



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

Summer School
(Brescia, 9-13 luglio 2018)

a cura di

Antonio Saccoccio e Simona Cacace



G. Giappichelli Editore – Torino



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Terza Serie – 14

A soli quattro anni di distanza dal varo della Seconda Serie della Collana del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia vede oggi la luce la Terza Serie.

La decisione, presa all'unanimità dal Consiglio di Dipartimento, è stata indotta da una serie di ragioni.

Innanzitutto si è inteso istituire la Direzione scientifica permanente, composta dal Direttore pro tempore del Dipartimento medesimo, che ne assume la Presidenza, e tre professori ordinari afferenti al Dipartimento, e da questo eletti nel rispetto delle tre aree (storico-filosofica, privatistica e pubblicistica) nelle quali possono essere organizzate le positiones studii in ambito giuridico. La Direzione, che, in questa prima composizione, vede, oltre alla mia persona, i Proff. Fabio Addis, Chiara Minelli e Alberto Sciumé, rimarrà in carica un triennio, garantendo così, attraverso la rotazione, la partecipazione ad esso del più ampio numero possibile di professori del Dipartimento.

Inoltre, allo scopo di adeguare la Collana ai più moderni standard editoriali, si è altresì deciso di istituire un Comitato editoriale permanente, composto da cinque professori ordinari per ogni SSD presente nel Dipartimento, appartenenti a diversi Atenei italiani e individuati in base alle loro particolari e riconosciute competenze scientifiche: l'elenco completo e aggiornato è riportato all'inizio di ogni volume. Tra costoro, nominati tutti formalmente con disposizione del Direttore, la Direzione scientifica provvederà a sorteggiare i due (tre in caso di pareri discordanti) revisori incaricati di volta in volta di esprimere parere favorevole alla pubblicazione del volume proposto. I pareri firmati, emessi nel rispetto della procedura del cd. double blind, saranno conservati a cura della Direzione scientifica.

La Collana intende così rilanciarsi come ambito privilegiato di crescita e divulgazione scientifica, proponendosi agli studiosi più giovani come sede istituzionale adeguata per affacciarsi, con pieno e riconosciuto merito, al mondo accademico, e a quelli meno giovani come strumento nobile non solo per curare la trasmissione del sapere giuridico, ma altresì proficuamente innestarsi nel dibattito giuridico italiano, europeo e mondiale, grazie alle nuove possibilità di partnership con editori stranieri offerte dall'editore Giappichelli.

Ringrazio tutti coloro che hanno accettato di partecipare a questa nuova avventura.

Brescia, febbraio 2019

ANTONIO SACCOCCIO
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza

SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

Summer School

(Brescia, 9-13 luglio 2018)

a cura di

Antonio Saccoccio e Simona Cacace



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1994-9

La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa da due docenti esterni anonimi, sorteggiati dalla Direzione scientifica all'interno del Comitato editoriale permanente, secondo il modello della 'revisione fra pari in doppio cieco'. I relativi giudizi sono conservati a cura della Direzione scientifica.

Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Composizione: La Fotocomposizione - Torino

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 e sito web www.clearedi.org.

Direzione scientifica:

Antonio Saccoccio, Fabio Addis, Chiara Minelli, Alberto Sciumé

Comitato editoriale:

Gaetano Azzariti (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”); Vittoria Barsotti (Università degli Studi di Firenze); Roberto Bartoli (Università degli Studi di Firenze); Francesco Bestagno (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Paolo Biavati (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Raffaele Bifulco (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Geraldina Boni (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Franca Borgogelli (Università degli Studi di Siena); Marina Calamo Specchia (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Roberto Calvo (Università degli Studi della Valle d’Aosta); Cristina Campiglio (Università degli Studi di Pavia); Roberto Caranta (Università degli Studi di Torino); Antonio Carratta (Università degli Studi di Roma Tre); Riccardo Cardilli (Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”); Paolo Carnevale (Università degli Studi Roma Tre); Bruno Caruso (Università degli Studi di Catania); Pierluigi Chiassoni (Università degli Studi di Pisa); Giovanni Comandè (Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “S. Anna” – Pisa); Daria Coppa (Università degli Studi di Palermo); Orazio Condorelli (Università degli Studi di Catania); Gabriella De Giorgi Cezzi (Università degli Studi del Salento – Lecce); Gian Paolo Demuro (Università degli Studi di Sassari); Francesco De Santis (Università degli Studi di Salerno); Maria D’Arienzo (Università degli Studi di Napoli – “Federico II”); Ettore Dezza (Università degli Studi di Pavia); Angelo Dondi (Università degli Studi di Genova); Vera Fanti (Università degli Studi di Foggia); Pierangela Floris (Università degli Studi di Cagliari); Gian Luigi Gatta (Università degli Studi di Milano Statale); Enrico Genta (Università degli Studi di Torino); Andrea Giussani (Università degli Studi di Urbino – “Carlo Bo”); Maurilio Gobbo (Università degli Studi di Padova); Donata Gottardi (Università degli Studi di Verona); Antonino Gullo (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Fausta Guarriello (Università degli Studi di Chieti-Pescara – “G. d’Annunzio”); Andrea Lovato (Università degli Studi di Bari – “Aldo Moro”); Giovanni Luchetti (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Susanna Mancini (Università degli Studi di Bologna – “Alma Mater Studiorum”); Michela Manetti (Università degli Studi di Siena); Venerando Marano (Università degli Studi di Roma – Tor Vergata); Silvio Martuccelli (Università di Roma LUISS – “Guido Carli”); Luigi Melica (Università degli Studi del Salento); Remo Morzenti Pellegrini (Università degli Studi di Bergamo); Mario Notari (Università Bocconi di Milano); Paolo Pascucci (Università degli Studi di Urbino); Baldassarre Pastore (Università degli Studi di Ferrara); Claudia Pecorella (Università degli Studi Milano – “Bicocca”); Aldo Petrucci (Università degli Studi di Pisa); Valeria Piergigli (Università degli Studi di Siena); Maria Cristina Pierro (Università degli Studi dell’Insubria); Giorgio Pino (Università degli Studi di Roma Tre); Giuseppe Piperata (Università IUAV di Venezia); Barbara Pozzo (Università degli Studi dell’Insubria); Roberto Pucella (Università degli Studi di Bergamo); Franco Randazzo (Università degli Studi Catania); Francesco Riccobono (Università degli Studi di Napoli); Dino Rinoldi (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Roberto Romboli (Università degli Studi di Pisa); Luigi Salamone (Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale); Aldo Schiavello (Università degli Studi di Palermo); Roberto Senigaglia (Università degli Studi di Venezia – “Ca’ Foscari”); Stefano Solimano (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Marco Saverio Spolidoro (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano); Emanuele Stolfi (Università degli Studi di Siena); Carmelo Elio Tavilla (Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia); Antonio Felice Uricchio (Università degli Studi di Bari); Chiara Valsecchi (Università degli Studi Padova); Marco Versiglion (Università degli Studi di Perugia); Fabrizio Vismara (Università degli Studi dell’Insubria); Massimo Zaccheo (Università degli Studi di Roma – “La Sapienza”); Virginia Zambrano (Università degli Studi di Salerno).

*Europa e America Latina formano una sola area
spirituale, culturale, giuridica ed anche,
in certo modo, sociale, economica e politica,
che la scienza romana saldamente cementa e unifica.*

Unitas et pax orbis ex iure.

Giorgio La Pira

Indice-Sommario

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i> di Antonio Saccoccio	XVII

SISTEMA

SISTEMA DI «CIÒ CHE È MIGLIORE E PIÙ UGUALE»

Sandro Schipani

1. Introduzione	3
2. I metodi del sapere dei giuristi secondo Pomponio fino alla costituzione <i>generatim</i> del diritto; l'importanza dell'analogia e dell'uguaglianza	4
3. Esempi: <i>Cic.</i> , <i>de Leg.</i> 2,23,59; <i>D.</i> 33,9,3,9; <i>D.</i> 50,16,62 e 235,1; <i>D.</i> 50,16,234,1; <i>D.</i> 9,2; <i>D.</i> 46,3,80; <i>Gai.</i> 1,188-1,165; <i>Cic.</i> , <i>Top.</i> 4,23	13
4. Due sviluppi del metodo: cenni alle macro-categorie e al riferimento ai <i>principia iuris</i>	23
5. <i>Sústēma</i> di «ciò che è migliore e più uguale»	26
6. Altre prospettive da tenere presenti	28

IL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO: STORIA DI UNA STORIA

Antonio Saccoccio

1. <i>Identidad latinoamericana</i>	31
2. Il sistema giuridico latinoamericano all'interno del sistema giuridico romanistico	35
3. Il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano	37
4. Le specificità del sistema giuridico latinoamericano	41
5. Il sistema giuridico latinoamericano e il <i>bloque romano-ibérico-indígena</i>	43
6. Sistema giuridico latinoamericano e resistenza	46

*IUS ROMANUM, SISTEMA JURÍDICO
LATINOAMERICANO, ORDINAMENTI*

Ignazio Castellucci

1. Nozioni	49
2. Qualche equivoco terminologico	51
3. Diritto Romano e Impero	53
4. Comparazioni	55
5. L'America Latina	60
6. Tra <i>Sistema jurídico latinoamericano</i> e <i>Western rule of law</i>	61

UN PANORAMA SULLO SVILUPPO DEL CODICE CIVILE
IN BRASILE: UN'OPPORTUNITÀ PER UNA RIFLESSIONE
SULLA PROBLEMATICHE DELLA TUTELA
DELLA PARTE DEBOLE

Fábio Siebeneichler de Andrade

1. Introduzione	65
2. Il Codice come strumento sistematico e il fattore politico	66
2.1. Gli elementi nucleari del concetto di Codice	66
2.2. Punti di vista estensivi e restrittivi del concetto di Codice	67
3. La codificazione brasiliana tra sistema e centralismo giuridico	70
3.1. Cenni storici della codificazione civile in Brasile	70
3.2. La ricodificazione del diritto brasiliano e il dibattito sulla sua convenienza	72
4. Codificazione e tutela della parte debole	75
5. Conclusioni	77

MASSIMA E POTERE

Luca Passanante

1. Premessa	79
2. La massima come enunciato normativo	81
3. Massima e potere: la massima come mezzo di comunicazione	85
4. Il Massimario come «catalizzatore»	88
5. Tornano (sotto mentite e più insidiose spoglie) le «massime con- solidate»	92
6. Massima e tempo	97
7. Conclusioni	98

pag.

COSTITUZIONI

ALCUNE (PRIME) OSSERVAZIONI SULLE TENDENZE DEL COSTITUZIONALISMO LATINOAMERICANO

Adriana Apostoli

- | | |
|---|-----|
| 1. Dal costituzionalismo democratico al ' <i>nuevo constitucionalismo</i> ' | 103 |
| 2. Le progressive tutele dei diritti negli ordinamenti latinoamericani | 110 |
| 3. Il controllo di costituzionalità come strumento 'diretto' di garanzia dei diritti | 114 |
| 4. La – peculiare – tutela sovranazionale dei diritti nel costituzionalismo d'oltreoceano | 118 |

UNA RIFLESSIONE SUL COSTITUZIONALISMO REGOLATIVO A PARTIRE DALL'AMERICA LATINA

Susanna Pozzolo

- | | |
|---|-----|
| 1. Introduzione | 123 |
| 2. Dal costituzionalismo di opposizione a quello regolativo | 124 |
| 3. Ruoli e funzioni | 127 |
| 4. Indebolimento della legge | 128 |
| 5. Alcuni problemi del nuovo costituzionalismo | 128 |
| 5.1. Diritti o interessi? | 130 |
| 5.2. Costituzionalismo e democrazia | 131 |
| 5.3. Diritti e democrazia diretta | 132 |
| 6. Conclusione | 134 |

PERSONE

SOCIETAS E PERSONA GIURIDICA: IL PROBLEMA DELLA FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ NEI RAPPORTI COLLETTIVI

Pietro Paolo Onida

- | | |
|--|-----|
| Premessa | 137 |
| 1. <i>Fraternitas</i> e rilevanza esterna della <i>societas</i> | 141 |
| 2. Esaltazione dottrinale della persona giuridica | 144 |
| 3. Funzione sostitutiva della rappresentanza | 145 |
| 4. Scontro tra due soluzioni del problema dell'agire collettivo: medievale e moderna, la persona giuridica, romana, la <i>societas</i> | 147 |

	<i>pag.</i>
5. Sovrapposizione della nozione di rappresentanza al diritto romano	148
6. Alterità dello schema romano cooperativo/partecipativo	150
7. Necessità del recupero della funzione del <i>iussum</i> e del <i>mandatum</i>	152

PERSONA JURÍDICA E DIRITTO ROMANO
NELLE *NOTAS AL CÓDIGO CIVIL* DI VÉLEZ SÁRSFIELD

Giovanni Turelli

1. Introduzione	153
2. Cenni di inquadramento del concetto di persona giuridica	154
3. <i>Persona jurídica</i> nelle <i>Notas al Código civil</i> di Vélez Sársfield	159
4. Conclusioni	164

IL CONSENSO INFORMATO E LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE
DI TRATTAMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO,
ARGENTINO E VENEZUELANO. A PROPOSITO DI SALUTE,
DI VOLONTÀ E DI FONTI DEL DIRITTO

Simona Cacace

1. Una premessa: in Italia, l'approdo legislativo	165
2. La dovizia normativa del legislatore argentino	168
3. Il consenso e l'accanimento: qualche (comune) fraintendimento	171
4. Declinare il consenso: problemi (e soluzioni)	174
5. Le disposizioni anticipate di trattamento e il <i>consentimiento por representación</i>	178
6. L'obiezione di coscienza e il diritto venezuelano	184
7. In Venezuela, la debole tutela della volontà	189
8. Qualche conclusione, poche previsioni, molte preoccupazioni	192

OBBLIGAZIONI

IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO
CONTRATTUALE IN EUROPA: DAL PIÙ AL MENO

Cristina Amato

1. Il sogno infranto dell'unificazione del diritto privato patrimoniale	197
2. Le debolezze del contratto europeo dei consumatori	206

	<i>pag.</i>
2.1. Un'occasione perduta: la Dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori	211
2.2. I nuovi orizzonti: dai contratti B2C alle piattaforme, e dal consumatore al <i>prosumer</i> . La risposta dell'UE nel <i>Digital Single Market Strategy</i>	212
3. I contratti di diritto comune: il fallimento dei progetti di unificazione del diritto privato patrimoniale	215

**CULPA IN CONTRAHENDO TRA MATRICE ROMANISTICA
E MODELLI NORMATIVI LATINOAMERICANI**

Iole Fagnoli

1. La teoria di Jhering in caso di contratti nulli o non perfezionatisi	217
2. L'impatto della teoria nell'esperienza giuridica cilena	221
3. <i>Culpa in contrahendo</i> negli ordinamenti svizzero, italiano, portoghese e tedesco	222
4. <i>Culpa in contrahendo</i> nei tentativi di codificazione a livello europeo	226
5. <i>Culpa in contrahendo</i> nei Codici brasiliano e argentino	231
6. Conclusioni	233

**LA RESPONSABILITÀ CIVILE OGGETTIVA LIMITATA
A ROMA E LA SUA PRESENZA IN AMERICA LATINA**

Gian Franco Rosso Elorriaga

1. Introduzione	235
2. Le azioni penali a responsabilità oggettiva	237
2.1. <i>Actio de pauperie</i>	237
2.2. <i>Actio de effusis vel deiectis</i>	238
2.3. <i>Actiones in factum adversus nautas caupones stabularios</i>	240
3. Azioni penali particolari	242
3.1. L'editto <i>de positis vel suspensis</i>	242
3.2. L'editto <i>de feris</i>	244
4. Gli illeciti romani a responsabilità oggettiva nei Codici latinoamericani	245
4.1. Danni cagionati dagli animali	246
4.2. Editti <i>de effusis vel deiectis</i> e <i>de positis vel suspensis</i>	248
4.3. <i>Actiones adversus nautas caupones stabularios</i>	249
5. Considerazioni conclusive	251

LA 'SOPITA' REGOLA DI COMPLETEZZA O INTEGRALITÀ
DELL'ESECUZIONE DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE
NEL DIRITTO LATINOAMERICANO

Catalina Salgado Ramírez

Introduzione. La regola di completezza o integralità dell'esecuzione nelle obbligazioni alternative	255
1. Il diritto romano, le obbligazioni alternative e l'ipotesi di inadempimento per esecuzione parziale	256
1.1. Considerazioni generali	256
1.2. Il caso dell'inadempimento per esecuzione parziale	258
2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano	260
2.1. Le obbligazioni alternative nel diritto latinoamericano: un problema di unità di vincolo e pluralità di prestazioni dovute o un problema di indeterminatezza dell'oggetto?	261
2.2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano. Una regola 'sopita' di integralità dell'esecuzione nella maggior parte delle codificazioni?	265
A. La prima manifestazione della regola	266
B. La seconda manifestazione della regola	272
C. Il destino della regola: nelle mani della dottrina	273
2.3. Conclusioni	280

LA TEORIA GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI
COME ELEMENTO DI UNITÀ E DI RESISTENZA
DEL SUBSISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

David Fabio Esborraz

1. Introduzione	281
2. Il Subsistema giuridico latinoamericano e l'unificazione del diritto delle obbligazioni	282
3. La funzione paradigmatica dell'obbligazione nella tradizione romano-iberico-americana	286
3.1. La 'obbligazione' (<i>obligatio</i>) romana come schema giuridico per salvaguardare l'intangibilità del debitore	286
3.2. L'«abbozzo» di una teoria generale delle obbligazioni nelle Istituzioni gaiane-giustiniane	289
3.3. La centralità dell'obbligazione nella sistematica dei Codici civili latinoamericani	291
4. La convenienza di un «Código marco de las obligaciones» per l'America Latina	298

pag.

OBLIGACIÓN, CONTRATO, DAÑO Y REPARACIÓN
EN LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL ARGENTINO

Manuel Grasso

1. Introducción	301
2. Las categorías ordenantes del Derecho de las obligaciones en el nuevo Código argentino	304
2.1. La obligación, su concepto y sus 'causas'	305
2.2. La obligación y el contrato	307
2.3. La obligación, el daño y el deber de reparar	309
2.4. Obligación, contrato, daño y reparación: una mirada integral y una propuesta de articulación sistemática	312
3. Observaciones conclusivas	314

SOCIO D'OPERA E SOCIO INDUSTRIAL: INFLUSSI
ROMANISTICI SULLA LEGISLAZIONE ARGENTINA

Stefano Liva

1. Brevi cenni introduttivi	317
2. La disciplina romanistica	318
3. Il <i>Código civil</i> 'velezano'	320
4. La legislazione commerciale	323
5. Osservazioni conclusive	325

LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN AMERICA LATINA

Sheraldine Pinto Oliveros

1. Introduzione	327
2. Il fondamento costituzionale	328
3. Ordine pubblico e norme imperative	332
4. Concetti cardini: relazione di consumo, consumatore e fornitore	335
5. Diritti fondamentali del consumatore	342
6. Qualche osservazione conclusiva	349

<i>Intervento conclusivo</i> di Aldo Petrucci	353
---	-----

PREFAZIONE

BRESCIA NEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

Gli studenti bresciani dei miei corsi di diritto romano sono tutt'altro che nuovi all'idea del sistema giuridico latinoamericano.

L'interesse per l'America Latina mi è stato trasmesso dalla scuola nella quale mi sono formato, e dal mio Maestro, Sandro Schipani. Tra le tantissime iniziative (Congressi, Seminari, Corsi, ecc.) che Egli nel corso del tempo ha organizzato, e di cui è qui impossibile dare conto, mi piace qui ricordare, oltre alla costituzione, presso l'Università di Roma 'Tor Vergata', del *Centro Studi Giuridici Latinoamericani (CSGLA)*, attualmente diretto dal collega e amico Riccardo Cardilli, la costituzione a Rosario (Argentina) nel 2008 del *Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano*¹, sulla scorta del quale, alcuni allievi latinoamericani di Schipani, che ho avuto il piacere di avere come colleghi di studio nel corso degli anni, e ora occupano posizioni accademiche di prestigio in varie Università latinoamericane, hanno costituito un Gruppo di lavoro, denominato *GADAL (Grupo para la Armonización del Derecho en América Latina)*²: essi si incontrano con cadenza (almeno) annuale, con lo scopo di procedere alla redazione di un codice 'quadro' per le obbligazioni in America Latina³.

Fondamentale è stata e continua ad essere per me, la collaborazione, oltre che con il ricordato *CSGLA*, con vari Centri e Istituti che attivamente si occupano del diritto in America Latina, tra cui mi piace qui ricordare l'*ASSLA (Associazione di Studi Sociali Latino-Americani)*, l'Unità di Ri-

¹ Cfr. la *Declaración constitutiva del Grupo para la armonización del Derecho Privado Latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 26, 2008, 415 ss.

² Cfr. <https://gadal.uexternado.edu.co/>.

³ Notizie in argomento in D.F. ESBORRAZ, *La teoría general de las obligaciones como elemento de unidad y resistencia del Subsistema jurídico latinoamericano*, in *Revista de derecho (Univ. de Concepción – Chile)*, vol. 83, n. 237, 2015, 157 ss.; il gruppo si è successivamente riunito nel 2016 a Città del Messico e poi a Lima e nel 2017 a Santiago del Cile e a Bogotá; nel 2018 di nuovo a Lima; nel mese di marzo del 2019 il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia avrà il piacere di ospitare una di tali riunioni.

cerca G. La Pira, CNR-‘Sapienza’ Università di Roma, e l’*ISPRUM* (Istituto di Studi e Programmi per il Mediterraneo), animati tutti da Pierangelo Catalano, della cui amicizia e collaborazione (e soprattutto dei cui costanti insegnamenti) mi onoro.

L’interesse per il sistema giuridico latinoamericano si è poi nel tempo fortificato, sia grazie ai numerosi viaggi, per convegni, seminari, lezioni, ecc., che ho effettuato nel Sub-continente americano, ma sia grazie anche (e direi ‘soprattutto’) alla Direzione della Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina*, che ho assunto, insieme al Collega David Fabio Esborraz, nel 2011. Questo evento ha costituito in qualche modo il volano per una serie di iniziative che ho cominciato ad organizzare a Brescia, grazie al costante supporto del Dipartimento di Giurisprudenza e dell’Ateneo.

La cornice, mi pare quella fornita nelle due lezioni su ‘Ius: sistema e ordinamenti’ tenute nell’Aula Magna del Dipartimento di Giurisprudenza di Brescia dal prof. Pierangelo Catalano il 5 e il 6 novembre 2014. Il quadro mi pare quello della unità spirituale, ma anche sociale, economica e politica tra Europa (*rectius*: Eurasia) e America Latina, che, con percorsi netti e definiti⁴, viene cementata da una scienza giuridica di comune matrice e impostazione⁵, la quale, pur non disconoscendo le differenze e le specificità⁶, valorizza i fattori di unità e di armonizzazione.

Sono queste le caratteristiche essenziali del (sub)sistema giuridico latinoamericano, che si inserisce, pur con ragioni proprie di resistenza e di peculiarità (esemplificabili nell’idea di un ‘blocco romano-iberico-indigeno’), nell’ambito del sistema giuridico romanistico⁷.

Diversi colleghi latinoamericani si sono succeduti nel tempo per raccontare agli studenti bresciani, in varie lezioni o interventi seminariali, alcuni aspetti di questo fenomeno giuridico.

Tra i tanti, ricordo Norberto Rinaldi, Argentina; Fabio Siebeneichler de Andrade (Brasile); Lilian San Martin (Cile); Jorge Mena Brito (Messico); Manuel Grasso (Argentina).

Nella stessa direzione posso qui ricordare i due *visiting professor* che ho

⁴ Vedili descritti nel mio A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 3 ss.

⁵ Parafraso in tal modo le parole dirette da Giorgio La Pira con un messaggio al I Seminario interdisciplinare dell’ASSLA nel 1974: cfr. *Quaderni latinoamericani*, I, Firenze, 1977, 10.

⁶ Vd., per esempio, A. GUZMÁN BRITO, *Mos Latinoamericanus iura legendi*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 15 ss.

⁷ Mi limito qui a rimandare a D. ESBORRAZ, *La individualización del subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, e (II) *La contribución de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, rispettivamente 21, 2006, 5 ss. e 24, 2007, 34 ss.

finora avuto il piacere di ospitare a Brescia, il prof. Gian Franco Rosso, dell'*Universidad de los Andes* di Santiago del Cile e la prof. Orisel Hernández Aguilar, dell'*Universidad de Pinar del Río* (Cuba). Entrambi hanno tenuto un ciclo di lezioni di venti ore per gli studenti bresciani, tutti con ampia partecipazione: il prof. Rosso, dal 28 febbraio al 7 marzo 2017, con il titolo '*Desde Roma a Los Andes: la continuidad del sistema jurídico romanístico*'; la prof. Hernández, nei mesi di settembre-novembre 2017, dal titolo '*Il diritto romano a Cuba oggi*'⁸. Nel 2019 è già in corso di organizzazione, sempre nell'ambito del programma di *visiting professor*, un analogo ciclo di lezioni tenuto dal prof. Manuel Grasso, della *Universidad de Temuco*.

Accordi di cooperazione ho io stesso stipulato con diverse Università latinoamericane, tra cui la *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)* di Porto Alegre, la *Universidad de la Habana* e la *Unión de juristas* di Cuba, la *Universidad de Pinar del Río* (Cuba); la *UNAM* di Città del Messico, la *Universidad de los Andes* di Santiago del Cile, l'*Universidad Católica de La Plata*; altri sono attivi presso l'Ateneo bresciano (per es. quelli con l'*Universidad San Marcos de Lima* e con la *Pontificia Universidad Católica del Perú*) e altri ancora sono in corso di definizione.

In questo articolato quadro si inseriscono anche la IV e la VI *International Summer school* che ho organizzato presso i locali del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia entrambe significativamente intitolate '*Sistema jurídico latinoamericano*'.

