoluzione del metodo è dunque cruciale, come messo bene in luce nel volume laddove – con notevole sforzo ricostruttivo – le tendenze della comparazione tra le due guerre sono raccolte attorno a due snodi fondamentali: per un verso, l'apertura della comparazione allo studio dei sistemi di *common law*, superando la premessa della loro incomparabilità; per altro verso, la progressiva affermazione dei canoni metodologici del funzionalismo, che appaiono particolarmente idonei a perseguire le finalità di armonizzazione allora tipicamente ricondotte alla comparazione (p. 193 ss., 197).

A ciò si aggiunga che, *in quel tempo* (e non solo), lo “afflato universalista” (p. 240) e la tendenza a irrobustire – anche attraverso la comparazione giuridica – la cooperazione tra popoli possono essere lette anche in chiave di resistenza (e sovversione) dei risorgenti nazionalismi, così confermandosi – fin da allora – una certa tendenza della comparazione a mettere in discussione comprensioni consolidate e

della necessaria umanità e universalità del diritto e perciò della unità e fratellanza tra gli uomini”, cfr. T. Ascarelli, *La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato*, in Id. *Studi di diritto comparato*, cit., p. 41 ss., 43 (con la precisazione che universalità del diritto non coincide, in Ascarelli, con uniformità, ma può essere attinta soltanto attraverso la comparazione della pluralità di manifestazioni storiche dell'esperienza giuridica).

¹⁶ Il quale non a caso dedica proprio al rapporto tra diritto internazionale e diritto costituzionale – e, più in particolare alle clausole di apertura delle Costituzioni agli orizzonti della cooperazione internazionale – importanti ricerche di diritto costituzionale comparato negli anni Trenta: cfr. B. Mirkin Guétzevitch, *Droit constitutionnel international*, Paris, 1933, nonché Id., *Droit international et droit constitutionnel*, in *Académie de droit international. Recueil des Cours*, Paris, 1932, p. 311 ss.

anche, in qualche misura, assetti di potere¹⁷. Anche in questo caso, la comparazione appare immersa in un processo storico ben definito e non immune rispetto ai conflitti e alle grandi alternative ideali del proprio tempo.

Un aspetto – quello del rapporto tra comparazione e più generali dinamiche evolutive dell'esperienza giuridica e della relazione tra ordinamenti – che si lega, ma non si sovrappone, all'alternativa tra una comparazione meramente "teorica" e una comparazione a vocazione "pratica" (p. 76 ss.), che pure aveva avuto un'importanza centrale proprio all'avvio convenzionale della disciplina, in occasione cioè del Congresso di Parigi del 1900. Un passaggio, come l'autore ben sottolinea, fortemente condizionato dall'intensificarsi degli scambi commerciali nel contesto della cd. "prima globalizzazione" e, dunque, dalla "urgenza di conoscere la legislazione dei Paesi stranieri che impatta sulle attività commerciali" (p. 79). Ma anche, più in generale, da un vero e proprio mutamento della immagine del mondo, determinato dall'impatto della tecnologia su comunicazioni e possibilità di viaggio (p. 120 ss.). A questo aspetto per così dire "luminoso" della comparazione se ne affiancava, come noto, uno collegato al lato "notturno" di quella fase storica¹⁸, e cioè alla seconda colonizzazione, con il suo intreccio tra tendenze imperialistiche, impeti civilizzatori ma anche, in modo meno evidente e sicuramente recessivo, interesse genuino per le diverse culture con le quali i colonizzatori entravano in contatto. Così, da un lato, l'esposizione a una alterità radicale determina l'esigenza di distinguersi da essa ma, d'altro canto, ciò non conduce ad una migliore comprensione di sé: semmai, all'affermazione di una irriflessa superiorità che ridonda in una conoscenza non autentica dell'altro, in una "percezione alterata" di esso (p. 129), "intrisa di evolucionismo e finanche con venature razziste" (ivi). Le ambiguità di questo "esotismo giuridico", osserva Amico di Meane saranno destinate "a manifestarsi pienamente e con tutte le [loro] contraddizioni nel corso del Congresso di Parigi" ma, allo stesso tempo, ciò contribuirà a porre le basi per spingere i comparatisti "oltre ai confini occidentali del diritto" (p. 133).

