

*Diritto Privato Comparato*  
*Collana a cura di Mario Serio*

# **GIURECONSULTI E GIUDICI**

## **L'INFLUSSO DEI PROFESSORI SULLE SENTENZE**

**I**

**Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi**

*a cura di*

**S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni**  
**L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

*Diritto Privato Comparato*  
*Collana a cura di Mario Serio*

---



# GIURECONSULTI E GIUDICI

## L'INFLUSSO DEI PROFESSORI SULLE SENTENZE

I

Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi

*a cura di*

S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni  
L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro, M. Serio



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0411-2

*Il presente volume è pubblicato nell'ambito del PRIN 2010-2011 «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle corti di vertice», al quale hanno partecipato le Università degli Studi di Bologna (Centro Studi sull'America latina), Camerino, della Calabria, Firenze, Napoli "Federico II", Padova, Palermo, Perugia, Piemonte Orientale, Pisa, Seconda Università di Napoli, Suor Orsola Benincasa, Torino, Verona e l'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del CNR.*

*Ha fruito dei contributi di pubblicazione del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino e del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## *Diritto Privato Comparato*

*Intitolare una nuova collana editoriale è compito dagli inevitabili riflessi evocativi, che si accompagnano a naturali scopi programmatici.*

*Perché dare il nome ad essa significa anche imprimervi il marchio di ciò che dalla collana gli studiosi della materia possono ragionevolmente attendersi e di ciò che essi non debbono sperare di ottenere, perché estraneo agli obiettivi editoriali.*

*Nel caso di questa collana di Diritto Privato Comparato, la scelta è orientata verso il polo negativo in misura forse maggiore che verso quello opposto, e cioè delle attese da soddisfare.*

*Il Curatore della collana esprime la consapevolezza di ciò che essa non è, della direzione che essa non prenderà.*

*Ed allora, cosa non essere, cosa non volere?*

*L'idea che ha mosso il Curatore è di adattare la neonata linea editoriale alla risistemazione didattica delle Facoltà Giuridiche Italiane ed alla connessa riemersione come insegnamento fondamentale del diritto privato comparato, in posizione almeno equiordinata rispetto agli insegnamenti sistemologici.*

*Dal tradizionale oggetto di questi ultimi e dal largamente condiviso metodo applicato al relativo studio è parso, pertanto, saggio distanziarsi per riapprodare a temi e criteri di ricerca non solo microcomparatistici nella dimensione ma anche ispirati alla tradizione di analisi di settori, istituti, figure dei diritti privati nazionali che suscitino l'interesse dello specialista in ragione, congiunta o alternativa, dell'importanza e profondità delle loro storiche radici e manifestino un grado equivalente di rilevanza in ordinamenti stranieri.*

*Così, la collana non si pone il problema della riducibilità del tema trattato nei singoli volumi ai modelli consegnati dalla sistemologia ma obbedisce alla stringente esigenza di dar conto dell'intrinseca meritevolezza scientifica della materia secondo la doppia legge del prestigio della sua tradizione e, non contraddittoriamente, dell'attualità del suo innesto in più ordinamenti civilistici comparativamente raffrontati.*

*Non si vuole, allora, fare delle opere da ospitare nella collana strumenti di verifica dei modi e delle forme della circolazione extranazionale degli istituti di cui essi si occupano né trarre da essi elementi di valutazione dei rapporti interordinamentali e della permanenza dei caratteri contraddistintivi delle famiglie giuridiche di appartenenza.*

*Non al "quomodo" si vuole guardare, ma al "quid": del primo, forse anche preminente, profilo si lascia con pari sentimenti di rispetto e di assenza di colpa al domain metodologico e didattico della sistemologia l'onore dell'analisi e della descrizione;*

*del secondo, si assume qui con entusiasmo e fiducia l'onere e lo studio minuto e capillare.*

*Sarebbe un deprecabile esercizio di astuzia fingere che le ragioni che in negativo hanno dato impulso a questo impegno editoriale non siano convertibili, e leggibili, in speculari ragioni che in positivo hanno contribuito alla stessa scelta e che si spera siano trasparse dalle brevi osservazioni precedenti.*

*Dipende forse dal punto di vista che si adotta nel giudicare il taglio della collana coglierne i caratteri salienti: non può, però, nascondersi il fatto, fino a questo punto della presentazione tenuto schiacciato nei confini dell'opportunità, che il doppio ordine di ragioni prima individuate trovi una genesi efficiente in vicende e tendenze proprie della comunità dei comparatisti italiani.*

*A tali vicende e tendenze la collana non vuole restare insensibile, né vuole apparire ingrata nei confronti dei loro precipitati umani e scolari: al tempo stesso, essa non ha l'intenzione di giocare una parte di comprimaria silente.*

*La vita della comparatistica italiana è ormai scandita, nel tempo, nello spazio, nei destini individuali ed accademici, dalle tappe di un processo culturale che è, a propria volta, figlio di un manifesto programmatico ed epistemologico, tanto acutamente redatto quanto perspicuamente pensato quanto, infine, zelantemente attuato fino al limite della rassegnazione alla sua immodificabilità.*

*Non conta qui identificare materialmente tale manifesto né richiamarlo contenutisticamente né individuarlo attraverso il fondamentale riferimento topografico.*

*Esso è, in fondo, divenuto un'astrazione e, come tutte le astrazioni che ambiscono ad iscriversi nel mondo delle idee innate, è avvertita come immanente alla comunità che da essa ed alla sua stregua trae in ogni senso disciplina.*

*Ciò che qui conta è la constatazione che il manifesto- astrazione, orgoglioso della sua scelta metodologica, non è sempre particolarmente proclive a studi mononucleari.*

*Al curatore di questa neonata collana è sembrato di avvertire un circolante desiderio che possa tornare a crescere l'erba su cui impiantare una nuova rete di studi e ricerche comparatistiche di taglio monografico.*

*In questo spazio la collana aspira, in punta di piedi e con l'ausilio della buona volontà dei più giovani, a collocarsi.*

Il Curatore



# Indice



	<i>pag.</i>
<i>Premessa dei curatori</i>	XIII
<i>Prefazione del curatore della collana</i>	XVII
 La fortuna delle citazioni dottrinali nella giurisprudenza e il loro studio comparativo  <i>Michele Graziadei</i>	
	1
 Parte I  Una ricerca inter-formanti: i dati  Corti, dottrina e società inclusiva: brevi annotazioni a partire dalla sintesi dei risultati della ricerca  <i>Elisabetta Palici di Suni</i>	
	5
1. Sintesi dei risultati della ricerca	7
2. Ragioni per citare, ragioni per non citare	13
3. Ipotesi sull'origine storico-culturale della contrapposizione: la dottrina tra Parlamento e giudici	15
4. Verso un riavvicinamento?	20
 Corti costituzionali, Corti supreme, Professori: le citazioni dottrinali nella giurisprudenza del mondo (con particolare riferimento all'America latina)  <i>Lucio Pegoraro, Giovanni Figueroa Mejía</i>	
	22
SEZIONE I. Premessa	22
1. Diritto comparato e Corti costituzionali	22
2. Dottrina e Corti costituzionali	24

	<i>pag.</i>
SEZIONE II. Il quadro mondiale	26
1. Premessa	26
2. Ordinamenti misti	27
2.1. Filippine	27
2.2. Israele	29
2.3. Repubblica sudafricana	30
2.4. Africa australe	31
3. <i>Commonwealth</i>	32
3.1. India	32
3.2. Canada	33
4. Area germanofona	34
4.1. Germania	34
4.2. Austria	34
5. Est europeo	35
5.1. Albania	35
5.2. Repubblica ceca	38
6. Islam	38
6.1. Marocco	39
6.2. Libano	39
7. Riflessioni interlocutorie	40
SEZIONE III. America latina	41
1. Premessa	41
2. Analisi dei singoli ordinamenti	42
2.1. Argentina	42
2.2. Brasile	44
2.3. Cile	45
2.4. Colombia	47
2.5. Costa Rica	49
2.6. Ecuador	50
2.7. El Salvador	52
2.8. Messico	53
2.9. Perù	55
3. Riflessioni interlocutorie	57
3.1. Dentro il Continente	57
3.2. Tra il Continente e fuori	68
SEZIONE IV. Conclusioni	69
1. Una lettura linguistico/sociologica	69
2. Una lettura filosofica	71
3. Una lettura comparatistica	74

## Parte II

## Profili metodologici del rapporto tra dottrina e giudici

## Il diritto nel futuro

*Rodolfo Sacco*

79

Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale.  
Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica*Sabino Cassese*

84

1. Il nazionalismo e il diritto comparato 84
2. Per un diverso paradigma comparatistico. La giustizia costituzionale 86
3. Le diversità dei contesti nazionali 88

Il confronto tra *Supreme Court* e dottrina inglese:  
un vento nuovo soffia a *Westminster**Mario Serio*

91

1. Ragioni e prospettive dell'istituzione della *Supreme Court of the United Kingdom* 91
2. L'attuazione dei propositi riformistici nel *Constitutional Reform Act* del 2005 93
3. Il nuovo stile della *Supreme Court* 95
4. I primi anni di vita della *Supreme Court*: tendenze nuove e consolidamento delle precedenti in tema di rapporti tra giurisprudenza e dottrina 99
  - 4.1. Il caso *Evans* del 2015 99
  - 4.2. La rilevanza della dottrina nelle sentenze della *Supreme Court* 101
    - 4.2.1. Il caso *Assange* del 2012 102
    - 4.2.2. Il caso *FHR European Ventures* del 2014 103
  - 4.3. Il caso *Montgomery* del 2015 104
  - 4.4. Il caso *Rhodes* del 2015 105
  - 4.5. I casi *Cox* e *Mohamud* del 2016 108
5. Trattati conclusivi 110

	<i>pag.</i>
<b>Quando la dottrina si fa giurisprudenza</b>	
<b><i>Antonino Procida Mirabelli di Lauro</i></b>	<b>113</b>
1. Il ruolo del giudice, del dottore e (la duplice funzione) del comparatista nell'ambito di uno studio volto a tracciare gli itinerari della dottrina e del suo impatto sulle Corti di vertice. La variabilità del problema in funzione delle fonti, della loro gerarchia e dei metodi interpretativi, ma anche dello stile delle sentenze e delle varie forme letterarie. Il crescente ricorso della giurisprudenza alla comparazione e l'esigenza di controllare la correttezza sintattica del trapianto anche attraverso la sua "contestualizzazione" alle caratteristiche storiche e morfologiche dei diversi sistemi	114
2. Il silenzio apparente di alcuni diritti continentali quale espressione di un crittotipo che affonda le sue radici nella tradizione post-illuministica. L'oggetto e il metodo della ricerca. L'inversione dei termini dell'attuale dibattito sulla «giurisprudenza che si fa dottrina». I settori nei quali l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice è stato, di recente, particolarmente significativo	119
3. Il ruolo <i>leader</i> della dottrina tedesca nelle "scoperte giuridiche" in tema di obbligazione. La circolazione trans-sistematica di alcuni modelli dottorali e l'esigenza di privilegiare, rispetto all'approccio dogmatico, la comprensione storico-comparativa delle ragioni della loro esistenza	124
4. La "connessione" funzionale delle obbligazioni di <i>sécurité</i> alla prestazione e la loro autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni <i>strictement contractuelles</i> . La contrapposizione, in Francia e Germania, tra le concezioni pluralistica e unitaria dell'obbligazione e la diversa posizione rispetto agli obblighi di protezione "puri" o "isolati". Le ragioni della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania, con riferimento anche al sistema di responsabilità delittuale	128
5. L'ambigua nozione di "contatto sociale", quale fonte di obblighi di prestazione, non di protezione, e la sua contrapposizione all'idea di "contatto negoziale". La responsabilità da <i>status</i> professionale nell'ambito di una disciplina unitaria degli ausiliari del debitore (art. 1228 c.c.)	133
6. Dalla teoria dell'"obbligazione senza prestazione" alla pragmatica della "prestazione senza obbligazione". La "specificità" della <i>culpa in contrahendo</i> e il suo possibile inquadramento nell'area della responsabilità contrattuale. L'esplorazione delle prestazioni "non dovute" come fonte di obblighi di protezione. La ricostruzione dei rapporti "di cortesia" all'interno di un paradigma relazionale	137
7. Il carattere strumentale e rimediabile delle obbligazioni di <i>sécurité</i> . L'analogo ruolo svolto dagli obblighi di protezione: in particolare, il superamento delle incongruenze in tema di responsabilità degli ausiliari (§§ 278 e 831 BGB) e le mutazioni dell'obbligazione sanitaria tra "mezzi" e "risultato"	143

pag.

8. <i>Segue</i> . La critica dell'obbligazione di <i>sécurité-moyens</i> e il suo collegamento con i rimedi delittuali fondati su regole di responsabilità oggettiva (art. 1384, primo comma). Le proposte ispirate al regime del concorso o alla "decontrattualizzazione" delle obbligazioni di <i>sécurité</i> . La riforma del diritto dei contratti introdotta con l' <i>Ordonnance</i> n. 2016-131 del 10 febbraio 2016	145
9. Il ruolo primario degli obblighi di protezione "connessi" e il problema della loro distinzione dagli obblighi di prestazione nell'ambito di un'idea dell'obbligazione quale "struttura unitaria funzionalmente orientata". Le difficoltà della partizione tra <i>leistungsbezogene Nebenpflichten</i> e <i>nicht leistungsbezogene Nebenpflichten</i> al fine di individuare il tipo di rimedio esigibile. L'impraticabilità dell'approccio dogmatico-tassonomico e l'adozione di un metodo ispirato alla scelta del rimedio (risarcitorio o in forma specifica) in concreto esigibile	151
10. La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione e di responsabilità alle esigenze storiche e alle caratteristiche sistemologiche di ciascun diritto. Il fenomeno dell'"equivalenza" e della "simmetria" dei regimi di imputazione della responsabilità in ambito delittuale e contrattuale. Il superamento della partizione e l'unificazione dei modelli di responsabilità nell'itinerario che conduce dalla colpa alla <i>strict liability</i>	158
11. <i>Considerazioni conclusive</i> . "Prestigio" (dell'autore) e "interesse" (da tutelare) nella ricezione della dottrina da parte delle Corti Supreme. Alcuni casi emblematici: la teoria delle violazioni positive del contratto, la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato", l'interpretazione dell'art. 1384, primo comma, <i>code civ.</i> e il principio del <i>non-cumul</i> , il "nuovo" <i>Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i> e l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione	167
12. <i>Segue</i> . Il ruolo paradigmatico della responsabilità civile nella descrizione delle vicende circolatorie tra dottrina e giurisprudenza. Alcuni esempi che dimostrano come le Corti si ispirino, nella ricezione di una dottrina (non sempre <i>savante</i> , ma spesso <i>militante</i> ), ad una valutazione teleologica che è funzionale a tutelare un determinato interesse, sulla base di un proprio ed autonomo disegno di <i>policy</i> e delle peculiari caratteristiche sistemiche che sono proprie di ciascun diritto	173
<b>La formazione del precedente nella giurisprudenza e l'apporto della dottrina</b>	
<b>Giovanni Amoroso</b>	
1. Principio di diritto e norma di legge	178
2. Il vincolo interpretativo per il giudice di rinvio	180
3. L'eguaglianza davanti alla legge e l'"unità del diritto oggettivo nazionale"	181
4. La forma "debole" della regola dello " <i>stare decisis</i> "	183
5. In particolare il vincolo negativo del principio di diritto affermato dalle sezioni unite	183
6. L'apporto della dottrina	185

	<i>pag.</i>
Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations	
<i>Denis Mazeaud</i>	188
1. Introduction	188
2. La doctrine sans influence	190
3. La Cour de cassation sous influence	191
3.1. Coopération officielle	192
3.2. Coopération officieuse	196
<i>Gli Autori</i>	199



## Premessa dei curatori



La lettura di questo libro va accompagnata a quella parallela del volume “La dottrina nella giurisprudenza: oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia”. Entrambi appaiono col titolo comune *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, se pure in distinte collane pubblicate dall’Editore Giappichelli di Torino. Li unifica il tema studiato, come pure la comune ispirazione. La stessa che sta alla base di altre opere, già pubblicate o prossime alla pubblicazione, che hanno per oggetto l’uso della dottrina da parte delle corti di vertice: la parte monografica dell’*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2015*, su “Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)”; il libro a cura di P. Passaglia *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina – Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine* (Ed. Scientifica, Napoli, 2015); quello curato da S. Ragone su *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española* (Cepc, Madrid, 2015); il volume di L. Pegoraro e G. Figueroa Mejía (eds), *Profesores y Jueces. Influxos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica* (Suprema Corte de la Nación, México, 2016); come pure vari altri contributi dedicati ad aree specifiche (ad es.: G. Aguilar Cavallo, I. Díaz, C. Moro, L. Pegoraro, R. Poblete, C. Salas, M. Yáñez, *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Universidad de Talca-Cecoch, Santiago de Chile, 2015, o C. Landa, J.C. Díaz Colchado, *Informe Perú: proyecto de citas doctrinales*, in *Pensamiento constitucional* n. 20/2015). Altri ancora seguiranno a breve.

Cosa giustifica l’interesse per il tema? Sino a ieri, gli studiosi si erano preoccupati prevalentemente del “dialogo” tra giurisdizioni, interno al formante giurisdizionale (Drobnig e van Erp, Somma, Gambaro, Andenas, Fairgrieve, de Vergottini, G.F. Ferrari, Groppi, Ponthoreau, Mélin-Soucramanien, e via via molti altri); qualche volta, con una certa confusione tra citazioni “orizzontali”, ossia tra Corti dello stesso livello, e citazioni “verticali” – ovvero tra Corti internazionali/regionali e Corti interne – che menzionano soluzioni esterne non già per trarne ispirazione, ma solo perché devono applicare un diritto “superiore”. Né mancano pubblicazioni che vertono sui rapporti e gli influssi reciproci tra parlamenti (Scaffardi, Decaro, Lupo), e persino sull’uso della dottrina da parte della dottrina (ad es., Markesinis).

Dialoghi infra-formanti, dunque. La novità di questi libri è che, invece, essi affrontano il tema della circolazione da una prospettiva diversa: quella delle relazioni inter-formanti. Ma non è l’unica. L’interesse strategico per la comunità scientifica (ma pure per i formanti “dinamici” – legislatori e giudici) è dovuto anche ad altre ragioni, che in poche righe passiamo a illustrare.

Lo studio delle citazioni dottrinali da parte dei giudici (come quello, ancora quasi

immacolato, delle citazioni giurisprudenziali o dottrinali da parte del legislatore), si colloca al crocevia di molteplici speculazioni, e come dall'*Etoile* di Parigi permette di gettare lo sguardo verso tante e diverse direzioni, di fare chiarezza su molte presupposizioni infondate, di confermare tendenze già percepite, ma non suffragate da dati empiricamente raccolti ed esposti, di smentire alcune credenze diffuse eppure prive di fondamento.

a) In primo luogo, dà ragione (una volta tanto) al legislatore italiano, che con lungimiranza, e al pari di quanto accade in altri paesi, ha voluto tenere ben distinta, a fini accademici, la scienza della comparazione dallo studio dei diritti nazionali. La ricerca rafforza l'idea (condivisa da quasi tutti i comparatisti, ma osteggiata da molti pubblicisti "interni") che gli studiosi di diritto nazionale sono tali e restano tali quando si occupano di diritto straniero, come pure quando si dedicano a illustrare per l'estero (o all'estero) le ricerche di diritto interno. Di più: tali operazioni di decontestualizzazione possono essere dannose (in termini logici, non solo politico-ideologici) se non hanno il supporto di una adeguata base comparatistica. Parimenti dannosa, negli stessi sensi, è la acritica ricezione di *input* provenienti da fuori, da parte della dottrina autoctona, come pure tali operazioni sono foriere di cattive recezioni da parte della legislazione e della giurisprudenza. Con una metafora: il fatto di studiare lo stesso organo – il cervello – non fa della neurochirurgia, della psichiatria, della psicologia un'unica scienza [Cfr. L. PEGORARO, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2013, trad. sp. *Comparación y globalización (las categorías del Derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del Derecho comparado)*, in L.R. GONZÁLEZ PÉREZ, D. VALADÉS (eds), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje A Jorge Carpizo*, Unam-Iij, México, 2013, e in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 14, 201.; Id., *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in *Diálogos de Saberes*, n. 43, Julio-diciembre de 2015, destinato agli *Studi in onore di A. Gambaro*]. Specularmente, rinvigorisce le sinergie tra studiosi di formazione privatistica e ricercatori dedicati al diritto pubblico o costituzionale, uniti nella curiosità e nel metodo, e da categorie comuni.

b) La ricerca dà inoltre un fiero colpo alla presunzione di autosufficienza del diritto per risolvere i casi: si tratti di bioetica o di antropologia, di dottrine politiche o di scienza politica o di medicina o di psicologia, la logica giuridica, da sola, non sempre riesce a comporre i conflitti. Ha bisogno dell'apporto di altre scienze, e spesso le usa, valendosene quando occorra nelle citazioni giurisprudenziali. Essa alla fin fine testimonia l'umiltà dei giudici, e la loro consapevolezza che temi come quelli di proprietà (quando sono in ballo questioni indigene), di embrioni (in casi di fecondazione assistita, ecc.), di propaganda politica, di affidamento di minori, e via dicendo non hanno soluzione se l'argomentazione non è confortata dalle acquisizioni di discipline diverse dal diritto. Ciò stimola ulteriori approfondimenti su cosa sia, oggi, il metodo giuridico, per non dire degli interrogativi su come si debba intendere la stessa parola "diritto".

c) Lo studio conferma inoltre – se mai ce ne fosse stato bisogno – la stretta interrelazione tra le varie componenti del diritto. I giudici si valgono della legislazione (né

potrebbe essere altrimenti); fanno riferimenti, con fini spesso diversi, alla giurisprudenza (autoctona o straniera); ma usano altresì copiosamente, anche se talora in modo criptico, la dottrina, che ne alimenta le argomentazioni. Lo fanno, prevalentemente, cercando di “allineare” formanti a volte scomposti, che viaggiano a diverse velocità, ma nell’anelito di dare unità all’ordinamento cui si riferiscono.

d) D’altro canto, i risultati esposti nei due volumi, oltre che nelle altre pubblicazioni citate sopra, testimoniano la crisi del *reasoning* giudiziale, imputabile prevalentemente alla globalizzazione, e il conflitto anche culturale in atto. Da una parte, continuano a prevalere quasi ovunque le citazioni dottrinali “interne”, che testimoniano l’approccio necessariamente positivisticò e dogmatico dei giudici supremi, chiamati a dare applicazione alle disposizioni del loro ordinamento; dall’altra, è sempre più massiccio ovunque (salvo in alcuni ordinamenti che si considerano “eccezionali”, come Stati Uniti e Svizzera) l’apporto della dottrina non autoctona: ciò conferma la circolazione di principi comuni, ma anche, a volte, l’accostamento acritico della giurisprudenza, che come la dottrina copia e incolla, senza porsi il problema della compatibilità.

Qui entra in gioco il ruolo della dottrina comparatistica: scarsamente citata dai giudici costituzionali e supremi, in quanto poco utile a risolvere i singoli casi concreti, essa tuttavia assolve a un ruolo strategico di controllo nella produzione dottrinale e giurisprudenziale mondiale. Sono i comparatisti, infatti, ad avvertire gli studiosi dei diritti interni, e alla fine i giudici, che non tutto ciò che vale in un sistema o in un singolo ordinamento può funzionare in un altro.

Come l’Isis, distruggendo Palmira, distrugge la memoria, così chi induce a dimenticare la memoria, oppure è convinto che la sua memoria sia l’unica giusta, si rende complice delle conquiste nelle guerre di esportazione: guerre non solo dottrinali o accademiche, ma anche vere, dato che, spesso, esse sono giustificate proprio sotto lo slogan della difesa di concetti inespportabili (democrazia, diritti, federalismo, sovranità popolare ...). Forse nel breve periodo le guerre riescono a produrre gli effetti voluti, ma alla lunga i trapianti di istituzioni e concetti estranei determinano reviviscenze dei crittotipi culturali, se non eventi reattivi ben più gravi. (Basti pensare al risorgere dell’Islam dopo l’imposizione del diritto socialista nel sud dell’ex Urss, una volta caduto il muro di Berlino, o più recentemente alla destabilizzazione in Medio Oriente e Africa, coi connessi fenomeni migratori, o alle rivolte delle *banlieu*, o ancora, almeno, al rifiuto del neo-liberismo e alla rivendicazione di modelli nuovi di costituzionalismo attento alle tradizioni.)

Posti al crocevia tra diritti nazionali e diritto globale, tra formanti legislativo, giurisprudenziale e dottrinale, tra diritto pubblico e privato, tra diritto e altre scienze, i due libri sull’influsso dei professori sulla giurisprudenza delle corti di vertice testimoniano l’importanza del diritto comparato, che continua a proporsi come disciplina autonoma, vocata al ruolo di guardiano dei giudici, e attraverso di essi di custode del legislatore e di osservatore critico delle dottrine interne, che manifestino pretese di universalità.

I curatori





## Prefazione del curatore della collana



La collana si arricchisce di una nuova e prestigiosa (in ragione delle presenze dei principali contributori) raccolta di recenti scritti, tutti ravvivati dalla comune vena comparatistica in senso metodologico.

In particolare, il volume ospita una pluralità di saggi, provenienti da autori, italiani e stranieri, appartenenti sia al mondo accademico sia a quello delle professioni legali, che – conformemente al progetto finanziato con fondi ministeriali nell’ambito del programma PRIN – hanno esplorato in forma empirica – e, quindi, mediante minuziose indagini svolte nel corpo dei provvedimenti di giustizia – lo spazio riservato nelle giurisdizioni nazionali globalmente intese al recepimento delle idee, delle teorie, delle opinioni, dei suggerimenti della dottrina dei propri paesi nonché internazionale. E ciò, al fine di ricavare preziosi strumenti valutativi circa la forza dell’impatto dottrinario nel generale assetto ordinamentale considerato.

La ricerca trova più d’una ragion d’essere: due, specialmente, sveltano. In primo luogo quella, riconducibile alla vocazione comparatistica che esplicitamente la anima, costituendone presupposto, consistente nell’ampliamento dell’oggetto della conoscenza di ordinamenti stranieri e dei loro meccanismi di concreto, quotidiano funzionamento: l’atteso, e non nascosto, corollario di questo impegno epistemologico va poi indicato nell’ulteriore verifica circa l’applicabilità dei risultati raggiunti nelle diverse esperienze sistemiche nella cornice del diritto interno. Questa aspirazione, di chiara origine Gorliana, guadagna maggior credito se di essa si tenta l’innesto in un tessuto normativo, come quello italiano, che per eterogenei motivi (tutti, comunque, incentrati sulla pretesa intangibilità “*ab externo*” della trama del diritto scritto e sulla necessaria preservazione dalle contaminazioni che altrimenti ne deriverebbero) impedisce l’adozione espressa del dialogo tra dottrina e giurisprudenza come base fondativa o consolidativa dei provvedimenti giurisdizionali.

Un’altra ragione, dai notevoli risvolti psicologici, consiste nella volontà di riscatto dei giuristi teorici da un diffuso e frustrante senso di irrilevanza nello sviluppo delle varie dimensioni del fenomeno giuridico, che sempre più tende a reputarsi come frutto dell’opera giurisprudenziale ed anche delle altalenanti stagioni politiche. In un certo senso, si rivela rinfrancante, anche sul piano autoestimatorio, per lo studioso apprendere che, a casa propria o all’estero, la sua attività di ricerca e speculativa è non solo capace di lasciare segni graficamente percepibili nelle sentenze ma viene promossa al rango di argomento in tutto o in parte decisivo nell’economia della singola fattispecie giudizialmente vagliata. È del tutto ovvio che la moltiplicazione dei casi e dei sistemi giuridici in cui una simile possibilità è ammessa o favorita serva ad affinare il livello delle analisi teoriche, soprattutto orientandole ad assumere una prospetti-

va pratica, e a rendere i relativi autori maggiormente responsabili in quanto consapevoli che da esse può dipendere uno specifico esito processuale. E questo acuito senso di proporzione della ricerca teorica rispetto alla sua concreta utilizzazione è certamente idoneo alla repressione della tendenza agli “astratti furori” dogmatici, di Vittoriniano conio, che molto e spesso hanno condizionato il negativo e non isolato giudizio di asintonia con i problemi reali della donna e dell’uomo della dottrina giuridica.

Il campionario che si offre nel volume è vasto e geograficamente spazioso. Questo offre la varietà delle possibili soluzioni attuate dalle concrete esperienze ordinamentali straniere al fine di porre in comunicazione professori e giudici: talvolta si tratta di dialoghi palesi e diretti, talvolta è necessario paludare il confronto attraverso artifici o finzioni, diretti ad eludere divieti normativi del tipo di quello posto dall’art. 118 disp. att. c.p.c. italiano. Altre volte ancora traspare nel contesto della motivazione della sentenza la precisa esigenza del Giudice di trovare il conforto dottrinario per superare il gravoso travaglio decisionario, quasi rinvenendo una sorta di polizza assicurativa – fondata sull’autorità dottorale – contro lo spettro dell’errore: i primi anni di vita della *Supreme Court* del Regno Unito sembrano testimoniare circa la grande attenzione da essa prestata agli orientamenti dogmatici anche stranieri.

In conclusione, lo spirito che circola nei vari scritti, e fornisce il necessario alimento culturale al volume, è quello che inneggia all’alleanza tra i vari fattori formativi degli ordinamenti giuridici e incoraggia alla speranza che volgano al tramonto le dannose stagioni dell’autocrazia culturale nel mondo del diritto.

Palermo, giugno 2016.

Mario Serio  
curatore della collana



## La fortuna delle citazioni dottrinali nella giurisprudenza e il loro studio comparativo



*Michele Graziadei*

1. Il diritto regola la vita sociale in vari modi, e può a sua volta essere studiato da diverse angolazioni.

Per parte sua, la comparazione giuridica si è collocata da tempo sul terreno della ricerca empirica, legando le proprie sorti al medesimo canone metodologico che governa la ricerca storica e sociale: *verum ipsum factum*. Questa scelta metodologica ha aperto alla nostra disciplina la possibilità di cogliere quanto il diritto sia frutto di decisioni politiche e di bisogni radicati nell'ambiente locale, quanto sia invece il portato di movimenti diffusi su più larga scala, quanto sia "costruito", attraverso pratiche discorsive, ideologie, rappresentazioni, classificazioni, distinzioni e concetti, e quanto invece sia vissuto implicitamente, attraverso le più varie esperienze.

La ricerca empirica condotta attraverso la comparazione nel campo delle scienze giuridiche ha dunque ormai guadagnato terreno su molti fronti. Tuttavia la ricerca empirica in campo giuridico è prevalentemente di carattere qualitativo, mentre la ricerca quantitativa nel nostro ramo del sapere rimane in larga misura un problema aperto.

Giungere a concludere se una particolare norma (o costellazione di norme) determina un certo effetto sociale o economico non è sempre possibile, né agevole. Per affrontare il problema in modo fruttuoso è necessario circoscrivere in primo luogo quali aspetti del diritto possono essere adeguatamente indagati con metodo quantitativo, e quali invece non si prestano affatto, o si prestano male, a un'indagine di questo genere.

Tanto più una determinata norma persegue scopi complessi, tanto più sarà difficile calibrarla in relazione ad essi, e quindi misurarne l'impatto in termini di effetti misurabili attraverso strumenti quantitativi. Anche per questo, si propone ora di procedere in alcuni ambiti con una regolazione che aspira ad essere minimamente invasiva dell'autonomia del soggetto, attraverso rinforzi positivi, e stimoli non coercitivi.

Sarebbe fuor di luogo tentare di offrire in questa sede una sorta di mappa di questo territorio accidentato e in buona misura tuttora inesplorato. Come viatico per chi intende percorrere l'itinerario intellettuale destinato a condurre in questa direzione, si può ricordare che i modelli di cui disponiamo per studiare la relazione tra le norme

giuridiche e i loro effetti non sono completamente assestati. L'analisi della razionalità umana mette in luce vari aspetti controintuitivi, gli atteggiamenti cognitivi dei soggetti sono variabili, in rapporto alle diverse esperienze culturali, il diritto è a sua volta un fenomeno molto vario, e non è affatto certo che i modelli disponibili per studiarne una componente abbiano valenza universale. Inoltre, le misurazioni quantitative pongono di per sé vari problemi di metodo. Tutti questi fattori rendono ardua la ricerca condotta con strumenti quantitativi in ambito giuridico.

Nondimeno, vi sono ormai vari studi quantitativi condotti su larga scala con successo, in relazione a problemi maggiori. Il filone di ricerche che tramite la comparazione cerca di misurare in termini quantitativi il funzionamento della macchina giudiziaria appare ormai sufficientemente robusto e costituisce un classico esempio in proposito. Nuove indagini quantitative, destinate a rappresentare punti di riferimento importanti, si trovano nel campo dell'attuazione dei diritti umani, di cui l'accesso alla giustizia rappresenta una componente essenziale. Sono terreni di elezione di indagini di questo genere il diritto *antitrust* e il diritto ambientale, per ragioni intuitive. D'altra parte, la spinta ad approfondire in generale lo studio delle relazioni tra le norme giuridiche e la performance economica ha costituito a suo volta un potente incentivo all'elaborazione e all'approfondimento di indagini di questo tipo, con esiti che hanno talvolta dato luogo ad accese discussioni.

2. L'indagine svolta dai componenti del progetto nazionale di ricerca, i cui risultati sono presentati in questo volume, come pure in altre pubblicazioni parallele, tra le quali si segnala l'*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2015*, ha forte carattere di novità, proprio per il ricorso su larga scala a una combinazione di metodi qualitativi e quantitativi.

Lo scopo di questo breve scritto, redatto da chi non ha fatto parte della qualificata schiera di studiosi italiani e stranieri che si sono messi al lavoro sul tema, è di collocare la ricerca sullo sfondo della riflessione più ampia dedicata nei decenni passati alla giurisprudenza nella prospettiva della comparazione. L'intento è quello di illustrare meglio le ragioni per cui i risultati complessivi della ricerca rappresentano una svolta nel panorama internazionale.

3. Nell'ultimo secolo, gli studi di diritto comparato hanno dedicato una costante attenzione allo stile delle sentenze, scegliendolo a più riprese come oggetto di indagine a sé stante. Questa attenzione si deve soprattutto allo sforzo iniziale compiuto dalla comparazione giuridica per classificare i sistemi giuridici secondo criteri destinati ad individuare caratteristiche omogenee condivise. Lo stile della giurisprudenza è, infatti, tra gli elementi che possono servire a distinguere alcuni dei tratti propri dei diversi sistemi giudiziari, e quindi molti aspetti salienti della vita del diritto in ogni Paese. È noto che la motivazione della sentenza resa in uno stile impersonale si ritrova nei sistemi in cui il giudice viene selezionato attraverso un concorso pubblico aperto ai giovani laureati, che vivranno normalmente come giudici tutta la propria vita professionale. Viceversa, laddove il giudice è un personaggio che, prima di far parte

del giudiziario, si è già distinto in altra veste, come avvocato, o giurista, lo stile della motivazione è normalmente più personale, e l'opinione dissenziente del componente del collegio è di regola ammessa. A loro volta, queste distinzioni affondano le proprie radici nei diversi itinerari che hanno segnato l'evoluzione storico-politica dei sistemi giudiziari nel mondo dell'Europa continentale, e nell'ambiente di *common law*. Si può affermare tranquillamente che alcuni dei saggi più celebri nella letteratura comparatistica dell'ultimo secolo siano stati scritti su questi argomenti. Lo studio del tema ha messo in luce come lo stile giudiziario evolva anche all'interno di un determinato sistema giuridico, in rapporto ad una varietà di fattori. Così, nel mondo anglo-americano si colgono trasformazioni dello stile giudiziario legate alla trasformazione del ruolo del giudice nell'arco dei secoli e dei decenni più recenti.

Attualmente, il filone di studi comparativi dedicato allo stile giudiziario si è rinnovato grazie a ricerche approfondite. Esse hanno cercato di penetrare oltre l'immagine ufficiale del sistema giuridico legata alle singole esperienze nazionali. Si trattava in particolare di correggere l'idea secondo cui, nel quadro di un diritto codificato, il giudice rifugge da analisi di *policy*, e ha un ruolo meno creativo di quello che compete al giudice in ambiente di *common law*. Inoltre, l'analisi dello stile giudiziario di organi come la Corte europea di Giustizia e la Corte penale internazionale, i cui collegi sono costituiti da membri provenienti esperienze professionali e da ambienti culturali diversi, ha messo in luce la possibilità di modi giudiziari ibridi, legati a motivazioni cui danno il proprio apporto giudici di diversa estrazione.

4. Lo sforzo comparativo diretto a caratterizzare lo stile giudiziario che si manifesta in ambito nazionale, o in sede internazionale o sovranazionale, è stato affiancato più recentemente dalle tendenze a studiare le reciproche influenze tra le Corti, con particolare riguardo alle Corti di vertice.

È il filone di studi catturato dalla figura del "dialogo tra le corti" condotto attraverso le frontiere nazionali. La metafora del dialogo è utilizzata per alludere a una realtà complessa, caratterizzata da notevoli asimmetrie. Il dialogo cui gli studiosi rivolgono attenzione talvolta si svolge su un piano di parità, più spesso matura nel quadro di rapporti di forza, segnati da varie disequilibranze.

Nell'ambito dell'Unione Europea il dialogo tra le Corti è una necessità. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, infatti, proclama il vincolo dell'Unione al rispetto dei diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto dell'Unione, mentre le Corti nazionali sono a loro volta tenute a dare corretta applicazione ad esso.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo stabilisce un terreno comune agli Stati membri del Consiglio d'Europa circa il rispetto dei diritti fondamentali; inoltre, essa rappresenta un punto di riferimento importante per la stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea, quando quest'ultima si pronuncia su una questione che attiene alla salvaguardia dei diritti fondamentali nel quadro del diritto dell'Unione Europea. Sulla scorta di questa premessa, il bisogno di conoscere la giurisprudenza delle Corti che, nei Paesi europei, interpretano i medesimi testi è quanto mai viva, e si moltiplicato gli studi trasversali, su singole materie, dedicati all'esame in

chiave comparativa delle varie esperienze nazionali al riguardo.

L'impulso a studiare le occasioni in cui una Corte considera gli orientamenti espressi da un'altra Corte sulla medesima questione non trae vigore unicamente dall'assetto e dalla dinamica delle istituzioni europee.

In realtà il tema è più ampio: il "dialogo" di cui ci stiamo occupando attraversa ormai l'ordine giuridico internazionale, e fa avanzare l'ipotesi di un incipiente costituzionalismo globale. Siamo in presenza della proverbiale punta dell'*iceberg* che, sotto il pelo dell'acqua, cela tendenze profonde dell'ordine giuridico attuale. La giustizia costituzionale, fenomeno che si è sviluppato lungo tutto l'arco del ventesimo secolo su scala mondiale, è al centro di questa vicenda. Il potere rimesso al giudice costituzionale apre, infatti, alla possibilità di rivedere le scelte compiute dal governo e dal parlamento in nome della sovranità popolare. Per via di questa sua natura, tuttavia, essa richiede di essere sostenuta da un consenso e da ragioni che non sono interamente catturate dal riferimento alla sovranità popolare. Questo dialogo si alimenta dalla consapevolezza che molti problemi affrontati dal giudiziario hanno carattere non puramente nazionale. Quando si tratta, ad esempio, di decidere quali scelte possono segnare il percorso di fine vita di un paziente in coma irreversibile, oppure di stabilire se l'unione di due persone del medesimo sesso venga protetta dal diritto, il caso che si presenta al giudice appartiene ad una costellazione di ipotesi che frequentemente può presentarsi qui come altrove. Da qui la consapevolezza che le ragioni che valgono qui, possono talvolta valere altrove, e viceversa. Naturalmente, nulla in questa dinamica è scontato: non sappiamo se la Corte – o un suo esponente – riterrà sufficienti quelle ragioni, o le respingerà con argomenti che possono essere variamente articolati, ovvero più o meno recisi, in termini di apertura cosmopolitica, o di chiusura nazionalista. Certo è che una Corte che ignora quanto avviene altrove ha una visione limitata dell'evoluzione del diritto, che non si esaurisce nel contesto nazionale.

5. L'indagine comparatistica intorno al "dialogo" tra le Corti che è stata condotta negli ultimi trent'anni con sagacia e con passione non ha tuttavia messo a fuoco il tema dell'apporto della dottrina alla decisione giudiziale. L'attenzione è tutta andata – forse comprensibilmente – ai *patterns* di citazione riguardanti il materiale giurisprudenziale. Comprensibilmente, aggiungo, perché la letteratura sul dialogo giudiziale – salvo eccezioni significative (e qui la mente corre a lavori antesignani e precorritori, come il saggio di Gorla del 1973 sul ricorso alla *lex alii loci* da parte delle corti di antico regime) si è sviluppata principalmente dapprima in ambiente anglofono, con riferimento esclusivo alla circolazione dei precedenti giurisprudenziali, o in ambito politologico, vale a dire in sede di analisi di dinamiche istituzionali. Nessuno però ignora che nella decisione giudiziaria entrano le ragioni dei dottori, degli studiosi di altre discipline, talvolta dei letterati. Pertanto una ricerca che ambisca a cogliere i fattori che orientano la decisione giudiziaria nel mondo di oggi non poteva esimersi dal controllare quale impatto abbiano le ragioni dei dottori nella formazione del diritto giurisprudenziale, vuoi all'interno delle frontiere nazionali, vuoi di là di esse, su scala planetaria.

Parte I  
Una ricerca inter-formanti: i dati





# Corti, dottrina e società inclusiva: breve annotazioni a partire dalla sintesi dei risultati della ricerca



*Elisabetta Palici di Suni*

SOMMARIO: 1. Sintesi dei risultati della ricerca. – 2. Ragioni per citare, ragioni per non citare. – 3. Ipotesi sull'origine storico-culturale della contrapposizione: la dottrina tra Parlamento e giudici. – 4. Verso un riavvicinamento?

## 1. Sintesi dei risultati della ricerca

Nell'*abstract* del progetto di ricerca su «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice» si riassumevano con queste parole il significato e la finalità dell'indagine: «La cultura giuridica in Europa è un fondamentale fattore di inclusione, che favorisce influenze reciproche, superando parrocchialismi e deficit di comunicazione e consentendo la diffusione di strumenti giuridici atti a diffondere e rafforzare la protezione di diritti quale discende dalle tradizioni costituzionali comuni, dalla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. La dottrina promuove la circolazione delle idee e la comparazione tra le soluzioni prospettate nei diversi ordinamenti, favorendo un più elevato livello di protezione dei diritti. La ricerca intende soffermarsi sull'influenza che la dottrina, attraverso l'elaborazione del pensiero giuridico e la sua potenziale apertura alle esigenze sociali, esercita sulla giurisprudenza delle Corti internazionali, sovranazionali e nazionali».

L'obiettivo della ricerca era pertanto quello di misurare tale influenza, verificando se e quanto la dottrina viene citata o comunque tenuta in conto durante la redazione delle decisioni nelle Corti dei Paesi europei ed extraeuropei presi in considerazione<sup>1</sup>.

Il campo di indagine è stato suddiviso tra le varie unità della ricerca, alle quali sono stati assegnati singoli Paesi o aree geografico-culturali (*common law*, area francofona, area germanofona, area mediterranea e dei Paesi arabi, area ex-sovietica, area latinoamericana), nonché Corti transnazionali.

---

<sup>1</sup> Un'illustrazione delle finalità della ricerca assai più ampia ed approfondita di questa mia breve sintesi può rinvenirsi in PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, Esi, Napoli, 2015, p. 5 ss.

La maggiore difficoltà della ricerca consisteva nelle enormi diversità che si riscontrano in questo ambito: Corti che citano e Corti che non citano, Corti che citano molto e Corti che citano poco, Corti che citano in modi e per motivi assai differenti.

Da una parte si trattava dunque di raccogliere i dati in modo più omogeneo possibile, per poter confrontare l'operato delle Corti negli ordinamenti considerati, individuando una griglia comune che superasse le diversità.

Dall'altra occorreva però analizzare in modo approfondito il rapporto tra dottrina e giurisprudenza come si manifesta nei singoli casi, anche al di là dei dati numerici.

Sotto il primo profilo uno dei risultati più significativi della ricerca è stata la creazione di un apposito data base in cui immettere i dati relativi alle sentenze esaminate dalle varie unità (<http://godel.ittig.cnr.it/corti/index.php?login>)<sup>2</sup>.

I dati sono stati raccolti per Paese, per oggetto della decisione (diritto penale, civile, costituzionale e così via), per tipo di citazione (esplicita, implicita o indiretta), per giudice relatore, per giudice autore di opinione concorrente o dissenziente, per decisioni censite.

Oltre alla raccolta dei dati, le diverse unità hanno esaminato la realtà dei rapporti fra dottrina e giurisprudenza negli ordinamenti analizzati: ne è emerso un quadro complesso e molto variegato.

La giurisprudenza delle Corti europee<sup>3</sup> riflette molte caratteristiche che si riscontrano nella giurisprudenza delle Corti nazionali. Nelle decisioni delle due Corti europee le citazioni sono scarse o addirittura assenti: ciò è dovuto, per un verso, all'influenza del *common law*, che le conduce a decidere per lo più in base ai propri precedenti, e, per altro verso, nell'ambito del *civil law*, all'influenza del diritto francese, con motivazioni brevi e prive di citazioni<sup>4</sup>. La mancanza o scarsità di citazioni si collega inoltre al considerevole arretrato ed al costante aumento del contenzioso, che spingono le Corti ad adottare molte decisioni anche senza approfondire l'analisi alla luce della letteratura giuridica.

Le poche citazioni contenute nelle sentenze della Corte Europea dei Diritti Umani sono di due tipi: 1) richiami che servono a ricostruire il diritto interno, soprattutto per gli ordinamenti meno noti, senza un vero impatto sulla decisione; 2) citazioni effettuate per corroborare una certa tesi. Queste citazioni sono presenti quasi solo nelle opinioni separate, concorrenti ma soprattutto dissenzienti, come ulteriore sostegno alla tesi del giudice che si discosta dall'opinione della maggioranza. Per quest'ultima, invece, è normalmente sufficiente richiamarsi ai propri precedenti. Nel periodo con-

---

<sup>2</sup> Il *database* è stato realizzato con l'ausilio dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG), organo del Consiglio nazionale delle Ricerche con sede a Firenze, i cui lavori sono stati coordinati in particolar modo dall'unità di Firenze (prof. Carlo Fusaro, dott.ssa Veronica Federico, dott.ssa Maria Teresa Sagri), oltre che dal prof. Ugo Pagallo dell'unità di Torino e dal prof. Piercarlo Rossi del Piemonte orientale.

Cfr. PAGALLO, SAGRI, ROSSI, *I profili metodologici della ricerca e la costruzione di una banca dati*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 43 ss.

<sup>3</sup> MONTALDO, DE CARIA, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle Corti europee*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 89 ss.

<sup>4</sup> Sull'influenza dello stile francese, e particolarmente della giurisprudenza amministrativa francese, sulla Corte di giustizia v. GORLA, *Lo stile delle sentenze. - Ricerca storico-comparativa*, in *Foro it.*, *Quaderni*, 1967, pp. 345-346.

siderato (2008-2013), l'eccezione è costituita da due decisioni sui crimini di guerra (Kononov e Korbely), nelle quali occorre stabilire se per tali crimini dovesse applicarsi il principio della irretroattività delle leggi: data la complessità e la delicatezza della questione la stessa maggioranza richiamò a sostegno la dottrina, soprattutto di diritto internazionale.

Nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nelle quali non compaiono le opinioni dissidenti, non vi è alcuna citazione. Citazioni sono però presenti nelle conclusioni degli Avvocati Generali, con la proporzione di una conclusione su quattro. Le citazioni sono più frequenti per i *leading cases* e soprattutto in materia di libertà di circolazione e di cittadinanza. Gli autori più citati nel periodo considerato sono della Germania (308), poi, a distanza, della Francia (137), Regno Unito (96), Spagna (79), Italia (49). Poche sono le citazioni di autori non europei (11 citazioni in tutto per gli Stati Uniti). Nello stendere la decisione i giudici non sono comunque vincolati dalle conclusioni degli Avvocati Generali: possono discostarsene senza doverlo motivare.

In alcuni Paesi europei le citazioni sono del tutto assenti: è il caso dell'Italia, della Francia e del Belgio<sup>5</sup>.

In Italia, come si vedrà, c'è un espresso divieto di citazione di dottrina contenuto nelle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile del 1941 (art. 118<sup>3</sup>). Non sono tuttavia previste sanzioni<sup>6</sup> e questa disposizione non parrebbe costituire un vincolo per la Corte costituzionale<sup>7</sup>, che però egualmente non cita. Soprattutto in epoca più recente, tuttavia, sia la Corte costituzionale che la Corte di cassazione si richiamano ampiamente alla dottrina o a specifiche tesi dottrinali, astenendosi dal citare i singoli Autori<sup>8</sup>. La mancanza di citazioni nominali non impedisce dunque il collegamento tra le decisioni e la letteratura giuridica. Si sviluppa così un dialogo tra dottrina e giurisprudenza e con esso l'evoluzione del diritto nei settori considerati.

In Francia manca un esplicito divieto, ma nelle decisioni è assente qualsiasi richiamo alla dottrina. Ciò si collega anche alla tradizionale brevità delle sentenze, con motivazioni estremamente sintetiche ed essenziali, nelle quali non vi sarebbe spazio per citazioni, per quanto anonime. L'unico riferimento sia pure molto indiretto alla dottrina può rinvenirsi nei resoconti delle sedute del *Conseil constitutionnel* e nei *commentaires* alle decisioni del *Conseil* redatti dalla segreteria generale, dove diventano sempre più numerose le citazioni di contributi scientifici. Lo scarso collegamento tra il *Conseil constitutionnel* e la dottrina è tuttavia confermato dalla sporadica presenza

---

<sup>5</sup> Sui rapporti tra Corti e dottrina in questi ordinamenti v. l'ampio lavoro raccolto in PASSAGLIA (ed.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina. Atti delle giornate italo-franco-belghe di diritto comparato*, Pisa, 6 e 7 marzo 2015, Esi, Napoli, 2015.

<sup>6</sup> SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 29; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, in questo Volume.

<sup>7</sup> PASSAGLIA, *Je t'aime ... moi non plus: qualche considerazione (ed una sensazione) sui rapporti tra giurisdizione costituzionale e dottrina in Italia, Francia e Belgio*, in BAGNI, NICOLINI, PALICI DI SUNI, PEGORARO, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, SERIO (eds.), *L'influsso dei professori sulle sentenze*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Giappichelli, Torino, 2016.

<sup>8</sup> SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 31 ss.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *op. loc. cit.*

all'interno del *Conseil* di giuristi accademici, che un tempo ne facevano parte anche con nomi di grande prestigio come Vedel e Luchaire<sup>9</sup>.

Un esplicito divieto è assente anche in Belgio ed in Spagna.

In Belgio è però ben consolidata la tradizione di non ricorrere nelle decisioni a citazioni espresse, anche se una certa influenza della dottrina è rinvenibile nell'istruzione delle cause affidata a *référéndaires*, che sono assistenti assunti per concorso, spesso di provenienza accademica<sup>10</sup>.

Nella giurisprudenza spagnola le citazioni sono molto rare, ma non del tutto assenti. Si tratta per lo più di riferimenti alla dottrina in generale e solo raramente ad opere specifiche. Il collegamento con la dottrina è comunque assicurato, come in Belgio, dagli assistenti (*letrados*), che sono per lo più di derivazione accademica<sup>11</sup>.

Le Corti della Germania e dell'Austria, al pari di quelle della Svizzera<sup>12</sup>, fanno invece largo uso delle citazioni di dottrina, richiamandosi quasi esclusivamente alla propria dottrina e solo raramente a quella di altri Paesi. Le opere citate più di frequente sono i commentari, che consentono una visione generale e sintetica del problema<sup>13</sup>.

Simile all'esperienza dell'Austria e della Germania è quella della Repubblica Ceca<sup>14</sup>, dove la Corte costituzionale ricorre di frequente a citazioni di commentari (spesso scritti dagli stessi giudici costituzionali), manuali e saggi. La dottrina viene normalmente citata a sostegno di una certa tesi, sia nelle opinioni di maggioranza che in quelle dissenzienti. Si richiama la dottrina ceca, ma c'è anche un larghissimo uso della comparazione con altri sistemi: particolarmente la Germania, l'Austria, la Slovacchia, gli Stati Uniti e il Regno Unito. D'altronde, come è stato osservato<sup>15</sup>, «L'uso della dottrina straniera nelle pronunce della Corte costituzionale ceca è stato ... fisiologico e necessario negli anni novanta, quando i giudici cechi ricorrevano sia alla dottrina sia alla giurisprudenza straniera per approfondire i nuovi argomenti di diritto, imprescindibili per un corretto processo di democratizzazione e di avvicinamento dell'ordinamento giuridico ceco agli ordinamenti giuridici europei e occidentali, in generale».

Il metodo casistico proprio della giurisprudenza del Regno Unito, pur in assenza

<sup>9</sup> PASSAGLIA, RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Belgio, Francia e Spagna*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 63 ss., spec. p. 67 e pp. 77-78.

<sup>10</sup> *Ivi*, spec. p. 69 e p. 72.

<sup>11</sup> *Ivi*, spec. p. 82 e pp. 84-85.

<sup>12</sup> I dati sulla Svizzera sono stati raccolti dall'unità di Padova, coordinata dal Prof. Sergio Gerotto.

<sup>13</sup> PALERMO, TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo «vivente» in Germania e Austria*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 285 ss. Cfr. anche FAVALE, *La circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza tedesca*, in BAGNI, NICOLINI, PALICI DI SUNI, PEGORARO, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, SERIO (eds.), *L'influsso dei professori sulle sentenze*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini*, cit., che sottolinea il pari valore che assumono all'interno dell'ordinamento tedesco dottrina e giurisprudenza: «La decisione del giudice è un'opinione che conta quanto quella di un qualsiasi giurista», ma «Le opinioni dottrinali entrano nel tessuto dell'ordinamento soltanto allorquando la giurisprudenza le fa sue».

<sup>14</sup> STULAKOVA, *L'uso della dottrina nelle pronunce della Corte costituzionale ceca*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 239 ss.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 255.

di un esplicito divieto di citazioni, si contrappone all'utilizzo di apporti teorici da parte della dottrina: alcune citazioni sono tuttavia presenti, anche se in numero molto limitato<sup>16</sup>.

Negli Stati Uniti la giurisprudenza è solita citare la dottrina, ma nel corso del tempo si è notato un mutamento nei rapporti tra gli autori e le Corti<sup>17</sup>. Se le prime e più prestigiose riviste scientifiche accademiche nacquero con il preciso intento di offrire un supporto ai giudici, negli ultimi anni si è registrata una "accademizzazione" della dottrina, più attenta ai problemi di teoria generale che alle questioni pratiche sottoposte ai tribunali: si tratta dunque di una dottrina che si rivolge prevalentemente allo stesso mondo accademico anziché alle Corti. Di conseguenza, nelle sentenze tendono ora ad essere citati prevalentemente scritti rivolti ad esigenze pratiche, e non studi accademici pubblicati nelle riviste di prestigio. Le citazioni contenute nelle sentenze, inoltre, assumono la funzione di supportare e dare maggiore autorevolezza a una tesi che si vuole sostenere piuttosto che fornire indicazioni utili per decidere: è stata usata la metafora dell'ubriaco, che si serve del lampione per appoggiarsi, non per illuminarsi<sup>18</sup>. Le Corti statunitensi non fanno comunque mai riferimento a dottrina o giurisprudenza straniera: citano solo gli autori interni<sup>19</sup>.

Numerose citazioni sono contenute nelle decisioni delle Corti di due Paesi del *Commonwealth of Nations*: il Canada e l'Australia.

Nel periodo considerato (2008-2012) le decisioni delle Corti australiane che contengono citazioni di dottrina sono circa il quaranta per cento, mentre quelle delle Corti canadesi sono ancora di più: circa il sessantacinque per cento. Le citazioni nelle sentenze australiane sono sempre di lingua inglese, mentre quelle nelle sentenze canadesi sono sia di lingua inglese sia di lingua francese: queste ultime sono più frequenti in materia di diritto civile<sup>20</sup>.

Numerose sono le citazioni di dottrina da parte delle Corti del Continente Latino-Americano<sup>21</sup>.

In Ecuador, per esempio, nel periodo considerato (2008-2013) si rinviene la media di almeno un riferimento dottrinario per sentenza<sup>22</sup>. La dottrina richiamata è per lo più straniera: appena 63 autori ecuadoriani sui 543 autori citati<sup>23</sup> e tra gli stranieri i

---

<sup>16</sup> SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 34 ss.

<sup>17</sup> SMORTO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nel common law americano*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 143 ss.

<sup>18</sup> V. *ivi*, p. 159.

<sup>19</sup> Quest'ultimo aspetto è evidenziato anche da PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA, *Corti costituzionali, corti supreme, professori. Le citazioni dottrinali nella giurisprudenza del mondo (con particolare riferimento all'America latina)*, in questo *Volume*.

<sup>20</sup> Canada e Australia sono stati esaminati dall'unità di Napoli – Suor Orsola Benincasa, coordinata dal Prof. Tommaso Edoardo Frosini.

<sup>21</sup> Sull'America Latina cfr. PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA, *Corti costituzionali, corti supreme, professori*, cit.

<sup>22</sup> BAGNI, *Le citazioni dottrinarie nelle sentenze della Corte costituzionale dell'Ecuador, tra funzione creativa e dialogo inter-formanti*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 371.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 374.

più citati sono quelli dei Paesi latino-americani e della Spagna, seguiti da quelli dell'Italia e della Germania<sup>24</sup>.

Dati simili sono stati individuati per la Corte Suprema messicana analizzando le decisioni intervenute tra il 2001 e il 2012<sup>25</sup>. Anche in Messico si registra una prevalenza di dottrina straniera e tra gli stranieri di spagnoli, argentini, italiani, statunitensi e tedeschi. Molto frequenti sono inoltre i riferimenti ad enciclopedie e dizionari giuridici.

In Colombia i riferimenti alla dottrina hanno consentito alla giustizia costituzionale di intraprendere tra il 1993 e il 2001, soprattutto grazie all'apporto del giudice Carlos Gaviria Díaz, una svolta evolutiva fondamentale attraverso decisioni definite "eretiche" dallo stesso Carlos Gaviria Díaz<sup>26</sup>.

Nei Paesi arabi la legge religiosa (*Shari'a*) tende ad avere il sopravvento sulla Costituzione e alle Corti costituzionali è garantita scarsa indipendenza rispetto al potere politico. In rari casi le Corti sono chiamate a decidere in tema di diritti e su questo tema le citazioni di dottrina sono pertanto molto ridotte. La dottrina straniera di riferimento, per lo più in materia di organizzazione e funzionamento degli organi costituzionali, è quasi esclusivamente quella francese<sup>27</sup>.

Nell'Africa australe, l'ordinamento del Sudafrica riassume tre sistemi: quello tradizionale africano, il *Roman-Dutch Law* derivato dai coloni olandesi e il *common law* britannico<sup>28</sup>: il ruolo della Corte costituzionale, istituita nel 1994 superando il principio della supremazia del Parlamento, è cresciuto negli ultimi anni. Più della metà delle sentenze adottate dalla Corte costituzionale fra il 2008 e il 2013 contiene una o più citazioni di dottrina nelle opinioni di maggioranza e – in misura minore – nelle opinioni separate, soprattutto in materia di tutela dei diritti fondamentali. Più del 72% delle citazioni sono di autori sudafricani e per il resto vengono citati soprattutto autori anglosassoni (specialmente britannici e statunitensi)<sup>29</sup>. È da notare che la Costituzione prevede espressamente che le Corti possano considerare anche il diritto straniero nel dare attuazione al *Bill of Rights*, ma la Corte costituzionale, che ricorre ampiamente alla giurisprudenza e alla legislazione di altri Paesi, cita molto più la dottrina sudafricana<sup>30</sup>.

Quest'ultima è citata in modo prevalente anche in Botswana e Namibia, dove sono però richiamati anche autori europei, soprattutto britannici. Le citazioni sono molto frequenti da parte della *Supreme Court* della Namibia, mentre sono divenute più rare

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 376.

<sup>25</sup> FIGUEROA MEJÍA, *Influencia de la doctrina, los diccionarios y las enciclopedias en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia mexicana (2001-2012)*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 315 ss.

<sup>26</sup> ESTUPIÑÁN ACHURY, HERRERA BEDOYA, *La circulación de la doctrina en las «sentencias herejes» de la Corte constitucional colombiana*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 397 ss.

<sup>27</sup> LOCCHI, OLIVIERO, *La circolazione della dottrina straniera nella giurisprudenza delle Corti costituzionali dei paesi arabi: il caso libanese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 259 ss. Cfr. anche PICCINELLI, *Continuità del formante dottrinale nell'Islam? Riflessioni sulla classificazione del diritto dei paesi islamici*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2013, Esi, Napoli, 2013, p. 369 ss.; ID., *Le rôle de la charī'a dans la classification du droit des pays musulmans: réflexions d'un juriste italien*, in *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement* 124 (settembre-ottobre 2015), p. 169 ss.

<sup>28</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India: l'uso della dottrina in ordinamenti giuridici complessi e stratificati*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 169.

<sup>29</sup> *Ivi*, p. 180 ss.

<sup>30</sup> *Ivi*, pp. 185-186.

da parte della *Court of Appeal* del Botswana, che è l'unico Stato africano a non aver mai conosciuto regimi autoritari: le Corti del Botswana, pertanto, si sono ampiamente richiamate in passato alla dottrina straniera, ma ora tendono a rivolgersi per lo più ai propri precedenti<sup>31</sup>.

In India la Corte Suprema, competente a decidere i ricorsi diretti per la tutela dei diritti fondamentali, è sempre intervenuta in modo molto creativo<sup>32</sup>. Analizzando la giurisprudenza del *Constitutional Bench* della Corte Suprema, si è rilevata la presenza di una o più citazioni nel 58% delle decisioni adottate tra il 2008 e il 2013. Il 31% degli autori citati sono indiani, seguiti dagli autori britannici e statunitensi<sup>33</sup>.

Nello stesso continente asiatico la giurisprudenza non ricorre a citazioni di dottrina in Cina. La Corte Suprema Popolare non fa infatti riferimenti ad opinioni accademiche, anche perché tende alla risoluzione delle controversie in modo più unitario possibile, garantendo l'applicazione della legge al caso concreto<sup>34</sup>. Con riferimento all'ordinamento cinese sono stati del resto posti in evidenza "nodi atavici, non agevoli né rapidi da sciogliere: la dipendenza politica ed economica dei magistrati dal potere centrale o locale, la preparazione tecnico-giuridico inadeguata di molti giudici e la generalizzata ed irresistibile azione delle *guanxi* e della corruzione"<sup>35</sup>.

## 2. Ragioni per citare, ragioni per non citare

Dal quadro così sommariamente delineato emergono rilevanti differenze: vi sono Corti che citano (come quelle della Svizzera, della Germania, dell'Austria, della Repubblica Ceca, degli Stati Uniti, del Canada, dell'Australia, dell'America Latina, dei Paesi arabi, dell'Africa Australe), Corti che citano di rado (come la Corte Europea dei Diritti Umani o le Corti della Spagna e del Regno Unito), Corti che non citano mai (come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le Corti di Italia, Francia, Belgio e Cina).

Tra le Corti che citano alcune fanno riferimento solo alla dottrina interna (Stati Uniti, Svizzera) o anche a quella straniera, in misura limitata (Germania, Austria, Sudafrica<sup>36</sup>) o preponderante (Botswana, Namibia, India<sup>37</sup>, Ecuador<sup>38</sup>, Paesi Arabi, Repubblica Ceca<sup>39</sup>).

Ma quali sono i motivi che spingono a non citare e quali a citare?

In Italia si è visto che un espresso divieto di citazione di autori giuridici è conte-

<sup>31</sup> NICOLINI, *Sovversione del paradigma etnocentrico e formante dottrinale nella giurisprudenza dell'Africa Australe*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 209 ss.

<sup>32</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., p. 170.

<sup>33</sup> *Ivi*, pp. 194 e 196.

<sup>34</sup> JIE, *A study of effect and impact of scholarly opinions on judgments in the SPC of P. R. China*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 123 ss., spec. p.126.

<sup>35</sup> CRESPI REGHIZZI, *Evoluzioni del nuovo diritto commerciale cinese*, in *Il Politico* 213 (settembre-dicembre 2006), p. 154. V. anche ID., *Cenni sulla collaborazione tra dottrina e giurisprudenza in Russia e in Cina*, in questo Volume.

<sup>36</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., p. 183.

<sup>37</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., p. 201.

<sup>38</sup> BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 374.

<sup>39</sup> STULAKOVA, *L'uso della dottrina*, cit., pp. 253-254.

nuto nell'art. 118, terzo comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile del 1941. La norma è stata modificata nel 2009, ma il divieto di citazione è rimasto inalterato, sia pure con un'efficacia limitata<sup>40</sup>.

Molte ragioni vengono avanzate a favore dell'assenza di citazioni nelle decisioni giudiziarie.

Si osserva che la molteplicità e la mutevolezza delle opinioni della dottrina costituirebbe un ostacolo alla certezza del diritto<sup>41</sup>.

Richiami favorevoli (specie da parte delle giurisdizioni superiori) conferirebbero inoltre alle opere citate un valore quasi equivalente a quello di fonti del diritto<sup>42</sup>, come avveniva, secondo quanto si ricorderà tra breve, in epoca romana.

Il divieto delle citazioni serve ad evitare un ruolo eccessivamente creativo da parte della giurisprudenza, a favore del carattere neutrale della stessa<sup>43</sup>.

Gli stessi giudici generalmente preferiscono non prendere espressamente posizione a favore di una scuola piuttosto che di un'altra<sup>44</sup>.

Se il giudice fosse tenuto a esprimersi sulle varie opinioni espresse dalla dottrina, ciò implicherebbe un notevole aggravio per il suo lavoro. Il crescente numero delle cause da esaminare costringe molte Corti a dedicare meno tempo alle singole decisioni, spingendole a concentrarsi sugli elementi essenziali e trascurando approfondimenti teorici di provenienza accademica<sup>45</sup>.

D'altro canto, le citazioni della dottrina condurrebbero ad un ulteriore ampliamento delle motivazioni, che spesso sono già di per sé piuttosto corpose.

Altrettanto interessante è verificare quali ragioni spingono invece altre Corti a citare.

In molti casi si cita per chiarire aspetti extragiuridici (ad esempio tecnici, medici, ecc.)<sup>46</sup>: per prendere una certa decisione in un campo specialistico come la bioetica può essere infatti necessario acquisire informazioni tecniche che si traggono da manuali, libri o articoli di quel settore.

A volte le citazioni vengono effettuate per supportare, dando loro maggiore autorevolezza, determinate decisioni<sup>47</sup>, quando si tratti di un *leading case*<sup>48</sup> o quando sia

<sup>40</sup> V. *supra* e nota 6.

<sup>41</sup> NUNZIATA, "In ogni caso [nella motivazione della sentenza] deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici": la persistente attualità dell'art. 118, comma 3 disp. att. c.p.c., in *Il nuovo diritto*, 1994, p. 880. Cfr. SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 30.

<sup>42</sup> NUNZIATA, *op. loc. cit.*; BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 394.

<sup>43</sup> PASSAGLIA, RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta*, cit., p. 85.

<sup>44</sup> *Ibidem*; MONTALDO, DE CARIA, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle Corti europee*, cit., p. 115.

<sup>45</sup> Cfr. MONTALDO, DE CARIA, *L'influenza*, cit., p. 121; SMORTO, *L'influenza della dottrina*, cit., p. 158; BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 394.

<sup>46</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., p. 185; NICOLINI, *Sovversione del paradigma etnocentrico*, cit., pp. 212-213; FIGUEROA MEJÍA, *Influencia de la doctrina*, cit., p. 337; PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA, *Corti costituzionali, corti supreme, professori*, cit.

<sup>47</sup> PASSAGLIA, RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta*, cit., p. 81; FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., p. 205; STULAKOVA, *L'uso della dottrina*, cit., pp. 251-252.

<sup>48</sup> MONTALDO, DE CARIA, *L'influenza della dottrina*, cit., p. 110.

in discussione una questione delicata o controversa<sup>49</sup>, o per sostenere un'opinione dissenziente rispetto a quella della maggioranza<sup>50</sup>.

Le citazioni della dottrina, e soprattutto della dottrina straniera, talvolta contribuiscono a una migliore comprensione, a chiarire il contesto<sup>51</sup>, e possono svolgere un ruolo propulsivo, di innovazione<sup>52</sup>.

In altri casi le citazioni tendono invece ad essere puramente esornative o “di corredo”<sup>53</sup> o effettuate per mera erudizione<sup>54</sup>, per dare maggiore autorevolezza, e quindi per legittimare la decisione e il suo estensore<sup>55</sup>.

Le differenze sono quindi molteplici e attengono non solo alla presenza o meno di citazioni esplicite: sono differenze e specificità dei singoli ordinamenti che si collegano ad un diverso rapporto tra dottori e giudici, tra dottrina e giurisprudenza, tra la magistratura e gli altri poteri dello Stato.

### 3. Ipotesi sull'origine storico-culturale della contrapposizione: la dottrina tra Parlamento e giudici

I dati che emergono dalla ricerca inducono ad interrogarsi sulle possibili cause della contrapposizione tra dottrina e giurisprudenza, tra Corti che citano e Corti che non citano.

Difficilmente tale contrapposizione può farsi risalire a quella tra *common law* e *civil law*. Vi sono ordinamenti del *common law* (come gli Stati Uniti) in cui si cita ed altri (come il Regno Unito) in cui si cita molto poco. Negli ordinamenti di *civil law* le Corti della Svizzera, della Germania, dell'Austria e della Repubblica Ceca fanno un frequentissimo uso delle citazioni, mentre in Italia, Francia e Belgio queste ultime sono rigorosamente assenti.

La questione è certo molto complessa. Senza pretendere di darne una spiegazione esauriente si possono abbozzare alcune ipotesi, legate alla storia e all'evoluzione delle forme di governo e dei rapporti tra giudici e legislatori.

In epoca romana le opere dei giuristi valevano come fonti del diritto, essendo uti-

<sup>49</sup> SMORTO, *L'influenza della dottrina*, cit., pp. 159-160; PALERMO, TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale*, cit., pp. 296 e 308.

<sup>50</sup> PASSAGLIA, RAGONE, *Un attore lontano*, cit., p. 81; MONTALDO, DE CARIA, *L'influenza della dottrina*, cit., pp. 95, 97, 102, 103; PALERMO, TRETTEL, *Formante dottrinale*, cit., p. 297; BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 371. Per alcune Corti si è però osservata la tendenza a citare la dottrina più nelle opinioni di maggioranza che in quelle separate (FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., pp. 181-182) o in entrambe (STULAKOVA, *L'uso della dottrina*, cit., p. 252).

<sup>51</sup> BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 365

<sup>52</sup> BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 362; STULAKOVA, *L'uso della dottrina*, cit., p. 253, che parla di un «confronto costruttivo per continuare a migliorare il livello della propria dottrina e giurisprudenza».

<sup>53</sup> NICOLINI, *Soversione del paradigma etnocentrico*, cit., pp. 211 e 214.

<sup>54</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India*, cit., p. 206.

<sup>55</sup> NICOLINI, *Soversione del paradigma etnocentrico*, cit., p. 210; BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 371.

lizzate dai giudici, non sempre esperti di diritto<sup>56</sup>, per risolvere le controversie. La legislazione intervenne al riguardo per regolamentare le citazioni e assicurare la certezza del diritto. Nel 426 d.C. fu emanata da Valentiniano III la «Legge delle citazioni» per limitare il numero degli autori che potevano essere richiamati dai giudici: si dovevano citare esclusivamente Papiniano, Paolo, Ulpiano, Modestino e Gaio<sup>57</sup>. Nel 533 fu emanato il Digesto: nei suoi 50 libri, una commissione nominata da Giustiniano e diretta da Triboniano raccolse, dopo averli emendati e aggiornati, frammenti di opere dei giuristi classici forniti del *ius respondendi ex auctoritate principis*, dai quali dovevano dunque attingere i giudici nelle loro decisioni<sup>58</sup>.

È stato sottolineato come «tali ordini di Giustiniano siano rimasti lettera morta e non abbiano impedito, nemmeno lui vivente, la prosecuzione della produzione scientifica» soprattutto ad opera dei Glossatori<sup>59</sup>.

In una Prammatica del 1427 Giovanni II di Castiglia vietò di addurre nei giudizi «opinioni ni determinacion, ni decision ni derecho, ni autoridad ni glosa de qualquier doctor ó doctores», mentre un'altra Prammatica del 1499 ribadì il divieto di richiamare la dottrina fuorché «en canones a Jûa Andres, y en leyes a Barto»<sup>60</sup>.

Nel Regno di Napoli Ferdinando IV con regale dispaccio del 23 settembre 1774 dispose che ogni tribunale «spieghi la ragion di decidere, o siano i motivi su' quali la decisione è appoggiata», evitando tuttavia di richiamarsi alla «autorità de' dottori, che hanno per troppo colle loro opinioni o alterato o reso incerto ed arbitrario il diritto»<sup>61</sup>.

Come è stato sottolineato, «i regnanti del XVIII secolo imputavano alla dottrina [...] di indebolire la propria autorità, o, addirittura, di sostituirsi ad essa con i loro responsi [...] il pericolo era che la giurisprudenza potesse divenire *os doctorum* piuttosto che *os regis*»<sup>62</sup>.

La disposizione di Ferdinando IV, tuttavia, «ebbe breve vita e fu revocata per le pressioni corporative dell'ordine giudiziario dichiaratosi leso nelle sue più gelose prerogative»<sup>63</sup>.

La preoccupazione del sovrano di limitare i poteri dei giudici si era manifestata

<sup>56</sup> MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 cpv. reg. gen. giud.*, in *Studi di storia e diritto in onore di Enrico Besta per il XL anno del suo insegnamento*, III, Giuffrè, Milano, 1939, p. 443 sottolinea come a quel tempo fossero «mutate in peggio le sorti, un tempo gloriose, della giurisprudenza romana».

<sup>57</sup> Come afferma MARONGIU, *Legislatori e giudici*, cit., p. 445 le opere di questi cinque autori erano infatti «nella pratica le opere migliori, e perciò più diffuse e più facili a controllare».

<sup>58</sup> DE BERNARDI, *La «legge delle citazioni» del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 2013, [www.ledonline.it/](http://www.ledonline.it/). Cfr. anche BAGNI, *Le citazioni dottrinarie*, cit., p. 361.

<sup>59</sup> MARONGIU, *Legislatori e giudici*, cit., p. 447.

<sup>60</sup> MARONGIU, *Legislatori e giudici*, cit., pp. 452-453.

<sup>61</sup> Analoghi divieti di ricorrere alle «autorità dei dottori» furono inseriti nelle Costituzioni piemontesi del 1723 e del 1729, in quelle del 1770, nel codice estense del 1771. Cfr. MARONGIU, *Legislatori e giudici*, cit., p. 462; GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, p. 119 ss.; ID., *Lo stile delle sentenze*, cit., pp. 359-360; NUNZIATA, *In ogni caso*, cit., pp. 878-879; SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., pp. 25-26.

<sup>62</sup> SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 27.

<sup>63</sup> NUNZIATA, *In ogni caso*, cit., p. 878. Cfr. GORLA, *I precedenti storici*, cit., pp. 121 e 126.

anche nella Francia dell'*ancien régime*. Ne sembra prova la pratica, diffusa dalla prima metà del secolo XIV, della presentazione delle regie ordinanze alle Corti sovrane (i *Parlements*) e la lettura solenne affinché i provvedimenti fossero eseguiti e notificati ai giudici inferiori. I Parlamenti talvolta esponevano osservazioni (*remonstrances*), sospendendo la registrazione fino alla risposta del principe. Per imporre la registrazione il re si avvaleva della rinnovazione espressa del comando o, nei casi più gravi, del "*lit de justice*", e cioè di un intervento in forma solenne alle sedute del Parlamento, con le regali insegne e i dignitari di corte, sopra un'ampia poltrona a baldacchino, per togliere ogni autorità al collegio, cui il re l'aveva delegata, riconcentrandola nuovamente in sé<sup>64</sup>.

In Francia le sentenze non erano motivate. Nel periodo dei Franchi e durante il medioevo i processi erano solamente orali. La procedura iniziò ad essere scritta dalla fine del XII secolo, ma in modo molto conciso: generalmente si riportava la decisione e talvolta, ma non sempre, anche i motivi. Dalla fine del XIII secolo alla Rivoluzione le decisioni non furono più motivate<sup>65</sup>.

Nel maggio 1789 gli Stati Generali condannarono le antiche Corti di giustizia per aver difeso per troppo tempo quelle che esse consideravano le loro prerogative, affermando che tutti i giudizi, e non solo quelli penali, andavano motivati<sup>66</sup>. In Francia fu dunque solo a seguito della Rivoluzione che la legge 24 agosto 1790, preceduta da un approfondito dibattito, impose l'obbligo della motivazione<sup>67</sup>. La *Cour de Cassation*, istituita con un decreto dello stesso anno, adottò, presto seguita dagli altri giudici, uno «stile severo, autoritario, in una frase unica» che iniziava con la formula *attendu que*: «in questo modo, più che le ragioni o motivi per cui si era interpretata in un dato modo la legge» venivano «enunciate le norme di legge e il caso al quale quelle norme dovevano applicarsi»<sup>68</sup>. Il compito della Cassazione era infatti soltanto quello di garantire «che i giudici applicassero il testo espresso dalla legge e non vi contravvenissero»<sup>69</sup>.

Dopo la Rivoluzione francese, ciò che si tutela non è dunque più la volontà del sovrano, ma la volontà del popolo espressa attraverso i suoi rappresentanti nella legge. Il potere illimitato del monarca viene sostituito dal potere illimitato della rappresentanza parlamentare: il Parlamento diviene la bocca del popolo e la legge l'espressione della volontà generale.

La Rivoluzione aveva infatti esaltato il ruolo della nuova classe politica e ridimen-

<sup>64</sup> LATTES, *L'interinazione degli editti. Studio di storia del diritto pubblico piemontese*, Clausen, Torino, 1908, p. 25; LOMBARDI, *Note sul controllo degli atti del sovrano negli Stati Sabaudi ad opera delle supreme magistrature nel periodo dell'assolutismo*, in *Annali della scuola speciale per archivisti e bibliotecari dell'Università di Roma*, a. 2, n. 1 (gen.-giu. 1962), p. 36.

<sup>65</sup> SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, in *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1955, p. 9 ss.; GORLA, *Lo stile delle sentenze*, cit., pp. 318 ss. e 360.

<sup>66</sup> SAUVEL, *Histoire du jugement*, cit., pp. 43-44. Secondo GORLA, *I precedenti storici*, cit., p. 124, i rivoluzionari erano infatti «ossessionati dallo spettro degli odiati Parlamenti e dai larghi poteri di interpretazione che questi si erano arrogati».

<sup>67</sup> SAUVEL, *Histoire du jugement*, cit., pp. 45-46.

<sup>68</sup> GORLA, *Lo stile delle sentenze*, cit., p. 318, 319 e 321 (i passi virgolettati sono a p. 321). Cfr. anche SAUVEL, *Histoire du jugement*, cit., pp. 46-47.

<sup>69</sup> GORLA, *I precedenti storici*, cit., p. 124.

sionato il ruolo dei giudici. L'avversione della Francia postrivoluzionaria nei confronti della magistratura è resa con particolare efficacia da questa frase, che Jellinek<sup>70</sup> trae dal progetto di una dichiarazione dei diritti dell'uomo redatto da Robespierre: «*Toute institution qui ne suppose pas le peuple bon et le magistrat corruptible, est vicieuse*».

Con la Rivoluzione si consolida dunque la supremazia del Parlamento a livello di forma di governo, ma anche la supremazia del Parlamento legislatore nei confronti della magistratura. Tale supremazia implica la soggezione dei giudici alla legge e la massima limitazione dei loro poteri discrezionali, interpretativi e creativi: nessuno spazio, dunque, per le elaborazioni teoriche dei giudici o della dottrina all'interno delle decisioni giudiziarie.

In Italia il divieto di citare gli autori fu ribadito nel 1865 dal regolamento generale giudiziario per l'esecuzione del codice di procedura civile (r.d. n. 2641/1865), il cui art. 265, secondo comma, stabiliva che: «Nella compilazione dei motivi delle sentenze devono separarsi le questioni di fatto dalle questioni di diritto; si enunciano gli articoli di legge, sui quali la sentenza è fondata, e si fa un cenno conciso dei principi generali del diritto che avranno influito sulla decisione, senza estendersi a confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali».

Come si è visto, la formulazione è stata ripresa dall'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile del 1941, tuttora in vigore, che al terzo comma ribadisce la regola secondo cui «In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici».

Sia in Francia che in Italia l'idea di fondo sembrò dunque quella secondo cui la legge contiene certi disposti che non hanno bisogno di essere spiegati: devono essere semplicemente applicati. Si volle così circoscrivere il potere discrezionale dei giudici, riconducendolo unicamente a quanto specificamente prescritto dalla legge, per impedire un ruolo creativo all'autorità giudiziaria<sup>71</sup>.

Come è stato esattamente affermato, «se è vero che, oggi, non ha più senso riproporre la vieta equazione tra il giudice ed il ripetitore dei contenuti delle disposizioni normative, è però altresì vero che la tradizione, almeno nelle sue forme esteriori, non è stata spazzata via dalla (mera) constatazione del superamento nei fatti dei presupposti su cui l'equazione poggiava»<sup>72</sup>.

La circostanza che l'ordinamento francese e quello italiano siano tuttora (insieme al Belgio) i pochi ordinamenti europei in cui le Corti non citano sembra infatti dimostrare che la tradizione storica non è del tutto priva di influenze al riguardo.

Una conferma in questo senso viene dall'analisi delle diverse tradizioni proprie degli ordinamenti in cui le Corti fanno ampio riferimento alla dottrina, come l'Austria e la Germania.

<sup>70</sup> JELLINEK, *Una Corte costituzionale per l'Austria* (1885), trad. it. a cura di E. Palici di Suni, Giappichelli, Torino, 2013, p. 42.

<sup>71</sup> Cfr. LOMBARDI, *Premesse al Corso di Diritto Pubblico Comparato. Problemi di metodo*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 43-44 (ora anche in LOMBARDI, *Scritti scelti* a cura di E. Palici di Suni, S. Sicardi, Esi, Napoli, 2011, pp. 831-832), che parla al riguardo di un giudice "post-giacobino".

<sup>72</sup> PASSAGLIA, *Presentazione* in PASSAGLIA (ed.), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina*, cit., p. IX.

Jellinek osservò che «Concessione della Costituzione da parte del monarca, responsabilità ministeriale, libera votazione del bilancio appaiono come mezzi di tutela che vengono assicurati specialmente nella tradizione statale dei popoli latini, mentre la formazione di una giustizia amministrativa autonoma come garanzia del diritto individuale contro gli abusi del potere statale è in Europa un prodotto specifico della tradizione costituzionale tedesca»<sup>73</sup>.

In effetti l'Austria vanta una grande tradizione in questo senso, come emerge particolarmente dalla c.d. Costituzione di dicembre, e cioè dalle cinque leggi fondamentali del 21 dicembre 1867, tra cui la legge fondamentale n. 144 sul potere giudiziario, che garantiva l'indipendenza dei giudici (art. 6) e l'oralità e la pubblicità delle udienze (art. 10); la legge fondamentale n. 142 contenente un catalogo dei diritti cui rinvia ancora la Costituzione attuale dell'Austria; la legge fondamentale n. 143, che istituiva il Tribunale dell'Impero, competente a giudicare i conflitti di competenza tra autorità giudiziarie e amministrative, tra *Land* e autorità governative e tra *Länder*, nonché i ricorsi dei cittadini per la violazione dei diritti garantiti nel catalogo.

Per la Germania e l'Austria, dove il diritto è stato pur codificato come nel resto d'Europa, si è inoltre opportunamente sottolineato che l'importante ruolo della dottrina, cui la giurisprudenza rinvia in misura rilevante, si collega alla tradizione pandettistica e all'attenzione da sempre riservata all'interpretazione sistematica e alle teorie generali<sup>74</sup>.

Una più estesa attività di interpretazione della legge da parte dei giudici, con il supporto della dottrina, può essere forse favorita anche ad una struttura federale e multinazionale, più flessibile e meno accentrata rispetto alle tradizioni della Francia e dell'Italia.

Analogamente, per la Svizzera, la struttura federale e gli strumenti di democrazia diretta rendono meno assoluto il ruolo del legislatore. Anche la dottrina può pertanto contribuire a chiarire il significato delle leggi, coadiuvando l'attività dei giudici in un sistema multilinguistico e multireligioso.

Le numerose citazioni della dottrina contenute nelle sentenze statunitensi corrispondono ad una giurisprudenza creativa, soggetta solo alla Costituzione e non alle leggi: un potere giudiziario che non è quindi subordinato ma è in posizione di parità nei confronti del Parlamento. La giustizia costituzionale poté del resto affermarsi con il celebre caso *Marbury v. Madison* proprio partendo dall'assunto che i giudici, al pari del legislatore, sono soggetti solo alla Costituzione<sup>75</sup>.

In quest'ottica, le più scarse citazioni di dottrina utilizzate dalle Corti britanniche possono allora essere ricondotte alla circostanza che il Regno Unito è un ordinamento di *common law*, al pari degli Stati Uniti, ma nel quale è più radicato il principio di supremazia del Parlamento.

La forma di governo dei Paesi latino-americani non è del tutto assimilabile a quella statunitense<sup>76</sup>: permangono differenze anche rilevanti, ma certamente non si tratta

---

<sup>73</sup> JELLINEK, *op. loc. cit.*

<sup>74</sup> PALERMO, TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza*, cit., pp. 309-310.

<sup>75</sup> Sia permesso rinviare a PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC* 1/2016, pp. 2 e 7.

<sup>76</sup> LOMBARDI, *Premesse*, cit., p. 53 ss., spec. pp. 64-65.

di forme di governo caratterizzate da un predominio parlamentare.

Il peso acquisito dai giudici nei sistemi latino-americani, che come si è visto ricorrono con molta frequenza alle citazioni dottrinali, si collega inoltre alle forme di tutela giudiziaria dei diritti costituzionalmente garantiti che si sono affermate sin dal 1841 con la Costituzione dello Yucatan, la quale, dopo aver elencato nell'art. 7 le garanzie individuali, dispose, nell'art. 8, che i giudici di prima istanza avrebbero protetto (*ampararán*) la piena applicazione dei diritti previsti nell'articolo precedente<sup>77</sup>. La tutela dei diritti individuali da parte dei giudici è appunto una costante di tutti gli ordinamenti latino-americani, che pure prevedono sistemi di giustizia costituzionale assai differenziati.

Si può allora ipotizzare che la presenza o l'assenza di citazioni dottrinali nelle sentenze si colleghi almeno in parte al ruolo riconosciuto al Parlamento ed ai giudici in base alla tradizione e alla storia costituzionale dei rispettivi ordinamenti.