La prima si è tenuta nei giorni 11-15 luglio 2016, e ha visto la partecipazione di oltre venti studenti (bresciani e non) e di docenti italiani (Aldo Petrucci, Università di Pisa; Andrea Trisciuglio, Università di Torino; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Susanna Pozzolo, Università di Brescia; Giovanni Lobrano, Università di Sassari; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Cristina Amato, Università di Brescia; Iole Fagnoli, Università di Milano e di Berna; Silvia Viaro, Università di Padova; Giovanni Turelli, Università di Brescia; Stefano Liva, Università di Brescia) e latinoamericani (Danilo Borges dos Santos de Araujo, *Universidade Getulio Vargas*, San Paolo, Brasile; Sheraldine Pinto Oliveros, *Universidad Central de Venezuela y Pontificia Universidad Católica del Perú*; Catalina Salgado Ramírez, *Universidad Externado de Colombia*; Iacyr de Aguilar Vieira, *Universidade Federal de Viçosa*, Brasile; David Fabio Esborraz, *ISGI-CNR / CSGLA Università di Roma Tor Vergata*; Rómulo Morales Hervías, *Pontificia Universidad Católica del Perú*; Giovanni Priori Posada, *Pontificia Universidad Católica del Perú*).

La seconda⁹, che si è tenuta dal 9 al 13 luglio 2018, ha visto la parteci-

⁸ Su tutto ciò, rinvio ad A. SACCOCCIO, *Visiting professor, diritto romano e diritto latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 38, 2017, 81 ss.

⁹ Vedine la cronaca a cura di G. RABAIOLI, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 39, 2018, in corso di stampa.

pazione di studenti italiani e di venti studenti latinoamericani provenienti dalla *PUCP (Pontificia Universidad Católica del Perú)*, dall'*Universidad de los Andes* (Chile), dall'*Universidad Católica de Temuco* (Chile) e dalla *Universidad Externado de Colombia*. Vi hanno preso parte docenti italiani (Sandro Schipani, Università di Roma, La Sapienza; Iole Fargnoli, Università di Milano e Università di Berna; Susanna Pozzolo, Università di Brescia; Ignazio Castellucci, Università di Teramo; Aldo Petrucci, Università di Pisa; Cristina Amato, Università di Brescia; Pietro Paolo Onida, Università di Sassari; Giovanni Turelli, Università di Brescia; Stefano Li-va, Università di Brescia; Luca Passanante, Università di Brescia) e latinoamericani (Fábio Siebeneichler de Andrade, *Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*; Catalina Salgado Ramírez, *Universidad Externado de Colombia*; Gian Franco Rosso Elorriaga, *Universidad de los Andes*, Cile; Manuel Grasso, *Universidad Católica de Temuco*, Cile; Rómulo Morales Hervías, *Pontificia Universidad Católica del Perú*; Sheraldine Pinto Oliveros, *Universidad Central de Venezuela*; Edgar Cortés Moncayo, *Universidad Externado de Colombia*; David Fabio Esborraz, *ISGI-CNR/CSGLA Università di Roma 'Tor Vergata'*; Giovanni Prori Posada, *Pontificia Universidad Católica del Perú*).

Gli *Atti* che qui si pubblicano sono il frutto dei lavori di questa seconda *Summer school*. L'auspicio è che, anche attraverso essi, Brescia possa contribuire a porre una delle pietre di quel 'ponte sospeso attraverso l'oceano'¹⁰ che unisce idealmente l'Europa all'America Latina.

ANTONIO SACCOCCIO

Brescia, dicembre 2018

¹⁰ Mutuo nuovamente una immagine di G. La Pira: cfr. M. DE GIUSEPPE, *Quei ponti sospesi (attraverso l'oceano)*. *Giorgio La Pira e le voci dall'America Latina*, in *Italia contemporanea*, n. 236, settembre 2014, 385 ss.

SISTEMA

SISTEMA DI «CIÒ CHE È MIGLIORE E PIÙ UGUALE»

Sandro Schipani

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I metodi del sapere dei giuristi secondo Pomponio fino alla costituzione *generatim* del diritto; l'importanza dell'analogia e dell'uguaglianza. – 3. Esempi: *Cic., de Leg.* 2,23,59; D. 33,9,3,9; D. 50,16,62 e 235,1; D. 50,16,234,1; D. 9,2; D. 46,3,80; *Gai.* 1,188-1,165; *Cic., Top.* 4,23. – 4. Due sviluppi del metodo: cenni alle macro-categorie e al riferimento ai *principia iuris*. – 5. *Sústēma* di «ciò che è migliore e più uguale». – 6. Altre prospettive da tenere presenti.

1. *Introduzione*

La mia lezione sul sistema del diritto romano si dedica ad una rilettura in comune con voi di alcuni testi delle fonti, traendoli principalmente dal *Libro unico del Manuale* di Pomponio, che i giuristi della Commissione che compose i Digesti stessi ritennero tanto importante, da porlo nel Titolo II del Libro primo. Mi limiterò a poche righe del menzionato lungo frammento, connettendovi alcuni pochissimi esempi e altri testi di eventuale completamento o sviluppo, che ritengo costituiscano interessanti spunti relativi a segmenti del percorso che conduce al formarsi del concetto di 'sistema'.

Questa *Summer School* approfondisce una articolazione particolarmente significativa di tale sistema: il sottosistema latinoamericano. La mia rilettura però, questa volta, si limita a ciò che è comune, rinviando ad un'altra occasione – che il collega Prof. Saccoccio auspico non faccia mancare – un mio ritorno ad una riflessione sul contributo specifico che offre l'America Latina, «a Nova-Roma» «a nova romanidade» «os neo-romano»¹; per essa apro solo uno spiraglio.

Premetto che non mi propongo di svolgere una riflessione di teoria generale del diritto, e neppure una riflessione storica, o di comparazione

¹ Cfr. Darcy Ribeiro nel messaggio all'ASSLA in occasione del conferimento del Premio Roma-Brasilia 1996 del Comune di Roma, in *Roma e America*, 3, 1997, 337 ss.

diacronica, ma di rileggere insieme molto sinteticamente come romanista queste fonti che sono principio, nel senso ciceroniano-gaiano-justinianeo², del nostro diritto attuale³, la cui elaborazione in sistema, comune e al suo interno comunicante, ma anche costantemente aperto, è parte essenziale, costitutiva dello stesso, e concorre a produrlo e a conformarlo, risultato del contributo di molti.

Premetto altresì l'osservazione che non tutti i complessi di esperienza giuridica comprendono se stessi come 'sistema di diritto', dove il termine 'sistema' ha, come vedremo, un significato più specifico di quello di 'complesso' di esperienza giuridica o anche di quello, già più specifico, di 'insieme'. 'Complesso', infatti, designerebbe la riunione di una pluralità di parti, senza precisare le rispettive relazioni; 'insieme' tendenzialmente esigerebbe che tali parti abbiano un connotato comune; 'sistema', peraltro, è termine di origine greca, e su di esso tornerò *infra*.

2. I metodi del sapere dei giuristi secondo Pomponio fino alla costituzione generatim del diritto; l'importanza dell'analogia e dell'uguaglianza

I giuristi a Roma acquisivano una formazione specialistica sia ascoltando⁴ un giurista la cui competenza fosse già riconosciuta dagli altri giuristi, sia, in epoca successiva, seguendo corsi organizzati⁵. La formazione che acquisivano consentiva loro di svolgere interventi nella vita del diritto, orientati verso la guida dell'attività giuridicamente rilevante sia di magistrati che di singole persone, per indirizzarle nel conseguimento dei loro fini le-

² D. 1,2,1 su cui S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto (schede sulla formazione di un concetto)*, in *Ricerche dedicate a F. Gallo*, 3, Napoli, 1997, 631 ss. (= in ID., *La codificazione del diritto romano del diritto romano comune*, con Note aggiuntive, Torino, 2011², 87 ss.; trad. sp. di J.F. CHAMIE, *La codificación del Derecho romano común*, Bogotá, 2010, 115 ss.).

³ Uso il termine 'attuale' con evidente riferimento al modo in cui V. Scialoja tradusse il titolo dell'opera di F.K. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlino, 1840-1849, trad. it. di V. SCIALOJA, *Sistema del Diritto romano attuale*, Torino, 1886-1888: 'attuale', infatti, oltre un profilo descrittivo, manifesta un giudizio positivo rispetto al ruolo odierno che esso ha.

⁴ Cfr. l'uso di 'auditores' o di 'audire' per designare la loro attività, in D. 1,2,2,40. 43. 45². 47.

⁵ Sull'insegnamento universitario, cfr. CTh. 14,9,3,1 (= C. 11,19,1,1) *Imp. Teod. A. e Valentiniano Ces.*: «Abbia, quindi, la nostra scuola specialmente in primo luogo coloro che sono raccomandabili per insegnare l'eloquenza romana, tre oratori e dieci docenti di grammatica; e in secondo luogo di quelli che emergono per l'oratoria greca, vi siano cinque esperti dell'argomentare e dieci docenti di grammatica [...] vogliamo poi che sia aggiunto agli altri uno che esponga gli arcani della filosofia, e due che spieghino le formule del diritto e delle leggi [...]».

citi e per evitare che insorgessero controversie fra loro, ma anche, nel caso in cui fossero insorte, per orientare la soluzione delle stesse; soprattutto, poi, in età tardo antica, tale formazione divenne presupposto per esercitare funzioni pubbliche⁶. Si inseriva ed era parte di questa vita quotidiana.

Dell'attività dei giuristi, troviamo i risultati anche negli atti negoziali (contratti, testamenti) o giudiziari di cui ci sono pervenuti documenti⁷; ma la più significativa testimonianza è nei testi di libri riconducibili ai giuristi stessi come frutto della loro attività scientifica, la maggior parte dei quali a noi pervenuta è quella conservata nei Digesti⁸. I loro scritti contengono un discorso volto a definire previamente effetti giuridici di situazioni che si creino e/o di atti che si compiano; a volte è anche costituito da pareri su situazioni o atti concretamente in svolgimento. È un discorso dommatico, prescrittivo.

È necessario, quindi, per approfondire il metodo di lavoro dei giuristi romani, leggere direttamente i frammenti dei loro testi presenti nei Digesti, nei quali la *prudencia*, la *peritia*, la competenza professionale, per lo più attraverso la discussione di esempi, si traduce, come detto, in elaborazione preventiva di fattispecie e delle conseguenze di esse secondo il *ius*, cioè, appunto, si manifesta come *iuris peritia*, *iuris prudentia*, come attività esperta volta alla salvaguardia e/o alla produzione della *pax*; del *bonum*, che qualifica anche la *fides* (*fides bona*), il *vir* (*vir bonus*); dell'*aequum*, ecc.

Pomponio, però, nell'opera già sopra richiamata, ci offre altresì qualche notizia che costituisce una illuminante sintesi di questo metodo, e qui mi limito a richiamare tali cenni⁹ e a collegarli con pochissimi testi nei quali vediamo quelle discussioni di esempi, o di casi concreti a loro prospettati, ora indicati; di essi, un più esteso esame non è possibile in questa sede¹⁰.

A. Pomponio individua un primo metodo di lavoro dei giuristi consistente nel «riunire in unità» le leggi, senza aggiungere «nulla di proprio»¹¹.

⁶ Const. *Imperatoriam* 7.

⁷ Una raccolta di tali atti è pubblicata in *Fontes iuris Romani anteiustiniani*, I, *Negotia*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1943.

⁸ Si deve però tenere presente che i Digesti ci hanno tramandato solo il 5% delle opere dei giuristi che erano state raccolte e utilizzate (Const. *Omnem* 1); certamente in molta parte erano ripetitive, ma, pur sempre, erano solo una parte della vasta produzione che era stata realizzata e che la qualità, l'uso e il tempo avevano selezionato.

⁹ Cfr. L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia* (Appunti per un seminario di Storia del diritto romano), Torino, 1979, in particolare 47 ss.; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1971; S. SCHIPANI, *Le Institutiones di Gaio/Giustiniano*, in Scr. A. Guarino, 7, Napoli, 1984, 3411 ss. (= in ID., *La codificazione del diritto romano*, cit., 199 ss.; in sp. in *La codificación del Derecho romano*, cit., 247 ss.).

¹⁰ Una rassegna d'insieme dei metodi dell'interpretazione dei giuristi romani in A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano*, Santiago de Chile, 2000.

¹¹ Cfr. D. 1,2,2,2 POMPONIO, nel libro unico *Del manuale*: «Tali leggi restano conservate, tutte scritte insieme nel libro di Sesto Papirio, il quale fu uno tra gli uomini preminentissimi ai

Pomponio sottolinea che le leggi erano state approvate «senza ordine» e, cioè, egli esplicita di considerare l'ordine cronologico secondo il quale le leggi vengono approvate e potrebbero essere raccolte in un archivio, non come un 'ordine'. La riunione «in unità», che viene compiuta dal giurista Sesto Papirio alla fine del VI sec. a.C., indica quindi certamente qualche cosa di diverso e di più, cioè implica l'introduzione di un ordine, i cui criteri non conosciamo, ma che era espressione di un momento di riflessione e di organizzazione del materiale raccolto, che porta a riconoscerli, appunto, una unità; questa può riflettere o preparare un orientamento dell'interpretazione, anche se viene espressamente precisato che non viene aggiunto nessun commento.

A questo stesso tipo di opera appartiene anche quella di Appio Claudio Cieco¹² e/o del suo liberto Gneo Flavio, che conteneva le azioni, senza nessun commento¹³.

È un metodo che continuerà ad essere usato nel lavoro del giurista, come ci risulta, ad es., dalle raccolte di Costituzioni imperiali, quali i venti libri di Costituzioni di Papirio Giusto, che raccolgono i rescritti di Marco Aurelio e Lucio Vero, o quali il Codice Gregoriano e l'Ermogeniano del III-IV sec. d.C., nei quali i testi delle leggi risultano riuniti senza alcun commento (potremmo osservare che è un metodo usato ancora oggi).

All'assenza di 'propri' commenti rispetto al testo delle leggi, sembra corrispondere, nell'età arcaica, una fase di interpretazione letterale di esso, di cui abbiamo testimonianza, ad es., per la emancipazione delle donne o nel testo del posteriore plebiscito Aquilio¹⁴; a questa prima, grande valorizzazione delle parole nel loro stretto significato, peraltro, corrispondeva una notevole capacità innovativa ad opera dei giuristi stessi negli adattamenti dell'uso degli atti solenni, cui era propria una solennità di parole e gesti, per situazioni per le quali non erano stati originariamente elaborati, ma per i quali le parole stesse in essi pronunciate lo consentiva (si pensi, ad es., all'uso della *mancipatio* e delle clausole dette nel corso di tale atto che lo trasformano in una forma di testamento o la diversa utilizzazione di ta-

tempi in cui visse Tarquinio il Superbo, figlio di Demarato di Corinto. Tale libro, come abbiamo detto, è chiamato *Diritto civile Papiriano* non perché Papirio vi aggiunse qualcosa di suo, ma perché mise insieme, in unità, leggi approvate senza ordine»; cfr. anche D.1,2,2,36: «[...] Publio Papirio che raccolse in unità le leggi regie [...]».

¹² Appio Claudio Cieco fu console nel 307 e nel 296 a.C.

¹³ D. 1,2,2,7. Sulle «probabili ragioni che indussero i pontefici a quella compilazione», cfr. F. SINI, *Documenti sacerdotali di Roma antica*, I, Libri e commentari, Sassari, 1983, 164 s.

¹⁴ Le XII Tavole prevedevano: «Se il padre abbia alienato il figlio tre volte, il figlio sia libero rispetto al padre»; per le figlie si ritenne che bastasse una alienazione perché la legge si riferiva a 'figlio' (*Gai.* 1,132). Nella legge Aquilia, sulla responsabilità extracontrattuale, si prevedeva (D. 9,2,2pr.) che: «Se taluno senza giustificazione abbia ucciso un servo o una serva altrui [...]» e l'uso del maschile e del femminile fa fondatamente supporre che ciò fosse necessario per includere nella previsione normativa sia i servi maschi che le femmine, secondo una tecnica interpretativa molto letterale.

le atto per gli effetti potestativi da connettere al matrimonio). Corrispose altresì l'inizio di una produzione di regole¹⁵. Di ciò, però, Pomponio non ci dice nulla, salvo un cenno assai indiretto al ruolo dei pontefici¹⁶.

B. Pomponio ci ricorda, poi, anche opere che vertevano su temi monografici, come l'interruzione dell'usucapione, nelle quali veniva maturando l'aggiunta di commenti¹⁷, ma evidenzia incisivamente l'opera di Sesto Elio Peto Cato¹⁸, i *Tripartiti*, che realizza un secondo metodo di lavoro, consistente nell'interpretazione delle leggi seguendo l'ordine della legge stessa, e nel collegarvi le azioni. Il testo della legge delle XII Tavole costituisce, quindi, la struttura testuale che dà ordine al commento, ed anche all'individuazione delle azioni da usare. Si tratta di un ordine che conosciamo poco, ma si tenga presente che è possibile che, nella composizione di esso, si fosse esercitata una riflessione di giuristi¹⁹. Pomponio qualifica il lavoro di Sesto Elio la «culla del diritto», ed invero possiamo supporre che l'impostazione fondata sul testo della legge si articolasse nel commento parola per parola, fondasse e sviluppasse rigore analitico ed approfondimenti concettuali e dogmatici; incorporasse regole²⁰. È un metodo che continuerà ad offrire una guida e la forza della propria logica al lavoro del giurista. In seguito, ad es., tutte le opere di commento all'editto seguono l'ordine dell'editto stesso e sono poi fondate sull'esame delle formule, parola per parola, come anche i commenti alle leggi, per le quali verrà raccomandata l'attenzione alla intera legge²¹. In rapporto al contesto edittole, va, però, tenuto altresì presente che l'interpretazione delle parole può anche risentire dell'insieme degli strumenti processuali convergenti, cioè di una logica che supera la lettura dell'unità testuale in cui la parola è inserita.

C. Certo, gli sviluppi del diritto dal V al II sec. a.C. erano stati grandissimi: ad es.: la trasferibilità *inter vivos* dei fondi che, ancora all'epoca dei

¹⁵ L'opera di enucleazione di 'precetti' e di 'regole' è parte del metodo dei giuristi ed ha origini assai risalenti: A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli, 1966, 64 ss.; S. SCHIPANI, *Iuris praecepta nell'esperienza giuridica romana e la loro eredità nei principi generali del diritto. Conferenza Milano*, (pubblicazione in preparazione).

¹⁶ D. 1,2,2,6.

¹⁷ D. 1,2,2,36.

¹⁸ Sesto Elio Peto Cato fu console nel 198 a.C.

¹⁹ D. 1,2,2,38. Sul tema, cfr. O. DILIBERTO, *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari, 1992; AA.VV., *XII Tavole. Testo e commento*, a cura di F. CURSI, 2, Napoli, 2018.

²⁰ Di quest'epoca sono i Catoni, padre e figlio (D. 1,2,2,38), e i precetti di M.P. Catone al figlio Marco, come pure la 'regola Catoniana' (D.36,2,17; D. 34,7,1); più difficile è la datazione di altre regole del diritto civile antico, come, ad es., la regola *noxia caput sequitur*/ 'la responsabilità per il delitto compiuto segue la persona che lo ha commesso' (D. 9,1,1,12), o quella *superficies solo cedit*/ 'ciò che viene incorporato sopra al suolo accede a questo' (Gai. 2,73), ecc.; cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, Köln-Wien, 1970, 61 ss.

²¹ D. 1,3,24.

re, potevano essere trasferiti solo a causa di morte; la creazione dei diritti reali di godimento su cosa altrui; l'emancipazione dei figli e delle figlie; le nuove forme del matrimonio e del testamento; l'affiancamento del contrarre secondo 'buona fede' al più antico contrarre obbligazione con la dazione di una cosa, con le parole solenni, con lo scritto formale, ecc. Quasi tutte le novità erano state realizzate senza ricorrere a leggi, per cui, se da un lato erano ancora le XII Tavole a offrire il loro ordine a un diritto tanto più ricco, d'altro lato esse erano sempre meno adeguate a tale scopo.

Pomponio sottolinea che Publio Mucio Scevola, Marco Giunio Bruto e Manio Manilio²² perfezionarono un terzo livello del lavoro dei giuristi e «fondarono» il diritto civile²³. L'effetto delle loro opere, cioè, realizzò un salto di qualità tale da meritare che fosse qualificato con lo stesso termine 'fondare' con cui era stato qualificato il ruolo svolto dalle Leggi delle XII Tavole in ordine alla comunità cittadina²⁴. Con questa 'fondazione', Pomponio riteneva iniziasse la letteratura che possiamo designare come della scienza del diritto. Possiamo cioè dire che, abbandonato l'ordine espositivo delle XII Tavole (il quale ormai assai male si adattava all'esposizione del diritto, che si era grandemente accresciuto), i giuristi citati abbiano, per così dire, capovolto l'impostazione, creando essi l'ordine complessivo che incorporava i testi dei pareri e delle dottrine dei propri predecessori, le regole fissatesi, le loro proprie conclusioni, ponendo essi le connessioni che ritenevano rilevanti per giungere ad esse. Questo capovolgimento fu un vero e proprio 'fondare' il diritto dei cittadini, il 'diritto civile' a cui veniva data una forma che, anche se non ne conosciamo i profili logici specifici, sorreggeva un insieme dotato di una coerenza interna propria, aperta ad esporre una realtà giuridica molto più complessa di quella dell'età decenvirale ed in via di ulteriori profonde trasformazioni.

D. Successivamente, Pomponio pone in luce che Quinto Mucio²⁵, «*primus* / per primo», segue regole metodologiche che sono oggetto di specifica esplicita riflessione per l'elaborazione di una coerente costruzione giuridica. Di questa noi, guidati dalle informazioni che abbiamo, riconosciamo elementi già parzialmente e implicitamente presenti nelle forme di lavoro anteriori, ma proprio l'esplicitazione della logica di essa costituisce

²² Marco Giunio Bruto fu pretore probabilmente prima della metà del II sec. a.C.; Manio Manilio fu console nel 149 a.C.; Publio Mucio Scevola fu console nel 133 a.C. e fu anche pontefice massimo; tutti e tre lasciarono opere scritte e, all'epoca di Pomponio, erano rimasti i volumi intitolati *Monumenti di Manilio*.

²³ D. 1,2,2,39.

²⁴ D. 1,2,2,4 Pomponio, *nel libro unico Del manuale*: «... la comunità cittadina venisse fondata con le leggi» (il collegamento del 'fondare la comunità' 'con le leggi' è già in Virgilio, *Aen.* 6,810 s., riferito però al re Numa Pompilio, ed è certo assai rilevante anche questo spostamento a favore del popolo).

²⁵ Quinto Mucio fu console nel 95 a.C.; fu autore di un'opera in diciotto libri di diritto civile, a commento della quale lo stesso Pomponio sviluppò una propria opera.

una svolta per lo sviluppo di elaborazione degli istituti che ne unifica, dall'interno, il commento realizzato. Con l'opera di Quinto Mucio si è così proceduto oltre la letteratura di pura ricompilazione ordinante delle leggi. Si è proceduto altresì oltre il metodo di Sesto Elio di interpretazione di un testo legislativo preso come base, testo che pure dall'opera di giuristi aveva ricevuto il suo ordine. Queste forme di lavoro non sono venute meno, ma si è proceduto anche a 'fondare' il diritto civile nelle opere proprie di giuristi che tendono ad includere, coordinare testi legislativi, responsi ed esempi, strumenti processuali in un disegno che in queste loro opere è elaborato e che implica, quindi, una fissazione di esso con una tecnica di lavoro più ricca e complessa. Nell'opera di Quinto Mucio, questo profilo metodologico diventa una specifica e individuata struttura dell'esposizione del diritto formalmente elaborata: «*generatim/* per generi e specie»; «*constitutum/* stabilito saldamente insieme». È una struttura che emerge come caratterizzante un quarto livello del lavoro dei giuristi²⁶.

Generatim. Il carattere proprio dell'opera di Quinto Mucio è nella ricerca dei profili comuni per riunire una pluralità di istituti entro generi e nel distinguere le specificità²⁷. La costruzione di un'opera modellata da questo obiettivo rappresenta una tappa fondamentale nella elaborazione del diritto che, nel lavoro dei giuristi romani, è risalente e che ora si traduce in esplicita forma del discorso impostata secondo modalità rigorosamente verificabili. Secondo la natura non puramente descrittiva, ma prescrittiva del discorso giuridico, questa forma, incorporandosi ad esso, ne acquisisce tale carattere e viene ad includere altresì l'elaborazione di regole prescrittive²⁸ e a vagliarne la possibile estensione analogica, di cui

²⁶ D. 1,2,2,41: «Dopo costoro, Quinto Mucio, figlio di Publio, Pontefice massimo, per primo costituì il diritto civile in una disposizione ordinata per generi, facendone redazione in diciotto libri».

²⁷ In modo generale, si può dire che 'genere', nel suo significato più ampio, indica una nozione che comprende in sé più specie che hanno caratteri comuni. In particolare, in filosofia, indica una categoria di oggetti che hanno in comune proprietà essenziali mentre differiscono per proprietà non essenziali, dal punto di vista del genere; queste proprietà specifiche, che costituiscono le differenze specifiche, caratterizzano ciascuna specie e sono essenziali in relazione ad essa. Si distingue altresì un genere '*prossimo*', quello suddiviso in specie («animale» è genere prossimo della specie «uomo»), e un genere '*remoto*', quello che, per la sua estensione, include generi di minore estensione («essere vivente» è genere remoto della specie «uomo»), e a volte ciò che si qualifica specie, in relazione ad un genere, viene poi qualificato genere in relazione ad un suo ulteriore includere una pluralità di specie, in una sorta di piramide concettuale (va tenuto presente, però, che a volte, con un altro modo di usare il termine, *species* indica il singolo individuo, la singola situazione concreta).