A ben vedere, la stessa alternativa tra funzionalismo e contestualismo – che percorre, come un filo rosso, l'intero volume – deve essere collocata nel quadro di sviluppo della comprensione delle relazioni tra popoli e culture. Così, alle tendenze universalistiche con le quali il funzionalismo è apparso – soprattutto nelle critiche che ad esso sono state rivolte¹⁹ – collegato si è progressivamente affiancata una più fine sensibilità verso il rilievo delle differenze e, soprattutto, delle loro ragioni storico-

¹⁷ La quale assume evidentemente profili di notevole complessità – e accenti tragici – nelle esperienze autoritarie e totalitarie, come ad esempio in Germania e in Italia tra le due guerre. Nel volume, cfr. p. 168 ss.

¹⁸ Utilizzo qui un'espressione che traggio – nell'ambito degli studi post-coloniali – da A. Mbembé, *Nanorazzismo. Il corpo notturno della democrazia*, Bari-Roma, 2019.

¹⁹ A partire, almeno, da G. Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1985, p. 411 ss.

culturali²⁰, superando così una certa ricorrente diffidenza verso le differenze, anch'essa peraltro storicamente condizionata dall'uso che delle differenze era stato fatto nel contesto dei regimi autoritari e totalitari (p. 240).

Questo aspetto dell'evoluzione della comparazione nel secondo dopoguerra – vale a dire, il progressivo recupero di una sensibilità metodologica verso i contesti e le differenze – riguarderà peraltro la stessa evoluzione *interna* al funzionalismo, in ragione delle “influenze sociologiche”²¹ ma anche, più in generale, in relazione alla capacità del funzionalismo di presentarsi quale “metodologia dinamica, in grado di evolversi nel tempo e di ibridarsi” mostrando una significativa “capacità di adattamento” (p. 241).

A queste inquietudini non restano immuni gli itinerari della comparatistica italiana, ai quali il volume dedica un notevole – seppur fisiologicamente selettivo – sforzo ricostruttivo (p. 253 ss.), mettendone in luce – tra l'altro – le aspirazioni “sovversive” derivanti da una diffusa “sensibilità metodologica anti-positivista” (p. 254-255) che convivono (e forse in parte si intrecciano) con una persistente “questione di subalternità del diritto comparato” (p. 256). Così, la “insoddisfazione per il dogmatismo che permea la cultura giuridica italiana” ispira in profondità gli itinerari scientifici e metodologici di Gino Gorla che – anche in conseguenza dei suoi “viaggi americani” e, più in generale, delle suggestioni derivanti dal confronto con lo studio del *common law* – “si persuade in misura crescente della rilevanza dell'indagine storica del diritto” (p. 258); analoga insofferenza caratterizza Mauro Cappelletti (p. 259-260) che – sulla scia di Gorla – declina la sensibilità funzionalista nel senso di “analizzare la dimensione politica, economica e sociale del diritto” (p. 260). Sulla stessa scia – che vede nel dogmatismo un “nemico da combattere” – si colloca l'originaria ispirazione della proposta strutturalista di Sacco (p. 260 ss.). Un invito – quello ad “andare *oltre* al mero dato formale del diritto, per ricercare nel contesto le ragioni di fondo” (p. 267) – che, su queste basi, è identificato come elemento di continuità nelle proposte metodologiche di alcuni maestri della comparazione giuspubblicistica come Lombardi, Biscaretti ma anche De Vergottini, Pizzorusso, Amato, La Pergola i quali confermano – come sottolineato dalle parole di Zagrebelsky citate a p. 271 – una fisiologica vocazione comparatistica (almeno di una tradizione) degli studi di diritto costituzionale. Una tendenza che si ritrova anche in autori – come Galizia, Mortati, Elia, Cervati e, ancor prima (ma nella linea “genealogica” che conduce a Elia) Pierandrei²² – che pure hanno ispirato generazioni successive a valorizzare il

²⁰ Come, paradigmaticamente, in P. Legrand, *Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity*, in *Journal of Comparative Law*, 2006, p. 365 ss.