#### 4. Verso un riavvicinamento?

In conclusione occorre però sottolineare che il solco che parrebbe dividere le Corti che citano e quelle che non citano, a ben guardare, è sempre meno profondo.

Come è stato opportunamente osservato, infatti, le Corti che non citano (come quelle italiane) ricorrono sempre più di frequente a citazioni anonime<sup>78</sup> e nelle sentenze sono sempre più numerosi i riferimenti impliciti alla dottrina<sup>79</sup>.

Il ruolo che la dottrina è oggi chiamata a svolgere si collega alle trasformazioni che ha subito il diritto negli ultimi anni.

Da una parte occorre infatti considerare il rilievo che assumono le Carte sovranazionali dei diritti e la Corti chiamate ad assicurarne la corretta interpretazione. La Convenzione Europea dei Diritti Umani, la Carta europea dei diritti fondamentali, la Convenzione Interamericana sui Diritti Umani e la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli assumono sempre maggiore incidenza sugli ordinamenti interni, anche attraverso la giurisprudenza delle rispettive Corti.

Tale incidenza, d'altra parte, è strettamente legata alla comparazione e al confronto con altri ordinamenti in un mondo globalizzato. È nota la tendenza della giurisprudenza a richiamarsi alle decisioni di Corti sovranazionali ma anche straniere<sup>80</sup>.

In questo quadro la dottrina svolge un'importantissima funzione di ponte tra diritto sovranazionale e comparato e giurisdizione. Sta alla dottrina cogliere e studiare le trasformazioni e le reciproche influenze, offrire gli strumenti per effettuare i collegamenti tra diritto interno, diritto comparato e diritto sovranazionale.

<sup>77</sup> Cfr. PALICI DI SUNI, *Tre modelli*, cit.

<sup>78</sup> SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 31 ss.

<sup>79</sup> PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Quando la dottrina si fa giurisprudenza*, cit.

<sup>80</sup> Cfr. ANDENAS, FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and comparative law*, Oxford U. P., Oxford, 2015; PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA, *Corti costituzionali, corti supreme, professori*, cit.; CUKANI, DICOSOLA, NICOLINI, POGGESCHI, *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, con Introduzione di F. Palermo, Esi, Napoli, 2015.

La ricerca ha evidenziato che non tutte le Corti che citano fanno riferimento alla dottrina straniera: quelle statunitensi e quelle svizzere, ad esempio, citano solo gli autori interni. Per la maggior parte delle Corti che citano, però, non è così. Non è da escludere, d'altronde, che anche la dottrina interna sia talvolta in grado di fornire ai giudici informazioni e prospettive di diritto comparato.

Indipendentemente dalla presenza o assenza di citazioni espresse e del richiamo alla dottrina interna o straniera, per le Corti diviene sempre più necessario decidere non solo sulla base del proprio ordinamento, ma anche tenendo conto del diritto sovranazionale e del confronto con altri ordinamenti. Per questi aspetti occorrono dunque valutazioni ed elaborazioni teoriche che solo la dottrina è in grado di offrire.



# Corti costituzionali, Corti Supreme, Professori.

## Le citazioni dottrinali nella giurisprudenza del mondo

(con particolare riferimento all'America Latina)\*

*Lucio Pegoraro e Giovanni A. Figueroa Mejía*

SOMMARIO: SEZIONE I. Premessa. – 1. Diritto comparato e Corti costituzionali. – 2. Dottrina e corti costituzionali. – SEZIONE II. Il quadro mondiale. – 1. Premessa. – 2. Ordinamenti misti. 2.1. Filippine. – 2.2. Israele. – 2.3. Repubblica sudafricana. – 2.4. Africa australe. – 3. *Commonwealth*. – 3.1. India – 3.2. Canada. – 4. Area germanofona. – 4.1. Germania. – 4.2. Austria. – 5. Est europeo. – 5.1. Albania. – 5.2. Repubblica ceca. – 6. Islam. – 6.1. Marocco. – 6.2. Libano. – 7. Riflessioni interlocutorie. – SEZIONE III. America latina. – 1. Premessa. – 2. Analisi dei singoli ordinamenti. – 2.1. Argentina. – 2.2. Brasile. – 2.3. Cile – 2.4. Colombia. – 2.5. Costa Rica. – 2.6. Ecuador. – 2.7. El Salvador. – 2.8. Messico. – 2.9. Perù. – 3. Riflessioni interlocutorie. – 3.1. Dentro il Continente. – 3.2. Tra il Continente e fuori. – SEZIONE IV. Conclusioni. 1. Una lettura linguistico/sociologica. – 2. Una lettura filosofica. – 3. Una lettura comparatistica.

### SEZIONE I. Premessa

#### 1. Diritto comparato e Corti costituzionali

La dottrina ha suggerito che la circolazione delle soluzioni giuridiche (e dei principi e delle idee) avviene oggi in larga misura per via giurisprudenziale, grazie soprattutto all'apporto delle corti costituzionali e delle corti internazionali o transnazionali<sup>1</sup>. A par-

---

\* Questo scritto è frutto di studio e riflessioni congiunte dei due autori. La redazione finale delle sezioni I, II e IV va attribuita a Lucio Pegoraro, e la sezione III a Giovanni A. Figueroa Mejía. Uno studio più completo è pubblicato nel volume a cura di PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA, *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2016, con il titolo *Tribunales constitucionales, cortes supremas y profesores*. La traduzione dallo spagnolo della Sezione III è di Matteo Nicolini.

<sup>1</sup> Sul tema in generale vedi, per es., AA.VV., *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2049 ss.; SLAUGHTER, *40<sup>th</sup> Anniversary Perspective: Judicial Globalization*, in *Virginia Journ. int. law*, n. 40, 2000, p. 1103 ss.; ID., *A Ty-*

te il diritto internazionale o europeo, che pone un problema di circolazione “verticale” dell’attività interpretativa, il diritto comparato può svolgere una importante funzione ausiliaria per la giurisprudenza anche a livello “orizzontale”<sup>2</sup>.

Oltre ai cultori del diritto privato, negli ultimi anni pure i costituzionalisti hanno studiato l’uso del diritto comparato da parte delle Corti costituzionali<sup>3</sup>. I risultati di queste ricerche sono già stati esposti in altri scritti<sup>4</sup>. Lì si è riscontrato che c’è continuità tra uso della comparazione nelle corti ordinarie e uso della comparazione nelle corti costituzionali. (Ciò è ovvio dove è una corte suprema a svolgere il controllo di

---

*pology of Transjudicial Communication*, in *Un. of Richmond L.R.*, n. 29, 1994, p. 99 ss.; ID., *A Global Community of Courts*, in *Harvard int. L.J.*, n. 44, 2003, p. 191 ss.; L’HEUREUX-DUBÉ, *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court*, in *Tulsa L.J.*, n. 34, 1998, p. 15 ss.; CLAES *et al.* (eds.), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012; NOGUEIRA ALCALÁ (ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes Internacionales de Derechos Humanos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2012; ID., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favour persona y de proporcionalidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013.

<sup>2</sup> Come è ben noto, lo ha avvertito la Costituzione del Sudafrica, aperta al diritto internazionale e a quello straniero quali strumenti interpretativi della Carta dei diritti: il Ch. 2, s. 36, e spec. s. 39, afferma che nell’interpretare il *Bill of Rights* ciascuna Corte, Tribunale o forum «(b) must consider international law», e «(c) may consider foreign law».

Tra i contributi più importanti sulla circolazione orizzontale: DROBNIG, VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts. Actas del XIV Congrès international de droit comparé*, Kluwer Law Int., The Hague-London-Boston, 1999; SOMMA, *L’uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Giuffrè, Milano, 2001; CANIVET, ANDENAS, FAIRGRIEVE (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, British Institute of International and Comparative Law, London, 2004; AA.VV., *L’uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, *Quad. della Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 7, Giuffrè, Milano, 2004; ALPA (ed.), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche dell’interpretazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006; MARKESINIS, FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, U.C.L. Press, London, 2006; GROPPI, PONTTHOREAU (eds.), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Pub., Oxford, 2013; FERRER MAC-GREGOR, HERRERA GARCÍA (eds.), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant Lo Blanch México, México, 2013; AGUILAR CAVALLLO (ed.), *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2014. Nella vasta bibliografia, va considerata anche la *special issue* del *German L.J.* del 2013, vol. 14, n. 8.

<sup>3</sup> FERRARI, GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Esi, Napoli, 2006; DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna, 2010; MAUS, *Le recours aux précédents étrangers et le dialogue des cours constitutionnelles*, in *Rev. fr. dr. const.*, n. 2, 2009, p. 675 ss.; PONTTHOREAU, *La reconnaissance des droits non écrits par les cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, Economica, Paris, 1994, p. 165 ss.; ID., *Le recours à l’argument de droit comparé par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques*, in MELIN-SOUCRAMANIEN (ed.), *L’interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2005.

<sup>4</sup> PEGORARO, *L’argomento comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in FERRARI, GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 477 ss.; ID., *La Corte costituzionale italiana e il diritto comparato: un’analisi comparatistica*, Clueb, Bologna, 2006; ID., *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni ’80*, in *Quad. cost.*, n. 3, 1987, p. 601 ss.; PEGORARO, DAMIANI, *Comparative Law in the Judgments of Constitutional Courts*, in RABELLO, ZANOTTI (eds.), *Developments in European, Italian and Israeli Law*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 131 ss., trad. sp. *El Derecho comparado en la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales*, in *Rev. Jur. Castilla-La Mancha*, n. 26, 1999, p. 209 ss. e in PEGORARO, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, Porrúa, Ciudad de Mexico, 2006, pp. 145 ss. e *ivi* bibliografia.

costituzionalità.) Quello che influisce di più, insomma, è la cultura giuridica dei giudici, siano essi ordinari o costituzionali.

Un secondo elemento segnalato è la maggiore propensione dei giudici di *common law* a utilizzare il diritto straniero, rispetto a quelli di *civil law*<sup>5</sup>. Fa però eccezione l'area latino-americana, dove le citazioni di diritti stranieri sono altrettanto numerose.

In terzo luogo, dove c'è l'abitudine a citare i precedenti giudiziari stranieri, si citano anche altri formanti: la legislazione e – come approfondiremo in queste pagine – la dottrina. Presso nessuna Corte costituzionale si usa un solo formante; i riferimenti al diritto straniero sono indifferentemente sia alle sentenze, sia alla legislazione, sia (con eccezioni) alla dottrina.

Tutte le Corti citano ampiamente i precedenti delle corti internazionali o transnazionali. Ma una cosa è richiamarle perché “si deve”, e cioè perché la loro giurisprudenza vincola, altra cosa è citare le loro sentenze per rafforzare il proprio *reasoning* con le *loro* argomentazioni. Nel secondo caso, i riferimenti alle corti internazionali o regionali – come quelle europee o la Corte interamericana – hanno la stessa *ratio* dei riferimenti a qualsiasi altra Corte costituzionale.

## 2. Dottrina e Corti costituzionali

Un discorso tutto particolare riguarda le citazioni della dottrina nelle sentenze.

L'influenza del diritto straniero non si manifesta solo attraverso una comparazione effettuata direttamente dai giudici, ma anche mediante il rinvio a opere di dottrina, che a loro volta analizzano il diritto interno con la lente della comparazione<sup>6</sup>. Le corti che rinviavano alla dottrina, dunque, sarebbero inconsapevolmente influenzate dal diritto straniero; anzi, tale influenza indiretta sarebbe addirittura più intensa di quella determinata dal rinvio consapevole alla legislazione e alla giurisprudenza straniera. La dottrina ha la missione di preparare la strada alla recezione, da parte della giurisprudenza interna, di soluzioni usate in altri ordinamenti.

Già abbiamo accennato alle peculiarità dei giudici di *common law*: abituati a spingersi oltre il diritto nazionale, è naturale che si valgano di precedenti stranieri attinti nell'ambito della famiglia giuridica di appartenenza. Ciò ne ha aperto la mentalità: oltre a precedenti giudiziali, citano spesso anche leggi straniere per giustificare il loro *reasoning*, nonché la dottrina, anche se in modo più selettivo e differenziato. Quando non si tratta di citare un precedente per applicarlo al caso in discussione, la *ratio* delle citazioni extra-statali della giurisprudenza, dei testi legislativi e della dottrina appa-

<sup>5</sup> Notano ANDENAS, FAIRGRIEVE, *Intent on Making Mischief: Seven Ways of Using Comparative Law*, in MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham (UK), Northampton (MA), 2012, p. 25: «Across the national borders dividing the Commonwealth, the seamless nature of the common law, from its origins in English law, through its permutations across to former colonies and beyond, provided a reason and justification for courts to look to each other's jurisprudence, exchange solutions and thereby create a network of persuasive authority».

<sup>6</sup> GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgericht*, in AA.VV., *Perméabilité des ordres juridiques*, Publications de l'Isdc, n. 20, Zürich, 1992, p. 141 ss.; WERRO, *La jurisprudence et le droit comparé*, *ivi*, p. 165 ss.

re infatti la stessa: cercare in elementi di diritto esterno supporto, per convalidare una decisione o una scelta interpretativa. Là dove il precedente (*binding* o *persuasive*) rappresenta un vincolo per il giudice, il riferimento a esso assolve a uno scopo ulteriore e diverso, rispetto a quello di conferire *autorevolezza* alla decisione. Ma nei sistemi a base giurisprudenziale, non sempre il riferimento comparativo si incardina nella *ratio decidendi*: ciò accade quando un punto in diritto non è deciso in base al precedente di un'altra corte di *common law*, il che ormai non accade quasi più<sup>7</sup>. (All'inverso, anche nei sistemi *civilian*, la trama della giurisprudenza offre la base argomentativa per comporre a razionalità il sistema.)<sup>8</sup>

Vi sono ordinamenti in cui per il giudice è normale rafforzare le proprie argomentazioni con il rinvio espresso a lavori monografici, articoli, saggi, voci enciclopediche, e addirittura tesi di dottorato; e vi sono ordinamenti in cui ciò è considerato, se non sacrilego, quanto meno inutile per gli scopi perseguiti: a volte i riferimenti dottrinali nella giurisprudenza sono proibiti da specifiche disposizioni legislative<sup>9</sup>; altre volte è prassi non citare la dottrina giuridica nelle sentenze. Il divieto allontana il giudice, una volta immesso nella professione, dagli studi praticati nell'Università, più attenti alla dottrina, e lo induce piuttosto a ricercare nella casistica il precedente utile, anche nei paesi a diritto codificato. La crescita degli interessi comparatistici nella dottrina, propria dei tempi recenti, pertanto non lo tocca in misura sufficiente<sup>10</sup>.

A causa del *continuum* che lega la giurisdizione ordinaria a quella costituzionale, nei paesi dove i giudici ordinari non citano la dottrina, neppure lo fanno quelli costituzionali. L'apertura non solo alla dottrina interna, ma anche a quella straniera, va ascritta, oltre che alla tradizione di stile delle sentenze, a fenomeni oggettivi (come la globalizzazione del diritto) e a fatti soggettivi.

Tra essi, uno riguarda la selezione dei magistrati tra un organico (giudici ordinari, professori, avvocati, funzionari, a volte politici) che oggi viaggia di più e fa studi all'estero, da dove torna traendo con sé orientamenti e atteggiamenti giuridico/culturali. La cultura giuridica del giudice può variare in relazione al luogo in cui è avvenuta principalmente la sua formazione, ma pure in rapporto al luogo dove il giudice ha avuto fruttuosi approfondimenti e specializzazioni<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> Per ANDENAS, FAIRGRIEVE, *Intent on Making Mischief: Seven Ways of Using Comparative Law*, cit., p. 29, «Comparative law has been seen to provide courts with persuasive and non-binding arguments. At the current stage, there is an argument about the consequences of a call for more consistency. One question is whether courts are ever bound to make use of comparative law sources, for instance in certain situations when an authority is based on comparative law sources». Distingue tra «recours obligatoire au droit compare» e «l'utilisation libre du droit compare» LEGEAIS, *L'utilisation du droit comparé par les tribunaux*, in *Rev. int. dr. comp.*, n. 2, 1994, pp. 347 ss.

<sup>8</sup> Si rinvia a PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 159 ss. e *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 131 ss.; nonché *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 184 ss.

<sup>9</sup> In Italia, si tratta dell'art. 118 della disposizioni attuative del codice processuale civile.

<sup>10</sup> L'influenza degli studi effettuati nell'Università è enfatizzata da DROBNIG, *The Use of Comparative Law by Courts*, in DROBNIG, VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, cit., p. 13, in relazione agli ordinamenti del Lussemburgo, del Brasile e del Québec, e spiegata con gli influssi delle codificazioni e i conseguenti contenuti degli insegnamenti.

<sup>11</sup> Rinviamo a PEGORARO, *Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado*, in FERRER MAC-GREGOR, HERRERA GARCÍA (coords.), *Diá-*

Una seconda variabile è rappresentata dall'esigenza di dare coerenza e base razionale alle sentenze. Le Corti più "giovani" non possono attingere dai propri precedenti per assicurare la certezza del diritto. Sono dunque più propense a cercare nella dottrina l'autorevolezza per basare la propria decisione.

Oggetto della ricerca che si presenta in questi volumi, come pure di questo studio, è l'uso della dottrina accademica e l'influenza delle opere scientifiche sulle decisioni delle corti costituzionali e supreme di alcuni paesi del mondo. Essa offre molti spunti di riflessione sulla circolazione dei modelli, specie nel campo del diritto costituzionale e pubblico<sup>12</sup>.

## SEZIONE II. Il quadro mondiale

### 1. Premessa

Esclusi gli ordinamenti muti – e cioè quelli che non citano dottrina nelle sentenze<sup>13</sup>–, e gli ordinamenti "autistici" – vale a dire quelli, come gli Stati Uniti, dove le

---

*logo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, cit., p. 33 ss., e *Derecho nacional, derecho internacional, derecho europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes*, in *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, 7-13 de octubre de 2012, in *An. iberoam. just. const.*, n. 17, 2013, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 19, 2013, e in ORTIZ GASPAR, AQUÍZE CÁCERES (dirs.), *Tendencias actuales del Estado Constitucional contemporáneo: apuntes para una discusión*, in corso di stampa.

<sup>12</sup> PRIN, *Courts, Professors and the Inclusive Society: The Impact of Scholarly Opinions on the Highest Courts*, 2010-2011. I risultati relativi ad alcuni ordinamenti del mondo, ma specialmente all'area latinoamericana, sono raccolti nel volume a cura di PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y Jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit. [ivi v. anche PEGORARO, *La doctrina en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales (y la falta de doctrina sobre la doctrina)*]. Nonché, in italiano, inglese e spagnolo, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, Esi, Napoli, 2015. Per altri riferimenti v. PEGORARO, *Los jueces y los profesores: la influencia de la doctrina sobre las decisiones de los Tribunales y Cortes constitucionales*, in AA.VV., *XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "Jorge Carpizo"*, Tucumán, 17, 18 y 19 Setiembre 2013, Iidc, Un. Nacional de Tucumán, As. Argentina de Der. Const., Tucumán, 2013, p. 621 ss., in AGUILAR CAVALLO, DÍAZ, MORO, PEGORARO, POBLETE, SALAS, YÁÑEZ, *Los profesores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno*, Universidad de Talca-Cecoch, Santiago de Chile, 2015, p. 19 ss., in AGUILAR CAVALLO (ed.), *Diálogo entre jurisdicciones. El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar*, cit., p. 21 ss., e in *Rev. Centro est. const.*, n. 1, 2015, p. 63 ss.; ID., *Las consultas de los profesores como fuentes del derecho (el papel de la doctrina en la jurisprudencia constitucional)*, destinato a uno dei sette volumi, a cura di Espinoza de los Monteros Sanchez, per il centenario della Costituzione messicana, e in *Pensamiento const.* n. 20, 2015, p. 251 ss.

<sup>13</sup> Su Italia, Francia, Belgio, che non citano affatto, e Spagna, che cita molto poco, v. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*; PASSAGLIA, RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale di Belgio, Francia e Spagna*, entrambi in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., rispettivamente p. 25 ss. e p. 63 ss.; RAGONE (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, Madrid, Cepc, Madrid, 2015; PASSAGLIA, *Je t'aime... moi non plus: qualche considerazione (ed una sensazione) sui rapporti tra giurisdizione costituzionale e dottrina in Italia, Francia e Belgio*, in BAGNI, NICOLINI, PEGORARO, PALICI DI SUNI, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO,

citazioni sono esclusivamente (o quasi) interne, senza alcuna apertura fuori degli stessi<sup>14</sup> –, a seguire esporremo i risultati, raccolti personalmente o illustrati da altre fonti nell'ambito della ricerca cui s'è accennato, relativi ad alcune esperienze, selezionate in base a criteri che consentano di avere una visione sufficientemente esauriente del fenomeno a livello mondiale<sup>15</sup>. Li mostreremo dapprima in forma analitica, per passare in seguito ad aggregare i dati e a trarre alcune conclusioni.

## 2. Ordinamenti misti

I primi dati che vogliamo proporre si riferiscono ad alcuni ordinamenti, spesso qualificati “misti”, dove la mescolanza di più culture giuridiche promette di offrire risultati interessanti<sup>16</sup>. Si tratta di Filippine, Israele, Sudafrica, e alcuni paesi dell'Africa australe<sup>17</sup>.

### 2.1. Filippine

La lettura delle sentenze nel periodo analizzato (2008-2011) sembra smentire che le Filippine possano continuare a considerarsi un ordinamento “culturalmente” misto, anche se l'ipotesi di lavoro, date le duplici radici dell'ordinamento, poteva essere che in materia civile i giudici facciano più ricorso alla tradizione di diritto privato,

---

SERIO (eds.), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze costituzionali*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Giappichelli, Torino, 2016. Sulla Cina cfr. JIE, *A Study Of Effect And Impact Of Scholarly Opinions On Judgments In The Spc Of P. R. China*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 123 ss. Neppure citano le corti europee (e analogamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos): v. *ivi*, p. 89 ss., DE CARIA, MONTALDO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza delle Corti europee*.

<sup>14</sup> V. in particolare SMORTO, *L'influenza della dottrina sulla giurisprudenza nel common law americano*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 143 ss.

<sup>15</sup> Dati più dettagliati ed esaustivi si trovano negli scritti di L. Pegoraro citati alla nt. 12. Altri riferimenti puntuali in ID., *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo*, in *Ann. dir. comp. st. leg.* 2015, cit., p. 5 ss., e in ID., *Judges and Professors: The Influence of Foreign Scholarship on Constitutional Courts' Decisions*, in ANDENAS, FAIRGRIEVE (eds.), *Courts and Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2015, p. 329 ss.

<sup>16</sup> Tradizionalmente, si qualificano “misti” i sistemi nei quali, ibridandosi elementi delle due principali famiglie della tradizione giuridica occidentale (*civil law* e *commo law*), si viene a generare così un nuovo sistema non più riportabile all'una o all'altra delle menzionate tradizioni: v., per tutti, l'ampia trattazione in PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, 2° ed., Cambridge U.P., Cambridge, 2012. È peraltro evidente che *mixed jurisdictions* ben possono darsi “oltre” la *Western Legal Tradition*, il carattere misto dell'ordinamento ben potendo derivare dall'ibridazione di elementi anche ricavabili da tradizioni occidentali e non eurocentriche (Israele, Eritrea, Vanuatu). Sul punto v. recentemente PALMER, MATTAR, KOPPER (eds.), *Mixed Legal Systems, East and West*, Ashgate, Farnham-Burlington, 2015. Non manca, infine, chi ritiene che un certo tasso di ibridazione caratterizzi tutti gli ordinamenti giuridici, nei quali il sostrato è comunque risultante dall'interazione tra più tradizioni: cfr. ORUCU, *What is a Mixed Legal System: Exclusion or Expansion?*, in *Electronic Journ. of Comp. Law*, n. 12(1), 2008, p. 1 ss.

<sup>17</sup> Filippine e Israele non sono state analizzate da alcuna Unità nella ricerca Prin indicata. Dati più dettagliati, con l'indicazione dei professori citati, delle Università di provenienza, delle materie trattate, ecc. si trovano negli scritti citati nelle note 4 e 12. Per Sudafrica e Africa australe v. le note 23 ss.

mentre che nel diritto pubblico, nelle libertà e in materia processuale si riferiscano maggiormente ad autori di scuola statunitense.

La maggioranza degli autori citati dalla Corte Suprema nel periodo analizzato è di nazionalità filippina, quale che sia la sfera del diritto implicata (civile, penale, costituzionale, ecc.)<sup>18</sup>.

Tra gli studiosi stranieri richiamati, molto più della metà sono statunitensi, equamente distribuiti in sentenze in materia costituzionale, penale ma anche civile; tra i restanti la maggioranza appartiene a Paesi del *Commonwealth*. I richiami compaiono sia nelle opinioni di maggioranza che in opinioni dissenzienti o concorrenti (ma, per ragioni di spazio, si ometterà qui l'analisi dei dati relativi). Alcuni autori citati sono giudici o avvocati (ricordati però non in quanto tali, ma per le loro pubblicazioni)<sup>19</sup>. Gli antichi legami con la Spagna sono stati del tutto troncati. Solo gli autori tedeschi mantengono una presenza significativa, mentre i rappresentanti di altri Paesi sono citati in prevalenza in materia di diritto internazionale (e talora non provengono dal mondo accademico). Anche le citazioni non giuridiche, in campo medico o psicologico o politologico, attingono prevalentemente da Università americane.

Le Università da cui provengono gli autori citati sono varie, ad attestare la dimensione internazionale non solo delle autorevoli Harvard e Yale, ma anche di altri istituti statunitensi, mentre, per il Regno Unito, Oxford è presente accanto ad altre Università (come Leeds o la London School of Economics).

L'apporto della dottrina straniera si registra in tutti i settori del diritto, sia pubblico che privato, a segnalare la resa, o almeno l'arretramento, della dottrina codicistica e l'ormai pacifica affermazione della *mentalità* di *common law* su quella di diritto civile. Si segnala la quasi impermeabilità della Corte Suprema filippina persino al diritto costituzionale continentale europeo, espressione non già di categorie legate alle famiglie giuridiche bensì di concezioni a esse trascendenti. Unica eccezione sono alcuni sporadici riferimenti connessi labilmente ai diritti (ma gli autori richiamati sono internazionalisti)<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Tra gli autori, risaltano Arturo Tolentino e Joaquin Bernas: l'uno, insigne civilista, autore di un commentario e politico di spicco. (Ha anche ricoperto l'incarico di vicepresidente nel 1986.); del secondo, Rettore dell'Università di Manila, studioso di diritto costituzionale e considerato il padre della Costituzione filippina, la Corte suprema ha citato più volte *The 1987 Constitution of the Republic of the Philippines: A Commentary, Constitutional Rights and Social Demands: Notes and Cases*. Tutte le opere citate, senza esclusione, sono in inglese.

<sup>19</sup> Ad es., Donald Verilli, già socio anziano di un noto studio legale e nominato da Obama vice Procuratore generale, citato in materia di prove processuali (G.R. n. 189122, del 17.3.2010); Kelsey McCowan Heilman, storica e attivista politica, di cui si cita *The Rights of Others: Protection and Advocacy Organizations Associational Standing to Sue* (GR 122846, 10.1. 2009); M.M. Whiteman, internazionalista e funzionaria del Dipartimento di Stato fino agli anni '70, citata in tema di confini marittimi (G.R. 187167, del 16.8.2011); l'avvocato penalista Paul Cramm (sull'importanza della prova del DNA: G.R. 176389, G.R. 176864 del 14.12.2010); Armand Arabian (G.R. 176389, G.R. 176864, del 14.12.2010), già giudice della Corte suprema della California, a proposito della definizione di "consenso informato" in tema di responsabilità medica.

<sup>20</sup> In parte i dati sono ricavati da DI LORENZO, *La dottrina nella giurisprudenza della Corte Suprema delle Filippine (2008-2011)*, Tesi Bologna, Facoltà di Giurisprudenza, 2012.

## 2.2. Israele

Israele presenta vari motivi di interesse in relazione al tema oggetto di studio. In primo luogo, anche se la discendenza culturale è britannica, la creazione di una patria per il popolo ebraico ha condotto nell'antica Palestina, ora Stato di Israele, genti e giuristi che si sono abbeverati a culture diverse da quella anglosassone; ciò, in teoria, avrebbe potuto alimentare, nel secondo dopoguerra, un rimescolamento delle carte, quanto all'affermazione di uno o altro modo di pensare il diritto. In secondo luogo, poteva essere di qualche curiosità verificare la tenuta dell'influenza inglese, di fronte a diverse sollecitazioni provenienti da altre aree del *common law*, come Stati Uniti e Canada; infine, sempre alla luce di diverse ondate migratorie, occorre verificare eventuali ingressi o recuperi della dottrina continentale europea.

Per verificare le ipotesi di lavoro, per Israele si è affrontato uno studio dinamico, analizzando le sentenze dei primi anni, e poi, a campione, quelle degli ultimi. I risultati sono i seguenti.

L'imponente numero di citazioni dottrinali che si rinvergono nella giurisprudenza della *Supreme Court* di Israele precludono di darne conto, in questa sede, in modo analitico. Alcune *opinions* di maggioranza, ma soprattutto quelle individuali, sono veri e propri saggi, corredati da note, nei quali i richiami ai precedenti di *common law* (all'inizio soprattutto inglesi, di seguito anche statunitensi e di altri ordinamenti) si accompagnano a riferimenti alla legislazione e, per quanto qui interessa, alla dottrina giuridica (e a volte non solo giuridica).

La deduzione che se ne trae è che la Corte Suprema ben esprime l'idea che il diritto non si risolve solo nelle leggi, ma anche nelle loro interpretazioni – la giurisprudenza, i precedenti – e le opere degli studiosi, e che non sempre ci sia allineamento tra i tre livelli. Questi sono via via usati o congiuntamente, se allineati, o disgiuntamente, se confliggenti. La Corte non attinge solo dal patrimonio giuridico autoctono (né all'inizio poteva farlo), ma ampiamente all'argomento di diritto comparato. L'apertura a ciò che sta fuori, in Israele è particolarmente agevolata dalla peculiare storia del paese, dalle radici differenziate, dalla formazione disomogenea dei giudici, provenienti da storie e da Università diverse. Non sempre è agevole ascrivere le origini culturali di un riferimento dottrinale: i giudici hanno spesso una formazione differenziata, che si è conseguita in parte in Europa e in parte negli Stati Uniti, e solo quelli dell'ultima generazione sono nati tutti o quasi tutti in Israele e spesso si sono formati nelle prestigiose Università di Gerusalemme e Tel-Aviv. Ciò nondimeno, il cosmopolitismo resta marcato, come attesta l'uso delle citazioni di autori stranieri pure nell'ultimo decennio, anche se gli autori citati, pur non essendo israeliani, molte volte sono ebrei.

In Israele, il "bacino" che ha una influenza maggiore è, come in altri Paesi analizzati, quello delle Università statunitensi, specie le più conosciute. Dal mondo anglosassone giungono influenze anche dal Canada, oltre che dal Regno Unito, mentre, nonostante la base codicistica che fa di Israele un ordinamento misto, la dottrina continentale europea è asfittica nel primo periodo, e recessiva rispetto a quella anglosassone nell'intero corso di vita del Paese.

A ciò concorre, forse, anche il fatto che pure la *Supreme Court* si è andata impe-

gnando sempre di più – secondo un *trend* generalizzato a livello comparatistico – quale giurisdizione costituzionale e “giurisdizione delle libertà”, in seguito al rilievo crescente assunto dalle Leggi fondamentali quali parametro di giudizio in tema di libertà. I temi privatistici e civilistici trattati dalla Corte (che giustificherebbero un più ampio ricorso alla dottrina europea continentale) sono numericamente meno frequenti; si aggiunga la giustificabile ritrosia a evocare espressamente gli influssi tedeschi, che ha caratterizzato i primi anni di giurisprudenza. Va notata infine la scarsa presenza di dottrina francese, italiana e spagnola<sup>21</sup>.

### 2.3. Repubblica sudafricana

Del Sudafrica, è conosciuto il carattere ambivalente dell’ordinamento, dovuto, dopo la fondazione nel 1652 della Colonia del Capo da parte degli olandesi, alla conquista britannica e all’annessione del Natal, già boero, poi dell’Orange e del Transvaal, fino all’*Union* delle quattro colonie sancita nel 1909. La vigente Costituzione consacra un’evoluzione segnata da varie tappe marcate, dopo l’indipendenza, dalla Costituzione del 1961 e da quella del 1983, che opera una prima cauta apertura nella breccia dell’*apartheid*, almeno a favore di *coloured* e asiatici.

Per il Sudafrica, il periodo analizzato è quello dei primi cinque anni iniziali (1996-2000). È, infatti, plausibile, come già detto, che una Corte costituzionale appena creata cerchi di dare razionalità e continuità ai suoi discorsi basandosi maggiormente sulla dottrina, in attesa di poter fare riferimento ai propri precedenti. L’indagine è stata poi estesa al periodo 2008-2013.

Anche l’esperienza sudafricana sembra attestare un vistoso arretramento dell’influenza *civilian* nel corpo misto dell’ordinamento. Non solo, almeno nel primo periodo e come nelle Filippine, i riferimenti bibliografici sono quasi tutti in inglese, ma addirittura – se si prescinde dagli autori locali – anche qui la maggioranza delle citazioni è ad autori statunitensi o del *Commonwealth*. Non solo: persino nei richiami agli istituti di diritto amministrativo (che precisamente struttura nel *civil law* la sua stessa ragion d’essere) sono presenti quasi esclusivamente autori inglesi o statunitensi. Il ceppo culturale di matrice boera (*Roman-Dutch Law*) è quasi scomparso; sporadiche sono le citazioni di austriaci e tedeschi, assenti o quasi assenti francesi e italiani. Invece, con particolare riferimento agli ultimi cinque anni (2008-2013), è dominante la dottrina sudafricana: gli autori rappresentati sono più del 72%. Seguono, ma assai distaccati, autori britannici (poco meno del 9%), statunitensi (6,9%), olandesi (1,7%), canadesi e tedeschi (1,2%). Infine, vi sono quattro citazioni di studiosi indiani, tre di australiani, due di cingalesi, e rispettivamente di uno svedese, un italiano, un nigeriano, un neozelandese e un paraguaiano. Sostanzialmente assente è dunque la dottrina non anglosassone<sup>22</sup>.

Di un certo interesse appare l’analisi delle Università di provenienza degli autori

<sup>21</sup> I dati sono stati elaborati da ABBONDANZA, *La Corte suprema israeliana. Storia di una corte tra giurisprudenza, dottrina e tradizione giuridica straniera*, Tesi Bologna, Facoltà di Giurisprudenza, 2011.

<sup>22</sup> FEDERICO, *Sudafrica e India: l’uso della dottrina in ordinamenti giuridici complessi e stratificati*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 165 ss.

citati; diversamente che altrove, alcune sedi famose – ma anglosassoni! – manifestano ancora il loro fascino, quale che sia il ramo del diritto implicato: in particolare Harvard, Yale, Oxford, Cambridge continuano a fornire una linfa vitale alla formazione del pensiero giuridico maggiormente apprezzato in Sudafrica, anche se sono numerose le Università meno antiche (o, in teoria, meno prestigiose). Va ribadito lo stretto raccordo, nel primo periodo analizzato, tra Corte sudafricana e Università canadesi. Proprio le problematiche comuni affrontate dai due paesi, con riferimento al concetto di convivenza multi-etnica, multilinguistica e multiculturale, giustificavano svariate citazioni di scienziati sociali nelle sentenze della Corte costituzionale (peraltro non solo canadesi).

#### 2.4. Africa australe

L'esame delle citazioni dottrinali nelle Corti di vertice dell'Africa australe – segnatamente, della *Court of Appeal* del Botswana, della *Supreme Court* della Namibia e della *Court of Appeal* del Lesotho – per il periodo 2009-2013 sembra confermare le tendenze già registrate per la Repubblica sudafricana.

Il ricorso al formante dottrinale per elaborare quello giurisprudenziale è, infatti, attestato nella giurisprudenza delle corti dell'area<sup>23</sup>. Di più: detta giurisprudenza utilizza non solo dottrina giuridica, ma richiama altresì testi, documenti, scritti di autori non giuridici – siano essi dizionari, opere filosofiche o letterarie<sup>24</sup>. A giustificare tale ampio ricorso al formante dottrinale da parte della *Court of Appeal* del Botswana e della *Supreme Court* della Namibia<sup>25</sup> concorre certamente la circostanza per cui l'Africa australe è il *recipient* della dominazione coloniale britannica, della tradizione

<sup>23</sup> Per un esame delle citazioni, aggregate per Paese e per genere letterario (dizionari giuridici, monografie, trattati-manuali-opere pratiche, articoli su rivista, fonti del diritto romano-olandese), v. NICOLINI, *Sovversione del paradigma eurocentrico e formante dottrinale nella giurisprudenza dell'Africa australe*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 209 ss., al quale vanno ascritte le osservazioni in testo. Cfr. altresì NICOLINI, *Formante dottrinale e costruzione di quello giurisprudenziale nei sistemi giuridici a base dottrinale: il caso dell'Africa australe e*, per la citazione di dottrina nella giurisprudenza di vertice del Lesotho, ANDREOLI, *Tra formante dottrinale e tradizioni costituzionali comparate. Il modello citazionale come forma di Southern-African judicial dialogue*, entrambi in BAGNI, NICOLINI, PALICI DI SUNI, PEGORARO, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, SERIO (eds.), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze costituzionali*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, cit.

<sup>24</sup> Tale è il riferimento, da parte della *Supreme Court* de Namibia, in *Africa Personnel Zervices (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* (SA 51/2008) [2009] NASC 17, al par. 23, Marx, Karl, *Capital. A Critical Analysis of Capitalist Production*, vol. 1, Lawrence and Wishart, London, 1974, p. 318. Cfr. NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, *Filodiritto*, Bologna, 2015, p. 18 ss. L'A. evidenzia poi l'uso metaforico di testi letterari attestato nella decisione *S v Setlhabi* della *Court of Appeal* del Botswana: cfr. *S v Setlhabi* (CLCLB-097-08) [2009] BWCA 6 (28 January 2009), § 33: «In my view, the defence of provocation is not available to the appellant merely because he had been attacked by Tshepo [...] for him to act like *Don Quixote, fighting windmills* and in the process look for, chase and kill the deceased. I will dismiss the defence of provocation» (corsivi aggiunti).

<sup>25</sup> Però, come evidenza NICOLINI, «*When Southern African Courts Join Judicial Conversation*»: *considerazioni introduttive a una ricerca sugli attori del dialogo costituzionale*, in AA.VV., *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale per la costruzione di un 'itinerario' geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Esi, Napoli, 2015, p. 79 ss., ampio è altresì il ricorso al formante giurisprudenziale.

giuridica di *common law*, delle relative tecniche di giudizio, del modello politico-costituzionale del Regno Unito.

Qui si radica uno degli elementi più rilevanti della ricerca: pur nella ampiezza e numerosità degli ordinamenti dell'area, ad accomunarli entro la comune etichetta di Africa australe sta l'influenza del Sudafrica, assunto a modello di riferimento nell'area geo-giuridica.

L'«egemonia giuridica» sudafricana è oltremodo evidente a livello quantitativo: i riferimenti dottrinali del sistema giuridico-costituzionale di riferimento per l'area superano anche quelli della madrepatria britannica o di altri Paesi e aree geo-giuridiche. Non che non si possa tracciare la presenza di citazioni dottorali riportabili al Regno Unito, all'Irlanda, all'Europa, al resto del *Commonwealth*; è che le citazioni sudafricane – e del *Roman-Dutch law* importato dagli olandesi nel 1652, sulla quale si erano venuti a saldare elementi del *common law* inglese, generando un sistema giuridico misto, comune a gran parte dell'Africa australe – consente di pervenire a un'ulteriore delimitazione geografica, interna alla stessa Africa Australe. Si tratta dell'insieme degli ordinamenti (e dei Paesi) che hanno in comune la “*Cape colonial law*”<sup>26</sup>: ciò è confermato dal numeroso corredo di citazioni tratte dalle opere della giurisprudenza elegante olandese (Voet, Grozio, ecc.) – anche se, ormai, l'anglizzazione dei due Stati e l'«inaccessibility of Roman-Law sources» le vede richiamate per lo più in traduzione<sup>27</sup>.

Proprio richiamando l'egemonia giuridica sudafricana – e le citazioni della giurisprudenza elegante olandese – è stata proposta da una attenta dottrina la delimitazione, entro il sistema di dialogo tra le Corti di vertice australi, di una “nuova” famiglia giuridica, compatta e omogenea – quella della *Cape colonial law*, capace di generare autonomi *rankings*, autonomi rispetto a quelli tradizionalmente riportabili alle due grandi famiglie giuridiche occidentali (*civil law* e *common law*)<sup>28</sup>.

### 3. Commonwealth

#### 3.1. India

Nella giurisprudenza della *Supreme Court* indiana, nel periodo 2009-2013, sono indiani solo il 31,8% degli autori citati. Seguono autori britannici e statunitensi, entrambi rappresentati in numero consistente. Meno menzionati gli studiosi «australia-

<sup>26</sup> Cfr. MANGA FOMBAD, *Botswana and the Dynamics of Legal Modernisation within a Dual English Common Law/Roman-Dutch Legal Heritage*, in *African Journ. intern. and comp. law*, vol. 13, parte 1, 2005, p. 7 ss.; ID., *Botswana*, in PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide. The Third Legal Family*, cit., p. 481, nt. 1.

<sup>27</sup> Cfr. MANGA FOMBAD, *Botswana*, cit., p. 485.

<sup>28</sup> La configurabilità della *Cape colonial law* come famiglia giuridica autonoma nell'ambito della *Western legal tradition* e contigua ai sistemi tradizionali africani è in NICOLINI, *La giustizia costituzionale in Africa australe. L'eredità europea, il diritto tradizionale, il global judicial dialogue*, cit., p. 49 e p. 98 e in ID., *Formante dottorale*, cit.

ni, canadesi e francesi, e citati solo una volta autori austriaci, tedeschi, greci, olandesi, israeliani e svizzeri. Invero, giova ricordare la relativa propensione dei giudici costituzionali indiani a citare i grandi classici del pensiero giuridico e filosofico, ed in questa prospettiva si giustificano la presenza di francesi (Montesquieu e Bodin), di greci (Aristotele), di tedeschi (Pufendorf), olandesi (Grotius) e svizzeri (Rousseau). A parte i classici, è assente la dottrina non anglosassone». È stato osservato altresì che «L'autoreferenzialità del diritto emerge nettamente anche in India: l'81,3% delle citazioni è di natura giuridica, ma se raffiniamo l'analisi ed escludiamo i dizionari ed i rapporti di varia natura, la percentuale cresce ulteriormente, arrivando all'88,5%. Larga parte di quel 12% di dottrina non giuridica è composto da studi di carattere sociologico»; che «Sul totale delle citazioni, (...) quelle di autori accademici sono il 60,4%, ma se filtriamo il dato rispetto alla disciplina, vediamo chiaramente che la prevalenza di autori accademici in ambito giuridico arriva ad oltrepassare il 67%»; che quasi tutti gli autori, classici e contemporanei, sono citati solo una volta, ad eccezione di due famosi giudici indiani; che è in tema di diritti socio-economici e di diritto costituzionale che più elevata è la percentuale di decisioni con citazioni, mentre la percentuale di decisioni con citazione è meno alta nell'ambito del diritto tributario, in cui su sei decisioni, solo una contiene citazioni<sup>29</sup>.

### 3.2. Canada

I dati relativi al Canada sono interessanti. Se, nelle sentenze degli anni '90, le citazioni erano numerose, per lo più incentrate sulla dottrina del Paese, ma con molti riferimenti ad autori statunitensi e con larga apertura anche al resto del mondo (specie anglosassone), con scarsa presenza di autori francesi anche in relazione al diritto civile, in tempi più recenti (2008-2012) si registra qualche variazione. La percentuale di sentenze con citazioni si aggira attorno al 65% di media, per lo più su questioni di diritto costituzionale (33,48%), penale (24,89%), civile (16,74%), procedura civile (8,14%), diritto tributario (5,43%), procedura penale (3,62%), tutela dei diritti sociali (0,9%), rapporti tra ordinamenti (0,9%), tutela di altri diritti fondamentali (0,45%). All'interno delle citazioni dottrinali il 60,73% è costituito da accademici, il 39,27% sono citazioni di non accademici. Tra le citazioni provenienti dagli accademici il 98,59 appartiene al campo giuridico, e solo l'1,41% ad altre discipline (mentre in precedenza queste erano più numerose). La provenienza degli autori è prevalentemente canadese, ma sono citati anche molti autori provenienti dagli altri paesi del *Commonwealth* e dagli Stati Uniti. In particolare, al Regno Unito e agli Stati Uniti sono riconducibili poco meno del 10% delle citazioni ciascuno, molte delle quali (specie quelle europee), sono di classici<sup>30</sup>.

In coerenza con la natura mista dell'ordinamento, parzialmente codificato (in Québec), nel campo del diritto civile le citazioni in lingua francese raggiungono ora una

<sup>29</sup> I dati e le parti virgolettate sono tratte da FEDERICO, *Sudafrica e India: l'uso della dottrina in ordinamenti giuridici complessi e stratificati*, cit., p. 196 ss.

<sup>30</sup> Tra essi, W. Blackstone, E.H. East, E. Coke, W. Awkins, H. Roscoe, W.O. Russell, Tommaso d'Aquino.

percentuale vicina al 20% (mentre nel campo del diritto costituzionale, la percentuale è circa dell'8%). L'autore canadese più citato è R. Sullivan con 32 citazioni, seguita da P. W. Hogg con 21 citazioni, mentre tra i francofoni P.A. Coté ha 13 citazioni<sup>31</sup>.

#### 4. Area germanofona

Germania e Austria sono accomunate, per quel che riguarda il nostro tema, da tendenze analoghe, che si giustificano sulla base di tradizioni giuridiche e in genere culturali in parte condivise. L'indagine sulle sentenze emesse tra il 2009 e il 2013 offre risultati curiosi anche se non inaspettati<sup>32</sup>.

##### 4.1. Germania

In Germania, le sentenze che contengono citazioni rappresentano un po' meno di un quarto del totale, rappresentando i commentari la tipologia più menzionata (38%), mentre le altre tipologie letterarie si collocano in un *range* variabile tra il 19% delle monografie e il 6% di saggi contenuti in curatele. È stato arguito, analizzando le decisioni assunte a maggioranza e non all'unanimità, che nei casi più dibattuti i giudici si rivolgono alla dottrina per conferire maggiore legittimazione a decisioni su cui loro stessi non riescono a trovare una posizione condivisa, e che il giudice che viene a trovarsi in disaccordo rafforza la sua posizione attraverso il sostegno offerto dalla dottrina. La stragrande maggioranza delle decisioni del *Bundesverfassungsgericht* fa riferimento ad autori tedeschi, ma, nelle questioni di particolare rilievo politico o economico-sociale, anch'esso come altri i tribunali ricorre alla dottrina straniera per sostenere le proprie posizioni.

##### 4.2. Austria

In Austria, le sentenze con citazioni sono mediamente il 25%, e come in Germania i magistrati costituzionali si rivolgono soprattutto a fonti dottrinarie di tipo commentaristico, non disdegnando tuttavia manuali, articoli in riviste e monografie, con escursioni pure su dizionari, siti internet, *reports* o manuali di discipline differenti da quelle più strettamente giuridiche.

Gli autori più citati, oltre che esponenti dell'accademia austriaca, sono anche membri di tribunali federali di vertice. Per quanto riguarda le citazioni femminili, dal 2010 l'opera monografica più utilizzata (dieci volte) è il volume della professoressa

---

<sup>31</sup> Per il primo periodo, i dati sono di elaborazione propria; per il secondo, v. i risultati della ricerca dell'Unità dell'Università Suor Orsola Benincasa, Napoli.

<sup>32</sup> PALERMO, TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo "vivente" in Germania e Austria*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 285 ss., e TRETTEL, *Giudici "professori" nella giurisprudenza costituzionale dell'area di lingua tedesca: i casi di Germania e Austria*, in BAGNI, NICOLINI, PALICI DI SUNI, PEGORARO, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, SERIO (eds.), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze costituzionali*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, cit.

dell'ateneo viennese Magdalena Pöschl "*Gleichheit vom Gesetz*". Debole è invece la presenza straniera, il che conferma la scarsa propensione alla comparazione propria della tradizione della Corte costituzionale austriaca<sup>33</sup>. Ciò «si può probabilmente spiegare se si guarda, da un lato, alla lunga tradizione della giustizia costituzionale austriaca. Si tratta del primo modello accentrato in Europa e dunque del modello da cui copiare più che un sistema attivamente interessato alla comparazione per trarre ulteriore indiretta legittimazione alle argomentazioni. Dall'altro questa tendenza è riconducibile alla formazione dei giuristi, generalmente privi dei rudimenti del diritto straniero e della metodologia comparatistica»<sup>34</sup>.

## 5. Est europeo

L'Est europeo ha risentito nel passato di influssi i più vari: austriaci, nell'*ex-Impero*, e tedeschi; francesi (specie in Polonia); russi, sia in epoca zarista che socialista che post-socialista; italiani, sia pure in modo limitato (Albania); turchi (Impero ottomano) e islamici (Kosovo, Bosnia ...). Rappresenta dunque un buon banco di prova per analizzare stratificazioni e circolazioni dottrinali nel formante giurisprudenziale, come pure cambi di tendenze, o sopravvivenze di crittotipi. Per ragioni di spazio, diamo conto qui, in via esemplificativa, solo dell'esperienza di un paio di ordinamenti.

### 5.1. Albania

L'Albania è stata condizionata da distinte culture giuridiche nel corso dei secoli, patendo, dopo il distacco dall'Impero Ottomano nel 1912, influenze austriache e soprattutto italiane tra le due Guerre, prima dell'avvento del regime comunista, peraltro alquanto impermeabile alle penetrazioni dell'Unione sovietica. L'influenza italiana non ha prodotto il rifiuto di utilizzare esplicitamente la dottrina nelle citazioni di giurisprudenza. La Corte costituzionale non fa eccezione. Nondimeno, l'uso di citazioni espresse è alquanto parco, in controtendenza rispetto ad altri ordinamenti "giovani"<sup>35</sup>. Le sentenze analizzate si riferiscono al periodo tra il 2004 e il 2012.

A parte alcuni classici<sup>36</sup>, e i giuristi albanesi<sup>37</sup>, un notevole numero di citazioni ri-

---

<sup>33</sup> Cfr. PALERMO, *La corte costituzionale austriaca e la comparazione giuridica*, in FERRARI, GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, cit., p. 132.

<sup>34</sup> PALERMO, TRETTEL, *Formante dottrinale e giurisprudenza costituzionale nella costruzione del federalismo "vivente" in Germania e Austria*, cit., pp. 298, 301 e 304.

<sup>35</sup> ... i quali, come detto alla sez. I, § 2 per dare razionalità al discorso interpretativo delle Corti costituzionali spesso fanno leva – in difetto di precedenti – sulle argomentazioni dottrinali.

<sup>36</sup> La Corte cita Aristotele nella sentenza n. 38/2005 in tema di giusto processo e di necessità di motivazione delle sentenze. J.J. Rousseau viene ricordato nella sentenza n. 44/2011, sul mandato dei deputati del Parlamento.

<sup>37</sup> I riferimenti agli autori albanesi sono sporadici: si tratta di K. Traia, conosciuto come uno degli autori della Costituzione albanese e giudice a Lussemburgo, citato nella sentenza n. 5/2007 a sostegno della posizione della Corte in materia di giusto processo; di Ismet Elezi, penalista ricordato nella sentenza n. 3/2004 sulla nozione di tortura, e di tre coautori di un commentario al codice di procedura penale (Islami, Hoxha, Panda).

guarda giuristi tedeschi: tra essi Christoph Engel, professore presso l'Università di Osnabrück, viene citato due volte nella sent. n. 33/ 2005 in materia di giusto processo, al pari di Klaus Stern, professore di diritto pubblico in varie Università tedesche<sup>38</sup>. Nella sent. n. 44/2011 la Corte fa riferimento a Horst Dreier<sup>39</sup>. La Corte cita poi, nella sent. n. 34/2005 e nella n. 3/2008 – rispettivamente sul principio di certezza del diritto e sulla legittimazione ad attivare il giudizio penale da parte di soggetti diversi dal pubblico ministero – Peter Badura<sup>40</sup>. Il commentario alla convenzione europea sui diritti umani, di Jochen Abraham Frowein e Wolfgang Peukert<sup>41</sup>, è citato nella sent. n. 16/2004, a proposito del rispetto della vita privata degli individui, nella n. 14/2005, in tema di impugnazione delle sentenze e di diritto di difesa, e nella n. 23/2005, sulla presenza dell'imputato nei processi penali. La Corte ricorda Konrad Hesse<sup>42</sup> nella sentenza n. 3/2006 a proposito della indeterminatezza delle norme costituzionali. Il nome di Günther Jaenicke (giuspubblicista nell'Università di Francoforte e nel Max Planck Institut) compare nella sentenza n. 15/2010 sul diritto marittimo.

La dottrina e le Università austriache sono rappresentate in primo luogo da Hans Kelsen<sup>43</sup>. Sul mandato parlamentare, e precisamente sul cumulo di mandati (sent. n. 44/2011), la Corte menziona poi il *Verfassungsrecht* pubblicato dai professori di diritto amministrativo e costituzionale Robert Walter e Heinz Mayer (Università di Vienna). Un'opinione dissenziente nella sentenza n. 41/2012 cita anche Christoph Grabenwarter<sup>44</sup>.

Tra gli italiani, la Corte albanese ricorda due volte il manuale di diritto costituzionale di Livio Paladin (Università di Padova)<sup>45</sup>. Altro costituzionalista citato è Temistocle Martines (Università di Messina e Roma), a proposito della giurisprudenza costituzionale e della discrezionalità nelle scelte del legislatore<sup>46</sup>. Di un famoso internazionalista, Francesco Capotorti (Università di Napoli e Roma), la Corte cita una definizione di "minoranza"<sup>47</sup>. L'Università più antica del mondo – Bologna – viene ricordata non per l'apporto dei suoi giuristi, ma di due politologi, Carlo Guarnieri e Patrizia Pederzoli, autori di un volume sulla magistratura nelle democrazie contemporanee tradotto all'albanese<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> Monaco, Berlino, Colonia, Gottinga, Francoforte: sentenze n. 34/2005 sul principio di certezza del diritto e n. 40/2007, sulle elezioni locali.

<sup>39</sup> Professore di Filosofia del diritto, di Diritto costituzionale e amministrativo nella Julius-Maximilians-Universität di Würzburg. Cita inoltre Richard Wurbs, già vicepresidente del *Bundestag*, sul tema del mandato dei parlamentari.

<sup>40</sup> Professore di Diritto pubblico e Filosofia politica nell'Università di Monaco di Baviera.

<sup>41</sup> *Europäische Menschen Rechts Konvention. EMRK-Kommentar*, Berlin, Engel Verlag.

<sup>42</sup> Professore di Diritto amministrativo nelle Università di Gottinga e Friburgo, nonché giudice costituzionale.

<sup>43</sup> ... del quale la sent. n. 3/2006 ricorda un passo della *Reine Rechtslehre* sulla natura della costituzione quale fonte, e la n. 19/2007 un brano sulla gerarchia delle fonti.

<sup>44</sup> Professore di Diritto amministrativo e costituzionale nell'Università di Vienna, giudice costituzionale.

<sup>45</sup> A proposito della liceità dell'espropriazione e della natura costituzionale del diritto al lavoro: sentenze n. 35/2007 e n. 20/2006.

<sup>46</sup> Sentenza n. 42/2012.

<sup>47</sup> Sentenza n. 52/2011.

<sup>48</sup> Sentenza n. 14/2006.

Gli autori statunitensi utilizzati dalla Corte costituzionale albanese nel periodo analizzato sono solo due: il primo è Edmon Nathaniel Cahn, del quale cita l'affermazione che in ogni Stato democratico i giudici devono controllare il potere del Parlamento; l'altro – Donald P. Kommers – in tema di diritto del lavoro<sup>49</sup>. Del giurista polacco Marek Antoni Novicki<sup>50</sup> sono ricordate: una affermazione relativa al diritto di proprietà; una seconda affermazione sulla posizione di parità delle parti nei processi sia civili che penali; una terza, riguardante la nozione di giusto processo<sup>51</sup>. Una sentenza in materia di diritto marittimo dà modo alla Corte di allargare il fronte delle citazioni. In essa vengono menzionati tre studiosi inglesi: Sir Iean Brownlie, David Anderson e Shabtai Rosenne<sup>52</sup>; l'internazionalista svizzero Lucius Caflish (Ginevra), il giapponese Shigeru Oda (Tokyo, Yale), il greco Christos L. Rozakis<sup>53</sup>. Un giurista australiano (il costituzionalista Augusto Zimmermann, Western Australia Murdoch University), è infine citato nella sent. n. 20/2006.

A parte le citazioni ornamentali, *ad pompam*, mancano riferimenti a scienze sociali diverse da quella giuridica (tranne le citazioni dei politologi italiani e di filosofi o teorici generali). Si avverte in primo luogo una preponderante influenza della dottrina tedesca, soprattutto di quella giuspubblicistica (di diritto pubblico e amministrativo, e di filosofia politica), con *excursus* in altre specialità (ma non sono citati civilisti). Le Università tedesche di provenienza sono varie, ad attestare la loro diffusa propensione all'internazionalizzazione. Così pure, anche gli autori austriaci che accompagnano il classico Kelsen sono giuspubblicisti, però l'unica Università "esportatrice" è quella di Vienna. Dell'area germanofona, compare un unico autore svizzero, internazionalista. I giuristi italiani citati – due costituzionalisti e un internazionalista – appartengono alla generazione del dopoguerra, al pari dei due politologi. Gli autori anglosassoni chiamati a supportare il ragionamento dei giudici sono pochi, e di provenienza non accademica (o solo in parte accademica). L'Università di Varsavia è rappresentata in tre distinte sentenze da un unico autore. Compagno, ma in un'unica sentenza gravida di citazioni (quella sul diritto marittimo) anche un greco, un australiano, un giapponese, ma statisticamente il dato non è significativo. Quasi assenti autori e Università inglesi e statunitensi: per il Regno Unito, sono utilizzati diplomatici; per gli Stati Uniti, un filosofo e un pubblicista conosciuto per i suoi studi in Germania e sulla Germania<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> L'uno è filosofo della *New York University*, il secondo insegna nell'Università del Wisconsin e ha varie esperienze tedesche. V. rispettivamente sentenze n. 14/2006 e n. 52/2011.

<sup>50</sup> ... dell'Università di Varsavia, e membro della Commissione europea per i Diritti umani.

<sup>51</sup> Sentenza n. 30/2005; sentenza n. 12/2005; sentenza n. 15/2007.

<sup>52</sup> Rispettivamente il primo formato a Leeds, Oxford, London School of Economics, e avvocato; il secondo consigliere giuridico del *Foreign Office* e autore di un trattato di diritto marittimo; il terzo ministro e ambasciatore.

<sup>53</sup> Formatosi ad Atene, Londra, Illinois, Ginevra, membro della Commissione europea dei Diritti dell'Uomo; la sentenza è la n. 15/2010.

<sup>54</sup> Tutti i giudici estensori delle opinioni – di maggioranza o di minoranza – si sono formati nella facoltà giuridica dell'Università di Tirana, e il loro *curriculum* non vanta significative esperienze fuori dal Paese. I loro riferimenti alla dottrina straniera appaiono alquanto estemporanei, a sostegno di affermazioni per lo più generiche, volte a rinforzare sul piano dei principi il *reasoning* della Corte (o, nel caso di

## 5.2. Repubblica ceca

In circa 1.000 sentenze emesse (e considerate) tra il 2010 e il 2015<sup>55</sup>, la Corte costituzionale ceca utilizza con continuità le citazioni dottrinali: sono rari i riferimenti a giuristi e filosofi greci e latini del periodo antico o medievale<sup>56</sup>, o comunque a classici (tra essi, la Corte cita Hamilton, Tocqueville e Bertrand Russell, oltre, tra i non giuristi, Jacques Derrida, Neubauer, Brecht, Hannah Arendt); più frequenti quelli a dizionari giuridici e/o filosofici e/o di logica giuridica<sup>57</sup>, mentre quasi tutte le fonti dottrinali sono provenienti dall'età moderna e contemporanea; in gran parte, si tratta di commentari alle leggi ceche, non di rado scritti dagli stessi giudici (molti sono anche professori), che quindi si auto-citano<sup>58</sup>.

Dal punto di vista quantitativo la dottrina più influente è quella tedesca, specie in materia di teoria del diritto e di diritto civile o commerciale, seguita, per ragioni di storia e radici comuni, dalla dottrina slovacca. La dottrina statunitense e quella inglese (specie Yale, Harvard e Oxford) sono in prevalenza citate in relazione alla teoria del diritto, al diritto costituzionale o amministrativo e a questioni legate ai diritti fondamentali dell'uomo.

## 6. Islam

L'analisi dell'Islam come entità unitaria sarebbe possibile solo per lo studio della giurisprudenza religiosa e dell'influenza di giuristi appartenenti a differenti scuole, non certo per approfondire il peso dei giuristi laici, nazionali o stranieri, nell'elaborazione delle sentenze. Assai più rilevante, a questo proposito, appare il peso della colonizzazione, che ha lasciato tracce differenziate nei diversi ordinamenti che si considerano appartenenti all'Islam (o alla nazione araba). Anche in questa circostanza, l' semplificazione è circoscritta a due soli casi.

---

*dissents*, a contrastarlo). Gli autori citati sono spesso conosciuti per cariche pubbliche ricoperte in ambito diplomatico o giudiziario/internazionale, più che per la produzione accademica, ma non mancano eccezioni (come nel caso degli italiani Martines, Paladin, Guarnieri e Pederzoli).

<sup>55</sup> I dati sono forniti da STULAKOVA, *L'uso della dottrina nelle pronunce della Corte costituzionale ceca*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 239 ss.

<sup>56</sup> Secondo STULAKOVA, *L'uso della dottrina nelle pronunce della Corte costituzionale ceca*, cit., p. 247, forse perché la tradizione giuridica ceca «è figlia della tradizione giudica tedesca ed austriaca piuttosto che della tradizione giuridica di stampo romano. Ciò significa che i principi del diritto romano continuano ad essere riportati nell'ordinamento giuridico ceco *de relato* tramite gli istituti di diritto privato tedesco, fortemente influenzato dal diritto romano classico». Sono stati invece riscontrate alcune decisioni contenenti riferimenti alla dottrina filosofica moderna, del periodo storico dall'Ottocento in poi.

<sup>57</sup> Ad esempio nella sentenza n. III.US 980/14 del 19.6.2014: AA.Vv., *Slovník spisovné češtiny pro školu a veřejnost*, Praga, 1994.

<sup>58</sup> La quasi totalità di sentenze o ordinanze riporta i dati necessari per la corretta individuazione, quali l'autore, l'opera, la casa editrice, il numero dell'edizione, il volume e le pagine citate o di riferimento, mentre solo raramente vengono usate frasi del tipo "la dottrina consolidata" o "la dottrina costante".

### 6.1. Marocco

Le sentenze e i dati relativi al Marocco prendono in considerazione un periodo temporale di quasi 50 anni, dal 1958 (anno successivo alla proclamazione dell'indipendenza marocchina e alla creazione della stessa Corte Suprema) al 1969, e dal 1983 al 2005<sup>59</sup>. Le citazioni di dottrina appaiono solo nell'arco temporale che va al 1958 al 1965. Non si tratta di una riduzione graduale delle citazioni, ma di un vero e proprio blocco improvviso e, per alcuni versi, radicale. A partire dal 1965 non si ritrova alcun riferimento a giuristi e loro opere, fatte salve cinque sentenze che hanno a oggetto una sola branca del diritto (quella familiare e immobiliare), e autori di uno stesso contesto e ambiente giuridico (quello musulmano).

Nella fase post-indipendenza (alla quale fanno riferimento la stragrande maggioranza delle sentenze analizzate), gli autori citati sono quasi tutti francesi, per luogo di nascita o formazione culturale, per ovvie ragioni connesse alla presenza coloniale francese e alla codificazione napoleonica. La carriera universitaria dei professori citati non è legata solo a Paris-Sorbonne: è l'Università parigina Panthéon Assas ad avere maggior numero di professori citati in Marocco, ma compaiono numerose altre università: Strasburgo, Poitiers, Rennes, Lione, Montpellier, Tolosa, Bordeaux e Nancy, Caen, Aix-en-Provence. Gli studiosi più citati (in materia civile, penale, procedurale e familiare) sono Poittevin e Bouzat (rispettivamente 34 e 29 volte). La maggior parte delle citazioni verte sulla materia penale. Va precisato che parte dei docenti francesi citati insegnava (anche) nell'Università di Algeri (Morand, Ladoux, Lavasseur, Derrida, Lobin e Bousquet). Scarse le citazioni in materia costituzionale. Sono rare le citazioni di non francesi: ad es., in una stessa sentenza sono citati un belga (Simont), un tedesco (Motulisky), un vietnamita (Brière de L'Isle) e uno studioso del Madagascar (Roger Granger).

### 6.2. Libano

Durante il ventennio 1994-2014, nell'ambito della sua funzione di controllo della costituzionalità delle leggi, il Consiglio costituzionale libanese ha emesso 39 sentenze; di queste, solo otto contengono citazioni dottrinali, mentre in qualità di giudice della legittimità dei procedimenti elettorali, su 62 ricorsi, compaiono in otto casi<sup>60</sup>. Le citazioni riguardano esclusivamente opere in lingua francese; nella maggioranza dei casi si tratta di studiosi francesi, ma in alcune decisioni sono state richiamate opere di autori libanesi, al fine di chiarire il significato di alcune norme della Costituzione libanese o di agevolare la comprensione, anche sul piano linguistico, di alcuni istituti del diritto francese.

La maggior parte degli autori citati compaiono una sola volta nelle decisioni del

---

<sup>59</sup> Fino a questa data le sentenze sono accessibili anche in francese, come ricorda l'ottimo studio di RAIMONDI, "Le citazioni dottrinali nella giurisprudenza della Corte Suprema del Marocco", Tesi Bologna, Fac. Giurisprudenza, 2011.

<sup>60</sup> LOCCHI, OLIVIERO, *La circolazione della dottrina straniera nella giurisprudenza delle corti costituzionali dei paesi arabi: il caso libanese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, cit., p. 259 ss.

Consiglio<sup>61</sup>. Sono pochi gli autori richiamati in più occasioni<sup>62</sup>. Lo studioso maggiormente citato (dieci citazioni) è Dominique Rousseau, professore di *Droit, Administration et secteur publics* e *Droit Comparé* all'Università Paris I Panthéon-Sorbonne, e co-direttore della *Ecole de droit* della Sorbonne. Le citazioni sono quasi esclusivamente relative a dottrina giuridica, prevalentemente di carattere costituzionalistico. Spesso le opere citate riguardano il *Conseil constitutionnel* francese, in relazione tanto al funzionamento quanto al contenuto di specifiche decisioni<sup>63</sup>.

La primazia della dottrina francese può essere spiegata soprattutto con argomenti di tipo storico. Il diritto francese – anche in termini di formante dottrinale – ha esercitato un'indubbia influenza a livello globale, con riferimento alla codificazione, al ruolo svolto dalla Francia nella costruzione di molte entità statali in Africa e in Asia e alla costituzione di un ordine giuridico internazionale. In Medio Oriente, come è noto, tale ruolo ha riguardato la stessa penetrazione della forma statutale nell'area fino al 1920 riconducibile all'Impero Ottomano.

## 7. Riflessioni interlocutorie

La panoramica sugli ordinamenti di cui sopra suggerisce sin d'ora alcune riflessioni.

Il dato di maggiore rilievo riguarda l'uso della dottrina straniera da parte delle corti di vertice. Con l'eccezione degli Stati Uniti, e in parte di Germania e Austria (oltre che della Svizzera, di cui per motivi di spazio non abbiamo dato conto), essa è notevole. Ovviamente, l'esigenza di dare soluzione ai casi costringe i giudici costituzionali a servirsi, in primo luogo, del materiale giuridico relativo all'ordinamento di appartenenza. Nel ragionamento dei giudici, peraltro, l'argomento di diritto comparato entra con sempre maggior frequenza, non solo con citazioni di sentenze (e legislazioni) straniere, ma anche della dottrina.

*Common law* e sistemi misti, adusi a una circolazione sistemica più che ordinamentale, non solo sono attrezzati per citare precedenti stranieri, ma i giudici richiamano anche la dottrina di altri Paesi. Quella inglese per i classici, quella statunitense per i contemporanei. Si registrano peculiarità connesse all'area e agli influssi non solo giuridici: ad es., se la Corte Suprema degli Stati Uniti si guarda bene dal citare dottri-

<sup>61</sup> Denis Alland e Stéphane Rials; Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan e Jean-Pierre Lassale; Charles Debbash; Marie Pauline Deswarte; Thierry di Manno; Raymond Guillien e Jean Vincent; Jean Gicquel; Bernard Maligner; Nicolas Molfessis; Raymond Odent; Pascal Perrineau e Dominique Reynié; Loïc Philip; Thierry Revet; Jean-Jaques Rousseau; Georges Vedel; l'opera *Mélanges Burdeau. Le pouvoir*.

<sup>62</sup> Da due a quattro: Eugène Pierre, Dominique Turpin, Jean-Pierre Camby, Guillaume Drago, Olivier Duhamel e Yves Mény, Louis Favoreau, Philippe Dufresnoy; Henry Solus e Roger Perrot; *Jean Vincent e Serge Guinbard*.

<sup>63</sup> Ciò, ad avviso di LOCCHI, OLIVIERO, *La circolazione della dottrina straniera nella giurisprudenza delle corti costituzionali dei paesi arabi: il caso libanese*, cit., p. 272, pare dimostrare la volontà, da parte del Consiglio libanese, di autolegittimare il proprio operato, in generale e con riferimento a specifiche tecniche o modalità di decisione, mediante il richiamo a un'esperienza consolidata che ha rappresentato e continua a rappresentare il modello di riferimento. A volte si citano lavori dottrinali allo scopo di richiamare le decisioni del Consiglio costituzionale francese in essi riportate.

na non autoctona, quella canadese osserva con particolare insistenza quella statunitense (anche se non solo). I giudici dell’Africa australe fanno riferimento prevalente, oltre che alla dottrina delle matrici storiche, a quella sudafricana. Le Corti più giovani, specie quelle istituite dopo periodi di chiusura da parte di precedenti regimi autoritari, per dare razionalità all’argomentazione citano di più la dottrina (non potendo poggiare su un bagaglio di precedenti giudiziari), e quasi sempre in modo più marcato dottrina straniera (v. l’Est europeo). Le corti di paesi decolonizzati avallano spesso le loro decisioni con l’autorevolezza dei professori appartenenti alle Università della antica potenza coloniale.

I dati elaborati forniscono ulteriori informazioni.

Presso tutte le corti analizzate, le citazioni di studiose non superano di solito il 10%, quale sia l’area (anglofona, mista, islamica, ecc.).

Salvo i classici – Locke, Montesquieu, Bodin, Hamilton, ecc., che compaiono in ordine sparso un po’ ovunque, quale che sia l’area analizzata (ma Hans Kelsen, nonostante l’insegnamento negli Stati Uniti, non è citato presso le corti anglosassoni, mentre lo si menziona a volte in quelle di ordinamenti misti) – non ci sono nomi di professori che permeano indistintamente tutto il globo (anche se ci sono ricorrenze frequenti). È notevole la frattura tra *common law* e il resto del mondo: alcuni autori americani (specie costituzionalisti o internazionalisti) sono menzionati da corti di *civil law*, ma quasi mai accade il contrario (a parte qualche tedesco).

È quasi ovunque molto utilizzato il rinvio a dizionari, sia generali sia giuridici, o a opere simili, per definire il senso delle espressioni che designano singoli istituti.

Non mancano in alcuni casi (come la Repubblica Ceca) autocitazioni di giudici che, in quanto anche professori universitari, o comunque in quanto autori di commentari, articoli, *case books*, manuali, rinviano alla propria produzione scientifica.

### SEZIONE III. America Latina

#### 1. Premessa

Passiamo ora ad analizzare la situazione in nove ordinamenti latinoamericani. Gli studi sviluppati da ciascun gruppo di ricerca nazionale coprono periodi temporali non sempre omogenei: mentre in alcuni casi il periodo esaminato è stato di vent’anni (Colombia), di dodici (Argentina e Messico), di dieci (Brasile, El Salvador e Perù), in altri è stato minore, e cioè di sei anni (Cile e Costa Rica), o di cinque (Ecuador), per ragioni contingenti<sup>64</sup> o a causa dell’istituzione solo recente della Corte costituzionale<sup>65</sup>. Ciò non rappresenta un ostacolo per sviluppare argomentazioni comparative, in relazione agli elementi indicati quali obiettivi della ricerca.

In ciascuno dei sistemi latinoamericani di giustizia costituzionale analizzati sono

---

<sup>64</sup> Costa Rica ed El Salvador si sono aggiunti in un secondo momento.

<sup>65</sup> È il caso dell’Ecuador.

stati presi in considerazione i seguenti elementi: il totale delle sentenze analizzate nei diversi riti di controllo di costituzionalità; il numero di sentenze che alludono a fonti dottrinali; il numero di autori citati e l'individuazione di quelli maggiormente ricorrenti; i paesi e le istituzioni ai quali appartengono; le materie, giuridiche o di altre aree del sapere, dei lavori accademici evocati nelle sentenze; il numero di uomini e donne citati<sup>66</sup>.

Nelle pagine seguenti, dopo l'analisi dei singoli ordinamenti, si segnaleranno unicamente gli studiosi citati dalle corti e tribunali appartenenti a paesi diversi da quello dove si situa la citazione<sup>67</sup>.

## 2. Analisi dei singoli ordinamenti

### 2.1. Argentina

La Corte Suprema argentina usa in modo notevole le citazioni dottrinali, e i confini nazionali non rappresentano una barriera. La cultura giuridica della Corte si alimenta soprattutto fuori, attestando una apprezzabile propensione comparatistica: nonostante l'ampio numero di citazioni di autori argentini, però non di quelli viventi<sup>68</sup>, la Corte suprema guarda in gran parte all'esterno, giacché sono ben trenta i paesi stranieri ai quali appartengono gli studiosi citati<sup>69</sup>.

Dall'analisi di 51.859 sentenze emesse dal 2001 al 2010, si ricava che quelle che menzionano dottrina sono 201, mentre quattro fanno riferimento a dizionari, enciclopedie o glossari. Nelle sentenze che contengono citazioni, si riscontrano 394 differenti autori, risultando i più richiamati lo spagnolo Antonio Quintano Ripollés (con 14 citazioni) e gli argentini Joaquín V. González (con 10 citazioni) e Germán J. Biddart Campos (con nove). Con otto citazioni ciascuno appaiono lo statunitense Alexander Hamilton e gli argentini Miguel Marienhoff, Bartolomé Fiorini e Ricardo Nú-

<sup>66</sup> Le statistiche dimostrano che tribunali costituzionali e corti supreme della regione citano in misura limitata le pubblicazioni prodotte da donne, nonostante sia ormai elevato il numero di quante hanno un eccellente profilo accademico in vari campi della conoscenza.

<sup>67</sup> Gli organi che hanno utilizzato citazioni saranno indicati tra parentesi utilizzando le seguenti abbreviazioni: *Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina*: CSJA; *Supremo Tribunal Federal de Brasil*: STF; *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*: SCCR; *Tribunal Constitucional de Chile*: TCC; *Corte Constitucional de Colombia*: CCC; *Corte Constitucional del Ecuador*: CCE; *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador*: SCES; *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México*: SCJN; *Tribunal Constitucional del Perú*: TCP.

<sup>68</sup> La Corte Suprema non usa citare studiosi viventi di nazionalità argentina, ma gli stranieri sì. Ciò si ricollega però non a ragioni teoriche (il diritto è fatto dal legislatore, e non dai dotti, come era per le Pandette), ma a motivazioni pratiche, per evitare commistioni tra Università, giudici e avvocati, che sovente cumulano più incarichi in tali distinti settori, e dove la mobilità è frequente. Si vuole insomma scongiurare una volta per tutte il rischio – altrove allontanato con altri strumenti – che le posizioni assunte in qualità di studioso vincolino in qualche misura i giudici delle corti e le loro decisioni. Ricerca completa in BAZÁN, *Las citas doctrinarias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (2001-2010)*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

<sup>69</sup> Si segnala che la Corte non usa citare in note a piè di pagina, bensì nel corpo della sentenza.

ñez. Con sette citazioni si trovano lo spagnolo Gabriel García Planas e lo statunitense Joseph Story. Chiude l'elenco l'argentino Juan A. González Calderón con cinque citazioni.

La circolazione della dottrina straniera nella giurisprudenza segue solo sporadicamente una linea meramente geografica, segnata dalla vicinanza territoriale, perché, anche se tra i più citati complessivamente ci sono i cileni (quattro autori) e i peruviani (due), in generale le citazioni di studiosi latinoamericani sono scarse, comprendendo brasiliani, colombiani, costaricensi, guatemaltechi, messicani, panamensi e uruguayiani, dei cui paesi si cita un solo autore.

Viceversa, è certificata un'ampia rappresentanza della dottrina statunitense ed europea, con tedeschi, austriaci, belgi, spagnoli, finlandesi, francesi, olandesi, ungheresi, italiani, norvegesi, polacchi, britannici, rumeni, svedesi e svizzeri; ma troviamo pure russi, canadesi, neozelandesi, australiani ed egiziani.

Quanto ai riferimenti ad autori di *common law*, insieme ai classici la Corte Suprema argentina fa riferimento a scritti di diritto del lavoro e di diritto amministrativo di autori statunitensi, anche se in maggioranza gli studiosi citati si occupano di diritto costituzionale o internazionale, in casi dedicati a diritti e libertà (38 autori). Si è dimostrata anche una certa penetrazione della dottrina britannica (12 autori) e, anche se in misura minore, di quella canadese.

La grande influenza europea è attestata soprattutto dai numerosi riferimenti alla produzione scientifica spagnola e tedesca. Della prima (35 autori), non solo sono ricordati commentari a codici o altre fonti, ma anche gli apporti di teorici, filosofi, costituzionalisti (oltre ad altri). Della seconda (32 autori), alcune citazioni evocano i fantasmi del passato (quelle sui partiti politici), altre testimoniano l'immenso patrimonio filosofico e teorico della Germania, altre ancora la ricca produzione in distinti settori del diritto costituzionale (mancando invece citazioni in materia di diritto privato).

La stessa attenzione si manifesta, anche se in misura minore, nei confronti della dottrina francese (19 autori) e italiana (13). Della prima, la Corte ricorda alcuni scritti dedicati al diritto costituzionale, alle libertà e, anche, ai rapporti tra i poteri dello Stato (nonostante che l'assetto costituzionale argentino sia stato influenzato dal modello statunitense). Della seconda, appaiono i grandi processualisti dei primi anni del secondo dopoguerra, ma anche autori che si sono occupati di diritti, filosofia e teoria del diritto.

Tra le università alle quali appartengono o sono appartenuti gli autori citati si trovano quelle di Buenos Aires, la Nacional de la Plata, la Nacional de Córdoba (Argentina), la Católica Argentina, la Nacional del Litoral, quella del Museo Social Argentino, la Nacional Autónoma de México, la Academia de Jurisprudencia (Montevideo), quella di Königsberg, la Pierre Mendès-France di Grenoble II, la Savoie di Chambéry. Altre università di formazione e docenza degli autori menzionati sono Oxford e Londra; Harvard appare al lato di Stanford, Wisconsin, Columbia (ex King's College), Michigan, Pennsylvania, St. Louis, Washington; la Sorbona è presente solo con un autore classico; la Complutense e Salamanca insieme a Granada, Islas Baleares, Santiago de Compostela e Valladolid; Bologna è assente, mentre l'Italia è rappresentata da Camerino, Roma Tre e Firenze, con autori sia contemporanei che classici; tra

le università tedesche compaiono quelle di Heidelberg, Kiel, Berlino, Gottinga, Amburgo, Colonia e Bonn.

Non c'è equilibrio e neppure cifre lontanamente simili tra uomini e donne ricordati nelle sentenze.

Quanto alle materie delle citazioni, si registra un totale di 1021 riferimenti al diritto, la maggioranza in diritto costituzionale (339) e penale (321), e a seguire amministrativo (73), processuale (54), civile (53), tributario e commerciale (28), mentre in altre aree giuridiche le citazioni sono 153, distribuite tra diritto internazionale pubblico, diritti umani, filosofia del diritto, diritto internazionale privato, marchi, diritto aeronautico, diritto del lavoro, oltre a un dizionario giuridico. Non mancano citazioni in materie non giuridiche (54 in totale), tra cui scienze politiche, economia politica, bioetica, e persino due documenti religiosi (encicliche).

In base ai dati analizzati, l'impressione è che l'Argentina, per come rappresenta la cultura giuridica nella giurisdizione, sia un ordinamento più "misto" di altri analizzati sopra. È un esempio di globalizzazione trasversale, dove la giurisprudenza costituzionale attinge a piene mani alla dottrina nazionale, anglosassone ed europea senza apparenti collegamenti con le strutture sedimentate a livello normativo (*civil law*) o ai modelli istituzionali adottati (Stati Uniti). Pare insomma consistente la frattura tra i formanti, poiché quello dottrinale segue strade sue proprie, e alimenta gli altri, senza seguire pedissequamente l'onda dei trapianti, sia quelli antichi (la codificazione), sia quelli più recenti (l'assetto politico-istituzionale). Una giustificazione potrebbe essere quella che, a metà strada, colloca la scelta di innestare in un *corpus* codicistico un sistema di giustizia costituzionale mutuato dal modello statunitense, con conseguente ibridazione dello stesso, che si riflette anche nell'alimentazione culturale del sistema di controllo della costituzionalità, attraverso l'utilizzazione indifferenziata di dottrina sia di *common law* che di *civil law*. Altra giustificazione (o prova) è che alcuni temi – in particolare, diritti e libertà – sono alquanto impermeabili alla dicotomia sottostante, come manifestano anche le esperienze di altri ordinamenti analizzati.

## 2.2. Brasile

Del periodo 2004-2013 sono state analizzate 1531 sentenze che il *Supremo Tribunal Federal do Brasil* ha reso dopo essere stato adito nell'ambito del controllo concentrato di costituzionalità attraverso distinti riti: l'*Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (azione volta a porre rimedio a una violazione delle disposizioni costituzionali: ADPF's), l'azione diretta di incostituzionalità (ADIN's) e l'azione dichiarativa della costituzionalità (ADCON's)<sup>70</sup>. Tra le sentenze esaminate, circa trecento (il 19.60%) contengono citazioni dottrinali dirette (con trascrizione testuale del pensiero dell'autore), indirette (v'è il richiamo, ma non la citazione testuale), generiche (con riferimento a un'opera, a una materia determinata o, ancor più in generale, alla dottrina, ma senza menzione di uno specifico autore), o anche con indicazione

<sup>70</sup> Ricerca completa in RAMOS TAVARES, GUGLIANO HERANI, *A contribuição da doutrina na jurisdição constitucional brasileira (Apresentação dos dados)*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

dell'autore (o degli autori). I dati, per forma di citazione, sono i seguenti: 2541 citazioni dirette, 1012 indirette, 1564 generiche e 246 con indicazione del nome dell'autore. I numeri sono così distribuiti per modalità di accesso: 1024 citazioni nell'ADPF's, 4116 nell'ADIN's e 223 nell'ADCON's.

Sono citati 1335 diversi autori. Il più ricorrente è il costituzionalista brasiliano José Afonso da Silva con 102 riferimenti. Seguono, con una media che oscilla tra le 60-70 citazioni, il portoghese José Joaquim Gomes Canotilho, e i brasiliani Gilmar Ferreira Mendes e Celso Antonio Bandeira de Mello. Vi sono poi altri tre brasiliani: Eros Roberto Grau, con 47 citazioni, Luis Roberto Barroso, con 41, e Celso Seixas Ribeiro Bastos, con 38. Tre autori ricevono ciascuno 36 citazioni: i portoghesi Heli Lopes Meirelles e Cármen Lúcia Antunes Rocha, nonché un altro famoso costituzionalista portoghese, Jorge Miranda. Fra gli autori più citati si danno poi Hans Kelsen con 35 riferimenti, e ancora due portoghesi, Alexandre de Moraes (33) e Francisco Cavaltanti Pontes de Miranda (32).

Se si considerano i cento autori più citati, gli stranieri sono il 37%, con forte prevalenza dei portoghesi.

Fra gli stranieri più frequentemente evocati compaiono molti tedeschi, sia filosofi, sia giuristi, tanto classici come contemporanei, ciò comprova gli stretti legami (non solo dottrinali) tra Brasile e Germania: Konrad Hesse, Robert Alexy, Peter Häberle, Carl Schmitt, Georg Jellinek, Karl Larenz e Hartmut Maurer, Otto Bachof, Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Tra gli anglosassoni sono ricordati solo autori statunitensi: Laurence Henry Tribe, Thomas M. Cooley, Alexander Mordecai Bickel, Westel Woodbury Willoughby, Alexander Hamilton e Cass R. Sunstein. Pochi sono gli spagnoli: Eduardo García de Enterría, Joaquín Brage Camazano, Javier Jiménez Campo e Victoria Iturrál de Sesma. Per gli italiani, Norberto Bobbio, Paolo Biscaretti di Ruffia, il filosofo del diritto pisano Carlo Francesco Gabba e, fra i contemporanei viventi, Gustavo Zagrebelsky. Tra i francesi, oltre all'imprescindibile Montesquieu, sono citati Louis Favoreu e Léon Duguit. I latinoamericani di lingua spagnola non sono citati. Dei greci si citano Platone e Aristotele.

Tra le università cui appartengono gli autori che più influiscono nelle sentenze rese dalla Corte Suprema si rinvencono quelle di São Paulo, Brasília, Coimbra, Católica de São Paulo, Estado do Rio de Janeiro, Presbiteriana Mackenzie e Vienna.

Considerando le citazioni totali, predominano ampiamente le fonti giuridiche (4339), vale a dire un buon 85%, mentre i riferimenti ad altri ambiti scientifici o a testi non giuridici o a opere letterarie sono il 15% (691). In entrambi i casi, le citazioni sorreggono il *reasoning* della sentenza (o dell'opinione dissenziente). Fra le opere citate con maggiore frequenza vi sono manuali di diritto costituzionale brasiliano (o portoghese) e commentari alla costituzione; non mancano manuali di diritto amministrativo – pure brasiliano – e studi di teoria dei diritti fondamentali.

Un dato merita di essere evidenziato: nella giurisdizione costituzionale del Brasile sono frequenti le autocitazioni o le citazioni di altri membri della Corte.

### 2.3. Cile

Quanto al *Tribunal Constitucional de Chile*, sono state prese in considerazione

1298 sentenze rese a seguito di *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, *requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*, *control preventivo de proyectos de ley o de instrumentos internacionales*, *causas de contienda de competencias* e *acciones de inconstitucionalidad* negli anni 2005, 2006, 2008, 2009, 2011, 2012 e 2013. Si sono incontrate citazioni dottrinali in 340 sentenze<sup>71</sup>.