²⁸ Le regole delle scienze naturali o della matematica o della geometria non sono evidentemente prescrittive, ma descrittive. L'opera di enucleazione di 'regole' prescrittive, come ho accennato, è parte del metodo dei giuristi, ma qui rileva segnalare che il carattere prescrittivo del lavoro dei giuristi, presente proprio anche nell'elaborazione di generi e specie, nel quadro della esplicitazione delle coerenze interne degli istituti che esso viene componendo, è orientato anche verso una loro incorporazione. Questa ricomposizione si affianca ad una oscillazione fra definizioni e regole. Essa è, peraltro, sorretta dal senso della coerenza che

il procedere *generatim* costituisce il fondamento.

Con il suo unire specie in generi, o dividere generi in specie, cogliendo i caratteri comuni delle diverse specie o distinguendole, questa forma di ragionamento offre un metodo che, usato con *peritia*, con *prudentia*, con un attento tradizionalismo che procede attraverso il razionale adattamento a nuove funzioni dei nuclei di schemi giuridici esistenti, si inserisce potentemente nel rivelare le eventuali diseguaglianze e nell'*aequare libertatem*²⁹, nel dare la forza della propria coerenza logica al *respondere*. Questo metodo sta alla base della definizione con cui Celso, poi, adottandolo, attraverso l'individuazione del genere prossimo e della differenza specifica, coglie l'essenza del diritto come *ars boni et aequi* / 'attività esperta che procede *generatim* per produrre ciò che è uguale e buono'³⁰, con parole che lo esplicitano, e ne vengono plasmate in una specifica condizione d'uso, sia per quanto attiene al termine *ars*³¹, sia per i due profili del *bonum* e dell'*aequum*, in rapporto ai quali espongono un messaggio radicato anche in formule processuali³² e in particolare nell'editto, equissimo, in base al quale chi propone diritto nuovo, o chi ne chiede l'uso nei confronti di altri, deve valutarlo come se lo proponesse per se stesso³³.

Constitutum. Di questo metodo, Pomponio sottolinea che ha un effetto 'costitutivo' del diritto stesso in una forma che diventa sua propria per eccellenza: infatti, il diritto, stabilito in un insieme unitario da un tale rigore di metodo i cui nessi argomentativi sono resi sempre più espliciti, verificabili, accettati e concatenantisi, ha una forza intrinseca, che guida l'elaborazione di esso e sostiene la verità, la maggior probabilità, la condivisione da parte dell'autore e la conseguente vigenza del responso. Questo metodo non comporta, però, una fissità definitiva, perché esso è un modello tendenziale che si riferisce ad una realtà che può essere capita me-

guidava i giuristi romani anche, come ho accennato, anteriormente a questa innovazione metodologica (ma alcune volte li indusse a segnalare la difficoltà di riconoscere la *ratio* di un parere, come segnalato da Giuliano; D. 1,3,20, e altre volte a conservare pareri diversi, come ad es. fra Celso, Marcello, Ulpiano e Giuliano: D. 9,2,11,3 e D. 9,2,51,2). Cfr. definizioni e regole: R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966; A. CARCATERRA, *Le definizioni*, cit.; P. STEIN, *Regulae iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims*, Edimburgh, 1966; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit.

²⁹ Sull'*aequare libertatem* come obiettivo della *civitas* fondata nelle leggi, cfr. *infra*.

³⁰ Celso in Ulpiano, D. 1,1,1pr. Su questa definizione, cfr. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, 7 ss. (= in *Opuscula selecta*, Padova, 1999, 553 ss.); S. SCHIPANI, *Le Institutiones di Gaio/Giustiniano*, in *Id.*, *La codificazione*, cit., 210 ss. (= in *sp. in La codificación*, cit., 247 ss.).

³¹ Cfr. la sintetica precisazione del *in arte reducere* compiuta da Cicerone, *de Orat.* 1,42,187-188; *Brut.* 41,152-153.

³² Gaio, D. 4,5,8; Ulpiano, D. 9,3,5,5; Ulpiano, D. 11,7,14,6; Paolo, D. 12,6,65,4, ecc.; con riferimento a condizioni d'uso più generali, cfr. Ulpiano, D. 1,1,1,1; Paolo, D. 1,1,11; Ulpiano, D. 2,11,2,8; Paolo, D. 4,4,24,1, ecc.

³³ Mi riferisco all'editto della fine del I sec. a.C. di cui in D. 2,2.

glio e che, inoltre, si modifica e si accresce con situazioni nuove, così che deve costantemente adeguarsi a coglierne i profili rilevanti rispetto ai fini propri del diritto; laddove l'attività dei giuristi è, come sottolinea lo stesso Pomponio, costantemente dinamica: «perché il diritto non può stare saldo insieme se non vi è qualche giurista attraverso cui, giorno dopo giorno, possa venir condotto innanzi verso il meglio»³⁴. Il diritto, che i giuristi costantemente migliorano, accrescono e di cui i giuristi sono la fonte³⁵, nasce attraverso il confronto di opinioni, necessario in particolare per una scienza che non si sviluppa in un isolato laboratorio; si avvale del patrimonio di elaborazioni già esistenti; lo ridiscute criticamente, come vediamo dalle sia pur ridotte tracce di tali controversie ancora presenti in molti frammenti delle loro opere; e in queste operazioni è teso a statuirlo insieme in modo unitario e coerente grazie agli strumenti metodologici e al fine sopra richiamati.

Primus. Per primo, per la prima volta, ma anche per quella non superata. Certo, anche altre forme argomentative continuano ad essere presenti nel discorso dei giuristi, ma quella così indicata da Pomponio con tale riferimento, «per generi», è da ritenere caratterizzante tale opera. Data la frammentarietà dei testi di Quinto Mucio pervenuti a noi, è difficile valutare con esattezza il livello di realizzazione di tale metodo raggiunto nell'opera muciana³⁶, e non possiamo dire se esso fosse migliore o peggiore che in opere successive; certamente era adeguato a farlo riconoscere presente da parte di Pomponio, che conosceva bene l'opera di Quinto Mucio perché le aveva anche dedicato un commento³⁷ e che non si sarebbe esposto ad essere contestato da altri che, ai suoi tempi, ancora potevano leggerla direttamente.

Si deve, piuttosto, ancora notare che, nella successiva descrizione delle opere giuridiche, le novità che vengono segnalate da Pomponio non toccano più l'aspetto metodologico, ma l'espandersi del metodo di Quinto Mucio.

Così, Pomponio ci riferisce che Servio «fu introdotto agli studi» dagli

³⁴ Pomponio, D. 1,2,2,13.

³⁵ Cfr. Gai. 1,7 che usa altresì in modo generalizzato la qualifica di *conditores* / 'fondatori' del diritto già per gli antichi giuristi: Gai. 4,30; Pomponio, D. 1,2,25. 12; Papiniano: D. 1,1,7pr.

³⁶ Cfr. il contributo di Q. Mucio alla determinazione dei generi di tutela (Gai. 1,188), alla definizione del *nexum* (Varrone, *de Lingua Lat.* 7,5,105), di *gentiles*, di *postliminium*, di *aquapluvia* (Cic., *Top.* 6,29; 9, 37; 9,38), di *penus* (Gellio, *Noctes Att.*, 4,1,17; D. 33,9,3pr.), di *culpa* (D. 9,2,31), di *argentum factum* (D. 34,2,27pr. e D. 34,2,19,9), di *ruta caesa* (D. 50,16,241), di *pars* (D. 50,16,25,1), di *vi factum* e di *clam factum* (D.50,17,73,2; D. 43,24,1,5), alla individuazione di alcune regole (D. 17,2,30; D. 50,17,73pr., 3 e 4; D. 50,17,203; D. 50,17,204), ad una prima elaborazione delle fonti del contrarre obbligazione (D. 46,3,80 su cui *infra*).

³⁷ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 2, 60 ss.

allievi di Quinto Mucio; «fu uditore molto attento di essi [...ne] raccolse e citò ampiamente gli scritti» nella sua estesa produzione³⁸. Aufidio Namusa e Alfeno, a loro volta allievi di Servio, realizzarono opere che designarono come *Digesta*, esprimendo un *digerere* / 'ordinare' che è uno sviluppo di questo insegnamento: da un lato, si inserisce nella linea di lavoro introdotta dai tre fondatori del diritto civile con un ordine informante la materia giuridica dato dai giuristi stessi, d'altro lato, raccoglie altresì il successivo insegnamento di formale rigore metodologico acquisito su una linea di continuità nell'ascolto di maestri e nello studio delle opere da questi lasciate. Senza approfondire, si deve sottolineare che le opere di *Digesta* ebbero grande rilievo nella posteriore produzione giuridica di Celso, di Giuliano, di Marcello, di Cervidio Scevola.

Pomponio ci riferisce altresì che l'uso di tale metodo fu esteso da parte di Ofilio alla rielaborazione scientifica del diritto pretorio³⁹. Ho già fatto riferimento all'uso del metodo di commento lemmatico per l'editto; ma vediamo ora essere indirettamente investito dal lavoro dei giuristi l'ordine di esso, attraverso un'opera che interviene fra vischiosità della struttura testuale tralattizia e aggiornamento periodico, fino alla fissazione compiuta ad opera di un giurista quale Giuliano. L'ordinare per generi qui si viene a confrontare con un testo in cui si combina la pluralità degli atti e dei rapporti con la varietà degli strumenti processuali di intervento che affiancano quelli principali con forme utili o sulla base della descrizione del fatto; che li integrano con eccezioni o con clausole che possono avere una portata generale per una pluralità di azioni e portare alla formulazione di un dettato normativo composto da segmenti collocati in diverse parti dell'editto stesso, alcuni dei quali risultano acquisire una funzione di una certa generalità, in quanto inseribili nelle formule a fianco di una pluralità di altri.

Dobbiamo quindi ritenere che, secondo Pomponio, l'innovazione metodologica introdotta da Quinto Mucio fu certamente sviluppata ed estesa ad altri settori del diritto, ma non fu superata da altre innovazioni di carattere metodologico. Egli stesso si inserisce sulla linea degli sviluppi di essa⁴⁰.

³⁸ Servio Sulpicio Rufo fu console nel 51 a.C. Di lui Pomponio scrive: «[...] Servio si dedicò al diritto civile e fu uditore molto attento dei giuristi di cui abbiamo parlato; fu introdotto agli studi da Balbo Lucilio e venne poi istruito soprattutto da Aquilio Gallo, che era di Cecina [...]. Di Servio sono rimasti parecchi volumi: infatti lasciò circa centottanta libri» (D. 1,2,2,42-43).

³⁹ D. 1,2,2,44: «[...] Quest'ultimo [Aulo Ofilio] fu amicissimo di Cesare e lasciò moltissimi libri di diritto civile, destinati a contenere i fondamenti (*fundare*) di qualsivoglia parte della materia. Infatti, egli scrisse, per primo, sulle leggi in materia di imposta di un ventesimo; inoltre, in tema di giurisdizione, compose accuratamente, per primo, l'editto del pretore, giacché prima di lui Servio aveva <bensi> lasciato due libri, dedicati a Bruto, intitolati *All'editto*, quanto mai concisi».

⁴⁰ Invero, esattamente si può dire che tale metodo di Quinto Mucio caratterizzò gli sviluppi posteriori del lavoro sistematico dei giuristi e, ad es., la stessa Pandettistica tedesca

Quella di Quinto Mucio è, quindi, un'opera che viene ad avere, sotto il profilo del metodo, una funzione di prototipo per le modalità argomentative di tutte le opere posteriori, che sono uno sviluppo di quel modo di impostare il discorso giuridico che Pomponio stesso condivide e propone.

3. *Esempi*: Cic., de Leg. 2,23,59; D. 33,9,3,9; D. 50,16,62 e 235,1; D. 50,16,234,1; D. 9,2; D. 46,3,80; Gai. 1,188-1,165; Cic., Top. 4,23

A. Abbiamo pochissimi testi che ci riferiscono l'interpretazione di Sesto Elio Peto, ma, considerando come Pomponio ne qualifica l'opera, merita richiamarne un paio di esempi.

Cicerone ricorda che Elio Peto cercava di interpretare i termini, e in qualche caso trovava difficoltà, come ad es. nel commento di XII Tav. 10,4⁴¹: «Gli

dell'Ottocento si pone su una linea di continuità con esso, conducendolo a conseguenze estreme, a volte eccessivamente rigide, che perdono la percezione di alcuni profili della realtà (ad es., quando, con la costruzione del negozio giuridico, si finisce con l'attribuire lo stesso ruolo alla volontà negli atti sia *inter vivos* sia *mortis causa*), e così hanno provocato una reazione altrettanto eccessiva in senso opposto; ma il contributo di tale metodo, con adeguata prudenza e attenzione alle diverse sfaccettature della realtà, non può essere abbandonato, costituendo esso una base della certezza del diritto.

Senza poter sviluppare l'argomento, per aiutare a cogliere lo stretto rapporto di questo metodo e la necessaria attenzione alla concretezza delle situazioni, fondamentale è il richiamo al 'tradizionalismo del giurista', attento all'esperienza razionalmente e costantemente vagliata, e spesso profondamente innovatore. Su di esso, cfr. G. GROSSO, *Il valore della tradizione; Il tradizionalismo dei giuristi*, e *Realtà giuridica effettuale e tradizionalismo giuridico*, in *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976 rispettivamente, 25 ss.; 35 ss. e 61 ss., e inoltre: G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, 1970, che mostra il procedere della formazione di molti istituti del diritto romano e il loro appartenere ad un unico genere per via di specializzazione e di adattamento del nucleo di un unico schema giuridico originario ad una pluralità di funzioni. Ad es., lo schema originario della appartenenza tutelata dalla *actio in rem* 'azione reale', con cui si afferma nei confronti di una cosa corporale l'appartenenza di essa a sé con esclusione di turbative da parte di altri (proprietà), viene adattato alla funzione di affermazione dell'appartenenza di una cosa incorporale, cioè di un diritto, da parte di un titolare a cui non appartiene la cosa corporale, ma solo una utilità specifica della stessa, come una servitù di passaggio o l'usufruire o l'abitare, o il negare l'esercizio di una utilità da parte di colui a cui la cosa corporale appartiene, come ad es. la facoltà di sopraelevare un edificio. L'identità e adattamento del nucleo dello schema originario fa sì che, pur differenziandosi i contenuti, i diversi diritti reali risultano plasmati con caratteri simili così che poi essi sono riconoscibili come le specie di un genere e si può ulteriormente attentamente valutare se e quali regole degli uni possano e debbano essere applicate ad altri (ad es., la regola secondo la quale nessuno è tenuto ad assumere la difesa processuale nei confronti del rivendicante, al quale basta che egli cessi dalla turbativa costituita dalla affermazione di essere lui il titolare del diritto di proprietà; regola da cui, ad es., dipende quella secondo la quale nelle servitù nessuno è tenuto ad un fare; cfr. anche G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1944).

⁴¹ XII Tav. 10,4: «Le donne non si graffino le guance, né levino lamento (*lessus*) in occasione del funerale».

antichi interpreti, Sesto Elio e Lucio Acilio, dissero di non saper bene intendere questa parola, ma di supporre che *lessus* fosse qualche specie di vestimento funebre; Lucio Elio pensava che fosse una specie di grido lugubre»⁴².

In un altro testo, il metodo di analizzare i singoli termini lo vediamo attestato per Elio Peto, insieme ad altri giuristi posteriori, non per parole della legge, ma per espressioni utilizzate dai privati in disposizioni testamentarie: così la legge delle XII Tav. 5,3 prevedeva: «Come <il testatore> ha disposto sopra le sue sostanze e la tutela per esse, così sia il diritto»⁴³. Da questa norma sono stati sviluppati i legati, e fra questi il legato relativo alle 'provviste' (*penus*), così che, se un testatore disponeva, ad es.: «il mio erede dia le 'provviste' a Tizio», si trattava di capire cosa fosse incluso in tale legato, e troviamo un frammento di Ulpiano che riferisce: «Si pone la questione se siano contenuti nel legato delle 'provviste' la legna e il carbone e le altre cose mediante le quali le provviste vengono cucinate. Sia Quinto Mucio che Ofilio l'hanno negato: esse non sono incluse – dicono – più di quanto non lo siano le macine per macinare i cereali. Essi stessi hanno pure negato che siano contenuti l'incenso e i ceri. Ma <Publio> Rutilio <Rufo> afferma che sia la legna che il carbone, che non sono stati preparati per essere venduti, sono contenuti. Invece Sesto Elio <Peto> scrive che anche l'incenso e i ceri preparati per l'uso domestico sono contenuti nel legato»⁴⁴.

Da queste fonti, vediamo appunto degli esempi della interpretazione svolta da Sesto Elio Peto e che si centra sulle parole.

Per le XII Tavole, abbiamo esempi posteriori di questo modo di interpretare: nella legge delle XII Tav. 6,8 veniva disposto: «Il trave che sia stato incorporato ad un edificio o ad una vigna <anche se è altrui> non venga separato <per restituirlo al proprietario>». La legge poneva un limite alla possibilità del proprietario di fare valere il proprio diritto di proprietà del trave e questo limite era posto a favore di manufatti l'interesse alla cui conservazione veniva ritenuto prevalente rispetto a quello alla tutela della proprietà del materiale in essi incorporato. Si trattava di capire cosa fosse un 'trave', e troviamo un frammento di Gaio che ci riferisce: «La denominazione *tignum* / 'trave' nella legge delle XII Tavole designa ogni genere di materiale di cui un edificio è composto». In un altro frammento, tratto dal libro terzo *Alla legge delle XII Tavole*, sempre Gaio ci informa che: «Designiamo come 'fabbrici dei travi' non soltanto quelli che con l'ascia danno forma alle travi, ma tutti gli operai edili». Forse con un riferimento ad un uso linguistico a lui contemporaneo, egli sviluppa un argomento a favore della interpretazione che sostiene per il significato di *tignum*⁴⁵. Si può os-

⁴² Cic., *de Leg.* 2,23,59.

⁴³ Cfr. D. 50,16,120+53pr.

⁴⁴ D. 33,9,3,9.

⁴⁵ Rispettivamente, D. 50,16,62 e D. 50,16,235,1.

servare che questa interpretazione è evolutiva, cioè aggiorna il significato del termine della legge, che era del V sec. a.C., per realizzare rispetto alla propria epoca (II sec. d.C.) la parità di trattamento fra situazioni incluse fra quelle originariamente individuate e situazioni nuove, anteriormente non previste né prevedibili, ma posteriormente da considerare uguali dal punto di vista della *ratio* della norma.

Un ulteriore esempio possiamo trarre dalla materia dei debiti: il debitore insolvente, in età delle XII Tavole, veniva preso dal creditore che se lo faceva assegnare e lo teneva in catene, in ostaggio per il pagamento, e per tre mercati successivi dichiarava pubblicamente l'importo del debito non adempiuto, affinché qualcuno, se avesse voluto, intervenisse in favore del debitore insolvente stesso adempiendo per lui il debito. La legge, oltre a regolare questa procedura, pone degli obblighi a carico del creditore che tiene in ostaggio il debitore per ottenere che qualcuno paghi per lui; cioè, lo obbliga a consentire che qualcuno, in quelle settimane di prigionia, gli porti da mangiare, e poi dispone (XII Tav. 3,4b): «se non vive del suo, colui che lo ha posto in catene gli dia una libbra di farro al giorno, se vuole gli dia di più», imponendo così l'obbligo di non fare morire di fame il debitore insolvente. In relazione a questa norma, durissima, ma pur sempre di tutela della vita del debitore, Gaio, nel libro secondo *Alla legge delle XII Tavole*, ci ricorda che: «Taluno reputa che la parola 'vivere' si riferisca solo al cibo; ma Ofilio disse ad Attico che in queste parole sono inclusi i vestiti e la paglia su cui coricarsi, cose senza le quali infatti non si può vivere»⁴⁶. Anche qui vediamo una importante interpretazione evolutiva di tutela dei debitori, che antepone la loro sopravvivenza all'interesse patrimoniale dei creditori insoddisfatti, e che, in relazione al diverso livello di vita dei tempi, viene aggiornando quello che era il contenuto stesso della soglia del necessario per vivere e la subordinazione ad essa dei diritti del creditore⁴⁷.

Infine, un esempio, fra centinaia, dell'uso del commento parola per parola in rapporto alle formule dell'editto perpetuo, e che permane nei *Digesta*, può essere colto in rapporto alle formule derivanti dalla *lex Aquilia*, del III sec. a.C., relativa al danno extracontrattuale. Posto che il primo capo di tale legge prevede: «Se taluno ingiustificatamente abbia ucciso colpendo un servo altrui o una serva altrui o un quadrupede o un capo di bestiame, quanto fu il maggior valore di esso in quell'anno, tanto denaro sia condannato a dare al padrone»; che il secondo capo è caduto in desuetudine, e la stessa legge Aquilia nel terzo capo afferma: «Delle altre cose, eccetto il servo o il capo di bestiame uccisi, se taluno cagionò danno ad un altro, perché ha bruciato spezzato rotto ingiustificatamente <qualche cosa di quello>, quanto quella cosa valga negli ultimi trenta giorni, tanto denaro sia condannato a dare al proprietario»; lo schema di interpretazione pervenu-

⁴⁶ D. 50,16,234,1.

⁴⁷ Sulla centralità degli uomini per il diritto romano, cfr. *infra* par. 6.

toci, nonostante interventi dei giuristi giustiniani, procede commentando: D. 9,2,2,2: servo, serva, quadrupede o capo di bestiame; D. 9,2,2,3-7pr.: ingiustificatamente; D. 9,2,7,1-11,5: abbia ucciso colpendo; D. 9,2,11,6-20: padrone; D. 9,2,21-23,7: quanto fu il maggior valore; D. 9,2,23,8-27,3: sulla azione; D. 9,2,23,8-27,4: secondo capo; D. 9,2,27,5: terzo capo; D. 9,2,27,6-12: abbia bruciato; D. 9,2,27,13-28: rompere; D. 9,2,27,29-29pr.: spezzare-rompere; D. 9,2,29,1-7: ingiustificatamente; D. 9,2,29,8: quanto fu il valore di quella cosa. In questo tessuto di commento lemmatico troviamo notevoli sviluppi, a cominciare dall'ingiustificatamente all'ingiustificatamente e con colpa o dolo; dall'uccidere colpendo al causare la morte; dal padrone alla discussione relativa al comodatario; dal valore di mercato all'interesse del proprietario, ecc., il cui esame però sarebbe troppo esteso. Può essere interessante un cenno ad una singolare vicenda conseguenza della disponibilità di nuovi differenti strumenti processuali. *Occidere* / 'uccidere ledendo con il corpo il corpo' ha inizialmente un significato stretto, come ricordano ancora Giuliano e Ulpiano⁴⁸. Eppure in Alfeno (I sec. a.C.) è testimoniata una interpretazione più estesa: infatti, nell'esempio di un carro che, in una salita, retrocede, colpisce il carro che lo segue che a sua volta retrocede e schiaccia uccidendo un giovane servo che stava dietro, benché vi sia stato un carro intermedio, viene data l'azione diretta⁴⁹. Ulpiano, invece, segue un parere di Proculo (I sec. d.C.) in base al quale, per una situazione di uccisione prodotta colpendo un corpo intermedio, che a sua volta colpisce e provoca l'evento di danno, viene negata l'azione diretta ed è ritenuta necessaria una azione concepita sulla descrizione del fatto⁵⁰. Ossia, vi è stata dapprima una interpretazione estensiva del termine usato dalla legge per provvedere a dare una risposta adeguata a situazioni che si ritenevano uguali ad altre incluse in base all'interpretazione stretta; poi, una volta stabilizzatasi l'introduzione per una simile situazione di una azione fondata sulla descrizione del fatto, l'interpretazione estensiva è stata abbandonata, e si è tornati alla interpretazione stretta integrata dall'uso di altro mezzo processuale in relazione ad una condotta e ad un evento che si estendeva ad includere l'aver comunque causato la morte. Era l'insieme

⁴⁸ Rispettivamente, Giuliano, D. 9,2,51pr.: «comunemente invero si dice che abbia ucciso colui che in qualsiasi modo abbia procurato la causa della morte; ma in base alla legge Aquilia si considerò che sia tenuto soltanto colui il quale, utilizzando la forza e quasi con la mano abbia procurato la causa della morte, con una interpretazione manifestamente tratta dalla parola *caedere* (percuotere) e *caedes* (uccisione)». Ulpiano, D. 9,2,7,1: «Dobbiamo poi intendere 'ucciso', sia che uno aggredisca con la spada sia anche con un bastone o con altra arma o con le mani (se per caso uno abbia strangolato qualcuno) o con calci o a testate, o comunque».

⁴⁹ Alfeno, D. 9,2,52,2.

⁵⁰ Proculo in Ulpiano, D. 9,2,7,3: «Se taluno, per la spinta di un altro, abbia arrecato danno, Proculo scrive che non è tenuto colui che ha spinto, perché non ha ucciso, né [...] dovrà essere data l'azione modellata sul fatto contro colui che spinse».

dei mezzi di tutela che, nel rispetto di un certo uso delle parole, si coordinava in una categoria più estesa⁵¹.

B. Quanto al metodo dell'ordinare la materia per generi e specie, di cui Quinto Mucio sarebbe stato il primo ad avvalersi, è opportuno ricordare che, come il precedente metodo, anch'esso non è tanto in funzione di una migliore descrizione della situazione che si esamina, quanto dell'esigenza di trarre indicazione prescrittive.

Le testimonianze e gli esempi in materia sono tutti molto discussi, ma merita richiamarne un paio, pur nella problematicità delle deduzioni che se ne possono trarre.

Pomponio, nel suo commentare l'opera di Quinto Mucio, in materia di obbligazioni e scioglimento del vincolo obbligatorio, probabilmente ne riflette una elaborazione quando scrive: «Come si è contratto qualcosa, così anche deve sciogliersi: di modo che, quando abbiamo contratto con la cosa, <l'obbligazione> con la cosa deve sciogliersi, come quando abbiamo dato a mutuo, di modo che <l'obbligazione>, dando indietro altrettanto denaro, deve sciogliersi. E quando abbiamo contratto con le parole, l'obbligazione deve sciogliersi o con la cosa o con le parole; con le parole, come quando si compia la remissione solenne verbale (*acceptilatio*) al promittente; con la cosa, come quando <l'obbligazione> è sciolta <adempiendo> ciò che si è promesso. In modo uguale, quando si sia contratta una compera o una vendita o una locazione, poiché si può contrarre con il nudo consenso, anche con il consenso contrario si può sciogliere <l'obbligazione>»⁵².