²¹ Dovute soprattutto alle influenze della cultura giuridica statunitense alla quale – e anche questo non è un caso – molti comparatisti dell'epoca vennero “esposti” in conseguenza di esperienze personali di esilio *storicamente e politicamente* condizionate, cfr. p. 236-238: si pensi al caso di Schlesinger, p. 247-248.

²² Il riferimento – al di là di contributi strettamente comparatistici come il lavoro del 1942 sulla Costituzione spagnola del 1931 – è agli stessi studi di Pierandrei sulla teoria della Costituzione, sul potere costituente e sull'interpretazione costituzionale, raccolti in F. Pierandrei, *Scritti di diritto costituzionale*, a cura e con prefazione di L. Elia, vol. III, Torino, 1965.

collegamento tra studio comparativo del diritto costituzionale e consapevolezza dei nessi tra diritto ed esperienza storica, politica, sociale e culturale soprattutto – ma non solo²³ – nell’ambito dello studio delle forme di governo, anche attraverso opere classiche, quali le *Lezioni* mortatiane del 1973²⁴ o la classica riflessione sulle forme di governo di Elia²⁵, pure orientate in senso “anti-formalista” e caratterizzate dall’intento di riconnettere “l’ambito del diritto con quello della politica” e di assicurare “l’apertura della riflessione costituzionalistica al dialogo con la storia, la scienza politica e ovviamente la comparazione” (p. 296).

5. *Beyond the State, Beyond the West, Beyond the Law*: sfide di fine (e inizio) secolo

Con il passaggio cruciale del 1989, sottolinea l’autore, la “traiettorie” della comparazione muta e aumenta in modo significativo la “richiesta di diritto comparato”. Ciò non è legato soltanto alla fine della cd. guerra fredda (sulla cui influenza sulle traiettorie della comparazione vedi le p. 273 ss.) ma anche – per un verso – al progressivo consolidarsi della seconda globalizzazione e – per l’altro – al crescente impatto delle tecnologie e della digitalizzazione sulla metodologia della ricerca. Molto suggestive le riflessioni dell’autore su questo ultimo profilo, con la sottolineatura del carattere “epocale” dell’impatto della rivoluzione informatica sulla disciplina ma anche sui confini e – si vorrebbe aggiungere – sull’intensità delle relazioni all’interno della comunità comparatistica (p. 285). Un “Rinascimento” che, tuttavia, continua ad accompagnarsi a una certa fatica nella collocazione della comparazione nell’offerta didattica delle scuole di diritto e anche a una persistente sensazione di “solitudine” del comparatista²⁶.

Le sfide della comparazione di fine secolo paiono così condizionate, per un verso, dal rapporto, in progressivo mutamento, tra comparazione e transizioni costituzionali specie con riferimento ai processi di democratizzazione e di decolonizzazione e, per altro verso, dal rapporto tra comparazione e processi di integrazione sovranazionale, in Europa e non solo (p. 289 ss.). Quanto al primo profilo, si pensi alla sempre più raffinata riflessione sulla circolazione di modelli e culture e sui trapianti²⁷ e su come essa sia condizionata – anche – dalla circolazione di giuriste e giuristi sia come esperti cui i costituenti si rivolgono per la gestione dei processi di

²³ Si pensi, per cenni, al contributo di Galizia sulla lettura comparativa di fondamentali snodi della storia del pensiero giuridico e costituzionale, alle richiamate riflessioni di Pierandrei sull’interpretazione costituzionale o ancora, e più di recente, agli studi di Cervati proprio sul metodo.

²⁴ Il riferimento è al classico C. Mortati, *Le forme di governo*. Lezioni, Padova, 1973.

²⁵ E cioè soprattutto L. Elia, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970.