L'analisi si è articolata in due parti, che hanno consentito di apprezzare un sensibile aumento nell'uso della dottrina. Nella prima parte (esame delle pronunce del 2005, 2006 e 2008), il ricorso al formante dottrinale è scarso e marginale. La maggioranza degli autori è cilena: tra gli altri, Alejandro Silva Bascuñán e Enrique Evans de la Cuadra, che incisero nello sviluppo del diritto costituzionale cileno e nella giurisprudenza costituzionale in un momento critico per le istituzioni politiche del Paese: la fonte principale sono libri e taluni (pochi) articoli specializzati. Va evidenziato come sia stata citata una tesi di laurea, appunti dalle lezioni e relazioni, ma nessun prestigioso istituto di istruzione superiore.

Nella seconda parte (decisioni degli anni 2009, 2011, 2012 e 2013), è invece possibile individuare un maggior influsso della dottrina nazionale e pure straniera. (Ma quella nazionale ancora predomina.) In questo periodo si assiste anche a un mutamento nel ruolo degli argomenti tratti dalle citazioni: essi hanno avuto una maggiore forza in sede di adozione della decisione definitiva da parte del *Tribunal*.

La dottrina è citata in 36 delle 188 sentenze del 2009. Gli autori richiamati sono 84 (62% nazionali e 38% stranieri). Fra i nazionali si ricordano Ramiro Mendoza Zúñiga (7 citazioni), Humberto Nogueira Alcalá (7) e Silva Bascuñán (5). Quanto agli stranieri, 21 sono spagnoli, 7 argentini, 3 uruguaiani, 2 italiani, 1 tedesco e 1 francese. I due autori stranieri che più s'impongono sono l'uruguaiano Enrique Sayagués Laso (7 citazioni) e lo spagnolo Tomás Ramón Fernández (5). Nelle decisioni del 2011 e 2012 gli autori nazionali più influenti sono il pluricitato Alejandro Silva Bascuñán, e a seguire Humberto Nogueira Alcalá, José Luis Cea e Gastón Gómez. Tra i professori stranieri si trovano Hans Kelsen, il tedesco Peter Häberle, gli italiani Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e compare pure una volta Tommaso Frosini; gli spagnoli Eduardo García de Enterría, Javier Jiménez Campos, Ana Lambea Rueda e Ricardo Martín Morales, e il lituano Rimantas Petrauskas.

Quanto alle 182 sentenze analizzate del 2013, 76 hanno citazioni dottorali, per un totale di 252 autori citati: il 68.65% sono cileni, e gli stranieri rappresentano il 31.35%. La dottrina nazionale è nuovamente rappresentata dai professori José Luis Cea (13 citazioni), Alejandro Silva Bascuñán (9) e Humberto Nogueira Alcalá (5). La dottrina straniera è per la maggior parte rappresentata dai professori Eduardo García de Enterría (6) e Eduardo Couture (4). Il Paese con maggior peso nelle decisioni del *Tribunal* è la Spagna (22 citazioni), seguito da Stati Uniti (9), Germania (8), Italia (6) e Francia (5).

<sup>71</sup> Ricerca completa in AGUILAR CAVALLO, *Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional en Chile*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

Le sentenze rivelano il *favor* per la dottrina nazionale, o forse una certa qual timidezza verso l'apertura alla dottrina straniera; per quest'ultima, risalta la prevalenza accordata alla cultura giuridica ereditata dalla Spagna. Va evidenziata la penetrazione e l'influenza di autori tedeschi, italiani e francesi. Ancora, si dà una moderata presenza di dottrina giuridica di *common law* – con citazioni di autori statunitensi –, ma l'interesse per la (restante) cultura anglosassone non si riflette in citazioni dottrinali dinanzi al *Tribunal Constitucional*. La scuola austriaca è rappresentata dal solo Kelsen; fra i latinoamericani moltissimi sono gli argentini, uruguaiani, messicani, colombiani e peruviani.

Le università con un maggior numero di autori citati sono la Pontificia Universidad Católica de Chile, e quelle del Chile, di Talca, la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, quella di Concepción. Le università spagnole sono molto presenti, e rilevanti sono le citazioni di professori delle università di Madrid e Barcellona. In tutto, sono citati 321 autori, di cui circa 89% uomini e 11% donne. La quasi totalità delle opere citate sono scritte in spagnolo o in traduzione spagnola. Ciò induce a ritenere che il *Tribunal Constitucional*, al momento di selezionare gli autori da citare, sceglie prima quelli nazionali, poi quelli stranieri che hanno scritto in spagnolo o i cui testi sono stati tradotti, e solo alla fine quelli stranieri che hanno pubblicato in altre lingue.

Per i generi letterari, le citazioni sono tratte per la maggior parte da libri (148) e articoli in rivista (più di 50), principalmente pubblicati in: *Revista de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca*, *Revista de Derecho PUC*, *Revista Chilena de Derecho*, *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción* e *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. Ma si citano anche dizionari (2), tesi di master (1); elaborati di laurea (1); appunti tratti dalle lezioni (3) e relazioni (1).

Le opere giuridiche citate con maggior impatto nelle decisioni sono relative al diritto costituzionale, amministrativo, penale, processuale, civile, del lavoro e della sicurezza sociale e alla storia del diritto. Si osserva un incremento periodico nella citazione di opere in ambiti diversi come diritti sociali, diritto alla vita, accesso all'informazione e giusto processo. Sono spesso citate opere che riguardano settori normativi oggetto di recenti novelle legislative o nuove per il diritto cileno e che, nella fase decisoria, già erano state oggetto di indagine in sede dottrinale. Va infine segnalata la regolarità con cui si richiama dottrina straniera quando le problematiche sono oggetto di studi di diritto costituzionale comparato. Non mancano, infine, citazioni di altri settori scientifici, quali l'economia e l'antropologia.

## 2.4. Colombia

Le ricerche riguardanti la giurisprudenza della Corte costituzionale della Colombia si sono concentrate su 16.190 sentenze pronunciate tra il 1991 e il 2010: 11.661 sono rese su *acción de tutela*, 4388 su *acción de constitucionalidad* e 141 su *acción de unificación*. Ben 2236 sentenze citano dottrina (il 13.81%), con 5856 richiami dottrinali divisi per generi letterari: libri, articoli, capitoli di libro, documenti e *reports*<sup>72</sup>.

<sup>72</sup> Ricerca completa in ESTUPIÑAN ACHURY, *La citación de la doctrina en las sentencias de la Corte*

Nel periodo esaminato è evidente sia la quantità di dottrina immessa nelle sentenze, sia il ruolo e l'importanza assunta dal formante dottrinale soprattutto dal momento in cui si la Corte ha fatto applicazione giudiziale del concetto di “*doctrina del derecho viviente*”. Sebbene il numero delle citazioni sembri limitato rispetto al numero complessivo delle decisioni, i dati dimostrano l'apertura della Corte all'uso della dottrina al fine di irrobustire l'argomentazione delle pronunce, specie ove vengano in rilievo questioni di costituzionalità.

I richiami si fondano su analogie più o meno ampie fra i casi e le *rationes decidendi*, fra i concetti e i principi giuridici applicati, gli ambiti materiali; spesso, comunque, le citazioni sono casuali o meramente teoriche.

Gli autori citati sono 1234, con prevalenza di colombiani (336), seguiti da spagnoli (262), statunitensi (109), francesi (108), argentini (78), tedeschi (71), italiani (69), britannici (30), messicani (27), cileni (19), uruguaiani (13), venezuelani (8), svizzeri e polacchi (7), canadesi, brasiliani e austriaci (6), portoghesi, peruviani, costaricani e indiani (4), russi, egiziani, cinesi e belgi (3), ucraini, svedesi, salvadoregni, cechi, norvegesi, ungheresi, olandesi, greci e danesi (2).

Se si raffrontano i dati testé indicati con la “biblioteca” degli autori richiamati in tutte le sentenze, si può concludere che gli spagnoli, anche se complessivamente non sono i più citati, sono evocati con più regolarità di quanto non lo siano i colombiani.

Primeggiano, per citazioni, gli autori della famiglia di *civil law*, anche se la costruzione del formante giurisprudenziale poggia spesso anche su autori provenienti dal *common law*. Tuttavia, se si sommano i paesi di origine degli autori citati, si conclude che gli europei sono quelli che maggiormente esportano cultura giuridica in Colombia, seguiti dagli americani.

Tra gli autori più frequentemente citati vi sono: gli italiani Norberto Bobbio (15), Francesco Carnelutti (9), Luigi Ferrajoli (5); l'austriaco Hans Kelsen (13); gli spagnoli Francisco Rubio Llorente (10), Eduardo García de Enterría (9), Enrique Álvarez Conde, Guillermo Cabanellas de Torres e Sebastián Ricardo Martín-Retortillo Baquer (4); lo statunitense Ronald Myles Dworkin (9); gli argentini Germán José Bidart Campos (8), Carlos Santiago Nino e Miguel Marienhoff (5); il greco Aristotele (5); i tedeschi Claus Roxin (5), Immanuel Kant e Robert Alexy (4); il messicano Miguel Carbonell Sánchez (5); i francesi León Duguit (5) ed Étienne Louis Jossierand (4); i cileni Luis Claro Solar (5) e Arturo Alessandri Rodríguez (4). Tra i colombiani si menzionano Arturo Valencia Zea (9), Hernando Devis Echandía (8), Manuel José Cepeda (5), Carlos Eduardo Franky, Alfonso Reyes Echandía, Hernando Morales Molina e Hernán Fabio López Blanco (4).

In maggioranza sono classici e in numero minore ancora viventi e che di recente hanno acquisito un certo prestigio dottrinale (ultimi 20 anni). V'è una prevalenza di autori contemporanei (920) rispetto ai moderni (138); cinque sono autori medievali e

---

*Constitucional colombiana (1992-2010)*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit. Altri dati in ESTUPIÑAN ACHURY, HERRERA BEDOYA, *La circulación de la doctrina en las “sentencias herejes” de la Corte constitucional colombiana*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 397 ss., e in ESTUPIÑAN ACHURY, PEGORARO, HERRERA BEDOYA, *La circulación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana. Antecedentes, teorías y creación de un sistema de información web*, in 128 *Universitas Jurídica* (2014). doi:10.11144/Javeriana.VJ128.cdjc.

tre dell'età classica; 168 sono citati senza che se ne possa identificare l'epoca, poiché non sono reperibili dati sulla data di nascita.

Dei 1234 autori citati (persone fisiche), 1119 sono uomini e 111 donne. La maggioranza di queste sono colombiane, spagnole, statunitensi. Va evidenziato come sono citate anche 41 persone giuridiche: ONG, organismi multilaterali, enti di diritto privato o pubblico, ecc.

La maggioranza delle opere citate è in spagnolo, anche tradotte presso case editrici citate nelle sentenze.

Si citano di più libri (2914), poi documenti e *reports* (2605), e in misura minore articoli (180) e capitoli di libro (157). Senza dubbio, il dato riflette la forma tradizionale di istruzione, formazione ed elaborazione di documenti in ambito giuridico. Ancora, va evidenziato che i differenti documenti citati non sono esclusivamente giuridici, ma appartengono anche ad altri ambiti del sapere scientifico (antropologia, economia, sociologia, storia, genetica, psichiatria, ecc.). Ciò dota di supporto interdisciplinare le decisioni, il che appare di indubbia importanza ai fini di accreditare la scientificità delle stesse.

## 2.5. Costa Rica

Della Costa Rica si sono analizzate 2109 sentenze pronunciate tra il 2009 e il 2014 dalla *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* nell'ambito del sindacato di costituzionalità *a priori* o *a posteriori* (*acciones de inconstitucionalidad, consultas legislativas e consultas judiciales*)<sup>73</sup>.

Si è suddiviso lo studio in due periodi e, in via preliminare, va precisato che le poche sentenze con citazioni dottrinali si trovano sia nelle opinioni di maggioranza come in quelle di minoranza, nei *votos particulares* e nelle *notas separadas*.

Nel primo periodo (2009-2012), si sono identificate quattro decisioni con citazioni dottrinali esplicite, nazionali e straniere. Nel secondo (2013-2014), sono cinque le sentenze con citazioni di dottrina (nazionale e straniera), che contengono altresì gli estremi delle opere consultate.

Nel primo periodo, senza che si menzionino autori o opere determinate, si incontrano generici riferimenti alla dottrina italiana, al fine di indicare che la giustizia costituzionale deve facilitare l'attuazione della Costituzione, e a quella spagnola e tedesca in tema di interferenze da parte dei mezzi di comunicazione nel diritto d'autodeterminazione informativa; al *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* di Manuel Osorio, al fine di stabilire la definizione di coniuge; al *Diccionario de Ciencias Jurídicas* del professor Cabanellas, per quella di dolo. Vi sono anche autocitazioni di membri della *Sala Constitucional*, e riferimenti a Gustavo Zagrebelsky, Ronald Dworkin, Karl Popper, John Rawls, senza tuttavia indicazioni dei testi consultati. Eduardo

---

<sup>73</sup> Ricerca completa in MIRANDA BONILLA, OROZCO SOLANO, *El influjo de la doctrina en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (con especial referencia a las materias relativas al control de constitucionalidad)*, in L. PEGORARO, G.A. FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

García de Enterría è l'unico autore del quale è stata indicata l'opera richiamata: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*.

Nel secondo periodo già si introducono dati più specifici relativi alle opere oggetto di citazione. Così, ad esempio, vi sono riferimenti ai libri di Juana López Martínez, Ingo S. Wehrmann e Vanessa Nielsen-Muñoz, e ad articoli di Pablo Trujillo, Andrés M. Cisneros-Montemayor, Sarah Harper e Dirk Zeller. In una *nota separada* di due magistrati si menzionano autorevoli esperti di diritto internazionale, fra cui Thomas Buergenthal, Héctor Gross Espiell, Claudio Grossman e Harold G. Maier, mentre in un *voto particular de minoría* sono citati Ricardo Blanco Segura, Miguel Guzmán-Stein e Óscar Castro Vega, e in un *voto de mayoría* David M. O'Brien, Ignacio Burgoa, Graciela Blanco Coto; infine, in un'opinione dissenziente Gregorio Peces-Barba. Non diversamente, compaiono studi di organismi come la *Unidad de Investigación Pesquera y Acuicultura* dell'Universidad de Costa Rica e l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'Alimentazione e l'Agricoltura.

Una valutazione complessiva dei due periodi esaminati consente di affermare che si cita dottrina in nove sentenze; in quattro occasioni il riferimento è alla dottrina nazionale, in otto a quella straniera. Si citano autori stranieri tra cui due costaricani, due statunitensi, un argentino, un italiano, uno spagnolo e un britannico. Quanto alle istituzioni di appartenenza degli autori citati, i dati sono i seguenti: due sono della Universidad Escuela Libre del Derecho, uno di Yale, uno di Harvard/Cornell, uno di Cabanellas, uno dell'Università di Torino, uno della Universidad Complutense de Madrid e uno della London School of Economics – e tutti sono uomini.

Gli ambiti materiali su cui vertono le citazioni sono il diritto costituzionale, quello internazionale, i diritti umani e la teoria dello Stato. Le citazioni non giuridiche sono riferite al settore della pesca.

Tra gli ordinamenti dell'America latina, è precisamente la Costa Rica quello con minor influenza esplicita di dottrina utilizzata per dirimere le questioni devolute alla giurisdizione costituzionale.

## 2.6. Ecuador

Si sono esaminate in totale 1051 sentenze pronunciate dalla *Corte Constitucional del Ecuador* dal 2008 al 2013<sup>74</sup>, che contengono 2519 differenti citazioni di dottrina. Il rapporto sentenze-citazioni registra una diminuzione costante di un punto percentuale l'anno. Ad esempio, nel 2009 la media è di sei citazioni per sentenza; nel 2013 è una per sentenza. Il peso attribuito alla dottrina straniera è maggiore di quello nazionale: 480 (88%) degli autori citati sono infatti stranieri e 63 (il 12%) nazionali. Gli

<sup>74</sup> Ricerca completa in BAGNI, *Las citas doctrinales en las sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador, entre función creativa y dialogo inter-formantes*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit. Altre osservazioni in BAGNI, *L'uso giudiziale della dottrina al servizio dell'affermazione del costituzionalismo autoctono: spunti dalla Corte costituzionale dell'Ecuador*, in BAGNI, NICOLINI, PALICI DI SUNI, PEGORARO, PROCIDA MIRELLI DI LAURO, SERIO (eds.), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze costituzionali*, vol. II, *La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, cit.

stranieri sono originari di: Argentina (75), Bolivia (2), Colombia (69), Colombia/Italia (1), Ecuador (63), Francia (5), Grecia (1), Italia (21), Paraguay (1), Polonia (1), Uruguay (1), Venezuela (7), Stati Uniti (13), Brasile (3), Cile (20), Messico (34), Perù (31), Belgio (2), Danimarca (1), Germania (19), Portogallo (2), Regno Unito (2), Spagna (120), Svezia (1), Svizzera (3), Austria/Messico (1), Cile/Spagna (1), Italia/Argentina (1); 32 sono sconosciuti<sup>75</sup>.

Tali dati consentono di affermare che, in termini percentuali, il 52% degli autori sono latinoamericani, il 37% europei, il 3% statunitensi, l'1% "euro-latini" e il 7% di nazionalità sconosciuta. Assenti sono, invece, autori, provenienti da Asia, Africa e Australia.

Quanto agli Stati Uniti, il *ranking* vede primeggiare Harvard, che influisce sulla cultura giuridica della Corte con autori come Anaya, Hamilton, Kavanaugh, Madison, Marshall, Rawls e Schauer; sono citati anche autori di Yale (Bickel), Stanford (Ely), Yale/Stanford (Garth) e NYU (Dworkin). Può affermarsi che sono tutti esponenti della cultura accademica statunitense degli anni '60-'70 del secolo scorso – non di quella attuale. Ma il *trend* è analogo per gli autori francesi e, in misura minore, per tedeschi e italiani. Dei francesi si citano, oltre a studiosi che gettarono le basi filosofico-giuridiche del costituzionalismo (Montesquieu y Sieyès), tre accademici (Duguit, Reuter e Scelle), pure essi autorevoli rappresentanti di scuole storiche di riconosciuto prestigio. Fra i tedeschi si richiamano autori ancora viventi o che sono scomparsi negli ultimi anni (Alexy, Hassemer, Kai Ambos, F. Neumark, Nohlen, Roxin, Streinz e Stuckenberg), così come autori imprescindibili se si studia il pensiero filosofico e giuridico moderno (Feurbach, Gadamer, Goldschmidt, Hesse, Kant, Larenz, Savigny, Schmitt, Smend, Triepel e Windscheid).

Gli italiani citati sono i grandi processualisti che hanno scritto tra la prima metà del Novecento e gli anni '60 (Calamandrei, Cappelletti, Carnelutti, Chiovenda, Redenti), come pure il professor Taruffo. Ancora, compaiono autori del passato (Beccaria, Carmigniani, Pietro Lombardo), maestri del Novecento (Gorla, Orlando, Tarello e Anzilotti); filosofi, teorici del diritto e costituzionalisti contemporanei (Bobbio, Ferrajoli, Flores D'Arcais, Guastini, M. Fioravanti, Rolla e Zagrebelsky). Compare pure una donna (Claudia Storini), che negli ultimi anni ha insegnato in università spagnole ed ecuadoriane. Esaminando la provenienza universitaria degli autori italiani citati, emerge come Firenze sia la culla della riflessione processual-civilista, oggi rappresentata da un docente di storia del diritto medievale e moderno; bolognesi contemporanei non sono citati; Genova è presente con due autori (di cui uno già a Siena), Torino con due, di cui uno deceduto nel 2004.

La relazione privilegiata è con la dottrina spagnola, della quale a essere citati sono autori contemporanei e del passato. La vicinanza intellettuale tra Ecuador e Spagna è potenziata dalla formazione accademica dei giuristi ecuadoriani che nelle università spagnole si specializzano o continuano la formazione postuniversitaria; dalla possibilità di attingere a libri e riviste da questo paese, ma anche dal ruolo di vari accademici spagnoli che hanno svolto consulenze nelle fasi che hanno scandito il processo costituente ecuadoriano.

<sup>75</sup> L'aggettivo "sconosciuto" riflette l'impossibilità, in presenza del solo cognome, di rintracciare nazionalità, sesso, università di provenienza, ecc., dell'autore.

Un fattore che può contribuire a spiegare la minor influenza esercitata da altri paesi è quello linguistico; scarsi sono infatti i riferimenti ad autori del Regno Unito, del Portogallo e di paesi nordici, e si nota l'assenza, ad esempio, di canadesi.

Volendo considerare gli autori più citati, vanno ricordati il colombiano Carlos Bernal Pulido (111), che ha il doppio dei richiami rispetto al secondo classificato, l'italiano Luigi Ferrajoli (56). Si citano poi lo spagnolo Iñaki Esparza (55) e l'ecuadoriano Ramiro Ávila Santamaría (54), l'unico autore le cui citazioni si mantengono elevate durante l'intero periodo esaminato. Si evocano inoltre Robert Alexy (13 riferimenti), Aparicio Wilhelmi (10), Norberto Bobbio e Miguel Carbonell (9), Hernando Devis Echandía (29), Claudia Escobar (15), Espinosa Solís de Ovando (12), Falconi (13), Osvaldo Gozaíni (29), Agustín Grijalva Jiménez (40), Riccardo Guastini (21), Monroy Cabra (15), Peña Freire (9), Pablo Pérez Tremps (10), Perfecto Ibáñez (13), Rodríguez Orlando (9), Néstor Pedro Sagüés (10), Claudia Storini (20), Gustavo Zagreblesky (36) e Zavala Baquerizo (10).

Il numero di autori di sesso maschile è pari a 482, quello di autrici 61.

Le citazioni così si suddividono per materia: giustizia costituzionale (16%), diritto processuale costituzionale (17%), costituzionale (11%), garanzie giurisdizionali (3%), giusto processo (10%), diritti umani (7%), forma di Stato (7%), tutela giudiziale effettiva (6%), diritto internazionale (4%), penale (4%), eguaglianza (2%), stato di eccezione (2%), diritto del lavoro (2%), certezza del diritto (2%), diritto processuale penale (1%), civile (1%), amministrativo (1%), partecipazione popolare (1%), diritto tributario (1%), sconosciuto (2%).

Infine, va ricordato come in molte sentenze esaminate il formante dottrinale solo funge da argomento *quoad auctoritatem* o per giustificare un orientamento giurisprudenziale consolidato, mentre in altre ha avuto un ruolo decisivo e chiaro nella formazione del formante giurisprudenziale, specialmente in questioni direttamente riferibili al diritto costituzionale, dove è più facile ritrovare istituti elaborati in sede dottrinale.

## 2.7. El Salvador

Della *Sala de lo Constitucional* della *Corte Suprema de Justicia de El Salvador* si sono analizzate 2324 sentenze definitive pronunciate tra il 2003 e il 2012 e rese a conclusione dei seguenti processi costituzionali: *amparo*, *habeas corpus* e *proceso de inconstitucionalidad*. Ben 417 sentenze recano citazioni dottrinali<sup>76</sup>.

Si sono suddivise le citazioni in nominate e innominate. Le prime affollano 102 sentenze: i riferimenti a uno o più autori sono o generici (compare il solo nome) o specifici (indicazione di autore, titolo del libro o dell'articolo, addirittura con riferimenti bibliografici dettagliati, come la casa editrice, la data di edizione, le pagine). Tuttavia, prevalgono le citazioni innominate (315), nelle quali i riferimenti alla dottrina non menzionano alcun autore ben potendo essere genericissime (senza indicazioni di sor-

<sup>76</sup> Ricerca completa in CASTILLO AMAYA, MAFFEI, *La influencia de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de El Salvador: análisis de 10 años de jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional* (2003-2012), in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

ta: non si rintracciano né nomi, né cittadinanza, né ambiti materiali, ma espressioni come la “doctrina moderna”, la “doctrina clásica”, la “ciencia del derecho”, ecc.) o generiche. (Non si danno richiami di autori specifici, ma alcuni elementi sono presenti, quali, ad esempio, la nazionalità o l’ambito materiale: si trovano espressioni come “según la doctrina administrativa española”.)

Tra le citazioni nominate, le decisioni rinviano a 151 autori diversi. I dodici più richiamati sono: gli argentini Giuliani Fonrouge (15 citazioni) e Juan Carlos Cassagne (14); ricevono tra cinque e quattro citazioni: i salvadoregni José Albino Tinetti e Álvaro Magaña, l’italiano Chioventa, gli uruguaiani Enrique Vescovi e Eduardo J. Couture, gli argentini Miguel Marienhoff, Bidart Campos e Perfecto Ayala, il messicano Ignacio Burgoa e lo spagnolo Pérez Luño. Ancora, ricevono meno di quattro citazioni 139 autori tedeschi, argentini, cileni, colombiani, costaricani, salvadoregni, spagnoli e francesi, come pure greci, guatemaltechi, inglesi, italiani, messicani, portoghesi, svizzeri e svedesi.

Le frontiere nazionali non rappresentano una barriera per la giustizia costituzionale di El Salvador, posto che solo sei giuristi nazionali sono citati, mentre la giurisprudenza costituzionale appare particolarmente aperta a idee e dottrine straniere, specialmente provenienti da Spagna (57 autori), Argentina (24) e Germania (23). Vi influisce altresì, seppure in misura minore, la dottrina proveniente da Italia (12 autori), Messico (5), Inghilterra e Cile (4), Colombia e Francia (3), Uruguay e Svizzera (2), Svezia, Portogallo, Costa Rica, Austria, Guatemala e Grecia (1).

Il *ranking* universitario vede primeggiare l’Universidad de Buenos Aires (14 autori), seguita dalla Universidad Complutense di Madrid (7).

Sommate tra loro, le citazioni nominate e innominate coprono molti ambiti di studio: i più citati sono il diritto costituzionale (88), il processuale generale (47), l’amministrativo (42), il penale (30), il tributario (22), la teoria del diritto (14), il diritto processuale costituzionale (11), il diritto finanziario (8), il diritto processuale penale (7) e la filosofia del diritto (7).

Dei 151 autori citati solo sette sono donne.

Nonostante l’evidente influenza della dottrina nella giurisprudenza costituzionale salvadoregna, va evidenziato che con il passare degli anni il ricorso ai materiali dottrinali si è via via ridotto, soprattutto in relazione alle citazioni nominate.

## 2.8. Messico

Si sono esaminate 11.760 sentenze che la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha reso dal 2001 al 2012 nei seguenti giudizi: *amparo en revisión* (9954), *controversias constitucionales* (1220) e *acciones de inconstitucionalidad* (586). Va poi evidenziato come in una stessa sentenza si possono trovare citazioni nei “considerando”, in *votos particulares*, *votos de minoría* o *votos de mayoría*. Ciò nonostante, i dati della ricerca riflettono unicamente le citazioni dottrinali riscontrate nella parte motiva, posto che è quella in cui la dottrina effettivamente incide sulla decisione<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> Ricerca completa in FIGUEROA MEJÍA, *Influencia de la doctrina, los diccionarios y las enciclopedias en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia mexicana (2001-2012)*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.),

Delle sentenze analizzate, 951 contengono riferimenti a dottrina, dizionari ed enciclopedie, con ben 1996 diverse citazioni.

Dei 465 autori citati dalla Suprema Corte messicana, i più richiamati nelle sentenze sono: Ignacio Burgoa Orihuela (45), Juan Carlos Luqui (40), Juan Escorza Ledesma (24), Guillermo Cabanellas (26), George Henrik Von Wright (23), Gabino Fraga e Felipe Tena Ramírez (22), José Ignacio Fonseca-Herrero Raymundo e María Jesús Iglesias Sánchez (19); ancora, Gonzalo Espinosa e Hans Kelsen (18), Eusebio González García (17), Francisco Muñoz Conde e Mercedes García Aran (16), Klaus Vogel (14), Adolfo Arrijo Vizcaíno e Dino Jarach (14), Manuel Atienza, Jorge Carpizo e Hugo Carrasco Iriarte (11); Ramón Sánchez Medal, Francesc Barnadas Molins, Carlos Santiago Nino e Robert Alexy (10); Daniel Magaña Méndez, Enrique Calvo Nicolau, Hernando Devis Echandía, Paul Kirchhof, Emilio Margáin Manautou e Elisur Artega Nava (9); Juventino Castro y Castro, Miguel Acosta Romero, Miguel Carbonell, Jéssica Niezgoda e José Luis Pérez de Ayala (8); Mario de la Cueva, Héctor Fix Zamudio, Gloria Patricia Lopera Mesa e Carlos Bernal Pulido (7).

Se si guarda alla nazionalità degli autori, si può affermare che i giudici della Suprema Corte tendono a riferirsi in maniera elevata alla dottrina nazionale ma, ancor più, a quella straniera, considerando che 184 autori citati sono messicani e 281 stranieri, da ben 24 paesi: Argentina (36), Germania (22), Austria (4), Bolivia (1), Canada e Cile (2), Colombia (8), Danimarca e Scozia (2), Spagna (112), Stati Uniti (22), Finlandia (1), Francia (19), Grecia (1), Inghilterra (11), Italia (26); Irlanda, Libano, Polonia e Portogallo (1), Perù, Svizzera e Uruguay (2), Venezuela (1).

Tra i primi dieci paesi, sei sono europei, tre latinoamericani e uno americano di lingua inglese. Risulta evidente che il maggior numero di autori citati sono di lingua spagnola, data la facilità che i magistrati e gli assistenti di studio hanno nell'accedere (e quindi nel comprendere) le fonti dottrinali in castigliano. Ma nelle citazioni incidono anche ragioni storiche e l'autorevolezza di cui godono tradizionalmente in Messico taluni studiosi stranieri.

Si tratta di autori appartenenti a ben 1621 enti di istruzione, centri di ricerca e istituzioni governative. Le università spagnole sono le più inclini a tale forma di internazionalizzazione, in specie Complutense di Madrid, Barcelona, Alicante, Valencia, Alcalá. In secondo luogo, compaiono università messicane (Nacional Autónoma de México, Autónoma Metropolitana, Instituto Tecnológico Autónomo de México), e i dati aggregati per paese dimostrano che gli autori che vi sono collegati sono i più citati. L'università straniera che più incide sui magistrati è quella di Buenos Aires, mentre quella di Oxford è solo ottava.

---

*Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit. Altri dati ancora più elaborati ed esaustivi in FIGUEROA MEJÍA (ed.), *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia mexicana. Análisis de las sentencias de amparo en revisión, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (2001 a 2014)*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016.

Ciascun riferimento dottrinale contenuto in più sentenze è stato contabilizzato separatamente. Cioè, si è ritenuto che il redattore abbia effettuato una valutazione circa la pertinenza al caso da decidere di fonti già citate in casi identici o similari. A differenza dello studio su El Salvador, dunque, per quello relativo al Messico si sono anche considerate citazioni dottrinali "di secondo grado", contenute, cioè, in decisioni anteriori richiamate nella sentenza.

Con l'obiettivo di precisare portata e significati di concetti, nozioni e istituti giuridici – come pure nell'intento di supportare l'argomentazione – ampio e ricorrente è l'uso e la citazione di dizionari ed enciclopedie. Allo stesso fine, si citano opere senza indicare l'autore, ma si indica la persona giuridica che lo ha pubblicato<sup>78</sup>: Real Academia de la Lengua Española (382), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (177), le case editrici Larousse (34), Espasa (21), Comares (19) e Civitas (13).

Copiose sono dunque le citazioni del formante dottorale. Tuttavia, così come in altri paesi esaminati, limitato è il peso del genere femminile che opera all'interno dell'accademia: delle 346 citazioni, 318 sono attribuibili a uomini e solo 28 a donne.

I 442 libri e articoli giuridici citati riguardano il diritto costituzionale (66), fiscale (48), penale (33), i diritti umani/garanzie individuali/diritti fondamentali e il diritto amministrativo (29 ciascuno), il diritto tributario (25), la teoria dello Stato (23), il diritto internazionale pubblico (19), il diritto civile (16), quello del lavoro (15), la teoria del diritto (14), il diritto finanziario (12), il diritto dell'amministrazione pubblica (9), il diritto processuale penale, l'argomentazione giuridica e il diritto parlamentare (8 per ambito), l'*amparo*, il diritto processuale civile e costituzionale (7 per ciascun ambito); il diritto dell'ambiente, la filosofia del diritto, la storia del diritto e il diritto degli enti locali (5 per settore), il diritto dell'economia, l'ordinamento militare e l'istruzione probatoria (4 per materia); il diritto della sicurezza sociale e il diritto pubblico (3 per settore), quelli di famiglia, sanitario, doganale, delle telecomunicazioni, la teoria economica e tributaria (2), e ancora la legislazione notarile, il diritto societario, la proprietà industriale e intellettuale, la teoria generale delle nullità, il diritto processuale commerciale, le operazioni creditizie e commerciali.

Quanto ai generi letterari non giuridici, si sono individuate 42 citazioni nelle seguenti materie: medicina (15), economia (13), sociologia (4), agricoltura e logica (2), scienze delle comunicazioni, farmacologia, politiche pubbliche, politica, etica e storia (1). Dall'esame delle sentenze si evince che il massimo interprete della Costituzione messicana ha utilizzato in numerose occasioni, oltre alla dottrina giuridica, quella di altri settori scientifici, nonché dizionari ed enciclopedie per supportare le argomentazioni nelle proprie decisioni.

## 2.9. Perù

L'analisi delle decisioni del *Tribunal Constitucional* peruviano ha riguardato 65.156 pronunce rese tra il 2003 e il 2012 nei giudizi costituzionali di incostituzionalità, *amparo*, *habeas corpus*, *habeas data*, *cumplimiento* e *conflicto de competencias*. Sono 561 le sentenze che citano dottrina, con 2089 riferimenti dottorali e nove a dizionari<sup>79</sup>.

Sono citati 640 autori, tra i quali i più richiamati risultano essere i tedeschi Peter Häberle (27 citazioni), Robert Alexy (26), l'argentino Néstor Pedro Sagüés (21), il

<sup>78</sup> Tra parentesi si indica il numero di sentenze dove è citata ciascuna persona morale.

<sup>79</sup> Ricerca completa in LANDA ARROYO (con la colaboración de DÍAZ COLCHADO), *El uso de la doctrina comparada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

tributarista dell'*Universidad Autónoma de Madrid* Juan Barquero Estevan (19), l'italiano Gustavo Zagrebelsky (18), lo spagnolo Pedro de Vega García (12) e l'austriaco Hans Kelsen (10).

Gli autori citati appartengono a 25 diversi paesi: Germania, Argentina, Australia, Austria, Brasile, Canada e Cile; Colombia, Costa Rica, Stati Uniti, Spagna, Francia, Grecia, Olanda, India, Inghilterra, Italia, Giappone, Marocco, Messico, Perù, Polonia, Repubblica Ceca, Uruguay e Venezuela. Vanno poi aggiunte le fonti elaborate da tribunali regionali come la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* e la Corte EDU, od organismi come il Comitato per i diritti umani dell'ONU.

Di questi paesi, quelli con maggiori citazioni sono la Spagna (566), il Perù (393), l'Argentina (158), la Germania (155), l'Italia (114), gli Stati Uniti (54), la Colombia e il Messico (53), cui si sommano gli organismi internazionali (492).

Le università con più autori citati sono quelle spagnole: Complutense de Madrid (95 citazioni), Autónoma de Barcelona (48), Autónoma de Madrid (39) e Siviglia (35), affiancate dalla Pontificia Universidad Católica del Perú (119) e dalla Universidad de Buenos Aires (66). La Universidad Nacional Autónoma de México è pure essa nel ranking (31). Pur con 23 citazioni, l'Università di Torino è rappresentata da solo due autori: Norberto Bobbio e Gustavo Zagrebelsky. Analogamente accade con le università tedesche: le due università citate sono rappresentate da un autore per ciascuna: Peter Häberle con 21 citazioni (Universidad di Bayreuth) e Robert Alexy, pure con 21 (Università Kristian Albrecht di Kiel).

Gli uomini citati sono 585, le donne 55.

Si contano 1721 fonti dottorali giuridiche e 82 non giuridiche. Disaggregando i dati per via d'accesso alla giurisdizione costituzionale, si ottengono i seguenti risultati: nei giudizi su *habeas data* sono citate nove volte fonti di diritto costituzionale, processuale costituzionale e diritti umani; nell'*acción o proceso de cumplimiento* si richiamano fonti di diritto costituzionale, processuale costituzionale e civile e diritti umani 20 volte; nel *proceso de conflicto de competencias* sono richiamate 43 volte fonti dottrinali di diritto costituzionale, ambientale, civile, commerciale, costituzionale, della concorrenza, della proprietà intellettuale, internazionale pubblico, del lavoro, degli enti locali, penale, processuale civile, processuale costituzionale, processuale penale, *derecho político*, diritto pubblico, regionale, tributario, diritti umani, filosofia del diritto, teoria dello Stato e del diritto.

Ancora, nel *proceso de inconstitucionalidad* sono 540 i riferimenti di diritto amministrativo, ambientale, civile, commerciale, costituzionale, della concorrenza, della proprietà intellettuale, internazionale pubblico, del lavoro, degli enti locali, penale, processuale civile, processuale costituzionale, processuale penale, *derecho político*, pubblico, regionale, tributario, diritti umani, filosofia del diritto, teoria dello Stato e del diritto; nel *proceso de amparo* le 66 citazioni dottorali riguardano il diritto amministrativo, ambientale, dell'arbitrato, il diritto canonico, civile, comparato, commerciale, costituzionale, della concorrenza, della comunicazione, ecclesiastico, internazionale pubblico, del lavoro, penale, processuale civile, costituzionale e penale, politico, pubblico, del registro, diritto ed economia, tributario, diritti umani, filosofia del diritto, teoria del diritto e dello Stato e del processo.

Analogamente, nei giudizi per *habeas corpus* si ritrovano 449 citazioni di diritto

amministrativo, civile, costituzionale, internazionale umanitario e pubblico, penale, processuale civile/costituzionale/penale, diritti umani, filosofia e teoria del diritto.

Le citazioni non giuridiche si ritrovano nel *proceso de inconstitucionalidad* (77) e di *amparo* (5), ma non negli altri tipi di giudizio.

### 3. Riflessioni interlocutorie

Lo studio di un numero significativo di ordinamenti latinoamericani consente di dedurre conseguenze sia sul piano dei confronti all'interno del continente, sia tra le tendenze riscontrate in questa area e quelle illustrate nella sezione II, relative al resto del mondo.

#### 3.1. Dentro il Continente

A parte la netta contrapposizione tra influssi portoghesi in Brasile, e influssi spagnoli negli altri paesi, nelle relazioni tra giurisprudenza e dottrina l'America Latina presenta più analogie che differenze, almeno per quanto riguarda le tendenze di massima.

In primo luogo, in tutti gli ordinamenti analizzati non ha preso piede la proibizione (normativa o culturale) che dissuade i giudici dal citare la dottrina. In altre parole, non ha varcato l'oceano il crittotipo alimentato dal positivismo ottocentesco di matrice francese che – al di là di specifiche disposizioni – scoraggia i tribunali di Francia, Belgio, Italia e Spagna dal rafforzare l'argomentazione facendo riferimento ai professori. Ciò non sorprende per il Brasile giacché, come è stato dimostrato<sup>80</sup>, anche in Portogallo il Tribunale costituzionale (e prima di esso i giudici comuni) non rifuggono dalle citazioni.

Se tutte le Corti di vertice citano la dottrina, ciò non comporta che non ci sia dibattito sulla sua utilizzazione. Lo segnalano C. Landa e Juan Carlos Díaz, ricordando che: «Ahora, en lo que corresponde al uso de la doctrina, el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente 00047-2004-AI, caso inconstitucionalidad de la Ley 27971, ha reconocido el carácter de fuente (no normativa) de la doctrina en el ordenamiento peruano. Siguiendo lo señalado, el Tribunal ha definido a la doctrina como el “conjunto de estudios, análisis y críticas que los peritos realizan con carácter científico, docente, etc.”, además, que está constituida por la “(...) teoría científica y filosófica que describe y explica las instituciones, categorías y conceptos disciplinarios e indaga sobre los alcances, sentidos y formas de sistematización jurídica, constituyéndose en uno de los engranajes claves de las fuerzas directrices del ordenamiento estatal” (fundamento 45 de la sentencia citada).

Si bien el Tribunal ha reconocido a la doctrina como fuente en nuestro ordenamiento, ha sido cauto al reconocer que dicho estatus se debe, no a un reconocimien-

---

<sup>80</sup> TRAZZI, *Un Tribunal cerrado (pero no del todo): las citas doctrinales del Tribunal Constitucional portugués*, in PEGORARO, FIGUEROA MEJÍA (eds.), *Profesores y jueces. Influjos de la doctrina en la jurisprudencia constitucional de Iberoamérica*, cit.

to formal-legal, sino al uso que de la misma hace la propia jurisprudencia cuando acude a ella. Por eso, ha dejado escrito que “si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia”»<sup>81</sup>. Ma a tale affermazione è seguita una presa di posizione polemica di un magistrato del *Tribunal*, il quale, accogliendo le tesi di M. Atienza, ha definito la prassi delle citazioni addirittura “peligrosa”.

Una costante sostanziale è che, nelle distinte regioni lusofona e ispanofona, è tutt’ora intensa e preponderante l’influenza delle *ex-potenze* coloniali e il tributo culturale pagato a esse. Gli autori stranieri più citati in Brasile sono i portoghesi, quelli più ricorrenti negli altri paesi sono spagnoli. Le percentuali di questi ultimi variano, ma sono sempre significative. Ciò a prescindere che in gran parte dei casi le corti e i tribunali costituzionali fanno riferimento, primariamente e con proporzioni a volte massicce, alla dottrina del rispettivo paese. Le eccezioni sono: la *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador*, la quale cita gli stranieri in proporzione del 96% e i salvadoregni per un 4% (su un totale di 151 autori, solo sei sono di El Salvador), e la *Corte Constitucional* del Ecuador, che ha fatto riferimento a studiosi stranieri nella misura del 88%, e agli ecuadoriani per il 12%. (Su 543 autori citati solo 63 sono ecuadoriani.). In Brasile la proporzione è di 63% contro 37%.

Nei restanti casi, la relazione tra stranieri e nazionali è rispettivamente del 40% e 60% per l’Argentina, il 40% e 60% per il Messico, il 33% e 67% in Costa Rica, e il 28% e 72% in Colombia. Pur in difetto di percentuali precise per il Cile e il Perù, dai dati relativi a questi due Paesi si ricava che la dottrina citata dal *Tribunal Constitucional* cileno è in misura considerevole straniera, anche se quella nazionale raggiunge percentuali più elevate, al pari di quella evocata dal *Tribunal Constitucional* peruviano.

Nell’accingerci a categorizzare gli autori citati, è opportuno segnalare che la classificazione proposta tra autori del passato, classici, moderni e contemporanei, presenta un certo grado di discrezionalità, giacché, per fare un esempio, per stabilire quando uno studioso è contemporaneo e al tempo stesso “classico”, si possono prendere in considerazione diversi aspetti, come la data di nascita e di morte, ma al contempo la circostanza se tali autori hanno contribuito a gettare le fondamenta delle rispettive discipline o se hanno dato apporti rilevanti alla loro evoluzione. Da questa prospettiva, qualsiasi classificazione basata su una delimitazione temporale o ancorata alla rilevanza degli autori citati si presta a essere discussa.

In primo luogo, un dato che è importante evidenziare è la presenza, nelle sentenze di alcuni tribunali e Corti studiati, di autori dell’antichità greca. Così, della Grecia classica (precisamente, a far tempo dal IV secolo a. C.), si citano il filosofo Platone (STFB, SCES y SCJN) e il suo discepolo Aristotele (STFB, CCC, SCJN). Si fa riferimento anche a un autore della Grecia ellenistica-romana (III secolo a. C.): lo stori-

<sup>81</sup> LANDA ARROYO (con la colaboración de DÍAZ COLCHADO), *El uso de la doctrina comparada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*, cit.

grafo Polibio (SCJN). Per il Medio Evo, viene citato il teologo e filosofo San Tommaso d'Aquino (SCJN). Tuttavia, come costateremo tra qualche pagina, anche se talvolta compaiono riferimenti ad autori del passato, sia classico che "moderno" (in senso storiografico), c'è una netta prevalenza dei contemporanei, per lo più positivisti e neopositivisti, oppure riconducibili alle correnti del realismo giuridico.

Altra tendenza comune è che, pur staccata da quelle degli studiosi nazionali e dei Paesi colonizzatori, la dottrina statunitense – specie quella costituzionalistica – mantiene una presenza significativa. Tra gli statunitensi "moderni classici" si citano Alexander Hamilton (CSJA, STFB, CCE), uno dei padri fondatori degli Stati Uniti, James Madison (CCE) e autorevole presidente della *Supreme Court*, John Marshall (CCE). Si è fatto pure riferimento al giudice Joseph Story (CSJA, SCJN) e al giudice Thomas M. Cooley (CSJA, STFB). Tra i contemporanei, i tribunali supremi e costituzionali latinoamericani hanno citato i giuristi e filosofi Ronald Dworkin (STFB, CCC, SCCR, CCES, SCJN) e John Rawls (SCCR, CCE); i costituzionalisti Laurence Henry Tribe (STFB, CCC), Alexander Mordecai Bickel (STFB, CCE), John Hart Ely (CCE), Cass R. Sunstein (STFB), James Anaya, Bryant G. Garth, Frederick Schauer, Geoffrey Stone y James Weinstein (CCE); uno dei fondatori statunitensi degli studi in diritto costituzionale e scienza politica, Charles Herman Pritchett; il filosofo e politologo David M. O' Brien (SCCR); il processualista giudice Stephen Breyer (CSJA); il sociologo Alexander Hicks (SCJN); gli internazionalisti Thomas Buergenthal e Harold G. Maier (SCCR); i politologi Westel Woodbury Willoughby (STFB) e Walter Lippmann (SCJN); gli storici Frank Safford (CCC) e Charles Howard McIlwain (SCJN); i tributaristi Julie Roin, Alvin C. Warren, Yariv Bauner, Michael J. Graetz e Reuven S. Avi-Yonah (SCJN); un esperto sulla sicurezza nazionale, L. Bland Douglas (SCJN); l'economista Paul Samuelson (SCJN); il professore di diritto impresariale I. Blumberg Phillip (SCJN); il deputato James F. Meade (SCJN); il sociologo Lane Kenworthy (SCJN); i medici Lawrence Tierney, Douglas F. Greer e Douglas Graham (SCJN), e infine Jéssica Niezgodá, autrice di scritti sul divieto di fumo in locali pubblici (SCJN).

La dottrina spagnola pervade ogni Corte o tribunale. A fianco di un grande maestro, architetto del diritto pubblico spagnolo e ispanoamericano, Eduardo García de Enterría (STFB, TCCH, CCC, SCCR, SCJN), si trovano, in maggioranza, altri autori contemporanei, tra i quali spiccano costituzionalisti quali Gregorio Peces-Barba (CCC, SCCR), Francisco Rubio Llorente, (CCC), Javier Pérez Royo (SCES, SCJN), Javier Jiménez Campos (STFB, TCCH), Joaquín Brage Camazano (STFB, SCES), Ricardo Martín Morales (TCCH), Enrique Álvarez Conde, Paloma Biglino Campos (CCC), Aparicio Wilhelmi, Pablo Pérez Tremps, Perfecto Andrés Ibáñez (CCE), María Ángeles Ahumada Ruiz, Francisco Fernández Segado, Diego López Garrido, Francisco Javier Díaz Revorio (SCES), Fernando Díez Moreno, Lorenzo Cotino Hueso, Fernando Santaolalla López, Luis María Díez-Picazo, Joan Oliver Araujo, Víctor Ferreres Comella, Manuel Ramírez Jiménez, Eliseo Aja, María Luz Martínez Alarcón, Fernando Rey Martínez, Adolfo González Posada, Enoch Albertí (SCJN), Pedro de Vega García e José Carlos Remotti Carbonell (TCP).

Fiscalisti e tributaristi come Fernando Sáinz de Bujanda, Javier Rodríguez Santos, Raquel Paredes Gómez, Gabriel Casado Ollero, Francesc Barnadas Molins, Luis

Manuel Alonso González, Emilio Cencerrado Millán, Fernando Pérez Royo, Jaime García Añoveros, Miguel Pérez de Ayala Becerril, José Manuel Tejerizo López, Álvaro Rodríguez Bereijo, Juan Martín Queralt, Carmelo Lozano Serrano, José Luis Pérez de Ayala, Carlos Herrero Mallo, César Albiñana García-Quintana, Eusebio González García, Ernesto Lejeune Valcárcel, Juan Barquero Estevan e César García Novoa (SCJN).

Amministrativisti, quali Tomás-Ramón Fernández Rodríguez (TCCH, SCJN), José Ramón Parada Vásquez (CCC, SCJN), Carmen Chinchilla Marín (SCES, SCJN), Jesús González Pérez, Juan Alfonso Santamaría Pastor, Fernando Garrido Falla, Sebastián Ricardo Martín-Retortillo Baquer, José María Baño León, Rafael Gómez-Ferrer Morant (CCC), Fernando Sáinz Moreno, Manuel María Díez, J. M. Boquera Oliver, Julio V. González García, Miguel Beltrán de Felipe, David Blanquer Criado, Javier Barcelona Llop, Alfonso Luciano Parejo y Adolfo Carretero Pérez (SCJN); filosofi come Victoria Iturralde Sesma (STFB), Mario Toboso Martín y María Soledad Arnau Ripollés (SCJN), e filosofi del diritto: Amelia Varcárcel (CCC), Antono Enrique Pérez Luño (SCES), Luis Legaz Lacambra, Manuel Atienza, Josep Aguiló Regla, Juan Ruiz Manero, Marina Gascón Abellán, Jordi Ferrer Beltrán, José Juan Moreso, Daniel González Lagier y Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas (SCJN).

Molti sono anche i civilisti: Ana Lambea Rueda (TCCH), Luis Díez Picazo, Joaquín J. Rams Albesa, Antonio Gullón y Lourdes Blanco Pérez-Rubio (SCJN); i penalisti: Antonio Quintano Ripollés, Gabriel García Planas, Martí Sánchez (CSJA), Mercedes García Aran, Francisco Muñoz Conde, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Miguel Prats Canut, Susana Huerta Tocildo, Antonio Mateos Rodríguez Arias (SCJN); gli internazionalisti: Adolfo Miaja de la Muela, Manuel Díez de Velazco, Sixto Sánchez Lorenzo (SCJN); i lavoristi: Fernando Fita Ortega, Jordi García Viña, Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Manuel Carlos Palomeque López e Rafael de Lorenzo (SCJN); i processualisti: Iñaki Leibar Esparza (CCE), Víctor Fairén Guillén (SCES), Mercedes Fernández López e Nicolás Cabezudo Rodríguez (SCJN); il canonista María José Ciaurriz Labiano (CCC); i docenti di diritto ambientale Enrique Alonso García (SCES), María Marquès I. Banqué e Carolina Morán Mora (SCJN); e studiosi delle disabilità, come Miguel Ángel Cabra de Luna e Luis Cayo Pérez Bueno (SCJN). Tra i teorici del diritto appare Antonio Peña Freire (CCE), tra i giuristi/politologi, Manuel García Pelayo e Francisco Fernández Ordóñez (SCJN).

I linguisti sono rappresentati da Guillermo Cabanellas de Torres (CCC, SCJN, SCCR), Víctor José Herrero Llorente e María Moliner (SCJN). Tra gli autori di importanti dizionari giuridici si annoverano Luis Durán Ribo, Juan Palomar de Miguel e Joaquín Escriche (SCJN), a fianco dello studioso della cultura classica Santiago Segura Munguía. Vengono citati anche chimici (María Teresa González Martínez); medici (Julio César Galán Cortés); geografi-urbanisti (Jordi Borja), ed economisti: Carlos Ochando Claramunt (SCJN). Altri spagnoli citati sono Fernando López Román (SCES), Manuel Ossorio y Florit, B. Quintana Navarro, Modesto Seara Vázquez, María Jesús Iglesias Sánchez, Martín Delgado e A. Palacios (SCJN).

Tra gli autori francesi appare un classico anteriore al XVI secolo, Jean Bodin (SCJN). Tra i classici e moderni anteriori al XIX secolo sono citati il padre della teoria della divisione dei poteri dello Stato, Montesquieu (STFB, CCC, SCES, SCJN) e il

teorico delle costituzioni della Rivoluzione francese, Emmanuel Sieyès (CCC, CCE, SCJN). Pure si ricordano autori che rappresentano importanti correnti del pensiero giuridico, sviluppate tra il XIX e il XX secolo: Maurice Hauriou, artefice dei celebri *Principi di Diritto costituzionale* (SCJN); Léon Duguit, che ha proposto una visione del diritto e dello Stato da una prospettiva di solidarietà sociale (STFB, CCC, CCE, SCJN); i civilisti Ambroise Colin Henri Capitant (SCJN), Marcel Planiol, Gabriel Baudry-Lacantinerie, Julien Bonnetcase (SCJN), Étienne Louis Josserand (CCC); gli internazionalisti Georges Scelle (CCE, SCJN) e Paul Reuter (CCE); il giurista, sociologo e politologo Marcel de la Bigne de Villeneuve, come pure lo storico, teorico e costituzionalista Adhémar Esmein (SCJN). Tra gli studiosi a cavallo dei secoli XX-XXI si citano il costituzionalista Louis Favoreu (STFB), il pubblicista Jean Rivero (CCC), la lavorista Martine Humblet (SCES), il teorico del diritto Paul Roubier y Pierson (SCJN), ma pure gli psichiatri Martine Nannini e Reynaldo Perrone (CSJA).

La dottrina italiana è frequentemente presente. Il legato di autori del passato si manifesta specialmente con il filosofo e giurista che più ha ispirato il diritto penale moderno, Cesare Beccaria (CCE, SCJN), oltre che con i penalisti e criminologi Giovanni Carmignani e Pietro Lombardo (CCE). Sono altresì ricorrenti le citazioni di filosofi, teorici generali, processualisti e studiosi dei diritti che hanno operato nel secondo dopoguerra. Si allude al costituzionalista Paolo Biscaretti di Ruffia e al filosofo del diritto pisano Carlo Francesco Gabba (STFB). Sono citati maestri del Novecento come l'internazionalista Dionisio Anzilotti (CCE, SCJN), il pubblicista Vittorio Emanuele Orlando (CCE, CCC), il comparatista Gino Gorla e il fondatore della scuola del "realismo giuridico genovese" Giovanni Tarello (CCE).

In materia di diritto processuale civile, continuano a essere ricordati a volte grandi personalità italiane della prima metà del Novecento fino agli anni '60, come Francesco Carnelutti (CCC, CCE, SCES, SCJN), Piero Calamandrei e Giuseppe Chiovenda, considerato uno dei padri delle garanzie processuali (CCE, SCES, SCJN), Mauro Cappelletti, Emilio Betti (SCES) ed Enrico Redenti (CCE), che contribuirono a fondare in America Latina la scienza del *Derecho procesal constitucional*<sup>82</sup>, come pure un autorevole esponente della scuola processualista contemporanea, Michele Taruffo (CCE, SCJN). Risalta, soprattutto, la costante presenza di autori contemporanei, tra i quali filosofi, teorici del diritto e costituzionalisti appartenenti a scuole diverse, come il classico Norberto Bobbio (STFB, CCC, CCE, SCJN), Gustavo Zagrebelsky (STFB,

<sup>82</sup> Sulle origini della disciplina v. il volume di FERRER MAC-GREGOR, *Derecho procesal constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, trad. it. *Diritto processuale costituzionale. L'origine scientifica (1928-1956)*, Bup, Bologna, 2010. Con contributi teorici e saggi riferiti a vari Paesi cfr.: la monumentale raccolta in 4 voll. coordinata da FERRER MAC-GREGOR, *Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2006, specialmente il cap. I; FERRER MAC-GREGOR, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2013; BAZÁN (ed.), *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2 voll., 2010, I, parte I; GARCÍA BELAUNDE, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, (eds), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Jurista, Lima, 2006; PALOMINO MANCHEGO (ed.), *El Derecho Procesal Constitucional Peruano (Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde)*, 2 voll., Grijley, Lima, 2006; VEGA GÓMEZ, CORZO SOSA (eds), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Unam, México, 2002, oltre a vari altri volumi collettanei, e molti libri pubblicati nella collana "Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional", Porrúa, México.

TCCH, SCCR, CCE, SCJN, TCP), Luigi Ferrajoli (CSJA, TCCH, CCC, CCE, SCJN), Riccardo Guastini (CCC, CCE), Paolo Comanducci, Nicola Abbagnano (SCJN), Paolo Flores D'Arcais, Giancarlo Rolla, Maurizio Fioravanti (CCE), Alessandro Pizzorusso (CCC), Tommaso Frosini (TCCH) e Ugo Rocco (SCES).

Appaiono alcune citazioni di comparatisti italiani come Silvia Bagni e Lucio Pegoraro (TCP); penalisti come Enrique Pessina (SCJN); tributaristi e fiscalisti: Andrea Amatucci, Nicola D'Amati, Giannini Achille Donato, Alessandro Garelli (SCJN), Benvenuto Griziotti, Luigi Vittorio Berliri ed Emilio Gardina (SCJN); politologi come Giovanni Sartori (SCES); sociologi e teorici dello Stato quale Alessandro Gropali (SCJN), e studiosi di diritto parlamentare, ovvero Silvano Tosi (SCJN). Vengono citati anche Ignazio Manzoni, Adriano Di Pietro, Giuseppe Marino (SCJN). Così pure, Claudia Storini, che ha operato prevalentemente in Spagna ed Ecuador (CCE), e la italo-brasiliana Ada Pelegrini Grinover (STFB).

La dottrina tedesca viene utilizzata ampiamente da tutte o quasi tutte le corti e i tribunali costituzionali, che fanno riferimento ad autori del passato come il giurista e storiografo Samuel Pufendorf (SCJN), e a classici come Carl Schmitt, giurista e filosofo fondatore della scuola del realismo politico (STFB, CCC, CCE); Friedrich Karl von Savigny, cui si debbono le basi dell'analisi del diritto come scienza (CCE, SCES); Georg Jellinek, teorico dello Stato e filosofo del diritto (STFB, SCJN), Konrad Hesse, costituzionalista che ha proposto l'applicazione del principio di concordanza pratica per risolvere i conflitti tra diritti fondamentali (STFB, CCE), e Karl Loewenstein, al quale si debbono alcune importanti basi del costituzionalismo contemporaneo (STFB). Compiono pure esponenti fondamentali del pensiero filosofico moderno come Immanuel Kant (CCC, CCE, SCJN), Georg Wilhelm Friedrich Hegel (STFB) e Paul Feuerbach (CCE), e altresì civilisti quale Bernhard Windscheid (CCE, SCES).

Tra i contemporanei, sono richiamati riconosciuti filosofi quali Robert Alexy (STFB, CCC, CCE, SCES, SCJN, TCP), Peter Häberle (STFB, TCCH, CCC, TCP), Karl Larenz (STFB, CCC, CCE), Hans-Georg Gadamer (CCE), Gustav Radbruch (CSJA), Felix Oppenheim (CCC), Paul Kirchhoff e Hans Welzel (SCJN); costituzionalisti come Otto Bachof, Christoph Gusy, Dieter Grimm (STFB), Dieter Nohlen, Rudolf Streinz (CCE) e Ernst Forsthoff (SCJN); i penalisti Claus Roxin (CSJA, CCC, CCE, SCJN), Winfried Hassemer, Karl-Friedrich Stuckenberg (CCE, SCJN) Gunther Jakobs, Eberhardt Schmidt (CSJA), James Goldschmidt (CCE, SCES), Kai Ambos (CCE), Hans Joachim Hirsch (SCES) e Hans Heinrich Jescheck (SCJN); i processualisti Adolfo Wach, Oskar von Bulow, Heinrich Degenkolb e Josef Köhler (SCES); l'amministrativista Hartmut Maurer (STFB); i tributaristi Christoph Trzaskalik e Klaus Tipke (SCJN); l'internazionalista Klaus Vogel (SCJN).

Vengono citati i sociologi Max Weber, considerato uno dei principali esponenti della sociologia antipositivista, e Claus Offe, studioso del marxismo della scuola critica (SCJN), storici del diritto (Bernhard Schlink: STFB), politologi (Hermann Heller: CSJA), economisti (Fritz Neumark: CCE, SCJN). Compiono anche Karl Hinrichs, studioso del *Welfare State*, Oskar Georg Fischbach, coautore della legislazione della dittatura nazista a livello ministeriale (SCJN), e Mariana Llanos (CCC). Né potevano mancare Rudolf Smend (CCE), e Carl Heinrich Triepel, difensore della teoria duali-

sta nelle relazioni tra diritto interno e internazionale (CCE, SCJN). Difettano invece autori contemporanei di diritto privato.

Tra i portoghesi, si citano solo contemporanei, come i costituzionalisti J.J. Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Vital Moreira, Carlos Blanco de Moraes, Rui Medeiros (STFB) e J.M. Cardoso Da Costa (SCJN); gli amministrativisti Heli Loppes Meirelles e José Carlos Vieira de Andrade (STFB), e il poliforme Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (STFB).

Della dottrina britannica, si richiamano in primo luogo autori moderni: da quello che è considerato il padre del liberalismo classico, John Locke (SCES, SCJN), al teorico dell'assolutismo politico Thomas Hobbes (SCES), a uno dei rappresentanti della scuola economica classica, John Stuart Mill (SCJN). Tra i contemporanei si citano i filosofi del diritto Herbert Lionel Adolphus Hart (CCC), Karl Popper (SCCR, SCES) e Leslie Green (SCJN); gli internazionalisti Matthew Craven (CSJA) e Hersch Lauterpacht (SCJN); il penalista Wayne Morrison (CSJA); lo psichiatra Arnon Bentovim e la neurologa Anish Bahra (SCJN); l'informatico Sommers Harold (SCJN), nonché Christopher Bellamy (SCJN).

Gli austriaci menzionati sono l'onnipresente classico pilastro dell'odierno diritto positivo, Hans Kelsen (STFB, TCCH, CCC, SCES, SCJN, TCP), e il suo discepolo, l'internazionalista Alfred von Verdross. È ricordato anche l'austro-statunitense Josef Laurenz Kunz, che ha insegnato soprattutto nelle università degli Stati Uniti (SCJN). Tra gli svizzeri che hanno operato in Francia, si citano il classico Jean-Jacques Rousseau (CCC, SCJN) e il filosofo, scrittore e politico Benjamín Constant. C'è anche un filosofo, diplomatico e giurista cui si debbono importanti basi del diritto internazionale, Emmer de Vattel (SCJN). Le corti latinoamericane evocano anche alcuni canadesi specialisti in studi ambientali come Pablo Trujillo, Andrés M. Cisneros-Montemayor, Sarah Harper y Dirk Zeller (SCCR), e la studiosa degli stereotipi di genere Rebecca J. Cook (SCJN). Degli irlandesi di epoca moderna, le Corti citano una delle figure politiche più importanti della prima metà del XIX secolo nel suo paese, Daniel O'Donnell, come pure autori contemporanei: il sociologo Philip J. O'Connell (SCJN) e la costituzionalista Aileen Kavanagh (CCE). Tra i neozelandesi appare un criminologo radicato a Londra, Wayne Morrison. Infine, la Suprema Corte messicana cita un autore scozzese considerato uno dei maggiori esponenti dell'economia classica, Adam Smith, nonché altri autori contemporanei: l'australiana specialista in diritti umani delle donne, Simone Cusack; l'internazionalista libanese Chafic Malek; il filosofo finlandese George Henrik Von Wright; il sociologo danese Gosta Esping-Andersen e il filosofo polacco Alfred Tarski.

Il numero di autori latinoamericani che "circolano" nelle sentenze dei tribunali e corti della regione (senza considerare la frattura tra Brasile e il resto del continente), è alquanto uniforme. Giuristi di altri paesi latinoamericani sono menzionati in percentuali basse ma costanti.

Quanto agli argentini, compaiono gli amministrativisti Miguel Marienhoff (CSJA, CCC, SCES, SCJN), Rafael Bielsa (CSJA, SCJN), Juan Carlos Cassagne, María Paula Rennella (SCES), José Roberto Dromi y Miguel Ángel Bercaitz, (SCJN); i costituzionalisti Carlos Santiago Nino (CSJA, CCC, SCJN), Germán Bidart Campos (CSJA, CCC, SCES), Perfecto Araya (SCES), Lucas Grosman y Roberto Pablo Saba (SCJN); i proces-

sualisti Néstor Pedro Sagüés (CCE, SCES, TCP), Osvaldo Gozaíni (CCE, SCES), Víctor de Santo y Hugo Alsina, (SCJN); i tributaristi Carlos M. Giuliani Fonrouge (SCES, SCJN), Juan Carlos Luqui, Catalina García Vizcaíno, Dino Jarach, Luis Omar Fernández Ruiz e Horacio A. García Belsunce (SCJN); i penalisti Daniel R. Pastor, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro J. Alagia, Alejandro Slokar, Gustavo González Ferrari ed Emilio García Méndez (SCJN); il filosofo del diritto Eugenio Bulygin (SCJN); i civilisti Guillermo A. Borda (SCCR) e Mario Antonio Zinny (SCJN); il politologo, giurista e sociologo Marcos Kaplan; gli studiosi di diritti umani Víctor Abramovich, Christian Courtis e Delia Lipszyc (CCC); lo specialista in diritto di proprietà Guillermo Cabanellas de las Cuevas (SCJN); i medici Goñi Moreno e A. Martín Nogués (SCJN); il neurologo Federico Micheli e il fisico Julio Aranovich (SCJN). Altri argentini citati sono: Luis Francisco Lozano, María José Rodríguez (SCES), Hugo Rocco, Gabriela E. Córdoba, Luis Bulit Goñi, José Ignacio Fonseca-Herrero Raimundo e Guillermo J. Cervio (SCJN).

Risulta citato un solo boliviano, specialista in statistica, Arturo Núñez del Prado Benavente (SCJN). I cileni citati sono i civilisti Arturo Alessandri Rodríguez e Luis Claro Solar (CCC); l'internazionalista Claudio Grossman (SCCR); il processualista Alejandro Espinosa Solís de Ovando (CCE); il giurista e diplomatico Joaquín Fernández Fernández (SCJN); il lavorista Walker Linares, nonché Miguel Subercaseaux (SCJN).

Tra i colombiani contemporanei risultano il costituzionalista Florentino González (CSJA), i processualisti Hernando Devis Echandía (CCC, CCE, SCJN) e Carlos Ramírez Arcila (SCES); la studiosa specialista in temi di libertà religiosa e di coscienza Ilva Myriam Hoyos Castañeda, la specialista in diritti umani e diversità culturali Gloria Patricia Lopera Mesa (CCC, SCJN) e lo specialista in diritto internazionale dei diritti umani Alejandro Valencia Villa (SCJN). Si citano anche i costituzionalisti Carlos Bernal Pulido (CCE, SCJN), Luis Carlos SÁCHICA (SCES) e Tulio Elí Chinchilla Herrera (SCJN); l'internazionalista Marco Gerardo Monroy Cabra e il penalista Alfonso Rodríguez Orlando (CCE). I messicani sono presenti con i costituzionalisti e specialisti del giudizio di *amparo* Héctor Fix-Zamudio e Ignacio Burgoa (SCES, SCCR, SCJN); il costituzionalista Miguel Carbonell Sánchez (CCC, CCE, SCJN); la specialista in scienze marittime Juana López Martínez (SCCR), nonché con chi viene considerato il padre della criminologia messicana: Alfonso Quiroz Cuarón (CSJA).

Tra gli uruguaiani, è evocato il classico Eduardo J. Couture, uno dei fondatori del diritto processuale costituzionale (TCCH, CCC, SCES, SCJN); l'amministrativista Enrique Sayagués Lasso (TCCH, CCC, SCJN); i processualisti Enrique Vescovi y José Ramiro Podetti (SCES) e l'internazionalista Héctor Gross Espiell (SCCR). Altri autori latinoamericani che circolano nelle sentenze sono il cubano, cattedratico e commentatore radiofonico José Ignacio López Vigil, il penalista peruviano José Urquiza Olaechea (SCJN), il filosofo del diritto guatemalteco Luis Recasens Siches (CSJA), e il geografo e storico venezuelano Francisco Escamilla Vera (SCJN).

Dalla rassegna svolta e dalla sintesi della dottrina citata dai nove sistemi di giustizia costituzionale considerati, si ricava che gli autori citati da almeno due tribunali o corti<sup>83</sup> sono: Gustavo Zagrebelski, Robert Alexy, Hans Kelsen (6); Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli e Eduardo García de Enterría (5); Montesquieu, Léon Duguit, Fran-

<sup>83</sup> Tra parentesi si segnala il numero di organi giurisdizionali.

cesco Carnelutti, Norberto Bobbio, Peter Häberle, Claus Roxin, Miguel Marienhoff e Eduardo J. Couture (4); Platone, Aristotele, Alexander Hamilton, Emmanuel Sieyès, Piero Calamandrei, Giuseppe Chiovenda, Carl Schmitt, Immanuel Kant, Karl Larenz e Guillermo Cabanellas de Torres, Carlos Santiago Nino, Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, Hernando Devis Echéandía, Héctor Fix-Zamudio, Ignacio Burgoa, Miguel Carbonell Sánchez ed Enrique Sayagués Lasso (3).

Si è evidenziato che, nelle sentenze dei tribunali e delle corti analizzate, la dottrina maggiormente ricorrente è quella dei Paesi europei e americani. Tra gli europei: Germania, Austria, Belgio, Danimarca, Spagna, Finlandia, Francia, Grecia e Olanda, ma anche Ungheria, Irlanda, Italia, Lituania, Norvegia, Polonia, Portogallo, Regno Unito (Gran Bretagna e Irlanda del Nord), Repubblica Ceca, Romania, Svezia, Svizzera e Ucraina. Tra gli americani: Argentina, Bolivia, Brasile, Canada, Cile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Stati Uniti, Guatemala, Messico, Perù, Uruguay e Venezuela. Appaiono anche, se pure in misura minore, studiosi di un paese euroasiatico, e cioè la Russia; e altri dall'Oceania: Australia e Nuova Zelanda; dall'Asia: Cina, India, Giappone e Libano; dall'Africa: l'Egitto, il Marocco e il Sudafrica.

Dei paesi citati or ora, a seguire segnaliamo quelli che presentano un maggiore numero di autori citati nel complesso di tutte le sentenze analizzate. In primo luogo, si constata che gli spagnoli, con ampio vantaggio rispetto agli altri, sono i più citati dai tribunali. A seguire si collocano gli italiani, i tedeschi, e via via argentini, colombiani, statunitensi, messicani, francesi, austriaci, cileni e britannici. Non mancano greci, uruguaiani e svizzeri; seppure pochi, tutti appaiono con una certa regolarità.

Da altra prospettiva, si nota che gli autori di gran lunga più citati sono i contemporanei, seguiti da quelli del passato, moderni e medioevali. È ampio anche il numero di autori definiti "classici", che abbiamo considerato tali quale che sia l'epoca tra le tre utilizzate per classificarli da un punto di vista temporale.

Con riferimento al profilo accademico o professionale degli autori citati, i più evocati sono costituzionalisti, tributaristi e fiscalisti. Seguono amministrativisti, penalisti, filosofi del diritto, teorici del diritto e internazionalisti, e poi civilisti, filosofi generali, laboristi, studiosi di diritto ambientale e dei diritti umani, medici, sociologi, politologi, storici e linguisti. Vengono poi gli economisti, i curatori di dizionari giuridici, neurologi, politologi, economisti e specialisti sul tema della disabilità. Alla fine, psichiatri, fisici, statistici, commentatori radiofonici, informatici, chimici e geografi, nonché specialisti in materie quali la sicurezza nazionale, le scienze del mare, il diritto canonico, le discriminazioni di genere, il diritto di proprietà e il *Welfare*.

Per ultimo, le materie giuridiche più frequenti affrontate nei libri e articoli evocati nella giurisprudenza costituzionale latinoamericana sono, in primo luogo, i diritti costituzionale, amministrativo, penale, processuale generale, tributario e delle finanze, diritti umani, filosofia del diritto, processuale civile, del lavoro e processuale costituzionale. A seguire, sono citati quelli in tema di teoria dello Stato, e i diritti civile, ambientale, commerciale, internazionale pubblico, processuale penale, teoria del diritto ed elettorale. Gli autori di diritto comparato sono poco citati, al pari di quelli di diritto dell'arbitrato, della concorrenza, della proprietà intellettuale, municipale, regionale, internazionale privato, della sicurezza sociale, canonico, delle comunicazioni, mili-

tare, storia del diritto, della previdenza, notarile. Quanto alle materie non giuridiche, complessivamente le più menzionate sono medicina, economia e antropologia.

L'individuazione delle università dove insegnano o hanno insegnato i professori citati nelle sentenze permette di determinare il *ranking* delle istituzioni educative che più influiscono sulle sentenze dei tribunali costituzionali e delle corti supreme latinoamericane. Da questa prospettiva, nelle prossime righe ci proponiamo di evidenziare se gli autori evocati appartengano a università famose più per il loro passato che per una loro effettiva influenza nel pensiero del mondo globalizzato, o se viceversa siano più frequentemente richiamati studiosi che operano in università emergenti<sup>84</sup>.

Cominciando dalle università europee, quelle che hanno maggiore influenza sono le spagnole. Tra esse, gli autori più citati appartengono innanzi tutto alla Complutense di Madrid, ma sono ampiamente evocati anche studiosi delle università di Barcellona, Alicante, Siviglia e Salamanca. Parimenti, sono presenti la Universidad Nacional de Educación a Distancia, la Pompeu Fabra, la Carlos III, la Autónoma, tutte e tre di Madrid, e quelle delle Islas Baleares, Valladolid, Santiago de Compostela, Valencia, Alcalá, Castilla-La Mancha, Granada, Gerona, Oviedo, la Universidad San Pablo-CEU e la Rovira I Virgili. Altre università spagnole influenti nella giurisprudenza latinoamericana, anche se in misura minore, sono la Pontificia di Comillas e quelle di Burgos, Extremadura, Cadice, Deusto, Saragozza e Malaga, né mancano autori appartenenti alle Università di Cantabria, del País Vasco, di Las Palmas de Gran Canaria e di Huelva. Ci sono anche, tra quelli citati, autori provenienti dalla Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales di Madrid, e dalle università Rey Juan Carlos, Pablo de Olavide, Central e dalla Academia Greco-Latina, dal Consejo Superior de Investigaciones Científicas e dalla Universidad Jaime I di Castellón.

Le università tedesche che hanno influsso nelle sentenze sono quelle di Heidelberg, Bonn, Amburgo, Berlino, Göttinga, Königsberg, Bayreuth, Kiel, Monaco e Giessen, e poi di Brema, Tubinga, Lipsia, Francoforte, Breslavia, Mainz, Colonia e Friburgo; inoltre la Università Martin Lutero de Halle-Wittenberg, la Scuola di governo Hertie e la Johann Wolfgang von Goethe.

Tra le università britanniche si ritrovano Oxford, la London School of Economics, la Queen Mary University di Londra, Cambridge, Manchester, l'Istituto di Studi economici e sociali e l'Ospedale nazionale di neurologia e neurochirurgia. Le università italiane alle quali appartengono gli autori citati sono quelle di Torino, Roma III, Siena, la Sapienza di Roma, Bari, Pavia. Si allude anche ad autori delle università di Napoli Federico II, Firenze, Genova, Bologna, Milano, Padova, Camerino, Messina e Catania. Della Francia appaiono le seguenti università: la Sorbona di Parigi e quelle di Savoia, Lione, Montpellier, Rennes e Poitiers. Inoltre, le università Pierre Mendès-France di Grenoble II, di Tolosa, la Cattolica di Angers e quella di Bordeaux, e la École Pratique des Hautes Études. Tra le università austriache appare solo quella di Vienna; tra le portoghesi, le Università di Lisbona e di Coimbra; tra le svizzere, quelle di Friburgo e di San Gallo; la Finlandia è rappresentata dalla Università di Helsinki.

---

<sup>84</sup> È bene chiarire che qualora qualcuno dei professori citati lo sia o lo sia stato in più di una università, si è presa in considerazione l'ultima di appartenenza, o in qualche caso quella nella quale ha conseguito il prestigio per cui è famoso.

Le università statunitensi hanno pur esse una presenza significativa. Ci sono autori di Harvard, Yale, Stanford, Columbia (ex-*King's College*), Chicago, Michigan, Florida, New York e Connecticut, ma anche delle università Emory, Cornell, East Carolina, il MIT, cui si aggiungono la *Bar Association* e la Società americana di microbiologia. Il Canada compare con le università di Toronto, Queen's e Monash.

Tra le università latinoamericane che più influiscono nelle sentenze, si trovano innanzi tutto quelle argentine: in misura maggiore la Universidad de Buenos Aires, e poi la Nacional del Litoral, la Nacional de La Plata, la Nacional de Córdoba (Argentina) e la Católica Argentina. Appaiono anche le università di Mendoza, la Matanza, la Nacional de Rosario, la Notarial e quella del Museo Social Argentino. Le università brasiliane sono quelle di São Paulo e di Brasilia, la Católica de São Paulo, quella del Estado do Rio de Janeiro e la Presbiteriana Mackenzie. Quelle cilene la Pontificia Universidad Católica de Chile, quelle del Cile, di Talca, la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso e la Universidad de Concepción. Le colombiane: Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, La Sabana, del Rosario, la EAFIT e quella di Antioquia.

Gli autori messicani appartengono in buona parte all'Universidad Nacional Autónoma de México; non mancano però quelli provenienti dalla Autónoma Metropolitana, dalla Iberoamericana e dalla Panamericana, dall'Instituto Tecnológico Autónomo de México, dalla Escuela Libre de Derecho, dall'Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, dall'Instituto Nacional de Ciencias Penales, dalla Universidad de Guadalajara e dal Centro de Investigación y Docencia Económicas. Le università peruviane sono rappresentate dalla Pontificia Universidad Católica del Perú e dalla Universidad San Juan Bautista. Quelle salvadoregne dalla Universidad del Salvador e quella intitolata alla Dr. José Matías Delgado. Le uruguaiane dalla Universidad de la República e da quella di Montevideo. Di alcuni paesi si conta la presenza di una sola università: Bolivia, con l'Instituto Latinoamericano de Planificación Económica y Social; Costa Rica, con la Universidad de Costa Rica; Ecuador, con la Universidad Andina Simón Bolívar; Guatemala, con la Universidad San Carlos; Venezuela, con l'Instituto Pedagógico de Caracas.

Nel loro complesso, gli studi realizzati sulla circolazione del formante dottrinale nella giurisprudenza delle corti e tribunali latinoamericani consentono di segnalare che le università che hanno più influenza sui giudici di tali organi sono la Complutense di Madrid, quella di Buenos Aires, la Nacional Autónoma de México e l'Università di Barcellona.

Una delle differenze più significative che emergono dalla ricerca è la evidente frattura tra le diverse zone linguistiche e giuridico-culturali, specialmente tra il Brasile e gli altri paesi per quanto riguarda la dottrina citata. I giuristi brasiliani citati fuori dal Brasile sono pochi, e la *Corte Suprema Federal* brasiliana a sua volta ricorre sporadicamente alla dottrina di altri paesi latinoamericani, anche se non si tratta di un blocco totale, poiché si rinvencono alcune eccezioni. In altre parole, si conferma una volta di più che la classificazione geografica conta meno che quella attenta alle radici linguistiche, culturali e giuridiche. Il che è confermato d'altronde dalle poche (se non inesistenti) citazioni di giuristi spagnoli in Brasile, e di giuristi lusitani (come Gómez Canotilho y Jorge Miranda) nei restanti paesi della regione analizzata.

Come si è evidenziato, la dottrina statunitense è presente nelle sentenze della maggioranza dei tribunali latinoamericani analizzati. Tuttavia, i dati attestano che da questa tendenza si discostano quattro organi giurisdizionali: il *Tribunal Constitucional* cileno, la *Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador*, il *Tribunal Constitucional* del Perù e quello dell'Ecuador.

Si è segnalata un'altra differenza sostanziale – non connessa alla distinzione appena fatta – e che si rapporta al predominio delle citazioni di studiosi nazionali, rispetto a quelli stranieri. Di fatto, abbiamo constatato che ci sono eccezioni alla regola generale; inoltre, l'Ecuador lascia al margine assai più che altri Paesi la dottrina statunitense, e ricorre più ampiamente alla circolazione interna latinoamericana<sup>85</sup>.

### 3.2. Tra il Continente e fuori

L'influenza della dottrina latinoamericana in Spagna non si può valutare, dato che il *Tribunal Constitucional* spagnolo non usa fare riferimenti agli accademici<sup>86</sup>, ma anche la presenza di giuristi brasiliani in Portogallo è sporadica<sup>87</sup>. Presso le altre corti supreme o tribunali costituzionali del mondo analizzati sopra, la presenza di giuristi latinoamericani è nulla o quasi, mentre viceversa ovunque in America latina son ben conosciuti e citati giuristi stranieri delle più varie provenienze. Molti tra i giuristi incontrati presso le Corti europee o di Paesi misti o africani prese in considerazione *supra* sono citati anche in America latina, ad attestarne un rilievo e una influenza globale. La circolazione della dottrina è dunque quasi completamente unilaterale, diversamente che in altri formanti. In quello legislativo/normativo, infatti, alcune soluzioni escogitate in America Latina hanno circolato anche fuori. (Basti pensare all'*amparo* o ad alcune influenze delle costituzioni brasiliane su quella portoghese.) Così pure, a livello infra-formanti, la dottrina latinoamericana è conosciuta e utilizzata, se non nel mondo anglosassone, comunque chiuso a letture non autoctone, nella dottrina comparatistica europea.

Più nel dettaglio, alcuni nomi ricorrenti in America lo sono anche in aree diverse del globo: ovviamente, molti classici che hanno forgiato nel passato più o meno recente il pensiero filosofico, politico, giuridico, come – per restare ai più recenti – Bobbio, Kelsen, Hesse, ma anche filosofi e giuristi contemporanei: Alexy, Dworkin, Häberle, un po' meno Zagrebelsky ... (Ferrajoli invece non appare fuori dall'area iberoamericana.)

Con eccezioni sparse, affiora che la dottrina statunitense e quella tedesca penetrano in varie regioni del globo, non solo in America latina, che quindi si allinea a una tendenza generalizzata; così pure per le citazioni di francesi e italiani, salvo una maggiore attenzione in America latina, rispetto ad altre come la mitteleuropea, asiatica, africana (a prescindere, per comprensibili ragioni, dalle ex colonie). Ovviamente non fa testo la presenza massiccia della dottrina spagnola e, per il Brasile, di quella porto-

<sup>85</sup> Vedi *supra*, sez. III, § 2.7.

<sup>86</sup> RAGONE (ed.), *La aportación de la doctrina en la jurisprudencia constitucional española*, cit.

<sup>87</sup> TRAZZI, *Un Tribunale chiuso (ma non del tutto): le citazioni di dottrina del TC portoghese*, cit.

ghese, dovuta alle ragioni già spiegate; anzi, proprio la scarsa intercambiabilità tra dottrina lusitofona e dottrina ispanofona in America latina conferma il *trend* mondiale.

Anche rispetto alle materie oggetto di citazione, l'America latina ribadisce la tendenza per cui, un po' ovunque, gli autori più citati sono teorici, filosofi e costituzionalisti, processualisti e internazionalisti (con l'eccezione di Corti supreme chiamate a giudicare anche casi ordinari, e non solo di costituzionalità).

#### SEZIONE IV. Conclusioni

Tra gli altri risultati raggiunti, la ricerca dimostra innanzi tutto l'erosione di alcuni tradizionali schemi classificatori delle famiglie giuridiche, che non sembrano reggere allo studio condotto attraverso la lente del rapporto dottrina/giurisprudenza. In alcuni ordinamenti classificati come "misti", si registra una significativa affermazione della cultura giuridica del *common law*, a scapito di quella di diritto civile. La circolazione della dottrina percorre strade tutte sue anche in sistemi classificati ineluttabilmente di diritto civile, nei quali la penetrazione della dottrina anglosassone (specie statunitense) appare massiccia. Lo studio conferma il fatto che alcune idee, principi, valori, concetti circolano a prescindere dalle classi di appartenenza dei paesi che importano ed esportano. In particolare, alla circolazione dei diritti soggettivi è estranea sia la classificazione delle famiglie, sia quella delle forme di governo, sia in parte persino quella della forma di Stato. Alcune interpretazioni (come ad esempio le tesi del c.d. neocostituzionalismo) accomunano giuristi statunitensi, spagnoli, latinoamericani, italiani, ecc., a prescindere dalla provenienza, ed essi sono spesso citati congiuntamente.

#### 1. Una lettura linguistico/sociologica

Da una prima prospettiva, risulta palese (come era facile presupporre) che c'è uno stretto legame tra lingua e utilizzazione di fonti dottrinali straniere<sup>88</sup>. La generale prevalenza nell'utilizzazione di opere redatte nella propria lingua ha una prima giustificazione nell'esigenza di risolvere i casi alla luce del proprio diritto, e per questa ragione i giudici nazionali si servono per lo più, *in primis*, dell'apporto degli studiosi del Paese cui appartengono. Fanno eccezione alcune Corti "giovani", che nella dottrina straniera cercano e talvolta trovano la base razionale della loro giurisprudenza, che non può essere assicurata dalla trama dei precedenti (che non esistono) o dalla dottrina autoctona (o compromessa con l'*ancien régime*, o non attrezzata culturalmente a leggere i nuovi testi). Anche in America latina, la grande maggioranza degli autori stranieri citati sono spagnoli nei paesi di lingua ispanica, e portoghesi in Brasile

---

<sup>88</sup> Anche la ricerca sul versante mondiale lo conferma.

(pur se, oltre che la lingua, in questo caso conta anche la struttura profonda dell'ordinamento giuridico di riferimento, ancorata alla sua storia coloniale e alle recezioni). Il maggior numero di citazioni trovate nelle sentenze fanno riferimento a opere pubblicate originalmente nella lingua materna dei giudici costituzionali, oppure a loro traduzioni al castigliano o al portoghese. In ogni caso, molti tribunali hanno fatto ricorso soprattutto agli idiomi più comprensibili per il fatto di condividere la stessa radice linguistica, come l'italiano, il francese e il portoghese, e in misura minore a lingue quali l'inglese o il tedesco.

Nondimeno, dalla ricerca emerge che si afferma una diffusione capillare e globale delle opere redatte in inglese, specie – fuori del *Commonwealth* – quelle di provenienza statunitense: non solo libri e articoli tradotti, ma anche gli originali, pure in riferimento a studi in materie non giuridiche; diversamente dal resto del mondo, in America Latina la letteratura giuridica in inglese è però tutt'altro che monopolizzante, o addirittura totalmente estromessa, come in Ecuador.