Questo testo è rimaneggiato e presenta delle difficoltà di interpretazione e delle incongruenze. Ugualmente, va tenuto presente quanto accennato nel commentare il riferimento a '*generatim*': infatti, l'individuazione del genere a cui appartengono diverse specie che hanno in comune una serie di caratteri e, pertanto, sono specie di uno stesso genere connotato da proprie regole è una via per estendere tali regole a tutte le specie che vengano riconosciute come appartenenti a tale genere e per escludere, invece, da tale generalizzazione sia quegli effetti che sono specifici solo di singole

⁵¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Torino, 1969; ID., *Leggere i Digesti, enucleare i principi: letture selezionate dei Digesta di Giustiniano con riferimento alla responsabilità extracontrattuale. Riassunti delle lezioni posti a disposizione degli studenti su supporto elettronico*, Roma, 2015-2016.

⁵² D. 46,3,80 è un frammento tratto dall'opera in cui Pomponio commenta e rielabora l'opera di Quinto Mucio. Su questo fr. cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca sugli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, 1, Torino, 1992, 23 ss.; 2, Torino, 1995, 209 s. In particolare, si erano sviluppate altre forme di scioglimento del vincolo, fra cui l'adempimento della obbligazione da stipulazione anche senza affiancarlo alla forma solenne orale della *acceptilatio*; la presenza di quest'altra forma comporta che il 'deve o ... o ...' apra la via al passaggio dal fatto che l'atto uguale e contrario sia l'unica possibilità per sciogliere l'obbligazione alla considerazione di una pluralità di fatti in base ai quali il *quid contractum*, cioè la *ob-ligatio*, *dissolvi potest*; ma non mi è possibile qui approfondire questa vicenda del testo e della regola.

specie, sia quelle situazioni specifiche che non risultano includibili nel genere. Sembra, allora, di poter riconoscere il ragionamento qui compiuto.

In base al diritto civile, le più antiche forme di *con-trahere* / 'contrarre' una obbligazione erano: il mutuo, il cui debito sorto dalla dazione di una certa quantità di fungibili, mediante il pagamento di altrettanto dello stesso genere e qualità, si scioglie; la *stipulatio* / 'stipulazione solenne verbale di adempiere una obbligazione contratta mediante domanda-risposta', l'obbligazione sorta dalla quale si scioglie con la *acceptilatio* / 'dichiarazione solenne mediante domanda-risposta di aver ricevuto l'adempimento'; il *nomen transcripticium* / 'credito o debito annotato sul registro dei conti', in base al quale il credito o debito sorto dalla scrittura sul registro si scioglie con una pari registrazione di aver ricevuto (o viceversa pagato). Nel diritto civile, anteriormente a Quinto Mucio, in materia era stata elaborata la regola secondo cui «come qualcosa si è contratto, così anche deve sciogliersi (*solvi*)», per cui il vincolo obbligatorio sorto da tali atti strutturalmente bilaterali viene sciolto dall'atto simmetrico contrario. Per i nuovi contratti di diritto delle genti, che si concludono in base ad un accordo non qualificato con tali modalità di forma o dazione di fungibili, si è posto il problema se ugualmente valga la antica regola dell'efficacia dell'atto contrario'. Dal punto di vista della struttura del ragionamento ora in considerazione, alla base del modo in cui viene posta questa questione possiamo vedere l'emersione della elaborazione non solo di tre modi di contrarre obbligazioni: *re, verbis, [litteris]*⁵³ / 'con la cosa', 'con le parole', 'con lo scritto', ma anche della loro riunione in una unica sequenza, o categoria implicita (il contrarre una obbligazione in base ad un atto lecito strutturalmente bilaterale); possiamo vedere altresì che questa categoria, pur non ancora designata con un proprio nome di genere (il nome 'contratto' viene creato solo un secolo dopo), è ugualmente già operante, tanto che si è riconosciuta una regola ad essa propria e comune ai diversi modi di contrarre obbligazione che in essa sono riuniti. Possiamo vedere, inoltre, porsi la questione se questa categoria si estenda ad includere anche altri modi in base ai quali si contrae obbligazione con atto lecito strutturalmente bilaterale, nel quale il consenso non è vestito da alcuna forma solenne (di parole o di scrittura) né è accompagnato dalla dazione di alcunché. Questa verifica dell'estensione non ha uno scopo meramente descrittivo, ma il suo scopo è la verifica della applicabilità della regola operativa valida per le prime tre, quella appunto della efficacia dell'atto contrario, anche a questa quarta categoria. Vediamo, quindi, usare il metodo per generi e specie, anche se non la terminologia di esso, ma chiara è la sua funzionalità al principio di uguaglianza.

Un esempio in materia di tutela ci viene ricordato da Gaio. Le XII Tav.

⁵³ La cancellazione dal testo di Quinto Mucio, e anche di Pomponio, del riferimento al modo di contrarre obbligazione 'con lo scritto' (*nomen transcripticium*), ancora presente in *Gai.* 3,128 ss., è sicuramente frutto di rielaborazione tardo antica, probabilmente giustiniana.

5,6⁵⁴ prescrivono che, se non viene dato con il testamento il tutore ad un erede il quale debba averlo perché, per motivi di età, non è in grado di difendere i propri interessi⁵⁵, siano tutori gli agnati più prossimi, cioè i parenti in linea maschile di grado più prossimo. Se ci domandiamo la ragione che sta alla base di questa norma, dobbiamo fare riferimento a XII Tav. 5,4⁵⁶, secondo cui, se uno muore senza eredi propri e senza designare per testamento un erede, il patrimonio familiare viene ereditato dall'agnato prossimo. Risulta, quindi, che la stessa persona che ne sarebbe il tutore è anche il potenziale erede del pupillo, se questi muore senza eredi propri e prima di aver raggiunto l'età per poter fare testamento. L'agnato prossimo, quindi, non solo è una persona probabilmente vicina al pupillo da un punto di vista affettivo, ma anche il più interessato alla migliore gestione del patrimonio del pupillo perché egli gestisce congiuntamente sia l'interesse del pupillo sia un proprio eventuale interesse⁵⁷; egli è, così, anche il migliore rappresentante degli interessi dell'intero gruppo agnatizio alla migliore gestione dei beni dei propri membri. Per questo, la legge lo individua anche come tutore.

Con riferimento ai patroni viene svolto un ragionamento che prende le mosse dalla norma delle XII Tav. 5,8, secondo cui ai patroni spetta la successione ai propri liberti che muoiano senza testamento⁵⁸; se il liberto ha bisogno di un tutore, i giuristi pervengono ad indicare come tale il patrono⁵⁹; questo tutore si considera individuato come tale in base alla legge, che pure non lo dice, ma l'individuazione dipende dalla analogia con la norma relativa al pupillo; infatti, il patrono è altresì il possibile erede e, quindi, il più interessato alla migliore gestione del patrimonio del tutelato; questa individuazione viene ritenuta come fatta dalla legge. Alla base di essa sta il *genus* costituito da coloro che hanno un potenziale interesse al-

⁵⁴ *Gai.* 1,155: «Coloro ai quali non sia stato dato un tutore per testamento, a loro – in base alla legge delle XII Tavole – sono tutori gli agnati ...»; Gaio in D. 26,4,9: «Se gli agnati siano più di uno, quello di grado più vicino ottiene la tutela e, se vi siano più agnati del medesimo grado, tutti ottengono la tutela».

⁵⁵ Integro le parole di Gaio alla luce della definizione di tutela data da Servio: I. 1,13,1: «La tutela, secondo quanto definisce Servio, è un diritto ed una potestà su un uomo libero dati e concessi dal diritto civile per proteggere colui che a causa dell'età non è capace di difendersi».

⁵⁶ XII Tav., 5,4: «Se uno, che non abbia un erede proprio, muore senza aver disposto testamento, succeda nel patrimonio familiare l'agnato prossimo».

⁵⁷ D. 26,4,1 pr.

⁵⁸ Cfr. anche *Gai.* 3,40: «... la legge delle XII Tavole chiamava il patrono all'eredità del liberto se il liberto fosse morto intestato senza avere lasciato alcun erede proprio».

⁵⁹ *Gai.* 1,165: «In base alla stessa legge delle XII Tavole, la tutela dei liberti e delle liberte spetta ai patroni e discendenti loro, e anch'essa è chiamata tutela legittima, non perché in quella legge espressamente di questa tutela ci si occupi, ma perché è stata ammessa in via di interpretazione, come se l'avessero introdotta le parole della legge. Per il fatto stesso che la legge aveva disposto che l'eredità dei liberti e delle liberte, se fossero morti senza testamento, spettassero ai patroni o loro discendenti, crederemo gli antichi avere la legge voluto che anche le tutele spettassero a loro, in quanto aveva stabilito che pure gli agnati, che chiama all'eredità, fossero altresì tutori».

la successione e che, quindi, sono i migliori possibili amministratori del patrimonio, cosa che comporta che ad entrambe le figure, per parità di trattamento, sia attribuito anche il ruolo di tutore.

La tutela viene affidata al patrono sullo stesso fondamento di quella affidata all'agnato prossimo, cioè la legge, anche se qui l'applicazione della legge è analogica. Questo ragionamento si trova in consonanza metodologica con la discussione sui generi di tutela che Gaio ci ricorda che vi era stata e che avrebbe preso le mosse proprio da Quinto Mucio e nella quale vi era anche chi riteneva che le tutele fossero diverse e non potessero essere raggruppate per generi⁶⁰. E si ricordi che per il giurista la classificazione ha pure sempre rilevanza operativa e che una classificazione, senza tale rilevanza, è un inutile esercizio.

Abbiamo qui visto, quindi, il ragionamento dell'interpretazione analogica, nella sua forma più esplicita e immediata; esso, largamente seguito, verrà potenziato da Giuliano in relazione all'editto perpetuo⁶¹.

C. Si può sottolineare la differenza fra questi due modi di sviluppare il ragionamento, fra il modo di ragionare da Pomponio riferito alla interpretazione di Sesto Elio Peto e quello presente in questi esempi di analogia.

In quelli, è il termine che designa una 'cosa' che viene interpretato, precisandone il significato, e cosa in esso sia incluso/da includere; tale precisazione può condurre a dare al termine un significato anche diverso da quello iniziale, ma si tratta pur sempre di cose incluse nella stessa designazione (si noti che l'uso iniziale a volte coincide con il linguaggio comune della lingua generale, ma poi lo sviluppo dell'interpretazione lo differenzia e il linguaggio settoriale giuridico si differenzia dalla lingua generale⁶²; si noti altresì che le interpretazioni del termine sono aperte a sviluppi assai più complessi di quelli sopra esemplificati).

⁶⁰ *Gai.* 1,188. «Da quanto esposto fino a qui appare quante siano le specie di tutela. Se invero ci domandiamo in quanti generi queste specie possano essere inclusi, la discussione sarà lunga: infatti gli antichi giuristi hanno molto discusso intorno a ciò e noi abbiamo trattato l'argomento in modo alquanto diligente sulla base dell'interpretazione dell'editto e dei libri di Quinto Mucio. Basti che ricordiamo che taluni, fra i quali Quinto Mucio, dissero che erano cinque i generi di tutela; altri, come Servio Sulpicio, tre; altri, come Labeone, due; altri ritennero che i generi di tutela erano tanti quante le specie».

⁶¹ Cfr. Giuliano, D. 1,3,13; Const. *Tanta* 18. Sull'origine del ragionamento analogico esplicito, cfr. F. GALLO, *Alle radici dell'analogia*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti seminario torinese 1991 in memoria di G. Provera* (= in F. GALLO, *Opuscula selecta*, Padova, 1999, 897 ss.).

⁶² I giuristi romani erano perfettamente consapevoli che, a volte, le parole del linguaggio giuridico venivano usate secondo condizioni d'uso diverse da quelle del linguaggio ordinario: cfr., ad es., Giuliano in D. 9,2,51pr. «comunemente invero si dice che abbia ucciso colui che in qualsiasi modo abbia procurato la causa della morte; ma in base alla legge Aquilia si considerò che sia tenuto soltanto colui il quale, utilizzando la forza e quasi con la mano abbia procurato la causa della morte, con una interpretazione manifestamente tratta dalla parola *caedere* (percuotere) e *caedes* (uccisione)». Gli esempi che possono essere addotti sono molti.

Il modo di ragionare nel secondo gruppo di esempi invece si avvale, esplicitamente o implicitamente, dello schema 'genere-specie', e riconosce somiglianze giuridicamente rilevanti fra le diverse 'specie'. Queste sono, in generale, il punto di partenza nella elaborazione dei giuristi che inizia dalla considerazione di situazioni circoscritte che tipicizza e designa, per le quali fissa le regole ad esse proprie. Poi, nell'esaminare nuove situazioni circoscritte, riconosce caratteri comuni con altre già regolate e si pone il problema se queste nuove situazioni circoscritte, tipicizzate ma non riconducibili alla stessa specie delle già esistenti a motivo di differenze normative rilevanti, debbano però avere regole comuni con esse a motivo di loro somiglianze; così viene costruito un genere, o si riconoscono delle somiglianze che non portano ad una designazione, dal riconoscimento della cui esistenza, in applicazione della parità di trattamento tra pari, deriva un fondamento per l'applicazione delle regole già consolidate per le altre situazioni. Questa operazione, poi, a volte ha una forza espansiva e, in certo senso, sollecita alla ulteriore verifica della possibilità/necessità di rendere comuni ulteriori conseguenze operazionali comuni.

La linea di separazione fra le due forme di ragionamento non è sempre così netta.

Cicerone, in materia di usucapione, ci ricorda: «Una norma applicabile in una situazione che è pari ad un'altra, deve applicarsi anche in quest'ultima (*quod in re pari valet, valeat in hac quae par est*). Vediamo: «per il fondo, l'uso che ne determina l'acquisto è di un biennio»; lo sarà quindi anche per un edificio⁶³. Il punto di partenza è la norma delle XII Tav. 6,3, citata da Cicerone, che si riferisce al fondo; il problema è se si applichi anche agli edifici. L'obiezione legata all'interpretazione letterale della legge viene respinta in nome dell'uguaglianza e della sussunzione della specie nel genere: «Certo, nella legge l'edificio non è nominato e rientra fra tutte le altre cose per le quali l'uso richiesto è di un anno», ma vi è un principio di logica giuridica: *Valeat aequitas, quae in paribus causis paria iura desiderat* / 'Valga l'uguaglianza, che esige, in situazioni che si equivalgono, una uguale disciplina giuridica'. Anche in questo esempio, come nel testo di Quinto Mucio, non vediamo ancora la designazione del genere, che in questo caso sarebbe quello di 'beni immobili', genere già operativo in vari ambiti, come quello degli interdetti possessori⁶⁴, e che guida implicitamente il riconoscimento di profili di uguaglianza che comporta la esplicitamente dichiarata necessità di parità di trattamento.

D. Questo metodo ha un ulteriore possibile sviluppo, che può tendere a produrre l'assorbimento delle specie nel genere, e alla riduzione della tipicità, che pure caratterizza il diritto romano. Ho già segnalato, esaminan-

⁶³ Cic., *Top.* 4,23.

⁶⁴ Cfr. ad es. *Gai.* 4,149.

do il testo in cui Pomponio commenta Quinto Mucio in relazione alla regola dell'atto contrario, che alla sua epoca non esisteva ancora il termine-concetto 'contratto', ma che tale categoria era ancora solo una traccia nel ragionamento. La prima testimonianza della categoria è in un testo di Labeone, di grande importanza metodologica e dogmatica: «Labeone nel primo libro *All'editto del pretore urbano* definisce che alcune cose si 'agiscono', alcune 'si gestiscono', alcune 'si contraggono'; ed invero <definisce che> 'atto' è termine generale, sia che agisca con parole <sia con scritti> sia con cosa, come nella stipulazione <nel *nomen transcripticium*>, nella dazione di contanti; che 'contratto' poi è obbligazione vicendevole di uno con l'altro, ciò che i Greci chiamano 'synallagma', come nella compravendita, locazione conduzione, società; che 'gestione' significa fare una cosa senza parole»⁶⁵.

Noi qui riconosciamo il riferimento al contrarre obbligazione con le parole, con la cosa, con lo scritto, secondo le tre categorie del diritto civile più antiche sopra già individuate per loro caratteri comuni, ma che non erano pervenute ad essere unificate in una categoria di genere; esse vengono incluse nella categoria dell'"atto" (lecito strutturalmente bilaterale). Labeone propone la categoria del 'contratto' non per esse, ma per quella quarta categoria creata nell'ambito del diritto delle genti, e costituita dalla compera e dalla vendita, dalla locazione e dalla conduzione, dalla società, che sono non solo atti strutturalmente bilaterali o plurilaterali, ma anche nei quali sta crescendo la consapevolezza della bilateralità funzionale. Egli evidenzia questo sorgere di obbligazioni a carico di entrambe le parti (nella società le parti possono essere anche più di due) e in relazione ad esso usa il termine greco '*synallagma*' per esprimere l'obbligazione vicendevole', da cui possiamo dire che scaturisce una esigenza di equivalenza. Questo lavoro dogmatico coglie i caratteri comuni di tre specie più recenti, distinguendole da quelle più antiche; queste sono funzionalmente unilaterali e ciò spiega la necessità, per il loro perfezionamento, di forma specifica (di parole solenni, di scrittura, di consegna dei fungibili), mentre in quelle l'obbligazione di una parte è la causa di quella dell'altra, e ciò si aggiunge alla volontarietà dell'atto bilaterale e lo perfeziona. Questo viene da Labeone caratterizzato da un nome specifico: 'contratto' e non richiede, per il suo perfezionamento, forme specifiche. Possiamo vedere come questa impostazione coglie un nodo centrale della elaborazione dei contratti attraverso il puntuale distinguere fra quelli ad efficacia unilaterale e bilaterale⁶⁶. In rapporto ai secondi, questa impostazione avrebbe aperto la

⁶⁵ D. 50,16,19.

⁶⁶ In relazione a questa, non mi trattengo sulla diversa proposta di Aristone, attenta al bilanciamento dei patrimoni piuttosto che delle obbligazioni, ricordataci da Ulpiano in D. 2,14,7pr.-2: «Alcune convenzioni <concluse> secondo il diritto delle genti, alcune generano azioni, altre eccezioni. 1. Quelle che generano azioni, non mantengono il loro nome

via anche al superamento della tipicità: ogni qualvolta in un atto lecito, strutturalmente bilaterale o plurilaterale, fossero state convenute obbligazioni corrispettive tendenzialmente equivalenti l'atto sarebbe stato perfezionato. Questa via, però, non fu seguita: la categoria del contratto fu estesa anche a quelli funzionalmente unilaterali e rimase la tipicità⁶⁷.

4. Due sviluppi del metodo: cenni alle macro-categorie e al riferimento ai principia iuris

A. Il metodo di lavoro di Quinto Mucio, senza escludere gli altri, ebbe altresì un ulteriore sviluppo sotto la spinta dell'accrescimento della *civitas* / 'cittadinanza' e sotto quello della necessità di semplificare individuando linee capaci, innanzitutto, di guidare la comprensione in un contesto di insegnamento: un manuale di *Institutiones*.

L'individuazione di generi deve procedere, e per i giuristi romani procedette, come ho cercato di mostrare negli esempi, con grande prudenza e aderenza alle situazioni e rapporti concreti, alle loro molteplici sfaccettature per non accomunare ed estendere le stesse regole a situazioni fra loro diverse. Nel leggere i testi dei giuristi romani, noi ci accorgiamo che questo modo di procedere rimane spesso implicito o si manifesta attraverso la esplicitazione di categorie relativamente circoscritte, e questo carattere troviamo ancora nei Digesti, come altresì nel Codice di Giustiniano⁶⁸.

Nel II e inizio del III sec. d.C., parallelamente all'estendersi della cittadinanza, che culmina nel 212 con la *Constitutio Antoniniana* di Caracalla,

<di convenzione>, ma passano ad assumere il nome tipico di un contratto: come compravendita, locazione-conduzione, società, comodato, deposito, ed altri simili contratti. 2. Ma anche se quello che si è compiuto non perfezioni uno o altro contratto, e tuttavia sussista una causa, Aristone elegantemente rispose a Celso che vi è obbligazione. Come se per esempio ti ho dato una cosa affinché me ne dessi un'altra, ho dato affinché tu faccia qualcosa: questo rappresenta un sinallagma, e da qui nasce un'obbligazione civile. E perciò reputo che Giuliano sia stato correttamente ripreso da Mauriciano su questo esempio: ti ho dato Stico affinché manometta Panfilo; lo hai manomesso; Stico è stato oggetto di evizione. Giuliano scrive che da parte del pretore si debba concedere un'azione modellata sul fatto; Mauriciano afferma <invece> che è sufficiente un'azione civile di oggetto indeterminato cioè di quelle che iniziano descrivendo il rapporto: vi è infatti un contratto, ciò che Aristone qualifica sinallagma, da cui nasce quest'azione».

⁶⁷ Tipicità che fu superata solo nei codici moderni, nei quali però sono stati inclusi nella categoria del contratto sia quelli funzionalmente unilaterali che quelli funzionalmente bilaterali producendo dei problemi, come alcune definizioni dei Codici civili moderni testimoniano: cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit.; Id., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America*, 7, 1999, 17 ss.

⁶⁸ Sulla concretezza dei giuristi romani, cfr. i contributi di F. GALLO-G. GROSSO-L. LANTELLA, all'Incontro di studio su: *La concretezza della giurisprudenza romana*, in *Index*, 5, 1974/75, 1 ss., e G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano, 1976, *passim*.

e all'estensione delle persone coinvolte dal diritto romano, matura una esigenza di formazione di esse di nuovo tipo, data la loro varia provenienza. L'impostazione metodologica predetta, ormai generalizzata, ha uno sviluppo particolare per dare a questa nuova esigenza una risposta.

Nei secoli precedenti, si era diffuso, in diversi campi del sapere, un metodo che già Cicerone aveva auspicato venisse applicato al diritto per l'elaborazione di un manuale che egli pensava destinato alla formazione ed, eventualmente, all'uso di esso nella professione dell'oratore. Egli aveva indicato, quindi, cinque operazioni logiche, che richiamo non perché ritenga che Gaio le abbia lette, ma perché corrispondono ad un patrimonio relativamente diffuso per opere isagogiche. Per la predisposizione di una simile opera Cicerone indicava la necessità di: definire l'oggetto di essa, cioè il diritto; dividere la materia in alcuni pochi generi; dividere i generi in specie; designare ogni genere e ogni specie; definire ogni genere e ogni specie⁶⁹.

Gaio, giurista attento alla sensibilità di quella parte di popolazione dell'impero in fase di coinvolgimento nel diritto romano, redige un manuale istituzionale in cui egli espone una parte assai ridotta e selezionata della materia. Egli individua alcune poche macro-categorie di generi assai estese e una sequenza di esse, atte ad interpretare ed esplicitare i fondamenti e le coerenze generali del diritto che espongono. Egli inizia con poche parole di presentazione breve, centrata sulla individuazione del diritto e delle sue fonti, e prosegue attraverso l'individuazione di tre macro-categorie: persone, includente il matrimonio e i rapporti personali di famiglia; cose, includente la proprietà e i diritti reali su cosa altrui, il diritto alla successione ereditaria, le obbligazioni; azioni, includente anche gli altri strumenti di tutela processuale, come interdetti, eccezioni, ecc.⁷⁰. Quest'opera sia con le sue macro-categorie, sia con la selezione che compie degli elementi del diritto da esporre, con la emarginazione delle discussioni svoltesi fra giuristi e degli esempi, e con il prevalere di definizioni e regole, da un lato conforma una iniziale precomprensione della realtà dal punto di vista del diritto romano per i futuri giuristi, d'altro lato si proietta sulle altre opere dei giuristi e su future letture di esse. Essa non elimina la ricchezza di quelle, anzi, ad esse introduce, ma nello stesso tempo si pone loro di fronte come un altro polo di riferimento, che scaturisce dalla stessa base metodologica e offre una lettura che irradia la carica precettiva delle sue macro-categorie e sequenze e per la quale l'affermazione della coerenza senza contraddizioni è più immediata⁷¹.

⁶⁹ Cic., *de Orat.* 1,42,187-188.

⁷⁰ *Gai.* 1,1-7; *Gai.* 1,8; *Gai.* 1,9-1,200; *Gai.* 2,1-2,96; *Gai.* 2,97-3,87; *Gai.* 3,88-3,225; *Gai.* 4,1-187.

⁷¹ Sui rapporti indiretti fra il ciceroniano *ius in artem redigere* (Cic., *de Orat.*, cit.) e l'organizzazione della materia in alcuni pochi generi nelle *Institutiones* di Gaio, e poi in

B. In un momento di grave turbamento della vita politico-istituzionale di Roma, nel I sec. a.C., Cicerone costruì una locuzione nuova della lingua latina: *principia iuris*⁷². Egli fa ricorso a un termine: *principia*, il cui significato si colloca sull'asse del tempo, ed anche come elemento della struttura di ciò di cui è appunto 'principio', che dà forma agli sviluppi successivi e fa emergere un profilo della dinamica interna al formarsi della tradizione-esperienza, che matura le sue conclusioni attraverso l'incontrarsi, il confrontarsi, il selezionarsi e l'accrescersi del contributo di molti, già posto in luce da Catone⁷³.

Cicerone è a ciò condotto dalla necessità di un costante vaglio critico sulla base della *recta ratio* per discernere la conformità al *ius* delle norme poste dalle leggi o dall'editto.

Il riferimento ai *principia iuris* non ebbe sviluppo nell'età della formazione del sistema; Cicerone stesso non la usò nei successivi libri della stessa opera in cui l'aveva formulata: penso che, probabilmente, ciò sia dipeso dalla vischiosità del linguaggio dell'oratoria di cui si avvale in essi, che aveva sue consolidate espressioni all'interno di un discorso sulle strutture formali dell'argomentare e del trarre conseguenze: *locus, caput, una sententia*, ecc.⁷⁴.