²⁶ Come sottolinea l’A. – con Merryman – a p. 286.

²⁷ Cfr. il già richiamato studio di A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali*, cit.

transizione, sia nel più generale quadro dell'intensificarsi – a tutti i livelli, compresa la fase della formazione – di scambi accademici e relazioni personali e scientifiche. Quanto al secondo profilo basti pensare non solo al diverso (e diversamente scandito nel tempo) impatto dei processi di integrazione sovranazionale sulla comparazione privatistica e su quella pubblicistica ma anche – e soprattutto – al modo in cui le esperienze di integrazione conducono a una nuova tematizzazione del rapporto tra identità (al singolare) e differenze, o meglio agli equilibri tra tendenze universalistiche e rilievo del "particolare".

La progressiva attenuazione della "vocazione universalista" della comparazione (p. 322) è altresì determinata dall'impatto dei processi di decolonizzazione e, dunque, dalla crescente apertura a contesti diversi da quello "occidentale". In tale processo si ripropongono contraddizioni risalenti e riconducibili, in una parola, all'insopprimibile tensione tra sé e l'altro o, per meglio dire, alla difficoltà – strutturalmente insita nel gesto comparativo – di tenere in equilibrio identità e alterità o, ancora, a rinvenire spazi di mediazione tra la tendenza a "universalizzare" l'immagine di sé (cioè del giurista "occidentale" e del suo bagaglio di esperienze) e quella a "esotizzare il radicalmente altro, associandolo cioè a qualcosa di irrimediabilmente diverso rispetto all'Occidente" (p. 323). Come accennato, simile complessa dinamica di apertura incide sulla comparazione sotto un profilo almeno duplice: anzitutto, favorendo una sempre maggiore integrazione della considerazione dei contesti e delle "ragioni della differenza" negli itinerari metodologici della comparazione – in uno con la crescente consapevolezza di una certa "violenza epistemica" che può celarsi in un gesto comparativo non adeguatamente sorvegliato (p. 326). D'altra parte, e parallelamente, ciò incide sulla stessa concezione del diritto cui il/la comparatista si trova, per necessità, a fare riferimento: in altri termini, e come ben evidenziato dall'autore, "il diritto comparato sta (lentamente) iniziando a trasformare la propria concezione del diritto (*concept of law*), inteso sempre più come fenomeno intrinsecamente plurale, non riducibile al mero dato positivo" (p. 327).

Beyond the State, Beyond the West e infine *Beyond the Law*: tre movimenti in larga misura convergenti determinano dunque una profonda trasformazione negli itinerari della comparazione, che attraversa i paradigmi dominanti – funzionalismo e strutturalismo – lasciando infine emergere una "alternativa metodologica" – quella contestualistica, definizione "ombrello" che racchiude approcci anti-formalistici, ermeneutici, critici, post-moderni e culturalisti (p. 331) – la quale si caratterizza per una vocazione intimamente critica che ripropone, tra l'altro, la funzione "sovversiva" della comparazione. Resta dunque centrale, in un tempo nuovo e con nuovi occhi, la questione metodologica, con una ideale chiusura del cerchio, tra la "nascita" e la "maturazione" della disciplina, rievocandone appunto la "primigenia vocazione sovversiva" (p. 355-356): ancora, però, nel segno di una intima e profonda corrispondenza tra comparazione e tempo, che affonda le proprie radici nel rapporto con l'alterità ed è mediata dal ruolo centrale dell'interprete al quale dedicheremo infine, seguendo gli itinerari dell'autore, alcune considerazioni conclusive

6. Orizzonti: la consapevolezza metodologica, tra inquietudini e responsabilità

Al termine, per così dire, del percorso, resta allora – come costante – la centralità della questione metodologica o, se si vuole, l'avvicinarsi delle intuizioni (e delle discussioni) sul metodo come specifico “modo” della comparazione di stare e orientarsi nel tempo e nello spazio. Resta però, e soprattutto, la figura del/la comparatista, il suo posizionamento rispetto al diritto, al tempo e agli spazi. Dagli “inquieti francesi della seconda metà dell'Ottocento” fino ai critici a cavallo tra XX e XXI secolo, passando per i “giganti” che hanno consolidato la disciplina accompagnandola nel divenire storico, la scelta del metodo incrocia biografie, diverse sensibilità e ricerca sempre nuova di risposte a domande e inquietudini storicamente situate (p. 360-361).