Si registra pure una diffusa (anche se molto più circoscritta) penetrazione della dottrina filosofica e giuridica di lingua tedesca, ossia di una lingua che dal secondo dopoguerra non può più essere considerata veicolare in campo giuridico, diversamente da prima, grazie all'importanza degli studi dei vari Windscheid, von Humbolt, von Jhering, Jellinek, Laband, von Gerber, von Kirchmann, A. Feuerbach, Radbruch, Engisch, Ehrlich, fino a Larenz, Forsthoff, Schmitt, Merkl, Kelsen, etc. Va detto peraltro che spesso questi autori sono stati tradotti (come lo sono oggi, tra altri, Hesse, von Bogdandy, Häberle). Neppure va scordato il ruolo assunto dal *Bundesverfassungsgericht* nell'elaborazione di importanti dottrine giurisprudenziali, che in quanto tali circolano nel formante giurisprudenziale, tirandosi dietro anche l'interesse per gli studi di dottrina accademica tedesca. Ci sono infine ragioni collegate all'emigrazione di studiosi tedeschi, come pure all'attrazione di studiosi di vari paesi del mondo presso istituti di cultura tedeschi. Il fenomeno si registra anche negli Stati Uniti (dove i tedeschi sono fra i pochi ad avere talora l'onore di una sporadica citazione).

Francesi e italiani sono ricordati soprattutto con gli studiosi del passato, più o meno prossimo, ma poco più (salvo, per i francesi, nelle *ex-colonie* e in alcuni paesi mediorientali e dell'Est europeo<sup>89</sup>, e per gli italiani in America latina); in particolare la dottrina italiana, presente, se pure raramente, con autori classici e sparse citazioni nel resto del mondo<sup>90</sup>, nella giurisprudenza iberoamericana lo è tutt'oggi, soprattutto con i grandi processualisti, ma anche con autori contemporanei. Gli spagnoli, scomparsi dalle Filippine, hanno ancora forte presa in America latina, ma non in modo preponderante, e i portoghesi ovviamente in Brasile.

---

<sup>89</sup> Anche in America latina è in sensibile calo l'utilizzazione delle opere in francese, che va pari pari con la perdita di *appeal* di tale lingua, ormai poco insegnata nelle scuole di tutto il mondo e confinata quasi solo nell'ambito della diplomazia. (Persino nel ciclismo, dove era sino a poco fa la lingua ufficiale, come nella pubblicità dei profumi, essa è stata soppiantata dall'inglese; meno nella scherma ...)

<sup>90</sup> Specialmente Beccaria, e i più contemporanei Orlando e Rocco.

## 2. Una lettura filosofica

Quanto detto sopra – ovvero il peso strategico della lingua nel sistema delle citazioni – può forse spiegare, almeno in parte, le ragioni della costante presenza di autori di lingua inglese a livello mondiale e, sia pure in misura più limitata, in America Latina; non dà però ragione della netta prevalenza, anche in quel continente, di quelli statunitensi. Altrimenti, inglesi, canadesi, australiani ecc. dovrebbero essere altrettanto citati. Il *favor* per gli Stati Uniti non può essere dunque giustificato solo con ragioni linguistiche. Un elemento empirico che può essere ipotizzato è rappresentato dal fatto che molti giudici hanno studiato in Università nord-americane, ma esso non pare sufficiente.

In America Latina, il dato vantaggioso per gli statunitensi può essere giustificato dal *frame of government* che accomuna molti ordinamenti agli Stati Uniti: la forma di governo, il tipo di Stato<sup>91</sup>, la “diffusione” che caratterizza (meglio, caratterizzava) la giustizia costituzionale<sup>92</sup>. Da questa prospettiva, gli inglesi – a parte classici come Locke, Dicey, e pochi altri – sembrano avere poco da insegnare, che sia “comparatisticamente” utilizzabile: diverse sono le fonti, diversa la forma di governo, diverso il modello di decentramento<sup>93</sup>.

Forse le ragioni complessive – qui ma anche altrove – si possono trovare nel rinato ammiccamento a forme moderne di giusnaturalismo, alle quali peraltro si contrappongono le dottrine positivistiche e realistiche, pure ampiamente utilizzate dai giudici delle leggi. (Basti considerare le citazioni di Bobbio e Guastini.) In particolare, sembrano da collegarsi alla penetrazione delle teorie del neo-costituzionalismo, per cui alle citazioni di autori di altra provenienza (Spagna, Italia, Germania, specie con Häberle), si associano quelle di studiosi statunitensi entrati in voga. (Si pensi a R. Dworkin)<sup>94</sup>.

<sup>91</sup> Preferiamo utilizzare questa espressione per designare le relazioni tra centro e periferia, come già VOLPI, *La classificazione delle forme di Stato*, in MORBIDELLI, PEGORARO, RINELLA, VOLPI, *Diritto pubblico comparato*, 5<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2015, p. 359 ss., e LANCHESTER, *Stato (forme di)*, in *Enc. dir.*, LXIII, Giuffrè, Milano, 1990.

<sup>92</sup> Per una critica alla dicotomia concentrato/diffuso si rinvia a PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, cit., p. 46 ss., p. 113 ss.

<sup>93</sup> Nel resto del mondo la dottrina britannica è presente in modo forte solo nel *Commonwealth*, diversamente da quella americana.

<sup>94</sup> Non c'è però una radice unitaria tra questi autori: cfr. GUASTINI, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoria pol.*, nuova serie, n. 1, 2011, con replica di BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e dir.*, 2011, p. 285 ss. Secondo SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 145, lo strumento principale con cui il neocostituzionalismo attacca il positivismo legislativo è rappresentato dalla presenza egemonica dei principi: «*Estos principios, que aspiran a conceder unidad material al sistema jurídico aunque estén presididos por el pluralismo, han hecho inservibles las tesis mecanicistas de la interpretación, que era uno de los pilares del positivismo teórico*». V. sul tema PRIETO SANCHÍS, *Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación*, Ubijus, México, 2014, spec. p. 81 ss. Come ricordano VICIANO PASTOR, MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 9, 2011, p. 6, richiamandosi a COMANDUCCI, *Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico*, in CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 83: «*Como teoría del Derecho, el neoconstitucionalismo – en particular a partir de los principios – aspira a describir los logros de la constitucionalización, entendida como el proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Por esta*

C'è però uno scotto da pagare, strettamente connesso alla scarsa utilità delle dottrine (e delle opere giuridiche che le divulgano) avulse dai contesti di recezione. Il costituzionalismo statunitense (ma anche parte di quello tedesco contemporaneo) è assorto nel culto di sé stesso, e cerca di spiegare il mondo utilizzando solo le proprie categorie, spesso con vere e proprie mistificazioni della realtà. Spesso i problemi metodologici sono affrontati semplicemente universalizzando le categorie del costituzionalismo nordamericano, considerate valide per tutto il mondo<sup>95</sup>. Non solo: è oggi prevalente, negli Stati Uniti, l'accostamento originalista nell'interpretazione delle leggi, patrocinato nella Corte Suprema soprattutto da B. Scalia<sup>96</sup>. La polemica di Scalia sull'uso del diritto comparato nella giurisprudenza trae origine anche dalla consapevolezza dell'inapplicabilità di regole (e parole e istituti) che fuori dal contesto statunitense operano diversamente<sup>97</sup>, ma probabilmente dietro c'è anche la percezione della

---

*razón, está caracterizado por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos, por la omnipresencia en la constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y aplicación de la ley. Se trata, en definitiva, de recuperar en sentido fuerte la idea de constitución como norma jurídica suprema del Estado y fortalecer su presencia determinante en el ordenamiento jurídico».*

<sup>95</sup> Come scrive GOODRICH, *Interstitium and non-law*, in MONATERI (ed.), *Methods of Comparative Law: an intellectual overview*, cit., p. 226, «If US lawyers are trained in the merits of insularity, the benefits of monolingualism and the superiority of their common law, it does not come as a huge surprise that there is an epistemic difficulty in the perception of difference as relevant to the ana-logic of law». Un esempio tra tanti è un saggio di Mark Tushnet, che nel proporre nuove metodologie classificatorie della giurisprudenza costituzionale estende le categorie elaborate dalla Corte suprema anche ad altri ordinamenti, senza minimamente verificarne la applicabilità, e mistificando così i dati forniti dal diritto positivo. Non casualmente, nella bibliografia non appare alcun autore che non sia statunitense: TUSHNET, *Alternative Forms of Judicial Review*, in *Michigan L.R.*, n. 8, 2003, p. 2781 ss. La distinzione tra *strong* – e *weak* – *form judicial review* è data sostanzialmente dal fatto che la prevalenza in tema di interpretazione della Costituzione sia affidata agli organi giudiziari preposti, oppure a una sorta di dialogo tra essi e i parlamenti. I limiti di questa proposta sono molti: soprattutto, si basa prevalentemente sull'esperienza statunitense, nel solco della tradizione dottrina del paese, poco interessata a quello che succede fuori di esso (di fatto evoca solo qualche altro ordinamento di *common law*, e nessuno di *civil law*, con eccezione dell'Olanda); non è preceduta da alcuna analisi empirica; alla fine, classifica in base a un solo profilo, ovvero quello della "forza" delle decisioni. Aspira però (e ci riesce) ad avere valore universale. Cfr. TUSHNET, *Weak Court, Strong rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton U.P., Princeton, 2008; ID., *The Rise of Weak-Form of Judicial Review*, in GINSBURG, DIXON (eds.), *Comparative Constitutional Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 321 ss.; e già ID., *Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties*, in *Harv. civil liberties-civil rights L.R.*, 2006, p. 1 ss.

<sup>96</sup> V. in particolare sull'interpretazione originalista, nell'ampia letteratura in inglese, O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*, Johns Hopkins, Baltimore, 2005; SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton U.P., Princeton, 1977; RAKOVE, *Original Meanings*, A. Knopf, New York, 1966; BENNET, *Judicial Review in the United States*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2011, spec. p. 168 ss. In spagnolo DE LORA DEL TORO, *La interpretación originalista de la constitución. Una aproximación desde la filosofía del derecho*, Cec, Madrid, 1998.

<sup>97</sup> Sulla controversia tra i giudici Breyer – favorevole all'uso della comparazione da parte delle corti – e Scalia, che in nome dell'originalismo della Costituzione statunitense demonizza il diritto straniero v. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules of Canons About Statutes Are To Be Construed*, in *Vanderbilt L.R.*, n. 3, 1950, p. 395, il quale giunge ad affermare che l'attenzione per il diritto straniero può distrarre il giudice dalla comprensione del diritto interno. Viceversa, a sostegno della tesi che l'uso del diritto comparato rappresenta un "metodo universale di interpretazione" si esprime ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, n. 15, 1949-50, p. 5 ss. Com'è noto, le ripercussioni sono giunte persino a livello

pochezza del dibattito americano sull'uso della comparazione, e quindi dei rischi di un uso distorto del diritto straniero<sup>98</sup>. Ciò nonostante, la produzione scientifica ha velleità planetarie, né sembra pagare presso le corti costituzionali di tutto il mondo, comprese quelle latinoamericane, lo scotto di una contraddizione che parrebbe eclatante: come può ciò che è eccezionale, e va interpretato secondo i canoni dell'originalismo, essere al contempo universale? A essere in contraddizione non è solo la pretesa della dottrina statunitense di ignorare il resto del mondo, però al contempo di affermare idee "universali", ma anche l'accettazione, da parte delle Corti, di incorporare dottrine che si basano sull'analisi di una sola realtà ordinamentale, quella patria, o quanto meno muovono da essa (e dai casi giudiziari colà incardinati) per darle una estensione universale<sup>99</sup>.

L'opera selettiva fatta dalle corti – quelle latinoamericane, ma anche quelle di altri paesi – sembra arrestarsi a uno stadio embrionale della comparazione: esse non citano quasi mai libri di stranieri che studiano diritti stranieri (es.: un italiano che studia gli Stati Uniti), dato che vanno quasi sempre alle fonti dottrinali originarie del paese citato. Percepiscono insomma che troppi "filtri" – quello dello studioso straniero che studia un Paese straniero, e quello proprio, se usano un prodotto già "filtrato", è davvero troppo. Come se un messicano utilizzasse una traduzione all'inglese di un autore bulgaro, che avesse tradotto dall'arabo.

Tuttavia, pur rifiutando questo uso distorto della dottrina straniera, accettano, citandole, le opere di studiosi che operano astrazioni presuntivamente valide anche oltre i confini (come quelle dei filosofi e dei teorici generali). Se ciò sia fatto in modo consapevole e critico (ossia considerando se l'autore straniero citato abbia o meno considerato il problema dell'universalità della sua opera), dipende dai casi. Ma anche

---

parlamentare, con proposte di vietare espressamente i riferimenti comparatistici: Senate 520 (2005), House of Representatives 1070 (2005). Sull'enfaticizzazione del dibattito segnalato in testo, non solo negli Stati Uniti ma anche in altri Paesi, vedi il significativo titolo dell'articolo di PARRISH, *Storm in a Teacup: the US Supreme Court's Use of Foreign Law*, in *Un. of Illinois L.R.*, n. 2, 2007, p. 637 ss. La visione *narrow minded* della corrente originalista americana (che con eclatante contraddizione pretende però che i diritti difesi dalla sua Costituzione siano universali) è smentita dalla prassi di tanti tribunali: GROVE, *The International Judicial Dialogue: When Domestic Constitutional Courts Join the Conversation*, in *Harvard L.R.*, n. 114, 2001, p. 2064, osserva che «*The U.S. Supreme Court has been notably absent from the international judicial dialogue. Even as its opinions are cited by constitutional courts all over the world, the U.S. Supreme Court continues to look inward*».

<sup>98</sup> Su alcune prospettazioni volgari e umilianti (Comparare non fa guadagnare soldi; in particolare, non ci sarebbe un ritorno economico nella professione legale, e – addirittura! – gli studenti non comprerebbero i libri) v. FONTANA, *The Rise and Fall of Comparative Constitutional Law in the Postwar Era*, in *Yale Journ. int. law*, n. 36, 2011, pp. 14 ss., 23 ss., 51. Questa visione miope, anche dal punto di vista "economico", e gli argomenti meramente utilitaristici, criticamente denunciati da Fontana, sono gli stessi che usa MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart, Oxford-Portland, 2003, trad. it. *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 73, 85 e *passim*. Le funzioni della comparazione «per rispondere alle domande dei clienti» sono elencate anche da GLENDON, GORDON, OSAKWE, *Comparative Legal Traditions. Text, Materials and Cases*, 2ª ed., West Group, St. Paul, 1994, p. 11.

<sup>99</sup> V. più approfonditamente PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bup, Bologna, 2014, trad. sp. *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el metodo*, Astrea, Buenos Aires, 2016, spec. cap. II.

il grande J. Bentham, e non solo Voltaire<sup>100</sup>, era convinto dell'esportabilità della codificazione nel Regno Unito.

### 3. Una lettura comparatistica

Una lettura secondo i canoni della scienza comparatistica fa affiorare infine un non completo allineamento tra i formanti, sia all'interno dei vari sistemi, sia per quel che riguarda la circolazione dei modelli. (La dottrina viene usata sia in funzione contromaggioritaria, a supporto di corti impegnate in tale missione, sia al contrario.) All'interno di ciascun sistema, il non allineamento si avverte meno in America Latina che altrove. Infatti, dove il formante normativo/costituzionale si è in parte discostato dagli archetipi del costituzionalismo occidentale (e specialmente dall'egemonia statunitense), anche nella giurisprudenza si riscontra una parallela limitazione dei richiami agli autori che lo supportano, a vantaggio di chi "canta fuori dal coro". L'Ecuador in particolare, non solo usa in prevalenza dottrina straniera, ma la seleziona quasi pedantemente fuori dalla cultura giuridica statunitense, evidentemente additata quale supporto di una visione imperiale<sup>101</sup>. La dottrina citata, perciò, è quella non ostile agli obiettivi della nuova Costituzione.

In molti continenti e paesi, la giurisprudenza costituzionale, specie dove è assicurata ampia indipendenza e si afferma in varie forme l'attivismo giudiziario, non si conforma di solito al formante legislativo, ma patrocina modifiche, cambi, allineamenti con la Costituzione, interpretata in modo evolutivo. Spesso, principi metafisici evocati dalla dottrina citata (come quelli connessi alle teorie sui diritti umani) servono per bloccare revisioni costituzionali che attentino al c.d. nucleo duro, oltre che per cassare leggi con essi in contrasto<sup>102</sup>. È costante il richiamo alla dottrina di vari paesi che, con pensieri generali e astratti, è percepita, a torto o a ragione, come plausibilmente idonea a dare soluzioni a problemi comuni.

Le corti citano in prevalenza teorici generali, filosofi, costituzionalisti che aspirano a ricostruzioni complessive, processualisti che propongono teorie del processo, ma anche, in relazione a temi puntuali, cultori di altre discipline giuridiche e non giuridiche, le cui opere siano reputate utili nella soluzione dei casi in esame. È invece relegata nell'ombra la produzione scientifica di taglio dogmatico/interno: quella insomma che interpreta il *legal tourism* nel senso più negativo dell'espressione<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> «Volete avere buone leggi? Bruciate quelle che avete, e fatene di nuove», "Loi", in *Questions sur l'Encyclopédie* (1771).

<sup>101</sup> ... quasi facendo proprio l'interrogativo che Piero Gobetti pubblicava sotto il titolo della rivista *Energie Nuove* – "τι μοι συν δουλουσιν?", "che ho a che fare io con gli schiavi?".

<sup>102</sup> RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bup, Bologna, 2011, trad. sp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, Porrúa, México, 2012. Ulteriore bibliografia e riflessioni in PEGORARO, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, cit., p. 173 ss.

<sup>103</sup> Si rinvia a PEGORARO, *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in *Diálogos de Saberes. Investigaciones en derecho y ciencias sociales*, n. 43, Julio-Diciembre de 2015, destinato agli *Studi in onore di Antonio Gambaro*.

Le discipline non giuridiche sono utilizzate tendenzialmente (anche se non solo) per la soluzione di casi etici (medicina, biologia, psicologia etc.) o di controversie inter-etniche (antropologia, sociologia), in quei paesi dove esse si presentino.

A prescindere dalla provenienza e dalle politiche giudiziarie perseguite, è frequente la citazione di autori che patrocinano la prevalenza del diritto giurisprudenziale su quello legislativo.

Per supportare queste operazioni, le corti fanno ricorso a dottrine scientifiche che servono da avallo, sia interne che straniere. La selezione della dottrina viene però operata molte volte in modo avulso, avendo più in mente i crittotipi linguistico-culturali che l'aderenza di "quella" dottrina alle prassi costituzionali dell'ordinamento di arrivo.

Altri dati illuminano ulteriori profili, di natura sociologica più che giuridica in senso stretto: come già è affiorato, alcune Università prestigiose, come Sorbonne e Bologna, ma anche Cambridge, vanno progressivamente perdendo terreno in questo specifico *ranking*, mentre altre mantengono una forte presenza (soprattutto Harvard, favorita dalla penetrazione del pensiero giuridico statunitense, come pure alcune antiche Università tedesche). Gli autori citati provengono da innumerevoli Università, e sono centinaia gli istituti di cultura rappresentati. Normalmente, i giuristi citati si sono formati e/o hanno insegnato in varie Università. Ciò sembra attestare che per essere internazionalmente conosciuti è utile maturare una cultura poliedrica, mentre nascere come studenti, e morire come professori nella stessa Università non contribuisce all'internazionalizzazione.



Parte II  
Profili metodologici del rapporto  
tra dottrina e giudici





## Il diritto nel futuro



*Rodolfo Sacco*

Se vogliamo sapere quali saranno i contenuti del diritto futuro, la persona che può illuminarci è soprattutto il mago o il veggente.

L'uomo di scienza non ci serve. Il comportamento dell'uomo dipende da ciò che l'uomo sa; ne segue che l'uomo di scienza non può sapere come si regoleranno i suoi posteri, perché non può sapere quali conoscenze avranno (se lo sapesse avrebbe egli stesso quelle conoscenze). Nessuno può sapere che cosa gli altri sapranno dopo di lui, né può prevedere che cosa egli stesso saprà domani; quindi nessuno può sapere come si comporterà domani.

In una certa misura, si può però tentare di trovare i meccanismi, ossia le leggi, nel senso di leggi naturali, che presiedono alla mutazione del diritto; e si può quindi tentare di vedere con quali tipi di mutazioni sono compatibili queste leggi naturali. Noi non possiamo sapere in concreto come saranno fatte le specie animali o le piante fra trecento milioni di anni, però sappiamo in qualche modo come sono fatte le leggi naturali in base alle quali si svolge l'evoluzione, e che condizionano il futuro delle specie animali e delle piante.

Noi giuristi peraltro siamo solitamente poco attenti ai meccanismi che condizionano la mutazione giuridica.

Purtroppo siamo accecati da una prospettiva falsante: noi vediamo la macrostoria del diritto come un lungo susseguirsi di pagine buie, cui poi succede improvvisamente il bagliore del diritto romano. Ci manca invece una visione propriamente macrostorica che riporti ogni avvenimento in un quadro coordinato con quelli che lo hanno preceduto e con quelli che lo hanno seguito; e perciò ci manca anche una visione che consenta di ricavare dal susseguirsi degli avvenimenti qualche regola generale.

Per quel poco che noi sappiamo sui meccanismi che condizionano (altrimenti detto: sulle leggi naturali che dominano) la mutazione giuridica, noi possiamo fissare alcuni punti dotati di un'importanza cardinale.

Purché noi li combiniamo l'uno con l'altro, essi ci indicano alcune qualità del diritto futuro.

Prima legge naturale: l'accelerazione delle innovazioni.

Non solo nel campo del diritto, ma in tutti i campi, opera la formidabile regola dell'accelerazione. Le mutazioni che ancora poco tempo fa, mettiamo trentamila anni fa, avevano bisogno di mille-cinquemila anni per avvenire, oggi avvengono in cin-

quanta-cento anni. Il mutamento è enormemente più rapido di quanto lo fosse un tempo. L'uomo (parlo di lui come se ne parla nella sede dell'antropologia fisica, ma più ancora parlo di lui come soggetto caratterizzato da una cultura, come espressione di una cultura) l'uomo è cambiato più in questi ultimi quarantamila anni, di quanto fosse cambiato nel precedente mezzo milione di anni. È cambiato più negli ultimi cinquecento anni che nei quattromila anni precedenti.

In virtù di questa legge di accelerazione, noi dobbiamo ritenere che nell'unità di tempo le mutazioni saranno molto più numerose di prima. Queste mutazioni potranno essere di due tipi: potranno constare di un'innovazione creativa, o di una circolazione di modelli preesistenti. Una mutazione, infatti, può consistere nella circolazione di qualcosa che preesiste (che preesiste da mille anni, o da un minuto; ai nostri fini la durata della preesistenza del modello non ha nessuna importanza).

La distinzione ora enunciata ci introduce alla seconda legge naturale: l'accelerazione delle diversificazioni.

L'innovazione comporta per forza una diversificazione, perché se un fatto nuovo avviene in quella determinata area, supponiamo nel Lussemburgo, essa viene a differenziare la situazione normativa lussemburghese da quella presente nelle aree belga e tedesca, dove l'innovazione non è avvenuta.

Quale sarà, nel futuro, il comportamento di queste innovazioni?

Le innovazioni saranno prima due volte, poi quattro volte poi otto, sedici, trentadue e sessantaquattro volte più frequenti di quanto non siano oggi. Ogni innovazione crea una concorrenza fra i modelli vecchi e il modello nuovo; pertanto la moltiplicazione delle innovazioni porterà con sé l'intensificarsi della concorrenza fra modelli diversi.

Ma è giunto il momento di soffermarci sulla terza legge naturale: l'accelerazione delle imitazioni.

Tra i tre fenomeni sotto esame, questo è il più pesante ed è il più visibile.

Seimila anni fa, nessun prestito di modelli culturali era avvenuto di recente né era in corso fra l'Estremo Oriente e quell'area che va dall'Europa all'Asia meridionale, né tra queste aree e la Siberia, né tra le aree dette fin qui e l'Africa. Ed è evidente che nessuna imitazione avveniva, né avrebbe potuto avvenire, fra il vecchio e il nuovo continente, né fra i grandi continenti e l'Australia.

Tra il 4000 avanti Cristo e la fondazione dell'impero romano, imitazioni sconvolgenti si susseguono: il modello imperiale si diffonde dalla Mesopotamia e l'Egitto in Persia, la versione alessandrina del modello persiano conquista Cesare e Augusto; e probabilmente gioca un ruolo nelle trasformazioni all'opera in India.

L'Estremo oriente fa da sé, l'Australia fa da sé, le Americhe fanno da sé. Alcune di queste aree vedono nascere imperi e, con essi, la scrittura. Così la Cina. Ma si tratta di imperi pensati in casa, di alfabeti fabbricati in casa. Siamo fuori da un'ipotesi di imitazione.

Dobbiamo ora considerare un tratto di tempo più breve, cioè i primi 1400 anni della nostra era. Si compiono in quel periodo due fenomeni stupefacenti: il primo è la diffusione in tutta l'Europa e larga parte dell'Africa delle religioni del libro; e la seconda è la diffusione in tutta l'Europa – occidentale e orientale – della cultura umanistica illuminata dall'antico sapere e da antichi valori ellenici e romani.

Intanto in America si creano imperi, ad opera degli Inca e dei Maia, e con gli imperi si crea la scrittura. Ovviamente queste creazioni nulla debbono alle realtà parallele stabilitesi a suo tempo nel Medio Oriente, in Europa, in Asia.

Ora soffermiamoci su un periodo più breve: dal 1400 al 1900, soltanto un mezzo millennio.

Nel 1900 l'America e l'Australia sono oramai diventate copie dell'Europa.

L'Africa è sotto il giogo (in qualche caso, illuminato) delle potenze europee, e ciò apre le porte ai modelli che provengono dal Nord.

Si tratta di circolazioni di modelli di portata mai vista in precedenza.

Oramai i modelli europei sono presenti (in modo esclusivo) in Europa, America, Oceania: e (in concorrenza con modelli preesistenti) in Africa e in India.

Vediamo cosa avviene in seguito.

Ebbene: negli ultimi centosedici anni le imitazioni si sono ancora moltiplicate.

In quei centosedici anni si è vista l'Asia orientale aprirsi alla cultura europea in tanti settori.

Nello stesso periodo, l'India e l'Africa – divenute padrone del proprio destino – si sono trovate in possesso di una cultura pluralista, dove elementi apportati a suo tempo dal colonizzatore convivono con elementi autotoni (sempre di natura tradizionale, che si sappia).

Ma c'è dell'altro. Negli ultimi tempi, le innovazioni sono state straordinarie per numero e importanza. Sono concepite in contesti sociali europei o europeizzati, ma, purché non esigano mezzi costosi e complessi per la messa in opera, raggiungono in modo virtualmente istantaneo ogni angolo del mondo. Ciò vale per il telefono, per il telegrafo, per le applicazioni dell'elettronica, dell'informatica, della telematica e così via. Si tratta di tecniche che modificano in profondità il modo di vivere degli uomini.

Insomma: la frequenza e la importanza somma delle innovazioni è largamente compensata dalla circolazione delle novità.

Ciò che dico è particolarmente importante nell'area della scuola, ossia nell'area della trasmissione del sapere; nell'area della medicina; nell'area dei trasporti; ciò che dico è vero in tanti settori.

Per quanto riguarda il tema che devo trattare, è vero nell'area del diritto, specialmente del diritto civile.

La cosa si misura bene considerando le scansioni cronologiche che ho utilizzato fin qui.

Tra il 4000 avanti Cristo e la nascita dell'impero romano circolò nel Medio Oriente la struttura dell'Impero. E quella struttura non coinvolse il diritto privato.

Nell'area del diritto privato, piccoli prestiti si facevano anche allora. I Romani possono aver copiato qualcosa dall'Ellade. Ma si tratta di briciole.

Tra l'anno 1 e il 1400 qualcosa di muove.

A Roma il potere dello Stato si occupa del diritto privato, lo sottomette alla propria autorità e lo memorizza. Più tardi, si istituzionalizza, nelle Facoltà di Giurisprudenza, la trasmissione del sapere giuridico; e quel diritto memorizzato è l'oggetto adatto, e perciò prescelto, per l'insegnamento. Si affida la funzione giudiziaria al laureato, e ciò vuol dire che il diritto imperiale romano diventa il diritto privato dell'Europa continentale occidentale.

Dal settimo secolo, l'Islam propone una sua risposta ai problemi del diritto. E il diritto privato islamico si diffonde con l'Islam nel Medio Oriente, nell'Asia meridionale e insulare e in Africa.

Dall'undicesimo secolo, i Normanni creano in Gran Bretagna uno Stato territoriale strutturato con ordine; esso avrà un corpo di giudici non universitarii, che – sulla base del rispetto del giudicato precedente – creeranno un diritto privato omogeneo.

Dal 1400, la colonizzazione spalanca la porta alla diffusione dei due modelli europei – il romanista, e l'inglese.

E la nascita e il progresso di un pensiero illuminista, o giusnaturalista, o giusrazionalista, vittorioso nell'Europa e nell'isola britannica, preparerà un nuovo diritto pubblico, comune a tutto il mondo cristiano.

E intanto le rassomiglianze fra il diritto privato delle due aree romanista e inglese si moltiplicano.

Nel 1900 la carta geografica del mondo si suddivide in tre aree. Quella dei Paesi progrediti, a cultura avanzata (l'Europa, nelle due varietà che conosciamo, e con lei l'America e l'Oceania); quella dei Paesi non europei né europeizzati, considerati come retrogradi (l'Asia orientale); e infine troviamo, nell'Asia meridionale e in Africa, situazioni pluraliste, dove modelli europei si alternano con modelli autotoni.

Dopo d'allora i modelli europei hanno perduto l'appoggio del potere europeo nelle colonie diventate indipendenti, ma hanno ricevuto spontanea recezione – oltre che in paesi *ex-coloniali* – nell'Asia orientale.

Oggi questi modelli vincenti si caratterizzano, fra l'altro, per le norme dettate da sommi valori.

L'uomo è libero. Il diritto è memorizzato con chiarezza, dal legislatore o altrimenti. Un'autorità collegiale (un'assemblea costituente o legislativa) è legittimata a creare il diritto. E questa autorità viene eletta dai cittadini.

La donna e l'uomo hanno livelli di diritti non troppo dissimili.

Le controversie giuridiche sono decise da giuristi, non posti al servizio del potere politico.

Ed è superfluo che io continui l'elenco.

Veniamo a qualche conclusione.

Noi possiamo accostare mentalmente e coordinare sistematicamente tre diversi fenomeni: l'innovazione; la concorrenza del modello innovatore con i modelli preesistenti; e la circolazione, la quale, ove dovesse non incontrare resistenza, darebbe luogo ad un processo continuo di uniformazione. Una sempre più celere rotazione condurrà dunque all'incessante susseguirsi di innovazioni, che creano diversità e concorrenza; e di imitazioni che conducono al riassorbimento delle differenze. Un moto senza fine, sempre più veloce, presiederà al succedersi della innovazione, della imitazione, della uniformazione.

Beninteso può anche avvenire che i Lussemburghesi preferiscano soluzioni che non piacciono ai Belgi. È noto che tante regole coronate da un crescente successo non piacciono all'Islam. Non sappiamo quanto queste diversificazioni di preferenze saranno consistenti nel futuro.

Soffermiamoci, comunque, sui tre fenomeni già illustrati, che non sembrano un dato provvisorio nella macrostoria dell'umanità. Abbiamo incontrato l'innovazione

(che è un tutt'uno con la diversificazione), la concorrenza dei modelli, e infine l'uniformazione dovuta alla circolazione del modello e alla sua assimilazione da parte dell'imitatore.

Ovviamente, devono esistere, a monte dei fenomeni dinamici di cui sto parlando, fonti appropriate: cioè, fonti capaci di introdurre innovazioni e assimilazioni dei modelli nuovi. Queste fonti non sono soltanto le autorità statali. Sono attive l'opera dottoressa, le corti arbitrali, le elaborazioni camerali, l'autonomia collettiva e individuale, e così via.

Io ho selezionato tre fenomeni che esistono e che sono soggetti ad una legge di accelerazione, e ho detto che cosa avverrebbe se questi fenomeni agissero indisturbati. Ma è giunto il momento di domandarci: quei tali modelli agiranno veramente indisturbati? Naturalmente non lo sappiamo. Infatti potrebbero intervenire ostacoli, capaci di bloccare le innovazioni. Io mi auguro che in futuro le innovazioni siano sempre possibili; però è possibile immaginare in anticipo quali fenomeni potrebbero renderle più difficili.

Attualmente le lingue molto importanti evolvono lentamente, perché non è facile convincere contemporaneamente le centinaia di milioni di persone che parlano una lingua approssimativamente simile all'inglese ad adottare uno stesso neologismo. È più facile adottare un neologismo all'interno di una lingua che sia parlata da cinque sole persone.

Ritorniamo ora al diritto. Se oggi il mondo è diviso in duecento aree giuridiche diverse, le probabilità di innovazioni per ogni anno saranno  $n \times 200$ . Mentre invece se il mondo fosse politicamente unito, e fruisse di un diritto uniforme, le probabilità di innovazione si ridurrebbero a  $n \times 1$ .

Aggiungiamo che, se l'area giuridicamente unita fosse molto ampia (specialmente, se raggiungesse dimensioni planetarie), diventerebbe più difficile fare accettare cambiamenti.

Detto altrimenti: se si arrivasse al punto per cui tutto il diritto viene deciso in una sede unica, le possibilità di introdurre innovazioni decrescerebbero a freccia. Immaginiamo che tutto il mondo si unisca in una unica confederazione, che in questa confederazione troneggi il principio della uniformità del diritto che molti, senza esaminare bene tutti gli aspetti, considerano comunque un vantaggio; potrebbe avvenire che all'interno di questa confederazione dotata di un diritto uniforme si spengano i creatori non visti del diritto, i creatori del diritto non ufficializzato, le Camere di Commercio che creano diritto, i patti tra organizzazioni collettive che creano diritto, la prassi che crea diritto, la dottrina che crea diritto; potrebbero esaurirsi, cioè, tutti questi focolai capaci di innovazioni.

Ed allora, invece di poter contare su dieci creatori del diritto non ufficializzato, e invece di poter contare su 200 centri legislativi ognuno dei quali è legittimato a creare progresso, noi verremmo a rarefare i passi in avanti in ragione proporzionale rispetto alla riduzione dei centri capaci di innovazione. Ecco le conclusioni cui possiamo giungere.



# Sulla diffusione nel mondo della giustizia costituzionale. Nuovi paradigmi per la comparazione giuridica\*



*Sabino Cassese*

SOMMARIO: 1. Il nazionalismo e il diritto comparato. – 2. Per un diverso paradigma comparatistico. La giustizia costituzionale. – 3. Le diversità dei contesti nazionali.

## 1. Il nazionalismo e il diritto comparato

Da quando il nazionalismo si è impadronito del diritto, ha scoperto e coltivato la comparazione. Anzi, per avvalorare il suo ruolo, ma anche per mimetizzarsi, nella maggior parte delle lingue del mondo, l'ha chiamata prima "legislazione comparata", poi "diritto comparato". Quindi, la comparazione si è concentrata sul diritto dello Stato e in particolare sulla legislazione; ha assunto che tutto il diritto provenisse dallo Stato – nazione. Si può dunque affermare che il nazionalismo non solo ha generato le nazioni e corrisposto alla formazione dello Stato – nazione, ma ha anche configurato il diritto e il modo di studiarlo: uno degli elementi della nazione è una cultura e, quindi, anche, anzi soprattutto, una cultura giuridica.

Vi sono molti modi di coltivare il diritto comparato<sup>1</sup>. Uno dei più diffusi è quello che rispetta l'impianto concettuale nazionalistico perché mette a raffronto sistemi nazionali, riconosce che v'è qualcosa al di là della mera nazionalità, ma questo elemento ulteriore è un altro ordine giuridico anch'esso nazionale<sup>2</sup>.

---

\* Questo scritto si collega a un precedente scritto intitolato *Beyond Legal Comparison*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2012, Esi, Napoli, 2012, p. 387 ss. Ringrazio Stefano Battini, Mauro Bussani, Marta Cartabia, Marco D'Alberti, Michele Graziadei e Paolo Passaglia per i commenti a precedenti versioni di questo scritto.

<sup>1</sup> Escludendo la finta comparazione, come quella coltivata dalla scienza pubblicistica italiana di stampo orlandiano, che ha utilizzato la lettura degli scritti stranieri solo per andare alla ricerca di concetti e metodi da importare acriticamente in Italia, assumendo una loro validità universale. Questa finta comparazione è criticabile sotto molti aspetti. Perché prescinde dall'analisi dell'ordinamento di provenienza dei concetti da trapiantare. Perché consiste in un "cherry picking" arbitrario, che si presta a critiche come quella di Scalia sull'uso del diritto straniero. Perché accetta acriticamente la portata universale dei concetti.

<sup>2</sup> Ferma rimanendo la presenza di sistemi sub-nazionali, come quello scozzese e quello del Québec, a loro volta oggetto di studio separato.

La rigida adesione al nazionalismo comporta un pregiudizio a favore della necessaria diversità<sup>3</sup> ed è stato particolarmente forte nel diritto pubblico. Kahn Freund, nel 1974, è andato oltre e ha sostenuto che «*comparative Law as a tool of law reform*» è un «*misuse of comparative law*» e che «*we cannot take for granted that rules or institutions are transpantable*»<sup>4</sup>.

Il quadro concettuale si è poi complicato a séguito dell'intervento di almeno quattro fattori, che hanno provocato un cambio di rotta e l'adesione a nuovi paradigmi. Si è riconosciuto, innanzitutto, che esistono "famiglie" di sistemi giuridici, dunque, che vi sono elementi che uniscono gli ordini giuridici appartenenti a Stati – nazione diversi. Che vi è una "circolazione" di istituti, con relativi "trapianti"<sup>5</sup>. Che vi possono essere "convergenze" di ordinamenti nazionali, sia allo stato nascente, sia nel periodo del loro sviluppo. Che, in una parola, ciò che sta al di là del singolo Stato e del suo diritto è un elemento più corposo, non è solo il diritto di un altro Stato<sup>6</sup>.

In secondo luogo, si è cominciato a riconoscere che l'elemento nazionalistico ha cominciato a perdere quota, a causa della "denazionalizzazione" di ciò che era stato costruito come nazionale. Se è vero che tutti gli Stati del globo sono ufficialmente nazioni, è vero tuttavia anche che le nazioni non sono più l'elemento trainante, a causa della globalizzazione, della frammentazione dell'unità degli Stati, della costituzione di poteri pubblici sovra-statali.

Il terzo fattore di cambiamento è di ordine concettuale, riguarda il cambiamento degli schemi esplicativi. Gli antropologi hanno insegnato ai comparatisti che accanto alla diffusione, ai prestiti e alla trasmissione, vi sono anche l'invenzione indipendente, l'evoluzione parallela e l'evoluzione convergente; che l'approccio idiografico, che considera una singola cultura, si deve accompagnare a quello nomotetico, che prende in esame differenti culture e sistemi culturali; che gli schemi tassonomici, formati da nuclei concettuali delimitabili, vanno accompagnati con schemi politetici, fondati su rapporti tra elementi della stessa categoria.

Da ultimo, ha giocato un ruolo importante il fattore che si chiamerebbe della consapevolezza storica: si è compreso quanti danni abbia provocato il nazionalismo, in tutti i campi, non solo quello politico.

---

<sup>3</sup> LEGRAND, *Le Droit comparé*, 5 Ed., Presses Universitaires de France, Paris, 2015 e *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Editions, 2014.

<sup>4</sup> KAHN FREUND, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, n. 37, 1974, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Su cui l'acuta e originale sintesi di GRAZIADEI, *Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions*, in REIMAN, ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford U.P., Oxford, 2006, p. 442 ss., che esamina la diffusione del diritto romano, delle codificazioni e del "common law" e analizza tramite e fattori dei trapianti, nonché le trasformazioni degli istituti trapiantati.

<sup>6</sup> Sui diversi approcci alla comparazione giuridica, REIMAN, ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit. spec. p. 305 ss. e, di recente, HIRSCHL, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford U.P., Oxford, 2014 (si vedano in particolare le pp. 193 ss. e 25 ss., sui diversi tipi di comparazione costituzionale) e KISCHEL, *Rechtsvergleichung*, Beck, Muenchen, 2015.

## 2. Per un diverso paradigma comparatistico. La giustizia costituzionale

È tempo di rovesciare il paradigma nazionalistico, quello che assume la necessaria nazionalità del diritto, e ne fa discendere che ogni ordine giuridico è necessariamente separato, diverso, non comunicante (anche se poi ammette che vi possano essere esportazioni e imposizioni di istituti da un ordine all'altro, come quelli del diritto inglese nell'ordine giuridico statunitense o dei Paesi ex colonie dell'Inghilterra). Ed è tempo di riconoscere altri punti di vista, accanto a quello che attenua tale paradigma, partendo dalla diversità, ma accettando la convergenza. È tempo di riconoscere che vi sono aree del diritto che presentano tratti originari comuni, dettati da esigenze comuni. Questi possono poi differenziarsi, diventando diversi, per effetto della diversità dei contesti nei quali vengono ad operare. Si intrecciano uniformità/differenza, funzioni/principi contesti, senza che prevalga necessariamente una originaria nazionalità del diritto<sup>7</sup>.

Questo diverso paradigma muove da un presupposto opposto a quello del comparatismo tradizionale, parte dalla critica della teoria delle identità nazionali: queste non sono né identiche nel tempo a se stesse, né sincronicamente interamente diverse. I linguisti hanno osservato che le lingue europee, pur essendo diverse, hanno elementi comuni, che costituiscono lingue transglottiche di superstrato, e convivono con le lingue "locali" ed anzi le influenzano<sup>8</sup>. Lo stesso può dirsi del diritto.

Il funzionamento di questo diverso paradigma può essere mostrato con l'esame della diffusione della giustizia costituzionale. Sinteticamente, la giustizia costituzionale nasce nazionale, negli Stati Uniti due secoli fa (*Marbury v. Madison*, 1803) e in Austria un secolo dopo ("*Oktoberverfassung*", 1920)<sup>9</sup> (ma vi sono anche gli esempi norvegese, del 1814, e danese, del 1912). Rimane a lungo un fatto nazionale, fino alle tre ondate diffusive, quella successiva alla prima guerra mondiale, quella successiva alla seconda guerra mondiale, quella degli anni '70-'80 del XX secolo, quando invece viene istituito universale, applicato in 164 dei Paesi del mondo (76 dei quali hanno

<sup>7</sup> Questa è una strada non nuova, intrapresa dai comparatisti che hanno abbandonato lo stretto positivismo, da coloro che si sono ispirati al funzionalismo e da quelli che, nella scia della tradizione aristotelico-tomistica e del diritto naturale, hanno riconosciuto che gli stessi principi in posti diversi conducono a soluzioni difformi. Ma rimangono incerti o poco studiati il modo in cui "affondano" principi, istituti e regole uniformi in contesti diversi e i rapporti che si stabiliscono tra universale e locale, cosmopolitico e contestuale, a séguito della diffusione di istituti uniformi. Su questi temi si vedano le osservazioni di CARTABIA, Mauro Cappelletti: *one of the precious few della nostra generazione*, in corso di pubblicazione, sul metodo di Cappelletti, quelle sul funzionalismo di GRAZIADEI, *The Functionalist Heritage*, in LEGRAND, MUNDAY (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003, p. 100 ss e quelle relative al contributo di James Gordley svolte da Graziadei nella recensione al volume di GORDLEY, *Foundations of Private Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, 2010, p. 471 ss e in *Natural Law in the Story of Comparative Law: Considerations on its Continuing Relevance*, in *Journal of Comparative Law*, 8, 2014, p. 13 ss.

<sup>8</sup> DE MAURO, *In Europa son già 103. Troppe lingue per una democrazia?*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. 71 ss.

<sup>9</sup> OLECHOWSKI, *The beginnings of constitutional justice in Europe*, in MADSEN, THORNHILL (eds.), *Law and the Formation of Modern Europe. Perspectives from the Historical Sociology of Law*, Cambridge U.P., Cambridge, 2014, p. 77 ss. Ulteriori notizie sui diversi modelli di giustizia costituzionale in CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2015.

una apposita Corte costituzionale), a causa della sfiducia nella democrazia e della necessità di opporvi un contropotere per tenerla sotto controllo.

Così la giustizia costituzionale è venuta ad occupare un posto importante nei diversi sistemi costituzionali, come dimostrato dalle reazioni ad essa in tempi e contesti tanto diversi, da parte di Roosevelt negli Stati Uniti, Berlusconi in Italia, Orban in Ungheria e Kaczynsky in Polonia.

Dovunque lo sviluppo della giustizia costituzionale pone molti problemi. Il principale di questi è il seguente: perché le maggioranze parlamentari/legislative, che tutto possono, si “legano le mani”, decidendo di sottomettere le loro decisioni a una Corte costituzionale?

Questo tema è oggetto di molte ricerche, dalle quali scaturiscono ipotesi diverse. Secondo alcuni, si tratta di un modo astuto delle maggioranze parlamentari di non consentire di rimettere in discussione decisioni già prese, oppure di “delegare” questioni difficili, che esse non sono in grado o non possono decidere. Secondo altri, le corti costituzionali sarebbero il prodotto di “contratti di lunga durata” e della separazione potere costituente – potere legislativo (il primo protegge i cittadini nei confronti delle future minacce che possono provenire dal secondo). Infine, è stata anche espressa l’opinione secondo la quale le corti costituzionali sarebbero il frutto della disillusione crescente per la democrazia, che induce a creare sottosistemi dominati dalla scienza, dall’“*expertise*”, dal professionalismo, da regole morali settoriali, considerati autonomi nei confronti sia dei mercati, sia della politica<sup>10</sup>.

Pur diffondendosi come principio uniforme, la giustizia costituzionale, tuttavia, si differenzia nei diversi contesti, prendendo caratteristiche tipologiche che la diversificano, facendola apparire frutto di soluzioni nazionali, mentre invece sono frutto dell’innesto nazionale di principi universali. Dunque, da un lato c’è una “*judicial review revolution*” di portata universale, che conduce a un giudice delle leggi, quindi a un giudice posto al di sopra delle leggi, in tendenziale conflitto con l’organo di democrazia rappresentativa. Dall’altro, vi sono molte differenze strutturali o funzionali, che conviene elencare.

Corti costituzionali parte del sistema giudiziario, come quella americana, o estranee ad esso, dal punto di vista ordinamentale, come quelle italiana e francese (quindi, con giurisdizione generale, oppure corti costituzionali in senso stretto). Questa distinzione viene anche presentata in altro modo, come “*summa divisio*” tra Corti “*marshalliane*” e Corti “*kelseniane*”. Le prime fanno parte dell’ordine giudiziario, decidono casi e controversie e operano in un sistema a controllo di costituzionalità diffuso. Le seconde non sono parte dell’ordine giudiziario, sono giudici delle leggi ed esercitano il controllo di costituzionalità in modo accentrato.

Corti costituzionali composte con membri che hanno unica derivazione, come quella americana o quella tedesca, e Corti costituzionali i cui membri hanno diversa provenienza, come quella italiana, pur dovendo avere stessi requisiti.

Corti costituzionali con compiti di controllo “astratto”, come quella francese (sal-

---

<sup>10</sup> GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003 e HIRSCHL, *Towards Juristocracy, The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard U.P., Cambridge, Mass., 2007.

vo la “*question prioritaire de constitutionnalité*”), Corti che hanno solo controllo “concreto”, su una “*case or controversy*”, come quella americana, Corti che hanno ambedue i tipi di controllo, come quella italiana.

Corti dove l’iniziativa spetta soltanto a giudici “inferiori”, come la Corte americana, e Corti alle quali anche privati possono rivolgersi (“*recurso de amparo*” spagnolo, “*Verfassungsbeschwerde*” tedesca).

Corti, come quella americana e quella inglese, che hanno il “*docket control*” (controllo sull’accesso), tramite il “*denial of certiorari*” e il “*leave*” (questo consente a tali corti di giocare un più forte ruolo “*pro-active*”, anche se il controllo dell’accesso non appare compatibile con il “*right to a court*”) e Corti che, invece, non dispongono di tale potere di controllo.

Corti dinanzi alle quali si svolge di regola un contraddittorio (è la maggior parte dei casi), Corti dove non c’è spazio o c’è uno spazio ridotto per un contraddittorio (come nel caso del controllo “*a priori*” francese).

Corti che decidono a seguito di una procedura dibattimentale e di ponderazione (“*deliberative*”), come quelle italiana e tedesca, Corti che seguono una procedura “decisionale”, per schieramenti (come quella americana).

Corti che non ammettono la manifestazione del dissenso, perché, secondo la tradizione napoleonica, la giustizia è amministrata dal re, che ha una sola volontà, e Corti che, nella tradizione inglese (e poi americana) e degli Stati italiani preunitari, invece, si ispirano al principio di trasparenza e dove i singoli giudici possono far conoscere la propria opinione (opinione separata, dissenziente o concorrente).

Corti con controllo “forte” (nel senso che le loro decisioni producono la cessazione dell’efficacia della legge), come quella italiana e quella tedesca, Corti con controllo “debole” (nel senso che le loro decisioni possono essere superate dal legislatore), come quella britannica o quella canadese.

Corti che hanno l’ultima parola (sono “*final*”), come quella americana, e Corti che, facendo parte di ordinamenti compositi, debbono riconoscere (talora solo in parte) la supremazia di altre corti, di natura sovranazionale (è il caso dei Paesi europei, a causa della presenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e della Corte di giustizia dell’Unione europea)<sup>11</sup>.

### 3. Le diversità dei contesti nazionali

Come si spiegano queste differenze? Derivano esse da una diversità originaria degli istituti, da tante diverse storie nazionali, oppure sono diversità che (nella seconda parte della storia della giustizia costituzionale, quella che inizia dopo la seconda guerra mondiale) si innestano, a causa dei diversi contesti giuridici, su un istituto simile, di carattere universale?

Nell’impossibilità di considerare tutte le varianti indicate, se ne isolano tre: controllo “*a priori*” e controllo “*a posteriori*”; controllo “forte” e controllo “debole”; collo-

<sup>11</sup> CASSESE, *La giustizia costituzionale: bilancio di un’esperienza; ovvero il dilemma del porcospino*, in ID., *Dentro la Corte*, cit., p. 307 ss.

cazione dell'organo di controllo nel sistema giuridico. Per ognuna di esse si misurerà la forza di pressione del contesto nazionale, che ha piegato la giustizia costituzionale adattandola al sistema nazionale.

Il controllo “*a priori*” francese e quello “*a posteriori*” americano trovano una evidente spiegazione nel contesto di quei due ordinamenti, il primo a diritto legificato, il secondo a “*judge made law*”: nel primo domina l'idea che diritto sia eguale a legge (“*law in books*”), nel secondo che il diritto sia quello vivente (“*law in action*”). Questo spiega perché la “*judicial review*” sia stata inserita nel procedimento legislativo (si svolge prima della promulgazione della legge) in Francia (anche se a tale tipo di controllo si è dal 2010 affiancata la “*question prioritaire de constitutionnalité*”, corrispondente al giudizio di costituzionalità incidentale italiano), mentre si svolge, negli Stati Uniti (o in Italia), quando si tratti di applicare la legge, quindi nel corso di un “*case or controversy*”.

In secondo luogo, il controllo “forte”, come quello disciplinato dall'art. 136 della Costituzione italiana, per cui la norma cessa di avere efficacia con la decisione della Corte costituzionale, può attecchire in sistemi giuridici caratterizzati dal principio di sovranità popolare (art. 1 Cost.), mentre in sistemi giuridici che accettano il principio di “*Parliamentary Sovereignty*” prevale il controllo “debole”. Nel Regno Unito, in base all'“*Human Rights Act*”, i giudici hanno un obbligo di interpretazione conforme ai principi dei diritti umani, ma, se questa non è possibile, debbono limitarsi a una “*declaration of incompatibility*”, a séguito della quale deve intervenire nuovamente il Parlamento per dichiarare inefficace la legge incompatibile. In Canada, la Sezione 33 della Carta dei diritti e delle libertà prevede che il Parlamento possa non conformarsi, per la durata di cinque anni, alle norme costituzionali sulle libertà, dichiarando espressamente valida ed efficace una legge, nonostante una norma costituzionale contrastante, così derogando alla gerarchia delle norme e al principio della “*judicial review*” (clausola detta del “*notwithstanding*”, peraltro poco usata).

Infine, la terza diversità, quella tra Corti le cui decisioni sono “final” e Corti le cui decisioni non lo sono, trova anche essa una spiegazione nei sistemi giuridici che operano da contesto degli organi di giustizia costituzionale. Sistemi giuridici come quello europeo, di carattere complesso (cosiddetti, erroneamente, multi – livello), dove i giudici sono “*faithful trustees of the rights protected in the Convention*”<sup>12</sup> (per quanto riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo) o debbono seguire l'interpretazione data al diritto europeo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, limitano la “*finality*” delle Corti costituzionali, che non hanno più l'ultima parola, dovendo riconoscere l'esistenza di corti “superiori”. Invece, il rifiuto del diritto straniero da parte della Corte Suprema americana e, in generale, da parte di quel sistema giuridico<sup>13</sup>, accentua il ruolo del giudice costituzionale come giudice di ultima istanza.

Questi tre esempi di “contestualizzazione” e quindi di trasformazione del principio universale di “*judicial review*”, mostrano la necessità di cambiare il paradigma: gli istituti non sono necessariamente diversi, sono invece spesso simili, ma i contesti fanno la differenza, provocando il necessario loro adattamento.

<sup>12</sup> BJORGE, *Domestic Application of the ECHR*, Oxford U.P., Oxford, 2015.

<sup>13</sup> Ora contestato da BREYER, *The Court and the World*, Knopf, New York, 2015.

Come la giustizia costituzionale, altri istituti hanno seguito il percorso tracciato: sperimentazione in uno o più Paesi, trasformazione in principi e universalizzazione come principii uniformi, innesto in Paesi diversi, nei quali si sono differenziati a causa dei contesti diversi, talora mutando fino a diventare irriconoscibili.

Una comparazione giuridica che parta da questo punto di vista dovrebbe essere in grado di seguire il percorso di istituti che hanno dominato il mondo intero, come quelli di autogoverno, di dualismo giudiziario, di dualismo pubblico – privato, togliendo finalmente dalle strettoie del nazionalismo giuridico il diritto comparato e riconoscendo finalmente ciò che il nazionalismo giuridico, per contrapporsi al gius-naturalismo, non ha voluto ammettere che, accanto ad ordini e principi nazionali, vi sono principi, istituti, regole giuridiche, spesso maturati in sede nazionale, ma diffusi universalmente, i quali, penetrando negli ordini nazionali, si “colorano” diversamente, apparendo differenti anche se corrispondono ad archetipi comuni.



# Il confronto tra *Supreme Court* e dottrina inglese: un vento nuovo soffia a *Westminster*



Mario Serio

SOMMARIO: 1. Ragioni e prospettive dell'istituzione della *Supreme Court of the United Kingdom*. – 2. L'attuazione dei propositi riformistici nel *Constitutional Reform Act* del 2005. – 3. Il nuovo stile della *Supreme Court*. – 4. I primi anni di vita della *Supreme Court*: tendenze nuove e consolidamento delle precedenti in tema di rapporti tra giurisprudenza e dottrina. – 4.1. Il caso *Evans* del 2015. – 4.2. La rilevanza della dottrina nelle sentenze della *Supreme Court*. – 4.2.1. Il caso *Assange* del 2012. – 4.2.2. Il caso *FHR European Ventures* del 2014. – 4.3. Il caso *Montgomery* del 2015. – 4.4. Il caso *Rhodes* del 2015. – 4.5. I casi *Cox* e *Mohamud* del 2016. – 5. Trattati conclusivi.

## 1. Ragioni e prospettive dell'istituzione della *Supreme Court of the United Kingdom*

A mo' di premessa va detto che questo studio costituisce il necessario complemento di altro<sup>1</sup>, svolto nell'ambito di un esteso progetto di ricerca comparatistico, che ha visto impegnati numerosi studiosi, italiani e stranieri, della materia sui rapporti tra dottrina e giurisprudenza in una pluralità di esperienze giuridiche.

L'istituzione della *Supreme Court* del Regno Unito si deve al *Constitutional Reform Act* del 2005, che ne disciplina in modo dettagliato funzioni, struttura, composizione, criteri di selezione. La basilare riforma legislativa dalle manifeste conseguenze sul piano dell'assetto costituzionale del *common law* inglese era stata preceduta da un imponente dibattito che aveva avuto vita anche tra gli allora componenti della *House of Lords*<sup>2</sup>. Essi furono chiamati dal governo a pronunciarsi sulla proposta di creare

---

<sup>1</sup> *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, Esi, Napoli, 2015, p. 25 ss. La prima parte della rivista è dedicata al tema "Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)".

<sup>2</sup> In effetti, già nel 2002, in un articolo apparso nella *Law Quarterly Review*, p. 382 ss. intitolato *The case for a Supreme Court*, uno dei più autorevoli giudici della *House of Lords*, Lord Steyn, aveva apertamente invocato l'abolizione della stessa in quanto percepita come un'articolazione del potere legislativo, individuando un notevole ostacolo nella temuta perdita del privilegio di sedere nella stessa da parte del *Lord Chancellor*: v. p. 383.

un nuovo organo di vertice del potere giudiziario inglese, recidendo i vincoli con la tradizione che quel ruolo aveva assegnato sin dai *Judicature Acts* del biennio 1873-1875 all'articolazione specializzata di un ramo del Parlamento. I *Law Lords of Appeal in Ordinary*, ossia i giudici della *House of Lords*, diedero il 27 ottobre 2003 una complessa e collegiale<sup>3</sup> risposta, in cui non mancarono accenti critici e preoccupazioni circa la riforma ed i suoi effetti. Il loro riesame a distanza di oltre sei anni dall'entrata in funzione della *Supreme Court* conserva motivi di interesse ai fini del tema che qui si tratta.

Ed infatti, il preambolo del documento collegiale (contrassegnato con la sigla CP 11/03 July 2003) esprime una notevole divisione tra i 10 giudici che lo sottoscrissero, con una misurata prevalenza (6 a 4) di coloro che dichiararono di non appoggiare l'idea di soppiantare con una nuova *Supreme Court* il preesistente apparato giudiziario<sup>4</sup>. Essi, muovendo dal presupposto dell'efficiente funzionamento del sistema vigente, ritennero pregiudizievole per l'interesse generale l'abbandono di un'istituzione così prestigiosa e rinomata come la *House of Lords*, armonicamente inserita nel sistema istituzionale inglese, da secoli positivamente collaudato: il sovvertimento sarebbe stato inutilmente rischioso. L'opinione leggermente minoritaria<sup>5</sup> fece poggiare la propria adesione alla proposta riformistica su un argomento di natura squisitamente costituzionale, consistente nella salutare distinzione, che per tale via era destinata a compiuta realizzazione, tra il potere giudiziario e quelli legislativo ed esecutivo: la nuova *Supreme Court* appariva l'emblema di una giurisdizione autonoma ed indipendente, nonché attrezzata sentinella di uno stato democratico governato dalla *rule of law*<sup>6</sup>. Nel medesimo documento consultivo i *Law Lords* espressero l'unanime avviso che all'insediamento del nuovo organismo corrispondessero l'assegnazione di adeguate risorse finanziarie e logistiche ed il mantenimento, in capo alla *Supreme Court*, delle competenze affidate a quello predecessore: il messaggio avrebbe trovato, in effetti, il favore legislativo.

Il punto di collegamento unanime tra le varie sensibilità riferibili ai componenti la *House of Lords* in composizione giurisdizionale era, comunque, costituito dalla ferma convinzione che la Corte di ultima istanza, quale che ne fosse la denominazione, continuasse a svolgere il compito esemplare di difesa dei diritti fondamentali dei cittadini.

---

<sup>3</sup> Ad essa si accompagnò l'opinione individuale, di pochi giorni successiva, di *Lord Hobhouse of Woodborough*, che non aveva partecipato alla stesura del documento collegiale.

<sup>4</sup> In questo senso si pronunciarono i *Lords Nicholls of Birkenhead*, *Hoffmann*, *Hope of Craighead*, *Hutton*, *Millet*, *Rodger of Earlsferry*.

<sup>5</sup> Facente capo alle correnti più liberali del consenso: i *Lords Bingham of Cornhill*, *Steyn*, *Saville of Newdigate*, *Walker of Gestingthorpe*.

<sup>6</sup> Nella sua opinione individuale, comunque favorevole alla riforma, *Lord Hobhouse of Woodborough* pose in rilievo l'esigenza che la stessa sapesse al contempo garantire, oltre la separazione dei poteri, l'assoluta indipendenza della magistratura inglese e la riaffermazione del primato della *rule of law*: si vedrà che, in effetti, entrambi gli obiettivi furono centrati dalla legge del 2005.

## 2. L'attuazione dei propositi riformistici nel *Constitutional Reform Act* del 2005

La legge del 2005 è intervenuta in profondità e incisivamente sul tessuto dell'organizzazione giudiziaria inglese e, così facendo, ha toccato l'intima essenza della giurisdizione, soprattutto dal lato dei suoi rapporti con gli altri poteri statali. Ma essa ha anche enunciato stentoreamente i capisaldi dell'attività di amministrazione della giustizia inglese, in tal modo fortificando l'impianto e l'impatto in senso proprio costituzionale delle proprie disposizioni (che, secondo la premessa, sono rivolte alla riorganizzazione dell'ufficio del *Lord Chancellor*, all'istituzione di una *Supreme Court of the United Kingdom*, alla conseguente abolizione della divisione giurisdizionale della *House of Lords*, alla rideterminazione delle competenze del *Judicial Committee of the Privy Council*, al reclutamento dei giudici e ad altre, eterogenee materie connesse).

La prima di esse, racchiusa nella parte introduttiva, cui dà il titolo, riguarda la "Rule of law". Ed invero, la sezione 1 (a) ha cura di declamare con fermezza che nessuna delle norme contenute nella legge è intesa a produrre effetti negativi rispetto all'esistente principio costituzionale della "rule of law"<sup>7</sup>. Si tratta di una sorta di marchio posto a salvaguardia del telaio costituzionale del diritto inglese e del riconoscimento di una sostanziale ipostasi della *rule of law* nel *common law*, quasi che questo non potesse concepirsi se non in quanto interamente imbevuto del principio da Dicey così lucidamente rappresentato<sup>8</sup>. Una così netta proposizione non può che naturalmente costituire un fondamentale tratto ispiratore della neonata *Supreme Court*: e le pagine seguenti, relative ai suoi primi anni di attività, ne forniranno conferma.

L'ulteriore disposizione del testo del 2005 che converge verso la sua inequivoca qualificazione in senso costituzionale è ravvisabile nella successiva sezione 3 che – memore dell'appello che si era levato in sede consultiva da alcuni *Law Lords*, di cui si è detto nel precedente n. 1 – riafferma la garanzia della perdurante indipendenza giudiziale<sup>9</sup>. Non si è in presenza di una stilizzata postulazione di un principio modernamente mai messo in dubbio nel *common law* inglese: ci si trova, piuttosto, dinnanzi ad una norma strumentale alla completa attuazione del principio, attraverso la individuazione degli organi (*Lord Chancellor*, gli altri Ministri della corona, tutti i titolari di attribuzioni in materia di amministrazione della giustizia) su cui incombe il compito di assicurarne la soddisfazione. Ed in particolare, alla figura del *Lord Chancellor* è assegnata la gravosa responsabilità di difendere l'indipendenza del potere giudiziario anche attraverso la predisposizione dei mezzi materiali necessari all'esercizio delle relative funzioni (sezione 3 (6) (b)).

Ora, in questo contesto di definizione anche formalmente costituzionale delle garanzie e delle funzioni facenti capo alla giurisdizione si inscrivono le numerose e rilevanti disposizioni (sezioni 23-60 della parte terza del *Constitutional Reform Act* del 2005) riguardanti la *Supreme Court*.

<sup>7</sup> «This Act does not adversely affect: (a) the existing constitutional principle of the rule of law».

<sup>8</sup> Sia consentito il rinvio al mio *Brevi osservazioni su rule of law e sviluppi della teoria di Albert Venn Dicey*, in *Studi in onore di Diego Corapi*, Napoli, in corso di pubblicazione (2016), p. 209 ss.

<sup>9</sup> Il titolo è, infatti, «Guarantee of continued judicial independence».

La sezione 23 (1) ha carattere imperativo e prolettico, prevedendo che debba esservi una *Supreme Court of the United Kingdom*<sup>10</sup>. Senza appuntare alla forma espressiva importanza maggiore di quella rivestita dalla (rimarchevole) sostanza va osservato che il legislatore inglese non si è limitato a statuire, come ben avrebbe potuto, l'istituzione, a decorrere dalla data di entrata in vigore dello *Act* in questione, dell'organo di vertice della giurisdizione, ma ha adottato una formula che sottolinea il carattere necessario ed imprescindibile – anche per il futuro – della riforma. In altri termini, la norma prescrive come indeclinabile l'esistenza di una Supreme Court del Regno Unito, in quanto reputata naturale garanzia per la difesa dei valori fondamentali indicati nelle prime sezioni della legge, la *rule of law* e l'indipendenza del potere giudiziario. A questo scopo di tutela di siffatti principii di rango costituzionale deve, pertanto, tendere la nuova Corte. Non si corre certo il rischio di incappare nel vizio di sovraenfasi se si afferma che la *Supreme Court* è nata proprio perché, senza di essa, quei principii, ed in particolare la difesa dell'indipendenza del potere giudiziario da ogni altro potere statale, avrebbero potuto non trovare incondizionata realizzazione anche sul piano dell'immagine pubblica, a causa della permanenza dell'organo giudiziario di vertice prima esistente all'interno di una delle camere legislative. Le resistenze in via preventiva opposte, come visto al n. 1, da un ragguardevole numero di appartenenti alla *House of Lords* in sede giurisdizionale, trovavano base proprio nel prestigio raggiunto da essa in passato nonostante l'inserimento organico nella camera alta. Ed in ciò risiede il disegno conservatore, poi superato dalla meritoria ostinazione del governo guidato da Blair nel portare a termine il processo riformatore, che si rifiutava di cogliere i segni di un decremento di credibilità agli occhi delle differenti esperienze europee di una giurisdizione incorporata nei gangli di un altro potere statale. Si cercherà di dimostrare nelle parti successive del lavoro che la *Supreme Court* mostra piena consapevolezza delle attese che l'opinione pubblica nutre, in termini di autonomia di operato, a seguito della rottura del precedente circuito organizzativo.

Anche il procedimento ed i criteri di selezione dei componenti (Presidente, Presidente vicario e giudici) la *Supreme Court*, individuati dalle sezioni 26 e seguenti della legge del 2005, evidentemente obbediscono al bisogno di reclutare persone che, per le rispettive biografie professionali e l'autorevolezza dell'organo che li sceglie, offrano garanzie certe di indipendenza. Ed infatti, non solo si richiede, nella sezione 25, che gli aspiranti abbiano ricoperto uffici giudiziari di alto grado per un congruo tempo («*high judicial office*»)<sup>11</sup>, ma viene posto dalla successiva sezione 27 (8) l'ulteriore requisito della conoscenza e dell'esperienza maturata nella pratica giudiziaria. L'affidamento circa l'idoneità delle persone scelte rispetto all'incarico da conferire viene consegnato alla previsione della sezione 27 (5) secondo cui la selezione – effettuata da una commissione composta dai più alti rappresentanti della magistratura professionale del Regno Unito e sottoposta all'approvazione del *Lord Chancellor* – debba avvenire sulla base del merito («*selection must be on merit*»).

Nell'ambito delle garanzie che circondano la posizione di tutti i componenti della

<sup>10</sup> «*There is to be a Supreme Court of the United Kingdom*».

<sup>11</sup> La successiva sezione 60 (2) specifica che si tratta, per ciò che concerne l'Inghilterra, dei giudici della stessa *Supreme Court*, della *Court of Appeal* e della *High Court*.

*Supreme Court* (Presidente, Presidente vicario, giudici) di particolare rilievo è quella riconosciuta dalla sezione 33 del *Constitutional Reform Act* (intitolata «*tenure*») che fissa il principio dell'inalterabilità alla condizione (che richiama la risalente clausola «*quandiu se bene gesserint*» applicata ai giudici del passato, implacabilmente adoperata dalla temutissima *Star Chamber*) dell'irreprensibilità della condotta<sup>12</sup>: in ogni caso il procedimento di rimozione abbisogna dell'iniziativa di entrambi i rami del parlamento.

A fini descrittivi generali delle caratteristiche e delle funzioni della *Supreme Court* va sottolineato che la sezione 40 (1) le riserva la fondamentale qualificazione di «*superior court of record*» che attribuisce ai suoi componenti, secondo la tradizione di *common law*<sup>13</sup>, l'immunità nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali, così accrescendo i presidi di indipendenza ed autonomia. È, infine, preservata l'autodichia della Corte, al cui Presidente la sezione 45 conferisce il potere di adottare le regole che governano prassi e procedura da seguire.

### 3. Il nuovo stile della *Supreme Court*

Alcuni dei dubbi sorti al momento dell'emanazione del *Constitutional Reform Act* del 2005, grazie al quale alla divisione giurisdizionale della House of Lords si è sostituita, con decorrenza dal 1° ottobre 2009, la *Supreme Court*, cominciano dopo oltre 6 anni di attività a sciogliersi.

Primo tra essi quello radicale circa la sostanza del mutamento, da molti, invece, inizialmente paventato come puramente terminologico. Ora, l'abbandono dell'etichetta parlamentare, in favore di una dichiaratamente giurisdizionale, sembra avere numerosi e palesi riflessi di effettività. In primo luogo, l'utilizzazione di una nuova sede che ospita soltanto gli uffici della *Supreme Court*, tenendola fisicamente separata da luoghi in cui altri poteri operano. In secondo luogo, il modo di conduzione delle udienze è molto più sobrio ed informale: non è più previsto che giudici ed avvocati indossino toghe e parrucche ed è ammessa la trasmissione in diretta delle udienze (che si aprono invariabilmente con un inchino rivolto dalla Corte a tutto il pubblico presente in aula)<sup>14</sup>. Ed ancora, viene periodicamente predisposto il calendario delle udienze pubbliche, anch'esse diffuse sul sito della *Supreme Court* ([www.uksupremecourt.com](http://www.uksupremecourt.com)), in cui viene letta, a turno dai vari giudici, una versione sommaria dei motivi delle sentenze man mano depositate. Sullo stesso sito viene poi pubblicato l'elenco dei ricorsi pendenti, cui vengono allegate la sintesi delle questioni discusse nonché le sentenze emesse nei precedenti gradi di giudizio.

<sup>12</sup> «*A judge of the Supreme Court holds that office during good behaviour [...]*».

<sup>13</sup> L'evoluzione storica della nozione, ed i suoi riflessi sul tema generale dell'immunità giudiziale per atti e provvedimenti adottati nell'esercizio della funzione giurisdizionale, sono brillantemente tratteggiati nell'opinione di Lord Denning della *Court of Appeal* resa nel caso *Sirros v. Moore* (1974) 3 WLR 459, su cui v. CRISCUOLI, *I nuovi limiti dell'irresponsabilità del giudice inglese in Sirros v. Moore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 1060 ss.

<sup>14</sup> Né è più richiesta, come ricorda Lord Steyn nel suo *The case for a Supreme Court*, cit., p. 382, la cerimonia rituale con mazza, preghiere ed addobbi del passato.

Insomma, un netto mutamento di stile, scandito da pubblicità, trasparenza, apertura alle esigenze pubbliche di conoscenza, accessibilità e razionalizzazione dei lavori. A questo scopo certamente coopera la pubblicazione, ai sensi della sezione 54 del *Constitutional Reform Act* del 2005, del rapporto annuale sulla relativa attività, sui risultati raggiunti, sugli oneri economici sopportati per il funzionamento della Corte.

Questi non pochi indici testimoniano già che la riforma non sta solo nel nome ma allude ad una profonda revisione dell'attività, dell'immagine delle funzioni del nuovo organo, che viene dotato di un aggettivo che lo colloca senza possibilità di equivoci al vertice della gerarchia dell'amministrazione della giustizia inglese, svincolandolo da inserimenti organici in altri plessi di potere statale (in particolare parlamentari). A questo scopo cospirano anche, come ricordato nel paragrafo precedente, le norme che disciplinano la nomina e la durata in carica dei giudici supremi e ne attribuiscono le garanzie.

Ma altri, ben più robusti e significativi indici confermativi della profonda novità prodottasi nell'intero ordinamento di *common law* inglese possono trarsi, dopo oltre sei anni di intensa attività, dalla concreta produzione giurisprudenziale. Tutti convergono verso una concezione dell'opera della *Supreme Court* del Regno Unito ariosa, attenta alla tutela dei diritti individuali, disposta al dialogo con altre giurisdizioni e culture giuridiche, declinata in senso sostanzialmente costituzionale (nel senso che andrà emergendo nel corso della ricerca), ansiosa di porsi a confronto con la letteratura giuridica, traendo, se del caso, da essa ispirazione per le proprie decisioni.

Si cercherà di addurre esempi di sentenze capaci di legittimare un giudizio di essenziale rinnovamento delle stesse strutture di giudizio del *common law* inglese, pur a fronte di pronunce che accurati osservatori non hanno esitato a definire in continuità con gli indirizzi del passato riferibili alla *House of Lords* e, come tali, deludenti.

Non si può, pertanto, in via preliminare, ignorare la serrata critica svolta in dottrina circa il prudente atteggiamento assunto dalla *Supreme Court* in materia di diritti umani<sup>15</sup>. In effetti, la contestazione si dirige in modo diretto e pregiudiziale nei confronti della cautela, giudicata ingiustificata, che la nuova Corte – al pari della sua *dante causa* – avrebbe mostrato verso il riconoscimento di una categoria specifica e determinata di posizioni soggettive qualificabili come “*constitutional rights*”, cui avrebbe, piuttosto, preferito definizioni di singoli diritti soggettivi come come “*basic*” o “*fundamental*”<sup>16</sup>. Ciò, ad avviso dello studioso in questione, avrebbe privato la nozione di *human right* del suo presupposto teorico essenziale (costituito dal suo sostrato costituzionale), finendo per ricondurne l'origine e la tutela alla tradizionale teoria della *rule of law*, di cui rappresenterebbe una propaggine<sup>17</sup>. Sarebbe stata così persa l'occasione propizia per riconoscere una separata esistenza, all'interno del *common law* inglese, di leggi ordinarie e di leggi costituzionali pur doviziosamente argomenta-

<sup>15</sup> Un approfondito studio, a breve distanza dall'entrata in funzione della *Supreme Court*, sul tema si deve a DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, Oxford, 2013. Dello stesso autore si veda in tema, *The record of the House of Lords in Strasbourg*, in *The Law Quarterly Review*, 2012, p. 354 ss.

<sup>16</sup> DICKSON, *op. cit.*, p. 50.

<sup>17</sup> DICKSON, *op. cit.*, p. 17.

ta nell'opinione del giudice Laws della *Queen's Bench Division* della *High Court* nel caso *Thoburn v. Sunderland City Council*<sup>18</sup>. Ora, sempre seguendo l'itinerario di questo pensiero critico<sup>19</sup>, si nota che la *Supreme Court* non ha modificato l'orientamento della *House of Lords* in materia di *human rights*. E si tratta di una visione reputata restrittiva o, comunque, sintomatica di un eccessivo sacrificio dello spettro applicativo di questa categoria di situazioni soggettive. In particolare, può osservarsi che, anche prima dell'emanazione dello *Human Rights Act* del 1998 e, conseguentemente, dell'istituzione della *Supreme Court*, la giurisprudenza inglese ha preferito seguire la via della considerazione in forma atomistica e separata – avulsa, cioè, da una cornice unitaria di caratteri e principii – di singoli diritti soggettivi aventi natura fondamentale<sup>20</sup>. Più ampia fu la prospettiva dalla quale la *House of Lords* guardò all'ipotesi di temuta violazione in uno stato estero di diritti protetti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950 come base per il diniego di espatrio dall'Inghilterra di cittadini stranieri in cerca d'asilo. In linea di principio la risposta fu affermativa<sup>21</sup>, con la conseguenza<sup>22</sup> che incomberebbe sul giudice britannico l'obbligo di garantire ai titolari la medesima protezione dei rispettivi diritti umani nella stessa misura, né maggiore né minore, in cui gli stessi sarebbero tutelati dalla Corte di Strasburgo<sup>23</sup>. Coerentemente con l'atteggiamento assunto nel caso da ultimo esaminato il compianto *Lord Bingham* auspicò l'intervento della Corte di Strasburgo allo scopo di garantire alla vittima di abusi di potere di natura omissiva da parte di pubbliche autorità il risarcimento del danno non patrimoniale, pur in assenza di danni materiali<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> I (2002) EWHC 195. Nella sentenza l'attribuzione ad uno *Statute* del rango costituzionale è condizionata al ricorso, anche in forma alternativa, dei requisiti che l'oggetto sia costituito dalla relazione giuridica tra il cittadino e lo stato o che esso produca come effetti l'incremento o la riduzione della latitudine di quelli che possono essere definiti "diritti costituzionali": v. par.62 della sentenza.

<sup>19</sup> Lo stesso DICKSON, *op. cit.*, p. 20 ss., ed in particolare p. 21, si sbilancia nella definizione di legge costituzionale, rinvenendo il relativo carattere in quei testi normativi aventi un ruolo maggiore delle altre leggi e soggette ad un procedimento di revisione più complesso e laborioso.

<sup>20</sup> Ad esempio, nel caso *Bremer v. South India Shipping Corpn* (1981) AC 977 la *House of Lords* per bocca di *Lord Diplock* riconobbe natura costituzionale al fondamentale diritto di ogni cittadino di accedere alla giurisdizione per la protezione della propria posizione soggettiva; nel caso *Reynolds v. Times Newspapers Ltd.* (2001) AC 207 G la medesima Corte appuntò tale attributo alla libertà di espressione; analogamente avvenne, sempre ad opera della *House of Lords*, con riferimento alla libertà di stampa e di manifestazione del pensiero nel caso *Grobbelaar v. News Group Newspapers Ltd.* (2002) UKHL 40. Sempre operando in senso atomistico in una sentenza pronunciata pochi mesi prima della sua abolizione l'allora organo giurisdizionale di ultima istanza negò carattere di essenzialità al diritto a non essere esiliato dal Regno Unito vantato da persone non aventi la cittadinanza britannica: In *R (Bancault) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2008) UKHL 61, con le opinioni contrarie dei giudici Mance e Bingham di Cornhill.

<sup>21</sup> Si veda in particolare l'opinione di *Lord Bingham* in *R (Ullab) v. Special Adjudicator* (2004) UKHL 26.

<sup>22</sup> Che non tutti i commentatori danno per scontata: v. DICKSON, *op. cit.*, p. 39 secondo cui l'allineamento tra la giurisprudenza inglese e quella della Corte EDU sarebbe circoscritto al caso di annullamento nel Regno Unito di provvedimenti giurisdizionali stranieri adottati in violazione della Convenzione.

<sup>23</sup> *Lord Bingham* sostenne che sarebbe implicata la responsabilità dello stato contraente, ai sensi dell'art. 6 della convenzione, nel caso che lo stesso non si curasse di accertare che il proprio eventuale provvedimento di estradizione di un cittadino straniero non lo esporrebbe al rischio di un trattamento inumano o degradante o a quello della tortura.

<sup>24</sup> Se ne veda l'opinione nel caso, deciso dalla *House of Lords*, *Watkins v. Home Office and others*, (2006) UKHL, in particolare al paragrafo 26.

Interessante è l'opinione espressa da Lord Mance della Supreme Court nel caso *R (Smith) v. Oxfordshire Assistant Deputy Coroner*<sup>25</sup> secondo cui è suo dovere della stessa applicare in via generale la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, tranne nelle ipotesi in cui la stessa abbia deciso un peculiare caso di specie o non abbia formato indirizzi univoci<sup>26</sup>.

Si ritiene<sup>27</sup> che il vero passo in avanti che potrebbe segnare l'evoluzione rispetto al passato dell'orientamento della *Supreme Court* possa essere costituito dall'ammissione che i diritti umani trovano il proprio paradigma normativo di protezione nello *Human Rights Act* del 1998, perfettamente suscettibile di integrazioni in termini di accrescimento di tutela con altre disposizioni di diritto interno e con la carta europea dei diritti fondamentali. La strada per conseguire un risultato di maggior rilevanza della teoria dei diritti umani nel *common law* inglese potrebbe essere spianata dall'ispessimento della portata della "rule of law"<sup>28</sup>.

Concludendo sul punto, ben può affermarsi che l'elemento centrale per ottenere il doppio beneficio della elaborazione di un concetto unitario di "human right", modellato secondo lo schema delle categorie generali ed astratte e, quindi, determinato sulla base dell'aggregazione di plurime fattispecie portatrici di analoghe caratteristiche tassonomiche, e del rinvigorimento dei relativi mezzi di tutela vada di nuovo reperito nella vasta ed onnicomprensiva dottrina della *rule of law*, intesa non solo come parte basilare della struttura ordinamentale inglese ma in special modo alla stregua di una sua componente tanto rilevante ed insostituibile da non potersi concepire senza di essa lo stesso *common law*. Può, pertanto, senza dubbio aderirsi ad una forma di immedesimazione organica tra l'una e l'altro, come, in fondo, il pensiero di Dicey autorizza a fare. Sarebbe altrimenti difficile spiegare il fatto che la prima parte del *Constitutional Reform Act* del 2005 sia intitolata e dedicata, appunto, alla *rule of law*, esplicitamente definita, come già ricordato, «existing constitutional principle». E sta esattamente nel suo elevamento al rango di diritto di rango costituzionale, o meglio di metaprincipio informatore dell'ordinamento di *common law*, la chiave di soluzione del problema, già illustrato, della ricorrenza nel diritto inglese di una tavola di valori di così fondamentale forza da forgiare l'intera struttura dell'ordinamento stesso.

---

<sup>25</sup> (2010) UKSC 29.

<sup>26</sup> Sul tema degli orientamenti giurisprudenziali inglesi giurisprudenziali in materia di diritti umani si veda ANDENAS, *Leading from the front: human rights and tort law in Rabone and Reynolds*, in *The Law Quarterly Review*, 2012, p. 323, in cui viene ricordata la netta posizione della *Supreme Court* in *Rabone v. Pennine Care NHS Foundation Trust* (2012) UKSC 2 che affermò il principio secondo cui l'omessa adozione da parte degli ospedali psichiatrici di misure atte a prevenire il suicidio di pazienti volontariamente ivi ricoverati costituisce violazione dell'art. 2 della CEDU, la quale riconosce il diritto di ciascuno a veder protetta dalla legge la propria vita.

<sup>27</sup> DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., 50.

<sup>28</sup> *Op. loc. ult. cit.*

#### 4. I primi anni di vita della *Supreme Court*: tendenze nuove e consolidamento delle precedenti in tema di rapporti tra giurisprudenza e dottrina

In uno dei più noti e apprezzati manuali di diritto costituzionale inglese<sup>29</sup> Bagehot scrisse che prospetticamente la *Supreme Court* avrebbe dovuto essere un grande, notevole tribunale senza la pretesa di vestire indebitamente i panni di un'assemblea legislativa<sup>30</sup>.

La novità dell'atteggiamento culturale e, in senso lato, ideale di un organo di giustizia di nuova istituzione può misurarsi in relazione alla sostanza dei suoi provvedimenti ed alla loro capacità di riconfigurare settori, istituti, posizioni già radicati nel tessuto ordinamentale: aiutano anche a questo fine ricognitivo della modernità dell'attività giurisdizionale della *Supreme Court* indici esterni che, comunque, depongano nel senso della precisa volontà della corte neonata di guardare all'esterno del proprio perimetro concettuale per aprirsi in spirito insieme critico e recettivo ai contributi provenienti, ad esempio, dalla dottrina.

Di entrambi gli angoli di osservazione si tratterà, nei limiti spaziali suggeriti dalla presente ricerca, qui di seguito.

##### 4.1. Il caso *Evans* del 2015

Appartiene alla schiera di pronunce che hanno grandemente inciso, per la forza delle proprie statuizioni, sulla struttura generale dell'ordinamento inglese e sulla configurazione del dibattito tra pubbliche autorità e diritti individuali nonché collettivi ad una piena informazione, quella resa dalla *Supreme Court* nel caso *R (Evans) v. Attorney General*<sup>31</sup>. La sentenza, che pose fine ad una lunga contrapposizione tra l'esecutivo (che puntava a tenere segreta la corrispondenza intercorsa nei primi anni 2000 tra l'aspirante al trono, Principe di Galles, e ministri in carica in tema ambientale) e le autorità preposte all'applicazione delle disposizioni in materia di libertà di informazione racchiuse nel *Freedom of Information Act* del 2000, espresse, attraverso le plurime opinioni dei 7 giudici componenti il Collegio giudicante<sup>32</sup>, una serie di principi di non comune interesse per la delimitazione dell'area dei rapporti tra i vari poteri

---

<sup>29</sup> *The English Constitution*, p. 149 dell'edizione londinese del 1993.

<sup>30</sup> «The Supreme Court of the English people ought to be a great, conspicuous tribunal [...] and ought not to be hidden beneath the robes of a legislative assembly»: questo brano del prestigioso autore del diciannovesimo secolo – 1826-1877 – è stato ripreso da Lord Steyn nel suo *The case for a Supreme Court*, cit., p.382.

<sup>31</sup> (2015)UKSC 21, su cui si può leggere il commento di KNIGHT, *The rule of law, parliamentary sovereignty and the ministerial veto*, in *The Law Quarterly Review*, 2015, p. 553 ss.

<sup>32</sup> Tra le novità reperibili in materia di funzionamento della *Supreme Court* si vedano le regole concernenti i “*Panel numbers criteria*” – ospitate all'interno della normativa che disciplina le “*Court procedures*” –: tra di esse vi è quella che prevede che alla ordinaria composizione a 5 dei collegi della Corte si deroghi, con organi formati da 7 o 9 magistrati, nei seguenti casi: 1) quando alla Corte si chieda di abbandonare un precedente o la stessa intenda farlo; 2) nei casi di grande rilevanza costituzionale; 3) nei casi di grande rilevanza pubblica; 4) nel caso di contrasto tra precedenti della *House of Lords*, del *Privy Council* e della stessa *Supreme Court*; 5) nei casi in cui si sollevi una questione rilevante in relazione alla Convenzione europea del 1950 per la salvaguardia dei diritti umani.

dello stato. In particolare, nel paragrafo 51 dell'opinione del Presidente, *Lord Neuberger* (cui, per l'occasione, si associarono i giudici Kerr e Reed) si chiarì che si collocerebbe in una posizione di inammissibile interferenza con i principii costituzionali ascrivibili al metaprinzipio della *rule of law* qualunque disposizione di legge che autorizzasse un membro del Governo a mettere nel nulla, privandolo di effetti, un provvedimento adottato dall'autorità giudiziaria (come era avvenuto nel caso di specie)<sup>33</sup>. Anticipando l'argomento che verrà trattato di seguito, va segnalato che nella sentenza viene fatto uso significativo dell'apporto dottrinario per risolvere il problema dell'identificazione delle condizioni di legittimità del diniego, da parte di una pubblica autorità, dell'accesso agli atti domandato da un cittadino<sup>34</sup>. La portata della sentenza sembra rispecchiata dalla liberazione, anche in senso topografico, della nuova Corte Suprema dall'ipoteca esercitata dalla inerenza della sua dante causa, la *House of Lords*, ad uno dei rami del Parlamento, con l'evidente e perentorio risultato della corrispondente affrancazione dal peso di un potere esecutivo tanto ardito da spingersi a contraddire, con un proprio provvedimento, un atto giurisdizionale: e la lezione che viene impartita è salutare e positivamente esemplare<sup>35</sup>. Sempre sul piano dell'affermazione di principii di vasta ricaduta sul terreno di posizioni soggettive fondamentali, coordinabili con quelle previste dalla Convenzione europea del 1950, ed in particolare con il suo art. 6 in tema di giusto processo, è rilevante la sentenza della Supreme Court nel caso scozzese *Fraser v. Her Majesty's Advocate (Scotland)*<sup>36</sup>. Fu, infatti, ravvisata una patente violazione del paradigma proprio di un processo che si svolga nel pieno rispetto del contraddittorio tra accusa e difesa, entrambe poste su un piede di parità, nella mancata presentazione al dibattimento, da parte dell'ufficio del Pubblico Ministero, di nuove prove favorevoli all'imputato, poi condannato per uxoricidio. La ragione che rende di indiscutibile significato la pronuncia è l'utilizzazione, come parametro valutativo dell'equità del processo, della norma convenzionale. Ciò prova la profonda permeazione del tessuto ordinamentale inglese, in virtù dell'emanazione dello *Human Rights Act* del 1998 e dell'apertura mentale dimostrata dalla Corte Suprema, da parte della CEDU.