Esso, peraltro, è coerente con i metodi di interpretazione richiamati: con il contributo di Quinto Mucio; con il maturare del *digerere* / 'ordinare' iniziato nella scuola serviana; con la definizione del diritto come *ars* di Celso; con l'estrarre elementi essenziali componendoli in macro-categorie di Gaio.

Anche se non designato come 'principio', mi sembra che possiamo considerare già tale quello esplicitato da Ermogeniano: «tutto il diritto è costituito per gli uomini»⁷⁵, che sviluppa il sintetico *prius* / 'prima' con cui Gaio, dopo avere enunciato la tripartizione già richiamata, passa a trattare delle persone in quanto parte del diritto più importante. Esso, con la sua profonda carica riepilogativa di una parte della vicenda del diritto romano e del suo ordine, e prescrittiva⁷⁶, si riallaccia sostanzialmente al-

quelle di Giustiniano, nonché sulla influenza che tale prospettiva ciceroniana ebbe sulla cultura giuridica degli umanisti con le ulteriori sequele, cfr. cenni in S. SCHIPANI, *Le Institutiones di Gaio/Giustiniano*, in ID., *La codificazione*, cit., 218 ss. (trad. sp. in *La codificación*, cit., 247 ss.); ID., *Rileggere i Digesti. Codificare il diritto*, in *Atti VI Congresso 'Diritto romano. Diritto cinese. Codificazione del diritto. Un sistema scientifico per il codice civile del XXI secolo. Pechino 2018'*, par. 4 (Pechino, in preparazione), (= in *Roma e America*, in preparazione, 39, 2018, in preparazione).

⁷² Cic., *de Leg.* 1,6,18 e 1,10,28.

⁷³ Cic., *de Rep.* 2,1,2.

⁷⁴ Cic., *de Leg.* 2,18,46; 2,20,51, ecc.

⁷⁵ Ermogeniano, D, 1,5,2.

⁷⁶ Anche su questo punto, che ho accennato così rapidamente, faccio rinvio ai miei precedenti: S. SCHIPANI, *Principia iuris*, cit., 631 ss. (= in ID., *La codificazione*, cit., 87 ss.; trad.

tresì alle affermazioni di Ulpiano sulla qualificazione dei giuristi come *sacerdotes* del diritto, che svolgono, quindi, una funzione inserita nell'ambito del diritto pubblico, e che aspirano ad una *vera, non simulata philosophia*⁷⁷.

5. Sústēma di «ciò che è migliore e più uguale»

L'Imperatore Giustiniano, nel VI sec. d.C., a Costantinopoli, con la collaborazione di un selezionato gruppo di giuristi, ha realizzato i tre grandi codici (*Codex Iustinianus*, *Digesta*, *Institutiones*) che costituiscono il perfezionamento del età della formazione del sistema del diritto romano.

Quando ha realizzato il primo di tali Codici (iniziato nel 528 e terminato nell'aprile del 529; poi aggiornato nel 534), egli non prevedeva ancora gli altri due e probabilmente anche per questo lo denominò Codice Giustiniano. Poi maturò, con i giuristi con i quali collaborava, e certo, in primo luogo con Triboniano, l'ulteriore disegno dei Digesti (iniziati nel dicembre del 530 e terminati nel dicembre del 533) e delle Istituzioni (iniziate nel 533 e terminate nel dicembre dello stesso anno). Per designare la prima di queste due opere ulteriori fu scelto il termine che dal I sec. a.C. veniva usato, come abbiamo visto, per le opere in cui si voleva ordinare la trattazione del diritto civile: *Digesta*. Per la seconda, fu scelto il termine che, dal II sec. d. C., veniva usato per indicare l'opera introduttiva agli studi giuridici destinati, ora, a formare dei *Iustiniani novi* / 'novelli Giustiniani'⁷⁸. Tutte e tre queste opere venivano anche però designate come 'Codici', ed esse furono il modello dei Codici successivi fino a noi.

Il lavoro del primo Codice era caratterizzato dall'esigenza di raccogliere le Costituzioni imperiali, abbreviarle tagliando in esse prefazioni e frasseggi inutili; eliminare quelle ormai andate in disuso o superate da altre, quelle ripetitive di altre e quelle in contraddizione con altre; porle in un ordine che combinava il profilo cronologico con quello della materia regolata⁷⁹. Già in particolare questi ultimi due aspetti del lavoro coinvolgevano capacità giuridiche assai qualificate, sia per la sottile funzione dell'ordine entro il quale si colloca un testo, che a volte veniva anche scomposto in più parti, sia soprattutto per la scelta da compiere fra norme fra loro contraddittorie.

sp. in *La codificación*, cit., 115 ss.); Id., *Rileggere i Digesta. Enuclerare i principi. Proparli*, in AA.VV., *Valori e principi del diritto romano. Atti Giornata di Studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), Napoli, 2009, 51 ss.

⁷⁷ Ulpiano, D. 1,1,1,1-2.

⁷⁸ Const. *Omnem* 2.

⁷⁹ Const. *Haec, quae necessario* 2.

Il lavoro dei Digesti si delineò subito più arduo e impegnò ad una selezione e rielaborazione il cui metodo si radicava chiaramente in quello sopra richiamato, proprio dei giuristi classici, in tutti i suoi aspetti: infatti, leggere gli scritti, studiarli, sciogliere i dubbi testuali frutto di una tradizione testuale meno ufficialmente garantita dei testi stessi rispetto a quella delle Costituzioni conservate in archivi pubblici, richiedeva certo competenze giuridiche mature. Soprattutto, accantonata la c.d. legge delle citazioni e il meccanico criterio di scelta da essa introdotto⁸⁰, o i vincoli della accettazione passiva dell'alternativa fra questa o quella preesistente opinione, che nei confronti degli organi giudicanti era stata imposta dall'editto di Adriano⁸¹, comparare i pareri e le opinioni, le dottrine che si incontravano nei tre milioni di righe dei testi raccolti di giuristi classici, richiedeva di sviluppare un metodo raffinato.

Ulteriormente, scegliere «ciò che è migliore e più uguale»⁸² coincideva con la definizione, e quindi con l'obbiettivo del *ius* indicato da Celso; con la tensione quotidianamente migliorativa e consolidante il diritto in unità indicata da Pomponio per il lavoro dei giuristi⁸³; con il metro del riferimento a se stessi dell'editto equissimo per l'introduzione di nuovo diritto⁸⁴; con il metodo di Quinto Mucio.

A ragione, i giuristi che affrontarono e portarono a compimento tale opera vennero qualificati come 'fondatori' di essa⁸⁵, con designazione parallela a quella utilizzata da Pomponio per Publio Mucio, Bruto e Manilio in rapporto al diritto civile. Coerente con ciò è il fatto che proprio quest'opera fu designata *Digesta*, riallacciandosi alla designazione che appare negli scritti di allievi di Servio, al seguito del metodo di Quinto Mucio.

L'unificazione concettuale della locuzione classica *iura populi Romani* / 'insiemi di diritto del popolo romano' in quella presente nei codici di *ius Romanum commune* / 'diritto romano comune'⁸⁶; la prescrizione secondo

⁸⁰ CTh. 1,4,3; Const. *Deo auct.* 5: «Tutti gli autori del diritto valgano con pari dignità, né si debba osservare per nessuno alcuna posizione di preminenza, perché non tutti vengono riconosciuti migliori o peggiori in tutto, ma certuno in certune cose. 6. Non giudicherete, però, ciò che è migliore e più equo dal maggior numero di autori <in favore di un parere>, potendo forse il parere di uno solo e di minor autorità superare in una qualche parte <del diritto> molti e di maggiore autorità».

⁸¹ *Gai.* 1,7.

⁸² Const. *Deo Auct.* 5-6.

⁸³ Rispettivamente in D. 1,1,1pr. e D. 1,2,2,13.

⁸⁴ D. 2,2 su cui già cenno *supra*.

⁸⁵ Const. *Tanta* 17, su cui ho richiamato l'attenzione: S. SCHIPANI, *Huius operis conditores*, in G. DALLA TORRE-C. MIRABELLI (a cura di), *Le sfide del Diritto. Scritti in onore card. A. Vallini*, Roma, 2009, 395 ss. (trad. in sp. di M.E. CAMACHO LÓPEZ, in ID., *El sistema jurídico romanístico y los Códigos modernos*, Lima, 2015, 99 ss.).

⁸⁶ C. 1,9,8. Cfr., sul significativo passaggio dal classico *iura populi Romani* al tardo antico *ius Romanum et commune* (CTh. 2,1,10 del 398) e al giustiniano *ius Romanum com-*

la quale nei codici non vi sono contraddizioni, ma tutto è portato *in unam consonantiam* / 'ad unitaria armonia'⁸⁷ e la prospettiva che a questa imprimeva l'affermazione che tutto è incluso fin dal principio⁸⁸; il proiettarsi delle macro-categorie e della sequenza delle Istituzioni verso gli altri due codici e il reciproco integrarsi di esse con gli approfondimenti e l'endersi di contenuto e di metodo presenti in questi; l'incorporazione del 'principio' enucleato da Ermogeniano che pone gli uomini quale centro e misura di tutte le coerenze⁸⁹; le prospettive che pongono questo diritto a disposizione di tutti gli uomini⁹⁰; sono tutti fili raccolti nell'ordine *in fieri* in cui si intreccia il tradizionalismo del giurista e il metodo di Quinto Mucio, di Servio, dei *Digesta*.

Digesti, termine-concetto che viene altresì espresso in greco con il termine *sústēma* / 'sistema'⁹¹ che, delle specifiche condizioni d'uso del termine latino in questo contesto, dello scegliere «ciò che è migliore e più uguale» «per gli uomini» «come per se stessi», assume il ruolo di traduzione-traslazione, di veicolo verso ulteriori sviluppi nei quali alcune caratteristiche in parte anche si trasformano e vengono affiancate da una pluralità di altri apporti, ma costituiscono un permanente contributo⁹².

6. Altre prospettive da tenere presenti

Pomponio, nel testo di cui abbiamo letto alcune righe, segna in modo puntuale il passaggio in Roma dal regno alla *res publica* / 'organizzazione

mune, P. CATALANO, *Ius Romanum Note sulla formazione del concetto*, in AA.VV., *La nozione di 'romano' tra cittadinanza e universalità*, in *Da Roma alla terza Roma. Studi - II*, Napoli, 1984, 546 ss.

⁸⁷ Cost. *Tanta* 1: «... Era infatti cosa mirabile ridurre ad armonia unitaria quanto Roma ha sancito».

⁸⁸ Const. *Deo Auct.* 5: «... tutto il diritto antico, fuso insieme per quasi millequattrocento anni e da noi emendato»; *Imp.* 4; *Tanta* 17.

⁸⁹ D. 1,5,2, su cui cenno *supra*.

⁹⁰ Cfr. Cost. *Deo Auct.* 1; *Tanta* 12: *universis hominibus*; Cost. *Summa* 5; *Imp.* 1; *Tanta* tit.: *omnes populi*; Cost. *Tanta* 19: *omnes orbis terrarum homines*. La terminologia universalistica sembra gestita con prudenza, forse con una certa ambiguità anche dipendente sia dalle relazioni con le altre entità politiche sia da possibile discussione interna alla stessa cancelleria.

⁹¹ *Tanta-Dédōken* 7.

⁹² Senza voler affrontare il problema, che è assai vasto, desidero incidentalmente sottolineare il ruolo non meramente descrittivo, ma che perviene a conclusioni prescrittive della comparazione di tutti i contributi relativi ad un problema, ad un istituto o ad una regola per individuare e proporre il miglior possibile assetto giuridico per essi, metodo che, a fianco agli altri, continua ad essere essenziale in un sistema come il nostro che non è un insieme di diritti statali chiusi su se stessi e in cui il ruolo del giurista continua ad essere quello di pervenire a valutare e produrre diritto alla stregua del metodo e del fine del diritto stesso.

del popolo'⁹³ e abbiamo tutti presente il conflitto patrizio-plebeo che lo caratterizza immediatamente a causa della c.d. serrata patrizia.

Secondo quanto ancora Pomponio ci espone, un momento fondamentale del procedere del diritto attraverso tale mutamento furono le Leggi delle XII Tavole, approvate dal popolo⁹⁴, espressione della potestà dei cittadini in esso, con le quali *civitas fundaretur legibus* / 'la cittadinanza venisse fondata dalle leggi'⁹⁵: la cittadinanza approva le proprie leggi⁹⁶ e si istituzionalizza, si identifica come popolo che le ha volute e, avendole volute, diventa tale. Questa autoidentificazione costituente si fondava su una lotta per l'uguagliamento dei singoli cittadini e delle rispettive formazioni sociali: la legge è strumento di parità di trattamento dei singoli e fu proprio la violazione di questa uguaglianza, che Virginio denunciò nella condotta di Appio Claudio, che portò alla sollevazione e cacciata del secondo decenvirato⁹⁷. Le Leggi delle XII Tavole, pur con le disuguaglianze che ancora consolidavano, sono colte come il nucleo dell'*aequare libertatem* fra patriziato e plebe⁹⁸. Uguagliatrici e fondatrici, le Leggi delle XII Tavole sono il prototipo di ogni legge, ne indicano i necessari caratteri di continua fondazione della cittadinanza e estensione dell'uguagliamento⁹⁹.

Momento forte continuamente rinnovantesi della autoidentificazione nella prospettiva dell'uguagliamento, le leggi vincolano peraltro solo il popolo che la vota: la legge verrà indicata, infatti, come *communis rei publicae sponsio* / 'comune solenne accordo del popolo organizzato nei comizi che decidono'¹⁰⁰.

A fianco ad esse, e più generalmente al *ius civile*, sappiamo però che esisteva un diritto feziale, che i romani ritenevano vigente per tutti i popoli, e, secondo le parole con cui a posteriori Cicerone guarda il periodo ar-

⁹³ Pomponio, D. 1,2,2,3.

⁹⁴ Liv. 3,34,5-7.

⁹⁵ Pomponio, D. 1,2,2,4.

⁹⁶ Nonostante la frammentarietà della materia in esse regolata, esse furono qualificate come «fonte di tutto il diritto pubblico e privato»: Liv. 3.34,5-7. Sulle XII Tavole, cfr., da ultimo, i due volumi *XII Tavole. Testo e commento*, cit.

⁹⁷ Pomponio, D. 1,2,2,24.

⁹⁸ Liv. 3,31,7: «si nominassero d'accordo, scegliendoli sia dalla plebe come dai patrizi, uomini aventi l'ufficio di proporre leggi tali da essere utili ad entrambi gli ordini e con esse ogni altra riforma atta a rendere tutti uguali nella libertà»; Liv. 3,34,2: «essi <i decenviri>, quanto era possibile che fosse previsto dal senno di dieci persone, avevano reso uguale il diritto per tutti, per i più grandi e per i più umili». Cfr. in generale F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 1, Napoli, 1972², 297 ss. (particolarmente 302 s. e 310 s.).

⁹⁹ F. SERRAO, s.v. *Legge (Diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 23, Milano, 1973, 794 ss. (= in ID., *Classi, partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa, 1974).

¹⁰⁰ Papiniano, D. 1,3,1.

caico, vigevano altresì «*multa iura communia*»¹⁰¹, che posteriormente si trasferirono in un più esteso complesso e assunsero la designazione di *ius gentium*.

La legge, però, proprio in nome di tale sua natura fondatrice, identificatrice, uguagliatrice, fonda altresì il riconoscimento che ad ogni altro popolo (*civitas* istituzionalizzata) sia parimenti garantito il *suis legibus uti* / 'fare uso delle proprie leggi'¹⁰². Su questa uguaglianza-reciprocità si fonda una problematica dalle molte soluzioni, in una varietà di combinazioni di diritto comune e diritto proprio, in cui entrambi gli elementi sono necessari e vitali nel sistema (ma questo è l'argomento che rinvio¹⁰³).

¹⁰¹ Cic., *de Off.* 3,108.

¹⁰² Il fare uso di proprie leggi individua per Varrone, *L.L.* 5,3 il *peregrinus*. Troviamo riconosciuto e celebrato il rispetto di questa condizione che è assunta a principio nel famoso discorso del console Tito Quinzio Flaminio ai Greci, dopo la vittoria sui Macedoni (Liv., 33,32,4-6: «Il Senato Romano e Tito Quinzio acclamato imperatore avendo vinto il re Filippo e i Macedoni ordinano che i Corinzi, e gli altri popoli della Grecia siano liberi, esenti da tributi, e vivano secondo le proprie leggi»; cfr. anche Plut., *Flam.* 10,4-7: «l'araldo venendo avanti in mezzo a coloro che assistevano, proclamò che il Senato Romano e Tito Quinzio Flaminio proconsole, avendo vinto il re Filippo e i Macedoni, restaurava la libertà, senza guarnigioni e senza tributi così che i Corinzi e gli altri popoli della Grecia potevano usare le proprie antiche leggi»). Questo principio troviamo affermato anche nell'editto del giurista Q. Mucio Scevola per la provincia d'Asia (Cic., *Ad Att.* 6,1,15); ricordato da Cesare per la Gallia (Caes., *de bello Gallico*, 1,45), da Cicerone con riferimento alla Sicilia (Cic., *in Verr.* 2,2,32: «Gli abitanti della Sicilia vivono secondo questo diritto, che se uno di loro agisce in processo contro un altro della stessa città, lo farà secondo le loro leggi; se un abitante della Sicilia agisce in giudizio contro un altro non della stessa città, il pretore, in forza di un decreto di Rupilio, che è stato composto avendo sentito dieci personalità, sorteggerà il giudice. Se un singolo agisce contro un popolo, o viceversa, si sceglierà come giudice il Senato di un'altra città ...»), ecc. Cfr. S. SCHIPANI, *Suis legibus uti/ Avvalersi delle proprie leggi*, in S. LANNI (a cura di), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli, 2011, 439 ss. (trad. sp. di M.A. PULIDO, in *El sistema jurídico*, cit., 71 ss., e in *Roma e America*, 31-32, 2011-2012, 139 ss.).

¹⁰³ Cfr. le mie più recenti osservazioni in S. SCHIPANI, *Le basi delle codificazioni latinoamericane. Il ruolo e la responsabilità dei giuristi*, in R. CARDILLI-M. CIACCIA-C. MIRABELLI (a cura di), *Cooperazione pubblico-privato e infrastrutture. Atti del Congresso Internazionale Roma 2016*, Milano, 2018, 29 ss., e in ID., *Una osservazione minima sul codificare: tipi di codici e codici tipo. Atti del Congresso internazionale. Roma 2017* (in corso di pubblicazione).

IL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO: STORIA DI UNA STORIA

Antonio Saccoccio

SOMMARIO: 1. *Identidad latinoamericana*. – 2. Il sistema giuridico latinoamericano all'interno del sistema giuridico romanistico. – 3. Il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano. – 4. Le specificità del sistema giuridico latinoamericano. – 5. Il sistema giuridico latinoamericano e il *bloque romano-ibérico-indígena*. – 6. Sistema giuridico latinoamericano e resistenza.

1. Identidad latinoamericana

Un diffuso 'euro-nordamericanocentrismo', di cui da tempo risulta affetta la dottrina giuridica del vecchio continente¹ e la radicata tendenza a

¹In questa linea, oltre agli scritti citati in seguito, cfr. anche M.G. LOSANO, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, 2000, X ss. Contro l'euro-americanocentrismo nello studio del diritto cfr. ora U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano 1994, I, 777 ss., del quale, però, mi pare assolutamente da rifiutare l'idea di riunire il diritto dei Paesi latinoamericani con quello dei Paesi africani e di alcuni tra quelli ex sovietici, a formare un sistema di 'rule of politics', secondo un modello che l'a. chiama 'diritto dello sviluppo e della transizione': l'affermazione di p. 789 s., infatti («la comunanza di problemi e di sustrato tra i sistemi africani e latino-americani è del tutto evidente. L'esperienza coloniale, con i relativi modelli giuridici occidentali, li ha segnati entrambi definitivamente in un momento di sviluppo troppo primitivo») rivela come la critica all'eurocentrismo rimanga solo nel titolo dell'opera dell'a., ma non ne permei i contenuti, sottovalutando egli, in maniera a mio avviso non casuale, la sostanziale stabilità politica e democraticità dei Paesi latinoamericani nell'ultimo trentennio e l'alto tasso di crescita economica che alcuni di essi (penso ad es. al Messico, al Brasile, al Perù) hanno raggiunto; ugualmente inaccettabile mi appare l'idea proposta da questo a. che il diritto cinese appartenga a una presunta 'rule of tradition', a matrice spiccatamente filosofica: egli sceglie infatti di ignorare il faticoso percorso che la Cina sta compiendo verso la codificazione del diritto civile a partire almeno dal 1989 (tra la letteratura che ormai sta diventando consistente sul tema mi limito qui a citare JANG PING, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Index*, 16, 1988, 367 ss.; XU GUODONG, *Il diritto romano come ponte tra diritto cinese e diritto latinoamericano*, in S. SCHIPANI [a cura di], *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Roma, 2005, 431 ss.; ID., *La seconda recezione del sistema giuridico romanistico in Cina e l'evoluzione dell'insegnamento del diritto romano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013,

considerare come America soltanto la parte settentrionale del continente americano², hanno costituito, insieme ad altri vari fattori, un forte ostacolo a una corretta ricostruzione delle articolazioni giuridiche in quella parte della terra, che ben può definirsi America Latina³, la quale ancora oggi, a mio avviso ingiustamente, viene vista in qualche modo come appartenente al sud del mondo⁴.

Al contrario, la continuità tra Roma, Costantinopoli (Nuova Roma) e Mosca (Terza Roma)⁵, passando per la teorizzazione di un 'Quinto impero' luso-brasiliano da parte del padre gesuita Antonio Vieira (1608-1697)⁶,

334 ss.; S. SCHIPANI, voce. *Diritto romano in Cina*, in *Treccani – XXI Secolo*, Roma 2009 (http://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29). Ricordo, poi, che, oltre alle numerose leggi speciali prodotte dal legislatore cinese su varie tematiche (dai principi generali, al contratto, ai diritti reali, alla responsabilità civile ecc.), dal 1° ottobre 2017 è in vigore in Cina la parte generale del Cc. civile cinese, approvata nel marzo 2017.

² Al contrario, secondo José Martí ingiustamente si fregerebbe di questo nome la «America del Norte, que ahoga en sangre a su hijos» (il riferimento, è ovvio, è allo sterminio degli indigeni nordamericani): cfr. il saggio *Nuestra América*, pubblicato da J. MARTÍ nella *Revista ilustrada de Nueva York* il 1° gennaio del 1891, poi più volte ristampato (io l'ho visto nella ed. curata da C. VITIER, Universidad de Guadalajara, 2002).

³ Sull'uso della denominazione 'Latina' per la popolazione di una parte del continente americano come arma di difesa, a partire dal 1851, della «'raza latina'» verso la «agresión de la 'raza anglosajona'», cfr. soprattutto M. QUIJADA, *Sobre el origen y difusión del nombre 'América Latina' (o una valoración heterodoxa en torno al tema de la construcción social de la verdad)*, in *Revista de Indias*, vol. 58, n. 214, 1998, 595 ss. e partic. 603 ss., e, più di recente, S. SCHIPANI, *Il diritto romano nel nuovo mondo*, in AA.VV., *Il diritto nei nuovi mondi. Atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di giurisprudenza. Genova, 5-7 novembre 1992*, a cura di G. VISENTINI, Padova, 1994, 96 ss. Per l'individuazione in America Latina di una 'razza cosmica', una sorta di 'quinta razza', cioè un agglomerato di tutte le razze esistenti nel mondo, che troverebbe il suo sviluppo in America Latina, senza riguardo al colore o alla origine, per fondare una nuova civilizzazione ('*Universopolis*': una sorta di 'era universale dell'umanità'), vd. J. VASCONCELOS, *La raza cósmica. Misión de la raza Iberoamericana. Notas de viajes a la América del Sur*, Madrid, 1925 (più volte riedito).

⁴ Cfr. A. SOMMA, *Le parole della modernizzazione latinoamericana. Centro, periferia, individuo e ordine*, Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series, n. 5, 2012, 1 ss. (<https://ssrn.com/abstract=2169420>), il quale combatte la tendenza a vedere nell'America Latina una periferia dell'Europa.

⁵ Cfr. C. TOUMANOFF, *Moscow the Third Rome. Genesis and Significance of a Politico-Religious Idea*, in *The Catholic Historical Review*, 30, 1955, 411 ss.; V.T. PASUTO, *Mosca – Terza Roma*, in *Da Roma alla terza Roma, Documenti e Studi*, I, Roma, Costantinopoli, Mosca, Napoli, 1983, 458 ss.; C. ALZATI, *Gerusalemme, Roma, Bisanzio: traslazioni di un ideale*, in AA.VV., *Roma antica nel Medioevo. Mito rappresentazioni, sopravvivenze nella 'Respublica Christiana' dei secoli IX-XIII. Atti della quattordicesima settimana internazionale di studio, Mendola, 24-28 agosto 1988*, Milano, 2001, 205 ss. Sul tema, merita ricordare i seminari *Da Roma alla terza Roma* organizzati annualmente in Campidoglio da oltre tre decenni nella ricorrenza del Natale di Roma dal *Centro Studi Giorgio La Pira del CNR – 'Sapienza' Università di Roma*, di cui le anime sono P. Catalano e P. Siniscalco.

⁶ Come è noto, la teoria del Quinto impero prende le mosse da una lettera, variamente 'intitolata' (il nome più diffuso era *Esperança do Portugal, Quinto Império do mundo*) spedita dal Brasile da Vieira al vescovo del Giappone, André Fernandes il 29 aprile 1659,

fino al tentativo di identificare in Rio de Janeiro una 'Roma americana' a partire già dal giurista brasiliano José da Silva Lisboa⁷, costituiscono un fondamentale snodo, anche giuridico, che è impossibile ignorare anche da parte di chi non si dedica specificatamente allo studio del diritto, e del diritto romano in particolare⁸.