Esiste, insomma, un nesso profondo tra tensione etica²⁸ e apertura al tempo delle dinamiche della comparazione, in relazione all'impegno e alla responsabilità del/la giurista comparatista. La *persona* del/la comparatista e la sua responsabilità come interprete sono, allora, elementi ineludibili dell'indagine e, a conclusione del volume, ne offrono una possibile – pur se non esclusiva – chiave di lettura. La riflessione su un “approccio comparativo [...] innervato nell'esperienza”²⁹ lega così comparazione e interpretazione, tenendo assieme – con la fondamentale mediazione del riferimento alla consapevolezza e alla responsabilità – la ricerca di un metodo con la valorizzazione di istinto e ispirazione, senza “sovraccaricare questo rapporto con il condizionamento di *Vorverständnisse* di carattere etico o ideologico”³⁰.

Che il nesso tra metodo e tempo possa essere qualificato dal rapporto tra comparazione e interpretazione è, d'altra parte, un aspetto che ricorre in riflessioni classiche sulla disciplina e sul suo modo di operare. Si pensi, ad esempio, all'insegnamento di Peter Häberle, che vede nella comparazione uno specifico strumento dell'interpretazione costituzionale³¹. E si pensi a un classico lavoro di Ascarelli³², nel quale il nesso tra comparazione e storicità del diritto è mediato proprio dall'opera dell'interprete, anch'essa immersa nella storia e orientata a una ben precisa assunzione di responsabilità. Interpretazione, in Ascarelli, non è infatti il risultato di

²⁸ Lo stesso G. Frankenberg, *Comparative Law as Critique*, cit., p. 21, mette ad esempio in luce come l'approccio critico alla comparazione favorisca il riconoscimento della “ethical dimension that opens up with the appearance of the other in the comparative space”. Per approfondimenti sia consentito il rinvio ad A. Schillaci, «*Innanzi al suo mestiere di giurista sta il suo mestiere di uomo*». *Comparazione costituzionale ed esperienza giuridica nel pensiero di Paolo Ridola*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2019, p. 107 ss.

²⁹ Così P. Ridola, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, cit., p. 94.

³⁰ Ivi, p. 87.

³¹ Ad esempio in *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Roma, 2001, p. 52-53.

³² T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, pubblicato nel 1954 sulla *Rivista di diritto commerciale* e poi in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, p. 481 ss.

“deduzioni logiche da premesse rigorosamente identiche”³³ ma il “frutto di esperienze e valutazioni, tradizioni e speranze, esigenze e ideali”³⁴. Anche la comparazione, su queste basi, appare ad Ascarelli fondamentalmente quale “più vasta esperienza” che “permette a ciascun giurista di essere cosciente della storicità delle proprie categorie”³⁵. La comparazione come momento del processo interpretativo rinvia così immediatamente alla storicità del diritto (e della sua interpretazione): comparazione, in questo senso, come “comprensione della diversità delle storie”³⁶, come “allargamento dell’esperienza che permette all’interprete di arricchire quel mondo di sue valutazioni” di cui l’attività interpretativa si alimenta³⁷.

Da un lato, dunque, l’esperienza viene *arricchita* attraverso la comparazione stessa, che “permette di superare il naturale provincialismo di ciascuno e così di rendersi conto di premesse e dati di ogni diritto [...] che, altrimenti, apparendo quasi come frutto di una insuperabile e fatale «naturalità» sfuggono all’attenzione”³⁸. Dall’altro, ad essere investita da questo processo – da questa complessa esperienza – è la comprensione stessa del diritto e del suo rapporto con il fatto.