All'atto della sua istituzione la *Supreme Court* ebbe di fronte la notevole questione del concreto esercizio del proprio potere di autodichia e si dovette interrogare sulla

<sup>33</sup> A sostegno di questa conclusione viene citata l'opinione di *Lord Steyn*, nel caso *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex p. Pierson* (1998) AC 539, secondo cui «tranne che non sussistano chiare indicazioni in senso contrario, deve presumersi che il Parlamento non abbia inteso legiferare in violazione dei principii della *rule of law*».

<sup>34</sup> In particolare viene citata l'opinione dell'autore di un'opera monografica: COPPEL, *Information Rights*, 4° ed., 2014, paragrafi 28-022 e 28-024: si veda il paragrafo 73 della sentenza *Evans* in esame.

<sup>35</sup> La sentenza *Evans* costituisce in certo modo lo specchio rovesciato di quella, la numero 1 del 2013, della Corte costituzionale italiana intervenuta in un conflitto di attribuzioni sollevato dal Presidente della Repubblica contro un atto negativo (mancata distruzione o, più esattamente, mancata richiesta al giudice di distruzione dei file audio di alcune intercettazioni nel corso delle quali accidentalmente erano state captate conversazioni telefoniche tra una persona sottoposta ad indagini e lo stesso Presidente della Repubblica) di un ufficio di Procura, risolto a favore del primo sulla base della interpretazione estensiva dello statuto dei suoi poteri ai sensi della Costituzione: per una critica dal versante processualpenalistico della sentenza costituzionale in parola si veda GABRIELLI, *Intercettazioni di conversazioni presidenziali: ancora si naviga "a vista"*, in *Questione giustizia*, 2015, p. 24 ss. e dottrina ivi citata in special modo nelle note 5, 8 12, 13, 30.

<sup>36</sup> (2011)UKSC 24.

permanenza in vita delle regole procedurali, contemplate nei *Practice Statements* ancora vigenti, emanate nel corso del tempo dalla *House of Lords*. Tra queste un posto speciale occupava quella, notissima e risalente al 26 luglio 1966, circa l'ordinaria vincolatività dei propri precedenti, eccezion fatta per i casi in cui apparisse giusto discostarsene. È chiaro che, dal mantenimento o meno in vita di tale regola contraddistintiva del *common law*, sarebbe dipesa l'immagine della *Supreme Court* come organo di radicale dissoluzione, pratica e simbolica, del passato o come operante nel solco della ragionevole continuità. Ad affrontare il delicato problema la Corte Suprema fu chiamata nel caso (riguardante le conseguenze sull'efficacia dei contratti di locazione immobiliare ad uso abitativo di provvedimenti esecutivi di sfratto) *Austin v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Southwark*<sup>37</sup>. La chiara risposta si trova nell'opinione di maggioranza dei Lord Hope, Brown e Kerr (paragrafo 25): essa fu nel senso che la *Supreme Court* ha consapevolmente rinunciato ad avvalersi del potere, che implicitamente viene dato per esistente, di emendamento della regola precedente o anche di appropriazione del relativo contenuto in esito ad un autonomo e rinnovato processo deliberativo della sua esattezza. Ancor più generosa nei confronti della *House of Lords*, e feconda di ulteriore applicazione ad altri casi dubbi di conservazione di regole procedurali precedenti, si rivela la proposizione seguente a mente della quale si riconosce alla regola in questione la medesima efficacia posseduta nei giudizi davanti la *House of Lords* celebrati sotto il suo regime. La lettura politica di questa posizione porta alla conclusione che il trapasso, per effetto della riforma costituzionale di ampia latitudine del 2005, non ha affatto portato l'effetto meccanico della cancellazione delle tracce dell'auto-organizzazione della *House of Lords*, essendosi viceversa verificato un recepimento inalterato dei prodotti della passata attività, tranne – sembra ragionevole arguire – i casi di espressa e motivata abrogazione.

#### 4.2. La rilevanza della dottrina nelle sentenze della *Supreme Court*

Il progetto della presente ricerca prevede che essa si addentri ad esplorare l'intensità e l'efficienza causale a fini decisori del ricorso alla citazione dottrinarie ed all'avvalimento del pensiero dell'autore, nel contesto delle pronunce della *Supreme Court*.

Benché il campionario che si andrà offrendo rappresenti solo una modesta base statistica degli oltre sei anni di attività della *Supreme Court*, esso si rivela sufficiente a palesare la profondità dell'immersione giurisprudenziale nelle acque dottrinarie e la sua pescosità in termini di frequente conformazione del fondamento argomentativo delle pronunce al pensiero degli studiosi del diritto, inglesi e non.

Ancor di più potrà rilevarsi dall'indagine che segue come il mutuo dottrinario contratto dalla giurisprudenza avesse ad oggetto punti decisivi della controversia e non aspetti marginali: il che costituisce indice del credito di cui i giuristi teorici godono agli occhi anche dei più alti giudici. D'altro canto, l'incisività del ricorso al sapere dottorale implica una sorta di condivisione della titolarità della decisione, in alcuni casi – come si vedrà – imperniata proprio sull'“*auctoritas doctorum*”. In casi siffatti – si può già formulare una prima notazione definitiva – il dialogo tra i due fattori

---

<sup>37</sup> (2010) UKSC 28.

conformativi di un ordinamento giuridico si è spinto al limite della compenetrazione tra correnti di pensiero scientifico ed attività giurisdizionale, saggiamente tra loro equilibrate, con conseguente riferibilità al concorso di ambedue dell'effetto decisorio presente nella singola fattispecie.

#### 4.2.1. Il caso *Assange* del 2012

Nel primo caso su cui si sofferma questo studio, che ha suscitato interesse ed impressione nell'opinione pubblica mondiale in ragione dell'identità della parte protagonista e del rilievo dell'oggetto del giudizio<sup>38</sup>, la volontà della *Supreme Court* di spaziare in orizzonti culturali diversi si è manifestata nell'inclusione nel proprio raggio di osservazione, oltre che della dottrina inglese, di giurisprudenza e legislazione straniere: frutto, questo, del mutato, ed evoluto, sentire della giurisprudenza di vertice rispetto alla necessità di arricchire le fonti di eterointegrazione della piattaforma argomentativa delle proprie pronunce.

Il caso si incentrava sulla verifica giudiziale della ricorrenza delle condizioni per disporre l'estradizione in Svezia – dove era sottoposto a procedimento penale per il delitto di molestie e violenza sessuale – del giornalista detentore di un archivio informatico contenente una molteplicità di informazioni riguardanti contatti e corrispondenza interna ad alcuni governi, tra i quali quello degli Stati Uniti d'America: questi si trovava in Inghilterra, ospite dell'ambasciata di uno stato terzo. Nei confronti di questa persona l'ufficio del pubblico ministero del paese di cui egli era cittadino (la Svezia, appunto) aveva emesso un mandato di arresto europeo, di cui chiedeva l'esecuzione all'autorità giudiziaria britannica. La questione sottoposta al giudizio della *Supreme Court*, davanti alla quale erano state impugnate dall'imputato le sentenze a sé sfavorevoli del giudice distrettuale e della *Divisional Court*, consisteva nello stabilire se, nella definizione di "autorità giudiziaria" cui la sezione 2 (2) della parte 1 dell'*Extradition Act* inglese del 2003 riserva il potere di emettere mandati di arresto europei, ricadesse anche l'ufficio della pubblica accusa (possibilità, questa, contestata dal ricorrente). La conclusione cui la maggioranza (costituita dai *Lord Phillips*, *Walker*, *Brown*, *Kerr* e *Dyson*, con il dissenso di *Lady Hale* e di *Lord Mance*) della Corte giunse, rigettando il ricorso del cittadino svedese nei confronti del provvedimento estradizionale conseguente alla misura restrittiva straniera, fu nel senso che, essendosi il legislatore inglese del 2003 espressamente ispirato alla decisione quadro comunitaria in materia di mandati di arresto europei, la quale aveva deliberatamente adottato una nozione ampia di "autorità giudiziaria", sì da includervi anche gli uffici della pubblica accusa, solo un'espressa deroga alla lettera ed allo spirito della fonte comunitaria avrebbe consentito di ritenere che la stessa fosse stata trasposta nel Regno Unito con un ambito applicativo differente e più circoscritto. L'opinione-guida della maggioranza, sottoscritta dall'allora Presidente *Lord Phillips*, si è avvalsa di una pluralità di ausili dottrinari (oltre che della giurisprudenza straniera<sup>39</sup> e della legislazione

<sup>38</sup> *Assange v. Swedish Prosecution Authority* (2012) UKSC 22.

<sup>39</sup> È interessante notare come nel paragrafo 62 della sentenza venga citata una sentenza – emessa nel caso *Piaggio* – della sesta sezione penale della Corte di cassazione italiana datata 14 febbraio 2007.

di altri paesi<sup>40</sup> per dare supporto alla propria decisione. Vengono qui ricordati i più rilevanti esempi di invocazione dell'autorità dottrinarie sia con riguardo al prestigio ed alla notorietà dell'autore sia in relazione alla forza dell'impatto della teoria sulla concreta decisione. Un primo e qualificante riferimento dottrinario viene effettuato al paragrafo 14 dell'opinione di Lord Phillips ad un'opera in tema di interpretazione dei testi normativi inglesi<sup>41</sup> che mette in rilievo come la formulazione dei testi comunitari sia sovente il prodotto di compromessi politici piuttosto che esempio di chiarezza legislativa: la considerazione è stata, in effetti, tenuta nel massimo conto dalla maggioranza della *Supreme Court* che, chiamata a conferire il significato appropriato alla locuzione "autorità giudiziaria", si è basata sul criterio ermeneutico teleologico, abbandonando quello strettamente letterale, che privilegia l'effettività dell'applicazione delle disposizioni in materia di mandato di arresto europeo ed allarga la sfera delle autorità autorizzate ad emetterlo. La sentenza non tralascia, tuttavia, di esporre – seppur non aderendovi – tesi dottrinarie dichiaratamente critiche nei confronti delle modalità di trasposizione in Inghilterra della decisione quadro, rimproverando al Parlamento inglese scarsa perspicuità nel tradurre in disposizione interna le finalità che in sede comunitaria erano state prese in considerazione<sup>42</sup>. Anche la dottrina straniera monografica<sup>43</sup> viene citata a paragrafo 107 della sentenza nell'opinione di Lord Kerr in tema di ricostruzione della volontà delle parti di trattati internazionali. Ed infine, pure l'opinione di minoranza di Lord Mance contempla al paragrafo 229 un richiamo ad un contributo accademico<sup>44</sup> che, occupandosi in generale dell'approccio interpretativo adottato dalla Corte di giustizia europea lo definisce "teleological and contextual". Questa considerazione ha indotto Lord Mance a formulare la proposizione secondo cui spetta esclusivamente al diritto dell'Unione Europea procedere all'esatta interpretazione della decisione quadro in esame.

#### 4.2.2. Il caso *FHR European Ventures* del 2014

Un'altra pronuncia della *Supreme Court* utile a svolgere una funzione rivelatrice della frequenza e della incisività dei flussi culturali tra giurisprudenza e dottrina inglese è quella resa nel caso *FHR European Ventures LLP and others v. Cedar Capital Partners LLC*<sup>45</sup> in cui venne affrontato l'annoso problema della proprietà della somma di denaro, destinata a fini corruttivi, consegnata dall'originario proprietario ad un suo rappresentante con il vincolo fiduciario di trasferirla all'effettivo beneficiario. La

---

<sup>40</sup> Nel paragrafo 68 sono sommariamente indicati i vari modelli di recepimento da parte degli stati membri della decisione quadro con riferimento all'individuazione dell'autorità nazionale deputata a curare l'esecuzione degli ordini di arresto europei.

<sup>41</sup> *Craies on Legislation*, 9° ed., 2008, paragrafo 31.1.21.

<sup>42</sup> Sul punto viene evocata, nel paragrafo 77, l'autorità dello stimato penalista di Cambridge, il Professor John SPENCER, nel suo saggio, *Implementing the European Arrest Warrant: a tale of how not to do it*, in *Statute Law Review*, 2009, p. 184.

<sup>43</sup> VILLIGER, *Commentaries on the law of treaties*, 2009.

<sup>44</sup> Si tratta del volume del Professor Anthony ARNULL dell'Università di Birmingham intitolato *The European Union and its Court of justice*, pubblicato nel 2006, ed in particolare alle pp. 612 e 621.

<sup>45</sup> (2014) UKSC 45.

Corte unanime decise che, anche alla luce dell'abbandono di alcuni precedenti giudicati erronei, il rapporto tra le due parti in diretto collegamento (proprietario e rappresentante) andasse disciplinato alla stregua delle regole sul *trust*, essendo stato il secondo fiduciariamente investito dal titolare della somma della relativa utilizzazione allo scopo di recare al terzo un indebito vantaggio in vista della ritrazione di un'utilità. Nell'opinione redatta a nome della Corte dal suo presidente, *Lord Neuberger*, si ripercorre storicamente l'itinerario dottrinario sul punto, anche mediante il richiamo di citazioni effettuate dalle parti nei loro scritti difensivi e nella discussione orale<sup>46</sup>. Altrettanto avviene nel successivo paragrafo 11 dedicato all'illustrazione della tesi del resistente, anch'essa ancorata ad una piattaforma dottritaria<sup>47</sup>. Anche ricostruendo il panorama dei precedenti giudiziari la sentenza si sofferma, seppure in via indiretta, attraverso apposito rinvio, sulle citazioni dottrinarie in essi effettuate<sup>48</sup>. Il culmine del tributo pagato dalla *Supreme Court* al formante dottrinario viene toccato con l'intitolazione della parte della sentenza dedicata all'esposizione dei motivi di diritto «*Legal principle and academic articles*» (preambolo del paragrafo 29) in cui si dà atto del corposo dibattito accademico sulle questioni oggetto di devoluzione giudiziale: ad esso si riconosce il merito di avere fornito una illuminante dimostrazione di un'analisi giuridica penetrante e stimolante. E, benché non si proceda ad un'analitica illustrazione dei vari contributi, di nessuno di quelli reputati rilevanti è omessa la puntuale menzione<sup>49</sup>. Delle varie correnti di pensiero, guardate nei loro profili espressamente incidenti sulla soluzione dei problemi della fattispecie, la Corte si occupa, traendo motivo di ispirazione o di critica, per compiere la propria scelta tra le alternative prospettabili e giungere, quindi, alla propria pronuncia.

#### 4.3. Il caso *Montgomery* del 2015

Anche il caso scozzese, dagli spinosissimi risvolti bioetici, che ha visto una soluzione unanime, con l'opinione concorrente di *Lady Hale* (che si connota per la speciale attenzione con sensibilità femminile dedicata ai problemi legati alla gravidanza

<sup>46</sup> In particolare nel paragrafo 10 si dà conto del fatto che il ricorrente avesse fondato la propria posizione sulla monografia del 1998 del Professor Sir Roy GOOD dal titolo *Proprietary Restitutionary Claims in restitution: past present and future*, p. 69 e su un successivo saggio sul medesimo tema apparso sulla *Law quarterly review* del 2011, pag 493 nonché sulla tesi, leggermente differente, della Professoressa WORTHINGTON, *Fiduciary duties and proprietary remedies: addressing the failure of equitable formulae*, in *Cambridge Law Journal*, 2013, p. 720.

<sup>47</sup> Si tratta del contributo di Lord MILLETT, *Bribes and secret commissions*, in *Rest. L.R.*, 1993, p. 7 e del saggio di SMITH, *Constructive trusts and the no-profit rule*, in *Cambridge Law Journal*, 2013, p. 260.

<sup>48</sup> È il caso della citazione dell'autorità delle opere monografiche di *Story on Agency e di Paley on Principal and agent* già effettuata dal giudice Cockburn della High Court nel caso *Morison v. Thompson* (1874) LR 9 QBD 480, richiamata nei paragrafi 17 e 20 della sentenza del 2014.

<sup>49</sup> Nell'ordine vengono citati: HAYTON, *The extent of equitable remedies: Privy Council versus the Court of Appeal*, in *Co. Law*, 2012, 161; SWADLING, *Constructive trusts and breach of fiduciary duty*, in *Trusts and trustees*, 2012, 9 85; VIRGO, *Profits obtained in breach of fiduciary duty: personal or proprietary claim*, in *Cambridge Law Journal*, 2011, 502; EDEMAN, *Two fundamental questions for the law of trusts*, in *Law quarterly review*, 2013, 66; ETHERTON, *The legitimacy of proprietary relief*, in *Birkbeck Law Review*, 2014, vol. 2 (1), p. 60.

ed al parto), *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*<sup>50</sup> ha fatto registrare l'interesse della *Supreme Court* per gli apporti dottrinari sul *thema decidendum*. Questo ruotava attorno alla determinazione della latitudine del dovere di informazione, che fu ritenuto sussistente a carico del ginecologo, verso una donna incinta dei rischi che alla propria salute ed a quella del nascituro – poi venuto alla luce con gravi disabilità – avrebbe potuto recare il parto naturale. Fu, pertanto, affermata la responsabilità colposa per la produzione dell'evento dannoso a carico del sanitario, nei cui confronti fu, in particolare, mossa la censura di non aver suggerito alla propria paziente l'alternativa del parto cesareo, che ben avrebbe potuto evitare il rischio poi tradottosi in pregiudizio attuale.

Proprio nell'opinione concorrente della Presidente vicaria della Corte, ai paragrafi 107 e 108, sono ospitati importanti riferimenti dottrinari (essenzialmente di natura medico-legale) che hanno certamente rivestito forte influenza sulla decisione. In primo luogo, viene citata un'opera monografica di più autori<sup>51</sup> in cui, alla luce della ricognizione dei precedenti giurisprudenziali, è elaborata la tesi – cui *Lady Hale* prestò persuasa adesione – secondo cui può dirsi con ragionevole grado di fiducia raggiunta la prova che l'esigenza del consenso informato del paziente è entrata saldamente a far parte del patrimonio dei principii del diritto inglese. Nel successivo paragrafo, destinato alla delimitazione del perimetro dei doveri del sanitario verso le persone affidate alle sue cure, viene riportato – ancora una volta promuovendolo a solido puntello della *ratio decidendi* – il passo di un lavoro monografico<sup>52</sup> che chiarisce quale sia l'autentico oggetto del dovere di informazione, così esprimendosi: «il problema non è quello di stabilire se siano state fornite informazioni sufficienti alla prestazione del consenso del paziente ad assoggettarsi ad uno specifico trattamento, quanto quello di appurare se si trattasse di informazione adeguata allo scopo di dimostrare che il sanitario non stesse agendo negligenzemente e stesse attribuendo idonea protezione al diritto di autonoma determinazione del paziente». Anche sulla base di questi apporti dottrinari si formò la decisione alla cui deliberazione concorse l'opinione in esame<sup>53</sup>.

#### 4.4. Il caso *Rhodes* del 2015

In un altro recente caso che, al pari di quello appena descritto, involgeva delicatissime questioni vertenti sugli aspetti psicologici ed emotivi delle relazioni endofamiliari e sul grado e sulla natura della protezione da accordare agli interessi del minore, la *Supreme Court* ha volto lo sguardo verso la riflessione dei teorici del diritto, anche stranieri, per veder alleviato il proprio travaglio decisivo e guadagnare utile guida nello scioglimento di numerosi dubbi. Si allude alla sentenza resa in *James Rhodes v. OPO and another*<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> (2015) UKSC 11.

<sup>51</sup> *Principles of medical law* terza edizione del 2010, scritta da Andrew Grubb, Judith Laing e Jean McHale.

<sup>52</sup> HERRING, *Medical law and ethics*, 2012, p. 170.

<sup>53</sup> Perfino la letteratura medica apparve nel corso dell'opinione di *Lady Hale* sotto forma di citazione nel paragrafo 112 delle linee guida del *Royal College* degli ostetrici e ginecologi inglesi.

<sup>54</sup> (2015) UKSC 32.

La materia del contendere era costituita dalla pretesa di un celebre pianista inglese, padre di un figlio dodicenne, di veder annullato un provvedimento con cui in via d'urgenza e cautelare la *Court of Appeal*, accogliendo l'istanza dell'altro genitore, da cui era legalmente separato, gli aveva inibito la pubblicazione di un libro autobiografico che raccontava delle gravi violenze morali e degli abusi fisici (dalla vittima definiti "stupri") che egli aveva subito nel corso dell'infanzia ad opera del suo allenatore sportivo. L'opposizione della madre alla pubblicazione si connetteva al timore che la divulgazione e la lettura del libro avrebbero potuto scuotere psicologicamente, con gravi effetti dannosi, il figlio provocandogli quella che, sin dal precedente caso *Wilkinson v. Downton*<sup>55</sup>, viene qualificata come specifica figura di *tort* (consistente nella produzione di un danno fisico o psichico: *physical or psychological harm*). La semplice rappresentazione dei fatti causa lascia comprendere come nel giudizio si agitassero differenti ordini problematici, rispettivamente attinenti agli aspetti tecnici (concentrati sui requisiti integranti la figura di *tort* in questione, che prende il nome dalle parti del caso del 1897 appena citato) ed a quelli morali (consistenti nella ricerca della risposta giudiziale più conforme agli interessi del minore e meglio in grado di tutelarne la psiche da nocivi turbamenti). È evidente che l'apporto dottrinario che si andrà segnalando appare eminentemente rivolto verso l'approfondimento dei primi e delle correlate e non semplici questioni giuridiche.

Quanto ai profili di tutela minorile va osservato che la *Supreme Court*, la quale all'unanimità ha accolto il ricorso del padre ed annullato il provvedimento cautelare emanato nel precedente grado di giudizio, si è in via preliminare pronunciata nel senso che non ricorrevano ragioni sia per tenere nascosta l'identità delle parti sia per illustrare il contenuto del libro e, in particolare, alcuni suoi passi salienti di notevole crudezza: a questa statuizione, come viene spiegato nel paragrafo 2 dell'opinione di *Lady Hale* e *Lord Toulson* (cui hanno acceduto anche i *Lord Clarke* e *Wilson*: quest'ultimo ha pure aderito alla separata, ma convergente, opinione del Presidente del Collegio, *Lord Neuberger*), la Corte è pervenuta per un'esigenza di trasparenza, quella di rendere note le ragioni delle parti contendenti, rispettivamente favorevoli e contrarie alla pubblicazione.

Relativamente ai temi di schietto carattere giuridico ed imperniati sulla descrizione della struttura del *tort* in questione (anche noto come illecito diretto a "*intentionally causing harm*") appare ben giustificata, in ragione della complessità del tema, il ricorso al copioso confronto con la dottrina, anche straniera.

L'esordio del paragrafo 37 della sentenza si indirizza alla ricerca dei principali contributi teorici – esplicitamente definiti di sicuro aiuto – adatti a lasciar chiaramente intendere il significato e la portata della sentenza della *High Court* – ed in particolare dell'opinione del giudice *Wright* – nel caso citato *Wilkinson v. Downton*<sup>56</sup>. A questa premessa la *Supreme Court* ha fatto seguire un'ulteriore considerazione circa lo stato degli studi sul diritto inglese negli ultimi anni del diciannovesimo secolo: si

<sup>55</sup> (1897) 2 QB 57.

<sup>56</sup> Il notissimo *leading case* aveva tratto origine da uno scherzo di cattivo gusto di cui era rimasta vittima una donna che aveva sofferto un severo *shock* nervoso a seguito della falsa notizia, comunicatale da un conoscente di famiglia, di un grave incidente patito dal marito.

trattò, a giudizio del Collegio, di un “periodo formativo”. A questo proposito viene dato valore a studi specificamente orientati alla ricerca dei principii generali regolanti la fattispecie di *torts* sostenuti dall’elemento dell’intenzionalità (cosiddetti *malicious torts*)<sup>57</sup>. Il meritato tributo viene corrisposto al pensiero di Pollock, esposto nella prima edizione, risalente al 1887, del suo insostituibile volume *On torts* in cui, da un canto, osservò che il *tort* in questione, data la sua recente origine, era sprovvisto di base precedenziale, e, d’altro canto, affermò essere del tutto compatibile con una visione moderna dell’illecito civile extracontrattuale una visione – per mutuare dal linguaggio e dalla concettuologia dell’art. 2 della Costituzione italiana – solidaristica dei rapporti umani, ispirata alla prudenza delle condotte ed al dovere di non produrre volontariamente danno ad altri. Per rafforzare l’idea della doverosità di condotte volte alla prevenzione di danni ingiusti ad altri ed all’affermazione del criterio dell’autoresponsabilità, il cui esito è quello dell’imputabilità all’agente di tutte le conseguenze naturali e probabili della sua condotta (la teoria della cosiddetta “*imputed intention*”) la Corte, nel paragrafo 45, ricorda la posizione critica nei confronti dell’applicazione di tale principio in campo penale assunta da uno dei maggiori studiosi di *torts* e di illeciti penali, il Professor Glanville Williams<sup>58</sup>. Un riferimento dottrinario *per relationem* si ritrova nel paragrafo 59 in cui vengono riportati brani di altre sentenze<sup>59</sup>, soffermatesi sull’affermazione di un altro grande autore in materia di *torts*<sup>60</sup> secondo cui l’autore di condotte estreme intenzionalmente orientate alla produzione di gravi danni alla sfera emotiva ne risponde civilmente a condizione che ne scaturisca anche un danno fisico.

Ed infine, il paragrafo 69 si occupa dell’esperienza statunitense, sottolineando che nel secondo *restatement of the law of torts* del 1965, ad opera dell’*American Law Institute*, la sezione 46 (1) recepì pedissequamente l’insegnamento di Salmond appena citato<sup>61</sup>. Il supporto dottrinario americano alla congrua interpretazione della formula normativa è indicato attraverso il riferimento ad un saggio specialistico<sup>62</sup>. In conclusione, la Corte, anche in virtù dell’apertura al dibattito dottrinario, si esprime nel senso che nel caso di specie mancasse qualsiasi prova della sussistenza, nella condotta dell’autore del libro, dell’ineliminabile – tale anche secondo gli studi teorici citati – requisito della intenzione di recare ad altri un danno ingiusto nella sfera psicologica o fisica del figlio minore.

---

<sup>57</sup> Viene ricordata la ricostruzione storica effettuata nel saggio del Professor OLIPHANT, *The structure of the intentional torts*, pubblicato nel volume del 2007 *Emerging issues in tort law*, a cura del Professor Neyers.

<sup>58</sup> Ne viene citato il *Textbook of the criminal law*, 1978, p. 61, in cui la sentenza della *House of Lords* nel caso *DPP v. Smith* (1961) AC 290, che aveva fatto applicazione della dottrina della “*imputed intention*”, viene definita una delle più criticate mai emessa da una corte inglese di giustizia.

<sup>59</sup> Quella della *Court of Appeal*, con l’opinione del giudice Woolf, nel caso *Wainwright v. Home Office* (2002) QB 1334, par. 49.

<sup>60</sup> Il riferimento è all’edizione di *Salmond and Heuston on Torts* del 1996, p. 215.

<sup>61</sup> Si ricorda nella sentenza della *Supreme Court* che nel terzo *restatement* del *law of torts* – dedicato alla *Liability for physical and emotional harm* – del 2012 è stata apportata qualche leve modifica al testo del 1965.

<sup>62</sup> FRAKER, *Reformulating outrage: a critical analysis of the problematic tort of IIED*, pubblicato in *Vand. L. Rev.*, 2008, p. 983.

#### 4.5. I casi *Cox* e *Mohamud* del 2016

Nella medesima data del 2 marzo 2016 sono state pubblicate due sentenze della *Supreme Court* che hanno trattato di un altro tra i più controversi capitoli del diritto dei *torts* inglese, quello della *vicarious liability*. L'apparato dottrinario delle due consecutive sentenze<sup>63</sup> è sostanzialmente omogeneo in considerazione dell'identità dell'istituto che ne ha costituito oggetto.

I casi riguardavano la responsabilità, in concreto affermata dalla Corte, di committenti e datori di lavoro provocati rispettivamente a terzi da dipendenti o impiegati<sup>64</sup>.

In entrambe le fattispecie la questione centrale concerneva la demarcazione dell'area operativa della responsabilità extracontrattuale, in via vicaria, per il fatto altrui e, più particolarmente, la enunciazione del grado di relazione che deve intercorrere, al fine dell'affermazione della responsabilità stessa, tra l'autore del fatto dannoso e la persona cui possano imputarsene le conseguenze pregiudizievoli a carico di terzi. Nella parte iniziale (paragrafo 2) dell'opinione di *Lord Reed* – resa a nome dell'intero Collegio, composto dal Presidente Neuberger, dalla Presidente vicaria *Lady Hale*, dai *Lords Dyson* e *Toulson* – nel caso *Cox*, infatti, è apertamente detto che i due momenti connotanti la “*vicarious liability*” sono formati dalla natura del rapporto che passa tra l'agente e la persona responsabile della sua condotta e dalla qualificazione del comportamento del primo in termini tali da renderne imputabili gli effetti al secondo. Analogamente, nell'altro caso, il primo paragrafo dell'opinione di *Lord Toulson* (rappresentativa della posizione dell'intero Collegio, in identica composizione rispetto a quella che ha contestualmente giudicato nel caso *Cox*) dichiara che la Corte deve preoccuparsi di definire le condizioni alla cui ricorrenza è subordinata l'affermazione di responsabilità in *tort* di un soggetto per il fatto di persona a lui legata da un particolare rapporto giuridico.

L'apporto dottrinario è stato nelle due sentenze di sicuro peso, anche per il prestigio degli autori citati, in special modo nel caso *Mohamud v. Morrison*.

Il paragrafo 31 dell'opinione di *Lord Reed* nel caso *Cox* sancisce l'esigenza, funzionale alla risposta da dare ai due problemi preliminarmente posti, che, ai fini della dichiarazione di *vicarious liability*, la condotta fonte di responsabilità inerisca naturalmente al tipo di attività assegnata all'autore dal soggetto cui sia legato in forza di un rapporto giuridico (quale quello di committenza o di lavoro subordinato). A conforto di questa conclusione la sentenza cita un recente saggio dottrinario del Professor John Bell<sup>65</sup>, che evidentemente ha giocato un ruolo di primo piano nell'economia della decisione finale.

Ed invero, la sentenza ha accolto l'intuizione dell'autore, che si arguisce facilmen-

<sup>63</sup> *Cox v. Ministry of Justice* (2016) UKSC 10 e *AM Mohamud v. WM Morrison Supermarket plc*, 2016, UKSC 11.

<sup>64</sup> In un caso (*Mohamud*) l'addetto ad una pompa di benzina operante presso un supermercato, presso cui prestava il proprio lavoro subordinato, aveva aggredito fisicamente e verbalmente un cliente, mentre nell'altro la responsabile al servizio di mensa di un istituto penitenziario era rimasta ferita a causa dell'imprudente manovra di un detenuto nella preparazione e distribuzione del cibo.

<sup>65</sup> *The basis of vicarious liability*, in *Cambridge Law Journal*, 2013, p. 17.

te dalla parte finale del saggio<sup>66</sup>, secondo cui l'ambito in cui la responsabilità in via vicaria, da qualificarsi come di natura oggettiva<sup>67</sup> va determinato con riferimento all'oggetto dell'attività che una persona espleta su incarico di un'altra cui sia legata da un rapporto giuridicamente rilevante<sup>68</sup>. La sentenza resa nel caso *Mohamud* è tutt'altro che avara di riferimenti dottrinari: essi sono, al contrario, ampi e convincenti, soprattutto per l'importanza delle opere citate.

In primo luogo viene doviziosamente spiegata l'origine storica dell'istituto della responsabilità vicaria (paragrafo 11), muovendo dall'analisi compiuta da Holdsworth<sup>69</sup> che mise in luce come, già in periodo medievale, si fosse imposto il principio della responsabilità del padrone per gli atti compiuti, su sua disposizione o dietro suo consenso, dai suoi dipendenti. Lo stesso autore viene citato<sup>70</sup> nel paragrafo 17 della sentenza a sostegno della tesi secondo cui esiste una chiara traccia del diritto romano nella delineazione dei principii che alimentano la "*vicarious liability*". La sentenza assume poi come paradigma definitorio dell'istituto (paragrafo 25) quello – noto come *Salmond formula*: v. par. 26 della sentenza – ascrivibile ad uno dei più accreditati esperti del *law of torts*, Salmond, autore dell'omonima opera<sup>71</sup>. La stessa nozione di origine dottorale viene utilizzata nella parte conclusiva della sentenza – par. 56<sup>72</sup> – per sottolineare che la seconda parte della cosiddetta formula di Salmond, pur mantenendo la propria validità per ciò che attiene alla prima ipotesi, risulta di non semplice applicazione con riguardo alla seconda: il che comporta la necessità di adottare un criterio più efficace di giudizio, quale quello della maggior prossimità tra agente e responsabile in via vicaria delle sue azioni.

Ora, benché la soluzione decisoria non sia coincidente con quella che si sarebbe attuata applicando integralmente la teoria di Salmond, è pur vero che questa ha, tuttavia, costituito il punto di partenza della riflessione della *Supreme Court*.

---

<sup>66</sup> BELL, cit., p. 20.

<sup>67</sup> BELL, *op. loc. ult. cit.*, la definisce, infatti, "*strict*".

<sup>68</sup> La conclusione cui è arrivata nel caso in esame la Supreme Court costituisce la fase evolutiva della linea fissata dallo stesso organo nel caso *The Catholic Child Welfare Society and others v. Various Claimants (FC) and The Institute of the Brothers of the Christian Schools and others* (2012) UKSC 56 – relativo alla commissione di atti di violenza sessuale su allievi di un istituto religioso di istruzione scolastica da parte del suo personale, con conseguente affermazione della responsabilità vicaria del primo – in cui il Presidente del Collegio, Lord Phillips, affermò nel paragrafo 19 che "*The law of vicarious liability is on the move*".

<sup>69</sup> *A history of English law*, vol. III, pp. 383-387, 1908.

<sup>70</sup> Questa volta il riferimento è all'ottavo volume dell'opera storica di Holdsworth, p. 476 dell'edizione citata nella nota precedente.

<sup>71</sup> Viene ricordata l'edizione del 1907, la prima, in cui si qualifica come illecita la condotta del dipendente nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro perché consistente nel compimento di un'azione antigiuridica autorizzata dal suo datore o nel compimento, secondo modalità non convenute, di un'azione autorizzata.

<sup>72</sup> Viene citata anche la versione aggiornata di *Salmond and Heuston on the Law of torts*, 21° ed., 1996, p. 443.

## 5. Tratti conclusivi

La vita della *Supreme Court* è ancora troppo corta per consentire di tracciarne un'immagine definitiva quale solo una prolungata esperienza, come quella maturata dalla *House of Lords*, potrebbe facilitare.

Già alcuni aspetti di novità, dipendenti dalla riforma costituzionale del 2005 per ciò che afferisce alla selezione dei giudici e al distacco, anche logistico, dalla sede e dalla inerenza parlamentare, sono stati posti in risalto, come altri più direttamente collegati a talune manifestazioni esteriori dell'attività della Corte.

Altri segni di mutamento vanno poi colti con riguardo alla accresciuta sensibilità della Corte verso la vita ed il funzionamento di altri diritti nazionali e, in particolar modo, nei confronti del diritto europeo nelle sue molteplici declinazioni, dalla dimensione comunitaria a quella connessa alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti umani del 1950. Beninteso, tale sensibilità, come si è potuto notare nel corso dello studio, non equivale certo ad uniformità o ad acritico appiattimento sulle posizioni extranazionali: l'orgogliosa rivendicazione della tavola di valori tipici del *common law* inglese ed il continuo richiamo alla *rule of law* come suo principio fondativo ne sono eloquente dimostrazione.

Sembra, d'altro canto, certo che sarebbe irrealistico e contrario alle evidenze offerte dalla concreta attività giurisdizionale seguire a coltivare l'idea dell'isolamento giudiziario inglese dal resto del continente europeo: la posizione conformativa alla decisione quadro sul mandato di arresto europeo assunta dalla *Supreme Court* nel caso *Assange* del 2012 rassicura oltre ogni possibile dubbio. Ed ancora, traspare da alcune sentenze emesse in fattispecie in cui per varie ragioni erano venuti in rilievo episodi degradanti ed umilianti per la persona umana, quali i casi di abusi e violenze su minori, la non comune attenzione prestata al doppio scopo di individuare le misure protettive più efficienti e solide a favore dei soggetti più deboli e di intervenire con adeguati mezzi sanzionatori-anche di natura civilistica, e, quindi, essenzialmente patrimoniali – nei confronti degli autori delle condotte illecite (il caso *Christian Brothers* del 2012 è esemplare a questo riguardo, come pure, per altro verso, la sentenza resa nel caso *Rhodes* del 2015).

La tutela in *tort* riconosciuta in casi in cui la Corte ha avvertito come imperativa l'esigenza di salvaguardare ed incrementare la sfera di libera determinazione morale di fronte a scelte impegnative quali quelle riguardanti la vita o la salute propria o dei congiunti appare sintomo inconfondibile – come conferma il caso *Montgomery* del 2015 – della volontà giudiziale di stabilire una gerarchia tra i beni meritevoli di protezione.

È del tutto congetturale stabilire un nesso tra l'affrancamento della nuova Corte dall'inglobamento presso una delle camere parlamentari e la pronuncia di sentenze – come quella del caso *Evans* del 2015 – che non hanno esitato a dichiarare preminente l'interesse collettivo alla conoscenza di momenti rilevanti della vita pubblica rispetto ad esigenze di riservatezza di singole persone titolari di cariche istituzionali: l'obiettivo della trasparente attività delle autorità statali è sempre ben presente nei "*dicta*" della *Supreme Court*.

La correttezza dello svolgimento dei procedimenti penali, con particolare riferi-

mento alla fase di acquisizione delle prove d'accusa, è stata dalla Corte promossa a simbolo vivente della indefettibile applicazione dei principii di origine europea (nonché di ultrasecolare tradizione interna) del giusto processo (come dimostra il caso *Fraser* del 2011).

In nessuna delle occasioni nelle quali la *Supreme Court* è stata chiamata a dirimere conflitti non solo tra posizioni soggettive individuali ma anche tra valori ed interessi metaindividuali essa ha perduto di vista, nel processo argomentativo delle relative decisioni, la meta dell'autonomia e dell'indipendenza della propria azione, sì da non deludere le aspettative del *Constitutional Reform Act* del 2005 che l'ha istituita.

Non può certo ignorarsi che, come visto in precedenza, il piatto della bilancia possa talvolta anche pendere in senso sfavorevole a posizioni che la Corte ha espresso su materie degne della più alta considerazione, come quella dei diritti umani. Si è già osservato come non sia ancora matura la stagione per un elevamento al rango di diritti costituzionali del catalogo dei diritti umani, forse anche a causa di una solo frammentaria elaborazione della nozione dei primi. Svolge a questo proposito un ruolo frenante, secondo la stessa, competente dottrina che ha rilevato il ritardo della *Supreme Court* nell'allineamento pieno alla giurisprudenza della Corte EDU il fatto che i membri del più alto consesso giudiziario inglese abbiano generalmente la stessa formazione ed identiche esperienze professionali: questo renderebbe altamente improbabile l'eventualità che le loro sentenze sfoggino carattere genuinamente creativo<sup>73</sup> o che la selezione degli stessi giudici non avvenga sulla base delle loro vedute su particolari temi<sup>74</sup>. A controbilanciare questa circostanza sta, tuttavia, la prassi di nominare almeno un giudice ciascuno di origine scozzese e nord irlandese; parimenti non è da trascurare il fatto che i due primi Presidenti siano di origine ebraica o che la Presidente vicaria sia una donna: si tratta di segni di multiculturalismo, votati all'incoraggiamento ed al consolidamento in futuro.

Di fronte a questa ancora incompiuta conformazione in senso innovatore della struttura e del bagaglio ideale del massimo organo giurisdizionale inglese, si colloca però un ulteriore tratto distintivo dell'attività della Corte, che si nutre sia di una manifestazione esteriore e palese sia di un profondo ed apprezzabile atteggiamento culturale, all'insegna del confronto, se non, addirittura, del colloquio. Si tratta del dialogo, vale a dire del suo porsi in interlocuzione diretta – materiale o solo ideale – con gli altri protagonisti, prossimi o remoti, della singola vicenda giudiziale. È sufficiente assistere – anche attraverso la trasmissione a circuito chiuso – di un'udienza della *Supreme Court* per rendersi conto della frequenza delle domande rivolte da giudici della Corte ai difensori delle parti durante la discussione del ricorso, delle obiezioni, delle considerazioni volte a sollecitare una risposta, un suggerimento, una delucidazione sulla via della ricerca della soluzione più rispondente a giustizia per il caso concreto. Anche il foro appare preparato a questi scambi verbali, che certamente danno la misura della mancata predeterminazione della decisione e del sincero desiderio della Corte di esplorare qualsiasi strada argomentativa prima di articolare la propria pronuncia: questo accade ordinariamente nelle aule di celebrazione dei processi, con interlocutori che fisicamente sono compresenti.

---

<sup>73</sup> DICKSON, *Human Rights and the United Kingdom Supreme Court*, cit., p. 379.

<sup>74</sup> *Op. loc. ult. cit.*

Ma vi è un'altra, non meno rimarchevole, dimensione di dialogo che qualifica l'attività della *Supreme Court*. È il dialogo a distanza, che continuamente prende corpo nella motivazione delle sentenze, con la dottrina e con l'opera dei relativi autori.

Deve, ovviamente, ammettersi che appartiene alla tradizione culturale della giurisprudenza inglese la corrispondenza ideale con la dottrina, e la partecipazione degli stessi giudici, con loro autonomi scritti, al dibattito accademico. Del resto, non è mai stata innalzata, nel *common law* inglese, alcuna barriera interdittiva al recepimento nella struttura argomentativa delle sentenze di contributi dottrinari e, comunque, al loro vaglio: in sostanza l'ordinamento non è mai rimasto vittima del bavaglio – di regola abilmente eluso – che in Italia esercita, nello scambio di informazioni tra dottrina e giurisprudenza, l'art. 118 disp. att. c.p.c. che, come è noto, vieta la citazione di autori giuridici nelle sentenze<sup>75</sup>. La libertà dal vincolo formale non è di per sé garanzia della disponibilità giurisprudenziale ad accogliere alla mensa dei propri stabili interlocutori istituzionali i teorici del diritto. Perché questo accada è necessaria una speciale forma mentale, lontana dall'autoreferenzialità, proclive alla revisione critica del proprio operato, fiduciosa nelle capacità di persuasione accreditate agli studiosi accademici, in auspice attesa dei loro contributi per dare solidità e credibilità ai propri impianti decisorii. In un certo senso potrebbe dirsi che il rivolgersi permanente ed usuale della giurisprudenza inglese, a cominciare da quella della *Supreme Court*, alla dottrina tradisce l'aspirazione a condividere con essa la responsabilità ed il peso delle scelte e delle soluzioni adottate nei singoli casi: una sorta di schermo da utilizzare non per sfuggire alla gravosità del proprio compito, ma una guida affidabile lungo un cammino difficoltoso e, spesso, estenuante. Traspare in molte sentenze inglesi (senza dubbio in tutte quelle qui esaminate per il loro valore rappresentativo di una tendenza diffusa) il senso di questa cooperazione, quasi un viaggio verso una comune meta che affratella i pellegrini che lo compiono<sup>76</sup>. La sentenza diviene, allora, nelle intenzioni di chi la pensa e la redige non solo il prodotto di una scelta collegiale (o, forse, della somma coordinata di più opinioni individuali) ma la rappresentazione esterna del pensiero, magari solo maggioritario e non unanime, di una comunità in cui la distinzione di ruoli non è d'ostacolo alla formazione – se non di un convincimento identico – di un sentire comune, che nasce anche grazie alla circolazione, in pubbliche occasioni di dibattito, delle opinioni degli appartenenti alla comunità stessa, indipendentemente dal rispettivo rango professionale.

Della nozione di sentenza come prodotto di interscambio culturale tra dottrina e giurisprudenza la tendenza riscontrata in molte delle pronunce rese nei primi anni di attività della *Supreme Court* appare, pertanto, fedele testimone. Bene essa può additarsi a sprone ed esempio per altre esperienze ordinamentali europee, le quali non paiono, peraltro, volersi sottrarre alla partecipazione all'ambizioso processo edificatorio di uno *ius commune* alimentato anche dai dialoghi tra dottrina e giurisprudenza.

<sup>75</sup> V. il mio *Le ragioni del silenzio (apparente)*, cit., p. 25 ss.

<sup>76</sup> È la nota metafora di Lord Goff of Chieveley nel caso, deciso dalla *House of Lords*, *Spiliada Maritime Corporation v. Casulex Limited* (1987) A.C.488.



## Quando la dottrina si fa giurisprudenza \*



Antonino Procida Mirabelli di Lauro

SOMMARIO: 1. Il ruolo del giudice, del dottore e (la duplice funzione) del comparatista nell'ambito di uno studio volto a tracciare gli itinerari della dottrina e del suo impatto sulle Corti di vertice. La variabilità del problema in funzione delle fonti, della loro gerarchia e dei metodi interpretativi, ma anche dello stile delle sentenze e delle varie forme letterarie. Il crescente ricorso della giurisprudenza alla comparazione e l'esigenza di controllare la correttezza sintattica del trapianto anche attraverso la sua "contestualizzazione" alle caratteristiche storiche e morfologiche dei diversi sistemi. – 2. Il silenzio apparente di alcuni diritti continentali quale espressione di un crittotipo che affonda le sue radici nella tradizione post-illuministica. L'oggetto e il metodo della ricerca. L'inversione dei termini dell'attuale dibattito sulla «giurisprudenza che si fa dottrina». I settori nei quali l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice è stato, di recente, particolarmente significativo. – 3. Il ruolo *leader* della dottrina tedesca nelle "scoperte giuridiche" in tema di obbligazione. La circolazione trans-sistemica di alcuni modelli dottorali e l'esigenza di privilegiare, rispetto all'approccio dogmatico, la comprensione storico-comparativa delle ragioni della loro esistenza. – 4. La "connessione" funzionale delle obbligazioni di *sécurité* alla prestazione e la loro autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni *strictement contractuelles*. La contrapposizione, in Francia e Germania, tra le concezioni pluralistica e unitaria dell'obbligazione e la diversa posizione rispetto agli obblighi di protezione "puri" o "isolati". Le ragioni della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania, con riferimento anche al sistema di responsabilità delittuale. – 5. L'ambigua nozione di "contatto sociale", quale fonte di obblighi di prestazione, non di protezione, e la sua contrapposizione all'idea di "contatto negoziale". La responsabilità da *status* professionale nell'ambito di una disciplina unitaria degli ausiliari del debitore (art. 1228 c.c.). – 6. Dalla teoria dell'"obbligazione senza prestazione" alla pragmatica della "prestazione senza obbligazione". La "specificità" della *culpa in contrabendo* e il suo possibile inquadramento nell'area della responsabilità contrattuale. L'esplorazione delle prestazioni "non dovute" come fonte di obblighi di protezione. La ricostruzione dei rapporti "di cortesia" all'interno di un paradigma relazionale. – 7. Il carattere strumentale e rimediabile delle obbligazioni di *sécurité*. L'analogo ruolo svolto dagli obblighi di protezione: in particolare, il superamento delle incongruenze in tema di responsabilità degli ausiliari (§§ 278 e 831 BGB) e le mutazioni dell'obbligazione sanitaria tra "mezzi" e "risultato". – 8. *Segue*. La critica dell'obbligazione di *sécurité-moyens* e il suo collegamento con i rimedi delittuali fondati su regole di responsabilità oggettiva (art. 1384, primo comma). Le proposte ispirate al regime del concorso o alla "decontrattualizzazione" delle obbligazioni di *sécurité*. La riforma del diritto dei contratti introdotta con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016. – 9. Il ruolo primario degli obblighi di protezione "connessi" e il problema della loro distinzione dagli obblighi di prestazione nell'ambito di un'idea dell'obbligazione quale "struttura unitaria funzionalmente orientata". Le

difficoltà della partizione tra *leistungsbezogene Nebenpflichten* e *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten* al fine di individuare il tipo di rimedio esigibile. L'impraticabilità dell'approccio dogmatico-tassonomico e l'adozione di un metodo ispirato alla scelta del rimedio (risarcitorio o in forma specifica) in concreto esigibile. – 10. La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione e di responsabilità alle esigenze storiche e alle caratteristiche sistemologiche di ciascun diritto. Il fenomeno dell'“equivalenza” e della “simmetria” dei regimi di imputazione della responsabilità in ambito delittuale e contrattuale. Il superamento della partizione e l'unificazione dei modelli di responsabilità nell'itinerario che conduce dalla colpa alla *strict liability*. – 11. *Considerazioni conclusive*. “Prestigio” (dell'autore) e “interesse” (da tutelare) nella ricezione della dottrina da parte delle Corti Supreme. Alcuni casi emblematici: la teoria delle violazioni positive del contratto, la partizione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”, l'interpretazione dell'art. 1384, primo comma, *code civ.* e il principio del *non-cumul*, il “nuovo” *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e l'obbligazione senza obbligo primario di prestazione. – 12. *Segue*. Il ruolo paradigmatico della responsabilità civile nella descrizione delle vicende circolatorie tra dottrina e giurisprudenza. Alcuni esempi che dimostrano come le Corti si ispirino, nella ricezione di una dottrina (non sempre *savante*, ma spesso *militante*), ad una valutazione teleologica che è funzionale a tutelare un determinato interesse, sulla base di un proprio ed autonomo disegno di *policy* e delle peculiari caratteristiche sistemiche che sono proprie di ciascun diritto.

1. Il ruolo del giudice, del dottore e (la duplice funzione) del comparatista nell'ambito di uno studio volto a tracciare gli itinerari della dottrina e del suo impatto sulle Corti di vertice. La variabilità del problema in funzione delle fonti, della loro gerarchia e dei metodi interpretativi, ma anche dello stile delle sentenze e delle varie forme letterarie. Il crescente ricorso della giurisprudenza alla comparazione e l'esigenza di controllare la correttezza sintattica del trapianto anche attraverso la sua “contestualizzazione” alle caratteristiche storiche e morfologiche dei diversi sistemi

Antonio Gambaro ha sottolineato, nella parte iniziale della sua pregevolissima relazione di sintesi tenuta al Convegno che si è svolto, qualche tempo fa, presso l'Ateneo fridericiano – incontro implicitamente dedicato proprio al suo pensiero e a quello di Rodolfo Sacco, in considerazione del tema trattato<sup>1</sup> e dell'inestimabile contribu-

---

\* Questo saggio rappresenta la sintesi dell'intervento di apertura dei lavori del Convegno intitolato “Il Giudice, il Dottore, il Comparatista nella comunicazione universale”, svoltosi il 10 e l'11 dicembre 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, e delle relazioni tenute: al Convegno Internazionale di Studi «Il formante dottrinale nella costruzione del formante giurisprudenziale. Una riflessione sul ruolo della dottrina nel diritto pretorio», che si è svolto il 4 e 5 dicembre 2015 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona; al Primo Colloquio italo-marocchino di Diritto comparato sul tema “La dottrina giuridica nella giurisprudenza delle Alte Corti”, che si è svolto in Marocco il 17 e 18 dicembre 2015 presso la Facoltà di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali dell'Università Mohammed V di Rabat.

<sup>1</sup> Oltre agli ulteriori problemi che più innanzi saranno esaminati, non a caso sia il titolo della ricerca PRIN, sia quello del Convegno di Verona e di molte relazioni citano esplicitamente il termine “formante”, secondo una metodologia che si ricollega al pensiero di A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Tratt. di Dir. Comp.* diretto da R. Sacco, Torino, III ed., 2008, p. 3 ss.; più ampi svolgimenti in R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII, IV ed., Torino, 1991, p. 438 ss.

to scientifico che in questi ultimi decenni è stato offerto alla scienza comparatistica ed a un'intera generazione di studiosi che ne hanno seguito il magistrale insegnamento –, che la circolazione, oramai universale, che involge l'opera del giudice, del dottore e del comparatista non può prescindere da una molteplicità di fattori che caratterizzano ciascuna tradizione giuridica<sup>2</sup>. Così, l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice può essere misurato<sup>3</sup> sulla base non soltanto della prioritaria ed evidente distinzione tra le Corti che citano o che non citano esplicitamente la letteratura giuridica (e della conseguente partizione tra “dialoghi espressi” e “dialoghi muti”)<sup>4</sup>, o di una serie di varianti che riguardano le fonti, la loro gerarchia e i metodi interpretativi, ma anche dello stile che le sentenze e le varie forme letterarie assumono, reciprocamente, nelle diverse esperienze giuridiche.

Per rimanere nel contesto euro-continentale, se è innegabile il «ruolo egemone del formante dottrinale»<sup>5</sup> nei riguardi delle Corti nella formazione, nella scientificizzazione e nell'evoluzione del diritto tedesco, il quale trova un'esplicita conferma sia nell'influsso che le scuole germaniche hanno esercitato nell'opera di codificazione, sia, soprattutto, nel ruolo che le teorie della dottrina hanno assolto in sede di motivazione nella «costruzione razionale della decisione nel suo complesso»<sup>6</sup>, il peso della giurisprudenza è però «andato via via crescendo nel corso dell'ultimo secolo»<sup>7</sup>, anche là dove essa si è limitata a sancire il successo di una determinata “scoperta giuridica” della dottrina. Così, all'inverso, il tradizionale sillogismo, criptico e talvolta «condensato in un'unica frase»<sup>8</sup>, con il quale la Cassazione francese, ragionando da legislatore, dimostra di avere «ereditato dai vecchi parlamenti la coscienza del suo potere e l'arte di accrescere la propria autorità»<sup>9</sup>, non ha mai messo in ombra il ruolo essenziale svolto dagli *arrêstistes* che, nell'illustrare criticamente gli argomenti giuridici che erano a fondamento della decisione, hanno attribuito ad essa quel significato motivazionale razionale che, poi, ne avrebbe decretato un ruolo *leader* e precedenziale. A voler tacere, poi, delle ipotesi<sup>10</sup> nelle quali è stata proprio la giurisprudenza a recepire esplicitamente le idee della dottrina, decretandone così l'effettivo successo nell'evoluzione del diritto francese post-codicistico. Nel diritto inglese odierno, poi, se è vero che «spetta sempre ai giudici rifornire il sistema dei nuovi concetti e delle nuove regole giurisprudenziali che sono necessari per il suo funzionamento», il ruolo della

<sup>2</sup> In argomento, A. GAMBARO, in A. GAMBARO e R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., p. 43 ss.

<sup>3</sup> Sul punto il *leading article* di A. GAMBARO, *Misurare il diritto?*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2012, p. 17 ss., la *Presentazione* di M. GRAZIADEI (*ivi* p. 7 ss.) e gli ulteriori articoli dedicati al tema e contenuti nella parte I del volume.

<sup>4</sup> Proprio a tali nozioni, infatti, si ispira la partizione della Sezione I («Dialoghi espressi, dialoghi muti: l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza») della parte monografica (Parte I) dell'*Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, che ha ad oggetto il tema esaminato da questa ricerca.

<sup>5</sup> A. GAMBARO, in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., p. 270.

<sup>6</sup> A. GAMBARO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>7</sup> A. GAMBARO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>8</sup> A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 233.

<sup>9</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Tratt. di Dir. Comp.*, diretto da R. Sacco, Torino, V ed., 1992, p. 229.

<sup>10</sup> Alcune delle quali saranno esaminate nei prossimi paragrafi.

dottrina è andato significativamente crescendo e «anche sotto questo profilo la letteratura giuridica inglese tende ad assomigliare strettamente a quella americana ed a quella europeo continentale, perdendo ogni aspetto di insularità»<sup>11</sup>. Infatti, soprattutto negli Stati Uniti l'impatto della dottrina sulla giurisprudenza è divenuto vieppiù notevole, anche in virtù di una «scelta di ruolo che è stata compiuta dal formante dottrinale il quale ha rinunciato a seguire l'evoluzione della casistica divenuta sterminata e ingestibile, scegliendo invece di fornire ai giudici ed agli operatori in genere la guida di teorie che possano generare soluzioni coerenti e accettabili della costellazione dei casi pratici»<sup>12</sup>.

Chi ha studiato, con il dovuto approfondimento, la fenomenologia e le ragioni dei diritti del silenzio (apparente)<sup>13</sup> suddivide il loro percorso in due momenti. Da un lato vi sono le Costituzioni e i codici settecenteschi<sup>14</sup>, di stampo illuministico, che proibivano ai giudici di citare la dottrina o, addirittura, di considerarne (anche implicitamente) le opinioni<sup>15</sup> al fine di non «intaccare il prevalente peso del diritto positivo» e, soprattutto, di proteggere il potere regio «dal timore della sua erosione» da parte di una giurisprudenza che «potesse divenire *os doctorum* piuttosto che *os regis*»<sup>16</sup>. Dall'altro, vi è il periodo storico testimoniato dall'art. 265, r.d. 14 dicembre 1865, n. 2641 il quale, pur nell'escludere che le Corti dovessero preoccuparsi di «confutare tutti gli argomenti addotti in contrario dai patrocinatori delle parti, e senza invocare l'autorità degli scrittori legali», rappresenta un sicuro «mutamento di passo rispetto al secolo precedente»<sup>17</sup>. Il divieto perde «il temibile aspetto di attentato all'autorità regia» ed è inserito «in un contesto squisitamente formale, quello riguar-

<sup>11</sup> A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 110.

<sup>12</sup> A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 174.

<sup>13</sup> M. SERIO, *Le ragioni del silenzio (apparente): l'atteggiamento della giurisprudenza italiana rispetto alle citazioni dottrinarie a confronto con quello della giurisprudenza inglese*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 25 ss.

<sup>14</sup> Cfr. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro it.*, 1969, V, cc. 119-122.

<sup>15</sup> Si pensi, ad es., al § 6 della Parte introduttiva dell'ALR del 1794 che disponeva che «Per le decisioni future, il giudice non deve considerare le concezioni della dottrina né le precedenti decisioni», o al § 14 dell'*ABGB für den Kanton Aargau*, che prescriveva che «Nessun giudice può interpretare o integrare il codice vigente recependo nella sua sentenza una legge straniera o la concezione di una dottrina come fondamento della decisione». Oltre alle regie Costituzioni piemontesi del 1723, del 1729 e del 1770 (quest'ultima conteneva la proibizione per gli «avvocati di citare nelle loro allegazioni veruno dei lettori nelle materie legali» e per i «giudici tanto supremi che inferiori di deferire all'opinione di essi») ed al Codice estense del 1771 (che prevedeva per il *casus dubius* l'interpretazione effettuata dal Supremo Consiglio di Giustizia), la Prammatica del 27 settembre 1774, emanata durante il regno di Ferdinando IV di Borbone delle due Sicilie, prescriveva che «per rimuovere quanto più si possa l'arbitrio, ed allontanare i giudici da ogni sospetto di parzialità, le decisioni si fondino non già sulle nude autorità dei dottori, che hanno purtroppo con le loro opinioni o alterato o reso incerto ed arbitrario il diritto, ma sulle leggi espresse dal regno, o comuni» (cfr. M. SERIO, *op. ult. cit.*, p. 25 s.). Così, nel caso di interpretazioni dubbiose, la legge francese del 24 agosto 1790 obbligava i giudici a chiedere la soluzione al Parlamento e gli artt. 131 e 132 della Legge organica giudiziaria del Regno di Napoli del 29 maggio 1817 stabilivano che la Corte di casazione dovesse chiedere al Sovrano l'interpretazione da seguire.

<sup>16</sup> M. SERIO, *op. ult. cit.*, p. 27.

<sup>17</sup> M. SERIO, *op. ult. cit.*, p. 28.

dante la tecnica motivazionale delle sentenze, dichiaratamente ispirata al criterio della concisa esposizione dei motivi»<sup>18</sup>. Da qui l'attuale divieto sancito dall'art. 118, terzo comma, disp. att. c.p.c. che, per un verso, rileva sul mero piano deontologico, essendo sfornito di una sanzione di nullità; per altro verso rappresenta una regola ingannevole e apparente, che opera sul mero piano formale, là dove obbliga il giudice soltanto a non rivelare esplicitamente la fonte bibliografica, ma non, invece, a prendere nella dovuta considerazione le diverse posizioni della dottrina. Silente o omessa è «l'identità dell'autore, non l'esistenza stessa del pensiero, inteso nella sua oggettività»<sup>19</sup>. A parte eventuali sentimenti di frustrazione degli autori italiani, condannati all'oblio identitario<sup>20</sup>, la giurisprudenza, in realtà, ripropone «il modello analitico di ragionamento dottrinario, il quale fa, pertanto, ingresso nell'impianto della sentenza ancora una volta dalla porta principale, sebbene si tenga pudicamente nascosta l'identità del suo autore» ricorrendo «ad artifici dialettici, quali l'uso di impersonali espressioni: dottrina prevalente, nota dottrina, migliore dottrina, ecc.»<sup>21</sup>.

Gli esempi sono troppo numerosi per essere citati, poiché un più o meno articolato riferimento agli orientamenti della dottrina è ravvisabile in quasi tutte le sentenze della Suprema Corte. Ma, oltre ai casi che in seguito saranno esaminati, può esser utile qui rimarcare alcune ipotesi paradigmatiche. Se, da un lato, il tema «mirabilmente indagato in un lontano passato da autorevolissima dottrina» ha consentito di porre in discussione «il contrario avviso espresso, in argomento», dalla dottrina dominante «(dottrina i cui contributi, a giudizio del collegio, e come già a più riprese affermato dalle stesse sezioni unite di questa corte, deve essere sempre sinergicamente e opportunamente valutato e collegato all'evoluzione della giurisprudenza)»<sup>22</sup>. Dall'altro, la Cassazione ha dato rilievo, talvolta, anche al genere muliebre dell'autore, là dove ha condiviso in maniera «innegabile» la teoria della «ricordata dottrina, che coniuga autorevolezza scientifica e convincente pragmaticità femminile»<sup>23</sup>. Dall'altro ancora, le Sezioni Unite civili, nel portare a compimento la loro controversa controriforma in tema di responsabilità civile, suffragano le deboli argomentazioni riprese da una dottrina «pietrificata» ora con l'utilizzo, spregiudicato ma senz'altro fantasioso, della citazione dell'«argomento che la dottrina definisce “epicureo”, in quanto riecheggia le affermazioni di Epicuro contenute nella Lettera sulla felicità a Meneceo»<sup>24</sup>, ora con espliciti, anche se approssimativi, riferimenti comparativi, affermando che la soluzione che nega il risarcimento del danno tanatologico sarebbe «conforme agli orienta-

<sup>18</sup> M. SERIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>19</sup> M. SERIO, *op. ult. cit.*, p. 32.

<sup>20</sup> Con la consueta ironia B.S. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and the Classroom*, Oxford-Portland (OR), 2003, p. 78.

<sup>21</sup> M. SERIO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>22</sup> Testualmente, Cass., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, *Fininvest c. Cir.*, pp. 50 e 54.

<sup>23</sup> Ancora Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, *cit.*, p. 70.

<sup>24</sup> Questo appare l'argomento principale seguito dalla Cassazione per negare il risarcimento del danno da morte (cfr. Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 892, con note di V. CARBONE, *Valori personali ed economici della vita umana*, di M. FRANZONI, *Danno tanatologico, meglio di no ...*, di R. PARDOLESI, R. SIMONE, *Danno da morte e stare decisis. La versione di Bartleby*, e di G. PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sul danno tanatologico*).

menti della giurisprudenza europea con la sola eccezione di quella portoghese»<sup>25</sup>, o richiamando alcuni precedenti (contrari alla risarcibilità del danno da “nascita malformata”) «attinti dall’esperienza maturata in ordinamenti stranieri, culturalmente vicini ed informati al più assoluto rispetto dei diritti della persona»<sup>26</sup>.

Pur in presenza di un uso discutibile della comparazione giuridica, che viene utilizzata senza osservare le essenziali regole metodologiche<sup>27</sup>, ma al fine di citare soltanto quegli indirizzi idonei a suffragare la soluzione assunta nella decisione, val la pena rimarcare, in questa sede, come la giurisprudenza italiana sia sempre più sensibile al dialogo<sup>28</sup> non soltanto con la dottrina nostrana, cosa ormai pacifica, ma anche con idee e regole tratte dalla scienza giuridica straniera. Questo fenomeno, senz’altro benemerito, trova la sua conferma nelle sempre più frequenti citazioni, nel corpo delle sentenze della Cassazione, di testi giuridici stranieri, soprattutto dei paragrafi del BGB e degli articoli del Codice civile francese, che vengono utilizzati al fine di dimostrare come la soluzione proposta dalla giurisprudenza trovi conferma nelle principali esperienze di *civil law*. Anche perché, com’è noto, la citazione di un determinato testo dovrebbe comportare il riferimento all’interpretazione prevalente che lo stesso assume nella scienza giuridica del Paese di origine.

In questo contesto sempre più trans-nazionale l’opera del comparatista assolve quanto meno a due diverse funzioni. La prima, del tutto eventuale, anche perché concorrente con quella del dottore che ha esaminato dati giuridici appartenenti ad un diritto allogeno, è assolta allorché diviene, inconsapevolmente, la fonte mediata del trapianto effettuato dal giudice, attraverso i contributi (talvolta brevi, spesso espressi nella forma della nota a sentenza) che, negli anni, ha dedicato ad un determinato tema. La seconda, assai più essenziale ed esclusiva, è quella del controllo e della verifica dell’argomento “comparativo” il quale, anche se correttamente utilizzato dal giudice nel suo aspetto formale, deve essere sempre “contestualizzato” mediante un raffronto che involge, sul piano storico e sistematico, l’ordinamento d’origine e quello recipiente. Come sottolineava Salvatore Galgano nel 1927, nelle stringate pagine di Premessa alla pubblicazione del primo numero dell’Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi<sup>29</sup>, la conquista di un metodo «veramente scientifico» nello studio delle esperienze straniere doveva mettere in guardia avverso «il diletterantismo [...] dilagante degli inesperti e dei superficiali» che aveva fatto della comparazione giuridica «una fonte piuttosto copiosa di incomprensioni, di equivoci e di errori, ed uno dei maggiori pericoli per il legislatore e per l’interprete»<sup>30</sup>. Occorreva comparare «non già a ca-

<sup>25</sup> Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., p. 892.

<sup>26</sup> Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, p. 20 ss.

<sup>27</sup> Sempre attuali, in proposito, le pagine di L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 115 ss. e *passim*.

<sup>28</sup> Non a caso, proprio al “dialogo” sono state intitolate dai due magistrati le relazioni tenute al Convegno fridericiano (G. TRAVAGLINO, *La responsabilità civile tra tradizione e innovazione. Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*; R. SABATO, *Il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza di legittimità tra diritti reali, obbligatori e processo*).

<sup>29</sup> Sul punto si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’Annuario di Diritto Comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2010, p. 40 ss.; ID., *Il diritto comparato tra storia e futuro*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 315.

<sup>30</sup> S. GALGANO, *Premessa*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 1927, I, p. VIII.

so od a frammenti, questo o quell'ordinamento, ma determinati ordinamenti sistematicamente [...] senza soluzioni di continuità; in modo da evitare, oltre il pericolo di inesattezze, quello, non meno grave, di lacune»<sup>31</sup>.

Proprio il crescente ricorso, da parte della giurisprudenza della Corte Suprema, all'informazione comparativa, più che alla comparazione sistematica<sup>32</sup>, induce ad esaminare nelle pagine seguenti quelle ipotesi maggiormente significative, e rigorosamente esogene, che la nostra giurisprudenza ha recepito da dottrine giuridiche straniere (per il tramite, eventualmente, di un dottore o di un comparatista endogeno), anche allo scopo di verificare la correttezza sintattica del trapianto, sulla base dalle caratteristiche storiche e morfologiche che caratterizzano, fisionomicamente, le diverse esperienze giuridiche.

## 2. Il silenzio apparente di alcuni diritti continentali quale espressione di un crittotipo che affonda le sue radici nella tradizione post-illuministica. L'oggetto e il metodo della ricerca. L'inversione dei termini dell'attuale dibattito sulla «giurisprudenza che si fa dottrina». I settori nei quali l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice è stato, di recente, particolarmente significativo

Nel tempo presente, il divieto apparente delle Corti di citare esplicitamente la dottrina appare essere un crittotipo che è osservato soltanto in alcuni paesi euro-continentali e che, oltre a rivelarsi una regola del tutto marginale nel panorama planetario, rischia di limitare ingiustificatamente il diritto di difesa. Crittotipo che è stato verbalizzato soltanto in Italia<sup>33</sup>, ma che viene osservato anche dalla nostra Corte costituzionale (che potrebbe, forse, farne a meno) e dalla giurisprudenza di altri Paesi (la Francia, la Spagna, il Belgio, ad es.)<sup>34</sup>, in virtù di un'anacronistica eredità che affonda le sue radici nelle convinzioni della tradizione post-illuministica.

L'aver dovuto esaminare soprattutto diritti, come quelli francese e italiano, che si ostinano a rifiutare, in giurisprudenza, la citazione esplicita della dottrina ha imposto di non limitare l'indagine all'enumerazione di dati statistici e quantitativi<sup>35</sup>, pur importanti, ma di estendere la ricerca agli aspetti più propriamente scientifici, storici e ricostruttivi<sup>36</sup>. Inoltre, più che micro-analizzare le diverse interpretazioni delle «par-

<sup>31</sup> S. GALGANO, *Prefazione*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 1930, I, pp. X-XI.

<sup>32</sup> In argomento, L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., p. 11 ss.

<sup>33</sup> La qualificazione in termini di crittotipo sembra suffragata anche da questo dato. Come testualmente afferma R. SACCO, *Introduzione*, cit., p. 127, «La scoperta di un crittotipo a mezzo della comparazione sarà facilitata quando – come spesso avviene! – una nozione implicita in un sistema sia invece esplicita in un altro».

<sup>34</sup> Anche se con esplicito riferimento alla giurisprudenza costituzionale, cfr. P. PASSAGLIA, S. RAGONE, *Un attore lontano dalle luci della ribalta: la dottrina nella giurisprudenza costituzionale in Belgio, Francia e Spagna*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 63 ss.

<sup>35</sup> In argomento si rinvia a I. SAGRI, P. ROSSI, U. PAGALLO, *I profili metodologici della ricerca e la costruzione di una banca dati*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 43 ss.

<sup>36</sup> La metodologia e l'oggetto della ricerca sono illustrati da L. PEGORARO, *L'influenza della dottrina scientifica sulla giurisprudenza: una ricerca sulla circolazione inter-formanti nel mondo*, in *Ann. dir. comp. st. leg.*, 2015, p. 5 ss.

ticelle giuridiche elementari»<sup>37</sup>, nelle quali il dialogo tra dottrina e giurisprudenza appare spesso occasionale e frammentario, si è tentato d'incentrare l'indagine sui modelli dottrinari che maggiormente hanno inciso sull'evoluzione del diritto nelle esperienze continentali. Da qui un'inversione dei termini dell'attuale dibattito, criticamente intitolato alla «giurisprudenza che si fa dottrina»<sup>38</sup>, e la scelta di un'opzione di metodo: piuttosto che partire da un'indagine a tappeto su tutte le sentenze delle Corti Supreme, senz'altro utile, invece, a numerare e classificare le citazioni della dottrina quando sono esplicite, individuare alcune branche del diritto nelle quali l'incidenza della dottrina straniera sulla nostra giurisprudenza di legittimità era sembrata più significativa, al fine di ricostruirne le articolate vicende.

Ecco che, allora, l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice viene misurato non tanto in termini matematici e nel breve periodo, quanto descritto nell'itinerario percorso da ciascun modello, sulla base delle idee propulsive della letteratura giuridica, nazionale e straniera, e della sua ricezione, non sempre fedele, da parte della giurisprudenza. Ciò non esclude che quest'ultima, nel rielaborarne i contenuti, a sua volta si faccia dottrina. Ma la dottrina, attraverso il costante colloquio con le Corti, dev'essere ancora in grado di fare (e di farsi) giurisprudenza. Se è vero che dietro ogni «nuovo» orientamento giurisprudenziale c'è spesso una dottrina, che non è (e che non si sente) «in crisi di identità» per l'inevitabile «declino del giurista teorico» o per il fatale tramonto delle «lusinghe» e delle «rassicuranti suggestioni dell'impostazione dogmatica»<sup>39</sup>.

Se si esaminano, ad esempio, alcuni dei più significativi, recenti contributi della «dottrina delle Corti», ove la motivazione di una decisione della Cassazione «diventa storicamente, politicamente dottrina normativa»<sup>40</sup>, si scopre che la soluzione era già stata pensata e proposta, talvolta con forza, da qualche Autore. Il giudice sovente ricerca «nell'autorità dottorale conforme un elemento di ulteriore legittimazione»<sup>41</sup>, facendo assurgere la dottrina ad «elemento ausiliario mobile, e talora anche nobile, utilizzato non tanto in funzione di una decisione da argomentare quanto di una novità da asseverare»<sup>42</sup>. La storia insegna – e lo si potrà verificare nelle pagine che seguono – che il successo di una determinata dottrina è stata quasi sempre decretata dalla sua duratura ricezione giurisprudenziale, ma che, assai spesso, le Corti hanno scelto quella dottrina non tanto in virtù del prestigio del suo autore<sup>43</sup>, quanto per tutelare un determinato assetto d'interessi. Tuttavia, se è vero che il diritto civile italiano vive,

<sup>37</sup> Su questa nozione, L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, Torino, 1996, p. 220.

<sup>38</sup> F.D. BUSNELLI, *Verso una giurisprudenza che si fa dottrina*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 1519 ss. Proprio dal pensiero di questo autorevole studioso prende spunto il titolo di questo contributo.

<sup>39</sup> Così, invece, R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 186 s.

<sup>40</sup> In questi termini, G.M. BERRUTI, *La dottrina delle Corti*, in *La giurisprudenza*, cit., c. 182. Sull'interessante dibattito v., altresì, E. SCODITTI, *Il diritto fra fonte e interpretazione*, *ivi*, c. 190 s., e C.M. BARONE, *Dottrina delle corti e funzione nomofilattica*, *ivi*, c. 190 s.

<sup>41</sup> M. SERIO, *Le ragioni del silenzio*, cit., p. 34.

<sup>42</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 88.

<sup>43</sup> Sul punto si rinvia ai §§ 11 e 12.

oggi, una fase di “eclissi”, ciò è dovuto non tanto ad una supposta eterogeneità dei fini<sup>44</sup> nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza, quanto a ben altre ragioni e responsabilità. Al contrario, l’attuale intenso dialogo tra la dottrina e le Corti di vertice concorre a formare un diritto che si riappropria del significato più autentico del termine *iurisprudencia*, nel senso etimologico di *iuris prudens*. Ma tale realtà, espressione di quel dinamismo che permea tutti gli ordinamenti, non impedisce alla scienza giuridica di dover ricostruire il sistema<sup>45</sup>, proprio sulla base dei nuovi dati che assumono un valore ordinante e determinante<sup>46</sup>.

Il dialogo tra la dottrina civil-comparativa e la Suprema Corte italiana ha prodotto, negli ultimi anni, importanti risultati. Ciò è accaduto soprattutto in tema di responsabilità civile, in virtù della vocazione giurisprudenziale e transnazionale di questa materia. Si pensi, ad esempio, al danno biologico<sup>47</sup> e al danno esistenziale<sup>48</sup>, figure sicuramente elaborate in dottrina (così come l’avversa corrente anti-esistenzialista)<sup>49</sup> prima di essere stabilmente recepite in giurisprudenza. Ciò è accaduto per il danno da perdita di *chances* che, dopo essere stato accolto dalla giurisprudenza in molteplici settori del diritto del lavoro, del diritto civile e di quello amministrativo<sup>50</sup>, ha interessato il tema della responsabilità del professionista sanitario<sup>51</sup>, fino a riparare la perdita delle probabilità di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita

<sup>44</sup> Così, M. SERIO, *op. ult. cit.*, p. 33.

<sup>45</sup> Con riferimento all’accezione conferita al termine “sistema” sembra opportuno precisare che, con tale idea, si vuole intendere non un’entità ontologica esistente a priori, bensì una nozione “aperta” che, conformemente alla natura teleologica, assiologica e valutativa della scienza del diritto, sia idonea a cogliere la storicità del fenomeno giuridico (sul punto, C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ora anche nell’ed. it. a cura di G. Varanese, Napoli, 2009, *passim*).

<sup>46</sup> Sulla teoria degli elementi determinanti, noto è il pensiero del suo autore (L.-J. CONSTANTINESCO, *Introduzione*, cit., p. 229 ss.).

<sup>47</sup> F.D. BUSNELLI, *Il danno biologico dal “diritto vivente” al “diritto vigente”*, Torino, 2001, p. 135 ss., e G. ALPA, *Il danno biologico*, 2ª ed., Padova, 1993, *passim*. Innegabile, tuttavia, il contributo dei giudici genovesi sintetizzato nel “manifesto” redatto da V. MONETTI, G. PELLEGRINO, *Proposte per un nuovo metodo di liquidazione del danno alla persona*, in *Foro it.*, 1974, V, c. 159 ss.

<sup>48</sup> Cfr. il volume P. CENDON, P. ZIVIZ (eds.), *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano, 2000, *passim* e, in particolare, il contributo di P. CENDON, *Non di sola salute vive l’uomo*, *ivi*, p. 10 ss.

<sup>49</sup> G. PONZANELLI, *Sei ragioni per escludere il risarcimento del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2000, p. 693 ss.; ID., *Una voce contraria alla risarcibilità del danno esistenziale*, *ivi*, 2002, p. 339 ss.; ID. (ed.), *Critica del danno esistenziale*, Padova, 2003, p. 7 ss.; ID. (ed.), *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007, *passim*.

<sup>50</sup> Sul punto, M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, Napoli, 2004, *passim*. Propendevano per l’ammissibilità di tale figura di danno anche nell’esperienza italiana, sulla scia di P. CALAMANDREI, *Limiti di responsabilità del legale negligente*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, II, p. 261 ss., A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1966, p. 264; ID., *Il risarcimento della perdita di una chance*, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, c. 1181; M. BOCCHIOLA, *Perdita di una “chance” e certezza del danno*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1976, p. 86 ss.; C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1979, p. 330.

<sup>51</sup> Il *leading case* è rappresentato da Cass., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, p. 45 ss., con nota di M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di sopravvivenza o di guarigione è accolto in Cassazione*.

del paziente<sup>52</sup>. Ciò ha consentito di trasporre sul solo piano civile<sup>53</sup> le ipotesi, assai frequenti, di erronea o di mancata diagnosi di un processo morboso terminale, che il precedente orientamento giurisprudenziale in tema di causalità<sup>54</sup> sanzionava anche in sede penale, considerando sufficiente la “strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi”<sup>55</sup>. Ciò è accaduto per il risarcimento del danno da «nascita malformata»<sup>56</sup>, ove il *revirement*, operato attraverso uno «splendido documento giuridico»<sup>57</sup> – vanificato, però, oggi, da un intervento delle Sezioni Unite<sup>58</sup> –, si è accompagnato ad una dettagliata critica del precedente orientamento della Cassazione, sulla base di una puntuale analisi delle principali argomentazioni già espresse da quella dottrina che aveva condiviso la soluzione ideata dall'*arrêt Perruche*<sup>59</sup>. Così è accaduto in materia di immissioni allorché la Cassazione, aderendo all'interpretazione unitaria

<sup>52</sup> Consolida questo orientamento affermando che «Danno risarcibile alla persona in conseguenza dell'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale è [...] ravvisato anche in conseguenza della mera perdita per il paziente della *chance* di vivere per un (anche breve) periodo di tempo in più rispetto a quello poi effettivamente vissuto, ovvero anche solo della *chance* di conservare, durante quel decorso, una “migliore qualità della vita”», Cass., 20 agosto 2015, n. 16993. L'orientamento è stato inaugurato da Cass., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Dir. e giur.*, 2008, p. 581 ss., con nota di M. FEOLA, *La responsabilità del medico per il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*.

<sup>53</sup> In questi termini, M. FEOLA, *Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 296 ss.; e già EAD., *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 188 ss.

<sup>54</sup> Ribaltato, com'è noto, in occasione del celeberrimo caso Franzese da Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 619 s.

<sup>55</sup> Il riferimento è, evidentemente, allo scritto di G. GIANNINI, *La questione del nesso causale, la Suprema Corte e la strana regola del ciò che accade nel minor numero dei casi*, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 367 s., in nota a Cass. pen., 17 gennaio 1992, n. 371.

<sup>56</sup> Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 175 ss.

<sup>57</sup> Così, G.M. BERRUTI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>58</sup> Cass., sez. un. civ., 22 dicembre 2015, n. 25767. La rimessione alle Sezioni Unite aveva ad oggetto non soltanto la soluzione del contrasto giurisprudenziale concernente la questione relativa all'onere della prova, ma anche quella attinente alla legittimazione del nato alla richiesta risarcitoria (Cass., sez. III, 23 febbraio 2015, n. 3569, in *Danno e resp.*, 2015, p. 693 ss.).

<sup>59</sup> La sentenza cit. in nt. 56 sembra ispirarsi, riproducendo testualmente anche talune espressioni tra virgolette, ai lavori di M. FEOLA, *Violazione degli obblighi d'informazione e responsabilità del medico per il danno prenatale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 611 ss.; EAD., *Essere o non essere: la Corte di Cassazione e il danno prenatale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 392 ss., ed alla migliore dottrina italiana e straniera *ivi cit.* (ad es., M. FABRE-MAGNAN, *Avortement et responsabilité médicale*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2001, p. 289 ss., p. 311 ss.; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin*, Paris, II éd., 1998, p. 17 ss.; P. JOURDAIN, *Réflexions sur un malentendu*, in *Rec. Dalloz*, 2001, *Jur. comm.*, p. 337; A. LISERRE, *Ancora in tema di mancata interruzione della gravidanza e danno da procreazione*, in *Corriere giur.*, 2006, p. 1693; C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 101, in nota 80; F. GALGANO, *Danno da procreazione e danno al feto, ovvero quando la montagna partorisce un topolino*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 537 ss.). Avevano creduto a un possibile *overruling*, dopo Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 702 ss.; EAD., *Le responsabilità del medico e della struttura sanitaria per il danno prenatale causato dall'inadempimento delle obbligazioni d'informazione (il «diritto a nascere sano»)*, in *Diritto e giur.*, 2010, p. 91 ss.; F. DI CIOMMO, *Giurisprudenza-normativa e “diritto a non nascere se non sano”. La Corte di cassazione in vena di revirement?*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 144 ss. Riguardo al celeberrimo *arrêt Perruche*, cfr. Cass., Ass. Plén., 17 novembre 2000, in *Sem. jur.*, 2000, II, *Jur.*, 10438, p. 2309, con nota di F. CHABAS. Per ulteriori indicazioni si rinvia al saggio di M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 75 ss.

e sistematica<sup>60</sup> dell'art. 844 c.c., piuttosto che a quella dicotomica da sempre prevalente<sup>61</sup>, ha individuato la norma primaria nella regola di normale tollerabilità (e non nel "giudizio di contemperamento" inteso come *lex specialis*)<sup>62</sup>. Così è accaduto con la sentenza n. 1361 del 2014, e non soltanto per quanto riguarda la risarcibilità *iure hereditario* del danno da morte<sup>63</sup> – per altro anch'essa revocata in dubbio da una non condivisibile pronuncia delle Sezioni Unite<sup>64</sup> –, là dove ha consolidato quell'orientamento ormai prevalente in Cassazione che, proponendo – sempre sulla scia di una qualche dottrina – il superamento della concezione globalizzante ed onnicomprensiva del danno non patrimoniale (accolta dalle sentenze di San Martino)<sup>65</sup>, considera il danno biologico, il danno morale e il danno esistenziale come pregiudizi «ontologicamente diversi» e «tutti risarcibili»<sup>66</sup>. Ciò è accaduto in maniera del pari significativa anche con riguardo al tema dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale, soprattutto in ordine alle teorie del contatto sociale<sup>67</sup>, degli obblighi di protezione,

<sup>60</sup> Proposta trent'anni fa (e senza alcuna speranza) dal sottoscritto: A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Camerino-Napoli, 1984, p. 257 ss.; ID., *Immissioni, normale tollerabilità e tutela dell'ambiente (alla ricerca delle «declamazioni mentitorie» della giurisprudenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 903 ss.; ID., *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, p. 76 ss. In prospettiva analoga, anche se con autonomi svolgimenti, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, VIII, 2, Milano, 1995, p. 509 ss. Proponevano, invece, la possibilità di una tutela diretta della salute, G.G. D'ANGELO, *L'art. 844 codice civile e il diritto alla salute*, in *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di F.D. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, p. 411 ss.; V. SCALISI, *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, p. 142 ss.

<sup>61</sup> Per tutti, C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, p. 399.

<sup>62</sup> Cass., Sez. III, 9 maggio 2012, n. 7048, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1179 ss., con note di G. PONZANELLI, *Danno non patrimoniale da pianoforte troppo rumoroso e da pignoramento illegittimo*, e di C. BALDASSARRE, *Immissioni intollerabili: quando Mozart fa male alla salute*. Questo orientamento è confermato da Cass., Sez. III, 16 ottobre 2015, n. 20927, *ivi*, 2016, p. 22 ss., con il commento di V. CARBONE, *Il diritto vivente delle "immissioni": intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, per la quale, mentre è illecito il superamento dei livelli di accettabilità stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che, disciplinando le attività produttive, fissano nell'interesse della collettività le modalità di rilevamento dei rumori e i limiti massimi di tollerabilità, l'eventuale rispetto degli stessi non può fare considerare senz'altro lecite le immissioni, dovendo il giudizio sulla loro tollerabilità essere formulato in concreto alla stregua dei principi di cui all'art. 844 c.c.

<sup>63</sup> In argomento, N. LIPARI, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 523 ss.

<sup>64</sup> La soluzione negativa è riproposta, ma sulla base delle consuete argomentazioni, da Cass., sez. un. civ., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 892 ss.