Valga per l'America Latina quanto già Paul Koschaker avvertiva per l'Europa: questo giurista, con una frase che poi è divenuta famosissima, quasi una sorta di aforisma, avvertiva che «l'Europa non è un dato di fatto

nella quale egli, in tono consolatorio, rielabora la profezia del profeta Daniele a proposito del sogno di Nabucodonosor, profetizzando l'avvento di un quinto impero, portoghese e cristiano (ma che Vieira stesso collega all'impero romano: «Assim que, considerando todo o corpo do Império Romano e todas as suas empresas, os fortes dos Romanos foram os Cipíões, os Pompeus, os Césares, os Augustos; os fortíssimos foram os Espanhois, e entre esses Espanhois os fortíssimos dos fortíssimos foram os Portugueses»; A. VIEIRA, *História do Futuro*, cito dalla ed. curata da M.L. CARVALHÃO BUESCU, Lisboa, 1992², 271 ss.; cfr. anche S. PELLOSO, *Antonio Vieira e l'inquisizione: il Quinto Impero e il problema della continuità dell'impero romano*, in *Roma, Lisbona, Brasilia tra antichità e futuro. Diritto e profezia nel pensiero di Antonio Vieira*, Roma, 1998, 1 ss.), il quale, secondo Vieira, dopo quelli degli Assiri, dei Persiani, dei Greci e dei Romani, sarà destinato a dominare il mondo; la dozzina di 'mezzi fogli' che contengono la profezia finiscono (ma principalmente la *História do futuro*, pubblicata postuma nel 1718) per avere un impatto devastante per Vieira, che sarà sottoposto all'inquisizione, e, soprattutto, finiranno per avere esiti imprevedibili e imprevedibili nella storia seguente, fino a far nascere un vero e proprio movimento messianico, il sebastianismo (cfr. G. LANCIANI, *Il sebastianismo: un sogno che nasce come logos*, in *Sogno e scrittura nelle culture iberiche*, Atti del XVII Convegno dell'Associazione degli Ispanisti italiani [Milano, 24-25-26 ottobre 1996, I, Roma, 1998, 339 ss.]), che in Brasile condurrà a esiti inimmaginabili, come la 'Guerra de Canudos', raccontata da Euclides da Cunha nel suo famoso *Os Sertões*, São Paulo, 1902, e si porranno alla base del pensiero di molti studiosi e uomini di cultura successivi (tra cui lo scrittore portoghese Fernando Pessoa e il peruviano Mario Vargas Llosa entrambi, come è noto, insigniti del premio Nobel per la letteratura, il filosofo Agostinho da Silva o il regista cinematografico Manuel de Oliveira); per orientarsi sulle vicende, non prive di tragicità, del padre Vieira, nonché sugli esiti messianici della sua 'profezia' nel vecchio e nel nuovo mondo, cfr. S. PELLOSO, *Messianesimo e profezia: dal sebastianismo al Quinto impero di Antonio Vieira*, in AA.VV., *Civiltà letteraria dei Paesi di espressione portoghese. Il Portogallo: dalle origini al Seicento*, a cura di L. STEGAGNO PICCHIO, Firenze, 2001, 557 ss.; ID., *Antonio Vieira e l'impero universale*, Viterbo, 2014 (eBook); per alcuni profili giuridici coinvolti, cfr. anche P.L. CARBONE, *Latin American System, in Comparazione e diritto civile* (http://www.comparazioneDirittocivile.it/prova/files/carbone_latino.pdf), 14 ss.

⁷ Cfr. I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano. Una verifica*, Torino, 2011, 11 nt. 29. Sulla 'nuova Roma nelle Indie', vestita di carne india e negra per costruire una 'enorme latinità', vd. anche D. RIBEIRO, *O Povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, São Paulo 1995², 265; ID., *Siamo noi i neo-romani*, in *L'illustrazione italiana*, 44, 1987, 48.

⁸ Cfr., per es., M. CACCIARI, *L'epoca della globalizzazione*, in G. TORRESETTI (a cura di), *Diritto, politica e realtà sociale nell'epoca della globalizzazione. Atti del XXIII Congresso nazionale della Società italiana di Filosofia giuridica e politica. Macerata, 2-5 ottobre 2002*, Macerata 2008, 50 (= ID., *Pensare la globalizzazione*, in *Bioetica, globalizzazione ed ermeneutica. L'impegno critico della filosofia nel mondo contemporaneo*, a cura di F. MINAZZI-L. NORASCO, Milano, 2007, 82).

geografico e naturale, bensì un prodotto della storia»⁹. Così, allo stesso modo di 'Europa', la denominazione 'America Latina' non è destinata a individuare una realtà meramente geografica o etnica, ma piuttosto esprime un concetto polisemico e poliedrico, al punto da riunire in sé elementi di comunanza dal punto di vista sociale, politico, religioso, ma anche (per quello che qui rileva direi: soprattutto) giuridico¹⁰.

Del resto, l'America Latina costituisce da sé sola praticamente un intero continente, con le sue comunanze di vita, di lingua, di costumi sociali, ma anche con le sue specificità e le diversità dei popoli che lo compongono. Da Simon Bolívar a José Martí a José de San Martín; da Pablo Neruda a Luis Borges, da Julio Cortázar a Gabriel García Marquez, da Mario Vargas Llosa a Eduardo Galeano; da José Vasconcelos a Leopoldo Zea, da José Enrique Rodó a Roberto Fernández Retamar, da Frida Khalo e Diego Rivera a Oswaldo Guayasamín, la multiculturalità, la multiethnicità, il sincretismo di idee e tradizioni diverse rappresentano, nei diversi campi dei saperi e delle scienze, la forza stessa di quell'identità culturale latinoamericana¹¹, che questi popoli da sempre tentano di usare come arma di resistenza contro le tendenze imperialiste e interventiste dello scomodo vicino del Nord¹², sempre pronto, sulla scorta della dottrina Monroe (e del successivo 'corollario Roosevelt')¹³, a far sentire la propria presenza diretta-

⁹ Cfr. P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1947, cito dalla trad. it. di A. BISCARDI, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962, 9.

¹⁰ F. LORUSSO, *L'invenzione dell'America Latina (e del latinoamericanismo)*, pubblicato il 13 gennaio 2010 in *Carmilla. Letteratura, immaginario e cultura d'opposizione* (<https://www.carmillaonline.com/2010/01/13/l'invenzione-dellamerica-latina>).

¹¹ Come è ovvio, il tema della identità culturale latinoamericana, che prende le mosse dall'opera di José Martí (*supra*, nt. 2), ma trova uno sviluppo significativo nel Calibano del cubano Roberto Fernández Retamar (cfr. J. FERNÁNDEZ RETAMAR, *Calibán*, in *Casa de las Américas*, 68, 1971, più volte ristampato; io l'ho visto nella trad. it. in ID., *Calibano. Saggi sull'identità culturale dell'America Latina*, Firenze, 1992, ma vd. anche ID., *Note towards a Discussion of Culture in Our America*, in *The Massachusetts Review*, 15, 1974, 7 ss.), è troppo vasto per essere qui affrontato; per orientarsi, dopo D. RIBEIRO, *La cultura latinoamericana*, in *Cuadernos de cultura latinoamericana*, 6, 1978, cfr. E. SARAIVA, *La identidad cultural latinoamericana*, in *Casa del Tiempo (México)*, vol. 6, n. 41, junio 1984; J. VERGARA ESTÉVEZ-J. VERGARA DEL SOLAR, *Cuatro tesis sobre la identidad: una reflexión sociológica*, in *Rev. de ciencias soc.* (Univ. A. Prat, Chile), 12, 2002, 77 ss.; C. TÜNNERMANN BERNHEIM, *América Latina: identidad y diversidad cultural. El aporte de las universidades al proceso de integración*, in *Polis. Rev. Latinoamericana*, 18, 2007; per un approccio che tenda alla sua valorizzazione come mezzo per opporsi al dilagante fenomeno della globalizzazione vd. S. SOSA FUENTES, *La identidad cultural latinoamericana en José Martí y Luís Villoro: Estado plural, autonomía y liberación en un mundo globalizado*, in *Rev. mex. de ciencias pol. y soc.*, vol. 52, n. 208.

¹² Sul modo in cui questa *identidad* si è coagulata a volte in un sentimento 'anti-americano' (nel senso di 'anti-USA'), vd. A.B. TICKNER-C. CEPEDA-M.-J.L. BERNAL, *Anti-americanismo, pro-americanismo y sentido común en América Latina*, in *Foro internacional*, 55, n. 3, 221, 2015, 805 ss.

¹³ Gli Stati Uniti hanno sempre considerato la parte sud del loro continente come un in-

mente (come nella guerra contro il Messico del 1846, o nell'aggressione a Cuba nel 1898 o alla Baia dei Porci nel 1961, o negli interventi in Guatemala nel 1954 [mediante il finanziamento della CIA alle armate del generale Carlos Castillo Armas per rovesciare il governo di Jacopo Arbenz], a Santo Domingo nel 1965 [per evitare il rientro del presidente Juan Bosch], o a Panama, in tempi a noi più vicini) o indirettamente, come in Cile, a El Salvador, o in Nicaragua, negli anni '70-'80 del secolo appena concluso¹⁴.

2. Il sistema giuridico latinoamericano all'interno del sistema giuridico romanistico

Dal punto di vista giuridico, che è quello che qui interessa maggiormente valorizzare, di pari passo con l'affrancamento dell'identità latinoamericana da una costruzione che la valuti come una sorta di periferia del centro, costituito dall'Europa (*supra*, nt. 4), viaggia l'affermazione e il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano, all'interno del più ampio sistema giuridico romanistico.

Quest'ultimo costituisce, a mio avviso, la cornice più ampia entro il quale il primo va inserito e contestualizzato. Non è utile qui trattarsi sulla

sieme di nazioni da trattare con misure paternalistiche e nella quale intervenire quando la «minaccia comunista» poteva minare in qualche modo i loro interessi: cfr. R. NIXON, *Real Peace*, cito dalla trad. it. *La pace a muso duro. Trattare da posizioni non di forza ma di equilibrio. La pace senza aggettivi non basta*, Milano, 1984, 102, il quale afferma che, aiutando i paesi latinoamericani «serviremo gli interessi dei popoli dell'America Latina e serviremo parimenti i nostri interessi, privando i comunisti degli argomenti che sfruttano per conquistare il potere e imporre una nuova tirannia». Esemplicative di questo atteggiamento sono anche le parole del Presidente nordamericano William Howard Taft (1857-1930) nel 1912: «non è lontano il giorno in cui l'intero emisfero sarà nostro di fatto, come lo è già moralmente, grazie alla nostra superiorità razziale»: sul punto, cfr. P.F. GALGANI, *Stati Uniti e America Latina. Dalla dottrina Monroe ai rapporti tra G.W. Bush e Chávez*, Milano, 2007, 10; di una 'guerra combattuta in America Latina contro il comunismo' parlava nel 1954 un altro presidente statunitense, Dwight Eisenhower (1890-1969): cfr. G. RABE, *Eisenhower and Latin America. The Foreign Policy of Anti-Comunism*, Chapel Hill and London, 1988, 71. In tema, cfr. anche M. PANEBIANCO, *L'internazionalismo bolivariano e l'integrazione degli Stati in America Latina*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 50, n. 3 (199), 1983, 411, il quale afferma che «certamente nella prima parte del secolo il panamericanismo è stato sinonimo di egemonia continentale degli USA sui latinoamericani».

¹⁴ Cfr. A.F. LOWENTHAL-F.G. MOSTAJO, *Estados Unidos y América Latina 1960-2010: de la pretensión hegemónica a las relaciones diversas y complejas*, in *Foro internacional*, 50, n. 3/4 (201/202), 2010, 552 ss.; S. LOAEZA, *Estados Unidos y la contención del comunismo en América Latina y en México*, in *Foro internacional*, 53, n. 1 (211), 2013, 5 ss. Più in generale, sui rischi dell'imperialismo nordamericano, cfr. ora N. CHOMSKY, *Egemonia o sopravvivenza. I rischi del dominio globale americano*, Milano, 2005.

formazione del sistema¹⁵, che altri, prima e meglio di me hanno contribuito a delineare¹⁶: in breve, possiamo dire che esso trova il suo punto di scaturigine nel corpo normativo raccolto da Giustiniano nel VI secolo d.C. (il c.d. *Corpus iuris civilis*) per costruire un 'tempio della giustizia' e quasi una 'cittadella del diritto'¹⁷; già nella mente dell'imperatore romano esso era destinato, grazie al suo continuo¹⁸ rinnovamento e adeguamento fondato sull'opera insostituibile del giurista (cioè – meglio – dei giuristi delle varie epoche che lo hanno costantemente re-interpretato e adeguato alla realtà del loro tempo)¹⁹, a valere sempre, senza limiti spaziali²⁰ né temporali (*in omne aevum valituras*)²¹, tendenzialmente per tutti i popoli che abitavano o avrebbero abitato l'Orbe terraqueo.

¹⁵ La parola 'Sistema', che si riallaccia al termine greco σύστημα che si legge in *Const. Dé-doken* 7, molto opportunamente si trova ripresa già nel notissimo F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 voll., Berlin 1840-1849 (= ID., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, Torino 1889-1898). In tempi a noi più vicini, essa si legge in J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967², 83; questi afferma di mutuarla dal giurista giapponese Nobushige Ozumi (*Lectures on the new Japanese Civil Code as material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Tokio, 1912²; dell'opera esiste anche una trad. it., che io però non ho potuto vedere), il quale, però, mi pare (vd. pp. 35 ss.) usi la parola non nel senso qui considerato, ma piuttosto come equivalente di una delle cinque 'famiglie' (tra cui quella romana, quella cinese e quella tedesca) in cui il diritto nel mondo andrebbe a suo avviso articolato; invece, secondo Basadre, «sistema son unidades que presenta determinado grupo de instituciones, normas y principios, que poseen líneas de ascendencia común que sobrepasa las limitaciones de tipo nacional o continental»; sulla diatesi 'sistema-ordinamenti' vd., poi, soprattutto P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 18, 2004, 19 ss. (= in *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Roma, 2005, 18 ss.).

¹⁶ Per il riconoscimento del sistema giuridico romanistico mi limito qui a rinviare a S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24/2007, 3 ss. Invero l'espressione 'sistema romanistico' si legge già in T. ASCARELLI, *Diritti dell'America Latina e dottrina italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 909, ma non certo nell'accezione qui considerata.

¹⁷ Cfr. *Const. Deo auctore*, 5: ... oportet eam pulcherrimo opere extruere et quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare ... (... è necessario, con opera mirabile, costruirla e quasi consacrare un tempio proprio e santissimo alla giustizia: vd. Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. *Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I, a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2005, 24).

¹⁸ Continuamente, giorno per giorno (= *cottidie*), per usare le parole del giurista romano Pomponio: cfr. D. 1,2,2,13.

¹⁹ Per una forte sottolineatura dell'indispensabilità dell'opera del giurista, a rompere gli schemi imposti dallo statual-legalismo, e per tendere verso «un sistema universalisticamente orientato», vd. S. SCHIPANI, *Premessa*, in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, cit., XXVI s.

²⁰ Vd. *Const. Tanta/Dédoken*, 24.

²¹ Cfr. *Const. Tanta/Dédoken*, 23. Lo stesso Giustiniano, nella Costituzione *Deo auctore*, non manca di richiamare l'eternità come metro di misura dell'intera propria opera giuridica: *Const. Deo auct.* 14: ... ut codex consummatus et in quinquaginta libros digestus nobis offeratur in maximam et aeternam rei memoriam ... (... affinché questo codice completato e distribuito in ordine in cinquanta libri ci sia offerto in memoria, altissima ed eterna ...): *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae*, I, cit., 28.

3. Il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano

Per (sotto)sistema giuridico latinoamericano²² intendo quell'insieme di principi, istituti e norme che accomunano i popoli che vivono dal Rio Bravo ad Ushuaia e che, prendendo le mosse dal *Corpus* giustiniano sopra descritto, attraverso diverse tappe, che partono dal *Liber iudiciorum*, e poi dal *Fuero Juzgo* e dalle *Siete Partidas*, incamminandosi lungo un ricchissimo percorso giuridico, trovano un punto di arrivo (invero tutt'altro che insuperabile) nei Codici e nelle Costituzioni dei moderni Stati che occupano oggi questa area geografica²³.

L'affermazione e il riconoscimento del sistema giuridico latinoameri-

²² J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1956, 22 s. usava l'espressione 'iberoamericano', perché a suo avviso l'espressione 'latinoamericano' non includerebbe gli ordinamenti di Louisiana, Quebec o Haiti. Al contrario, le motivazioni per cui l'espressione 'latinoamericano' è da preferire ad altre (sudamericano, iberoamericano, dell'America Meridionale ecc.) sono ben espresse in F. LORUSSO, *L'invenzione dell'America Latina*, cit. (non ricordato, ma ripreso alla lettera da S. LANNI, s.v. *Sistema giuridico latinoamericano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ. – Agg. ******, Torino, 2016, 712 s.); sulla valenza ideologica, ma anche politico-giuridica dell'espressione, vd. anche S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ. Aggiornamento ******, Torino, 2010, 310 s. Non condivido, pertanto, né l'impostazione di M. ROSTI, *Sull'esistenza di un sistema giuridico ibero-americano. La ricostruzione di un dibattito e prospettive di ricerca* (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2007/rostri1.pdf>), 3 nt. 6, la quale afferma essere sinonimiche le espressioni 'iberoamericano' e 'latinoamericano', né di P.L. CARBONE, *Latin American System*, cit., il quale, pur accogliendo nel titolo del suo contributo la locuzione proposta, la critica nel testo, sostenendo che essa rifletterebbe una «visione anti-inglese». Infine, assolutamente incomprensibile mi appare il rifiuto della locuzione da parte di G. HAMZA, *L'influsso delle tradizioni del diritto romano e del diritto europeo-continentale sugli ordinamenti giuridici extra-europei – Rassegna globale*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014, il quale, adoperando come categorie ordinatrici i concetti di 'America del Sud' e 'America Centrale', è costretto a precisare (vd. nt. 20) di dovere, a scapito della geografia, includere il Messico all'interno dell'America del Sud, in ragione delle tradizioni giuridiche proprie di questo Paese, cosa che però poi nel testo non fa.

²³ Sulla rete di reciproche influenze, nonché sulle peculiarità dei Cc. latinoamericani, fondamentale rimane A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX* (Santiago [Chile] 2000); e poi O. MORETEAU-A. PARISE, *Recodification in Louisiana and in Latin America*, in *TLR*, 83, 2009, 1103 ss. e in particolare 1121 ss.; C. SORIANO CIENFUEGOS, *Circulación de modelos y centralidad de los Códigos civiles en el derecho privado latinoamericano*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46, n. 136, 2013, 125 ss.; sulle Costituzioni latinoamericane degli ultimi decenni, e sul modello di democrazia 'partecipante' da esse proposto, che prevede anche il riconoscimento dell'identità indigena (vd. *infra*, § 5), cfr. soprattutto R. VICIANO PASTOR (a cura di), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Valencia, 2012, con cui cfr. M. CARDUCCI, *Epistemologia del Sud e costituzionalismo dell'alterità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 319 ss.; M. PETTERS MELO, *Neocostituzionalismo e 'nuevo constitucionalismo' in America Latina*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, 342 ss.; S. BAGNI, *Dal Welfare State al Caring State?*, in AA.VV., *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, a cura di S. BAGNI, Bologna, 2013, 19 ss.

cano rimontano certamente alla impostazione con cui già il grande giurista brasiliano Clovis Beviláqua²⁴ superava le costruzioni eurocentriche al tempo diffuse²⁵, ma ancora oggi non del tutto superate (vd. *supra*, § 1). La sua valorizzazione e la sua continua rivalutazione è però opera encomiabile della dottrina, europea e latinoamericana, dell'ultimo cinquantennio: meritano una speciale menzione l'argentino Augustín Díaz Biale²⁶, gli spagnoli José Castán Tobeñas²⁷ e José Maria Castán Vázquez²⁸, il tedesco Hermann Heichler²⁹ e altri³⁰.

In Italia la nozione appare introdotta per la prima volta grazie agli stu-

²⁴ Cfr. C. BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, San Salvador de Bahía, 1897², 101 ss.; non molti anni dopo, il giurista brasiliano A. SARAIVA DA CUNHA LOBO, *Curso de direito romano*, III, *Influencia universal do direito romano*, Rio de Janeiro, 1931, cito dalla rist. Brasilia, 2006, Edições do Senado Federal, vol. 78, 552 ss. parla di «direito iberoamericano».

²⁵ Per l'individuazione di un modello che, riconoscendo soltanto tre aree geopolitiche mondiali (Nord Europa [con annessa l'America settentrionale]; Europa centrale e Europa meridionale), escludeva non solo l'America Latina, ma l'intera area euroasiatica, cfr. E. GLASSON, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principaux pays de l'Europe précédée d'un aperçu sur le droit civil moderne. Étude de législation comparée*, Paris, 1880², 6.

²⁶ A. DÍAZ BIALET, *La recepción del derecho romano en la Argentina*, Córdoba, 1951; ID., *La fortuna y el valor práctico de la obra de Accursio en el derecho común americano*, in *Atti del convegno internazionale di Studi accursiani*. Bologna, 21-26 ottobre 1963, III, Milano 1968, 1007 ss.; ID., *La transfusión du droit romain*, in *RIDA*, 18, 1971, 471 ss., ID., *Influencia del derecho romano en el derecho positivo de la Argentina. Acerca de la transfusión del derecho romano*, in *Romanitas*, 10, 1970, 235 ss.

²⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos*, cit.

²⁸ J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema jurídico iberoamericano*, in *Mundo hispanico*, 157, 1968, 209 ss.; ID., *El sistema del derecho privado iberoamericano*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, 6, Pamplona, 1969, 157 ss.

²⁹ Cfr. H. EICHLER, *Die Rechtskreise der Erde*, in *Estudios de derecho civil en honor del prof. Castán Tobeñas*, IV, Pamplona, 1969, 309 ss.; ID., *Gesetz und System*, Berlin, 1970, part. 42 ss. e 94 ss.; ID., *Codificación del derecho civil y teoría de los sistemas de derecho (Algunas consideraciones acerca de un futuro sistema del derecho civil)*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 68, 1973 229 ss.; ID., *Privatrecht in Lateinamerika*, in *Aus Österreichische Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Fs. für E.C. Helbling zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1981, 502 ss.

³⁰ F. DE SOLA CAÑIZARES, *Iniciación al derecho comparado*, Barcelona, 1954, 176 raccoglie i Paesi latinoamericani all'interno di un più vasto raggruppamento, da lui denominato dei 'Paesi occidentali'; più utile appare la lettura di J.L. DE LOS MOZOS, *Perspectiva y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano*, in *Revista de derecho privado*, Madrid, 1976, 773 ss. (= in ID., *Derecho civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*, Madrid, 1988, 129 ss.); ID., *Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1/1996, 29 ss.; D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Sobre la existencia de una familia jurídica latinoamericana*, in *Anuario jurídico y económico escurialense*, 27, 1994, 75 ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho romano y sistema jurídico iberoamericano*, in J.L. IGLESIAS PRADA (a cura di), *Estudios jurídicos en homenaje al prof. A. Menéndez*, IV, Madrid, 1996, 4181 ss.; A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, cit., 187 ss.

di di Pierangelo Catalano negli anni '70 del secolo appena trascorso³¹, e poi riproposta da questo studioso in vari ambiti di ricerca³²; essa, poi, ha trovato grande accoglienza soprattutto nella dottrina romanistica italiana³³, mentre nell'area del diritto comparato italiano³⁴, salvo rare e felici

³¹ Credo che la prima iniziativa che individuò un sistema giuridico latinoamericano risalga al Programma scientifico presentato da Catalano al CNR nel 1973 (*Elementi di resistenza [di origine romanistica] del sistema giuridico latino-americano: gli esempi di Guatemala, Costa Rica, Venezuela e Colombia*), di cui dà conto lo stesso a. in Id., *Diritto romano e paesi latinoamericani*, in *Labeo*, 20, 1974, 433 s.; ma poi, sempre nella decade degli anni '70, vd. già Id., *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6, 1976, 87 ss. (= in Id., *Diritto e persone*, I, Torino, 1990, 121 ss.); Id., *Derecho romano y Países latinoamericanos*, in *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 1979 637 ss.

³² Cfr. P. CATALANO, *Diritto romano, sistemi giuridici, diritto latinoamericano*, in *Studia in honorem E. Pólay*, Szeged, 1985, 167 ss.; Id., *Sistemas jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano*, in *Direito e Integração: experiência latino-americana e européia*, Brasília, 1981, 17 ss. (= in spagnolo in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, 161 e ss.); Id., *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, in *Elementi di unità e resistenza del sistema giuridico latinoamericano*, CNR – Progetto Italia-America Latina, Roma, 1989, 1 ss.; Id., *Identidad jurídica de América Latina: derecho romano y sistema latinoamericano*, in *Revista de investigaciones jurídicas*, 15, México, 1991 101 ss.

³³ Vd. soprattutto i tanti lavori di Sandro Schipani, più volte citati (vd. anche S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni [intervento di salute]*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 19/20, 2005, 711 ss. [= in *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Roma, 2005, 711 ss.]), ma anche gli studi di Riccardo Cardilli (tra i quali mi limito a qui citare R. CARDILLI, *La buona fede come principio di diritto dei contratti: diritto romano e America Latina*, in *Studi in onore di A. Burdese*, I, Padova, 2003, 283 ss. [= in *Roma e America. Diritto romano comune*, 13/2002, 123 ss.] e il recente volume *Nuovo Codice civile argentino e sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. CARDILLI-D.F. ESBORRAZ, Padova, 2017), di Massimiliano Vinci (M. VINCI, *L'azione di regolamento di confini in America Latina: la coerenza del sistema giuridico latinoamericano ed il superamento dello 'snaturamento dommatico' dell'azione: gli esempi del Brasile e dell'Argentina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 23/2007, 31 ss.); di Emanuela Calore (E. CALORE, *La caratteristica in rem scriptam dell'actio quod metus causa e la rilevanza della violenza e del dolo del terzo nei Codici civili latinoamericani*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 27/2009, 133 ss.). Mi sia consentito di aggiungere a questo elenco anche alcuni miei lavori: cfr. A. SACCOCCIO, *La cd. datio in solutum necessaria nel sistema giuridico romanistico*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 14/2002, 16 ss.; Id., *L'evizione della res in solutum data nel sistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 24/2007, 257 ss.; Id., *Mutuo reale e mutuo consensuale nel sistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 27/2009, 101 ss., oltre ai lavori dei colleghi bresciani Giovanni Turelli e Stefano Liva, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 37/2016, rispettivamente 165 ss. e 167 ss.