Il lavoro di razionalizzazione che il/la comparatista – *in quanto interprete* – è chiamato a compiere, in questa prospettiva, consiste anzitutto nel cogliere i raccordi tra diritto ed esperienza così attingendo un livello più profondo la dimensione normativa che appare, così, densamente intrisa di storicità. Non si tratta, allora, di razionalizzare i fatti sovrapponendo ad essi la qualificazione giuridica, ma di collegare “il profilo formale a quello materiale, entrambi da considerare, *in una visione ancorata alla storia*”³⁹. La considerazione di tempo e storia – in altri termini – non conduce a un appiattimento della dimensione normativa su quella fattuale ma mantiene in tensione – e in equilibrio⁴⁰ – entrambi i poli, mantenendoli ancorati nella storia attraverso la fondamentale mediazione della “responsabilità della scienza” e del “coinvolgimento dei soggetti” nelle più ariose dinamiche dell’esperienza giuridica considerata secondo una “visuale globale”⁴¹.

Si tratta, allora, di una continua ricerca di equilibrio tra diritto e fatto, in chiave di razionalizzazione dinamica, ancorata alla storia e dunque sensibile all’elemento temporale; ma anche tra una “indagine puramente empirica” (non in grado di dare luogo a “risultati scientificamente rilevanti”) e le “costruzioni concettuali staccate da

³³ Ivi, p. 495.

³⁴ Ivi, p. 492.

³⁵ Ivi, p. 503-504.

³⁶ Ivi, p. 506.

³⁷ Ivi, p. 507.

³⁸ Ivi, p. 511-512.

³⁹ Così M. Galizia, *Esperienza giuridica libertà costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, ne *Il Politico*, 2003, p. 381 ss., 399 (corsivi aggiunti).

⁴⁰ M. Galizia, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Appunti sugli anni della guerra di Paolo Galizia*, Torino, 2013, pp. 3 ss., 115.

⁴¹ M. Galizia, *Esperienza giuridica libertà costituzione*, cit., p. 400.

un'ampia ricerca in profondità sul terreno vivo dell'esperienza giuridica", che restano "mero esercizio razionale a vuoto"⁴².

Proprio questi esempi dimostrano come la maturazione di una sensibilità verso l'esigenza di mettere in collegamento la scienza giuridica con l'esperienza incroci assai significativamente gli itinerari del metodo della comparazione.

La coscienza che l'oggetto – *ma anche il soggetto* – della ricerca è immerso nella storia allontana il "prudente" comparatista⁴³ dal rischio di irrigidire la relazione di riconoscimento che è alla base della comparazione, evitando di assoggettare l'alterità giuridica al punto di vista interno e, di conseguenza, mantenendo viva e vitale la relazione tra i punti di vista. Da un lato, allora, "non si può conoscere appieno ciascun termine della comparazione senza conoscerne (ma non farne) la storia"⁴⁴; dall'altro, proprio dalla circostanza che – per il comparatista – il diritto è "concretezza, fatto storico concreto, fatto umano, *anzì un fare*, un'attività di una società o di una civiltà in un determinato momento storico", deriva la possibilità di evitare il rischio di "trasferire i concetti e i modi del [proprio] diritto (...) nel diritto straniero per inquadrarvelo o intenderlo" e di compiere, al tempo stesso, il "supremo atto di spoliazione dall'abito o dai caratteri" acquisiti nella propria formazione di giurista "interno"⁴⁵.

Ragionare sul metodo a partire dal rapporto tra comparazione e tempo non è allora soltanto funzionale a "spostare l'attenzione sulla ineludibile storicità di un canone interpretativo che fa leva sullo spessore culturale dei fenomeni costituzionali"⁴⁶, ma appare altresì fondamentale per illuminare (e rafforzare) la dimensione etica del gesto metodologico comparativo, riportandolo a una relazione di riconoscimento, che dalla storia (e dal tempo) riceve anzitutto la consapevolezza del carattere dinamico e mutevole delle identità e dei punti di vista che, attraverso la comparazione, entrano in relazione. L'immersione della relazione di riconoscimento così delineata nella dimensione storico-temporale ne rafforza, dunque, la funzionalità rispetto "alla liberazione dal provincialismo" e "alla tolleranza reciproca fra i popoli"⁴⁷.