<sup>65</sup> Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 19 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un "de profundis" per il danno esistenziale. L'appellativo di "sentenze di San Martino" si deve a F.D. BUSNELLI, ... E venne l'estate di San Martino*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U.*, 11 novembre 2008, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, p. 91 ss.

<sup>66</sup> Così Cass., sez. III, 11 ottobre 2013, n. 23147, in *Danno e resp.*, 2014, p. 282, con nota di G. PONZANELLI, *Il "buonismo" della Cassazione e la facile dimenticanza del danno conseguenza*.

<sup>67</sup> Teoria, questa, senz'altro riconducibile al pensiero di G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Verlag Theodor Weicher, Leipzig, 1941; sul quale, P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen, 1994, p. 46 ss.; C. SYZ, *Faktischen Vertragsverhältnis*, Zürich, 1991, p. 20 ss. La tematica, tuttavia, aveva già avuto un ampio riscontro nell'ambito della dottrina italiana: per tutti, C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in *Annali Univ. Ferrara*, 1952, I, p. 103 ss.; E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353 ss.; L.

dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione<sup>68</sup> e del contratto con effetti di protezione per terzi<sup>69</sup>. Istituti, questi ultimi, che la nostra giurisprudenza ha recepito dalla dottrina tedesca e che, pertanto, non potevano non attirare l'attenzione critica del civil-comparatista: non tanto per il notevole livello di elaborazione teorica che queste dottrine hanno conosciuto in Germania nel corso del XX secolo, quanto per l'aver recepito modelli dottorali tradizionalmente estranei alla cultura giuridica franco-italiana, all'idea di contratto ed alla sistematica delle responsabilità, così come delineate nel *Code civil* e nei codici italiani del 1865 e del 1942.

### 3. Il ruolo *leader* della dottrina tedesca nelle “scoperte giuridiche” in tema di obbligazione. La circolazione trans-sistematica di alcuni modelli dottorali e l'esigenza di privilegiare, rispetto all'approccio dogmatico, la comprensione storico-comparativa delle ragioni della loro esistenza

La pubblicazione, in lingua italiana<sup>70</sup>, di uno dei più celebri saggi di Heinrich Stoll (e, forse, dell'intera letteratura tedesca del XX secolo) arricchisce ulteriormente l'itinerario dedicato alla ricostruzione degli orientamenti dottrinari che hanno pensato il rapporto obbligatorio come struttura complessa, già intrapreso con la traduzione della “scoperta giuridica”<sup>71</sup>, ad opera di Hermann Staub, delle *Grundlagen* delle vio-

---

RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 1 ss.; N. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*, II, Padova, 1970, p. 37 ss., p. 46 ss.; G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662 ss.; ID., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984, *passim*; C. ANGELICI, voce *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, p. 1 ss.; L. STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, *passim*.

<sup>68</sup> Il dibattito è stato introdotto, attraverso la sua ricezione giurisprudenziale, da C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 191 ss.

<sup>69</sup> Per una prima applicazione nella giurisprudenza italiana, cfr. Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s. I rapporti tra effetti del contratto e terzi sono indagati nei pregevoli contributi di M. GRAZIADEI, *I terzi e gli effetti contrattuali: una prima riflessione comparativa*, in L. VACCA (ed.), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Atti del IV Congresso Internazionale ARISTEC (Roma, 13-16 settembre 1999), Torino, 2001, p. 153 ss., e di J. GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Introduction*, in M. FONTAINE, J. GHESTIN (eds.), *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, 1992, p. 8 ss. Con specifico riferimento al contratto con effetto di protezione per terzi, C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Milano, 2006, p. 543 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi per i terzi*, Napoli, 2004, *passim*. Per una critica di tale figura, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, cit., p. 111 ss.

<sup>70</sup> La traduzione del saggio di HE. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *AcP*, 136, 1932, pp. 257-320, comparirà nel volume, in corso di pubblicazione, intitolato *L'obbligazione come rapporto complesso*; ivi i saggi di R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco*, di M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, e di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO.

<sup>71</sup> Considera, infatti, una “scoperta giuridica” la teoria di Staub sulle violazioni positive del contratto, H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages 1957*, II, Tübingen, 1959, B 1 ss.

lazioni positive del contratto<sup>72</sup> e del più controverso lavoro di Günter Haupt sui rapporti contrattuali di fatto<sup>73</sup>. Non a caso il contributo ha ad oggetto proprio la critica *von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, ma, piuttosto che provocarne il commiato (*Abschied*), contribuirà alla sua imperitura affermazione.

La storia attribuirà ad Heinrich Stoll il merito di aver ideato la dottrina degli obblighi di protezione, anche se non può essere sottovalutato l'essenziale contributo che a tale tema era stato già dato da Hugo Kress<sup>74</sup> – per altro puntualmente citato da Stoll nel corso dell'opera – e da altri Autori che, interpretando il pensiero di Rudolf von Jhering<sup>75</sup>, avevano pensato di costruire il rapporto obbligatorio come *Organismus*<sup>76</sup>, *konstante Rahmenbeziehung*<sup>77</sup> o «rapporto cornice».

Proprio da tali suggestioni parte questa riflessione, che cercherà di porre in evidenza l'incidenza della dottrina sulle Corti Supreme nei principali modelli euro-continentali. E poiché questo saggio, come molti altri studi già pubblicati<sup>78</sup>, rappresenta il risultato di una ricerca<sup>79</sup> che è stata oggetto di un lavoro di gruppo, queste pagine

<sup>72</sup> H. STAUB, *Le violazioni positive del contratto (Die positiven Vertragsverletzungen)*, trad. it. di G. Varanese, *Presentazione* di R. FAVALE, Napoli, 2001.

<sup>73</sup> G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali di fatto*, ed. it. di G. Varanese, in *Studi di Diritto Comparato*, Collana diretta da A. Berlinguer, R. Favale, M. Oliviero, M. Papa, L. Pegoraro, G.M. Piccinelli, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, n. 2, Torino, 2012. Tra le traduzioni di opere più recenti in materia di struttura complessa del rapporto obbligatorio è opportuno segnalare la bella versione italiana, ad opera di A. DI MAJO e di M.R. MARELLA, del saggio di C.-W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 567 ss., ID., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*, *ivi*, 1983, p. 793 ss., e del volume di K. ZWEIFERT e H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti*, III ed. con aggiornamenti a cura di A. DI MAJO, trad. it. di E. CIGNA e A. GANGEMI, Milano, 2011, p. 207 ss., p. 269 ss., p. 362 ss. e *passim*.

<sup>74</sup> H. KRESS, *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 1 ss.

<sup>75</sup> Che l'idea dell'obbligazione come rapporto complesso si trovi già nel pensiero di R. VON JHERING (*Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. di F. Procchi, Napoli, 2005), è opinione espressa da E. SCHMIDT, *Nachwort*, in occasione della ristampa dei contributi di R. von Jhering sulla *Culpa in contrahendo* e di H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Bad Homburg v.d. H.-Berlin-Zürich, 1969, p. 132. Sul punto, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 1 ss.

<sup>76</sup> H. SIBER, *Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2, Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 1.

<sup>77</sup> F. HERHOLZ, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung (Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*, in *AcP*, 130, 1929, p. 257 ss.

<sup>78</sup> Oltre a temi più generali (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Storia e comparazione nell'era della globalizzazione*, in *Studi in onore di Diego Corapi*, Napoli, 2016, p. 175 ss.) e, soprattutto, ai volumi in tema di responsabilità civile (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile. Contratto e torto*, in *Studi di Diritto Civile e Comparato*. Collana diretta da R. Favale, M. Feola e A. Procida Mirabelli di Lauro, n. 4, Torino, 2014, pp. 1-692), contratto [P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014, *passim*; ID., *Il contratto (Appunti per un corso di diritto civile)*, Torino, 2015, pp. 1-338] e trust (L. DI COSTANZO, *Il trust e le sue applicazioni*, Napoli, 2014), alcuni saggi hanno preso spunto proprio da importanti recenti decisioni della nostra Cassazione [ad es., A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita e il «nuovo statuto» dei danni risarcibili*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 686 ss.; ID., *Il danno da perdita della vita e il sistema di responsabilità civile (Verso una dottrina che si fa giurisprudenza)*, in *Studi Moscarini*, in corso di stampa; M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, p. 75 ss.; EAD., *La responsabilità dei professionisti legali*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 985 ss.].

<sup>79</sup> La Ricerca PRIN 2010-2011 (cofinanziata MIUR) su «Corti, dottrina e società inclusiva: l'impatto dei formanti dottrinali sulle Corti di vertice», svolta dall'Unità di Ricerca dell'Università degli Studi di Napoli Federico II.

muovono proprio dalle idee e dai risultati scientifici esposti da Rocco Favale e da Maria Feola nei loro contributi<sup>80</sup>, Autori che si sono misurati già da tempo e con successo in questa materia.

Come testimoniano, con ampiezza di dati, gli studi in argomento, il tema dell'obbligazione come rapporto complesso nasce nella dottrina tedesca e, forse, ancor prima in quella francese<sup>81</sup>, per poi evolvere in una circolazione transnazionale di modelli che condiziona, negli ultimi anni, la giurisprudenza italiana. Come sottolinea la letteratura più avvertita, le ricezioni giurisprudenziali avvengono spesso «a mezzo di intermediari»<sup>82</sup> e non sempre rimangono fedeli al modello originario. Ciò accade quando la scienza giuridica «di un paese viene illustrata dalla dottrina nazionale, questa viene imitata dalla dottrina di un secondo paese, la quale produce una ulteriore recezione giudiziale»<sup>83</sup>. E ciò è accaduto proprio in tema di obbligazione e di “contrattualizzazione” della responsabilità civile. L'aver proposto, nell'ambito della nostra esperienza giuridica, le idee sul rapporto obbligatorio maturate nella scienza giuridica tedesca dello scorso secolo, sia pure per risolvere problemi del tutto peculiari di quel diritto, ha spinto la nostra giurisprudenza a recepire quelle idee, al punto da porre in discussione, da un lato, la tradizionale struttura del rapporto obbligatorio fondato sulla sola prestazione, dall'altro, gli stessi confini della responsabilità contrattuale. Ma, come si è potuto verificare con riferimento al concetto di “contatto sociale”<sup>84</sup>, la ricezione spesso travalica l'esatta fisionomia che il modello assume nell'ordinamento di appartenenza. La novità nella ricezione è dovuta non soltanto a fattori sociali, politici o economici<sup>85</sup> o all'esigenza di armonizzare il modello trapiantato con un diverso sistema giuridico, ma anche, talvolta, alla inesatta comprensione, nell'ordinamento recipiente, della fisionomia che il modello ha assunto nella scienza giuridica d'origine<sup>86</sup>. Ciò può essere accaduto proprio in ordine al tema qui trattato, almeno per quella dottrina che ha rimproverato esplicitamente la nostra giurisprudenza di non aver compreso il reale significato che alcuni istituti di recente apparsi nel nostro diritto (la teoria del contatto “sociale” o “negoziale”<sup>87</sup>, il contratto con effetti di protezione per terzi<sup>88</sup>, la responsabilità da affidamento ingenerato dallo *status* professionale<sup>89</sup>, la possibilità di generalizzare l'esistenza di un rapporto obbligatorio senza pre-

<sup>80</sup> Oltre agli ulteriori scritti citati nel corso di questo saggio, ci si riferisce soprattutto ai contributi dei due Autori cit., *retro*, in nota 70.

<sup>81</sup> M. SAUZET, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, in *Rev. crit. lég. jur.*, 1883, p. 596 s.; Ch. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles-Paris, 1884, p. 95 ss., p. 118 ss. e *passim*.

<sup>82</sup> R. SACCO, *Introduzione*, cit., p. 138.

<sup>83</sup> R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>84</sup> A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (La resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 78 ss.

<sup>85</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo*, cit., p. 330 ss.

<sup>86</sup> M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, in *Studi di Diritto Comparato*, Collana diretta da A. Berlinguer, R. Favale, M. Oliviero, M. Papa, L. Pegoraro, G.M. Piccinelli, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio, n. 1, Torino, 2012, p. 32.

<sup>87</sup> Cfr., ad es., A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 78 ss.

<sup>88</sup> Sul punto, i rilievi di A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, cit., p. 113 ss. Per una critica della nostra giurisprudenza in materia, G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi*, cit., p. 169 ss.

<sup>89</sup> In argomento, M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, p. 72 ss.; ID., *La*

stazione<sup>90</sup>, ad es.) avevano assunto nei paesi d'origine.

La novità nella ricezione giurisprudenziale può dipendere anche dal diverso stile e dal differente approccio adottati dalla dottrina che illustra un determinato modello straniero. Ma qui non sembra il caso di insistere sull'astratto *status* del ricercatore, se "giurista municipale" o civil-comparatista. Come testimonia la migliore dottrina civilistica, soprattutto in alcune branche del diritto privato, come in materia di obbligazione, contratto e responsabilità civile, un contributo scientificamente valido non può prescindere dall'analisi comparativa e dall'indagine, *case by case*, della scienza giuridica straniera. Ciò che può rilevare ai fini della ricezione giurisprudenziale è, però, il metodo che viene osservato nell'esame e nell'illustrazione del termine straniero. Anche se l'affermazione ha già suscitato qualche autorevole dissenso<sup>91</sup>, mi sembra che l'approccio dogmatico-deduttivo non sia propriamente adeguato a compiere una ricerca comparativa. Infatti, «in un mondo caratterizzato da una sempre maggiore mobilità» di ogni scienza e conoscenza, la comparazione giuridica si propone innanzitutto «di individuare e, possibilmente, anche di spiegare sia le concordanze che le divergenze formali e sostanziali riscontrabili tra i vari diritti nazionali»<sup>92</sup>, insistendo «sulla necessità di focalizzare l'attenzione sui problemi e sulle funzioni anziché sui concetti e sulle istituzioni»<sup>93</sup>. Se è possibile che un diritto nazionale possa essere ricostruito in sistema sulla base di un determinato modello dogmatico<sup>94</sup> che, semmai, sarà oggetto di critica da parte di un diverso interprete; non sembra possibile, invece, adottare il medesimo modello in presenza di una pluralità di ordini giuridici caratterizzati, ad esempio, da una diversa tradizione giuridica, da diversi elementi determinanti o, addirittura, da un differente modo di pensare il diritto. Ma anche con riferimento ad esperienze collegate ad una medesima tradizione, un istituto che appare analogo ad un altro appartenente ad un diverso ordinamento può assumere una differente fisionomia in virtù delle caratteristiche del sistema del quale è parte.

Le diverse dottrine elaborate in Germania e in Francia, nel corso del XX secolo, in tema di obbligazione trovano la loro spiegazione nell'ambito delle peculiarità sistemiche dei due ordinamenti, con riferimento non soltanto ai problemi dell'inadempimento e del contratto<sup>95</sup>, ma anche alla differente fisionomia (riguardo all'estensio-

---

*responsabilità extracontrattuale. Danno ingiusto e danno non patrimoniale*, Torino, 2011, p. 35 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 385 ss.

<sup>90</sup> Sul punto, la critica di A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 65 ss. e *passim*.

<sup>91</sup> Da parte di C. CASTRONOVO, in occasione della presentazione, a Palermo, del volume *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, a cura di P. Cerami e M. Serio, ricordando G. Criscuoli, Torino, 2013. In particolare, oggetto di discussione fu la mia affermazione secondo la quale «il metodo dogmatico-deduttivo non è mai appartenuto e mai potrà appartenere allo storico-comparatista» (A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Comparazione giuridica e storia nello studio del diritto dell'era presente*, *ivi*, p. 60); ma, sul punto, mi limitavo a ricordare l'insegnamento di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, pp. 11 e 307.

<sup>92</sup> M.J. BONELL, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. ALPA, M.J. BONELL, D. CORAPI, L. MOCCIA, V. ZENO-ZENCOVICH e A. ZOPPINI, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Roma-Bari, 2008, p. 3.

<sup>93</sup> M.J. BONELL, *op. loc. cit.*

<sup>94</sup> Sul punto, C.-W. CANARIS, *Pensiero sistematico*, *cit.*, p. 9 ss., p. 19 ss. e *passim*.

<sup>95</sup> In argomento, R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, *cit.*, § 1 ss.

ne dell'area dei danni risarcibili e ai modelli di imputazione) dei sistemi di responsabilità extracontrattuale. E ciò, non tanto per la consueta contrapposizione tra modelli atipici (art. 1382 *Code civil*) e modelli tipici (§ 823 ss. BGB) di responsabilità delittuale, quanto, soprattutto, per l'esistenza (in Francia ed in Italia) di regole di responsabilità oggettiva delittuale (ad es., per i fatti della cosa e *d'autrui*: art. 1384, primo comma, *Code civil* e artt. 2051 e 2049 c.c. it.) che rendono più appetibile per la vittima tale regime di responsabilità rispetto ad un'estensione dell'obbligazione (se qualificata "di mezzi") e della conseguente responsabilità contrattuale<sup>96</sup>.

4. La "connessione" funzionale delle obbligazioni di *sécurité* alla prestazione e la loro autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni *strictement contractuelles*. La contrapposizione, in Francia e Germania, tra le concezioni pluralistica e unitaria dell'obbligazione e la diversa posizione rispetto agli obblighi di protezione "puri" o "isolati". Le ragioni della riforma del diritto delle obbligazioni in Germania, con riferimento anche al sistema di responsabilità delittuale

In ordine alle più significative differenze esistenti in materia di struttura del rapporto obbligatorio in Francia e in Germania, si è rilevato<sup>97</sup> che le obbligazioni di *sécurité* si caratterizzano per una struttura essenzialmente *accessoria*, ovvero per l'essere pensate in quanto funzionalmente "connesse" rispetto ad un obbligo di prestazione. Da qui una sostanziale analogia di vedute con il pensiero di Heinrich Stoll espresso nell'*Abschied*<sup>98</sup>, là dove giustifica la sussistenza di obblighi di protezione in presenza di un'obbligazione che è diretta alla «realizzazione dell'interesse alla prestazione», allo scopo di «proteggere la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione speciale e per suo tramite»<sup>99</sup>. Nel diritto francese, il dato della accessoria è confermato dallo stesso lessico utilizzato dalla scienza giuridica: l'essere "di mezzi" o "di risultato" è una qualifica che pertiene essenzialmente alla prestazione<sup>100</sup> e che l'obbligazione di *sécurité* acquisisce proprio in virtù del fenomeno di connessione funzionale, pur potendo esprimere una qualificazione diversa rispetto alla prestazione alla quale è collegata. Così, ad una prestazione (ad es., sanitaria) che rappresenta l'oggetto di un'obbligazione "di mezzi" può risultare collegata un'obbligazione di *sécurité* che è "di risultato", la cui violazione dà luogo ad un regime di responsabi-

<sup>96</sup> Con specifico riguardo alle regole di imputazione della responsabilità, in ambito contrattuale e delittuale, M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., § 17 s.

<sup>97</sup> Da M. FEOLA, *op. ult. cit.*, § 8, lett. b). La dottrina francese è solita qualificare le obbligazioni di *sécurité* come «obligations accessoires» o come obbligazioni «par accessoire» che, «traduisant des normes générales de comportement», consentono «di far giocare alla responsabilità contrattuale un ruolo identico a quello che è tradizionalmente riservato alla responsabilità delittuale» (per tutti, M. BACACHE-GIBELI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, in *Traité de Droit civil* sous la direction de C. Larroumet, II éd., Paris, 2012, p. 69).

<sup>98</sup> Tuttavia, con riferimento alla relazione intercorrente tra affidamento e rapporto obbligatorio v. HE. STOLL, *Vertrag und Unrecht*, II, Tübingen, 1934, p. 125.

<sup>99</sup> HE. STOLL, *Commiato*, cit., § 4.2, lett. b).

<sup>100</sup> In questi termini, M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

lità ben più rigoroso di quello che discende dall'inadempimento dell'obbligo di prestazione. Ma l'esperienza d'oltralpe va ben oltre il dato della accessorietà poiché, soprattutto in talune ipotesi (ad es., prestazione medica, obbligazione di «vegliare sulla sicurezza» di un soggetto affidato)<sup>101</sup>, v'è, sovente, nella prassi, una tendenziale "immedesimazione" dell'obbligazione di *sécurité* con la prestazione. In questi casi l'obbligazione di *sécurité* sfuma dal versante della protezione per affermarsi in quello, preminente, della prestazione.

La scienza giuridica francese, fedele alla qualificazione dell'obbligazione del professionista sanitario come obbligazione di mezzi, sancita nell'*arrêt Mercier*<sup>102</sup>, professata dalla giurisprudenza dominante e ribadita nell'art. L. 1142-1, primo comma, del *Code santé publ.* (come modificato dalla legge del 4 marzo 2002), ha distinto l'obbligo di prestazione da quello di protezione ogni qual volta il paziente sia stato vittima di un accidente medico subito «à l'occasion d'une activité d'investigations, de soins ou de traitements», anche al fine di «sapere se l'obbligazione accessoria di *sécurité* sia egualmente di mezzi o possa essere, in certi casi, di risultato»<sup>103</sup>. Ebbene, la dottrina è unanime nell'affermare che il principio della responsabilità per colpa, che pur in certi casi involge l'idea della *faute virtuelle*, ovvero di quella *faute* «che si deduce *ipso facto* dal danno» perché «inclusa nel danno o indotta dal danno»<sup>104</sup>, conosce «due grandi eccezioni»<sup>105</sup> in materia di infezioni nosocomiali e di danni causati da prodotti sanitari. Nel primo caso, che le Corti avevano esteso non soltanto alle cliniche, ma anche alle infezioni contratte in studi privati, la legge di riforma (art. L. 1142-1, secondo comma) ha confermato il precedente orientamento giurisprudenziale che aveva individuato, sia per le infezioni esogene, sia per quelle endogene<sup>106</sup>, «un'obbligazione di *sécurité* di risultato dalla quale non ci si può liberare senza apportare la prova della *cause étrangère*»<sup>107</sup>. La prova dell'assenza di colpa è irrilevante, poiché la responsabilità delle strutture sanitarie non è «fondata su una presunzione di *faute*», ma «riposa su una vera e propria responsabilità oggettiva, *de plein droit*»<sup>108</sup>. Nel caso del ricovero del paziente presso una pluralità di strutture sanitarie, la Cassazione – estendendo una soluzione già affermata in materia di vittime del DES<sup>109</sup> – ha presunto la causalità tra l'infezione e ciascuno degli stabilimenti nel quale aveva soggiornato il malato, consentendo di condannare in solido<sup>110</sup> quelle strutture che non era-

<sup>101</sup> G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d'autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 771, nel commentare Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982, anche in *Rec. Dalloz*, 1982, *Inf. rap. – Somm. comm.*, p. 363.

<sup>102</sup> Cass., 20 mai 1936, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, p. 88, Rapp. L. Josserand, e in *Rec. Sirey*, 1937, 1, p. 321, con il commento di A. BRETON.

<sup>103</sup> Così, M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 894.

<sup>104</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 902, *ivi* la giurisprudenza cit.

<sup>105</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 921.

<sup>106</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 927.

<sup>107</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 923.

<sup>108</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>109</sup> Cass., I Ch. Civ., 24 septembre 2009, n° 08-16.305 e n° 08.10.081, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 111, con le osservazioni di P. JOURDAIN, e in *Sem. jur.*, 2009, 381, con nota di S. HOCQUET-BERG.

<sup>110</sup> Cass., I Ch. Civ., 17 juin 2010, n° 09-67.011, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, p. 567, con le osservazioni di P. JOURDAIN, e in *Rec. Dalloz*, 2011, p. 283, con nota di C. BONNIN.

no state in grado di “invertire” la presunzione, provando di non essere state causa dell’infezione. Ma la giurisprudenza relativa all’obbligazione di *sécurité* di risultato in materia di infezioni nosocomiali è stata soltanto parzialmente confermata dal legislatore. Infatti, affianco alla responsabilità oggettiva delle strutture sanitarie, la responsabilità del professionista sanitario è ricondotta comunque all’obbligazione di mezzi anche in materia di infezioni nosocomiali, e ciò ha rappresentato «un recul»<sup>111</sup> nella protezione delle vittime. Ma il maggior rigore assegnato agli obblighi d’informazione circa i rischi delle infezioni nosocomiali tende a «palliare le insufficienze dell’obbligazione di *sécurité*, ormai di mezzi»<sup>112</sup> anche in questa materia. Da qui la scelta della Cassazione «di integrare l’infezione nosocomiale nel contenuto dell’informazione che il medico deve al suo paziente»<sup>113</sup> e il ritorno ad una presunzione di *faute*<sup>114</sup> che consente alle vittime di ottenere il risarcimento ogni qual volta il medico non sia in grado di provare di aver correttamente informato il paziente su ogni rischio di infezione ospedaliera.

Anche in tema di danni causati dai prodotti sanitari la giurisprudenza «non aveva esitato a consacrare un’obbligazione di *sécurité* di risultato»<sup>115</sup>. Così in tema di protezioni, di trasfusioni, di emoderivati infetti e di qualsiasi altro prodotto o materiale messo a disposizione dei pazienti dalle strutture sanitarie. A seguito della riforma del 2002, la responsabilità «resta oggettiva e rappresenta un’eccezione, consacrata ormai dalla legge, al principio della responsabilità soggettiva in materia»<sup>116</sup>. Tuttavia «la minaccia avverso la giurisprudenza relativa all’obbligazione di *sécurité* di risultato»<sup>117</sup> proviene non tanto dalla riforma del 4 marzo 2002, quanto dalla legge del 19 maggio 1998 relativa alla responsabilità per il fatto dei prodotti difettosi, che fa gravare sull’attore la prova del danno, del difetto e del nesso di causalità tra il difetto e il danno (art. 1386-9 *Code civ.*). Ma se la legge del 1998 limita ormai considerevolmente la responsabilità di produttori e fornitori, non altrettanto potrebbe dirsi per la responsabilità del medico che utilizza il materiale difettoso. La possibilità che, per questi, possa trovare applicazione la più rigorosa disciplina di diritto comune ispirata alla obbligazione di *sécurité* di risultato sembra confermata da una decisione del 2009 della Corte di Giustizia europea la quale consente ai diritti nazionali di disciplinare diversamente la responsabilità per i danni causati «à des biens à usage professionnel»<sup>118</sup>. Il problema è stato riproposto alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea dal Consiglio di Stato<sup>119</sup>, il quale ha formulato due questioni pregiudiziali in ordine all’interpretazione dell’art. 13 della direttiva: la prima consiste nel sapere se il regime della responsabilità ospedaliera rappresenti un regime speciale che può coesistere con quello della direttiva;

<sup>111</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 928.

<sup>112</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 930.

<sup>113</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>114</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>115</sup> Lo riferisce, M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 933.

<sup>116</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 942.

<sup>117</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>118</sup> Cfr., infatti, CJCU, 4 juin 2009, in *Rec. Dalloz*, 2009, p. 1731.

<sup>119</sup> Cons. État, 4 octobre 2010, n. 327449, in *Rec. Dalloz*, 2011, *Jur.*, p. 213.

con la seconda, «più ambiziosa»<sup>120</sup>, si chiede se la direttiva riguardi anche la responsabilità dei *prestataires de services* che utilizzano prodotti difettosi.

Il dato della necessaria “accessorietà” dell’obbligazione di *sécurité*, quindi, anche nella controversa materia della responsabilità sanitaria appare una caratteristica notevole del diritto francese, che affonda le sue radici nella tradizione giuridica di questo Paese. A differenza dell’esperienza tedesca, che proprio a seguito del contributo di Heinrich Stoll inizierà a individuare nell’ambito dell’obbligazione intesa come rapporto complesso obblighi (*recte*, doveri) di protezione nettamente distinti dalla prestazione; e a differenza della dottrina italiana che, proprio sulla base di queste acquisizioni e del testuale riferimento alla prestazione quale oggetto dell’obbligazione (art. 1174 c.c.), tende ad allinearsi all’esperienza germanica; nell’esperienza francese, malgrado il termine *prestation* sia talvolta usato per indicare il contenuto e/o l’oggetto dell’obbligazione *strictement contractuelle*, la dottrina e la giurisprudenza dominanti non procederanno mai ad una nitida scomposizione della prestazione dalla *sécurité* all’interno di un medesimo rapporto obbligatorio, ma preferiranno discorrere di obbligazioni di *sécurité* che sono connesse alle altre obbligazioni «*strictement contractuelles*», le quali sole conferiscono al contraente «*toute son utilité économique*», permettendo di «*procurer au créancier un avantage déterminé, une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans contrat*»<sup>121</sup>. Ecco che, pur comparando saltuariamente nella letteratura giuridica, il termine *prestation* non assume mai il senso di una contrapposizione dogmatica con la *sécurité* all’interno di un unico rapporto obbligatorio a struttura complessa. Invece di sezionare l’oggetto di un unitario rapporto obbligatorio al fine di discernere l’obbligo (e l’interesse) di prestazione da quelli di protezione, l’obbligazione di *sécurité*, che è obbligazione *ex lege*<sup>122</sup>, conserva una sua completa autonomia strutturale rispetto alle altre obbligazioni “strettamente contrattuali” alle quali è funzionalmente connessa. Sulla base di questa concezione pluralistica delle obbligazioni, che in un certo senso si contrappone all’idea unitaria di rapporto obbligatorio come struttura complessa propria dell’esperienza tedesca, la dottrina e la giurisprudenza d’oltralpe si interessano essenzialmente di individuare criteri idonei (ad es., assenza di una qualsiasi libertà di iniziativa o di azione in virtù della giovane età del soggetto su cui vegliare)<sup>123</sup> a determinare la disciplina applicabile, in virtù della qualificazione dell’obbligazione di *sécurité* in termini “di mezzi” o “di risultato”.

Allorché si verifichi, nell’esecuzione di un contratto, una lesione dell’integrità psico-fisica o dello *statu quo* dei beni della vittima che sia causalmente collegabile alla prestazione o ad altre obbligazioni (ad es., obblighi di informazione) nascenti dal contratto o dalla legge, la giurisprudenza, in ossequio al principio del *non-cumul*, accerta la violazione di un’obbligazione di *sécurité* che consente alla vittima di chiedere

<sup>120</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 948.

<sup>121</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 87 s.

<sup>122</sup> In tal senso è la dottrina francese di gran lunga prevalente. Tuttavia, con specifico riferimento al diritto italiano, sottolinea, da ultimo, l’ambiguità dell’espressione «obbligazione *ex lege*», F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 118 s.

<sup>123</sup> C. LARROUMET, *Note a Cass.*, I Ch. civ., 13 janvier 1982, anche in *Rec. Dalloz*, 1982, *Inf. rap.* – *Somm. comm.*, p. 364.

il risarcimento dei danni sul piano della responsabilità contrattuale. Ciò significa che il diritto francese conosce un ampliamento dei rapporti obbligatori che ruota comunque attorno alle idee di contratto e di prestazione. La configurazione di un unitario rapporto obbligatorio a struttura complessa è, invece, una ricostruzione teorica che pertiene soltanto al diritto tedesco. Infatti, a differenza di quanto accade in questa esperienza giuridica, in Francia non sono ipotizzabili obblighi di protezione “puri”, “autonomi” od “obbligazioni senza prestazione”<sup>124</sup>. La responsabilità pre-contrattuale, poiché si caratterizza ontologicamente per l’assenza di un contratto, è stata considerata sicuramente extra-contrattuale ed è stata inquadrata, senza alcun dubbio, nell’ambito della clausola generale di cui all’art. 1382 *Code civil*. La diversa soluzione ideata dal diritto tedesco, ed oggi codificata nel § 311 BGB, è stata necessitata dall’impossibilità di utilizzare il rimedio delittuale. E la giuridicizzazione in termini obbligatori del “contatto negoziale” ha consentito al legislatore della riforma di conservare il tradizionale sistema tipizzato di responsabilità delittuale (§§ 823 e 826 BGB), ispirato «al principio della piena libertà d’azione di ogni persona (fisica e giuridica), con il solo limite del comportamento antiggiuridico espresso nelle forme del dolo e della colpa»<sup>125</sup>.

L’estensione dell’area dei danni risarcibili nell’ambito della sola responsabilità contrattuale attraverso la codificazione dell’obbligazione come rapporto complesso (§§ 241, secondo comma e 311 BGB), da un lato, risulta in linea con la tradizione, con lo stile e con le esigenze teoriche e pratiche dell’esperienza tedesca, così come si è andata evolvendo nel corso del XX secolo; dall’altro, ha consentito di conservare intatta la scelta originaria compiuta dal legislatore tedesco in tema di responsabilità delittuale. Se si rileggono alcune righe di Claus Wilhelm Canaris vergate già alcuni decenni prima della riforma se ne ha una conferma inequivoca: «il riconoscimento di una tutela aquiliana generalizzata» porterebbe con sé «il rischio di uno “straripamento” della tecnica della responsabilità»<sup>126</sup>, perché «la cerchia degli aventi diritto al risarcimento minaccerebbe di allargarsi a dismisura» e, con essa, la sfera dei danni subiti *indirettamente* da terzi<sup>127</sup>. Tuttavia, proprio allo scopo di «introdurre un parziale correttivo alla irrisarcibilità dei danni patrimoniali in sé considerati» è giudicato «plausibile che il diritto vigente ricorra allo strumento del contratto e a quello, equivalente, del “rapporto particolare”»<sup>128</sup>. L’esistenza, accanto alle regole di comportamento di ordine generale che sono proprie della responsabilità delittuale, di regole «a carattere particolare», espressione di una «più qualificata responsabilità»<sup>129</sup> troverebbe fondamento nel fatto che «il “contatto” contrattuale determina una maggiore pos-

<sup>124</sup> Più precisamente, di «gesetzliches Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht», discorre K. LARENZ, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1982, p. 101.

<sup>125</sup> M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto. Obbligazioni di sécurité, Schutzpflichten ed effetti di protezione del contratto rispetto a terzi*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 50.

<sup>126</sup> C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 575.

<sup>127</sup> C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>128</sup> C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>129</sup> C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 572.

sibilità di incidenza sui beni e sugli interessi della controparte»<sup>130</sup>. Quindi, «contratto e rapporto negoziale particolare» costituiscono «punti di riferimento adeguati per la costruzione di una tutela (generale) del patrimonio, in quanto, per loro natura, ne limitano la portata alla sfera del potenziale creditore (della prestazione risarcitoria), evitando con ciò il pericolo di un aumento incontrollato, ed in particolare, di un'esorbitante risarcibilità dei danni "indiretti"»<sup>131</sup>.

Ecco spiegate, con vent'anni di anticipo, le ragioni e la congruenza sistematica della riforma con riferimento alle peculiarità del diritto tedesco. Proprio quest'ultimo dato ha indotto a contestare un'indiscriminata generalizzazione di queste soluzioni in ordinamenti (come quello italiano) che si caratterizzano per una diversa fisionomia strutturale e sistematica del modello di responsabilità delittuale<sup>132</sup>. E ciò non tanto per l'esistenza di una "clausola generale" che, sulla scia dell'insegnamento di Stefano Rodotà<sup>133</sup>, le Sezioni Unite civili non si sono stancate di riaffermare<sup>134</sup>, quanto per la previsione di differenti regimi di imputazione della responsabilità delittuale (ad es., artt. 2051 c.c. e 1384, primo comma, *Code civile*) che prescindono dalla colpa e che, oltre ad invertire l'onere della prova, ne mutano l'oggetto<sup>135</sup>.

##### 5. L'ambigua nozione di "contatto sociale", quale fonte di obblighi di prestazione, non di protezione, e la sua contrapposizione all'idea di "contatto negoziale". La responsabilità da *status* professionale nell'ambito di una disciplina unitaria degli ausiliari del debitore (art. 1228 c.c.)

L'esistenza di un rapporto obbligatorio in assenza di un contratto e di una prestazione richiede l'individuazione di un ulteriore "atto o fatto" (*ex art. 1173 c.c.*) che ne costituisca la fonte<sup>136</sup>. Malgrado la concezione dei rapporti obbligatori da comportamento sociale tipico<sup>137</sup> – non a caso pensata dall'ideatore dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione – sia stata poi respinta dal suo stesso autore «nella misura in cui fa riferimento ad un comportamento meramente fattuale senza fonda-

<sup>130</sup> C.-W. CANARIS, *op. ult. cit.*, p. 576.

<sup>131</sup> C.-W. CANARIS, *op. loc. ult. cit.*

<sup>132</sup> Tale argomento è sostenuto, oggi, soprattutto da M. BARCELLONA, *Trattato*, cit., p. 65 ss.

<sup>133</sup> *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 107 ss., p. 112 ss., p. 183 ss. e p. 199 ss. Sul punto si rinvia ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto (Dall'ermeneutica "bipolare" alla teoria generale e "monocentrica" della responsabilità civile)*, Parte II, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 220 ss., e a V. SCALISI, *Ingiustizia del danno e analitica della responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 38 ss.

<sup>134</sup> Il *leading case*, com'è noto, è rappresentato da Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss. Affermano che «il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c., la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante», anche Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, in *Danno e resp.*, 2009, p. 25.

<sup>135</sup> Così, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 339 ss.

<sup>136</sup> Tra gli altri, M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 71.

<sup>137</sup> Sostenuto proprio da K. Larenz fino alla IX edizione (1968) della sua opera (così, G. VARANESE, *Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*, in G. HAUPT, *Sui rapporti contrattuali*, cit., p. 42). Il mutamento di opinione dell'esimio maestro è posto in evidenza da H. KÖHLER, *Karl Larenz*, in *VersR*, 1993, p. 421.

mento negoziale»<sup>138</sup>, l'idea di una responsabilità da affidamento connessa all'inadempimento (*recte*, alla violazione) di un'obbligazione senza prestazione è stata fondata, dalla nostra giurisprudenza, direttamente sulla teoria dei rapporti contrattuali di fatto nascenti da contatto sociale (*kraft sozialen Kontaktes*), così come ideata da Günter Haupt<sup>139</sup>. La Cassazione italiana, quando contrattualizza la responsabilità in presenza di «un obbligato “che non c'è”»<sup>140</sup>, individua la fonte della responsabilità contrattuale non tanto nell'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione, o in una generale nozione di responsabilità da affidamento, quanto nella violazione di «obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto, bensì) di semplice contatto sociale»<sup>141</sup>. E così, tra le altre, sono state qualificate da “contatto sociale”, oltre alla celeberrima responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata<sup>142</sup>, quella del “precettore” dipendente da un istituto scolastico per il non aver vigilato «sulla *sicurezza* e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruisce della prestazione scolastica»<sup>143</sup>, quella da «inesatto pagamento» della banca che ha negoziato in favore di un soggetto non legittimato un assegno non trasferibile<sup>144</sup>, quella dello «scalatore», detentore di una partecipazione azionaria superiore al 30% del capitale sociale, per avere violato l'obbligo di offerta pubblica di acquisto nei riguardi degli azionisti di minoranza<sup>145</sup>, quella “da attività procedimentale” della P.A. nei confronti del cittadino, la quale si caratterizzerebbe per un contatto «specifico e differenziato»<sup>146</sup>. A questi casi va aggiunto quell'indirizzo della Cassazione<sup>147</sup>, poi revocato in dubbio dalla giurisprudenza successiva<sup>148</sup>, che aveva ravvisato nella responsabilità precontrattuale

<sup>138</sup> K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, IX ed., München, 2004, p. 579.

<sup>139</sup> G. HAUPT, *op. ult. cit.*, p. 50 ss. Per una critica agli indirizzi della nostra giurisprudenza, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78 ss., p. 94 ss.

<sup>140</sup> Con grande efficacia, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

<sup>141</sup> Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1708, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*.

<sup>142</sup> Basti citare il *leading case*: Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 441 ss., con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Danno e resp.*, 1999, p. 294 ss., con i commenti di V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, e di R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra scientia iuris e regole di formazione giurisprudenziale* (*ivi*, p. 777 ss.).

<sup>143</sup> Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2649, con nota di F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore si procura da sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*

<sup>144</sup> Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit., p. 1708 s.

<sup>145</sup> Da ultima, Cass., sez. I, 13 ottobre 2015, n. 20560. Sul riconoscimento, per gli azionisti di minoranza, di un diritto al risarcimento del danno in via contrattuale, cfr. G. ROMAGNOLI, *Diritti dell'investitore e diritti dell'azionista nell'opa obbligatoria*, Padova, 2005, p. 98; A. TUCCI, *La violazione dell'obbligo di offerta pubblica di acquisto, Rimedi e tutele*, Milano, 2008, p. 105; propende per il rimedio aquiliano, G. GUIZZI, *Noterelle in tema di opa obbligatoria, violazione dell'obbligo di offerta e interessi protetti*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, II, p. 260.

<sup>146</sup> Cass. 10 gennaio 2003, n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, c. 78. Afferma che la responsabilità della P.A. «si estende alla cosiddetta responsabilità da “contatto sociale”» anche Cons. Stato, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro it.*, 2006, I, c. 457.

<sup>147</sup> Cass., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, in *I contratti*, 2012, p. 237, con nota di F. DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*.

<sup>148</sup> Ad es., Cass., sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. DELLA

una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, in quanto sarebbe stato «lo stesso legislatore», nel prevedere l'obbligo di buona fede, a costituire un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative.

Il riferimento ad una sempre più estesa responsabilità da “contatto sociale” più o meno qualificato rappresenta una soluzione che la nostra giurisprudenza ha ispirato essenzialmente ad esigenze di semplificazione. Ma questa semplificazione introduce, nella specie, una posizione sostanzialmente diversa rispetto alla stessa esperienza tedesca, nella quale il “contatto negoziale” è inteso proprio «in contrapposizione ad un mero “contatto sociale”»<sup>149</sup>. Infatti, non potrebbe «non destare sorpresa» che la teoria del “contatto sociale”, «specie nella “libera” applicazione che sembra farne la giurisprudenza italiana», appaia del tutto svincolata «dalle regole e dai limiti che ne hanno invece contrassegnato l'applicazione nel diritto tedesco»<sup>150</sup>. La situazione che si è verificata in Italia è stata considerata paradossale: mentre, «da ormai più di dieci anni, la nostra giurisprudenza invoca il contatto sociale quale possibile fonte» di obbligazioni «nelle situazioni più disparate», in Germania si esclude oggi in maniera «praticamente unanime» che «un semplice contatto sociale possa essere considerato fonte di obbligazioni»<sup>151</sup>.

D'altronde, proprio nel suo *leading case* la Suprema Corte aveva riconosciuto la mancanza di un qualsivoglia “contatto negoziale”<sup>152</sup> finalizzato alla conclusione di un contratto, essendo l'attività del sanitario dovuta non nei riguardi del paziente, ma «nei confronti dell'ente ospedaliero nell'ambito del rapporto di impiego che lo lega all'ente»<sup>153</sup>. La Cassazione, al fine non soltanto di riaffermare la responsabilità solidale del medico con la struttura sanitaria<sup>154</sup>, ma anche, probabilmente, di dichiarare «il carattere privatistico-professionale della responsabilità dell'Ente, pur gestore di un servizio pubblico»<sup>155</sup>, individua la fonte dell'obbligazione in un «semplice “contatto sociale”», ammettendo «che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrano in contatto»<sup>156</sup>. Allo scopo di giustificare la «dissociazione tra la fonte [...] e l'obbligazione», essa afferma che bisogna riguardare il «fenomeno» non tanto in ragione della fonte, quanto «in ragione del rapporto che ne scaturisce», divenendo «allora assorbente la considerazione del rappor-

---

NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?* Qualifica, in termini di illecito aquiliano, la decisione assunta da Cass., sez. III, 20 marzo 2012, n. 4382, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1103, V. MONTANI, *Responsabilità precontrattuale e abbandono ingiustificato delle trattative: un rapporto da genus a species*, *ivi*, 2012, p. 1107.

<sup>149</sup> Così, A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 66, in nt. 34.

<sup>150</sup> A. DI MAJO, *L'obbligazione “protettiva”*, in *Europa e dir. priv.*, 2015, pp. 12-13, in nt. 29.

<sup>151</sup> A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78. Sul punto, però, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 150 s., non ha mancato di rilevare che, pur ammettendo che nel trapianto avvenuto in Italia tale figura abbia «subito un approfondimento e un'estensione che la dottrina tedesca [...] non ha ritenuto di fare», non vi sarebbero ulteriori «ragioni per rinnegare lo sviluppo che noi abbiamo inteso dare alla figura, in questo seguiti dalla giurisprudenza nostrana».

<sup>152</sup> Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

<sup>153</sup> Così, proprio Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443.

<sup>154</sup> Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 441.

<sup>155</sup> In questi termini, A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 448, in nt. 8.

<sup>156</sup> Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

to, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell'obbligazione da contratto<sup>157</sup>. Nella specie, il medico ha fatto non «qualcosa che non si sarebbe dovuto fare»<sup>158</sup>, ma non ha fatto (*culpa in non faciendo*) ciò che avrebbe dovuto fare, cioè «ciò a cui era tenuto in forza di un precedente *vinculum iuris*, secondo lo schema caratteristico della responsabilità contrattuale»<sup>159</sup>.

A parte l'argomento a effetto<sup>160</sup>, che ribalta la locuzione ideata da Staub<sup>161</sup> proprio per ricomprendere nelle perturbative dell'adempimento le ipotesi di violazioni (positive) del contratto diverse dall'omissione e dal ritardo, v'è da rilevare che il problema risolto dalla Corte non riguarda né gli obblighi di protezione, né, tanto meno, l'obbligazione senza prestazione. Come già rilevato da un'autorevole dottrina<sup>162</sup>, e come ammesso, nella specie, dalla stessa Cassazione<sup>163</sup>, la sentenza ha ad oggetto il solo inesatto adempimento della prestazione principale da parte di un soggetto, preposto dall'Ente, che non era obbligato nei confronti del paziente. La questione essenziale, quindi, concerne la teoria delle fonti dell'obbligazione<sup>164</sup>, nel senso di ammettere (o meno) l'eventualità che, nell'ambito del sistema "aperto" codificato dall'art. 1173 c.c.<sup>165</sup>, sia possibile che l'esecuzione, spontanea nei riguardi del paziente, ma dovuta nei confronti dell'Ente, della prestazione configuri, mediante il "contatto sociale", un "atto o fatto" idoneo a produrre un rapporto obbligatorio «in conformità dell'ordinamento giuridico». Quindi, come si è constatato con grande efficacia, "in principio" «v'è dunque la prestazione» (quasi sempre inesattamente eseguita), «cui segue come effetto necessario l'obbligazione»<sup>166</sup>. Il problema degli obblighi di protezione è ulteriore ed eventuale rispetto all'esistenza dell'obbligazione: una volta ammesso che questo "contatto sociale" sia idoneo a produrre un'obbligazione, si porrà il problema di ammettere o meno eventuali obblighi di protezione "connessi" all'esecuzione (esatta o inesatta) della prestazione. Si pensi, ad esempio, all'insorgere, a seguito del ricovero in ospedale, di un'ulteriore patologia (polmonite, epatite, HIV, infezione) contratta dal paziente a causa o in occasione dell'adempimento (anche esatto) della prestazione principale.

Non va sottaciuto, inoltre, che nella gran parte dei casi tipizzati dalla giurisprudenza in termini di "contatto sociale" (medico, "precettore", ecc.) si è in presenza di

<sup>157</sup> Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

<sup>158</sup> Sul punto, mi sembra opportuno richiamare l'insegnamento di H. STAUB, *Le violazioni positive*, cit., p. 40.

<sup>159</sup> Cass., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 444.

<sup>160</sup> Afferma, infatti, che l'argomento «è di quelli che fanno colpo», A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 447.

<sup>161</sup> H. STAUB, *op. loc. ult. cit.* Anche secondo HE. STOLL, *Commiato*, cit., § I.1, la peculiarità del pensiero di Staub consiste nell'aver individuato casi nei quali «qualcuno fa ciò che deve omettere» e non, invece, «in cui qualcuno omette ciò che deve fare».

<sup>162</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pp. 368-371.

<sup>163</sup> La Cassazione, infatti, afferma che si tratta di un problema di attribuzione di un diritto «al conseguimento della prestazione principale» (Cass., III Sez. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, cit., p. 443).

<sup>164</sup> Così, già A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 449.

<sup>165</sup> Sul punto, l'insegnamento di M. GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 71 ss.

<sup>166</sup> A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 451.

ipotesi classiche di responsabilità per il fatto degli ausiliari<sup>167</sup>, e le soluzioni accolte per costoro, nel senso della responsabilità contrattuale e non di quella extracontrattuale<sup>168</sup>, non possono essere difformi da un'interpretazione unitaria dell'art. 1228 c.c. nei riguardi di tutti gli altri ausiliari del debitore. In proposito non sembra possibile, da un lato, escludere che l'ausiliare del debitore possa essere «a propria volta debitore», e quindi tenuto a responsabilità contrattuale nei riguardi del creditore<sup>169</sup>; dall'altro, affermare che il medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica o privata (che è un ausiliare del debitore) sia direttamente responsabile in via contrattuale nei riguardi del paziente, in virtù di una responsabilità da affidamento derivante dallo specifico *status* professionale.

D'altronde, che il sanitario sia un «ausiliario necessario dell'organizzazione aziendale» è ribadito anche da una più recente sentenza<sup>170</sup> nella quale, anzi, si afferma che tale qualifica possa sussistere pur in assenza di un rapporto di lavoro subordinato o para-subordinato tra clinica e chirurgo. Nella specie, il professionista è stato considerato responsabile anche dell'operato di terzi (e, quindi, della stessa clinica) della cui attività si avvale, poiché «di norma, l'individuazione della Casa di cura dove il medico eseguirà la prestazione promessa costituisce parte fondamentale del contenuto del contratto stipulato tra il paziente ed il professionista, nel senso che ciascun medico opera esclusivamente presso determinate cliniche e che, a sua volta, ciascuna Casa di cura accetta solo i pazienti curati da determinati medici»<sup>171</sup>.

#### 6. Dalla teoria dell'«obbligazione senza prestazione» alla pragmatica della «prestazione senza obbligazione». La «specificità» della *culpa in contrahendo* e il suo possibile inquadramento nell'area della responsabilità contrattuale. L'esplorazione delle prestazioni «non dovute» come fonte di obblighi di protezione. La ricostruzione dei rapporti «di cortesia» all'interno di un paradigma relazionale

La teoria dell'obbligazione senza prestazione, se amputata dal richiamo al «contatto sociale», non è sembrata in grado di spiegare «come» e «quando» la relazione divenga «categoria essenziale dell'obbligazione»<sup>172</sup>. Malgrado si sia affermato, in generale, che «Essere in relazione significa doversi già reciprocamente alcunché»<sup>173</sup>, e ciò proprio al fine di impedire che possa realizzarsi una «non spiegata inversione tra fatto e diritto»<sup>174</sup>, poi, in realtà, si è ipotizzato «*ex ante* il carattere «relazionale» del rap-

<sup>167</sup> Tant'è che la dottrina, allorché esemplifica il fatto dell'ausiliario, cita proprio il caso del «cliente in cura presso una clinica» che «subisce lesioni per colpa di un sanitario di tale clinica» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 64).

<sup>168</sup> In questi termini è, invece, la dottrina di gran lunga prevalente (per tutti, C.M. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*).

<sup>169</sup> C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 708.

<sup>170</sup> Cass., sez. III, 26 giugno 2012, n. 10616, in *Danno e resp.*, 2013, p. 840.

<sup>171</sup> Cass., 26 giugno 2012, n. 10616, cit., p. 840.

<sup>172</sup> L'A. richiamato è C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 55 ss.

<sup>173</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 73.

<sup>174</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 61.

porto, per trarne la conseguenza che il dovere di protezione perde la sua natura *aquiliana*, per assumere quella contrattuale»<sup>175</sup>. In tale ricostruzione si anniderebbe una «petizione di principio»: occorrerebbe domandarsi «come fa un dovere e/o un obbligo, privo all'origine di "relazionalità", a trasferirla *tout court* ad una situazione che si definisce essere di non-rapporto, e cioè non relazionale»<sup>176</sup>. Si finisce per «capovolgere la sequenza tradizionale», mentre è l'obbligazione, «quale, per definizione, situazione "di rapporto" tra soggetti determinati», strutturata attorno all'obbligo di prestazione, «ad attribuire carattere di "concretezza" al "dovere di protezione" di natura aquiliana, ove questo venga in esso a innestarsi»<sup>177</sup>.

La protezione, dunque, deve essere «pur sempre funzionale e comunque connessa alla prestazione» o in ogni caso «dovuta in previsione di essa»<sup>178</sup>. Diversamente, l'«azzeramento» di ogni connessione con la prestazione farebbe venir meno «ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi, pattuiti o comunque dovuti»<sup>179</sup>. Il ravvisare un obbligo di protezione anche «in previsione» di una prestazione, oltre ad allineare il nostro diritto alla riforma del diritto tedesco (§ 311, secondo comma, BGB), sembra cogliere il senso di quella obbligazione che, per espressa volontà del legislatore, sorge nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, impegnando le parti a comportarsi secondo buona fede (art. 1337 c.c.). E così anche per i contratti invalidi o altrimenti inefficaci. In assenza di una disciplina analoga, il diritto francese, fedele all'idea di «connessione» funzionale dell'obbligazione di *sécurité* rispetto alla prestazione ed al contratto, ha collocato la responsabilità precontrattuale nell'alveo della responsabilità extracontrattuale. Ma, in Italia, è proprio il testo degli artt. 1337 e 1338 c.c. che può indurre a ravvisare un «rapporto obbligatorio autonomo, da classificarsi tra i rapporti *ex lege*», *inter partes* e «relativi»<sup>180</sup> la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale.

La soluzione dei problemi delle responsabilità precontrattuale o postcontrattuale, quindi, è indipendente dalla generalizzazione della regola di buona fede oggettiva prevista dall'art. 1337 c.c., poiché essa concerne il solo «contatto negoziale» avanzato, specificamente individuato «nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto». Con tale norma il legislatore avrebbe inteso disciplinare non un'ipotesi di contatto sociale qualificato dall'affidamento ingenerato dalla «qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa»<sup>181</sup>, ma «la particolare relazione che si trova a ridosso del contratto» e che è, «intrinsecamente, affine al rapporto che sorge da un contratto»<sup>182</sup>. Si tratta di quel «contatto negoziale» del quale parla il legislatore tedesco nel § 311, non,

<sup>175</sup> A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., p. 9.

<sup>176</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>177</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>178</sup> A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

<sup>179</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>180</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 369, anche in nt. 16. In argomento, ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360 ss.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 67 ss., p. 126 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, Milano, 1980, p. 213 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 459 ss.

<sup>181</sup> Così, invece, C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione*, cit., p. 698.

<sup>182</sup> L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 386.

invece, di una responsabilità da mero contatto sociale. Proprio la “specificità” del problema della *culpa in contrahendo* è tale da giustificare «il passaggio dalla situazione di non-rapporto a quella di rapporto»: ma «non sembra sia consentito “navigare” oltre di essa, nel “mare aperto” di rapporti aventi diversa natura e collocazione»<sup>183</sup>.

La teoria dell’obbligazione senza prestazione, così come è stata attuata dalla giurisprudenza, malgrado gli annunciati propositi di generalizzazione, in concreto è stata applicata a pochi casi di responsabilità da affidamento derivante dallo *status* professionale rivestito dal danneggiante. Più recenti dottrine, invece, riflettendo ora sul tema delle prestazioni non dovute<sup>184</sup>, ora sull’espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, secondo comma, n. 3, BGB)<sup>185</sup>, hanno esaminato ipotesi assai rilevanti, nelle quali l’obbligazione c’è, ma riguarda un soggetto diverso (è il caso, già citato, delle prestazioni eseguite dagli ausiliari del debitore), o nelle quali la relazione, semmai fondata su una promessa, è considerata “non giuridica”<sup>186</sup> in virtù dell’incoercibilità (ad es., rapporti di cortesia) o della spontaneità (ad es., gestione di affari altrui, obbligazioni naturali, adempimento del terzo) della prestazione.

Ecco che, allora, il problema si sposta dall’ontologia dell’“obbligazione senza prestazione” alla pragmatica della “prestazione senza obbligazione”. L’intuizione di Adolfo di Majo, che in origine poteva sembrare una benevola provocazione espressa mediante un abile gioco di parole, ma che in realtà descriveva fedelmente la posizione giuridica del medico dipendente dalla struttura sanitaria, è stata oggetto di un’attenta riflessione. Premesso che «uno dei temi più dibattuti»<sup>187</sup> ha riguardato proprio la possibilità di individuare doveri di protezione non collegati ad un obbligo di prestazione, e che non è parsa «sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell’indicazione proveniente dall’art. 1337»<sup>188</sup>, poiché «a tal fine forse non basta il riferimento alla categoria, *puramente logica*, della *relazione*»<sup>189</sup>, è sembrato «necessario argomentare su basi normative» in cosa debba consistere il “contatto sociale” che può creare i doveri di protezione. Ma più che di “contatto sociale”, di per sé inidoneo a qualificare un’obbligazione sulla base del generico riferimento all’art. 1173 c.c.<sup>190</sup>, l’indagine ha riguardato quelle ipotesi, tipicamente previste dalla legge (ad es., adempimento del terzo, gestione di affari altrui, contratto nullo ma eseguito, indebito pagamento, pagamento al creditore apparente, delegazione di pagamento, ecc.) nelle quali, pur in assenza di una previa obbligazione, si consente l’esecuzione di una prestazione<sup>191</sup>. Se si prescinde da alcune di queste ipotesi (ad es., pagamento dell’indebito o al creditore apparente), che potrebbero soltanto dimostrare «in realtà a quale “deriva” possa dar

<sup>183</sup> Per le due espressioni tra virgolette, A. DI MAJO, *L’obbligazione “protettiva”*, cit., p. 11.

<sup>184</sup> F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 109 ss.

<sup>185</sup> A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 91 ss.

<sup>186</sup> Così, G. MARINI, *Promessa ed affidamento nel diritto dei contratti*, Napoli, 1995, p. 312.

<sup>187</sup> Così, F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 109 s.

<sup>188</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 112.

<sup>189</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 113.

<sup>190</sup> In questi termini, A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 92 ss.

<sup>191</sup> L’indagine è stata svolta soprattutto da F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 109 ss.

luogo la generalizzazione del principio di buona fede»<sup>192</sup>, in altri casi la nascita di obblighi di protezione potrebbe spiegarsi con il fatto che entrambe le parti accettano «consapevolmente la legge dell'obbligazione» con la quale si trovano ad interferire, sia pure sul terreno del solo adempimento<sup>193</sup>. Qui l'esecuzione di una prestazione non dovuta instaura quella «speciale relazione giuridica»<sup>194</sup>, quel «rapporto particolare»<sup>195</sup> che espone entrambe le sfere giuridiche al rischio di «incidere su persone e cose dell'altra parte»<sup>196</sup>. La relazione che si instaura per effetto dell'esecuzione di una prestazione non dovuta (ma consentita dalla legge), cioè di una prestazione senza obbligazione, potrebbe generare obblighi di protezione il cui scopo è quello di «proteggere la controparte da danni che potrebbero scaturire dalla relazione speciale e per suo tramite»<sup>197</sup>. Ma, in questo caso, diversamente da quel che si afferma, si tratta non di obblighi di protezione «autonomi»<sup>198</sup>, ma di obblighi di protezione comunque funzionalmente «connessi» all'esecuzione di una prestazione, sia pure non dovuta. In questo caso gli obblighi di protezione sorgono non per effetto della previa costituzione di un rapporto obbligatorio, bensì a causa dell'esecuzione, *secundum legem*, di una prestazione senza obbligazione.

Si è già accennato alla prestazione eseguita dall'ausiliare del debitore (art. 1228 c.c.), il quale non è direttamente obbligato nei confronti del creditore del debitore. Qui la scienza giuridica di gran lunga dominante ha operato una netta distinzione: mentre il debitore risponde *ex contractu* ed a titolo di responsabilità oggettiva<sup>199</sup> per il fatto degli ausiliari nei riguardi del creditore, sia per l'inadempimento, sia per la violazione di eventuali obblighi di protezione, l'ausiliare risponderebbe personalmente in via extracontrattuale<sup>200</sup> e per colpa nei confronti del creditore per i danni cagionati nell'esecuzione della prestazione. L'ipotesi è estremamente rilevante, poiché proprio il caso del medico dipendente dalla struttura sanitaria ha rappresentato l'esempio più eloquente su cui si è fondata, in dottrina, la teoria dell'obbligazione senza prestazione e, in giurisprudenza, la responsabilità da contatto sociale qualificato. Ma, come s'è detto, non sembra possibile interpretare in maniera antinomica la disciplina della responsabilità degli ausiliari, che sarebbe ora contrattuale, ora delittuale nei confronti del creditore secondo che il «terzo» sia un medico, un infermiere, un insegnante, ovvero un altro ausiliare del debitore. D'altronde, la posizione del «terzo» ausiliare sembra richiamare quella descritta dall'art. 1180 c.c.: in entrambe le ipotesi l'esecuzione di una prestazione non dovuta nei riguardi del creditore instaura una relazione che potrebbe generare obblighi di protezione nei suoi riguardi, e ciò a prescindere dall'eventuale *status* professionale dell'au-

<sup>192</sup> A. DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., p. 13, in nt. 30.

<sup>193</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>194</sup> Della quale parla già HE. STOLL, *Commiato*, cit., § IV.2 lett. a).

<sup>195</sup> C.-W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 572 ss., p. 808 ss.

<sup>196</sup> Già HE. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.2 lett. b).

<sup>197</sup> Secondo le parole di HE. STOLL, *op. loc. ult. cit.*

<sup>198</sup> Così, invece, F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 119.

<sup>199</sup> Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 60.

<sup>200</sup> C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, p. 64.

siliare e dal presunto affidamento riposto in esso dal creditore<sup>201</sup>.

In questo contesto, un ruolo altrettanto significativo è assunto anche dall'esecuzione di prestazioni che costituiscono l'oggetto di obbligazioni non coercibili, perché qualificate dalla legge come «esecuzione di doveri morali o sociali» (ad es., l'art. 2034 c.c.), ovvero considerate dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti come attuazione di obblighi “non giuridici”, perché non connotati dalla realizzazione di un interesse economico del promittente e/o dall'esercizio dell'attività in forma professionale<sup>202</sup>. Il discorso involge i cc.dd. rapporti di cortesia, che le esperienze francese, tedesca e italiana hanno confinato, per tradizione, nell'ambito della responsabilità extracontrattuale per colpa. Da rilevare, tuttavia, che il criterio della professionalità nell'esercizio dell'attività è un criterio che prova troppo (o troppo poco), poiché esso non connota tutti i contratti (onerosi o gratuiti) che sono considerati giuridicamente rilevanti. Il dato dell'interesse del promittente, poi, se si esamina la giurisprudenza in materia, è stato inteso spesso in modo ambiguo e polisenso, avendo dato luogo a decisioni incerte e contraddittorie<sup>203</sup>. Nell'ambito della circolazione stradale, la distinzione tra trasporto oneroso, gratuito e di cortesia è stata causa di un'ingiustificata disparità di trattamento tra le vittime (semmai, di un medesimo incidente). Mentre i trasportati a titolo oneroso e gratuito hanno potuto giovare, in Francia, del regime di responsabilità oggettiva contrattuale derivante dall'*inexécution* di un'obbligazione di *sécurité* di risultato e, in Italia, dell'inversione dell'onere della prova previsto dal più sibillino art. 1681, primo comma, c.c., sui trasportati a titolo di cortesia è continuato a gravare l'onere di provare la colpa del vettore ai sensi degli artt. 1382 *Code civil* o 2043 c.c.

A questa situazione di diseguaglianza ha posto rimedio, in Francia, fin dal 1968, la *Chambre mixte* della Cassazione<sup>204</sup>, la quale ha consentito sia ai trasportati “di cortesia”, sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall'art. 1384, primo comma, “equivalente”<sup>205</sup> a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso o gratuito. A fronte della proposta (inascoltata, nella nostra esperienza giuridica) di considerare il trasporto gratuito e quello di cortesia nell'ambito di un unico paradigma normativo che caratterizza il trasporto «senza corrispettivo»<sup>206</sup>, il problema è stato definitivamente risolto dai legislatori francese e italiano, almeno con riguardo al trasporto mediante veicoli a motore. Sia la *Loi Badinter* (art. 1, legge n. 85-677 del 5 luglio 1985), sia il Codice delle assicurazioni private (art. 141, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) hanno unificato la disciplina dei trasportati a titolo oneroso,

<sup>201</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 150 s.

<sup>202</sup> Su questi due criteri, A. GIANOLA, *Atto gratuito, atto liberale. Ai limiti della donazione*, Milano, 2002, p. 171 ss.

<sup>203</sup> Cfr., ad es., la giurisprudenza cit. da V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. dir. comm.* diretto da V. Buonocore, Torino, 2003, pp. 69-71, anche in nt. 115.

<sup>204</sup> Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

<sup>205</sup> Per una ricerca sulle ulteriori regole “equivalenti” che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali, ora contrattuali, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 35 ss., p. 222 ss. e *passim*.

<sup>206</sup> V. BUONOCORE, *op. ult. cit.*, pp. 65 e 79 s.

gratuito o di cortesia prevedendo un regime di responsabilità oggettiva che, pur trovando il suo fondamento nel contratto di assicurazione di responsabilità, rappresenta il superamento della tradizionale partizione tra le due specie della responsabilità civile attraverso «une unification des régimes d'indemnisation»<sup>207</sup>.

Per quanto riguarda gli altri rapporti di cortesia, il carattere della patrimonialità o no dell'interesse del promittente non sembra possa continuare ad essere considerato decisivo. Sia perché, com'è noto, la prestazione può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.)<sup>208</sup>; sia perché, piuttosto che vagliare il carattere economico o meno dell'interesse, sarebbe prioritario verificarne la sua meritevolezza di tutela ai sensi dell'ordinamento giuridico (art. 1322, secondo comma, c.c.). D'altronde anche la prestazione cortese, per quanto incoercibile, non può non essere ispirata al principio di buona fede, che permea tutte le attività che possono definirsi "prestazione", «quale che ne sia il titolo ed anche se non sono giuridicamente dovute»<sup>209</sup>.

In Germania, una soluzione analoga è stata prospettata sulla base dell'interpretazione dell'espressione *ähnliche geschäftliche Kontakte* (§ 311, secondo comma, n. 3, BGB). Se non si vuole intendere tale locuzione come un riferimento inutilmente ripetitivo di quei contatti negoziali "di minore intensità", comunque simili a quelli già previsti nei precedenti nn. 1 e 2, l'espressione potrebbe essere riferita «proprio ai rapporti di cortesia "puri", in considerazione della loro affinità con i contatti negoziali» e della loro attitudine a generare obblighi di protezione sulla base di una «estensione della responsabilità *in contrahendo*» o comunque di «un principio di tutela dell'affidamento analogo a quello che anima la teoria della responsabilità *in contrahendo*»<sup>210</sup>. In tal modo, escluso che il semplice richiamo al mero "contatto sociale" possa essere di per sé sufficiente a fondare obblighi di protezione<sup>211</sup>, l'espressione esaminata concernerebbe non i "contatti negoziali simili" a quelli contemplati nei nn. 1 e 2 del § 311, secondo comma, BGB, ma i rapporti di cortesia quali «contatti non negoziali [...] suscettibili di fondare comunque un obbligo di protezione in quanto simili ai contatti negoziali»<sup>212</sup>.

<sup>207</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, III éd., Paris, 2006, p. 1289 s.

<sup>208</sup> In proposito, M.R. MARELLA, *Le conseguenze «non patrimoniali» dell'inadempimento. Una tassonomia*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 175 ss., sulla scia di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, I, rist., Milano, 1968, p. 29 ss., p. 33 ss.

<sup>209</sup> F. VENOSTA, *op. ult. cit.*, p. 143.

<sup>210</sup> Così, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., pp. 90-91.

<sup>211</sup> C.-W. CANARIS, *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, in *JZ*, 2001, p. 520.

<sup>212</sup> A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, p. 91.

7. Il carattere strumentale e rimediabile delle obbligazioni di *sécurité*. L'analogo ruolo svolto dagli obblighi di protezione: in particolare, il superamento delle incongruenze in tema di responsabilità degli ausiliari (§§ 278 e 831 BGB) e le mutazioni dell'obbligazione sanitaria tra "mezzi" e "risultato"

Un altro aspetto che è stato posto nitidamente in evidenza<sup>213</sup> è quello del carattere *rimediabile* del sistema delle obbligazioni di *sécurité*, nel senso di attribuire un rimedio contrattuale (anche se soltanto) risarcitorio, rispetto al rimedio delittuale, ma caratterizzato da un certo regime di imputazione della responsabilità, in presenza di determinate condizioni – scrutinate sulla base del principio del *non-cumul* –, al fine di tutelare uno specifico assetto di interessi. In proposito la stessa dottrina francese ha parlato dell'obbligazione di *sécurité* come di un'«obbligazione indennitaria», con caratteristiche utilitaristiche e funzionali assai marcate<sup>214</sup>.

Anche in Germania e in Italia la scoperta degli obblighi di protezione e, più in generale, il fenomeno di "contrattualizzazione" della responsabilità civile hanno contribuito a realizzare una più intensa tutela della vittima, rispetto a quella che sarebbe conseguita sulla base dell'applicazione delle regole di diritto comune in tema di responsabilità delittuale. Già Hermann Staub<sup>215</sup>, a due anni dall'entrata in vigore del BGB, aveva individuato un'ulteriore incongruenza nella diversa disciplina in tema di responsabilità degli ausiliari "nell'adempimento" e "nell'attività"<sup>216</sup> (§§ 278 e 831 BGB). Non v'è dubbio che questa problematica caratterizzerà l'esperienza germanica per tutto il XX secolo<sup>217</sup>, se è vero che un'autorevole dottrina ha individuato la medesima «funzione della teoria dei "doveri di protezione"» proprio nel «rendere applicabile il par. 278 BGB» in luogo del § 831<sup>218</sup>, al fine di escludere la prova liberatoria prevista da quest'ultimo testo. Il § 831, norma senz'altro «dubbia», avrebbe potuto essere mantenuto in vigore nel BGB proprio grazie a quegli orientamenti delle Corti che «hanno riconosciuto *in via contrattuale* il risarcimento del danno, ancorché l'incidente subito dall'attore fosse da ricondurre ad una violazione generale del *ne-minem laedere*»<sup>219</sup>. La teoria delle *Schutzpflichten* e l'estensione degli effetti di protezione anche nei riguardi di terzi, poi, hanno consentito di tutelare interessi non protetti ai sensi della responsabilità delittuale (ad es., danni meramente economici, danni da *culpa in contrahendo* e da contratti nulli, danni da inesatte informazioni, ecc.), sulla base della convinzione che debba essere proprio il contratto – e non la responsabilità delittuale – «il tipico strumento di salvaguardia degli interessi patrimoniali»<sup>220</sup>.

Anche in Italia l'importazione della dottrina degli obblighi di protezione e della controversa idea di "contatto sociale qualificato" ha consentito, quanto meno in speci-

<sup>213</sup> Da M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., §§ 8 lett. c), 9 e 10.

<sup>214</sup> Con la consueta arguzia, D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1201.

<sup>215</sup> *Le violazioni positive*, cit., p. 70 s.

<sup>216</sup> Così, proprio HE. STOLL, *Commiato*, cit., § V.3, in fine.

<sup>217</sup> M. FEOLA, *La responsabilità civile al confine tra contratto e torto*, cit., p. 55.

<sup>218</sup> C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte seconda)*, cit., p. 802.

<sup>219</sup> K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, vol. II, *Istituti*, III ed., cit., p. 367.

<sup>220</sup> C.-W. CANARIS, *Norme di protezione (Parte prima)*, cit., p. 576.

fici settori, di prevedere una tutela rafforzata per la vittima. Soprattutto in campo sanitario (ma un discorso analogo può valere anche per la responsabilità dell'istituto scolastico nel caso di condotta autolesiva dell'allievo)<sup>221</sup>, più che ad un superamento<sup>222</sup> della distinzione, così come dichiarato dalle Sezioni Unite della Cassazione, si è assistito ad una trasformazione pura e semplice dell'originaria obbligazione "di mezzi" in un'obbligazione di "risultato"<sup>223</sup>. L'allegazione di un inadempimento solo «astrattamente idoneo a causare il danno lamentato» inverte, nella sostanza, l'onere della prova della causalità, dovendo il debitore "dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante"<sup>224</sup>. Ai fini della prova dell'interruzione del rapporto causale «è del tutto irrilevante la prova della diligenza nell'adempimento, dovendo il debitore dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore» e gravando su di lui «il rischio della causa ignota e non accertabile»<sup>225</sup>.

L'orientamento ha trovato conferma ed ulteriore specificazione in una più recente sentenza della Cassazione: la prova del nesso di causa, quale fatto costitutivo della domanda intesa a far valere la responsabilità per l'inadempimento del rapporto di cura, si sostanzia nella dimostrazione che l'esecuzione del rapporto curativo si è inserita nella serie causale che ha condotto all'evento di danno, il quale è rappresentato «o dalla persistenza della patologia per cui si era richiesta la prestazione o dal suo aggravamento fino anche ad un esito finale come quello mortale o dall'insorgenza di una nuova patologia che non era quella con cui il rapporto era iniziato»<sup>226</sup>. Il danneggiato, ai fini della prova della causalità, può limitarsi a dimostrare «uno di tali eventi», che si connotano «come inadempimento sul piano oggettivo, essendosi essi verificati a seguito dello svolgimento del rapporto curativo e, quindi, necessariamente – sul piano della causalità materiale – quale conseguenza del suo svolgimento»<sup>227</sup>. La presunzione *iuris tantum*<sup>228</sup> del rapporto eziologico fa gravare sui sanitari le cause "incerte" e "ignote", dovendo essi dimostrare «in alternativa il fatto di avere esattamente adempiuto, il fatto che non sussiste un nesso eziologicamente rilevante» tra l'inadempimento, la lesione, l'aggravamento, il decesso o l'insorgenza di una nuova patologia, ovvero che «gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento impreveduto o imprevedibile»<sup>229</sup>. Ancora una volta «la prova del caso fortuito, così come avviene nei casi di responsabilità oggettiva delittuale, si rivela l'unico elemento realmente idoneo ad

<sup>221</sup> Così, F. DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica)*, cit., c. 2638, nel commentare Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, cit., c. 2635 ss.

<sup>222</sup> Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790, annotata da G. VINCI-GUERRA, *Nuovi (ma provvisori?) assetti della responsabilità medica*.

<sup>223</sup> A. NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 875.

<sup>224</sup> In questi termini, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 366, che cita testualmente le espressioni utilizzate da Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, cit., p. 792.

<sup>225</sup> M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>226</sup> Cass., sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, in *Danno e resp.*, 2014, p. 33.

<sup>227</sup> Cass., sez. III, 12 settembre 2013, n. 20904, cit., p. 33.

<sup>228</sup> Così, G.M.D. ARNONE, *La responsabilità medica verso la presunzione del nesso di causa*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 40.

<sup>229</sup> G.M.D. ARNONE, *op. ult. cit.*, pp. 40-41.

interrompere il nesso causale e, quindi, a consentire l'esonero dalla responsabilità<sup>230</sup>.

Nel qualificare come obbligazione “di risultato” un'obbligazione che fino ad allora era stata considerata “di mezzi”, e per ora prescindendo dal fatto che tale qualificazione abbia ad oggetto un obbligo di prestazione (così come accade frequentemente nell'attività sanitaria) e non, invece, un obbligo di protezione<sup>231</sup>, la giurisprudenza italiana emula quella funzione *strumentale* e *rimediale* che l'obbligazione di *sécurité* ha assunto nell'esperienza francese. Se, infatti, per assurdo, nel qualificare nuovamente “di mezzi” l'obbligazione del sanitario, la giurisprudenza italiana identificasse questa sua responsabilità “contrattuale” con la disciplina prevista per la responsabilità delittuale per colpa (così come accade in Francia), o se, più probabilmente, il legislatore prevedesse una disciplina “speciale” unitaria per l'attività di tutti gli operatori sanitari (così come accaduto, in Germania, con la codificazione del contratto di trattamento medico<sup>232</sup> e, in Francia e in Italia, nei settori della circolazione stradale e del danno da prodotti), verrebbe meno ogni ragione pratica per considerare la responsabilità del medico dipendente come contrattuale (sulla base di un c.d. “contratto di protezione”)<sup>233</sup> piuttosto che extracontrattuale. In questo senso procede l'attuale riforma legislativa che tende a collegare nuovamente alla responsabilità delittuale per colpa (art. 2043 c.c.) l'attività degli operatori che svolgono la propria attività presso una struttura sanitaria o in rapporto di convenzione con il Servizio sanitario nazionale.

#### 8. *Segue*. La critica dell'obbligazione di *sécurité-moyens* e il suo collegamento con i rimedi delittuali fondati su regole di responsabilità oggettiva (art. 1384, primo comma). Le proposte ispirate al regime del concorso o alla “decontrattualizzazione” delle obbligazioni di *sécurité*. La riforma del diritto dei contratti introdotta con l'*Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016

La nascita stessa dell'obbligazione di *sécurité-résultat* testimonia, in Francia, un'indiscutibile funzione *rimediale*, consistente nell'esigenza di tutelare il trasportato – in presenza di una lacuna del *Code Napoléon* (artt. 1782 ss.) – mediante la previsione di un regime di responsabilità oggettiva contrattuale che esimesse il creditore della prestazione di trasportare dalla prova (diabolica) della *faute précise* richiesta, invece, dalla disciplina di diritto comune in tema di responsabilità extracontrattuale (art. 1382)<sup>234</sup>.

<sup>230</sup> M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, cit., p. 101.

<sup>231</sup> Così, L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., pp. 368-371.

<sup>232</sup> Per tutti, J.F. STAGL, *La «legge sul miglioramento dei diritti del paziente» in Germania*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, p. 35 ss.; R. FAVALE, *Il contratto di trattamento medico nel BGB. Una prima lettura*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, p. 693 ss.

<sup>233</sup> Un esplicito riferimento al «contratto di protezione» è in Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975, cit., p. 30.

<sup>234</sup> In tal senso, le conclusioni del Procuratore Generale Luis SARRUT, in *Rec. Dalloz*, 1913, I, p. 254 s., in ordine a Cass., 21 novembre 1911, e Cass., 27 janvier 1913, *ivi*, I, p. 253 ss. Sul punto, per tutti, R. RODIÈRE, *Le régime légal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs*, in *Sem. jur.*, 1952, I, *Doctr.*, 997, e l'attenta ricostruzione storica di J.-L. HALPÉRIN, *La naissance de l'obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1178.

La successiva evoluzione della disciplina giurisprudenziale in tema di trasporto terrestre confermerà questa tendenza: ma poiché la qualificazione in termini “di mezzi”<sup>235</sup> dell’obbligazione del vettore di “prendere le misure di sicurezza” avverso gli *accidents de gare* e *de quai* non era altrettanto propizia per la vittima contraente, ingenerando anzi una disparità di trattamento con il “terzo”<sup>236</sup> al quale si applicava la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’art. 1384, primo comma, con il caso Valverde<sup>237</sup> la giurisprudenza procederà a “decontrattualizzare” il regime di responsabilità<sup>238</sup> anche per il trasportato, sulla base dell’idea (già espressa nel caso “Caramello”)<sup>239</sup> che può esservi un’obbligazione di *sécurité* (di risultato) – e quindi una tutela contrattuale – soltanto durante l’esecuzione del contratto, ovvero dal momento in cui il passeggero inizia ad entrare nel mezzo di trasporto e fino all’istante in cui ha terminato di uscirne<sup>240</sup>.

Nell’evoluzione successiva, la qualificazione dell’obbligazione di *sécurité* in termini “di mezzi” o “di risultato” è stata puntualmente effettuata dalle Corti al fine di individuare la disciplina applicabile al concreto rapporto, soprattutto allorché tale obbligazione è stata inserita (come nella gran parte dei casi è accaduto) all’interno di un contratto atipico. Il numero e la varietà dei contratti ai quali la giurisprudenza ha collegato questa figura «sono impressionanti», al punto che ci si è chiesti se «il campo di questa obbligazione non si estenda a qualsiasi convenzione la cui esecuzione possa ledere, in un qualsiasi momento e in qualunque maniera, la sicurezza fisica di uno dei contraenti o anche quella dei beni che sono stati affidati dall’altra parte»<sup>241</sup>.

Tuttavia, la discutibile idea secondo la quale, nella tradizione francese, la *faute civile* rappresenti ancora l’unitaria nozione ordinante le responsabilità sia delittuale sia contrattuale<sup>242</sup> farà sì che, almeno ogni qual volta il danno sia cagionato da una cosa in custodia, il rimedio contrattuale fondato sull’obbligazione di *sécurité* “di mezzi” divenga più sfavorevole per la vittima di quanto non lo sia il rimedio delittuale fondato sull’art. 1384, primo comma. La tutela contrattuale dell’obbligazione di *sécurité* “di risultato” risulterà circoscritta ad ipotesi specifiche<sup>243</sup> e non sempre pregnanti sotto il profilo sociale. Se si eccettuano alcune decisioni più recenti, la Cassazione, oltre al contratto di trasporto terrestre, individua un’obbligazione di risultato, ad

<sup>235</sup> Intervenuta con il caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s., con nota di R. ABADIR, alla quale *adde* R. RODIÈRE, *Voyageurs veillez sur vous! Dialogue avec l’indulgence*, in *Rec. Dalloz*, 1971, *Chron.*, p. 45.

<sup>236</sup> Considerava «scioccante» questa disparità di trattamento, C. MASCALA, *Accidents de gare: le «déraillement» de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1991, *Chron.*, p. 81.

<sup>237</sup> Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 633, con nota di G. PAIRE.

<sup>238</sup> Discorre di un «assèchement» dell’obbligazione di *sécurité* “di mezzi”, P. JOURDAIN, *La responsabilité de la S.N.C.F. pour un accident de gare est de nature délictuelle*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1989, p. 550.

<sup>239</sup> Il quale (Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.), tra l’altro, aveva dato origine all’articolata evoluzione giurisprudenziale.

<sup>240</sup> Così Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, *cit.*, p. 640.

<sup>241</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, III éd., 2006, *cit.*, p. 458.

<sup>242</sup> In argomento, basti citare la più avvertita trattatistica (G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 363 ss., p. 428 ss. e *passim*).

<sup>243</sup> Per le quali si rinvia a M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, *cit.*, p. 233 ss., p. 251 ss., p. 346 ss. e *passim*.

esempio, a carico dei gestori di funivie<sup>244</sup> (mentre una diversa disciplina riguarderà seggiovie e sciovie)<sup>245</sup>, di villaggi turistici<sup>246</sup>, di *manège* di altalene<sup>247</sup>, di auto-scontro<sup>248</sup> e di montagne russe<sup>249</sup>, a carico del ristoratore o del gestore di altre strutture (alberghi, colonie, villaggi turistici) con riguardo alla qualità degli alimenti<sup>250</sup> e della nutrice *professionnelle* cui sono affidati fanciulli che non sono in grado di vegliare sulla propria sicurezza<sup>251</sup>. Nella quasi totalità degli altri “contratti”, invece, la giurisprudenza, fedele al principio del *non-cumul*, assegna una tutela risarcitoria contrattuale, ma sulla base di un’obbligazione di *sécurité* “di mezzi”. E sarà proprio la *prolifération*<sup>252</sup> delle obbligazioni di *sécurité-moyens* a spingere la dottrina a contestare con veemenza tale fenomeno: da un lato si ravviserà lo “snaturamento” del modello di obbligazione, la quale, se ha ad oggetto la *sécurité*, non può non essere “di risultato”<sup>253</sup>; dall’altro, si constaterà che in molte ipotesi (ad es., nel caso in cui il danno sia cagionato da una cosa in custodia) la qualificazione in termini contrattuali della tutela nuoce sicuramente alla vittima, in quanto la sottopone ad un regime fondato sulla prova della *faute contractuelle* del debitore, non consentendole di invocare la ben più favorevole disciplina di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’art. 1384, primo comma, *Code civ.*<sup>254</sup> In tal modo, l’elaborazione della giurisprudenza avrebbe perso di vista quel «carattere puramente utilitaristico e funzionale» che ha caratterizzato «la scoperta, cioè l’invenzione» dell’obbligazione di *sécurité*<sup>255</sup>.

<sup>244</sup> Per un’esplicita qualificazione in termini di obbligazione “di risultato” cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 17 février 1987, in *Sem. jur.*, 1988, II, 21082.

<sup>245</sup> Per la giurisprudenza, cfr. M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 235 ss.

<sup>246</sup> Pur non richiamando esplicitamente l’obbligazione “di risultato”, esclude che sul *club* gravasse un’obbligazione “di mezzi”, Cass. crim., 1 juillet 1997, in *Rec. Dalloz*, 1997, *Inf. rap.*, p. 212.

<sup>247</sup> Un esplicito riferimento ad una «obbligazione di risultato, per quanto concerne la sicurezza dei suoi clienti», è in Cass., I Ch. civ., 18 février 1986, in *Rec. Dalloz*, 1986, *Inf. rap.*, p. 235. Sul punto, J. HUET, *Entreprise d’attraction pour enfant: obligation de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 770 s.

<sup>248</sup> Discorrono di un’obbligazione “determinata” o “di risultato”, Cass., I Ch. civ., 3 avril 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Somm.*, p. 91; Cass., I Ch. civ., 12 février 1975, *ivi*, 1975, *Jur.*, p. 512; Cass., I Ch. civ., 17 juin 1975, *ivi*, 1975, *Inf. rap.*, p. 216.

<sup>249</sup> Con esplicito riferimento all’obbligazione “di risultato”, Cass., I Ch. civ., 13 novembre 1974, in *Sem. jur.*, 1974, II, *Jur.*, 18344; Cass., I Ch. civ., 28 octobre 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Somm. comm.*, p. 271, sulla scia di Req., 13 mai 1947, in *Sem. jur.*, 1948, II, *Jur.*, 4032, annotata da R. RODIÈRE. Cfr. P. JOURDAIN, *L’exploitant d’un toboggan est tenu d’une obligation de sécurité de résultat*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1992, p. 397.

<sup>250</sup> Anche qui, con esplicito riferimento all’obbligazione di *sécurité* “di risultato”, Cass., I Ch. civ., 2 juin 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9, anche in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770.

<sup>251</sup> Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770. In argomento, C. LARROUMET, *Note* a Cass., I Ch. civ., 13 janvier 1982, in *Rec. Dalloz*, 1982, *Inf. rap.* – *Somm. comm.*, p. 364.

<sup>252</sup> Il termine è utilizzato da G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, III éd., 2006, cit., p. 453 ss.

<sup>253</sup> In questi termini, P. JOURDAIN, *Le fondement de l’obligation de sécurité*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1198, per il quale «c’est la sécurité qui est objet d’obligation»; e poiché «la sécurité ne se divise pas», se «l’on assure la sécurité, [...] l’obligation est de résultat». In maniera del pari incisiva, afferma che «l’obligation de sécurité est par sa nature une obligation déterminée, l’objet de l’obligation étant la sécurité due en tout état de cause par l’auteur du dommage», Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l’obligation de sécurité*, in *Rec. Dalloz*, 1994, *Chron.*, p. 84 (il corsivo è dell’Autrice).

<sup>254</sup> Tra i tanti, D. MAZEAUD, *Le régime de l’obligation de sécurité*, cit., p. 1202 ss.; P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 1198 s.

<sup>255</sup> G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 472.