³⁴ All'estero, la situazione si colora di sfumature diverse: cfr., ad es., i lavori dei civilisti colombiani F. HINESTROSA, *Derecho romano, tradición romanista y América Latina*, in *Revista de derecho privado*, 25, 2013, 3 ss.; ed E. CORTÉS MONCAYO, *La culpa en el sistema jurídico latinoamericano*, Bogotá, 2001; o i volumi *La persona en el sistema jurídico latinoamericano: contribuciones para la redacción de un Código civil tipo en materia de persona*, Bogotá, 1995; *Sistema jurídico romanístico e sub sistema jurídico Latino-Americano*, São Paulo, 2015, curato dal professore di diritto commerciale D. BORGES DOS SANTOS DE ARAUJO e da S. SCHIPANI, (http://www.ultravioletadesign.com/archivos_saida/SISTEMA_JURIDICO_ROMANISTICO_E_SUBSISTEMA_JURIDICO_LATINO-AMERICANO_2.pdf), con contributi di vari studiosi latinoamericani dediti allo studio di varie tematiche giuridiche.

eccezioni³⁵, si è deliberatamente scelto di ignorare (o, quantomeno, si sono colpevolmente sottovalutate) le peculiarità degli sviluppi giuridici in questo pur importante ambito³⁶.

Lo stesso vizio mi pare affetti la recente fioritura di studi giuridici latinoamericanisti in Nord America: da questi studiosi l'America Latina viene vista non come una parte di un comune sistema, ma piuttosto come una sorta di corpo esterno da studiare 'dal di fuori', con limitate possibilità non solo di intervento, ma perfino di discussione³⁷, mentre fenomeni moderni come la 'globalizzazione' o la 'decodificazione' vengono letti come un tributo pagato a posteriori dall'America Latina all'Europa³⁸, o come un 'seppellimento' dell'eredità del *Code Napoléon* (e quindi, di riflesso, del diritto romano)³⁹, sebbene tali sviluppi non colpiscano affatto i principi e i valori sui quali il sistema, come visto, si fonda.

³⁵ Cfr. soprattutto D.F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, 25 s.; ID., *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista (I) e (II)*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 21, 2006, 5-56 e 24, 2007, 33-84 e I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, cit., dove è facile reperire altra bibliografia di aa. che condividono questa impostazione di metodo.

³⁶ Per non fare che pochi esempi soltanto, peraltro di opere estremamente conosciute e diffuse, l'America Latina non trova posto in P. AMINION-B.B. NOLDE-M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, I, Paris, 1950, 42, mentre in A. MALMSTRÖM, *System of Legal Systems. Notes on a Problem of Classification in Comparative Law*, Scand. Stud. in Law, 1969, 127 ss., in K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, I, *Grundlagen*, Tübingen, 1984 cito dalla trad. it. *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, Milano, 1998, 76 ss., e in A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998², seguendo sostanzialmente l'impostazione delle famose 'famiglie' di René David (vd. ora R. DAVID-C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. della 11^a ed., Padova, 2004, 22 ss.) l'intera area latinoamericana viene sì assimilata alla 'famiglia romano-germanica', ma senza riconoscere ad essa alcuna specificità (David, però, sottolineava già nel 1956 la necessità di approfondire lo studio del tema: cfr. R. DAVID, *L'originalité de droits dans l'Amérique Latine*, Paris, 1956, 5 ss. [poi anche in ID., *Le droit comparé: droit de d'hier, droits de demain*, a cura di A. TUNC, Paris, 1982, 161 ss.]).

³⁷ L'impostazione è chiarissima, ad es., in J.L. ESQUIROL, *Symposium: Legal Latin Americanism*, in *Yale Human Right Development Law Journal*, 16, 2013, 145 ss., il quale propugna addirittura l'applicazione di due distinte epistemologie, una per il «Legal Latin Americanism» (cioè per gli studi sul diritto latinoamericano condotti da studiosi non appartenenti a Paesi di quell'area: per l'a., in buona sostanza, si tratta soltanto di studiosi nordamericani) e una, differente, per il «legal discours in Latin America» (cioè per gli studi condotti da latinoamericani, che, a giudizio dell'a., si presentano come frammentari e non coesi).

³⁸ Cfr. J.L. ESQUIROL, *The Fictions of Latin American Law*, in *Utah Law Review*, 1997, 426 ss.: secondo questo a., in sostanza, il diritto latinoamericano (sia dottrinario che giudiziario) sarebbe affetto dal vizio di fondo di eccessivo formalismo (cioè a dire, riconoscerebbe un «unpragmatical and intractable legalism», che mina alla base qualsiasi tentativo di riforma), impedendo così, a causa di un non reciso cordone culturale con l'Europa, una (a sua avviso) corretta visuale del fenomeno giuridico, che dovrebbe essere dominata da una visuale non formalizzata e al tempo stesso relativizzata e sociologicamente orientata. Come si vede, una visuale esattamente opposta a quella qui presentata e che ben figura quello scontro di civiltà, ben descritto da Catalano (*infra*, nt. 60).

³⁹ Così cfr. M.C. MIRROW, *The Code Napoléon: Buried but Ruling in Latin America*, in *Denver Journal of International Law and Policy*, 33 2005, 179 ss.

4. Le specificità del sistema giuridico latinoamericano

Nel riconoscimento del sistema giuridico romanistico, molto opportunamente si deve concordare con chi si è sforzato di individuare la comunanza di radici con tra America Latina ed Europa, rispetto alla quale la prima presenta un unico spirito e una unica anima⁴⁰. Però non è possibile disconoscere le peculiarità che convincono, pur all'interno del comune sistema, a circoscrivere in qualche modo il continente latinoamericano⁴¹. Unificazione, integrazione e pluralismo giuridico⁴², universalità del diritto⁴³, riconoscimento dei diritti delle minoranze⁴⁴ e possibilità di valersi di un diritto proprio (*suis legibus uti*)⁴⁵ appaiono come alcuni semplici collari di questo postulato di base per l'America Latina.

⁴⁰ Quanto mai attuali e quasi profetiche appaiono infatti le parole pronunciate da Giorgio La Pira in un messaggio inviato nel 1974 in occasione del I Seminario Internazionale organizzato dall'ASSLA: Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica e anche in un certo modo sociale, economica e politica, che la scienza romana saldamente cementa e unifica – *unitas et pax orbis ex iure*»: cfr. *Quaderni latinoamericani*, 1, Firenze, 1977, 10.

⁴¹ Cfr. S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano*, cit., 722 ss. (= 722 ss.).

⁴² Cfr. A. GARCÍA GALLO, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española 1492-1824*, in AA.VV., *Latinidade da América Latina. Enfoques histórico-jurídicos*, a cura di L. DAL RI-A. DAL RI JR., São Paulo, 2008, 97 ss. (= in *Index*, 6, 1976 3 ss.); M. PANEBIANCO, *L'internazionalismo bolivariano e l'integrazione degli Stati in America Latina*, in *Rivista di studi politici internazionali*, 50, n. 3 (199), 1983, 197 ss.

⁴³ Un punto su cui la dottrina ha particolarmente insistito è la 'universalità' del diritto latinoamericano, in contrapposizione al nazionalismo degli ordinamenti europei; particolarmente significative appaiono le parole scritte addirittura nel 1949 da uno dei grandi maestri del diritto commerciale italiano, Tullio Ascarelli, secondo il quale (cfr. T. ASCARELLI, *Diritti dell'America Latina e dottrina italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 910 s., poi inserito nel vol. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952), nel giurista latinoamericano una minore attenzione alla finezza delle argomentazioni giuridiche «è certo compensata da una maggiore ricchezza di informazione internazionale, alla quale il giurista latinoamericano ricorre sempre largamente, mosso dalla convinzione dell'universalità del diritto e dell'esistenza di principi di ragione trasmessi ed elaborati dalla dottrina internazionale, ai quali presta omaggio fiducioso, credendo nei valori della Giustizia». Sul punto, cfr. anche H. VALLADÃO, *Le Droit latino-américain*, Paris, 1954, 11 s.; J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema jurídico iberoamericano*, in *Revista de Estudios políticos*, 157, 1968, 214 s.; ID., *El sistema de derecho privado iberoamericano*, in *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor José Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, 155 ss. (= in J. CASTÁN TOBEÑAS-J.M. CASTÁN VÁZQUEZ-R.M. LÓPEZ CABANA, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, 2002, 143 ss.); P. CATALANO, *Diritto romano e paesi latinoamericani*, in *Labeo*, 20, 1974, 434.

⁴⁴ A partire da M. GAYOSSO Y NAVARRETE, *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Veracruz, 1992.

⁴⁵ Cfr. S. SCHIPANI, *Suis legibus uti/Avvalersi delle proprie leggi*, in *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, a cura di S. LANNI, Napoli 2011, 439 ss. (= ID., *El principio del suis legibus uti o del valerse de las propias leyes*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 31/32, 2011, 139 ss.).

In Europa, la disgregazione dell'unità culturale nei singoli Stati nazionali, e le caratteristiche dello statual-legalismo, che hanno determinato una chiusura su se stessi dei singoli ordinamenti nazionali del vecchio continente, non impediscono di riscontrare una (non semplicemente affermata ma) dimostrata vitalità del diritto romano all'interno delle legislazioni nazionali, in considerazione della quale giustamente si è parlato del diritto romano come di un diritto vigente, ancorché non più effettivo⁴⁶.

Rispetto all'Europa, l'America Latina ha sofferto in misura minore i colpi dei nazionalismi giuridici. Nel nuovo mondo, il modello dello Stato nazionale si è impiantato, a partire dal XIX secolo, su una precedente ripartizione in unità amministrative, propria dell'organizzazione spagnola, e con una sostanziale assenza di nazioni⁴⁷, rivelandosi socialmente, culturalmente e politicamente inadeguato a offrire soluzioni 'giuste' ai problemi di democrazia e di giustizia che quelle popolazioni rivendicavano: da qui la sua diffusa instabilità, resa evidente a colpi di rivoluzioni e colpi di stato continui⁴⁸, ma soprattutto, per il punto di vista che qui interessa, la sua «mancanza di forza espansiva» per chiudere al suo interno il diritto, che, a differenza di quanto avveniva negli stessi anni in Europa⁴⁹, si è mantenuto ad un livello per così dire diffuso, sovranazionale⁵⁰.

Certamente fattori come la sostanziale comunanza di lingua, di religione, di usi e tradizioni, di sostrato delle classi dominanti, la comune lotta per l'indipendenza, la permanente resistenza contro continue invasioni o prevaricazioni, ecc. hanno favorito questo processo, che ha fatto sì che «Codici, leggi, sono rimasti immersi nel diritto comune preesistente, nel quale

⁴⁶ Cfr. P. CATALANO, *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6, 1976, 94 e poi ID., *Diritto e persona*, I, Torino, 1990, 91 ss. D'altra parte, sulla preesistenza del diritto ai magistrati incaricati di renderlo effettivo (*effectus rei accipitur*) vd. già *Pomp. l.s. ench.* D.1,2,2,13.

⁴⁷ Cfr. S. SCHIPANI, *A proposito di diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, in *Index*, 14, 1986, 6; A.C. WOLKMER, *Contribucões históricas sobre o direito na América Luso-Hispânica*, in AA.VV., *Latinidade da América Latina*, cit., 20 ss.; R. CAMPA, *L'America Latina. Un compendio*, Bologna, 2016.

⁴⁸ Cfr. R. CAMPA, *Perfil político de América Latina*, in *Revista de literatura hispánica*, 71/72, 2010, 360: «para algunos países del área, medio siglo de independencia no resulta suficiente para la instauración de un orden político estable».

⁴⁹ Sottolinea S. SCHIPANI, *A proposito di una proposta di codificazione dei 'principi generali del diritto latinoamericano' nell'art. VIII del Tit. prel. del Codice civile del Perù del 1984*, in *Scritti in onore di S. Galeotti*, II, Milano, 1998 (trad. sp. in *Código civil peruano. Diez años. Balance y perspectivas. Congreso internacional*, I, Lima, 1995, 13 ss.), cito da ID., *La codificazione del diritto romano comune*, rist. accresciuta, Torino, 1999, 179, che in Europa gli «Stati nazionali moderni si sono orientati ad una chiusura su se stessi, cercando di isolarsi rispetto alla dimensione comune del diritto romano, che veniva 'nazionalizzato', 'statalizzato'».

⁵⁰ Cfr. S. SCHIPANI, *Il codice civile spagnolo come ponte fra sistema latinoamericano e codici europei (Il rinvio ai principi generali del diritto)*, in *Riv. dir. civ.*, 40/2, 1991, I, cito da ID., *La codificazione del diritto romano comune*, cit., 137.

erano stati concepiti», senza essere involucrati nel sistema-Stato⁵¹. Però è altrettanto vero che il retroterra, così come sopra brevemente schizzato, permette al giurista e al romanista latinoamericano, al netto dei vari tentativi di unificazione del diritto privato che l'area latinoamericana ha conosciuto nel tempo⁵², di assumere un ruolo critico e diverso rispetto al suo omologo europeo, alla luce del quale l'esperienza romana non è valutata come un semplice antecedente storico della sua attualizzazione moderna, ma piuttosto come una esperienza sicuramente antica, ma viva e vitale nell'attualità⁵³.

5. *Il sistema giuridico latinoamericano e il bloque romano-ibérico-indígena*

Numerosi e documentati sono stati nel tempo i tentativi di unificazione di quest'area geografica, a partire già dalla *Carta de Jamaica* del 1815 e dal Discorso di Angostura del 1819, in cui il *libertador* Simón Bolívar sottolineava le ragioni di unità del subcontinente⁵⁴, e passando per i tanti Congressi (Panama 1826, Lima, 1847 e poi 1864; Santiago del Cile, 1856) e per la *Sociedad de la Unión Americana de Santiago* del 1862⁵⁵; dal punto di vista dell'unificazione giuridica, mi limito qui a ricordare, tralasciando forme associazionistiche pur importantissime, come il Patto andino, il SELA, il MERCOSUR, ecc., il c.d. *Código Bustamante* del 1928⁵⁶ e le più recenti esperienze dei 'Codici tipo' (sui quali vd. *infra*, nt. 67).

Ma anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali non si fatica a percepire forti ragioni di congiunzione. I principi e i valori veicolati nel sistema latinoamericano dal diritto romano (solidarietà; anti-individualismo; *favor debitoris*; *fides*; *bona fides*; *humanitas*, ruolo della persona uma-

⁵¹ Cfr. ancora S. SCHIPANI, *Römisches Recht, Unabhängigkeitsrevolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika*, in *Studia in honorem V. Pólay septuagenarii*, Szeged, 1985, 355 ss.; ID., *Il codice civile spagnolo come ponte*, cit., 137.

⁵² Vd. *infra*, il § seguente.

⁵³ Cfr. S. SCHIPANI, «*Sétimo Congreso Latino-Americano de Direito Romano*», in *Index*, 19, 1991, 664 s.

⁵⁴ «Es una idea grandiosa pretender formar de todo el mundo nuevo una sola nación, con un solo vínculo que ligue sus partes entre sí y con el todo. Ya que tiene un origen, una lengua, unas costumbres y una religión, debería por consiguiente tener un solo gobierno que confederase los diferentes estados que hayan de formarse»: S. BOLÍVAR, *Carta de Jamaica*, 6 de septiembre de 1815.

⁵⁵ Cfr. J.F. BILLION, *Il federalismo latinoamericano*, in *Il federalista*, a. 35, n. 1, 1993, 21 ss.

⁵⁶ Cfr. A.M. GARRO, *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n. 3, 1992, 587 ss.

na, ecc.), mediante un'opera di 'transfusión'⁵⁷, o di compenetrazione di reciproche influenze⁵⁸, si sono infiltrati all'interno delle singole legislazioni dei Paesi latinoamericani⁵⁹, saldandosi con i diritti dei popoli indigeni⁶⁰ in un blocco coeso e unitario, che giustamente è stato definito 'bloque romano-ibérico-precolombino', a cui ben può estendersi la denominazione di 'indígena'⁶¹ e che solo banalizzando la storia e le categorie dogmatiche a essa connesse può essere letto con la chiave moderna del 'legal transplant'⁶².

La dottrina europea e latinoamericana ha curato e cura continuamente il rinnovo e l'adeguamento alla vita concreta di tale *bloque*: il diritto romano, che innegabilmente ne costituisce la base viva⁶³, viene così adeguatamente

⁵⁷ Il primo a parlare di 'trasfusione' del diritto romano negli ordinamenti latinoamericani è stato l'argentino Augustín Díaz Biale (vd. *supra*, nt. 26); successivamente vd. soprattutto S. SCHIPANI, *I codici latinoamericani della «transfusión» del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo»*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, 645 ss.

⁵⁸ Cfr. A. GARCÍA GALLO, *La penetración de los derechos europeos*, cit., 97 ss. (= 3 ss.).

⁵⁹ Cfr. L. LABRUNA, *Tra Europa e America Latina: principii giuridici, tradizione romanistica e 'humanitas' del diritto*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 17/2004, 17 ss. e particolarmente 22 ss. (= in *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité*, III, *Hommages à M. Clavel-Lévêque*, Besançon, 2004, 36 ss. e particolarmente 44 ss.).

⁶⁰ La cui meritevolezza è stata sancita anche dalla Dichiarazione 61/295 del 13 settembre 2007 delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni: cfr. V. ZAMBRANO, *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni*, in *La Comunità*, 2009, 55 ss.

⁶¹ Cfr. P. CATALANO, *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericana. A propósito del "bloque romano-indígena", de Xalapa 1974 a Morelia 2006*, in J.L. CUEVAS GAYOSSO (a cura di), *Estudios en Homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, Veracruz, 2009, 23 ss.

⁶² Così cfr., invece, J.A. TITO AÑAMURO, *Bases para un ius commune privado latinoamericano: breve análisis de objeciones y materiales jurídicos*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 49, n. 146, 2016, 253 ss., il quale individua addirittura un «primero legal transplant del nuevo mundo» nella recezione del diritto romano portato dagli spagnoli, e un secondo *transplant* nella recezione operata dai codici, con la conseguenza negativa (a suo avviso), di «dejar en las sombras toda ingenería de conocimiento jurídico auténtico, es decir, la del derecho indígena». Sul concetto di *legal transplant* (o *legal borrowing*), qui decisamente rifiutato in favore di quello di 'transfusión' (vd. *supra*, 57; ma per delle critiche, vd. già G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law End Up in New Divergences*, in *The Modern Law Review*, 61, 1998, 11 ss.), vd. A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Athens and London, 1993², trad. it. *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984; ID., *Society and Legal Change*, Edinburgh, 1977, cito dalla trad. it. *Evoluzione sociale e mutamenti del diritto*, Milano, 2006, particolarmente 155 ss.

⁶³ Il tema si presenta, tutto sommato, come abbastanza battuto dalla dottrina: cfr. A. GUZMÁN BRITO, *La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, in *Index*, 6, 1976, 74 ss.; P. CATALANO, *Il diritto romano attuale dell'America Latina*, in *Index*, 6, 1976, 87 ss.; C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Studi Sassaesi*, V, *Diritto romano, codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, Milano, 1981, 10 ss.; J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La difusión del derecho romano en Iberoamérica a través de los libros españoles*, in *Anuario Jurídico*, 11,

cucito con la tradizione giuridica e, soprattutto, con la cosmovisione dei popoli indigeni, a formare una «globalizzazione controegemonica», che declina il rispetto dell'«altro», grazie alla ri-scoperta del valore, già romano, del pluralismo giuridico e alla rivalutazione della stessa tradizione indigena⁶⁴.

Il sistema latinoamericano, quindi, non è formato solamente da valori trasmigrati (o, se si vuole, 'trapiantati') dall'esperienza giuridica romano-iberica, ma consta anche di aspetti che valorizzano specificità proprie dell'area dal punto di vista geografico e culturale, le quali, lungi dall'essere «un ramo del tutto collaterale del modello europeo» o, peggio ancora, «una imitazione, spesso sbiadita» di quest'ultimo⁶⁵, presentano delle peculiarità che, rielaborando al proprio interno i dati della tradizione, li mescolano con il patrimonio indigeno, non consentendo in alcun modo di negarne l'originalità. Merita qui, sottolineare, in particolare, il ruolo dei diritti indigeni e della consuetudine locale (tutto affatto diverso da come siamo abituati a concepirla in Europa), il rinvio ai principi generali del diritto⁶⁶, la centralità della persona umana nella tradizione civilistica, il 'sistema' coerente formato dai Codici civili, teso verso la definizione di 'Codici tipo' e 'Codici modello' per l'intera area⁶⁷,

1984, 325 ss.; G.F. MARGADANT, *La segunda vida del derecho romano*, México, 1986; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, *La influencia del derecho romano en el sistema iberoamericano*, in *Derecho y opinión*, 2, 1994, 181 ss. (= in *Religión y cultura*, vol. 41, num. 193, 1995, 375 ss.; ma per questo a. vd. anche *supra*, nt. 30); R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El derecho romano en las codificaciones iberoamericanas*, in M.C. ÁLVAREZ-R.M. IGLESIAS (a cura di), *Contemporaneidad de los clásicos en el umbral del tercer milenio. Actas del Congreso Internacional de los clásicos. La tradición grecolatina ante el siglo XXI*, (La Habana, 1 a 5 de diciembre de 1998), Murcia, 1999, 379 ss.; E. GONZÁLEZ DE CANCELO, *Algunas consideraciones en torno a la influencia del derecho romano en las Codificaciones civiles de América Latina*, in AA.VV., *Latitudade da América Latina*, cit., 143 ss.

⁶⁴ Cfr. S. BALDIN, *La tradizione giuridica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 48, n. 143, 2015, 39 ss.

⁶⁵ Così, invece, cfr. G. MARINI, *La costruzione delle tradizioni giuridiche ed il diritto latinoamericano*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 29, 2011, 164, con cui recentemente concordano V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2014⁵, 397, i quali però, in maniera a mio avviso erronea, tendono a leggere l'apporto delle specificità proprie del sistema come deviazioni dalla 'tradizione occidentale' e non come un naturale accrescimento del sistema.

⁶⁶ Sui principi vd. il recente volume *Principi generali del diritto. Un ponte giuridico tra Italia e Argentina. Brescia, 9-10 maggio 2013*, a cura di A. CALORE-A. SACCOCCIO, Modena, 2015.

⁶⁷ Sui Codici tipo e Codici modello per l'America Latina, che si muovono su una linea diversa e più proficua del 'Codice Bustamante' del 1928, che fu un tentativo sostanzialmente infruttuoso (vd. J. SAMTLEBEN, *Derecho Internacional Privado En America Latina. Teoria y Practica DelCodigo Bustamante*, Buenos Aires, 1983), cfr. *Un Codice tipo di procedura civile per l'America Latina*, a cura di S. SCHIPANI-R. VACCARELLA, Padova, 1990; *Principi per un 'Codice tipo' di diritto del lavoro per l'America Latina*, a cura di G. PERONE-S. SCHIPANI, Padova, 1993; *Un Codice tipo di procedura penale per l'America Latina*, a cura di M. MASSA-S. SCHIPANI, Padova, 1994; *La persona en el sistema jurídico latinoamericano. Contribuciones para la redacción de un Código civil tipo en materia de personas*, Bogotá, 1995; *El contrato en el sis-*

il ruolo importante affidato alla dottrina per l'individuazione del 'diritto applicabile'⁶⁸.

6. Sistema giuridico latinoamericano e resistenza

In tal modo, il *bloque* finisce per costituire non solo una evidente eredità di una più ampia tradizione giuridica propria, nella quale il giurista latinoamericano si forma, ma anche uno strumento modernissimo, ma formidabile, di unificazione del diritto nell'intera area sulla base proprio del diritto romano⁶⁹. Quest'ultimo, quindi, svolge in tal modo la funzione di mezzo di rivalutazione delle istanze interne di ciascun Paese, e nel contempo funge da arma di resistenza alla penetrazione di influenze esterne in America Latina⁷⁰, prima fra tutti l'individualismo di matrice anglo-americana⁷¹. In questa prospettiva, ben è stato affermato che lo studio attuale

tema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo, I, Bogotá, 1998; e II, Bogotá, 2001.

⁶⁸ Sul ruolo diverso in America Latina di quel 'formante' (per usare la terminologia sachiana) costituito dall'attività del giurista, fondamentali sono gli studi di Hanns-Albert Steger (cfr. ad es. H.A. STEGER, 'Universidad de abogados' y Universidad futura, in *Index*, 4, 1973, 59 ss.), ma vd. anche D.F. ESBORRAZ, *La 'università degli avvocati' e l'individuazione di un sottosistema giuridico latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 35/2014, 377 ss.; I. CASTELLUCCI, *Identità latinoamericana e ruolo degli abogados secondo Hanns-Albert Steger*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 36/2015, 25 ss. Sottolinea opportunamente S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, cit. 306, che in America Latina «la sanzione del legislatore non ha trasformato i codici in oggetti esterni al lavoro del giurista».

⁶⁹ Cfr. J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *El Código civil de Bello, factor de unidad*, in *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano. Congreso Internacional, Roma, 10/12 dicembre 1981*, Caracas, 1987, 341; I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, cit., 21, il quale definisce «questa [cioè quella qui considerata] sistemologia romanistica ... un particolare formante del diritto attuale dell'America Latina».