Un'apertura esigente (e pienamente coerente) alla storicità delle esperienze giuridiche – e del metodo destinato ad analizzarle e a riflettere su di esse – impone così di adottare una "prospettiva dinamica" nel lavoro volto a "ordinare e razionalizzare" il dato dell'esperienza. Il metodo della comparazione, in questa chiave, non rinuncia alla considerazione dei profili dogmatici ma assume piuttosto la loro "storicità e relatività rispetto a quel determinato contesto sociale in cui essi si sono affermati", risalendo

⁴² M. Galizia, *Profili storico-comparativi della scienza del diritto costituzionale*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, 1963, p. 3 ss., 109.

⁴³ Secondo l'espressione di G. Gorla, *Diritto comparato*, cit., p. 941.

⁴⁴ Ivi, p. 930.

⁴⁵ Ivi, p. 932.

⁴⁶ P. Ridola, *I diritti di cittadinanza, il pluralismo e il tempo dell'ordine costituzionale europeo. Le tradizioni costituzionali comuni e l'identità culturale europea in una prospettiva storica*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 51 ss., 56.

⁴⁷ Così G. Gorla, *Diritto comparato*, cit., p. 933.

“alle matrici culturali e sociali dei singoli dogmi giuridici, delle differenti dottrine e delle stesse massime della giurisprudenza”⁴⁸.

Continuare a riflettere sul metodo – e qui, almeno a parere di chi scrive, sta l'utilità ultima del volume di Amico di Meane – non significa dunque necessariamente ricercare o elaborare prescrizioni idonee a delineare, una volta per tutte, certezze identitarie. Piuttosto, una volta accettata e assunta la necessaria vaghezza dei contorni della comparazione – perché necessariamente vaghe e continuamente mutevoli sono le esperienze e le relazioni, al tempo stesso oggetto e soggetto della comparazione – si tratta di alimentare e tener viva la “consapevolezza metodologica” (p. 363): la consapevolezza – cioè – del fatto che la complessità e l'intima pluralità delle esperienze non può che condurre ad accettare la possibilità di un *pluralismo metodologico*⁴⁹ come criterio di orientamento e di costruzione di relazioni trasformative con l'alterità giuridica. Ritorna allora con forza la metafora del “viaggio” come paradigma capace di orientare e in-formare il gesto comparativo: metafora potente – da Tocqueville⁵⁰ ad Ascarelli⁵¹, fino a Calvino⁵² – che mette al centro la persona del/la comparatista, la sua responsabilità e, infine, la sua sensibilità intesa come “disponibilità a rivedere il proprio punto di vista” ma anche come “capacità di immaginazione” e “conseguenza di una particolare cura verso l'altro, del percorso della scoperta del *diverso da sé*, che costituisce la motivazione primordiale al diritto comparato” (p. 370) o, meglio ancora, alla comparazione giuridica.

Angelo Schillaci – Professore associato di Diritto pubblico comparato, “Sapienza” Università di Roma (angelo.schillaci@uniroma1.it)

⁴⁸ Così A. A. Cervati, *A proposito del diritto costituzionale in una prospettiva storica e comparativa*, in Id., *Per uno studio comparativo del diritto costituzionale*, Torino, 2009, p. 1 ss., 2.

⁴⁹ Sul punto, cfr. anche R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Milano, 2018, specie p. 141 ss.

⁵⁰ Cfr. ancora P. Ridola, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, cit., p. 102-103.

⁵¹ Cfr. T. Ascarelli, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, cit., p. 513.

⁵² Si pensi soltanto, in via di suggestione, al valore del viaggio ne *Le città invisibili* (Torino, 1972) e in specie negli intermezzi narrativi e nei dialoghi tra Marco Polo e il Khan.

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.