Lo stesso criterio utilizzato più frequentemente dalle Corti per operare la qualificazione dell'obbligazione come "di mezzi" o "di risultato", cioè quello fondato sul ruolo più o meno attivo del creditore nell'esecuzione del contratto, è stato considerato incongruente e contraddittorio<sup>256</sup>, essendosi constatato sia come esso si ispiri ad un criterio tipologico astratto improntato al "tipo" di contratto, sia come in talune ipotesi l'obbligazione venga qualificata "di risultato" pur in presenza di una condotta eminentemente attiva da parte del creditore che è titolare dei poteri di direzione e di controllo (esempio emblematico, quello del gestore di auto-scontro). Così gli ulteriori standard (caratteristiche dell'oggetto più o meno "determinato" dell'obbligazione; natura più o meno aleatoria dell'attività del debitore; accettazione implicita dei rischi da parte del creditore) citati dalle Corti talvolta autonomamente, talaltra ad integrazione del criterio del ruolo attivo, sono stati considerati del tutto inadeguati a fondare in maniera coerente la partizione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato". La sempre più frequente individuazione di obbligazioni di mezzi "rafforzate" o di risultato "attenuate", per un verso, esprime la preoccupazione della giurisprudenza francese «di garantire la giustizia della singola decisione»<sup>257</sup>, consentendo di «dosare la severità della responsabilità» sulla base di «qualsiasi sorta di circostanza che l'applicazione delle regole delittuali, per definizione rigide e uniformi», non consentirebbe di considerare<sup>258</sup>; ma per altro verso testimonia le perduranti incertezze della partizione e la sostanziale incapacità «di elaborare parametri maggiormente coerenti sotto il profilo sistematico»<sup>259</sup>.

Tramontato l'importante tentativo giurisprudenziale di introdurre un regime generale di responsabilità oggettiva contrattuale «du fait des choses»<sup>260</sup>, analogo a quello previsto dall'art. 1384, primo comma, in ambito delittuale, che avrebbe consentito di risolvere nel senso dell'obbligazione di *sécurité* "di risultato" la maggior parte dei casi sottoposti al giudizio delle Corti attraverso la «unificazione delle regole di responsabilità»<sup>261</sup>, la scienza giuridica francese si è orientata in maniera divergente.

La giurisprudenza ha iniziato a operare, ma «caso per caso»<sup>262</sup> e limitatamente a taluni settori, una «ri-qualificazione»<sup>263</sup> di obbligazioni di *sécurité* (considerate fino ad allora) "di mezzi" in obbligazioni "di risultato". Ciò è accaduto, ad esempio, nel campo delle agenzie di viaggi e dei *tour operator*: la responsabilità contrattuale di costoro è stata dichiarata nei confronti dei loro clienti, nel caso di un incidente stradale

<sup>256</sup> Diffusamente, sul punto, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 330 ss.

<sup>257</sup> Così, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité "di mezzi" e "di risultato" nell'unificazione dei modelli di imputazione delle responsabilità*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 587.

<sup>258</sup> G. VINEY, *Rapport de synthèse*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1214.

<sup>259</sup> Così, M. FEOLA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>260</sup> Il *leading case*, detto anche «du cerceau brisé» (così, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, cit., p. 236) fu deciso da Cass., I Ch. Civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 351, con il commento di P. JOURDAIN; in *Sem. jur.*, 1995, I, 3853, con le osservazioni di G. VINEY. L'abbandono di questa giurisprudenza fu immediatamente colto da P. JOURDAIN, *La responsabilité contractuelle du fait des choses: la Cour de cassation aurait-elle des regrets?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 632.

<sup>261</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, III éd., 2006, cit., p. 799.

<sup>262</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 238.

<sup>263</sup> Il termine è utilizzato da M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 594.

avvenuto all'estero durante un soggiorno "tutto compreso", non sulla base di un mero obbligo di sorveglianza ("di mezzi") derivante dal contratto di mandato, ma per l'inadempimento dell'obbligazione di risultato che grava sul vettore<sup>264</sup>. Un'applicazione combinata dei principi di responsabilità oggettiva contrattuale per i fatti della cosa e *d'autrui* si è avuta, poi, allorché la Cassazione ha deciso per la responsabilità di un'agenzia di viaggi per il danno subito dal cliente a causa di una caduta dalla scala di un albergo dove soggiornava, allorché la stessa, «responsabile oggettivamente dell'adempimento delle obbligazioni [determinate] derivanti dal contratto, non ha provato né la *faute* della vittima, né il fatto imprevedibile e irresistibile di un terzo estraneo alla fornitura delle prestazioni contrattuali, né un caso di forza maggiore»<sup>265</sup>.

Anche in tema di responsabilità del medico – settore che, pur in presenza di importanti pronunzie di segno contrario<sup>266</sup>, a differenza di quanto è accaduto in Italia, è ancora ispirato ai principi dell'obbligazione "di mezzi" – la Suprema Corte ha deciso che il contratto concluso tra il paziente ed il professionista sanitario pone a carico di questi «un'obbligazione di *sécurité* di risultato per quanto concerne i materiali che egli utilizza per l'esecuzione di un atto medico d'indagine o di cura, sempre che il paziente dimostri che essi siano all'origine del danno»<sup>267</sup>. Con questa decisione la Cassazione, nel «salutare l'abbandono» della «criticabile» espressione «responsabilité contractuelle du fait des choses»<sup>268</sup>, individua nell'«intervento di una cosa utilizzata dal debitore nell'esecuzione del contratto» il «criterio della distinzione tra le obbligazioni di *sécurité* di mezzi e di risultato»<sup>269</sup>. E in tal modo ricomponete quelle «diseguaglianze veramente scioccanti tra le vittime di uno stesso fatto sopravvenuto nelle medesime circostanze»<sup>270</sup>, secondo che la controversia sia decisa con l'applicazione del rimedio delittuale fondato sulla regola di responsabilità oggettiva di cui all'art. 1384, primo comma, o, al contrario, del rimedio contrattuale collegato all'inadempimento di un'obbligazione di *sécurité* "di mezzi". Tuttavia, contrariamente a quanto questa sentenza lasciava intendere, e cioè che «l'obbligazione del medico fosse di risultato ogni qual volta la vittima avesse dimostrato che il materiale utilizzato era stato all'origine del danno»<sup>271</sup>, la giurisprudenza successiva, sulla base della disciplina di origine europea sul danno da prodotto, ha iniziato a richiedere che sulla vittima gravi comunque la prova dell'anomalia o del difetto della cosa che è all'origine del danno<sup>272</sup>. L'obbligazione "di risultato", sempre che di obbligazione di risultato sia ancora possibile parlare, sussisterebbe soltanto qualora «una cosa difet-

<sup>264</sup> Trib. Civ. Nouméa, 12 août 1991, in *Rec. Dalloz*, 1992, *Jur.*, p. 437, con nota di P. DIENER.

<sup>265</sup> Cass., I Ch. civ., 2 novembre 2005, in *Rec. Dalloz*, 2006, *Jur.*, p. 1016.

<sup>266</sup> Ma prevalentemente di merito: cfr., ad es., Trib. gr. inst. Paris, 5 mai 1997 e 20 octobre 1997, in *Rec. Dalloz*, 1998, *Jur.*, pp. 559 e 560.

<sup>267</sup> Cass., I Ch. civ., 9 novembre 1999, in *Rec. Dalloz*, 2000, *Jur.*, p. 117, con nota di P. JOURDAIN, e in *Sem. jur.*, 2000, II, 10251, con il commento di PH. BRUN.

<sup>268</sup> Così, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, cit., p. 237.

<sup>269</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>270</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. loc. ult. cit.*

<sup>271</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 238.

<sup>272</sup> Ad es., Cass., I Ch. civ., 4 février 2003, in M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 238; Cass., I Ch. civ., 22 novembre 2007, in *Rec. Dalloz*, 2008, *Jur.*, p. 816.

tosa sia all'origine di una lesione della *sécurité* del creditore»<sup>273</sup>.

Ecco che, allora, la dottrina ha iniziato a chiedersi «se non sia più semplice» e meno artificioso «“decontrattualizzare” l'obbligazione di *sécurité*»<sup>274</sup>. Ciò consentirebbe, da un lato, di «preservare il contratto»; dall'altro, di «evitare che l'allargamento artificiale»<sup>275</sup> del rapporto obbligatorio possa rappresentare un attentato alla funzione risarcitoria della responsabilità extracontrattuale; dall'altro ancora, di tutelare meglio il creditore-vittima, consentendogli di «collocarsi sul terreno delittuale» al fine di poter «beneficiare» del regime di responsabilità oggettiva *du fait des choses* fondato sull'art. 1384, primo comma, del *Code civil*<sup>276</sup>.

Da qui le proposte di riforma del diritto della responsabilità civile che, per un verso, hanno previsto un regime di concorso<sup>277</sup> in deroga al principio del *non-cumul* (pur enunciato nel primo comma dell'art. 1341 dell'*Avant-projet Catala*) per la sola ipotesi in cui l'*inexécution* abbia causato un danno all'integrità psicofisica, consentendo al contraente di poter «ottenere egualmente la riparazione di questo danno» ai sensi della responsabilità delittuale (art. 1386-17, secondo comma, della proposta di legge presentata al Senato il 9 luglio 2010 da L. Béteille) o di poter «optare in favore delle regole che gli sono più favorevoli» (art. 1341, secondo comma, *Avant-projet Catala*); per altro verso, ancor più radicalmente, si sono proposte di “decontrattualizzare” l'obbligazione di *sécurité*, disponendo che «salvo disposizioni particolari, le lesioni dell'integrità fisica o psichica della persona sono risarcite» ai sensi della responsabilità delittuale «anche qualora siano causate in occasione dell'esecuzione di un contratto» (art. 3 del Progetto Terré).

Tuttavia la riforma «du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations» introdotta con *Ordonnance* n. 2016-131 del 10 febbraio 2016, che entrerà in vigore il 1 ottobre 2016<sup>278</sup>, pur avendo sconvolto l'intera disciplina del diritto dei contratti prevista dal *Code civil* (basti pensare che nel codice che ha inventato la causa del contratto, e che l'ha imposta a tutti i diritti dell'area – quello italiano, ad es. –, nell'attuale normativa non ve n'è più traccia)<sup>279</sup>, non ha inteso affrontare tali questioni. In assenza di ogni disposizione sul regime del *non-cumul* e sull'eventuale “decontrattualizzazione” delle obbligazioni di *sécurité*, il legislatore, per ora<sup>280</sup>, non opera alcuna modifica in ordine alla disciplina di diritto comune della responsabilità extracontrattuale, la quale viene testualmente riproposta negli artt. 1240-1244 (che

<sup>273</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 239.

<sup>274</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. loc. ult. cit.*

<sup>275</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, pp. 129-130.

<sup>276</sup> M. BACACHE-GIBEILI, *op. ult. cit.*, p. 239.

<sup>277</sup> Tale soluzione era già stata prospettata da P. JOURDAIN, *Le fondement*, cit., p. 1200.

<sup>278</sup> Anche per questa ragione, in questo scritto, gli articoli del *Code civil* saranno indicati secondo la loro (ancora) attuale numerazione.

<sup>279</sup> Afferma che ci si potrebbe rammaricare della «sparizione della causa», malgrado essa sia stata considerata, in dottrina, come «il jolly del diritto dei contratti, del quale il giudice si è appropriato per combattere gli squilibri e le incoerenze contrattuali e per valutare anche lo scopo del contratto, senza esitare a sostituire la propria lettura di tale scopo a quella delle parti», D. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte!*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 806 s.

<sup>280</sup> Si attende, infatti, anche una riforma in tema di responsabilità civile ispirata proprio al *Projet de réforme*.

vanno così a sostituire gli artt 1382-1386). A parte un certo senso di smarrimento e di rammarico nel veder indicati i gloriosi artt. 1382 e 1384, che hanno fatto la storia del diritto moderno, con gli anonimi numeri 1240 e 1242, nulla sembra mutare. E la rinuncia del legislatore a riformare anche la disciplina della responsabilità civile può essere letta, almeno fino al prossimo intervento legislativo, come una validazione di oltre due secoli di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Anzi, le disposizioni secondo le quali le obbligazioni hanno la loro fonte non soltanto in atti e fatti giuridici, ma anche nella «*autorité seule de la loi*» (art. 1100), e i contratti devono essere sia «*négociés*» e «*formés*», sia «*exécutés de bonne foi*» (art. 1104), sulla base di una regola che è esplicitamente qualificata «di ordine pubblico», sembrano richiamare in maniera implicita il sistema delle obbligazioni di *sécurité*, così come avvenuto per gli obblighi di protezione nella Germania del XX secolo sulla base del § 242 BGB. L'ulteriore riferimento alla *bonne foi* anche nel corso «*des négociations précontractuelles*» (art. 1112), con esclusione dell'esplicito rinvio alla responsabilità extracontrattuale (contenuto, invece, nell'art. 12 del *Projet de réforme*)<sup>281</sup>, sembra esprimere una nozione di buona fede in senso oggettivo, la cui violazione è fonte di un risarcimento del danno che, però, «non può avere ad oggetto di compensare la perdita dei vantaggi attesi dal contratto non concluso». Il legislatore non qualifica “dogmaticamente” la responsabilità precontrattuale come contrattuale o extracontrattuale, ma pragmaticamente si limita a prevedere una figura autonoma che si caratterizza per i limiti all'entità della riparazione, resi palesi dalla codificazione del principio (dottrinale e giurisprudenziale) dell'interesse c.d. negativo.

9. Il ruolo primario degli obblighi di protezione “connessi” e il problema della loro distinzione dagli obblighi di prestazione nell'ambito di un'idea dell'obbligazione quale “struttura unitaria funzionalmente orientata”. Le difficoltà della partizione tra *leistungsbezogene Nebenpflichten* e *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten* al fine di individuare il tipo di rimedio esigibile. L'impraticabilità dell'approccio dogmatico-tassonomico e l'adozione di un metodo ispirato alla scelta del rimedio (risarcitorio o in forma specifica) in concreto esigibile

A seguito della riforma del BGB, i problemi che interessano oggi la dottrina tedesca in tema di rapporto obbligatorio sono in parte mutati. Il secondo comma del § 311 riconosce esplicitamente la risarcibilità in via contrattuale degli obblighi di protezione, autonomi dalla prestazione, che insorgono a seguito dell'avvio di una vera e propria trattativa volta alla conclusione del contratto (n. 1) e di quelli che conseguono a un «comportamento, genericamente inteso, che possa considerarsi avere aperto la via alla costituzione di un qualche rapporto di carattere negoziale (non necessariamente contrattuale)»<sup>282</sup> (n. 2). Permane il problema interpretativo dell'espressione, in sé vaga e tendenzialmente polisensa, «*ähnliche geschäftliche Kontakte*» (n. 3), nel senso di «contatti negoziali simili» ai contatti negoziali, ovvero di «contatti (non ne-

<sup>281</sup> Il Progetto di riforma del diritto dei contratti è stato pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2014, spec. p. 819.

<sup>282</sup> A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg*, cit., p. 78.

goziali) simili ai contatti negoziali» di cui ai nn. 1 e 2 del § 311<sup>283</sup>.

In ogni caso, limitata in questi termini la rilevanza degli obblighi di protezione “autonomi”, l’esperienza giuridica tedesca si interessa oggi soprattutto di studiare e di classificare gli obblighi di protezione che sono, in qualche maniera, strutturalmente e/o funzionalmente “connessi” alla prestazione. Come si è opportunamente rilevato<sup>284</sup>, mentre anteriormente alla riforma il problema era quello del fondamento e della latitudine degli obblighi di protezione, dopo l’intervento del legislatore la questione centrale è divenuta proprio quella del rapporto tra obblighi di protezione ed obblighi di prestazione. Cioè, quella di esaminare il tipo di connessione ed il ruolo che assolvono gli obblighi di protezione rispetto alla prestazione, al fine di poterli inquadrare, quali *leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel primo comma del § 241, ovvero, quali *nicht leistungsbezogene Nebenpflichten*, nel secondo comma del § 241. La distinzione non è di secondaria importanza, poiché mentre la violazione degli obblighi di cui al primo comma del § 241 fa operare tutti i rimedi previsti «nei §§ 280, 282, 283, 311a, 323, 326 BGB, secondo le diverse perturbative dell’impossibilità, del ritardo dei vizi della prestazione», nel caso di violazione degli obblighi contemplati nel secondo comma del § 241, risulterebbero applicabili le sole norme di cui ai §§ 280, 282 e 324 BGB<sup>285</sup>. V’è, quindi, il rilevante problema, per gli obblighi di protezione rientranti nel secondo comma del § 241, di poter esigere non soltanto il rimedio risarcitorio, ma anche il loro adempimento in forma specifica.

Il problema era già stato individuato, anche se a diversi fini, cioè con specifico riguardo al diverso operare dell’onere della prova<sup>286</sup>, proprio da Heinrich Stoll. Nel rilevare come non sia «sempre facile accertare se si tratta della violazione del solo interesse di protezione o anche dell’interesse alla prestazione»<sup>287</sup>, l’illustre Autore aveva considerato come violazione del solo interesse alla prestazione, a titolo esemplificativo, le ipotesi nelle quali: «il locatore di un appartamento non mantiene in ordine la scala o [...] non illumina gli ingressi»; «l’imprenditore edile danneggia per custodia negligente il materiale consegnatogli»; «l’imprenditore dei trasporti conduce sì alla meta esatta e in orario i passeggeri, ma con ferite»; «il barbiere ferisce un suo cliente durante la rasatura»<sup>288</sup>. Sulla base della convinzione che l’interesse alla prestazione «*deriva sempre dall’intero contenuto contrattuale*», egli rileva, ad es., che «la locazione non si risolve nella mera consegna della cosa locata, ma ne prevede anche il mantenimento in condizione fruibile», e che nel contratto d’opera «l’interesse alla prestazione consiste proprio nell’utilizzo corretto dei materiali consegnati o nell’esecuzione dell’opera»<sup>289</sup>. Senza voler entrare nel merito di queste affermazioni, è opportuno rilevare come egli stesso dia inconsapevolmente la prova delle difficoltà

<sup>283</sup> Si rinvia, anche in ordine ai diversi orientamenti della dottrina tedesca, ad A. ZACCARIA, *op. ult. cit.*, pp. 91, 85 ss. e *passim*.

<sup>284</sup> Da R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, cit., § 9.

<sup>285</sup> In questi termini, R. FAVALE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>286</sup> HE. STOLL, *Commiato*, cit., nei §§ IV.4, in nt. 136, e IV.8.

<sup>287</sup> HE. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.4.

<sup>288</sup> HE. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.4, in nt. 136.

<sup>289</sup> HE. STOLL, *op. loc. ult. cit.* (il corsivo è dell’A.).

dogmatiche che possono riguardare la distinzione tra obblighi di prestazione ed obblighi di protezione “accessori” o funzionalmente “connessi”, se è vero che tale semplificazione poneva in discussione, in Germania, proprio i primi casi (in tema di trasporto, di locazione e di contratto d’opera) nei quali la giurisprudenza aveva individuato effetti di protezione del contratto “a favore” di terzi<sup>290</sup>; in Francia, la medesima “scoperta” dell’obbligazione di *sécurité* nel contratto di trasporto di persone e la sua successiva estensione ai contratti “analoghi” e a quelli “diversi”; in Italia, la struttura bipartita dell’art. 1681, primo comma, c.c. che chiaramente distingue la responsabilità del vettore «per il ritardo e per l’inadempimento nell’esecuzione del trasporto», alla quale l’unanime scienza giuridica applica la disciplina di “diritto comune” di cui all’art. 1218 c.c.<sup>291</sup>, dall’obbligazione di sicurezza avverso i «sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio» e la perdita o «avaria delle cose che il viaggiatore porta con sé», per i quali il vettore è tenuto a provare di «avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno»<sup>292</sup>. Le conclusioni alle quali perviene Heinrich Stoll, poi, sembrano ancor più problematiche, se è vero, come egli afferma, che il dovere di protezione deve rappresentare «il rovescio», ma pur sempre «il completamento dello scopo positivo dell’obbligazione»<sup>293</sup>.

D’altronde, in un settore che oggi è di grande attualità, come quello della responsabilità degli operatori sanitari, già Luigi Mengoni aveva ammonito come fosse facile confondere l’obbligo di prestazione con quello di protezione: nel caso in cui «il chirurgo non opera a regola d’arte, se il medico non dà le prescrizioni adatte al malato», non v’è violazione di obblighi di protezione, bensì «forme diverse di inadempimento dello stesso obbligo primario di prestazione»<sup>294</sup>. In proposito, la stessa Cassazione, allorché procede alla “scoperta” della responsabilità da “contatto sociale” del medico dipendente da una struttura sanitaria pubblica, esclude la possibilità di «condividere la tesi di coloro che sostengono che nella fattispecie sarebbe ravvisabile un contratto con effetti protettivi nei confronti di un terzo (il paziente)», poiché questa figura «si avrebbe ogni qualvolta da un determinato contratto sia deducibile l’attribuzione al terzo di un diritto non al conseguimento della prestazione principale, *come accade sicuramente nel caso del paziente*»<sup>295</sup>, ma a non violare un interesse di protezione. La

<sup>290</sup> Basti citare, in tema di contratto di trasporto, ad es., RG, 7 giugno 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 64, e soprattutto il c.d. *Klosterfall* (RG, 18 novembre 1915, in *RGZ*, 87, 1916, p. 289); in materia di contratto di locazione, il celeberrimo c.d. *Tuberkulosefall* (RG, 5 ottobre 1917, in *RGZ*, 91, 1918, p. 21; sull’importante ruolo assunto da questa decisione nell’evoluzione del contratto con effetti di protezione per terzi, M. PLÖTNER, *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*, Berlin, 2003, p. 24); in materia di contratto d’opera, il c.d. *Gasubrfall* o *Gasometerfall*, deciso dal *Reichsgericht* il 10 febbraio 1930, in *RGZ*, 127, 1930, p. 218 ss.

<sup>291</sup> Per tutti, M. IANNUZZI, *Del trasporto*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 77; V. BUONOCORE, *I contratti di trasporto*, cit., p. 93.

<sup>292</sup> Per l’interpretazione di questi enunciati, si rinvia a M. FEOLA, *La responsabilità del vettore nel contratto di trasporto di persone*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *La responsabilità civile*, cit., p. 502 ss.

<sup>293</sup> HE. STOLL, *op. ult. cit.*, § IV.4.

<sup>294</sup> L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., pp. 371-372.

<sup>295</sup> Così, Cass. civ., sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corriere giur.*, 1999, p. 443 (il corsivo è nostro).

qualificazione della fattispecie in termini di inesatto adempimento dell'obbligo di prestazione rende problematico, *a fortiori*, il poter ravvisare nell'attività del medico dipendente una generalizzata responsabilità da violazione di un'obbligazione senza prestazione, in quanto, anche in assenza di un'obbligazione, non v'è violazione di un obbligo di protezione, ma mero inadempimento della prestazione principale nei riguardi del paziente.

Una posizione più articolata può riguardare gli obblighi d'informazione ai quali è tenuto il professionista. Se l'informazione rappresenta l'oggetto del contratto<sup>296</sup>, sicuramente si verterà in tema di obbligo di prestazione. Se, invece, l'informazione rappresenta un obbligo accessorio cui implicitamente è tenuto il sanitario al fine di assicurare la sicurezza del paziente, in questo caso, ma al pari di tutti gli altri, valutato il grado di connessione con la prestazione, sarà possibile ravvisare un obbligo di protezione.

D'altronde, anche la "storia" degli obblighi di protezione in Germania è stata costellata da significativi incidenti di percorso. Basti citare il caso *leader*, ma ampiamente criticato<sup>297</sup>, del c.d. *Testamentfall*, con il quale il BGH per la prima volta estende l'area dei danni risarcibili a quelli "meramente economici" proprio risarcendo alla figlia del mancato testatore l'inadempimento, da parte del legale, di un mero obbligo di prestazione.

Pur prescindendo da queste ipotesi, nelle quali si è confuso *sic et simpliciter* l'obbligo di protezione con la prestazione, una netta distinzione tra questi ultimi e gli obblighi di protezione che sono funzionalmente "connessi", talvolta in maniera inscindibile, nei riguardi della prestazione appare decisamente problematica ai fini della loro qualificazione nell'una o nell'altra delle due categorie e, comunque, nella maggior parte dei casi non sembra prestarsi ad essere effettuata sulla base di criteri generali e astratti. Come si è rilevato, lo schema delineato dall'art. 1174 c.c. individua «solo la dotazione elementare del rapporto, il quale, in realtà comprende anche tutte le attività accessorie e strumentali all'esecuzione della prestazione (si pensi all'obbligo di custodire rispetto a quello di consegnare di cui all'art. 1177 c.c.; ovvero a tutti gli obblighi serventi rispetto a quello principale ricavabili dalla direttiva della correttezza impartita dall'art. 1175 c.c.)»<sup>298</sup>. Anzi, proprio la rilevanza *ex contractu* di tali interessi «e, conseguentemente, della loro lesione, è subordinata alla circostanza che il pregiudizio sia in connessione diretta con l'esecuzione della prestazione, perché altrimenti l'innesto discenderebbe dal puro e semplice esserci del rapporto obbligatorio e non dalla considerazione di quest'ultimo come programma d'azione»<sup>299</sup>. Ne consegue che «è evidente che l'obbligo di protezione finisce per affiancarsi all'obbligo principale

<sup>296</sup> Sul punto cfr. C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 497; M. FEOLA, *Il danno da «nascita malformata»*, cit., p. 95 s.

<sup>297</sup> W. LORENZ, *Anmerkung a BGH*, 6 luglio 1965, in *JZ*, 1966, p. 143 ss.; E. VON BÖHMER, *Bedenkliche Konstruktion einer Vertragshaftung*, in *JR*, 1966, p. 173. Ma v., altresì, J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, vol. VIII, in *Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellung*, a cura di J. Gernhuber, Tübingen, 1989, p. 513; E. VON CAEMMERER, *Verträge zugunsten Dritter*, in *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag*, a cura di O. Behrends, M. Diesselhorst, H. Lange, D. Liebs, J.G. Wolf e C. Wollschläger, Göttingen, 1978, p. 321 ss. Per una critica nell'ambito della dottrina italiana, C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 543 ss.; G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi*, cit., p. 87 s.

<sup>298</sup> L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 48.

<sup>299</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 51.

ribadendo inevitabilmente il primato di quest'ultimo nella misura in cui soltanto le condotte intese alla esecuzione (o alla ricezione) della prestazione potranno proporsi quali veicoli di una possibile lesione dello *Schutzinteresse*<sup>300</sup>.

La gran parte della dottrina italiana, piuttosto che porsi il problema di una chiara distinzione tra obblighi di protezione "accessori" o "connessi" ed obblighi di prestazione, ora ha riversato la maggior parte dei suoi sforzi nel dibattito sull'obbligazione senza prestazione, schierandosi in una fazione favorevole ed in un'altra avversa; ora si è limitata ad affermare in maniera generica – ma l'affermazione avrebbe meritato qualche ulteriore specificazione – che gli obblighi di protezione si collocherebbero «accanto, e non dentro l'obbligo principale di prestazione»<sup>301</sup>. Essi avrebbero una «collocazione autonoma nella struttura dell'obbligazione» in quanto «non [sarebbero] strumentali all'esecuzione della prestazione principale», ma avrebbero lo «scopo di proteggere le persone ed i beni delle parti da pericoli di danno connessi con tale esecuzione»<sup>302</sup>.

Tuttavia, quest'ultima asserzione non discende logicamente dall'affermazione di una pretesa necessaria autonomia, la quale, anzi, confligge con l'idea, da tutti accettata, circa l'esistenza di obblighi di protezione (più o meno "accessori", ma) che sono funzionalmente connessi alla prestazione<sup>303</sup>, all'interno di «un rapporto obbligatorio come struttura unitaria funzionalmente orientata»<sup>304</sup>. Non è in discussione, infatti, che debba (o, quanto meno, possa) sussistere un "nesso" tra *Schutzinteresse* e *Leistungsinteresse*<sup>305</sup>, che la protezione sia pur sempre «funzionale e comunque connessa alla prestazione», anche se dovuta «in previsione di essa»<sup>306</sup>.

Quindi, è proprio l'incontrovertibile idea dell'obbligazione come rapporto complesso, quale "struttura unitaria funzionalmente orientata" a rendere estremamente difficile discernere a priori, in maniera netta e precisa, ciò che va ascritto al primo ovvero al secondo comma del § 241 BGB. La distinzione assume estremo rilievo anche sotto il profilo pratico poiché la dottrina tedesca applica agli "obblighi accessori" legati alla prestazione il regime e le tutele che riguardano gli obblighi di prestazione<sup>307</sup>. Ma il problema consiste proprio nell'individuare parametri idonei ad effettuare e, nel contempo, a suffragare inequivocabilmente la partizione. Sia il criterio dello "scopo" dell'obbligo accessorio, nel senso di considerarlo tra gli obblighi di prestazione là dove è diretto alla protezione esclusiva della prestazione principale<sup>308</sup>; sia il requisito della "prossimità" dell'obbligo accessorio alla prestazione<sup>309</sup>; sia il rilievo

<sup>300</sup> L. NIVARRA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>301</sup> F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute*, cit., p. 109.

<sup>302</sup> F. VENOSTA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>303</sup> Già L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato»*, cit., p. 369 s.

<sup>304</sup> Così, lo stesso C. CASTRONOVO, *La relazione*, cit., p. 69.

<sup>305</sup> S. MAZZAMUTO, *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, p. 796.

<sup>306</sup> A. DI MAJO, *Le tutele contrattuali*, cit., p. 65.

<sup>307</sup> Così R. FAVALE, *Il rapporto obbligatorio*, cit., nel § 9.

<sup>308</sup> D. MATTHEUS, *Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts*, in *JuS*, 2002, p. 211; H.-J. MUSIELAK, *Grundkurs BGB*, München, 2002, p. 92 s.; A. TEICHMANN, *Nebenverpflichtungen aus Treu und Glauben*, in *JA*, 1984, p. 546.

<sup>309</sup> V. EMMERICH, *Das Rechts der Leistungsstörungen*, München, 2003, p. 335; S. MADAUS, *Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht*, *JURA*, 2004, p. 291 s.

attribuito al ruolo che la violazione dell'obbligo accessorio assume nei riguardi della prestazione, nel senso di ledere l'*Äquivalenzinteresse* ovvero l'*Integritätsinteresse*<sup>310</sup>; sia la caratteristica dell'azionabilità in giudizio dell'obbligo accessorio, cioè la possibilità di esigere il rimedio dell'adempimento rispetto alla mera tutela risarcitoria<sup>311</sup>, sono tutti parametri che, sulla base della volontà delle parti e del complessivo assetto degli interessi divisati, possono essere utili ai fini di distinguere gli obblighi accessori legati alla prestazione (di cui al primo comma del § 241 BGB) dagli obblighi di protezione (di cui al secondo comma). Ma proprio la molteplicità ed eterogeneità dei criteri proposti indicano la problematicità della partizione e l'impossibilità di fondarla su un giudizio *a priori*, universalmente valido per ogni obbligazione e per ogni contratto. Per pervenire ad una classificazione esaustiva e completa bisognerebbe esaminare l'intero diritto delle obbligazioni e dei contratti, "tipici" ma soprattutto "atipici". La qualificazione, quindi, non può che essere effettuata caso per caso, sulla base del complessivo regolamento d'interessi e di un giudizio comparativo di prevalenza che involga i diversi parametri con riferimento al caso di specie.

Il problema appare meno complesso, però, se si invertono i termini della questione. Piuttosto che effettuare preventivamente, sulla base di un metodo dogmatico-tassonomico, la qualificazione dell'obbligo in una delle due categorie ai fini dell'applicazione (della disciplina e) delle tutele (collegate al primo o al secondo comma del § 241 BGB), individuare, in concreto, il tipo di tutela esigibile. Ma ciò comporta che sia superato il luogo comune, del tutto indimostrato, secondo il quale la violazione dell'obbligo di protezione consentirebbe di esperire la sola tutela risarcitoria. Infatti l'obbligo di protezione «non rileva soltanto, al pari del dovere generico di astensione, quando la lesione dell'altrui sfera giuridica si è ormai consumata, ossia nella fase dell'illecito (non più extra) contrattuale e del risarcimento del danno, ma soprattutto nella fase di attuazione del rapporto, munito com'è di una sua precettività in grado di orientare le parti, di prevenire l'inesecuzione o di assicurare l'esecuzione in punto di rimedi inibitori o in forma specifica»<sup>312</sup>.

È evidente che là dove la «prossimità/interferenza» abbia già «sprigionato tutta la sua carica negativa»<sup>313</sup> – e sono, queste, le ipotesi di gran lunga più ricorrenti nella prassi – alle *Schutzpflichten* non può che corrispondere «uno schema puramente reattivo, nel senso che la tutela accordata al portatore dell'interesse prende la forma del risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'obbligo»<sup>314</sup>. In questo caso il rimedio previsto assolve ad una funzione tipicamente conservativa<sup>315</sup>, dovendo «re-

<sup>310</sup> D. MEDICUS, *Der Regierungsentwurf zum Recht der Leistungsstörungen*, in *ZfBR*, 2001, p. 511; P. HUBER, F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Recht*, München, 2002, p. 131 s.

<sup>311</sup> Già K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1976, p. 9 s.; E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2, München, 1994, p. 82 s.

<sup>312</sup> Così, S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 659. Sulla riparazione del danno per equivalente o in forma specifica, e sulle differenze tra il sistema francese e quello tedesco, cfr. M.R. MARELLA, *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 64 ss. e *passim*.

<sup>313</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 72.

<sup>314</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 49.

<sup>315</sup> M. BARCELLONA, *Struttura della responsabilità e «ingiustizia» del danno*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 442 s.

staurare l'integrità del patrimonio (comprensivo dei valori economici ed esistenziali) del soggetto che abbia subito un'interferenza indebita nella sua sfera giuridica»<sup>316</sup>. Qualora ci si trovi in presenza di un danno "conseguenziale", cioè di un danno subito «dalla persona o dalle cose del contraente a causa o in occasione dell'esecuzione del contratto»<sup>317</sup>, sarà dovuto il rimedio risarcitorio, il quale assolverà a quella generale funzione di *compensation* o di *réparation* che è propria della responsabilità extracontrattuale. In proposito, bisogna distinguere tra il risarcimento di questa tipologia di danno, il quale, «al pari di quello da illecito aquiliano, non si riconnette all'aspettativa irrealizzata ma al danno-conseguenza derivante dall'inadempimento», e tra la riparazione «sostitutiva» che si riconnette alla prestazione rimasta inattuata o inesattamente eseguita e che ne «rappresenta la conversione in termini pacuniari»; cioè tra un risarcimento del danno che si pone ora «accanto» alla prestazione mancata (*neben der Leistung*) ora «al posto» di essa (*statt der Leistung*) (§§ 281, 282 e 283 BGB), e che richiede la "liquidazione" del rapporto obbligatorio<sup>318</sup>.

La generale esigibilità della tutela risarcitoria *ex contractu*, sia pur distinta sulla base della duplice funzione assolta nella reintegrazione del «plus contractuel»<sup>319</sup> o del risarcimento del danno consequenziale – che anche la prevalente dottrina francese fa rientrare nella generale «fonction indemnitaire»<sup>320</sup> della responsabilità civile –, non esclude che per taluni obblighi, pur qualificati "di protezione", sia possibile chiedere l'adempimento e gli ulteriori rimedi che usualmente sono ricondotti alla violazione dell'obbligazione, unitariamente considerata quale rapporto complesso. Una volta «accettata l'idea che il dovere di protezione fa parte del contenuto del rapporto obbligatorio, sarebbe illogico negare ad esso quella forma di tutela (*specificata*) che assiste l'obbligo di prestazione»<sup>321</sup>. Anzi è proprio nell'eventuale possibilità di esperire forme di tutela ulteriori rispetto al risarcimento del danno che si può cogliere una sicura peculiarità della dottrina degli obblighi di protezione rispetto alla tutela aquiliana. Gli obblighi di protezione possono avere un contenuto sia positivo (doveri di fare), sia negativo (doveri di astensione)<sup>322</sup>. Si pensi, ad esempio, all'eventualità che il locatore di un immobile possa esigere che il conduttore si astenga dal compiere atti che mettano in pericolo la stabilità della cosa locata; o, viceversa, alla possibilità che il conduttore o i prestatori di lavoro subordinato esigano, rispettivamente, dal proprietario o dal datore comportamenti positivi tendenti a garantire la statica dell'immobile ovvero a proteggere l'integrità psico-fisica (e, per quanto riguarda i lavoratori, anche la «personalità morale»: art. 2087 c.c.) dei soggetti che abitano o che operano in quegli ambienti. In questi ed altri casi non sembra possano essere esclusi il rimedio del-

<sup>316</sup> L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 50.

<sup>317</sup> A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 168 (il corsivo è dell'A.).

<sup>318</sup> In questi termini, A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, pp. 169-170.

<sup>319</sup> Sul tale nozione, l'opera di G. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris, 1978, *passim*.

<sup>320</sup> Per tutti, M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations*, cit., p. 3 ss., p. 34 ss.

<sup>321</sup> A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. del cod. civ.* Scialoja e Branca, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 126 s.; analogamente, C. CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, cit., p. 6, anche se con specifico riferimento ai «rimedi sinallagmatici».

<sup>322</sup> Così, A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 127.

l'adempimento in forma specifica, la possibilità di esigere l'esecuzione forzata di cui agli artt. 2930 ss. c.c. e, trattandosi di una situazione di pericolo di un pregiudizio imminente e irreparabile, i provvedimenti di urgenza di cui all'art. 700 c.p.c. Così, proprio nei rapporti di durata, la violazione degli obblighi di protezione potrà rappresentare un giustificato motivo di recesso<sup>323</sup>.

Più controversa è la questione relativa all'eventualità che la violazione di obblighi "accessori"<sup>324</sup> consenta alla controparte di chiedere la risoluzione del contratto o di avvalersi della eccezione di inadempimento, non rientrando, per comune opinione, gli obblighi di protezione nel sinallagma del contratto. Tuttavia si è rilevato che, se è vero che «il *sinallagma* non possa farsi coincidere con il vincolo che lega le sole prestazioni», poiché esso «è il legame formale attraverso il quale si esprime l'equivalenza dei costi cui ciascuna delle parti è tenuta per l'esecuzione del contratto», la mancata osservanza degli obblighi di protezione rappresenterebbe un comportamento idoneo a squilibrare la relazione contrattuale, «sicché ad essa si deve conformemente potere agire con i rimedi sinallagmatici»<sup>325</sup>. La questione sembra doversi risolvere comunque in senso affermativo là dove le parti abbiano esplicitamente contemplato specifici obblighi di protezione in una clausola risolutiva espressa, in quanto la valutazione dell'importanza dell'inadempimento è stata già effettuata dai contraenti sulla base di un apprezzamento soggettivo ma concorde che non può non essere vincolante per l'interprete. Una diversa soluzione rappresenterebbe un'indebita «intromissione» nella sfera di autonomia delle parti che «non sarebbe propria né opportuna»<sup>326</sup>.

#### 10. La rispondenza delle dottrine in tema di obbligazione e di responsabilità alle esigenze storiche e alle caratteristiche sistemologiche di ciascun diritto. Il fenomeno dell'"equivalenza" e della "simmetria" dei regimi di imputazione della responsabilità in ambito delittuale e contrattuale. Il superamento della partizione e l'unificazione dei modelli di responsabilità nell'itinerario che conduce dalla colpa alla *strict liability*

La nascita e il successivo itinerario percorso, in Germania, dalla dottrina degli obblighi di protezione e dal *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, e in Francia, dalle obbligazioni di *sécurité* e dalla, seppur residuale, applicazione della *stipulation pour autrui tacite*, trovano il loro fondamento e la loro spiegazione non in costruzioni avulse dalla realtà sociale, ma nelle specifiche ragioni ed esigenze storiche e giuridiche che caratterizzano i due diritti. Non è possibile, quindi, pensare e comprendere questi istituti nella loro evoluzione dottrinale e giurisprudenziale se non in funzione delle specifi-

<sup>323</sup> A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>324</sup> Ricorda che la giurisprudenza italiana «ammette che anche l'inadempimento di una prestazione accessoria possa essere importante per il creditore compromettendo l'utilizzazione della prestazione principale», C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, cit., p. 271, anche in nt. 46.

<sup>325</sup> C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>326</sup> A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, IV ed., Torino, 2014, p. 242 s., anche in nt. 305, *ivi* gli essenziali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

che caratteristiche sistematiche proprie di ciascuno dei due ordinamenti.

Problemi sociali simili posti dallo sviluppo del macchinismo e dalla rivoluzione industriale<sup>327</sup> spingono «l'immaginazione di una dottrina generosa»<sup>328</sup> e, sulla sua scia, le Corti francesi e tedesche a individuare soluzioni analoghe sotto il profilo operativo, ma che si caratterizzavano in funzione delle peculiarità e dello stile dei due diversi diritti. Anche se la disciplina dell'«inadempimento» sarà l'occasione per iniziare a pensare la dottrina degli obblighi di protezione<sup>329</sup>, le soluzioni a volta a volta assunte dalle scienze giuridiche tedesca e francese saranno condizionate soprattutto da scelte sistematiche (il principio del *non-cumul* o del concorso, ad es.) e dalla diversa fisionomia dei modelli di responsabilità extracontrattuale, con riferimento non tanto alla diversa estensione dei danni risarcibili, quanto ai diversi modelli di imputazione della responsabilità. Come si è lucidamente posto in evidenza<sup>330</sup>, in Francia, a differenza di quanto accaduto in Germania, la partita si gioca sulla base dell'«equivalenza» di due regimi di responsabilità che, nella sostanza, segnano il superamento della tradizionale partizione tra responsabilità delittuale e responsabilità contrattuale.

Da un lato v'è un unitario sistema di responsabilità per colpa, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale, perché costruito sulla base di un'unica nozione di «faute civile». Malgrado un'autorevole dottrina abbia dimostrato come la disciplina dell'inadempimento, in Francia, debba prescindere del tutto dalla nozione di *faute*, sia per ragioni sistematiche, sia sotto lo stesso profilo esegetico<sup>331</sup>, la giurisprudenza continua, secondo tradizione, a costruire il regime dell'*inexécution* dell'obbligazione «di mezzi» (sia essa o meno di *sécurité*) sulla base degli elementi strutturali (enunciati nel testo dell'art. 1382) che sono propri della responsabilità delittuale per *faute prouvée*.

Dall'altro v'è un unitario sistema di responsabilità oggettiva, che è simmetrico in ambito delittuale e contrattuale e che trova il suo prototipo nell'«equivalenza»<sup>332</sup> dei regimi della responsabilità per il «fait des choses» (art. 1384, primo comma) e per l'inadempimento dell'obbligazione «di risultato».

Ha contribuito a creare questa «simmetria» la Corte di cassazione quando, in epoca anteriore alla «scoperta» del principio del *non-cumul*<sup>333</sup>, e in un periodo in cui l'art. 1384, primo comma, sarebbe stato difficilmente applicabile al caso di specie<sup>334</sup>, non

<sup>327</sup> Per un esplicito riferimento a questi fenomeni, in merito alla nascita dell'obbligazione di *sécurité*, R. RODIÈRE, *Le régime légal*, cit., 997, § 2; per il diritto tedesco, F. WIEACKER, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt, 1974, p. 9 ss.

<sup>328</sup> R. RODIÈRE, *op. loc. ult. cit.*

<sup>329</sup> Non a caso, anche il saggio di HE. STOLL è intitolato al *Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto*.

<sup>330</sup> M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité «di mezzi» e «di risultato»*, cit., p. 574 ss., p. 580 ss., p. 587 ss. e *passim*.

<sup>331</sup> Noto è il pensiero di D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une présentation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1994, p. 223 ss.; ID., *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, 1995, p. 429 ss.; di P. RÉMY, *La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1997, p. 323 ss. Una sintesi del dibattito è in G. VISINTINI, *Colpa contrattuale: un falso concetto?*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 16 ss.

<sup>332</sup> In questi termini già M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 228 s., p. 407 s. e *passim*.

<sup>333</sup> Che viene collocata nel 1922, ad opera di Cass. civ., 11 janvier 1922, ora in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, a cura di H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, tome 2, XII éd., Paris, 2008, p. 279 s.

<sup>334</sup> Non mancano, tuttavia, alcuni tentativi in tal senso effettuati da qualche Corte di merito (ad es.,

avendo ancora conosciuto la straordinaria espansione che poi si avrà nel corso del XX secolo, seguì le indicazioni dei “partigiani”<sup>335</sup> della responsabilità contrattuale, codificando l’obbligazione di *sécurité* di risultato nell’ambito del trasporto di persone, al fine di esimere i trasportati dal regime di responsabilità delittuale per colpa di cui all’art. 1382 *Code civil*<sup>336</sup>. Ha continuato a ragionare sulla base di questa “simmetria” la Suprema Corte quando, successivamente ai limiti posti dal “caso Caramello”<sup>337</sup> all’obbligazione di *sécurité-résultat*, ha, prima, contrattualizzato, ma sul modello dell’obbligazione “di mezzi”<sup>338</sup>, e poi “decontrattualizzato”, proprio sulla base dell’art. 1384, primo comma<sup>339</sup>, la responsabilità del “vettore” per gli *accidents de gare* e *de quai*. Così ha ragionato la *Chambre mixte* della Cassazione<sup>340</sup> quando, al fine di porre rimedio alla disparità di trattamento per i trasportati a titolo “di cortesia”, ha consentito sia a costoro, sia alle vittime *par ricochet* di potersi avvalere del regime di responsabilità oggettiva delittuale previsto dall’art. 1384, primo comma, “equivalente”<sup>341</sup> a quello previsto, ma in sede contrattuale (obbligazione di *sécurité-résultat*), per i trasportati a titolo oneroso e gratuito. E così ha continuato a ragionare la Suprema Corte sulla base di questa “simmetria”, in presenza del principio del *non-cumul*, quando, suo malgrado, ha operato lo «chambardement»<sup>342</sup> delle obbligazione di *sécurité* “di mezzi” non soltanto nei contratti analoghi al trasporto, ma anche in tutti gli altri contratti<sup>343</sup>, prevalentemente atipici, nei quali v’era l’esigenza di assicurare la protezione dei contraenti in maniera “equivalente” a quanto disposto dall’art. 1382 (in ambito delittuale). Ed ha continuato a ragionare in funzione di questa “simmetria” la Cassazione quando, nel tentare di porre rimedio alla disparità di trattamento tra contraente (gravato dallo sfavorevole regime della prova della *faute contractuelle* che caratterizza l’*inexécution* dell’obbligazione “di mezzi”) e terzo (che, invece, poteva beneficiare del regime di responsabilità oggettiva delittuale di cui all’art. 1384, primo comma) nel caso in cui il danno fosse causato dal “fait des choses”, ha proposto il regime di responsabilità contrattuale *du fait des choses*<sup>344</sup>. Ed ha continuato a ragionare

---

App. Paris, 9 novembre 1909, in *Rec. Dalloz*, 1911, II, p. 357, I espèce; App. Besançon, 15 décembre 1909, *ivi*, 1911, II, p. 357, II espèce).

<sup>335</sup> Discorre esplicitamente di una vera e propria contrapposizione tra i «partisans» della responsabilità contrattuale e quelli della responsabilità extracontrattuale, J.-L. HALPÉRIN, *La naissance*, cit., p. 1179 s.

<sup>336</sup> Il “regno” incontrastato della responsabilità delittuale (così, R. RODIÈRE, *op. ult. cit.*, 997, § 3) è sancito dalla decisione sull’*affaire Recullet* (Cass. civ., 10 novembre 1884, in *Rec. Sirey*, 1885, I, p. 129, con il commento di C. LYON-CAEN).

<sup>337</sup> Deciso da Cass., I Ch. civ., 1 juillet 1969, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 640 s.

<sup>338</sup> Sulla base del caso “Dame Decharme”: Cass., I Ch. civ., 21 juillet 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 767 s.

<sup>339</sup> Così, nel “caso Valverde”, Cass., I Ch. civ., 7 mars 1989, in *Gaz. Pal.*, 1989, II, *Jur.*, p. 632 ss., con nota di G. PAIRE.

<sup>340</sup> Cass., Ch. Mixte, 20 décembre 1968, in *Rec. Dalloz*, 1969, *Jur.*, p. 37.

<sup>341</sup> Per una ricerca sulle ulteriori regole “equivalenti” che inducono la giurisprudenza a qualificare la responsabilità in termini ora delittuali, ora contrattuali, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 35 ss., p. 222 ss. e *passim*.

<sup>342</sup> H. GROUDEL, *Vers un chambardement de l’obligation de sécurité dans les contrats?*, in *Resp. civ. ass.*, 1989, *Chron.*, n. 16.

<sup>343</sup> Per una panoramica dei quali, P. DELEBECQUE, *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*, in *Gaz. Pal.*, 1997, II, p. 1184 ss.

<sup>344</sup> Cass., I Ch. civ., 17 janvier 1995, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Jur.*, p. 350 s., con nota di P. JOURDAIN.

sulla base di questa simmetria la dottrina allorché, venuto meno tale tentativo, e preoccupata dal *deficit* di protezione che l'obbligazione di *sécurité* "di mezzi" offre rispetto all'art. 1384, primo comma, ha proposto al legislatore il regime del concorso ispirato all'idea del «trattamento più favorevole» o, addirittura, la "decontrattualizzazione" delle obbligazioni di *sécurité* (pur) nella (sola) ipotesi in cui l'*inexécution* abbia causato lesioni dell'integrità psico-fisica della persona.

Questa simmetria ha trovato un temperamento, ma anche una conferma, nella partizione tra «obligations de moyens renforcées» e «obligations de résultat atténuées»<sup>345</sup> caratterizzate, entrambe, da una "*présomption de faute*"<sup>346</sup> a carico del debitore, suscettibile di prova contraria. La giurisprudenza è ricorsa, spesso implicitamente, a queste categorie intermedie dagli incerti confini, sia in presenza di contratti considerati analoghi al trasporto (*toboggan* acquatici<sup>347</sup>, organizzazione di "passeggiate a cavallo"<sup>348</sup>, ad es.), sia per disciplinare rapporti che prescindevano dal trasferimento della persona nello spazio, svolgendosi, invece, all'interno di stabilimenti, locali e perimetri conchiusi (piscine<sup>349</sup>, piste di pattinaggio<sup>350</sup>, parchi zoologici<sup>351</sup>, ecc.), quando ha ritenuto di dover offrire una maggior tutela alla vittima (di quella derivante dal regime di *faute prouvée* che è proprio dell'obbligazione "di mezzi"), perché giudicata particolarmente meritevole di protezione (si pensi, ad es., alle ipotesi di affidamento di minori o di soggetti diversamente abili ai gestori di colonie, di associazioni e di altre istituzioni analoghe)<sup>352</sup>, senza dover effettuare esplicitamente un *revirement* con-

<sup>345</sup> Sul punto, B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, *Contrat*, Paris, VI éd., 1998, p. 419; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, VI éd., 1996, p. 452; C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome 3, *Les obligations. Le contrat*, Paris, IV éd., 1998, p. 626. Distinguono le obbligazioni di mezzi in "obligations de moyens renforcées" e in "obligations de moyens allégées", e le obbligazioni di risultato in "obligations de résultat atténuées" e in "obligations de résultat aggravées", G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions*, III éd., 2006, cit., p. 516 ss., p. 519 ss.

<sup>346</sup> Testualmente, G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, pp. 517-519.

<sup>347</sup> Ad es., App. Montpellier, I Ch. civ., 20 janvier 1992, in *Sem. jur.*, 1993, II, *Jur.*, 22125, p. 372, con nota di S. BORIES. In argomento, M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 257 ss.

<sup>348</sup> Il *revirement* (così, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 271) rispetto alla mera obbligazione "di mezzi" (Cass., I Ch. civ., 16 mars 1970, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Jur.*, p. 421, con il commento di R. RODIÈRE; sul punto, G. CORNU, *Responsabilité du loueur de chevaux de promenade envers ses clients*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1970, p. 794, e G. DURRY, *Le loueur de chevaux n'est tenu que d'une obligation de moyens*, *ivi*, 1971, p. 161) è deciso da Cass., I Ch. civ., 27 mars 1985, e da Cass., I Ch. civ., 11 mars 1986, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1986, p. 768, con i commenti di J. HUET, *Entreprise de promenade équestre: obligation de moyen, mais appréciée avec sévérité*, *ivi*, 1986, p. 768 s., e di P. RÉMY, *Le coup de l'étrier «américain»; distinction du louage de chevaux et de l'entreprise de promenade à cheval*, *ivi*, 1986, p. 608 s.

<sup>349</sup> Pur senza qualificare l'obbligazione di *sécurité* come "di mezzi" o "di risultato", App. Lyon, I Ch., 21 juin 1973, in *Rec. Dalloz*, 1973, *Inf. rap.*, p. 116.

<sup>350</sup> La condanna del gestore della pista è pur sempre formalmente collegata alla violazione di un'obbligazione "di mezzi" consistente nell'«assicurare la sicurezza degli utenti» e nell'«impedire i giochi e gli esercizi pericolosi» (Cass., I Ch. civ., 8 février 1961, in *Rec. Dalloz*, 1961, *Jur.*, p. 254).

<sup>351</sup> Trib. gr. inst. de Moulins, 10 mai 1977, in *Rec. Dalloz*, 1978, *Inf. rap.*, p. 324, con nota di C. LARROUMET. Afferma, in proposito, che «Il fatto dell'incidente è la prova, *in re ipsa*, dell'inadeguatezza delle misure di protezione e, quindi, dell'inadempimento dell'obbligazione di *sécurité*», M. FEOLA, *Le obbligazioni di sécurité*, cit., p. 282.

<sup>352</sup> Per alcune ipotesi cfr., ad es., Cass., I Ch. civ., 21 juin 1977, in *Sem. jur.*, 1979, II, *Jur.*, 19066 (I espèce); Cass., I Ch. civ., 10 juillet 1979, in *Rec. Dalloz*, 1980, *Inf. rap.*, p. 47 s.; Cass., I Ch. civ., 10 février 1993, in *Rec. Dalloz*, 1993, *Jur.*, p. 605. Sottolinea che, in molti di questi casi, l'esistenza della *faute* è dedotta "dal semplice

sistente nel qualificare “di risultato” un’obbligazione che in precedenza era sempre stata considerata “di mezzi”. Tale soluzione si è talvolta imposta per rimediare ad una disparità di trattamento allorché, mentre la Prima Sezione civile della Cassazione continuava ad applicare a queste ipotesi «le regole della responsabilità contrattuale, ravvisando, a carico del debitore, un’obbligazione di prudenza e di diligenza», la Seconda Sezione faceva beneficiare «il danneggiato minore delle regole della responsabilità delittuale, considerando le “colonie turistiche, i patronati, i diversi *clubs* come custodi degli oggetti utilizzati dai bambini”»<sup>353</sup>.

Le obbligazioni di mezzi “rinforzate”, secondo la dottrina, si distinguerebbero da quelle di risultato in ordine al diverso oggetto della prova: mentre per queste la liberazione del debitore dalla responsabilità contrattuale sarebbe limitata alla «prova positiva della causa del danno, che deve essere estranea all’attività del debitore»<sup>354</sup> (*cause étrangère*, caso fortuito o forza maggiore), nelle prime la (inversione della) prova, gravante sul debitore, si caratterizzerebbe in senso negativo, concernendo l’assenza di *faute*. La dubbia consistenza teorica di questa partizione, però, è testimoniata sia da quegli autori che, pur criticando la tendenza a considerare obbligazioni di risultato (sia pure *atténuées*) quelle obbligazioni che determinano una presunzione di *faute*, hanno preferito includere queste fattispecie nella categoria delle «obligations de moyens renforcées»<sup>355</sup>; sia da quella dottrina che, al contrario, piuttosto che di obbligazioni di mezzi “rinforzate”, preferisce discorrere di obbligazioni di risultato “attenuate”, identificando, esplicitamente o implicitamente<sup>356</sup>, le una con le altre. Così le obbligazioni di mezzi «rinforzate o aggravate» si vengono a trovare «in questo pericoloso viaggio, sul versante delle obbligazioni di risultato»<sup>357</sup>.

Il principio di “equivalenza” tra i regimi di imputazione delle responsabilità contrattuale e delittuale, che spinge al superamento della tradizionale partizione imperniata sulla natura delle fonti dell’obbligazione, interessa oggi anche il diritto italiano che, a maggior ragione rispetto a quello d’oltralpe, professa la regola del concorso<sup>358</sup>. Ma una qualche diversità è ravvisabile, almeno a livello declamatorio, in ordine alla disciplina dell’inadempimento dell’obbligazione “di mezzi” che, sulla base del principio di riferibilità o di vicinanza della prova<sup>359</sup>, dovrebbe essersi emancipata – quan-

---

verificarsi dell’incidente”, G. DURRY, *La responsabilité de ceux qui se chargent des enfants d’autrui*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1982, p. 770. Sul tema v., altresì, ID., *La nature de la responsabilité de l’organisateur d’une colonie de vacances envers les parents qui lui confient leur enfant*, *ivi*, 1968, p. 713 s.; P. JOURDAIN, *L’obligation de moyens de l’organisateur de colonie de vacances: obligation de sécurité ou obligation de surveillance*, *ivi*, 1997, p. 949.

<sup>353</sup> Lo rileva M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 294, sulla scia di F. CHABAS, *Note a Cass.*, II Ch. civ., 13 mai 1981, in *Gaz. Pal.*, 1982, I, *Pan.*, p. 9.

<sup>354</sup> C. LARROUMET, *Droit civil*, Tome 3, *cit.*, p. 626.

<sup>355</sup> Cfr., ad es., C. LARROUMET, *op. loc. ult. cit.*

<sup>356</sup> Un’esplicita identificazione delle due categorie di obbligazioni è sostenuta da B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *op. loc. ult. cit.* Anche G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. ult. cit.*, p. 516 s. e p. 519 s., pur trattando le due categorie di obbligazioni separatamente, non sembrano indicare elementi sufficienti a giustificare la partizione.

<sup>357</sup> F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. ult. cit.*, p. 452.

<sup>358</sup> Sul punto, l’indagine di P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale e extracontrattuale (Analisi comparata di un problema)*, Padova, 1989, p. 79 ss. e *passim*.

<sup>359</sup> Enunciato, com’è noto, da Cass., sez. un. civ., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Danno e resp.*, 2001, p. 1567 ss., con il commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite com-*

to meno in tema di responsabilità degli operatori sanitari<sup>360</sup> – dal modello di responsabilità delittuale per colpa prescritto dall'art. 2043 c.c. Diversamente da quanto accade nell'esperienza francese, se si eccettuano i pochi casi nei quali le Corti hanno individuato un "contratto di protezione" o una responsabilità da "contatto sociale" più o meno qualificato<sup>361</sup>, nella quasi totalità delle ipotesi nelle quali pur v'è un contratto o una relazione giuridicamente rilevante tra le parti, la giurisprudenza, piuttosto che applicare la disciplina in tema di responsabilità contrattuale, preferisce applicare una regola di responsabilità delittuale (l'art. 2051 c.c., soprattutto) che prescrive un regime di responsabilità oggettiva<sup>362</sup>. Ciò è accaduto, ad es., allorché la Cassazione ha deciso per le responsabilità del gestore di una piscina per i danni patiti da una minore che, nel tuffarsi, aveva impattato il fondale<sup>363</sup>; di un titolare di un maneggio per i danni subiti da un cliente che, nel corso di una passeggiata organizzata, si era lasciato cadere dal cavallo allorché lo stesso, spaventato dalla presenza di un animale sul percorso, era partito al galoppo<sup>364</sup>; di una società che gestiva un'autostrada (a pagamento), per la morte di un conducente di un veicolo che, uscito di strada per cause non accertate, aveva terminato la sua corsa in un raccoglitore dell'acqua piovana<sup>365</sup>; di gestori di strutture alberghiere per i danni subiti dai clienti che erano inciampati nel percorrere una scala di marmo<sup>366</sup>, che erano scivolati nella sala da pranzo a causa della presenza sul pavimento di residui di cibo<sup>367</sup>, che erano caduti in una vasca da bagno predisposta ad essere impiegata anche come doccia, ma senza essere dotata degli indispensabili presidi antiscivolo e di sostegno<sup>368</sup>. Eguale sorte ha riguardato il

---

pongono un contrasto e ne aprono un altro. Su tale decisione v., altresì, G. VILLA, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 707 ss.; G. VISINTINI, *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di inadempimento e onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 903; P. LAGHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammento*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769 ss.

<sup>360</sup> Per l'accoglimento di tale principio in materia di responsabilità dei sanitari, Cass., sez. un. civ., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Danno e resp.*, 2008, p. 790. Sottolineano, però, le diversità di disciplina che caratterizzano la responsabilità dei professionisti legali, R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, in *Nuova Enciclopedia*, Collana diretta da P. Cendon, II ed. con la collaborazione di M.P. Mantovani, Padova, 2011, p. 182 ss.; L. NOCCO, *La responsabilità civile dell'avvocato*, in *Danno e resp.*, 2009, p. 302 ss.; M. FEOLA, *La responsabilità dei professionisti legali*, *ivi*, 2014, p. 994 ss.

<sup>361</sup> Per un'indagine sulla giurisprudenza in materia, cfr. S. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, p. 21 ss., p. 69 ss.

<sup>362</sup> Afferma che la responsabilità del custode disciplinata dall'art. 2051 c.c. costituisce un'ipotesi di responsabilità oggettiva e non di colpa presunta, in quanto il danneggiato, per ottenere il risarcimento da parte del custode, deve dimostrare l'esistenza del danno e la sua derivazione causale dalla cosa, rilevando, ai fini dell'esonerazione dalla responsabilità, non la diligenza nella custodia, ma soltanto che il danno è derivato dal caso fortuito o dalla condotta del danneggiato, Cass., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 713, in *Danno e resp.*, 2010, p. 921 ss.

<sup>363</sup> Cass., sez. III, 2 marzo 2011, n. 5086, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1715 ss.

<sup>364</sup> Cass., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 979, in *Danno e resp.*, 2010, p. 913 s., commentata da P. SANTORO, *"Mala bestia è questa mia": sulla responsabilità oggettiva del titolare di un maneggio*.

<sup>365</sup> Cass., sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2360, in *Danno e resp.*, 2010, p. 555 ss., con nota di P. PARDOLESI, *Sul "dinamismo" connaturato alla cosa nella responsabilità da custodia*.

<sup>366</sup> Cass., sez. III, 9 novembre 2005, n. 21684, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1807 ss.

<sup>367</sup> Cass., sez. III, 4 agosto 2005, n. 16373, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 720, con nota di D. CALCATERRA.

<sup>368</sup> Cass., sez. III, 28 novembre 2007, n. 24739, in *Danno e resp.*, 2008, p. 782, con il commento di D. BOSCHI, *Alcune considerazioni circa l'applicazione dell'art. 2051 c.c. al c.d. danno da caduta*.

custode-albergatore per i gravi danni subiti da una studentessa che, durante una gita scolastica, dopo aver superato il parapetto del proprio balcone e avuto accesso al lastrico solare, era caduta la suolo<sup>369</sup>. La scelta per una regola di responsabilità oggettiva extracontrattuale è stata confermata anche nelle ipotesi di danni “da custodia” della Pubblica Amministrazione<sup>370</sup>. Ma la Cassazione, condizionata dalla tradizione colpevolista della responsabilità civile, ha talvolta contaminato in senso soggettivo l’interpretazione dell’art. 2051 c.c.<sup>371</sup>, secondo una prospettiva che pare difficilmente compatibile con la struttura e con la storia di questo testo.

Ecco che, allora, una ricostruzione dogmatica unitaria della “obbligazione come rapporto complesso” cede il passo, in Germania, in Francia così come in Italia, alla tradizione giuridica ed alle scelte sistemologiche profonde di ciascun diritto. Una determinata esperienza giuridica non può recepire, senza inserirlo armonicamente nel proprio sistema, un modello “dato” che è stato elaborato in presenza di peculiari esigenze che sono state avvertite in una realtà giuridica comunque diversa da quella che caratterizza il paese recipiente. Ogni trapianto giuridico implica, cioè, un necessario «processo di assimilazione», in conseguenza «della diversità del contesto nel quale la figura originaria viene inevitabilmente a trovarsi»<sup>372</sup>.

Questa considerazione, però, potrebbe sortire, con riferimento al tema affrontato, una pluralità di svolgimenti che sono tra loro divergenti. Da un lato, il «diritto giurisprudenziale italiano» potrebbe sentirsi «non condizionato da quella riforma del diritto delle obbligazioni che in Germania può suggerire di aver congelato» la categoria dell’obbligazione senza prestazione «entro gli arbitrariamente limitati confini della responsabilità precontrattuale»<sup>373</sup>. Dall’altro, in presenza di una tendenza maggioritaria a considerare rilevanti i soli obblighi di protezione funzionalmente connessi alla prestazione, la tematica del contatto sociale qualificato e quella dell’obbligazione senza prestazione si potrebbero progressivamente “eclissare” dalla scena del nostro diritto civile, il quale continua a inquadrare<sup>374</sup>, così come in Francia e nel diritto euro-

<sup>369</sup> Cass., sez. III, 8 febbraio 2012, n. 1769, in *Danno e resp.*, 2012, p. 755 ss., con il commento di A.P. BENEDETTI, *La caduta di un alunno durante gita scolastica: chi risponde?*

<sup>370</sup> Cfr., ad es., Cass., 9 maggio 2012, n. 7037, in *Danno e resp.*, 2012, p. 799; Cass., 18 ottobre 2011, n. 21508, *ivi*, 2012, p. 614, con il commento di S. SCALZINI, *Danno da cose in custodia e manutenzione stradale fra colpa e responsabilità oggettiva: un indifferibile chiarimento*.

<sup>371</sup> Ad es., Cass., sez. III, 4 ottobre 2013, n. 22684, in *Danno e resp.*, 2014, p. 616 ss., con nota di M. TORRESANI, *La responsabilità oggettiva da cose in custodia per dissesti stradali*; Cass., 24 febbraio 2011, n. 4484, in *Foro it.*, 2011, I, c. 1082, con nota di A. PALMIERI; Cass., 24 febbraio 2011, n. 4495, in *Arch. circ.*, 2011, p. 695; Cass., 3 aprile 2009, n. 8157, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 1025; Cass., 25 luglio 2008, n. 20427, in *Foro it.*, 2008, I, c. 3461.

<sup>372</sup> Così, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 150.

<sup>373</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 148.

<sup>374</sup> Dopo aver prospettato un mutamento di orientamento, affermando che la responsabilità precontrattuale rappresenterebbe una fattispecie normativamente qualificata di contatto sociale, poiché il legislatore, nel prevedere l’obbligo di buona fede, ha costituito un rapporto giuridico obbligatorio nel corso delle trattative (Cass., sez. I civ., 20 dicembre 2011, n. 27648, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 1240 ss., *ivi* il commento di C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*), la Cassazione sembra essere ritornata sulle sue tradizionali posizioni (ad es., Cass., Sez. II, 10 gennaio 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 755, con nota di F. DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta?*).

peo<sup>375</sup>, la stessa responsabilità precontrattuale in ambito extracontrattuale<sup>376</sup>.

Piuttosto che continuare ad interrogarsi sulle mobili frontiere della responsabilità civile, potrebbe essere auspicabile il superamento di una partizione che è ispirata alle fonti dell'obbligazione, prevedendo unitari regimi di responsabilità per specifiche attività, a prescindere dalla qualificazione in termini di responsabilità delittuale o contrattuale. In alcuni casi la tendenza alla unificazione dei regimi della responsabilità civile delittuale e contrattuale è stata sancita dallo stesso legislatore. La disciplina dei danni da circolazione dei veicoli a motore e quella dei danni cagionati da prodotti "difettosi" dimostrano il superamento della partizione, sulla base di un unitario modello di imputazione della responsabilità. Al trasportato a titolo di cortesia si applica, finalmente, il medesimo regime di responsabilità che concerne i trasportati a titolo oneroso o gratuito. Il risarcimento del danno cagionato da un prodotto difettoso può essere ottenuto sulla base delle medesime "conditions" da qualsiasi danneggiato, a prescindere dalla qualifica di contraente o di terzo utilizzatore. Ad un eguale esito si potrebbe pervenire, ad esempio, per le responsabilità professionali, una volta introdotto l'obbligo di assicurazione, prevedendo una normativa unitaria, a prescindere dalla circostanza che ci si trovi in presenza di una prestazione senza obbligazione o di informazioni destinate a soggetti determinati o a "tutti" i consociati. Un importante risultato in tal senso è stato raggiunto, ancora una volta, dal diritto francese. A differenza della disciplina italiana, che ha introdotto una forma anomala di contrattazione obbligatoria asimmetrica, risultando obbligato il solo professionista sanitario, senza che un correlato obbligo a contrarre sussista anche a carico delle imprese di assicurazione<sup>377</sup>, il legislatore francese, nel collegare il regime unitario di responsabilità per *faute* (art. L. 1142-1 I *Code santé publ.*) a modelli di assicurazione obbligatoria e di sicurezza sociale (gravante sulla *solidarité nationale*), ha provveduto a unificare il sistema di responsabilità civile in materia di sanità pubblica e privata, sulla base di uno "statuto" autonomo e speciale che ha il suo fondamento nel *Code de la santé publique* e che ha consentito di superare la tradizionale partizione tra *faute contractuelle* e *faute délictuelle* che, ormai, «non aveva più alcun significato»<sup>378</sup>.

<sup>375</sup> Corte Giust. UE, 17 settembre 2002, C. 334/00, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 400 ss., con nota di L. VEDOVATO, *Competenza giurisdizionale e natura aquiliana della responsabilità precontrattuale: il responso della Corte di Giustizia e gli oblii della Corte di Cassazione*.

<sup>376</sup> Basti citare la più autorevole dottrina: R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. Sacco, t. II, Torino, III ed., 2004, p. 247 ss.

<sup>377</sup> Non a caso, successivamente all'entrata in vigore della legge Balduzzi, la mancata previsione di un obbligo legale a contrarre per le imprese assicuratrici ha richiesto il deposito di successivi interventi normativi (il D.d.l. n. 1581/2013, ad es., all'art. 4, dispone: «Onde evitare che le imprese assicuratrici si rifiutino di contrarre per il rischio troppo elevato o difficilmente calcolabile, tutte le compagnie operanti sul territorio italiano sono tenute a fornire coperture anche in ambito sanitario»; l'art. 2, D.d.l. n. 1312/2013 prevede, inoltre, l'obbligo di rinnovo contrattuale per le imprese assicuratrici, stabilendo normativamente l'incremento del premio annuo).

<sup>378</sup> Afferma che non ci si può non «felicitare per questa scelta unificatrice», anche perché, nella realtà, «la distinction entre la faute délictuelle et contractuelle n'avait plus guère de signification dès lors que la jurisprudence définissait de plus en plus les fautes par référence au code de déontologie médicale», scelta unificatrice che permette «aussi au juge administratif et au juge judiciaire de statuer désormais sur un même fondement: la loi du 4 mars 2002», P. SARGOS, *Deux arrêts «historiques» en matière de responsabilité médicale générale et de responsabilité particulière liée au maquement d'un médecin à son devoir*

In attesa di eventuali interventi legislativi diretti a disporre l'unificazione dei regimi delle responsabilità nei settori di maggiore rilevanza sociale, la storia dimostra come, nella gran parte dei casi, la scelta per il rimedio contrattuale o per quello delittuale è stata effettuata dalle Corti, in sistemi improntati sia al regime del concorso, sia a quello del *non-cumul*, per assicurare alla vittima il risarcimento del danno sulla base del più favorevole regime di imputazione della responsabilità. In questi ed altri casi è la giurisprudenza che, sulla base delle indicazioni della dottrina, può continuare a procedere, così come accaduto in Francia pur in presenza della regola del *non-cumul*, alla progressiva elaborazione di un "diritto comune"<sup>379</sup> delle responsabilità. Tale risultato può riguardare soprattutto la riparazione dei cc.dd. danni "conseguenziali" cagionati nell'esecuzione della prestazione, la quale è caratterizzata da una funzione propriamente risarcitorio-conservativa, che si vuole distinta dalla finalità acquisitiva, modificativo/incrementativa dell'altrui sfera patrimoniale<sup>380</sup> propria della responsabilità conseguente all'inattuazione del regolamento contrattuale in sé. L'individuazione, da parte delle Corti (francesi, ma anche italiane e tedesche), di una disciplina "simmetrica" ed "equivalente" in tema di responsabilità delittuale e contrattuale, fondata ora sulla prova della *faute*, ora su una disciplina di responsabilità oggettiva, consente di individuare il problema primario e del tutto preminente (sulle altre "conditions") negli standard di imputazione della responsabilità e nella tendenza alla loro unificazione. Piuttosto che continuare a suddividere il campo della responsabilità civile in due modelli, rigorosamente non comunicanti, ispirati al dato formale delle fonti dell'obbligazione, può farsi strada l'idea che in entrambi gli ambiti la partizione ordinante sia quella tra responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, nella consapevolezza che i sistemi intermedi caratterizzati da "presunzioni di responsabilità" rappresentino "correttivi" temporanei (introdotti dalla giurisprudenza) nel corso di un itinerario che conduce, quanto meno in alcune branche del diritto e al precipuo scopo di tutelare interessi particolarmente meritevoli di protezione, dalla responsabilità individuale per colpa a regimi di responsabilità (oggettiva) fondati sull'assicurazione obbligatoria di responsabilità e sulla *social security*<sup>381</sup>.

---

*d'information*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1523. Sui rapporti tra i sistemi assicurativi, di responsabilità civile e di sicurezza sociale, cfr. PH. MALAURIE, L. AYNÈS, PH. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Paris, 2013, VI éd., p. 131 ss.

<sup>379</sup> In argomento, sia consentito rinviare ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Hacia un "Derecho Común" de la Responsabilidad Civil*, in *La Responsabilidad Civil*, a cura di C. Fernández Sessarego, Volumen III, Lima (Perù), 2010, pp. 41-60. Lo scritto è stato pubblicato anche in Italia con il titolo *Verso un "diritto comune" della responsabilità civile*, in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, M. FEOLA, *La responsabilità civile*, Torino, 2008, p. 1 ss. Una significativa adesione a questa idea si è avuta anche nel diritto francese: intitola a «Le droit commun de la responsabilité civile» la "Première partie" del suo trattato, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations*, cit., p. 133.

<sup>380</sup> Così, testualmente, M. BARCELONA. *Trattato*, cit., p. 97.

<sup>381</sup> Secondo un'idea (esposta in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Dalla responsabilità civile alla sicurezza sociale*, Napoli, 1992, *passim*; ID., *La riparazione dei danni alla persona*, Camerino-Napoli, 1993, pp. 12-99), che poi è stata occasione di ulteriore dibattito (ID., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, relazione tenuta al Convegno «La responsabilità civile fra presente e futuro», Perugia, 30-31 maggio 1997, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, pp. 763-828, e in *Studi in onore di P. Rescigno*, vol. V,

11. *Considerazioni conclusive*. “Prestigio” (dell’autore) e “interesse” (da tutelare) nella ricezione della dottrina da parte delle Corti Supreme. Alcuni casi emblematici: la teoria delle violazioni positive del contratto, la partizione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”, l’interpretazione dell’art. 1384, primo comma, *code civ.* e il principio del *non-cumul*, il “nuovo” *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* e l’obbligazione senza obbligo primario di prestazione

Volendo, ora, trarre alcune conclusioni di carattere generale dalla cospicua massa di dati che è stata oggetto di esame nel corso della ricerca in ordine alla dinamica delle vicende circolatorie che concernono la ricezione di modelli dottrinari da parte delle Corti di vertice, è possibile affermare che tale fenomeno sembra dibattersi tra i poli del prestigio (dell’Autore) e dell’interesse (da tutelare). Così come accaduto per i trapianti di legislazione, e più in generale per le imitazioni, è innegabile che il prestigio del modello<sup>382</sup> (legale o dottorale) possa assumere un ruolo significativo ai fini della sua ricezione (nella specie, giurisprudenziale). Tuttavia, a differenza di quanto accaduto per la legislazione, la peculiare struttura della regola giurisprudenziale, pensata sulla base ed in funzione della soluzione del caso concreto, induce a pensare che, in molte delle ipotesi esaminate, la ricezione della regola dottorale, più che essere determinata dal prestigio dell’Autore, è sovente ispirata all’esigenza, avvertita e condivisa da parte della giurisprudenza, di dover tutelare un determinato interesse.

Gli esempi potrebbero essere così numerosi come tendenzialmente innumerevoli sono le regole che compongono un dato ordinamento. In questa sede sembra possibile rammentare soltanto qualche caso paradigmatico che, più che assumere valenza probatoria assoluta, può indicare una significativa linea di tendenza.

Per limitarsi ai temi appena esaminati, v’è da rammentare come il prestigio di due autorevolissimi pandettisti, quali il Mommsen<sup>383</sup> e il Windscheid<sup>384</sup>, non fu sufficiente a difendere la dottrina dell’impossibilità, pur recepita dal BGB, dalla critica mossa da un avvocato all’epoca del tutto estraneo agli ambienti accademici, il quale aveva ravvisato l’esistenza di una grave lacuna in tema di adempimento inesatto, allorché il debitore compie «qualcosa che non si sarebbe dovuto fare» o esegue la prestazione «ma in maniera difettosa»<sup>385</sup>. L’immediato favore mostrato dalla giurisprudenza del *Reichsgericht* per alcune soluzioni illustrate dalla dottrina delle violazioni positive del contratto (nel caso di rifiuto di adempimento e di messa in pericolo dello scopo del

---

Milano, 1998, pp. 345-414; ID., *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale. A proposito del modello neozelandese*, versione italiana della relazione tenuta in occasione del Convegno Internazionale «Personal Injury Beyond National Experiences», Pisa, Scuola Superiore S. Anna, 30 ottobre 1997, in *Rass. dir. civ.*, 1998, pp. 599-647).

<sup>382</sup> Sottolinea tale aspetto, com’è noto, R. SACCO, *Introduzione*, cit., p. 148 ss.

<sup>383</sup> F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*, I, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*, Braunschweig, 1853, pp. 8 ss., 153 ss., 193 ss. e *passim*; ID., *Beiträge zum Obligationenrecht*, III, *Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa*, Braunschweig, 1855, *passim*.

<sup>384</sup> B. WINDSCHEID, T. KIPP, *Pandektenrecht*, 1906, §§ 264 e 315.

<sup>385</sup> Così, H. STAUB, *Le violazioni positive*, cit., p. 39.

contratto)<sup>386</sup> non fu dovuta al prestigio dell'Autore, ma all'esigenza di rimediare ad un vero e proprio errore di «politica del diritto»<sup>387</sup>, nella misura in cui non tutelava adeguatamente l'interesse del creditore all'esatto adempimento.

Al contrario, la Cassazione francese, nel qualificare nell'*arrêt Mercier* come obbligazione di mezzi<sup>388</sup> l'obbligazione *de soins* del medico nei riguardi del paziente, sarà senz'altro condizionata dal prestigio del pensiero di René Demogue<sup>389</sup>. Ma pur in presenza di un'evoluzione abbastanza costante<sup>390</sup> della giurisprudenza francese, ribadita oggi dall'art. L. 1142-1, primo comma, *Code Santé publ.*, l'individuazione di obbligazioni di *sécurité* di risultato "connesse" alla prestazione sanitaria (pur sempre di mezzi)<sup>391</sup> ed il ricorso alla figura della *faute virtuelle* avranno lo scopo di tutelare in maniera più efficiente l'interesse della vittima ed inseriranno ulteriori elementi di riflessione riguardo a questa partizione, che pur ha caratterizzato, nell'ultimo secolo, gran parte delle esperienze di *civil law*.

Così, il prestigio di R. Saleilles<sup>392</sup> e di L. Josserand<sup>393</sup>, se, da un lato, fu essenziale per elaborare compiutamente la regola di responsabilità oggettiva delittuale, già intuita un anno prima nell'*arrêt Teffaine*<sup>394</sup>, iscritta nel testo dell'art. 1384, primo comma, *Code civil*, che caratterizzerà il diritto francese, e le altre esperienze dell'area, fino ai nostri giorni; dall'altro, non fu sufficiente a far desistere la Cassazione (nel 1911-1913) dal ravvisare nel contratto di trasporto di persone un'obbligazione assoluta di *sécurité*, inserita «a viva forza nel contratto»<sup>395</sup>, rispetto alla soluzione extracontrattuale, di gran lunga prevalente nella dottrina francese dell'epoca<sup>396</sup>. Ancora una volta, nella ricezione giurisprudenziale di una dottrina minoritaria e poco conosciuta<sup>397</sup>, il prestigio cede il passo alla tutela dell'interesse della vittima ad avvalersi di un rimedio contrattuale fondato su una disciplina di responsabilità oggettiva, rispetto all'eventualità, del tutto consistente, di vedersi gravata dalla prova della *faute précise* di

<sup>386</sup> RG, 6 marzo 1903, in *RGZ*, 54, 1903, p. 98, cit. dallo stesso H. STAUB, *op. ult. cit.*, p. 86; RG, 29 novembre 1922, *ivi*, 106, 1923, p. 24 s.

<sup>387</sup> Testualmente, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione*, II, cit., p. 209.

<sup>388</sup> Cass., 20 mai 1936, in *Rec. Dalloz*, 1936, 1, p. 88, Rapp. L. Josserand.

<sup>389</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. V, Paris, 1925, p. 538 ss.

<sup>390</sup> Così, M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations*, cit., p. 898 ss.

<sup>391</sup> Sottolinea questo apparente paradosso, M. BACACHE-GIBEILLI, *op. ult. cit.*, p. 894 ss.

<sup>392</sup> *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, p. 19 e *passim*.

<sup>393</sup> *De la responsabilité des choses inanimées*, Paris, 1897, p. 103 ss.

<sup>394</sup> Cass., 18 juin 1896, in *Dalloz*, 1897, 1, p. 433, con le conclusioni di Sarrut e con il commento proprio di R. Saleilles. Su tale fondamentale decisione cfr. *La responsabilité du fait des choses. Réflexions autour d'un centenaire*, ouvrage collectif sous la direction de F. Leduc, Paris, 1997.

<sup>395</sup> L'espressione, non scevra da accenti critici, è di L. JOSSERAND, *Le contrat dirigé*, in *Dalloz H.*, 1933, I, p. 90 ss.

<sup>396</sup> Se si eccettua A. ESMEIN (*Note*, in *Rec. Sirey*, 1900, II, p. 57), che era rimasto uno dei pochi autori che continuavano a difendere la responsabilità contrattuale del vettore nel contratto di trasporto di persone, la quasi totalità della dottrina francese, in epoca immediatamente anteriore alle sentenze del 1911-1913, era orientata per la soluzione extracontrattuale (lo ricorda J.L. HALPÉRIN, *La naissance*, cit., p. 1180).

<sup>397</sup> C. SAINTELETTE, *De la responsabilité*, cit., pp. 95, 118 e *passim*; M. SAUZET, *De la responsabilité*, cit., p. 596 ss.

cui all'art. 1382 *Code civil*, in un periodo in cui sarebbe stata storicamente impraticabile l'applicazione dell'art. 1384, primo comma.

Così la stessa elaborazione giurisprudenziale del principio del *non-cumul*<sup>398</sup>, più che essere ispirata ad una dottrina prestigiosa, aveva la funzione di completare la tutela contrattuale della vittima, trovando il suo fondamento storico proprio nell'impedire che essa, garantita dall'esistenza di un'obbligazione di *sécurité* di risultato, potesse vedersi affievolita la sua tutela con l'applicazione della regola di responsabilità extracontrattuale per colpa<sup>399</sup>. La riprova è che l'odierna dottrina francese, in presenza dello snaturamento dell'obbligazione di *sécurité* dovuto alla proliferazione giurisprudenziale delle obbligazioni "di mezzi", proprio al fine di ristabilire la tutela risarcitoria originaria della vittima, inizia a considerare pernicioso, nella specie, il principio del *non-cumul* e a proporre, in via di riforma, il regime del concorso o la "decontrattualizzazione" dell'obbligazione di *sécurité* (di mezzi) ogni qualvolta risulti applicabile la regola di responsabilità oggettiva delittuale di cui all'art. 1384, primo comma, *Code civil*.

Nell'esperienza tedesca, talvolta, l'elemento del prestigio e quello della tutela dell'interesse procedono di pari passo nell'opera di ricezione giurisprudenziale. Sicuramente è il prestigio della dottrina di Rudolf von Jhering in tema di *culpa in contrahendo* e di contratti nulli<sup>400</sup> a contribuire all'idea dell'obbligazione come rapporto complesso. Ma, alla base della recezione giurisprudenziale di tale costruzione, v'è soprattutto l'esigenza di tutelare il soggetto che in buona fede aveva fatto affidamento su una trattativa o sulla stipula di un contratto, poi "colpevolmente" non concluso o rivelatosi nullo o altrimenti inefficace, attraverso l'estensione della disciplina in tema di responsabilità contrattuale in ipotesi nelle quali non sarebbe stato possibile esperire la tutela delittuale ai sensi del § 823 ss. BGB. Così è opinione del tutto unanime che la soluzione contrattuale adottata in Germania, ed imperniata sulla dottrina degli obblighi di protezione e sulla loro efficacia nei riguardi di terzi, troverà il suo fondamento nell'esigenza di una più intensa tutela della vittima, posta al riparo (grazie al § 278 BGB) dalla prova liberatoria del debitore prevista dal § 831 BGB in tema di responsabilità delittuale. D'altronde lo stesso He. Stoll, quando distingue nitidamente lo *Schutzinteresse* dal *Leistungsinteresse* nell'ambito di una struttura allargata di rapporto obbligatorio, è mosso non tanto da esigenze dogmatiche, quanto da una prospettiva esplicitamente legata ad una *Interessenjurisprudenz*<sup>401</sup> finalmente idonea a tutelare, oltre all'interesse del creditore all'esatto adempimento, gli interessi delle parti coinvolte nel rapporto obbligatorio alla protezione della propria sfera personale e patrimoniale.

Un caso emblematico, poi, ha riguardato, in Germania, verso la metà degli anni '50, l'efficacia protettiva del contratto riguardo a determinati terzi, inaugurando il

<sup>398</sup> Cass., 11 janvier 1922, cit., p. 279 s.

<sup>399</sup> In questi termini, M. FEOLA, *L'obbligazione come rapporto complesso*, cit., § 18.

<sup>400</sup> V., *retro*, la nota 75.

<sup>401</sup> Un esplicito riferimento alla giurisprudenza degli interessi è proprio nel § 2 del cap. IV che, non a caso, è intitolato: «La lesione degli interessi come fondamento della costruzione sistematica» (HE. STOLL, *Commiato*, cit., § IV.2).

nuovo inquadramento giurisprudenziale del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten bestimmter Dritter*, quale figura del tutto autonoma rispetto al contratto a favore di terzi. Tale istituto rappresenta, altresì, una delle ipotesi più significative di recezione, da parte della nostra Suprema Corte, di un modello dottrinale tedesco, la cui applicazione, però, a differenza di quanto accaduto nel diritto germanico, sarà essenzialmente limitata alle fattispecie di responsabilità del medico per il danno prenatale. Nei casi di condotta commissiva del ginecologo che compie un'erronea "manovra" nel corso del parto<sup>402</sup>, o di somministrazione di farmaci contro la sterilità potenzialmente teratogeni, in assenza della dovuta informazione sui rischi conseguenti<sup>403</sup>, legittimerà il minore nato malformato ad agire direttamente (mediante i suoi legali rappresentanti) nei riguardi dei sanitari al fine di ottenere il risarcimento integrale dei danni biologico, morale e/o esistenziale. Nel caso di mancata o erronea informazione nei riguardi della gestante, privata del suo diritto di autodeterminazione, legittimerà il marito<sup>404</sup> e, da ultimo, anche i fratelli e le sorelle<sup>405</sup> del bambino nato handicappato, ad ottenere il risarcimento del danno morale e/o esistenziale<sup>406</sup>.

Ebbene, per tornare al diritto tedesco, l'autorevolezza del pensiero di Karl Larenz, espresso in una breve nota<sup>407</sup> posta a commento della sentenza del BGH denominata *Dreschmaschinenfall* (c.d. caso della trebbiatrice o della puleggia motrice), influirà sul nuovo corso della giurisprudenza. Così come inciderà il pensiero di Joachim Gernhuber<sup>408</sup>, il quale, nel richiamare il ruolo della *Sozialwirkung* nel diritto delle obbligazioni, propone un ampliamento del rapporto obbligatorio, fino ad allora incentrato sulle figure del debitore e del creditore quali titolari dei diritti e degli obblighi primari e secondari di prestazione, a quei soggetti "terzi" che "provano" su di loro vicende pur strutturalmente "estrane" ma con un'intensità tale da rendere opportuna un'equiparazione rispetto alle parti del rapporto<sup>409</sup>. Il diniego, della Suprema Corte, di risarcire l'operaio che si era ferito nel maneggiare l'attrezzo agricolo aveva trovato fondamento nella circostanza che questi fosse un dipendente non del compratore, bensì di un altro imprenditore agricolo, nel cui terreno si era verificato l'incidente<sup>410</sup>. Questo dato non consentiva, secondo la giurisprudenza anteriore – e secondo la tesi di W. Wussow<sup>411</sup>, testualmente citato nella sentenza, secondo cui l'estensione della tutela contrattuale poteva

<sup>402</sup> Cass., sez. III, 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, c. 557 s.

<sup>403</sup> Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. e giur.*, 2010, p. 108, con nota di M. FEOLA.

<sup>404</sup> Cass., sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Danno e resp.*, 2005, p. 379 ss.

<sup>405</sup> Cass., sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 178.

<sup>406</sup> Per un'esplicita qualificazione in termini di danno esistenziale, identificato nella «radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori», Cass., sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13, in *Danno e resp.*, 2010, p. 699, con nota di M. FEOLA, *La Cassazione e il diritto del minore «a nascere sano»*.

<sup>407</sup> K. LARENZ, *Anmerkung* a BGH, 25 aprile 1956, in *NJW*, 1956, p. 1193 s. La soluzione era stata già anticipata nella prima edizione del suo trattato (ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1953, p. 139 ss.).

<sup>408</sup> J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe*, in *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 249 ss.

<sup>409</sup> J. GERNHUBER, *op. ult. cit.*, p. 250 s.

<sup>410</sup> BGH, 25 aprile 1956, cit., p. 1194.

<sup>411</sup> W. WUSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, V ed., Berlin-Köln, 1954, p. 239.

concernere soltanto quelle persone per le quali una delle parti ha un interesse alla loro protezione, interesse fondato oggettivamente e pertanto riconoscibile dalla controparte – di estendere al bracciante gli effetti di protezione del contratto stipulato tra il venditore e l'acquirente della puleggia, poiché non v'era la possibilità di ipotizzare un "accordo tacito" delle parti a favore del terzo (danneggiato), senza estendere eccessivamente la cerchia dei soggetti protetti. Il nuovo modello dottrinale verrà accolto dal BGH nel decidere il c.d. *Capuzolfall*<sup>412</sup>, considerato non a caso la "pietra miliare"<sup>413</sup> in materia: il diritto al risarcimento del danno a favore del dipendente dell'impresa metallurgica, che aveva subito gravi danni a seguito dell'esplosione del prodotto antiruggine, verrà riconosciuto senza ricorrere all'estensione del contratto a favore di terzi e sulla base della violazione dei soli obblighi di protezione. Nella specie, l'obbligo di prestazione era stato esattamente adempiuto con la consegna del prodotto (Capuzol Nr. 22), ma il venditore aveva omesso di informare sufficientemente l'acquirente sulla sua estrema pericolosità, in modo da consentirgli di adottare le opportune misure di sicurezza. Tale svolta giurisprudenziale trova il suo fondamento nell'esigenza (teorica) di superare gli artifici e le «motivazioni apparenti»<sup>414</sup> di una giurisprudenza che, fino ad allora, aveva individuato in un ipotetico "accordo tacito" il presupposto per l'applicazione del contratto a favore di terzi: istituto caratterizzato, invece, non dall'estensione dell'effetto di protezione, ma dal fatto che il terzo acquista direttamente il diritto di pretendere la prestazione (§ 328, primo comma, BGB, come confermato dai §§ 330 e 331)<sup>415</sup>. La nuova figura, che pur sempre è collegata alla volontà delle parti<sup>416</sup>, si fonda sul principio di buona fede e sul senso e sullo scopo del contratto, che acquistano «in proposito il significato di un parametro oggettivo per la determinazione del contenuto del contratto»<sup>417</sup>. Ma è evidente anche l'esigenza pratica di individuare i criteri per determinare la cerchia, limitata, prevedibile<sup>418</sup> e quindi riconoscibile dalla controparte, delle persone protette nei soggetti per i quali il creditore contrattuale è obbligato, giuridicamente o moralmente, alla loro tutela (parenti e componenti la comunità familiare, domestici, dipendenti)<sup>419</sup>. Mettendo a disposizione locali e attrezzature, il creditore (mandante, conduttore, committente, compratore, appaltatore, ecc.) diviene corresponsabile per il loro *Wohl und Webe* e, quindi, acquista un interesse senz'altro meritevole a che queste persone non subiscano un danno nell'esecuzione della prestazione alla quale la controparte è obbligata.

Un ulteriore caso notevole di ricezione dottrinale riguarderà, nel prosieguo, lo stesso percorso del contratto con effetti di protezione per terzi, dando luogo alla nascita della c.d. obbligazione senza obbligo primario di prestazione, richiamata, oggi,

---

<sup>412</sup> BGH, 15 maggio 1959, in *NJW*, 1959, p. 1676.

<sup>413</sup> R.-A. HIRTH, *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*, Berlin, 1991, p. 27 s.

<sup>414</sup> Così, J. GERNHUBER, *op. loc. ult. cit.*

<sup>415</sup> K. LARENZ, *op. ult. cit.*, p. 1193.

<sup>416</sup> In proposito, G. VARANESE, *Il contratto con effetti protettivi*, cit., p. 79.

<sup>417</sup> C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 158.

<sup>418</sup> K. LARENZ, *op. ult. cit.*, p. 1194.

<sup>419</sup> K. LARENZ, *op. loc. ult. cit.*

nella nostra esperienza giuridica, prima da un'avvertita dottrina<sup>420</sup> e, poi, dalla stessa Corte di cassazione. L'idea di C.-W. Canaris, esposta in uno scritto della metà degli anni '60<sup>421</sup>, secondo la quale obblighi di protezione possono sorgere tra le parti anche in assenza di obblighi di prestazione, trovando la loro fonte non nel contratto nullo (o nel futuro contratto), ma in un particolare «rapporto giuridico nelle trattative» che ha natura legale e che è espressione del principio dell'affidamento fondato sul § 242 BGB, sarà quasi immediatamente recepita in una sentenza del *Bundesgerichtshof*, che inserirà il terzo nella sfera di protezione del contratto anche nell'ipotesi di un contratto di locazione nullo per difetto del potere rappresentativo<sup>422</sup>. L'accettazione del corrispettivo, pagato anticipatamente dal conduttore, e la tolleranza nella concessione in utilizzo della cosa locata avevano creato «rapporti giuridici diretti» tra le parti, analoghi a quelli prodotti da un contratto validamente concluso<sup>423</sup>, tali da consentire al conduttore danneggiato di poter adire la tutela contrattuale per violazione dell'interesse di protezione, anche in presenza di un vizio del potere rappresentativo che aveva infirmato la validità del contratto. L'orientamento, d'altronde, non rappresentava un'assoluta novità per il diritto tedesco: da un lato, la «scoperta» di Rudolf von Jhering in tema di *culpa in contrahendo* e di contratti nulli, dall'altro, la soluzione già ideata dalla Corte Suprema del Reich nel «caso del rotolo di linoleum»<sup>424</sup> avevano iniziato a persuadere la scienza giuridica tedesca sulla possibilità di ravvisare obblighi di protezione indipendentemente dall'esistenza di un obbligo di prestazione. Le *Schutzpflichten* trovano ora il loro fondamento non più nella volontà presunta o in un «accordo tacito» delle parti, bensì in «obblighi creati dalla buona fede sulla scorta di un affidamento socialmente rilevante»<sup>425</sup>, la cui violazione legittima il danneggiato ad agire anche nella fase precontrattuale o in presenza di contratti comunque invalidi o inefficaci. Questo orientamento troverà la sua definitiva consacrazione nell'introduzione del secondo comma del § 241 del BGB e, soprattutto, nell'idea di «contatto negoziale» che è a fondamento del nuovo § 311 BGB.

---

<sup>420</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 191 ss.

<sup>421</sup> C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzungen» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *JZ*, 1965, p. 476 ss.

<sup>422</sup> BGH, 10 gennaio 1968, in *MDR*, 1968, p. 402.

<sup>423</sup> BGH, 10 gennaio 1968, cit., p. 403.

<sup>424</sup> RG, 7 dicembre 1911, in *RGZ*, 78, 1912, p. 239 ss.

<sup>425</sup> C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 552 s.

12. *Segue*. Il ruolo paradigmatico della responsabilità civile nella descrizione delle vicende circolatorie tra dottrina e giurisprudenza. Alcuni esempi che dimostrano come le Corti si ispirino, nella ricezione di una dottrina (non sempre *savante*, ma spesso *militante*), ad una valutazione teleologica che è funzionale a tutelare un determinato interesse, sulla base di un proprio ed autonomo disegno di *policy* e delle peculiari caratteristiche sistemiche che sono proprie di ciascun diritto

L'indicata tendenza in merito ai rapporti tra dottrina e giurisprudenza può trovare ulteriore conferma anche in tema di responsabilità civile. Questo settore, anzi, assume una valenza paradigmatica proprio perché «Più che in qualsiasi altro ambito del diritto privato», essa ha assunto «la fisionomia di un “diritto comune” trans-nazionale che, seppure in presenza di indubbie specificità, può pervenire all'uniformazione delle regole e dei modelli in assenza dell'intervento del legislatore, sulla base dell'elaborazione della dottrina e delle Corti»<sup>426</sup>. Anche in questa materia l'adozione, da parte delle Supreme Corti, di una dottrina piuttosto che un'altra, «tra tradizione e innovazione»<sup>427</sup>, sembra corrispondere, nella maggior parte dei casi, soprattutto a scelte teleologiche che la giurisprudenza decide di voler premiare.

In tema di danno da perdita di *chance*, ad esempio, il prestigio di René Savatier non fu sufficiente per vincere una vera e propria battaglia intrapresa avverso la risarcibilità del danno da perdita delle *chances* di guarigione o di sopravvivenza<sup>428</sup>. Il consolidarsi, in giurisprudenza, dell'orientamento tradizionale<sup>429</sup> fu dovuto non tanto all'autorevolezza (e ad rigore) delle risposte fornite da G. Durry<sup>430</sup>, quanto all'esigenza pratica di svincolare la tutela risarcitoria della vittima dagli esiti del giudicato penale e dalla prova, quasi sempre diabolica per il paziente o per i suoi aventi causa, del rapporto di causalità tra la condotta e l'evento<sup>431</sup>.

Così, in Italia, la Cassazione penale nel caso Baltrocchi<sup>432</sup> utilizzerà l'autorevolez-

<sup>426</sup> Così, già A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Verso un "diritto comune"*, cit., p. 17.

<sup>427</sup> Proprio a tali nozioni si è ispirata la bella relazione napoletana di G. TRAVAGLINO, *La responsabilità civile tra tradizione e innovazione. Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*.

<sup>428</sup> Tra i tanti scritti dedicati all'accesa critica del citato orientamento giurisprudenziale, cfr. R. SAVATIER, *Observations* a Cass. civ., 14 décembre 1965 e ad App. Paris, 10 mars 1966, in *Sem. jur.*, 1966, II, *Jur.*, 14753; ID., *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, in *Rec. Dalloz*, 1970, *Chron.*, p. 123 ss.; ID., *Observations* a Cass. Belge, II Ch. civ., 23 septembre 1974, in *Sem. jur.*, 1976, II, *Jur.*, 18216; ID., *Observations* a Cass., I Sez. civ., 1 juin 1976 (2 arrêts), *ivi*, 1976, II, *Jur.*, 18483; ID., *Observation* a Cass. crim., 9 juin 1977, *ivi*, 1977, II, *Jur.*, 18839 (ulteriori indicazioni sul pensiero di questo Autore in M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 176 ss.). In argomento, anche F. CHABAS, *Note* a Trib. gr. inst. Montpellier, 21 décembre 1970, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1971, *Jur.*, p. 637 ss.

<sup>429</sup> Cfr., soprattutto, Cass., I Ch. civ., 24 mars 1981, in *Rec. Dalloz Sirey*, 1981, *Jur.*, p. 545 s. Per il successivo, conforme orientamento della Cassazione, cfr. M. FEOLA, *op. ult. cit.*, p. 218 ss.

<sup>430</sup> Ad es., G. DURRY, *La faute du médecin diminuant les «chances de guérison» du malade*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, p. 182 ss.; ID., *La faute du médecin diminuant les «chances de guérison» du malade*, *ivi*, 1969, p. 797 s.; ID., *Faute médicale et perte de chances de survie*, *ivi*, 1972, p. 408 ss.; ID., *La perte de chances de survie imputable au médecin*, *ivi*, 1976, p. 360 ss.

<sup>431</sup> In questi termini, e su entrambi gli aspetti, M. FEOLA, *op. ult. cit.*, pp. 200 ss., 206 ss.

<sup>432</sup> Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, in *Foro it.*, 2001, II, c. 420 ss., con nota di E. NICOSIA.

za del pensiero di F. Stella<sup>433</sup>, ampiamente e testualmente citato nel corso della sentenza, per invertire quella tendenza lassista che, a seguito del caso Melis<sup>434</sup> e della giurisprudenza c.d. del 30%<sup>435</sup>, aveva vulnerato, in sede di giudizio controfattuale, il «principio di legalità e di tipicità delle fonti di responsabilità penale, rischiando, nei casi più macroscopici, di attentare al principio di personalità della responsabilità penale»<sup>436</sup>. Il *revirement* giurisprudenziale, che dopo alterne vicende sfocerà nel celeberrimo caso Franzese deciso delle Sezioni Unite penali, consegue un duplice risultato: da un lato, ristabilire, in sede di processo penale, in ossequio al *favor pro reo*, un giudizio di «alto o elevato grado di credibilità razionale» o «probabilità logica»<sup>437</sup>, sulla base di una prova fornita «al di là di ogni ragionevole dubbio»<sup>438</sup>; dall'altro, sulla scia dell'esperienza francese, determinare la divaricazione<sup>439</sup> della giurisprudenza civile da quella penale in materia di prova della causalità, confermata dalla ricezione della figura del danno da perdita di *chances* (non soltanto di guarigione o di sopravvivenza<sup>440</sup>, ma anche di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente<sup>441</sup>) e dal celeberrimo *dictum* delle Sezioni Unite che introduce, in sede civile, il diverso principio del «più probabile che non»<sup>442</sup>.

Così, la responsabilità da contatto sociale del medico dipendente da una struttura pubblica o privata trova la sua ragione non tanto nel prestigio del modello tedesco (della teoria dell'obbligazione senza obbligo primario di prestazione) e di quella dottrina che, in Italia, più di ogni altra ha contribuito alla sua diffusione<sup>443</sup>, quanto nell'esigenza pratica di fornire una tutela ben più favorevole per il paziente di quella disposta dall'art. 2043 c.c., che, invece, la riforma legislativa *in itinere* si propone proprio di restaurare.

<sup>433</sup> Cfr., soprattutto, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Milano, 1975, *passim*; ID., voce *Rapporto di causalità*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 1 ss.; ID., *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, p. 157 ss.

<sup>434</sup> Cass. pen., sez. IV, 7 gennaio 1983, in *Foro it.*, 1986, II, c. 351.

<sup>435</sup> Inaugurata da Cass. pen., sez. IV, 17 gennaio 1992, n. 371, in *Resp. civ. prev.*, 1992, p. 361 ss., con nota di G. GIANNINI, secondo la quale «sussiste sempre il rapporto di causalità tra la colposa omissione di diagnosi da parte del medico e la morte del paziente, anche qualora l'esatta e tempestiva opera del sanitario avrebbe potuto evitare l'evento non già con certezza o elevate probabilità, ma solo con probabilità apprezzabili nella misura del trenta per cento».

<sup>436</sup> Cass. pen., sez. IV, 28 settembre 2000, cit., c. 429.

<sup>437</sup> Cass., sez. un. pen., 10 luglio 2002, in *Foro it.*, 2002, II, c. 623, con nota di O. DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni unite*, la quale, però, sembra seguire Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 2002, *ivi*, 2002, II, c. 420 ss., con il commento di G. FIANDACA.

<sup>438</sup> L'espressione compare già in Cass. pen., IV Sez., 25 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, II, c. 295, e in Cass. pen., sez. IV, 23 gennaio 2002, cit., c. 429.

<sup>439</sup> In questi termini già M. FEOLA, *Il danno da perdita di chances*, cit., p. 276 ss.

<sup>440</sup> Cass., sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e resp.*, 2005, p. 45 ss., con il commento di M. FEOLA.

<sup>441</sup> Cass., sez. III, 18 settembre 2008, n. 23846, in *Diritto e giur.*, 2008, p. 581 ss., anche in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, p. 293 ss., con il commento di M. FEOLA.

<sup>442</sup> Così Cass., sez. un. civ., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Altalex*, n. 2253 del 13 settembre 2008, p. 12 ss., che, però, non accoglie integralmente la tesi proposta da Cass., sez. III, 16 ottobre 2007, n. 21619, in *Corriere giur.*, 2008, p. 35 ss., con nota di M. BONA, *Causalità civile: il decalogo della Cassazione a due dimensioni di analisi*.

<sup>443</sup> C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 191 ss.

Ciò non significa, però, che la giurisprudenza, nell'effettuare le sue scelte teleologiche, si ispiri sempre alla soluzione più razionale o a quella maggiormente vantaggiosa per la vittima. In Italia, ad es., una contestata soluzione antitetica è stata disposta per il danno patrimoniale e per quello non patrimoniale, malgrado il legislatore non abbia posto tale partizione alla base del nostro sistema di responsabilità civile, fungendo la sola ingiustizia del danno (e non la sua patrimonialità) da modello di selezione del danno risarcibile (sia esso patrimoniale o non patrimoniale)<sup>444</sup>. Se in tema di danno patrimoniale le Sezioni Unite hanno riconosciuto, anche grazie all'*auctoritas* di Stefano Rodotà<sup>445</sup>, la struttura di clausola generale alla norma primaria di cui all'art. 2043 c.c. in un sistema caratterizzato dall'atipicità dell'illecito<sup>446</sup>; altrettanto non è accaduto in tema di danno non patrimoniale. L'estensione dell'area dei danni risarcibili oltre i limiti indicati dagli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., sulla base di una «disinvolta "rilettura costituzionalmente orientata"»<sup>447</sup> di tale disciplina, ha avuto l'effetto di stravolgere il nostro sistema di responsabilità delittuale, ingenerando un'indebita confusione tra il danno non patrimoniale che consegue alla commissione di un fatto di reato e tra quello che è l'effetto della violazione di un preteso "diritto inviolabile" della persona, rilevante soltanto per il diritto civile. Confusione che oggi involge le stesse funzioni della responsabilità delittuale e che ha indotto improvvidamente a dubitare che la stessa riparazione del danno (patrimoniale o non patrimoniale) "da reato" possa assolvere all'originaria funzione sanzionatoria e/o satisfattiva che il nostro legislatore esplicitamente volle consegnare all'art. 185 c.p.<sup>448</sup>.

Argomentazione giuridiche trite e assai poco convincenti sono state richiamate, poi, dalle Sezioni Unite per negare la risarcibilità del danno da perdita della vita<sup>449</sup>. La Suprema Corte, invece di approfondire, seppur criticamente, le argomentazioni che la dottrina e la stessa Cassazione avevano posto alla base del *revirement*, ha preferito reiterare le motivazioni di un vetusto orientamento<sup>450</sup> che tutela essenzialmente

<sup>444</sup> Per l'argomentazione di tale assunto sia consentito rinviare ad A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 220 ss.; ID., *Morte e resurrezione di una teoria generale e monocentrica della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 615 ss.; ID., in A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO e M. FEOLA, *Il danno ingiusto non patrimoniale*, *ivi*, 2007, p. 464 ss.

<sup>445</sup> *Il problema della responsabilità civile*, cit., p. 107 ss., p. 112 ss., p. 183 ss. e p. 199 ss.

<sup>446</sup> Il riferimento è alla celeberrima sentenza della Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2270 ss.

<sup>447</sup> Così, autorevolmente, F.D. BUSNELLI, *La "dottrina delle Corti" e il risarcimento del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 470, malgrado l'ipotesi interpretativa seguita dalla giurisprudenza si ispiri alle pagine di E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996, p. 320 ss. Il *revirement*, introdotto da Cass., sez. III, 31 maggio 2003, nn. 8828 e 8827, in *Danno e resp.*, 2003, p. 816 ss., p. 819 ss., nonché da Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, in *Danno e resp.*, 2003, p. 939 ss., è stato completato da Cass., sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975, *ivi*, 2009, p. 19 ss.

<sup>448</sup> Così, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno ingiusto*, Parte II, cit., p. 249 ss.; ID., *Il danno ingiusto non patrimoniale*, cit., p. 466 ss.; F.D. BUSNELLI, *op. ult. cit.*, p. 470 s.

<sup>449</sup> Cfr., infatti, Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889 ss., che controverte il *revirement* effettuato da Cass., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, in *Danno e resp.*, 2014, p. 385 ss.; sul quale A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno da perdita della vita*, cit., p. 686 ss.

<sup>450</sup> Tale orientamento, inaugurato dalle Sezioni unite nel lontano 1925 (sent. n. 3475, in *Foro it.*, 1926, I, c. 328), secondo il quale non era risarcibile il c.d. decesso immediato, «non essendo sorto nel patrimo-

gli interessi del sistema assicurativo e del suo maggior lucro d'impresa, affermando, assai discutibilmente, che «non appare imposta da alcuna norma o principio costituzionale un obbligo del legislatore di prevedere che la tutela penale sia necessariamente accompagnata da forme di risarcimento che prevedano la riparazione per equivalente di ogni perdita derivante da reato»<sup>451</sup>. Ma le Sezioni Unite hanno dimenticato l'art. 185 c.p. il quale dispone, invece, che «Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, *obbliga* al risarcimento il colpevole», e anche il giudice, in quanto «soggetto soltanto alla legge» (art. 101 Cost.). In assenza di ogni altra argomentazione giuridica, l'intero ragionamento motivazionale della sentenza ruota attorno alla grottesca ed irridente citazione dell'«argomento epicureo» (a proposito di citazioni esplicite nei diritti del silenzio!), secondo il quale «il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci»<sup>452</sup>. Per le Sezioni Unite, quindi, la morte non può essere un danno risarcibile e la vita non è un interesse protetto dal nostro diritto civile! *Mors omnia solvit*. Con buona pace per ogni altra considerazione giuridica. *Amen!*

Le velleità contro-riformiste delle Sezioni Unite in tema di responsabilità civile hanno riguardato anche il tema del danno da «nascita malformata»<sup>453</sup>. Tuttavia, piuttosto che sottolineare, qui, i molteplici aspetti critici anche di questa decisione, val la pena rimarcare come essa dimostri che l'impatto della dottrina sulle Corti di vertice non avvenga quasi mai in maniera uniforme, ma favorisca, anzi, differenti soluzioni tra i diversi collegi della Cassazione, all'interno o all'esterno della medesima Sezione. Qui può essere utile richiamare quella distinzione, proposta da Denis Mazeaud nella sua splendida relazione napoletana<sup>454</sup>, tra una *doctrine savante* e una *doctrine militante* (emblematici, in proposito, gli indirizzi esistenzialisti e, soprattutto, anti-esistenzialisti, che hanno caratterizzato il dibattito in Italia negli ultimi anni), la quale ha per unico scopo l'indurre la Suprema Corte ad assumere una certa soluzione allo scopo di tutelare uno specifico, determinato interesse. In questi casi l'intervento restauratore delle Sezioni Unite appare ispirato non ad astratte esigenze di certezza del diritto, che sarebbero comunque garantite anche dall'affermazione del nuovo indirizzo, bensì alla volontà di ristabilire la regola originaria al fine di continuare a tutelare quel medesimo interesse.

Questi esempi hanno cercato di illustrare le dinamiche circolatorie tra dottrina e

---

nio del defunto un diritto di risarcimento relativo al danno alla salute», è pervenuto, pur tra mille critiche, fino ai giorni nostri.

<sup>451</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., p. 893.

<sup>452</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, cit., p. 892.

<sup>453</sup> Riafferma la regola secondo la quale, nel caso di negligenza medica riguardante la violazione degli obblighi d'informazione nei riguardi della gestante, il nato con disabilità non è legittimato ad agire per il danno da «vita ingiusta», poiché l'ordinamento ignora il diritto «a non nascere se non sano», Cass., Sez. Un. civ., 2 dicembre 2015, n. 25767, ribaltando la decisione assunta da Cass., Sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 175 ss.

<sup>454</sup> D. MAZEAUD, *Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations*, in questo volume, p. 192 ss.

giurisprudenza, pur nella consapevolezza delle difficoltà, ma anche del fascino, di una ricerca condotta su paesi che non professano la citazione esplicita (Epicuro a parte!), ma nei quali è risultato evidente come i giudici, pur senza rivelare la fonte bibliografica, fondino la loro decisione sulle diverse posizioni della dottrina. La giurisprudenza di legittimità, più che essere influenzata dal prestigio di un certo Autore, dal “rigore” delle sue argomentazioni e costruzioni sistematiche, spesso sembra recepire (pur sempre da una dottrina, sovente *militante*) quegli orientamenti che, nel caso concreto, sono funzionali a realizzare un proprio ed autonomo disegno di politica del diritto. Allora lo stesso discorso giuridico sulle obbligazioni, sui contratti, sui modelli di responsabilità e, più in generale, sugli istituti del diritto civile trascende il piano della pura dogmatica e risulta comprensibile soltanto sulla base delle scelte di *policy* effettuate dalle Corti in ordine al concreto assetto degli interessi divisi, sulla base delle peculiari caratteristiche sistemiche che sono proprie di ciascun diritto.



# La formazione del precedente nella giurisprudenza e l'apporto della dottrina\*



Giovanni Amoroso

SOMMARIO: 1. Principio di diritto e norma di legge. – 2. Il vincolo interpretativo per il giudice di rinvio. – 3. L'eguaglianza davanti alla legge e l'“unità del diritto oggettivo nazionale”. – 4. La forma “debole” della regola dello “*stare decisis*”. – 5. In particolare il vincolo negativo del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite. – 6. L'apporto della dottrina.

## 1. Principio di diritto e norma di legge

Nel nostro ordinamento giuridico l'esercizio della giurisdizione mediante provvedimenti giudiziari, che affermano “principi di diritto”, non si inserisce nel sistema delle fonti del diritto, ma partecipa al processo di interpretazione delle norme di legge.

Pur non essendo presente nella Costituzione una disposizione sulle fonti del diritto analoga a quella dell'art. 1 disp. prel. c.c., che le cataloghi elencandole, non di meno il sistema delle fonti del diritto può considerarsi “chiuso” a livello primario, perché tipizzato nelle norme della Costituzione che prevedono e disciplinano gli atti normativi primari, quali la legge, il decreto legge, il decreto legislativo, il referendum; è invece “aperto” a livello subprimario (nel quale si rinviene essenzialmente la normativa regolamentare), che è legittimato da quello primario senza essere rigidamente tipizzato.

Le pronunce della giurisprudenza in generale non si collocano certamente a livello primario, perché la Costituzione (art. 136, primo comma, Cost.) autorizza solo le sentenze della Corte costituzionale ad incidere sul sistema normativo nell'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale. Peraltro queste ultime, una volta ammesse le pronunce di incostituzionalità di tipo additivo o manipolativo, possono, oltre che caducare una disposizione di legge, anche modificarla aggiungendo al testo un completamento della norma (incostituzionale nella parte in cui non prevede ...) o sostituendo in tutto o in parte la disposizione censurata (incostituzionale nella parte in cui prevede ..., anziché ...). Ma le pronunce della giurisprudenza comune non si collocano neppure a livello subprimario, salvo che le pronunce del giudice amministrativo nell'eser-

---

\* Relazione presentata in occasione del primo colloquio italo-marocchino sul tema «La dottrina giuridica nella giurisprudenza delle Alte Corti» tenutosi a Rabat (Marocco) il 17 e 18 dicembre 2015.

cizio del sindacato di legittimità sugli atti di normazione subprimaria, pronunce che, in caso di annullamento, hanno efficacia *erga omnes*.

Ma, in disparte il sindacato sugli atti di normazione primaria (della Corte costituzionale) e subprimaria (del giudice amministrativo), la giurisprudenza comune con le sue pronunce non tocca il sistema normativo nella sua formulazione testuale; non crea norme di legge, ma “principi di diritto”. La giurisprudenza comune non altera la norma interpretata; la lascia invariata e quindi suscettibile di una continua opera di interpretazione.

Il “principio di diritto” non è pertanto la codificazione di una norma di dettaglio a corredo della norma interpretata, ma è la generalizzazione dell’interpretazione ed applicazione della norma ad una fattispecie concreta. La regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta è sussunta come “principio di diritto” suscettibile di costituire la regola di giudizio per la decisione di altre fattispecie uguali o analoghe. Se ad es. si considera il fenomeno del venir meno di una norma di legge per essere stata espunta dal sistema normativo, può aversi rispettivamente abrogazione della stessa, quale espressione di attività di normazione positiva; ovvero caducazione per incostituzionalità, quale espressione del sindacato sulle leggi; ovvero ancora abrogazione per incompatibilità, in ragione di un’attività interpretativa della giurisprudenza che riconosce l’insuperabile antinomia con una norma successiva. Vi è però un dato comunque che emerge dalla comparazione: la disposizione è venuta meno e non appartiene più al sistema normativo vigente.

Questa contiguità è accentuata dalla circostanza che i “principi di diritto”, come le norme di legge, sono formulati in termini generali ed astratti e quindi sono parimenti idonei a regolare la fattispecie concreta. Anzi i principi di diritto sono sempre generali ed astratti perché derivano già da una fattispecie concreta; mentre le norme di legge sono di regola generali ed astratte, ma possono anche riguardare solo una singola fattispecie (come nel caso delle leggi provvedimento).

Non di meno i “principi di diritto” non sono norme di legge. Può ricordarsi in proposito che in passato si è anche verificato, in un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che un giudice rimettente censurasse non una norma di diritto, ma un “principio di diritto”, e ponesse quindi la questione di costituzionalità in riferimento a norme «non corrispondenti a specifiche disposizioni di legge e tuttavia rinvenute dalla Corte di cassazione nell’ordinamento»; ossia censurava il principio di diritto che (all’epoca) predicava la perdita della proprietà e l’acquisto di essa in capo alla pubblica amministrazione quale effetto dell’illecito costituito dalla costruzione dell’opera pubblica su suolo altrui senza provvedimento espropriativo. Secondo il giudice rimettente si trattava di un “puro” principio di diritto espressione di una ipotizzata attività maieutica di tipo normativo che egli – seppur in chiave critica – accreditava alla giurisprudenza della Corte di cassazione. La Corte costituzionale però ha considerato che, dal momento che il giudice rimettente aveva censurato un “principio di diritto” e non già una norma di legge, la questione di costituzionalità era, in questa parte, priva di oggetto (e pertanto inammissibile) perché l’art. 23, legge 11 marzo 1953, n. 87 (sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) prescrive che il giudice *a quo* indichi «le disposizioni della legge o dell’atto avente forza di legge, dello Stato o della Regione che assuma viziati da illegittimità costituzionale» (C. cost. n. 188/1995).

In sostanza il giudice rimettente avrebbe dovuto percorrere il cammino inverso della giurisprudenza comune: risalire dal “principio di diritto”, che assumeva essere contrastante con parametri costituzionali, alla norma di diritto, oggetto dell’attività interpretativa, ed investire quest’ultima della censura di incostituzionalità.

I “principi di diritto”, proprio in quanto esterni al sistema delle fonti del diritto, non sono vincolanti. Ciò si desume in modo inequivocabile dal precetto costituzionale recato dall’art. 101, secondo comma, Cost.: i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Non c’è una gerarchia delle pronunce le quali fanno tutte riferimento alla legge (intesa come norma appartenente al sistema delle fonti del diritto) e quindi sono equiorinate.

Il principio dello *stare decisis* (o del *binding precedent*) tipico degli ordinamenti di *common law*, nella misura in cui predica l’efficacia vincolante del precedente sulla base di una differenziazione gerarchica delle pronunce dei giudici, trova una preclusione nel suddetto parametro costituzionale.

Il principio di diritto ha invece una valenza persuasiva, in ragione dell’impianto argomentativo che lo sorregge, e non già vincolante. E giuoca un ruolo specifico ed autonomo nel processo decisionale e motivazionale del giudice affiancandosi alla tecnica argomentativa di concatenazioni logiche discendenti (secondo un modello sillogistico-deduttivo) o ascendenti (secondo un modello dogmatico-sistematico). Il riferimento al precedente consente un percorso argomentativo orizzontale che non è né deduttivo, né sistematico, ma di mero rinvio. Il giudice indica il luogo – il precedente – in cui sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del “principio di diritto” assunto come regola di giudizio della fattispecie.

## 2. Il vincolo interpretativo per il giudice di rinvio

C’è non di meno nel sistema processuale una fattispecie di vero e proprio vincolo interpretativo per il giudice: quello che ha il giudice di rinvio dopo la pronuncia di cassazione (*ex art. 384, secondo comma, c.p.c. e art. 627, terzo comma, c.p.p.*); ma è interno al processo e consegue ad un suo sviluppo particolare caratterizzato dal perfezionarsi, in momenti distinti, della fissazione della regola di giudizio e della sua applicazione alla fattispecie concreta. Questo scarto diacronico crea una preclusione processuale: la regola di giudizio, pervenuta nella dialettica processuale attraverso i vari gradi del giudizio, all’enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione non può più essere posta in discussione non già in ragione di un’applicazione fuori sistema del principio dello *stare decisis*, ma perché le parti ne hanno già discusso nel processo fino a quando e nei limiti in cui le regole del processo lo consentono.

Ed infatti se si considera non già il principio di diritto in sé, ma la sua conformità a Costituzione, la regola del processo è diversa (perché è quella dell’art. 23, legge n. 87/1953 come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale): le parti ne possono ancora discutere pur dopo la pronuncia di cassazione con rinvio ed il giudice di rinvio può sollevare l’incidente di costituzionalità. La possibile frizione che si determina tra un “principio di diritto” che vincola il giudice di rinvio e la sua eventuale non

conformità a Costituzione sfocia in una pronuncia d'incostituzionalità anche quando in ipotesi il diritto vivente sia diversamente orientato (sent. n. 78 del 2007).

Questo vincolo interpretativo ha superato il vaglio di costituzionalità. Mette conto ricordare che fin da epoca ormai risalente la Corte costituzionale (sent. n. 50/1970) – con riferimento al vincolo del principio di diritto per il giudice di rinvio *ex art. 384 c.p.c.* – ha affermato che «la Costituzione, legando il giudice alla legge, vuole assoggettarlo, non solo al vincolo di una norma che specificatamente contempra la fattispecie da decidere, ma altresì alle valutazioni che la legge dà dei rapporti, degli atti e dei fatti, e al rispetto degli effetti che ne desume; in tal caso, è sempre alla legge che il giudice si collega quando armonizza la sua decisione alle dette valutazioni». Ed ha aggiunto che «il vincolo che la sentenza di cassazione determina per il giudice di rinvio consegue perciò al fatto che la legge ha ritenuto conclusa una fase del processo e immutabilmente fissato il punto di diritto deciso, con effetto limitato alla causa». In senso conforme la stessa Corte (ord. n. 501/2000) si è pronunciata successivamente con riferimento all'art. 627, terzo comma, c.p.p. ed al vincolo per il giudice di rinvio derivante dal principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza di annullamento nel processo penale.

### 3. L'eguaglianza davanti alla legge e l'“unità del diritto oggettivo nazionale”

A fronte della non vincolatività dei principi di diritto, che discende dalla citata norma costituzionale, si pone – in bilanciamento se non proprio in contrapposizione – un'altra esigenza che pure ha rilievo costituzionale, quella della certezza del diritto quale proiezione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.: «Tutti i cittadini [...] sono uguali davanti alla legge [...]»).

I principi di diritto, pur formalmente esterni al sistema normativo non appartenendo alle fonti del diritto, tuttavia sono in concreto idonei a completare la fattispecie normativa, a disegnarne meglio i contorni, e talvolta – come nel caso delle c.d. clausole generali – a riempirla di contenuto.

La “legge” davanti alla quale i cittadini sono eguali si atteggia quindi come un plesso di norme di legge e di principi di diritto: le une e gli altri sono idonei a fornire al giudice la regola di giudizio per decidere il caso portato alla sua cognizione.

Un'accentuata mutevolezza o relativizzazione dei principi di diritto, seppur rispettosa del principio di cui all'art. 101, secondo comma, Cost., indurrebbe in sofferenza il principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), con il quale mal si concilia l'evenienza che due fattispecie analoghe siano decise in termini diversi.

Pur in un sistema in cui non opera il principio dello *stare decisis*, non di meno la circostanza che un principio di diritto risulti nel tempo fissato in una massima di diritto vivente non è senza effetti.

Un indirizzo costante e ripetuto negli anni comporta la formazione di una situazione qualificata come di “diritto vivente”, che esprime la norma di legge contestualizzata dai principi di diritto che ad essa afferiscono; situazione questa che crea affidamento nella stabilità del quadro normativo e nella certezza dei rapporti giuridici.

Sul piano generale dei principi regolatori dell'ordinamento, la tendenziale fedeltà

ai precedenti giurisprudenziali che per la loro costante riaffermazione formano il “diritto vivente” rappresenta una proiezione del principio di eguaglianza e di certezza dei rapporti giuridici. Al contrario la mutevolezza ed imprevedibilità della giurisprudenza creano situazioni di diseguaglianza e ingenerano incertezza nei rapporti giuridici.

Nel nostro ordinamento giuridico, caratterizzato dalla complessità dell'insieme delle norme che lo compongono, l'attività interpretativa della giurisprudenza svolge una funzione di completamento delle norme stesse che, pur nella dialettica delle possibili diverse soluzioni interpretative, confluisce alla fine a realizzare ciò che l'art. 65, ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) definisce come «uniforme interpretazione della legge» e «unità del diritto oggettivo nazionale». Tale è il diritto vivente; categoria questa che è da tempo ben nota sul piano del giudizio di costituzionalità: la Corte costituzionale, cui si deve la teorizzazione della dottrina del diritto vivente, tende a dichiarare inammissibili o manifestamente inammissibili le questioni sollevate dal giudice rimettente su un presupposto interpretativo contrastante con il diritto vivente. In sostanza, come è priva di oggetto la questione di costituzionalità posta su un principio di diritto piuttosto che su una norma di legge, parimenti è priva di oggetto la questione posta su una norma di legge interpretata in modo difforme dal diritto vivente.

Alla produzione di quest'ultimo è deputata specificamente la Corte di Cassazione che, da un lato, nel curare l'«esatta osservanza» della legge e nello svolgere quindi il sindacato di legittimità, opera sulla fattispecie concreta, ad iniziativa delle parti, e decide la causa (*ius litigatoris*); dall'altro lato, proprio mentre cura l'osservanza della legge nei singoli casi concreti, può contestualmente produrre principi di diritto per la fattispecie astratta al fine di assicurare «l'uniforme interpretazione della legge» e «l'unità del diritto nazionale», così assolvendo alla funzione di nomofilachia (*ius constitutionis*).

Funzione questa che da tempo è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale che ha più volte affermato che è alla Corte di Cassazione che «compete il magistero della nomofilachia» (*ex plurimis*, sent. n. 204/1982; più recentemente v. sent. n. 210/2013 che si riferisce alla Corte di Cassazione come «massimo organo di nomofilachia»). Un rafforzamento di questa funzione nomofilattica rappresenta sul piano dei principi costituzionali da una parte una più piena realizzazione del principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.) e d'altra parte indirettamente favorisce anche la ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) perché è proprio la certezza del diritto e l'affidamento sulla tendenziale stabilità dei principi di diritto a rappresentare un forte argine deflattivo del contenzioso.

In sintesi il principio che il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.) è necessariamente bilanciato dal principio di eguaglianza, che vuole tutti uguali davanti alla legge (art. 3, primo comma, Cost.), coniugato con il principio dell'«unità del diritto oggettivo nazionale» (art. 65 ord. giud.).

Ciò ha dato ingresso – sul piano della legittimità costituzionale – a misure processuali che favoriscono l'«uniforme interpretazione della legge», una sorta di principio debole dello *stare decisis*.

La normativa processuale più recente del giudizio civile di cassazione ha segnatamente messo in campo strumenti diretti appunto a rafforzare l'«uniforme interpretazione della legge».

In particolare l'art. 1, secondo comma, legge 14 maggio 2005, n. 80, nel delegare il Governo ad adottare un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile, ha espressamente previsto come principio e criterio direttivo quello di disciplinare il processo di cassazione "in funzione nomofilattica"; tale è stata la riforma recata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

#### 4. La forma "debole" della regola dello "*stare decisis*"

Dal bilanciamento di queste due esigenze contrapposte (assoggettamento del giudice solo alla legge e principio di eguaglianza coniugato al principio dell'unità del diritto oggettivo nazionale) emerge dunque una forma "debole" del principio dello *stare decisis* al quale si è conformato il processo civile di cassazione dopo le riforme del 2006 (d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) e del 2009 (legge 18 giugno 2009, n. 69), alle quali si è aggiunto l'ultimo intervento legislativo in materia (art. 54, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in legge 7 agosto 2012, n. 134).

Il ruolo della Corte di cassazione nella sua funzione nomofilattica ha avuto nuovo impulso a seguito di questa riforma, che ha introdotto significative novità nel processo civile ed in particolare ha posto due norme specificamente dirette nel senso di perseguire l'obiettivo della tendenziale unificazione della giurisprudenza (l'art. 374 da un lato e l'art. 420-*bis* dall'altro) ed altre norme (l'art. 363, l'art. 384, l'art. 360-*bis*) parimenti orientate.

Le prime due disposizioni (art. 374 e art. 420-*bis*) afferiscono direttamente all'attività interpretativa del giudice, rispettivamente della sezione semplice della Corte di Cassazione rispetto a quella delle sezioni unite e dei giudici di merito rispetto a quella della Corte di Cassazione. Come si vedrà non si tratta di un vincolo interpretativo, ma comunque c'è un vincolo processuale che tocca l'attività interpretativa.

Altre due disposizioni (art. 384 e art. 363) riguardano – in chiave incentivante – la produzione di principi di diritto ad opera della Corte di Cassazione.

Un'ulteriore disposizione (art. 360-*bis*) assegna un particolare rilievo – in termini di ammissibilità del ricorso (il c.d. "filtro") – ai principi di diritto affermati dalla Corte di Cassazione.

Nel loro insieme queste disposizioni realizzano appunto una forma "debole" del principio dello *stare decisis* – "debole" nel senso che non si arriva ad un vero e proprio sistema di *binding precedent* – ma in tal modo il nostro ordinamento si avvicina a quelli di *common law* perché comunque il precedente, pur sempre non vincolante, viene presidiato con misure processuali – di cui si viene ora a dire per cenni – dirette a favorire l'attività nomofilattica della Corte di Cassazione.

#### 5. In particolare il vincolo negativo del principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite

Il terzo comma dell'art. 374 – che costituisce una delle novità di maggior rilievo della novella del 2006 – prevede che se la sezione semplice ritiene di non condividere

il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. In tal modo si crea una sorta di vincolo negativo, una forma debole della regola dello “*stare decisis*”, regola che, nella sua portata assoluta, non è rinvenibile nel nostro ordinamento, in cui il precedente giurisprudenziale ha una valenza meramente persuasiva.

La novità di tale prescrizione emerge ancor più se la si compara con la parallela previsione dettata dal codice di procedura penale il cui art. 618 contempla che se una sezione della corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo, o può dar luogo, a un contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o di ufficio, *può* con ordinanza rimettere il ricorso alle sezioni unite. Si tratta quindi in tal caso di una facoltà, mentre nel processo civile la disposizione in commento pone un obbligo per la sezione semplice.

C'è nel terzo comma dell'art. 374 un meccanismo processuale, che, per come è costruito, finisce comunque per implicare per la sezione semplice un vincolo meramente negativo a non adottare l'interpretazione di una norma contrastante con quella già espressa dalle sezioni unite e non già di un vincolo positivo ad adottare proprio quell'interpretazione coonestata dalle sezioni unite.

La sezione semplice, ove non condivida il principio affermato dalle sezioni unite, non è affatto tenuta ad interpretare la legge secondo il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, che non condivide; né anzi potrebbe motivare una pronuncia applicativa di tale principio di diritto (non già con l'adesione, bensì) con la mera allegazione della dovuta ottemperanza al vincolo interpretativo, in quanto questo, come tale, in realtà non sussiste. Ma la sezione semplice, se giunge ad un convincimento diverso ed opposto rispetto a quello contenuto nel principio di diritto delle sezioni unite, non può fare altro che rimettere la causa a queste ultime sollecitandole ad una rivisitazione della questione e ad una possibile inversione di giurisprudenza, così invocando, con ordinanza motivata, il *revirement* del principio di diritto non condiviso. In ciò consiste il vincolo negativo: non già obbligo di adottare l'interpretazione accolta dalle sezioni unite, bensì divieto di adottare una pronuncia con quest'ultima contrastante e contestuale obbligo di investire le sezioni unite, con un'ordinanza interlocutoria che ha il contenuto di una *dissenting opinion* in funzione di *anticipatory overruling*, affinché siano queste a rimuovere il precedente che tale vincolo crea (per una ordinanza di tal genere v. Cass., ord., 11 giugno 2010, n. 14072, seguita da Cass., sez. un., 28 maggio 2014, n. 11907). Sicché può dirsi che la disposizione in commento in realtà interviene a regolare la competenza dell'*overruling* del precedente, quando enunciato dalle sezioni unite, assegnandola in via esclusiva alle stesse.

C'è innanzi tutto da considerare che il vincolo non ha una rilevanza processuale nel regime delle impugnazioni, nel senso che la sua violazione non è rimediabile con uno strumento impugnatorio ordinario o straordinario, quale sarebbe in ipotesi la revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione (art. 391-*bis* c.p.c.) i cui presupposti rimangono invariati anche dopo il d.lgs. n. 40/2006. Non c'è infatti alcun errore di fatto revocatorio, ma solo un errore di diritto.

Né, in caso di cassazione con rinvio, il giudice del rinvio può sentirsi sciolto dal vincolo che gli deriva dall'art. 384 c.p.c. per prestare adesione invece al principio affermato dalle sezioni unite; vincolo che opera per la stessa Corte di Cassazione, che

sia nuovamente investita del ricorso avverso la sentenza pronunciata dal giudice di rinvio.

In disparte la dubbia ipotizzabilità di un illecito disciplinare, comunque il fatto che non ci sia una sanzione processuale nel regime delle impugnazioni e che sia difficile configurare una sanzione disciplinare non rende vana la disposizione in commento. Esistono norme processuali ordinarie che, seppur sprovviste di sanzione, devono non di meno essere osservate dal giudice.

Il vincolo negativo per le sezioni semplici riguarda solo la sua espressa e formale enunciazione contenuta nella decisione delle sezioni unite e non anche eventuali altri principi di diritto di cui queste ultime comunque abbiano fatto applicazione, ma che non risultino trasfusi nell'enunciazione – formale ed espressa, appunto – di cui al citato art. 384. Ciò non toglie però che occorre pur sempre considerare la sentenza nel suo insieme per ricavare l'effettivo contenuto del principio di diritto così enunciato.

L'altra conseguenza è che il vincolo negativo riguarda solo le pronunce per le quali operi la prescrizione dell'art. 384, primo comma, novellato, quindi solo le "nuove" pronunce delle sezioni unite emesse nella vigenza della riforma del 2006 (si applica il testo previgente al d.lgs. n. 40/2006 ai ricorsi proposti avverso sentenze ed altri provvedimenti pubblicati prima del 2 marzo 2006).

## 6. L'apporto della dottrina

Se la giurisprudenza produce "principi" di diritto, la dottrina offre l'inquadramento sistematico della materia, in generale, e spesso si confronta con la giurisprudenza in ordine alle singole fattispecie prese in considerazione da pronunce oggetto di commento.

Per dare un'idea della dimensione quantitativa del rapporto giurisprudenza/dottrina possiamo considerare che, stando ai dati del sistema Italgire che contiene (in particolare) la banca dati delle pronunce della Corte di Cassazione nel 2014, si trae che a fronte di 4705 massime di giurisprudenza civile vi sono annotazioni di dottrina che hanno riguardato 417 di tali massime. Nel 2013 a fronte di 4517 massime di giurisprudenza in totale vi sono 750 massime oggetto di commento di dottrina. Nel 2012 il rapporto è 3830/662.

Ciò mostra una presenza assai significativa della dottrina che segue con attenzione gli sviluppi della giurisprudenza.

In questo monitoraggio continuo la dottrina interviene dopo che la giurisprudenza si è formata annotandola criticamente o con adesione.

Ma la dottrina ha anche un suo ruolo proprio nel processo di formazione della giurisprudenza.

Occorre ricordare qui l'art. 118, terzo comma, c.p.c. che, nel disciplinare la motivazione della sentenza, prevede che «in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici». Tale norma ha origini risalenti e rispondeva ad un'esigenza di indipendenza e terzietà del giudice che non doveva essere condizionato da opinioni di giureconsulti.

Quindi nelle pronunce giudiziarie sono sempre omessi i nomi dei autori giuridici; non di meno la dottrina viene citata impersonalmente.

Se consideriamo le pronunce delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione che hanno risolto contrasti di giurisprudenza o questioni di massima di particolare importanza – ossia quelle pronunce che generano il vincolo di cui all'art. 374 c.p.c. – possiamo registrare che all'incirca in una pronuncia su tre è citata la dottrina.

Ma il caso più evidente e significativo di quest'anno (2015) è quello che ha portato all'esame delle Sezioni Unite un contrasto tra giurisprudenza e dottrina. Come è noto, l'art. 374 c.p.c. prevede che siano assegnati alle Sezioni Unite i ricorsi che pongono questioni sulle quali c'è contrasto di giurisprudenza o questioni di massima di particolare importanza. Non di meno una questione (processuale) è stata avviata alla trattazione a Sezioni Unite pur non essendoci alcun contrasto di giurisprudenza – essendo anzi uniforme e ripetitiva la giurisprudenza sul punto – perché tale orientamento giurisprudenziale era stato commentato criticamente dalla dottrina prevalente. Si tratta della possibilità, o no, di impugnazione con ricorso per cassazione della pronuncia della Corte d'appello che abbia riformato quella di primo grado di diniego della giurisdizione del giudice ordinario con conseguente rinvio al giudice di primo grado. La giurisprudenza ha negato tale ricorribilità in ragione del disposto del terzo comma dell'art. 360 che prevede che non sono immediatamente impugnabili con ricorso per cassazione le sentenze che decidono questioni insorte senza definire, neppure parzialmente, il giudizio. La dottrina prevalente invece ha ritenuto che tale pronuncia sia ricorribile per cassazione perché prevale il disposto dell'art. 353 c.p.c. che prevede che se, contro la sentenza d'appello è proposto ricorso per cassazione, il termine è interrotto. Da ciò può desumersi – secondo la dottrina – la ricorribilità della sentenza che, pronunciandosi solo sulla giurisdizione, abbia rimesso la causa al primo giudice.

Il contrasto tra giurisprudenza e dottrina è stato risolto a favore di quest'ultima da Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25774, che ha affermato che la sentenza, con cui il giudice d'appello riforma o annulla la decisione di primo grado e rimette la causa al giudice di primo grado *ex artt. 353 o 354 c.p.c.*, è immediatamente impugnabile con ricorso per cassazione, trattandosi di sentenza definitiva, che non ricade nel divieto, dettato dall'art. 360, terzo comma, c.p.c., di separata impugnazione in cassazione delle sentenze non definitive su mere questioni, per tali intendendosi solo quelle su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito che non chiudono il processo dinanzi al giudice che le ha pronunciate.

Se poi si scorrono le pronunce delle Sezioni Unite *ex art. 374 c.p.c.* si può verificare quanto sia ricorrente il richiamo della dottrina.

Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 643 – nel pronunciarsi sull'identificazione, o no, di una lite condonabile in quella nata dal ricorso avverso l'avviso di liquidazione d'imposta di registro *ex art. 12, d.l. 14 marzo 1988, n. 70, convertito in legge 13 maggio 1988, n. 154*, che investa anche il provvedimento di classamento, contestualmente comunicato, ma non ritualmente impugnato nei confronti dell'Agenzia del territorio – ha affermato che è costante in dottrina, oltre che in giurisprudenza, l'affermazione secondo cui esulano dal concetto di lite fiscale pendente e sono, quindi, insuscettibili di condono le controversie aventi ad oggetto provvedimenti di mera liquidazione del tributo e non costituenti manifestazione di effettivo esercizio di potere impositivo.

Un confronto serrato con le posizioni della dottrina si rinviene in Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2015, n. 1238, in materia di liticonsorzio e di tutela del terzo *ex art.* 404, primo comma, c.p.c.. In particolare afferma la S.C. che la dottrina ha fatto giustamente osservare che la regola del liticonsorzio funziona come un vero e proprio limite alla libertà di individuare il contenuto soggettivo della domanda giudiziale.

Parimenti Cass. 16 febbraio 2015, n. 3022 – nell'affermare che la responsabilità illimitata del socio illimitatamente responsabile di una società di persone per le obbligazioni sociali trae origine dalla sua qualità di socio e si configura come personale e diretta, anche se con carattere di sussidiarietà in relazione al preventivo obbligo di escussione del patrimonio sociale – ha richiamato la dottrina quanto alla nozione di soggettività sociale nel regime delle società.

Altresì Cass. 6 marzo 2015, n. 4628 – nell'affermare che a stipulazione di un contratto preliminare di preliminare è valido ed efficace ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali, e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare – ha tenuto conto del dibattito dottrinale in tema di contratto preliminare ricordando in particolare che la figura dell'opzione di contratto preliminare è di origine dottrinale.

In breve, sulle questioni più importanti la giurisprudenza si confronta con la dottrina e talvolta è indotta dalla dottrina a mutare il suo orientamento.



# Régards sur l'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en droit des obligations



*Denis Mazeaud*

SOMMAIRE: 1. Introduction. – 2. La doctrine sans influence. – 3. La Cour de cassation sous influence. – 3.1. Coopération officielle. – 3.2. Coopération officieuse.

## 1. Introduction

Dans une vision classique et académique des sources du droit en France, laquelle repose sur une structure pyramidale, la question de l'influence de la doctrine sur la création du droit, fût-il d'origine jurisprudentielle, est quelle que peu saugrenue. En effet, en droit français, on affirme encore souvent que la loi est la source essentielle, sinon exclusive, du droit objectif. En dessous de la loi, on trouve la coutume et la jurisprudence, considérées au-mieux comme des sources subsidiaires, qui permettent de combler les lacunes de la loi et ses imperfections, mais sont dotées d'un statut inférieur, en ce sens que qu'elles ne peuvent lui être contraires ou sont à sa merci. Puis, encore un cran en dessous, on trouve la doctrine et la pratique, lesquelles sont officiellement privées de tout pouvoir créateur<sup>1</sup>.

La doctrine, en particulier, est, dans cette perspective pyramidale et hiérarchique, réduite à un rôle purement marginal. C'est au-mieux, notamment à l'égard de la jurisprudence, une simple force de propositions, une boîte à idées, une source d'inspiration<sup>2</sup>. On a d'ailleurs écrit, en ce sens, que les juges étaient les enfants de la doctrine<sup>3</sup>, parce qu'ils avaient suivi les enseignements de leurs professeurs à l'Université, et qu'ils pouvaient, après leur entrée dans la magistrature, lire leurs écrits et, par conséquent, être soumis à leur influence au moment de rendre leurs décisions.

Mais même réduite à ce rôle de force d'appoint, l'influence de la doctrine sur la

---

<sup>1</sup> En ce sens, DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, Paris, 2015, sp. n. 385; FLOUR, E. SAUVAUX, *Introduction au droit*, Sirey, Paris, 2014, sp. n. 182; GHESTIN, GOUBEAUX, FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, LGDJ, Paris, 1994, sp. n. 574 et 578.

<sup>2</sup> En ce sens, LAROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, Paris, 2004, sp. n. 156.

<sup>3</sup> BREDIN, *Remarques sur la doctrine*, in *Mélanges Hébraud*, 1981, p. 111; GAUTIER, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence*, in *D.*, 2003, p. 2839.

jurisprudence est *a priori* très limitée, du-moins si on en croit certains magistrats, eux-mêmes. Ainsi, le procureur général Touffait écrivait, il y a environ quatre décennies, «Il n'y a que le nom de quelques professeurs qui passent la rampe dans une discussion à la Cour de cassation, qu'on compte sur les doigts d'une seule et même main, et aucun dont l'autorité serait invoquée dans un arrêt»<sup>4</sup>. Pire, toujours pour dénier toute autorité de la doctrine dans la création du droit et ne lui reconnaître aucune influence sur la jurisprudence, il est couramment admis, par les auteurs eux-mêmes, que, même unanime, elle ne peut conduire à la création ou à l'évolution d'une règle jurisprudentielle<sup>5</sup>. Comme quoi, s'ils sont les enfants de la doctrine, les juges ne sont pas des enfants très obéissants ... Autant dire que, dans une vision traditionnelle, on doit considérer que la doctrine n'exerce pas d'influence sur la jurisprudence et qu'il existe donc un profond divorce entre l'École et le Palais.

Pourtant, l'observation attentive du droit positif conduit à porter un regard un peu moins pessimiste sur l'influence de la doctrine.

D'une part, parce que la doctrine ne se contente pas de réfléchir sur droit, elle l'ordonne, l'oriente, elle dégage des principes et les hiérarchise «au sein de constructions juridiques ou de théories générales propres à fournir au droit les armatures dont il a besoin»<sup>6</sup> notamment en qui concerne l'évolution de la jurisprudence en droit des obligations.

D'autre part, à condition d'envisager la création du droit non pas comme le produit d'un système pyramidal et figé, mais comme le fruit d'une coopération entre toutes les forces créatrices qui contribuent à la production des règles et des normes juridiques, il apparaît que, depuis le vingtième siècle, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence est, en droit des obligations, beaucoup moins marginal qu'on le laisse entendre traditionnellement. Et on emboîtera même le pas de nos ancêtres qui affirmaient qu'après le divorce de l'École et du Palais au dix-neuvième siècle, le vingtième siècle a plutôt été celui de leur mariage<sup>7</sup>. Autrement dit, depuis plus d'un siècle, le rôle de la doctrine a été significatif; elle a exercé une influence déterminante sur la jurisprudence de la Cour de cassation en droit des obligations.

Certes, il serait exagéré de prétendre qu'en matière de droit des obligations, la Cour de cassation fait preuve de suivisme et encore moins de soumission à l'égard de la doctrine, pourtant le survol de près d'un siècle de sa jurisprudence révèle que si, parfois encore, la doctrine est effectivement sans influence sur la Cour de cassation (2), dans bien des cas, la Cour de cassation a opéré des évolutions sous l'influence de la doctrine (3).

---

<sup>4</sup> *Conclusions d'un praticien à l'étude comparative des cours judiciaires suprêmes*, in RIDC, 1978, p. 484. *Comp.*, CHARTIER, *Cour de cassation et doctrine*, in *Doctrine et recherche en droit*, PUF, Paris, 1994, p. 109 s.

<sup>5</sup> En ce sens, CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, Paris, 1999, sp. n. 151; CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Paris, 2007, sp. n. 451.

<sup>6</sup> PH. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, Paris, 2015, p. 174. *Adde*, TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2015, sp. n. 200 et s.

<sup>7</sup> H., L., et MAZEAUD, CHABAS, *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, Montchrestien, Paris, 2000, sp. n. 99.

## 2. La doctrine sans influence

On s'arrêtera dans les développements qui vont suivre sur quelques exemples qui illustrent la thèse classique selon laquelle la doctrine ne joue, en matière de source du droit, qu'un rôle marginal, et qui accréditent donc l'idée que la Cour de cassation reste sourde aux propositions qui réclament, parfois à cors et à cris, une évolution de sa jurisprudence.

Pour accréditer l'idée selon laquelle une doctrine même quasi-unanime n'exerce pas d'influence sur la Cour de cassation qui refuse de modifier sa jurisprudence, j'évoquerai la question de la sanction de la rétractation par le promettant de l'engagement qu'il a souscrit en concluant une promesse unilatérale de contrat. Dans un arrêt de 1993<sup>8</sup>, la Cour de cassation a décidé que, dans un tel cas de figure, la seule sanction qui pouvait être prononcée à l'encontre du promettant fautif consistait dans des dommages-intérêts. En revanche, la formation forcée du contrat promis ne pouvait pas être prononcée par le juge. La très grande majorité des auteurs, mais pas l'unanimité, ont critiqué cette décision qui porte atteinte au principe de la force obligatoire du contrat et, surtout, qui prive d'intérêt ce contrat préparatoire, lequel, en principe, subordonne la formation du contrat promis à la seule manifestation du consentement du bénéficiaire de la promesse. Or, avec cet arrêt, la formation du contrat promis dépend non seulement du consentement du bénéficiaire mais aussi du maintien par le promettant de son engagement contractuel. Malgré ces critiques doctrinales, nombreuses et virulentes, la Cour de cassation a maintenu le cap et elle a maintenu sa jurisprudence dans tous les arrêts qu'elle a rendus sur ce point précis au cours de ce dernier quart de siècle.

On retiendra quand même que cette charge doctrinale, si elle a laissé la Cour de cassation de marbre, a convaincu les auteurs de la réforme du droit des contrats, dont une des dispositions énonce que la rétractation de son engagement par le promettant, pendant le délai d'option, ne peut pas empêcher la formation du contrat.

Deuxième illustration de l'absence d'influence de la doctrine sur la Cour de cassation en matière de droit des obligations, la notion de responsabilité contractuelle dont une doctrine emblématique, emmenée par MM. Le Tourneau et Rémy, conteste l'existence même. Pour ces auteurs, comme pour ceux qui leur ont emboîté le pas, à l'encontre de la responsabilité extra-contractuelle dont l'objet est de réparer le préjudice subi par la victime, la mal nommée «responsabilité contractuelle» a pour unique objet de fournir au créancier l'équivalent de l'avantage escompté du contrat inexécuté sous forme de dommages-intérêts, sans qu'il s'agisse de près ou de loin, de compenser un préjudice; elle se résout par le paiement de l'obligation contractuelle inexécutée par équivalent. Par conséquent, ces auteurs soutiennent que la mise en jeu de cette responsabilité ne suppose pas la preuve d'un préjudice subi par le créancier, que la responsabilité extra-contractuelle devrait être dotée d'une compétence exclusive en matière de réparation des préjudices corporels, fussent-ils subis en raison de

---

<sup>8</sup> Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 15 déc. 1993; *D.* 1994, 507, note Bénac-Schmidt; *D.* 1995, somm. comm., 230, obs. Aynés; *Defrénois*, 1994, 795, obs. Delebecque; *JCP* 1995.II.22366, obs. Mazeaud; *RTDciv.* 1994, 588, obs. J. Mestre.

l'inexécution d'un contrat, et, par conséquent, que les obligations contractuelles de sécurité, que la jurisprudence a découvertes dans un grand nombre de contrats spéciaux, devraient être supprimées.

Une fois encore, la Cour de cassation n'a pas succombé à cette remarquable et remarquable proposition doctrinale et, notamment, les préjudices corporels survenus en raison d'un manquement contractuel survenu lors de l'exécution d'un contrat, demeurent dans le giron de la «responsabilité» contractuelle.

Dernière illustration de l'absence d'influence de la doctrine sur la jurisprudence de la Cour de cassation, les propositions des partisans du solidarisme contractuel en matière de rupture des contrats de distribution et d'imprévision. Ceux-ci proposaient d'aménager la rupture des contrats de concession et de franchise, soit en imposant une obligation de motivation au concessionnaire ou au franchisé qui entend rompre le contrat, fût-il à durée indéterminée, soit en dotant ces contrats de distribution du statut de contrat d'intérêt commun, pour que les concessionnaires et les franchisés obtiennent des dommages-intérêts en cas de rupture, soit en faisant peser sur le concessionnaire ou le franchiseur une obligation post-contractuelle d'aide et d'assistance au profit de son cocontractant après la rupture. Toutes ces propositions ont été balayées d'un revers de la main par la Cour de cassation qui s'en est strictement tenu, faisant fi de la particularité des contrats de distribution, à la liberté de rompre de la contrat à durée indéterminée et de ne pas renouveler le contrat à durée déterminée.

Quant à l'imprévision, la Cour de cassation n'a pas succombé non plus aux suggestions des solidaristes qui tendaient, en se fondant notamment sur le devoir de loyauté, d'accorder au juge le pouvoir de réviser les contrats devenus excessivement déséquilibrés en raison d'un changement de circonstances imprévisible lors de leur conclusion et survenu au cours de leur exécution. La loi contractuelle est une loi d'airain comme l'avait affirmé la Cour de cassation dès 1876, et le juge ne peut pas l'assouplir, au nom de l'équité, même si cette loi se révèle excessivement injuste pour un des contractants.

Dans le projet de réforme du droit des contrats, le traitement de l'imprévision est appréhendé avec plus de souplesse, puisque même si au jour où nous écrivons ces lignes, un certain flou subsiste encore, le juge pourra, en cas d'échec de la renégociation du contrat, résilier, voire réviser, le contrat devenu excessivement déséquilibré à la suite d'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, survenu lors de l'exécution de celui-ci.

A travers ces trois exemples spéciaux qui s'inscrivent dans un courant très large et qui illustrent la thèse classique, on constate que la doctrine n'a pas d'écho en jurisprudence. A y regarder d'un peu plus près, on peut toutefois relever de nombreux cas dans lesquels, en droit des obligations, la Cour de cassation a été et est encore sous l'influence de la doctrine.

### 3. La Cour de cassation sous influence

Depuis le siècle dernier, de très nombreuses et importantes évolutions jurisprudentielles se sont produites sous l'influence de la doctrine. Certains auteurs peuvent

légitimement revendiquer la paternité naturelle de quelques remarquables créations jurisprudentielles. Outre cette coopération officielle (3.1), sur laquelle je m'arrêterai dans un premier temps, il existe aussi une coopération officieuse (3.2) entre ces deux forces créatrices que j'évoquerai brièvement, dans un second temps.

### 3.1. Coopération officielle

Que ce soit en droit des contrats ou en droit de la responsabilité civile, il existe une pléiade de grands arrêts de la jurisprudence qui portent une empreinte doctrinale extrêmement nette. Sans souci d'exhaustivité, je m'arrêterai sur quelques uns d'entre eux rendus sous l'influence d'une doctrine «savante» ou d'une doctrine «militante».

Au rang des arrêts de la Cour de cassation rendus sous l'influence de la doctrine savante, on peut d'abord évoquer ceux qui, depuis des décennies, appliquent régulièrement la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. Distinction aux termes de laquelle la responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation de moyens, qui doit faire tous ses efforts pour l'exécuter, ne peut être mise en jeu que si sa faute de négligence ou d'imprudence est démontrée par le créancier, tandis que celle du débiteur d'une obligation de résultat sera engagée si le résultat promis n'est pas obtenu, à moins que le débiteur démontre que l'inexécution ne lui est pas imputable et qu'elle résulte d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible. Cette distinction que la Cour de cassation a fait sienne et que la jurisprudence applique au quotidien est héritée de René Demogue qui en est le père spirituel.

Une influence doctrinale du même ordre peut être relevée à propos de la dualité de la cause que la Cour de cassation a consacrée dans un arrêt rendu en 1989<sup>9</sup>, dans les termes suivants: «Si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé». En somme, la validité du contrat suppose non seulement l'existence d'une cause objective, c'est-à-dire l'existence d'une contrepartie qui protège l'intérêt privé de celui qui s'engage contre un déséquilibre structurel, mais encore l'exigence d'une cause subjective, en vertu de laquelle le contrat doit être conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Cette double fonction de la cause, cette dualité qui irrigue cette motion est la traduction jurisprudentielle de la doctrine d'Henri et Léon Mazeaud, qui l'ont expressément exposée dans ces termes dans leurs *Leçons de droit civil*<sup>10</sup>.

La doctrine a aussi eu une très importante influence sur la jurisprudence de la Cour de cassation à propos de la question du rayonnement du contrat en dehors du cercle intime des parties qui l'ont conclu. On doit, notamment à Alex Weil et à ses travaux sur l'opposabilité du contrat, les règles selon lesquelles un contrat isolé peut être opposé à un tiers qui contribue à son inexécution et opposé au débiteur contractuel par

<sup>9</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juil. 1989: *Defrénois*, 1990, 358, obs. Aubert; *JCP* 1990. II. 21456, obs. Dagorne-Labbé.

<sup>10</sup> *Obligations*, T. II, vol. 1, sp. n. 263.

un tiers, victime d'un dommage causé par un manquement contractuel imputable à celui-là. Et c'est aux thèses de Bernard Teyssié<sup>11</sup> et de Jean Néret<sup>12</sup> que l'on doit probablement les remarquables évolutions jurisprudentielles relatives au groupes de contrats et au sous-contrat, qui ont conduit à déterminer de façon différente les effets d'un contrat à l'égard des tiers lorsqu'il est intégré dans un ensemble contractuel que lorsqu'il est isolé. Ainsi, on sait que désormais, le sous-acquéreur et le maître de l'ouvrage disposent d'une action nécessairement contractuelle contre le fabricant, alors même qu'ils ne sont pas cocontractants.

Dernière illustration, plus nette peut-être encore que les précédentes, de l'influence de la doctrine savante sur la jurisprudence de la Cour de cassation, l'arrêt rendu en 2007<sup>13</sup> dans lequel la première Chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que «si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement entre les parties». La lettre de cet arrêt est très nettement inspiré de l'ouvrage de MM. Malaurie, Aynés et Stoffel-Munck<sup>14</sup> qui plaident, depuis plusieurs années, et dans des termes similaires à ceux employés par la Cour, pour que la mauvaise foi du créancier n'exerce d'influence que sur ses pouvoirs unilatéraux, en d'autres termes les prérogatives contractuelles que le contrat lui octroie, mais pas sur son droit à exiger le paiement de sa créance. Dans cet arrêt, il n'est pas exagéré de considérer que la Cour de cassation a trempé sa plume dans l'encre doctrinale.

On peut désormais passer en revue quelques exemples d'influence de la doctrine militante sur la jurisprudence de la Cour de cassation en droit des obligations.

La première illustration qui peut être évoquée est la question de la détermination du prix. Traditionnellement en droit français des contrats, sauf exceptions légales, le prix doit être fixé bilatéralement, sans doute parce que le droit de la vente, qui édicte cette exigence dans le Code civil, constitue la matrice du droit commun. A la fin du XX<sup>e</sup> siècle, une doctrine libérale a critiqué cette règle traditionnelle et la jurisprudence qui l'appliquait implacablement à des contrats pour lesquels elle était inappropriée, les contrats cadres de distribution notamment. Dans ces contrats, pour des raisons qui tenaient à leur structure et à la réalité économique, une clause de fixation unilatérale du prix par référence au tarif du fournisseur était très souvent stipulée, ce qui faisait peser une grave menace sur la validité de ces contrats. On ajoutera que la règle du droit français était assez isolée en Europe, ce qui pénalisait la compétitivité des entreprises françaises. C'est Laurent Aynés qui a été le porte drapeau de la doctrine qui a réclamé une évolution de la jurisprudence et qui a finalement convaincu la Cour de cassation d'opérer une véritable révolution. Par plusieurs arrêts rendus par

---

<sup>11</sup> *Les groupes de contrats*, Thèse Montpellier, 1975.

<sup>12</sup> *Le sous-contrat*, Thèse Paris II, 1979.

<sup>13</sup> Cass. com. 10 juill. 2007: *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. n. 294, os. Leveneur; *D.*, 2007, 2839, note Stoffel-Munck et 2844, note Gautier; *Defrénois*, 2007, 1454, obs. Savaux; *JCP*, 2007.II.10154, obs. Houtcieff; *RDC*, 2007, 1107, obs. Aynés et 1110, obs. Mazeaud; *RTDciv.*, 2007, 773, obs. Fages.

<sup>14</sup> *Droit civil, Obligations, Defrénois*, sp. n. 764.

l'Assemblée plénière le 1<sup>er</sup> décembre 1995<sup>15</sup>, celle-ci a, en effet, décidé, que sauf dispositions légales spéciales, une clause de fixation unilatérale du prix n'exerçait pas d'influence sur la validité du contrat dans lequel elle était stipulée; toutefois, si le prix ainsi fixé est abusif, le contrat peut être résilié et/ou la responsabilité du contractant qui a fixé le prix peut être mise en jeu.

On relèvera que la règle a été reprise dans le projet de réforme du droit des contrats, mais qu'elle a été limitée aux seuls contrats-cadre de distribution.

C'est surtout en matière de responsabilité civile que l'influence de la doctrine militante sur la jurisprudence de la Cour de cassation a été la plus remarquable. Je m'arrêterai sur trois exemples.

D'abord, on sait que le droit français de la responsabilité extracontractuelle a été métamorphosé par le célèbre arrêt «Jand'heur»<sup>16</sup>, par lequel la Cour de cassation a créé un principe général de responsabilité du fait des choses en exploitant un texte du Code civil, l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, qui était pourtant dépourvu de toute portée normative dans l'esprit de ses rédacteurs. Cette création jurisprudentielle, qui a connu un fabuleux destin tout au long du XX<sup>ème</sup> siècle: ce principe de responsabilité sans faute du fait des choses a permis notamment l'indemnisation des victimes de dommages corporels, sans que celles-ci aient à démontrer la faute du propriétaire de la chose, présumé gardien et responsable, dont le fait actif avait causé leurs préjudices. Cette remarquable création jurisprudentielle, qui a constitué un progrès extrêmement important pour l'indemnisation des victimes d'accidents corporels, doit beaucoup à Saleilles et Josserand qui, à une époque où la responsabilité pour faute était l'alpha et l'oméga de la responsabilité extracontractuelle et constituait un obstacle à l'indemnisation des victimes de graves dommages corporels qui ne pouvaient pas être imputés à une faute, ont plaidé pour une responsabilité sans faute fondée sur le risque. C'est, à n'en pas douter, cette théorie que la Cour de cassation a consacré dans l'arrêt précité.

Dans le même ordre d'idées, on s'arrêtera sur l'influence qu'a exercée André Tunc pour l'amélioration de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Pendant de très nombreuses années, cet auteur a protesté contre l'iniquité de la règle qui conduisait à opposer à ces victimes leurs propres fautes pour diminuer le montant de la réparation de leurs préjudices. En matière d'accidents de la circulation, en effet, cette règle est d'autant plus injuste que si la faute de la victime peut se retourner contre elle, il n'en va pas de même pour celle de l'auteur de l'accident, dans la mesure où celui-ci est assuré et que, par conséquent, il ne supportera pas la charge financière de l'indemnisation, quelle que soit la gravité de sa faute.

Cet injuste paradoxe a suscité une charge vigoureuse de la part d'André Tunc, révolté par ces solutions inéquitables. Et cette inlassable plaidoirie a finalement porté ses fruits puisque, par un spectaculaire arrêt rendu en 1982<sup>17</sup>, la Cour de cassation,

<sup>15</sup> Ass. plén. 1<sup>er</sup> déc. 1995: Contrats, conc., consom., 1996, comm. n. 5, obs. Leveneur; *D.*, 1996, 13, note Aynés; *Defrénois*, 1996, 747, obs. Delebecque; *JCP*, 1996.II.22565, obs. Ghestin; *LPA*, 26 déc. 1995, n. 155, p. 11, note Bureau et Molfessis; *RTDciv.*, 1996, 153, obs. Mestre.

<sup>16</sup> Ch. réün. 13 févr. 1930: *D.*, 1930, 1, 57, note Ripert; *S.*, 1930, 1, 121, note Esmein.

<sup>17</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 juill. 1982: *D.*, 1982, 449, note Larroumet; *Defrénois* 1982, 1689, obs., Aubert; *JCP*, 1982.II.19861, obs., Chabas; *RTDciv.*, 1982, 607, obs. Durry.

statuant au visa de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup>, a décidé que la faute de la victime, d'un accident de la circulation en l'occurrence, n'exerçait pas d'influence sur le montant de son indemnisation, sauf si elle était imprévisible et irrésistible, auquel cas elle excluait toute réparation. Parce qu'elle n'était juste que dans les cas où l'auteur de l'accident était assuré et injuste dans le cas contraire, étant entendu que l'arrêt n'opérait aucune distinction, le législateur est enfin intervenu et a voté en 1985 une loi tendant à améliorer l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation et à accélérer les procédures d'indemnisation. Quand on aura précisé que la mesure phare de cette loi est le principe de l'indifférence de la faute de la victime sur le montant de son indemnisation, on comprendra mieux l'influence exercée par André Tunc, d'une part sur la Cour de cassation, d'autre part sur le législateur, lui-même.

On peut ensuite s'arrêter sur l'influence exercée par Henri Mazeaud sur l'indemnisation des victimes de dommages causés par des inconscients, qu'il s'agisse de personnes qui sont, au moment du dommage, sous l'empire d'un trouble mental ou qui sont de très jeunes enfants, non encore doués de raison.

Jusqu'en 1968, la victime d'un dommage causé par un inconscient ne pouvait pas être indemnisée, faute pour elle de démontrer la faute commise par celui-là. En effet, à l'époque, la faute reposait sur deux éléments: l'illicéité et l'imputabilité. Or, si l'inconscient pouvait assurément commettre un acte illicite, un tel acte ne pouvait pas, en raison de son inconscience, lui être imputé. Il était, en effet, par hypothèse impossible de lui reprocher un tel acte dont la nature et la portée échappait à son entendement.

Pour permettre l'indemnisation des victimes de dommages causés par un inconscient, Henri Mazeaud élaborait la théorie de la faute objective<sup>18</sup>, théorie en vertu de laquelle la faute ne repose plus sur deux éléments mais sur un seul, l'illicéité. Peu importe alors que l'auteur du dommage ait conscience de l'acte dommageable qu'il cause, il suffit que cet acte soit illicite.

En 1968, le législateur a, implicitement au moins, consacré cette théorie en disposant que «Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'emprise d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à le réparer» (a. 489-2 du Code civil, devenu a. 414-3). Beaucoup plus nettement, la Cour de cassation a consacré cette notion de faute objective à propos des très jeunes enfants, en décidant que leur faute pouvait être retenue pour diminuer leur droit à réparation<sup>19</sup> puis pour mettre en jeu leur responsabilité<sup>20</sup>.

Enfin, pour conclure sur l'influence de la doctrine militante sur la jurisprudence de la Cour de cassation en droit des obligations, on apportera deux précisions.

En premier lieu, pour arriver à ses fins, la doctrine se livre parfois à une sélection opportuniste des arrêts rendus par la Cour de cassation et n'hésite pas à ignorer celle opérée par cette dernière, et ce afin de doter les arrêts en question d'une portée dont ils étaient totalement dénués dans l'esprit de celle-ci. En agissant de la sorte, en clair

<sup>18</sup> *Op. cit.*, sp. n. 449. *Adde, La faute objective et la responsabilité sans faute*, D., 1985, chron., 13.

<sup>19</sup> Ass. plén. 9 mai 1984: D., 1984, 525, note Chabas; JCP, 1984.II. 20255, obs. Dejan de la Bâtie et 20256, obs. Jourdain; RTDciv., 1984, 508, obs. Huet.

<sup>20</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 12 déc. 1984: RTDciv., 1986, 116, obs. Huet.

en commentant des arrêts qui n'ont pas été publiés au *Bulletin*, la doctrine attire l'attention de la communauté juridique sur des arrêts que la Cour de cassation considérerait sans aucune importance. Tel a été notamment le cas avec un arrêt inédit rendu le 29 juin 2010<sup>21</sup>. Certains commentateurs ont détecté dans cette décision une exception au principe du refus de la révision judiciaire pour imprévision. En le sollicitant quel que peu, on peut en effet induire de l'arrêt que lorsqu'un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat bouleverse, pendant son exécution, son économie générale au point que la cause de l'engagement d'un des contractants disparaît, le contrat est alors frappé de caducité. Quelques (rares<sup>22</sup>...) auteurs ont alors sollicité opportunément la lettre de cet arrêt pour affirmer que la Cour de cassation admettait désormais la caducité du contrat pour imprévision en cas de disparition de sa cause provoqué par un changement de circonstances au cours de son exécution.

En second lieu, et toujours pour arriver à ses fins, la doctrine se livre parfois aussi à une interprétation opportuniste et amplifiante de certains arrêts. Ici, c'est la notoriété, l'autorité de l'auteur qui se livre à une telle interprétation qui va conduire la jurisprudence postérieure à lui emboîter le pas. Ainsi, dans un arrêt rendu le 18 décembre 1964<sup>23</sup>, la Cour de cassation avait décidé qu'une obnubilation des facultés intellectuelles ne constituait pas un événement constitutif de force majeure, susceptible d'exonérer l'auteur du dommage. Mais quelques auteurs, Noël Dejean de la Bâtie<sup>24</sup> et René Rodière<sup>25</sup> se livrèrent à une interprétation autrement plus audacieuse de l'arrêt en lui faisant dire qu'il n'existait aucune contradiction entre l'inconscience de l'auteur du dommage et la notion de garde: un dément pouvait donc être gardien. Et, dans les arrêts qui ont suivi, la Cour de cassation s'est rangée à l'interprétation de cette doctrine, ce qui a conduit à tempérer sensiblement l'irresponsabilité d'alors des personnes privées de discernement<sup>26</sup>.

Outre la coopération officielle entre la doctrine et la Cour de cassation en matière de droit des obligations, laquelle s'est traduite par un grand nombre d'évolutions de celle-ci sous l'influence de celle-là qui apparaissent au grand jour, existe aussi une coopération officieuse entre ces forces créatrices du droit.

### 3.2. Coopération officieuse

Parfois la doctrine œuvre dans les coulisses, à l'abri des regards indiscrets et son influence, quoique réelle, est plus difficile à apprécier.

Dans cet ordre d'idées, on peut, d'une part, évoquer un certain mélange des genres.

D'abord, traditionnellement des professeurs d'Université siègent à la Cour de cas-

<sup>21</sup> Cass. com., 29 juin 2010: *D.*, 2010, 2841, note Mazeaud et 2845, note Genicon; *RDC*, 2011, 34, obs. Savaux; *RTDciv.*, 2010, 782, obs. Fages.

<sup>22</sup> Dont l'auteur de ces développements ...

<sup>23</sup> Cass. civ., 18 déc. 1964: *D.*, 1964, 191, note Esmein; *JCP*, 1965.II.14304, obs. Dejean de la Bâtie.

<sup>24</sup> Note précitée.

<sup>25</sup> *RTDciv.*, 1965, 351.

<sup>26</sup> Sur ce mouvement, v. CAPITANT, TERRE, LEQUETTE, CHENEDE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, Paris, 2015, sp. p. 389.

sation en qualité de conseillers, comme MM. Aubry, Rau, Josserand, Aubert et Gridel, voire de Président comme M. Ponsard. Il est probable, même si on doit avouer que nous n'avons pas exploité leurs rapports, que leurs idées ont très probablement influencé la jurisprudence de la Chambre au sein de laquelle ils ont officié.

Ensuite, certains auteurs, fins connaisseurs du droit des obligations, sont avocats aux Conseils et peuvent donc dans leurs mémoires et plaidoiries contribuer à faire évoluer la jurisprudence. C'est actuellement le cas d'Alain Bénabent, auteur par ailleurs d'un ouvrage de référence en droit des obligations. Nul doute que son autorité scientifique peut avoir des répercussions sur les décisions de la Cour de cassation.

Toujours pour évoquer cette coopération officieuse, on évoquera, d'autre part, le dialogue entre la doctrine et la Cour de cassation.

Il a existé et existe encore des rencontres plus ou moins formelles destinées à des échanges entre les professeurs d'Université et les Conseillers à la Cour de cassation, afin que ceux-ci procèdent à des échanges de vue sur telle ou telle question juridique délicate. Mon petit doigt m'a dit qu'il n'y a pas si longtemps que cela des professeurs de Paris 2 avaient ainsi fructueusement dialogué avec des Conseillers de la première Chambre civile de la Cour de cassation.





## Gli Autori



GIOVANNI AMOROSO – Presidente di sezione della Corte di cassazione.

SABINO CASSESE – Giudice emerito della Corte costituzionale e Professore emerito della Scuola Normale Superiore Sant’Anna di Pisa.

GIOVANNI FIGUEROA MEJÍA – *Profesor-investigador* nell’*Universidad Panamericana* (campus México).

MICHELE GRAZIADEI – Professore Ordinario di Diritto privato comparato nell’Università degli Studi di Torino.

DENIS MAZEAUD – Professore di Diritto civile nell’*Université Paris II Panthéon-Assas*.

ELISABETTA PALICI DI SUNI – Professoressa Ordinaria di Diritto pubblico comparato nell’Università degli Studi di Torino.

LUCIO PEGORARO – *Profesor afiliado* nell’*Universidad Autónoma de Nuevo León* e Professore Ordinario di Diritto pubblico comparato nell’Università di Bologna.

ANTONINO PROCIDA MIRABELLI DI LAURO – Professore Ordinario di Diritto privato comparato nell’Università degli Studi di Napoli “Federico II”.

RODOLFO SACCO – Professore emerito nell’Università degli Studi di Torino e Accademico dei Lincei.

MARIO SERIO – Professore Ordinario di Diritto privato comparato nell’Università degli Studi di Palermo.



Finito di stampare nel mese di giugno 2016  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



## **Volumi pubblicati**

1. M. SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, 2007, pp. XIV-130.
2. P. CERAMI-M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, 2011, pp. XVIII-418.
3. P. CERAMI-M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, 2011, pp. XVIII-418.
4. S. BAGNI-M. NICOLINI-E. PALICI DI SUNI-L. PEGORARO-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO-M. SERIO (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. La prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*, I, 2016, pp. XVIII-206.