⁷⁰ Su diritto romano e resistenza per l'America Latina vd. già H.A. STEGER, *Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und im 20. Jahrhundert*, in *Index*, 4, 1973, 7 ss. In Italia, il paladino dell'idea del diritto romano come arma di resistenza dei popoli (non solo) latinoamericani contro il diritto di matrice angloamericana è stato senza dubbio Pierangelo Catalano: cfr. già P. CATALANO *Diritto romano e paesi latinoamericani*, in *Labeo*, 20, 1974, 434; Id., *Derecho Romano y Países Latinoamericanos (Elementos de resistencia de origen romanístico del sistema jurídico latinoamericano: los ejemplos de Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Colombia)*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 1979, 637 ss.; vd. però anche M.A. LAQUIS, *Desde Vélez Sársfield hasta la actualidad: independencia y elementos de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Padova, 1991, 515 ss. (= in *La Ley*, Buenos Aires, 51, 153, 12 agosto 1987, 1 ss.).

⁷¹ Sull'ultra-individualismo della *common law* vd. R. POUND, *The spirit of common law*, Francoston (New Hampshire), 1921 (e poi Boston, 1922, più volte ristampato), 37; sulla concezione utilitaristica dell'*American way of life* vd. anche E. BETTI, *Relazione sulla visita*

del diritto romano rappresenta in America Latina una necessità e una alternativa per la risoluzione di problematiche giuridiche contemporanee⁷².

Concludendo, possiamo affermare che, da un lato, il riconoscimento del sistema giuridico latinoamericano non contrasta con l'esistenza, anche in America Latina, dei singoli ordinamenti nazionali, facenti capo a ciascuno dei singoli Stati che compongono il sub-continente. Al contrario, esso trova in questi il suo necessario completamento, e all'interno di essi si dispiega, si articola e viene continuamente rielaborato e attualizzato: è però appena il caso di segnalare che una interpretazione di un singolo ordinamento nazionale slegata dal sistema a cui appartiene risulterebbe assolutamente carente di sistematicità⁷³.

Dall'altro lato, il medesimo riconoscimento porta con sé alcune conseguenze di più ampio respiro, come la ricomposizione di un ordine giuridico universale sovranazionale, fatto chiaro dall'espressione *western-non western legal tradition*⁷⁴, ma anche dal superamento di una rigida contrapposizione giuridica tra Europa e Asia⁷⁵, o dalla nascita di istanze sovranazionali (come ad es. il BRICS)⁷⁶, che tendono ad arginare il dilagare del predominio di istanze economiche e finanziarie ai danni del *bonum et aequum*, in cui, secondo l'insegnamento del giurista romano Celso, il giuridico si risolve.

alla Universidade do Rio Grande do Sul, in *RISG*, 92, 1957-58, 435 ss. (ristampato con titolo diverso [*Cultura giuridica brasiliana nelle impressioni di un viaggio giuridico*] in *Jus*, 10, 1959, 266 ss.); che il diritto romano avesse una impostazione esattamente opposta è conquista già di F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 21, 1941, ma pubbl. anche separatamente, Giappichelli, 1999; infine, per uno spirito universalistico (eredità del diritto romano) del sistema latinoamericano, in contrapposizione allo spirito nazionalista «que esclaviza Europa», vd. *supra*, nt. 43.

⁷²Vd. J.L. CUEVAS GAYOSSO, *Mercedes Gayosso y Navarrete. 1940-2014*, *supra*, in questo stesso volume.

⁷³Per la distinzione tra 'sistema' e 'ordinamenti', vd. *supra*, nt. 15.

⁷⁴Vd., per es., M. PANEBIANCO, *Il BRICS e la 'tradizione romanistica moderna'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33/2012, 301 ss. Sulle errate conseguenze (evidenti soprattutto negli scritti di Sacco e della sua scuola [Monateri, Mattei ecc.]) a cui questa impostazione può condurre, vd. soprattutto P. CATALANO, *Per un romanismo socialista del XII secolo. Verso la solidarietà eurasiatica: Sassari-Roma-Xi'An 1973-2013*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 37/2016, 253.

⁷⁵Cfr. P. CATALANO, *Per un romanismo socialista del XII secolo*, cit., 241 ss.

⁷⁶Vd. *Sistema giuridico romanistico e BRICS*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 33/2012, 275 ss.

IUS ROMANUM, SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO, ORDINAMENTI

Ignazio Castellucci

SOMMARIO: 1. Nozioni. – 2. Qualche equivoco terminologico. – 3. Diritto Romano e Impero. – 4. Comparazioni. – 5. L'America Latina. – 6. Tra *Sistema jurídico latinoamericano* e *Western rule of law*.

1. Nozioni

Riprendo un tema caro a Pierangelo Catalano¹, fondamentale per la comprensione tanto del diritto romano quanto degli ordinamenti moderni, aggiungendo alcune riflessioni comparative al pensiero del Maestro.

Procederò con qualche semplificazione, basandomi su semplici contrapposizioni tra nozioni note. Ciò nella convinzione che, per affrontare temi caratterizzati da fondamenti diversi da quelli culturalmente dominanti, sia utile uno stile impressionistico, diciamo così, in cui la descrizione dell'oggetto incognito si formi o emerga un po' alla volta col procedere del discorso – anziché tentare *d'emblée* di offrirne definizioni, che forse risulterebbero astruse e/o fallaci per chi vi si accostasse con gli occhiali del giurista europeo di oggi.

La nozione di 'ordinamento giuridico' ha radici ottocentesche-novecen-

¹P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América latina*, in *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano* – Atti del congresso internazionale di Roma, 26-29 novembre 2003, a cura di S. SCHIPANI, Roma, 2005, 19-38; Id., *Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano*, in *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1982, 163 ss. Una concezione in parte diversa è espressa da S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, in *Roma e America*, 24, 2007, 5 ss. Una bella avventura intellettuale, di ricerca e didattica, al riguardo, alla quale ho avuto l'onore di dare un contributo, è quella su cui riferisce A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, in *Roma e America*, 38, 2017, 3 ss., ripercorrendo le fondamenta del discorso scientifico in questione. V. anche C. SALGADO RAMÍREZ, *Breves reflexiones sobre la interacción entre 'ordenamiento' y 'sistema' de ius romanum*, in *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano* – *Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, 167 ss.

tesche, in quel pensiero giuridico moderno positivista (Kelsen, per tutti) che ha ricostruito il fenomeno giuridico come espressione più o meno esclusivamente inserita nella potestà legislativa dello Stato: il diritto positivo, le norme del medesimo, i rapporti interni tra le norme, in una visione che esaurisce il giuridico nell'idea di legalità. La nozione di 'sistema' è certamente più ampia². Il termine indica stabili interazioni complesse tra enti, soggetti, strutture, funzioni – nella società umana, e nelle relative scienze naturali e umane³, oltre che nelle scienze pure e dure. Esistono 'sistemi' matematici, ecologici, geografici, idrogeologici, sociali ... e anche giuridici.

Il 'sistema giuridico' include la descrizione oggettiva del funzionamento del corpo sociale nella sua fisiologia; della sua dimensione culturale inclusiva di valori, religiosi, morali, etici, e di usi, che oggettivamente la caratterizzano e che pure ne determinano l'andamento. Fisiologia che risiede naturalmente nei (ed è rivelata dai) *mores*, il diritto muto⁴ che l'attento e saggio osservatore-scienziato-descrittore delle cose umane e divine (D. I, 1, 10) rileverà, e verbalizzerà in *iura* per mezzo di un appropriato linguaggio tecnico.

Il diritto è *notitia rerum*, non già creazione di un comando – è *ars boni et aequi*, nella limpida definizione di Celso, ripresa da Ulpiano in D. I, 1, 1: l'arte (la conoscenza e l'impiego migliore nel concreto, dunque, non l'astratta tecnica o la volizione del soggetto) di ciò che è (già) buono e equo; la *iusti atque iniusti scientia*. L'ordinamento è invece un pacchetto di comandi legali, più o meno ben coordinati⁵: sono interventi esterni che con la volontà e la forza, pur legittime, modificano o vorrebbero modificare la realtà fenomenica di un organismo più o meno in salute; di una vasta gamma di presidi di vario tipo, da omeopatici a farmacologici a ortopedici se vogliamo; il suo strumento tipico e preminente è la *lex*, il comando del sovrano.

Il sistema del diritto pone questioni di validità delle regole e di giustizia delle condotte, laddove l'ordinamento positivo pone quello dell'effettività delle prime e della legalità delle seconde⁶.

Insomma, può dirsi che, mentre il diritto e la dottrina del pensiero po-

² La nozione – σύστημα, in greco – è impiegata da Giustiniano in Const. *Tanta/Dédoken* 7, e ripresa da F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1849 (= Id., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, Torino, 1889-1898). Più recentemente, J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967, 83.

³ P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos*, cit., 22-27.

⁴ R. SACCO, *Mute Law*, in 43 *American Journal of Comparative Law* (1995), 3, 455-467; Id., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

⁵ Illuminante è F. GALLO, *Celso e Kelsen – Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino, 2010.

⁶ P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos*, cit., 19-20; Id. *Diritto e persone. Studio su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990, *passim*, e spec. VII, 48 s., e 91 ss.

sitivista illustrano cosa comanda la legge riguardo ai fenomeni umani e sociali, il diritto della tradizione romanistica è proprio la descrizione di quei fenomeni, la consuetudine verbalizzata e non mediata dalla volontà normativa dell'autorità. Questa semplice notazione risolve, in ultima analisi, l'apparente antinomia tra D. 1,3,32 (e I,3,33), da una parte, e C. 8,52, dall'altra, che tanto ha affaticato generazioni di studiosi e che va composta tenendo presente la ontologicamente diversa natura delle due norme: l'una tratta da un testo dottrinale di Salvio Giuliano, che descrive la consuetudine come fenomeno sociale, pur nella sua dimensione giuridica; e l'altra tratta da un rescritto di Costantino, che autoritativamente risolve un problema di contrasto tra la consuetudine e la legislazione imperiale⁷.

Il positivismo ottocentesco – figlio dell'illuminismo e della codificazione francese quanto della scienza giuridica e del liberalismo tedeschi – avvicinò le nozioni di legge e diritto fino a fonderle in un sistema di pura legalità; riducendo il diritto, in sostanza, all'arte di ben comprendere e spiegare la legge scritta. Storia, tradizione, dottrina furono formalmente superate e assorbite dalla legge, negli interstizi della quale potevano al bisogno essere rinvenute a fini applicativi. Il sistema delle leggi divenne così 'l'ordinamento giuridico', che occupa e determina tutto il campo del diritto, con cui si identifica. L'art. 12 delle preleggi, c.c. italiano del 1942, raggiunge la perfezione nel nitore della definizione che sintetizza questo percorso ideologico-giuridico: esiste solo 'l'ordinamento giuridico dello Stato', che esaurisce ogni fenomeno normogenetico (art. 1 prel., c.c.) all'interno della giurisdizione territoriale.

Alla luce di quanto detto, anche l'aggettivo 'giuridico', evidentemente, non ha lo stesso significato nelle due locuzioni 'sistema giuridico' e 'ordinamento giuridico'.

2. Qualche equivoco terminologico

Specialmente negli studi di diritto comparato è comune imbattersi nella nozione di 'sistema giuridico', solitamente intesa, però, nel senso di 'diritto o ordinamento giuridico nazionale', anziché nel senso di cui sopra⁸. Credo che ciò derivi anche dalla diffusione della locuzione '*legal system*' nata nell'uso anglosassone nel senso originariamente generico, poco con-

⁷I. CASTELLUCCI, *Il Diritto e la Legge; studio comparativo di una relazione critica tra le fonti* – anche in cinese: *Fa Lu Yu Fa: LuoMa Fa Yu DaLu Fa Zhong Yao GuanXi De Fen Xi*; entrambi in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, 16, 2003, 79-112; ID., *Law v. Statute, Ius v. Lex: An Analysis of a Critical Relation in Roman and Civil Law*, in 8 *Global Jurist* (2008), 1, n. 5; ID., *Sistema jurídico latinoamericano*, Torino, 2011.

⁸R. SACCO, voci *Sistemi giuridici (aspetti generali)*; *Sistemi giuridici (rassegna e comparazione)*; e *Sistemi giuridici romanisti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 527 ss.

attuale e molto fattuale, di complesso di funzioni e strutture che fornisce norme o soluzioni giuridiche⁹; locuzione ormai normalmente intesa nel senso di 'ordinamento giuridico nazionale' e spesso utilizzata dai comparatisti anche in traduzione letterale nelle lingue latine.

Va in effetti segnalato e apprezzato come un comparatista colto e di estrazione eclettica come Patrick H. Glenn rilevi¹⁰ la differenza tra i due oggetti e la segnali in una ricostruzione teorica, definendo alcuni 'sistemi' giuridici del mondo (in senso prossimo a quello da noi inteso), semplicemente, come '*common laws*' – rilevandone così anche una specifica funzione rispetto agli ordinamenti locali ('*systems*', in inglese) ad essi collegati. Volendo parlare la lingua dei comparatisti, e dire '*legal systems*' per dire 'ordinamenti', potremmo forse definire quei *common laws* come '*meta-systems*'; nelle letture comparatistiche è anche frequente l'uso del termine 'tradizione' come nozione ampia avvicicabile a quella romanistica di 'sistema'¹¹. Qui comunque ci atterremo, nel prosieguo, all'uso romanistico del termine 'sistema'.

Altre incomprensioni a cavallo dei settori disciplinari, tra comparatisti e romanisti, possono derivare dalla distinzione comparatistica tra 'fonti' e 'formanti'¹². L'origine della distinzione è nel fatto che molti degli oggetti di studio del comparatista si basano su una visione positivista, in cui primeggia l'ordinamento, e la sua 'fonte' per eccellenza: la legge dello Stato nel suo spazio giurisdizionale; il diritto è essenzialmente la scienza o tecnica per comprendere la legge. Il comparatista ha rilevato l'esistenza di forze sociali in grado di produrre norme in concorso con le fonti 'ufficiali' di ogni ordinamento (religione, morale, dottrina, giurisprudenza e molte altre); e ha assegnato a quelle forze l'etichetta di 'formanti' per tenerle distinte dalle 'fonti' ai fini del suo discorso scientifico, di una corretta descrizione degli ordinamenti che includa e valuti criticamente la loro stessa autodescrizione. Il comparatista ha spesso bisogno di aggiornare i suoi schemi di lettura, tenendo conto delle classificazioni precedenti e del pubblico eterogeneo cui si rivolge, nonché evitando confusioni nella costruzione dei sistemi classificatori tra gli oggetti di volta in volta analizzati. In

⁹R. BROUWER, *On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity*, in 34 (1) *Utrecht Journal of International and European Law* (2018), 45-55.

¹⁰P.H. GLENN, *On Common Laws*, Oxford, 2005; questo A. compie una ricognizione dei *common laws* storici non solo occidentali, annoverandovi il diritto romano, il diritto continentale di tradizione romanista con i suoi sottosistemi germanico, francese, iberoamericano; il diritto inglese e quello nordamericano; i sistemi di diritto feudale, canonico, mercantile; e i diritti ebraico, mussulmano, indù.

¹¹P.H. GLENN, *Major Legal Traditions of the World*, Oxford, 1998, V ed., 2014.

¹²R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *Am. Journ. Comp. Law* (1991), 1-34 e 343-401; anche in italiano, in *Introduzione al diritto comparato*, Padova, 1992, 43 ss.

questo difficile esercizio egli può dover usare termini variabili con il contesto.

Nella visione romanistica il 'sistema giuridico' è un'entità o nozione vasta, aperta, che include uno o più ordinamenti nazionali; essa ha (destinazione universale e) per fonti fondative anche e soprattutto quelle che per i 'positivi' sono elementi secondari o irrilevanti dell'ordinamento legale: la dimensione religiosa e morale¹³, la consuetudine, la dottrina, la tradizione. Il sistema romanistico è, quindi, non solo idealmente più 'alto' e spazialmente più vasto, ma anche segnato da un diverso elenco delle fonti e da un diverso rapporto tra esse. Pare ovvio che, nell'analisi storica o comparativa del *Ius Romanum*, i *mores antiqui*, la *longa consuetudo* o la *iuris prudentia* debbano essere qualificati come fonti, al pari della *lex*.

3. Diritto Romano e Impero

Se il Re è certamente il 'padrone della legge' nella sua giurisdizione, l'Imperatore ha giurisdizione tendenzialmente universale. Egli è un pilastro del sistema di principi e regole che governa l'universo; un sistema trascendente di valori storici e culturali proiettato ovunque nel mondo e *in omne aevum* – e non un mero, per quanto ben organizzato, complesso di leggi territoriali positive isolato da ogni interferenza culturale, politica e sociale. La sua figura pubblica si identifica o compenetra con il diritto e con la Divinità: '*Deo Auctore*' è l'*incipit* della Costituzione di Giustiniano del 15 dicembre 530 che sanziona l'avvio della compilazione del Digesto.

L'Imperatore è il *Dominus Mundi*, secondo un rescritto di Antonino Pio inserito nel Digesto (D. 14,2,9); nel rispondere a un quesito su un caso concreto, Antonino enuncia anche una dottrina imperiale: e qui non decide né pone una regola (ad es.: 'da oggi voglio, decido e proclamo di essere il *Dominus Mundi*') ma spiega una dottrina. In quel momento Egli è giurista e autorità politica, non legislatore, e descrive un assetto 'oggettivo' e 'naturale' delle cose del mondo¹⁴.

In un suo recente lavoro¹⁵, P.G. Monateri ha affrontato la questione del ruolo che l'Imperatore assume in D. 14,2,9, in cui sarebbe detto, nella tradizionale lettura mommseniana, che Egli è il Signore delle terre emerse, mentre il mare è governato dalla *lex maris*¹⁶. Monateri sostiene, invece,

¹³D. 1,1,10 (Ulpiano): *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*.

¹⁴Sull'imperatore 'primo giurista dell'impero', I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, cit., 231 ss.

¹⁵P.G. MONATERI, *Dominus Mundi*, Oxford, 2018.

¹⁶'*Mundi Dominus*' è la dizione usata ad es. nella traduzione italiana di D. MANIN al Digesto riordinato da Pothier, Venezia, 1825; la versione mommseniana del 1870 dice '*orbis terrarum Dominus*'.

che il frammento non esprima un'opposizione ma una giustapposizione: l'Imperatore è il signore del mondo e la legge del mare¹⁷. Questa lettura è propugnata in base al testo greco del frammento, in cui l'Imperatore dichiara ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος ... (*ego men tou kosmos kyrios ...*) – con nozione che pare più vasta di quella di *dominus* delle terre emerse¹⁸; e che contraddice l'idea mommseniana di un mare governato da una sua propria e pura legge, esterna al *Ius Romanum*, in una sorta di primigenia universale *rule of law* marittima o di Grozismo *ante litteram*.

L'opinione di Monateri pare confermata dalla stessa costruzione teorica del *Ius Romanum*, che ha nella Divinità il suo Autore e nell'Imperatore il vertice umano del sistema; sistema che include oltre al diritto civile anche il diritto delle genti – la *Lex Rhodia*, gli usi marittimi originati nell'isola di Rodi, erano al tempo dell'Impero parte della *lex maris* comunemente applicata¹⁹ in tutto il Mediterraneo – e quello naturale²⁰ che governa animali, uccelli e pesci del mare. Nessuna parte del mondo resta, dunque, al di fuori dell'ambito di validità del diritto universale di Roma, e della potestà imperiale. Questa lettura sarebbe confermata da altre fonti, sia anteriori che successive al rescritto di Antonio Pio di cui in D. 14,2,9²¹.

Il *Ius Romanum* governa il *kosmos*: la natura, le genti, il popolo romano col suo diritto civile, e altri popoli con i loro; e ben strano sarebbe che l'Impero accettasse di non poter regolare proprio quel *mare nostrum* in cui quotidianamente si realizza parte importante della sua economia e politica²². Ogni nazione può senz'altro avere proprie leggi, emanate dai propri organi politici; ma il *Ius Romanum* è il sistema universale senza geo-

¹⁷ P.G. MONATERI, *Dominus Mundi*, cit., 20 ss.

¹⁸ Anche i termini impiegati nel testo greco *kyrios*, per *dominus*, e *kosmos*, per *mundus* o *orbis terrarum*, paiono indicare un dominio di natura più alta e più totale, sconfinato: vi si parla di un Signore dell'universo, a fronte di un certo più limitato – ancorché eminente – 'proprietario delle terre', escluso dal dominio sui mari, di cui alla versione mommseniana. P.G. MONATERI, *Dominus Mundi*, cit., 16 ss.

¹⁹ La *lex Rhodia* di cui in D. XIV, 2, 9, che Antonino Pio dichiara applicabile, citando un precedente di Augusto, ove non contrasti con la legge imperiale, aveva già trovato conferme della sua applicabilità come legge generale del mare anche da Claudio, Nerone, Vespasiano, Traiano – citati nello stesso frammento.

²⁰ D. I, 1, 2.

²¹ P.G. MONATERI, *Dominus mundi*, cit., 25-26, riporta alcune epigrafi, tra cui sono particolarmente chiare le seguenti: "αὐτοκράτορα Μᾶ(ρκον) Αὐρήλιο[ν] Ἀντωνεῖνον, θεῶν ἐνφανέστατον, γῆς καὶ θαλάσσης δεσπότην" (Imperatore Marco Aurelio Antonino, il più manifesto degli dèi, signore della terra e del mare [*ges kai thalassis despoten*]) e "αὐτοκράτορα Κόμοδον Καίσαρα, τῶν θεῶν ἐνφανέστατον, γῆς θαλάσσης δεσπότην" (Imperatore Commodo Cesare, il più manifesto degli dèi, signore della terra e del mare), reperiti in C.H.E. HASPELS, *The Highlands of Phrygia. Sites and Monuments*, Princeton, 1971, 333, nota 93.

²² Ma è lo stesso Antonino Pio a far salva la posizione eminente dell'Impero anche sul mare, dichiarando la *Lex Rhodia* applicabile *ove non contrasti con la legge imperiale*.

grafia né tempo che li avvolge e vivifica – il respiro giuridico del mondo, potremmo dire.

Il sistema del *Ius Romanum* consiste di regole e principi, rilevati attraverso l'osservazione della realtà (*divinarum atque humanarum rerum* notitia, *iusti atque iniusti* scientia), e non posti dalla forza pubblica che emana una norma-comando. Esso esprime il pensiero giuridico e i valori di una comunità culturale vasta in senso spaziale e diacronico, che include più organizzazioni politiche – ciascuna dotata di capi, di apparati di governo, e di comandi e regole di loro produzione. Risalta la distanza tra la figura imperiale, trascendente e globale, direi proprio sferica; e quella del 'semplice' re, sovrano di un territorio delimitato assoggetto alla di lui legge ('positiva', diremmo oggi), ma non certo Signore del mare oceano, né rappresentante del diritto universale.

Il *Ius Romanum* è un sistema che nasce espansivo. Di più: è un sistema universale intrinsecamente valido, vocato ad integrarsi localmente coi diritti e le leggi dei diversi popoli. Il fatto ben possibile e certo ben noto ai romani che il *Ius Romanum* possa non trovare applicazione presso qualche popolo del vasto mondo non ne diminuisce la universale validità²³. Volendo usare una metafora tecnologica, giovanile e attuale: il *Ius Romanum* è un sistema operativo, in grado di far funzionare molti *software* applicativi. Il contrasto con gli ordinamenti statuali contemporanei è chiaro: da un lato, vi è un 'sistema' storicamente e geograficamente aperto, integrabile, 'interoperabile' con ordinamenti locali di ogni tempo e luogo; dall'altro, vi è l'ordinamento giuridico dello Stato' (12 prel., c.c. it.) del positivismo/statualismo giuridico – un Leviatano in concorrenza con altri come Lui; e, come tutti i suoi Colleghi, assegnatario, all'incirca dal 1648 (Pace di Westfalia), di un preciso e ristretto ambito territoriale nel quale, trionfalmente e tronfiamente, non ammettere altro diritto all'infuori di sé.

4. *Comparazioni*

Il mondo di oggi ci offre l'occasione per meditare sul modello romanistico analizzando le traiettorie espansive della *Western legal tradition*, cui sono associate le idee di *Western rule of law* e, più recentemente, di *human rights law*. Le nozioni occidentali di *rule of law*, stato di diritto, *Rechtsstaat* sono varie, e non ancora del tutto stabilizzate; possiamo ai nostri fini semplificarle in un'unica nozione, relativamente nota e chiara²⁴. Possiamo

²³ Gli studi di P. CATALANO sullo *ius fetiale* rinforzano questa conclusione; P. CATALANO, *Origini del sistema sovranazionale romano – Ius fetiale e iura communia*, in P. CATALANO, *Diritto e Persone*, Torino, 1990, 5 ss.

²⁴ Possiamo accettarne la sintesi proposta da U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eu-*

poi confrontarle con forme di organizzazione politica sociale e giuridica diverse da quelle occidentali – in cui sono incluse alcune nozioni che presentano assonanze con quelle occidentali ma che se ne differenziano abbastanza chiaramente (fino a caratterizzarsi come sistemi operativi concorrenti, nella metafora informatica-telefonica), come quelle di ‘legalità socialista’ o di *yifǎ zhìguó* (依法治国)²⁵.

Risulta abbastanza chiaro, insomma, che la *rule of law* occidentale è una nozione non solo poco conosciuta in molte tradizioni giuridiche del mondo, ma che essa è evitabile, volendo, anche in esperienze giuridiche evolute. Essa è, insomma, una nozione che si associa a una particolare visione politica del mondo, quella che caratterizza l’Occidente, di cui è facile individuare l’odierno Imperatore negli Stati Uniti d’America²⁶.

Come il *Ius Romanum*, anche la *Western rule of law* (nasce nordamericana ma) è proposta al mondo come sistema di valori giuridici universali, vocati a interagire con gli ordinamenti dei luoghi più disparati, che li recepiscano. Il fatto che in alcuni luoghi non siano (ancora) in effetto non ne diminuisce la ritenuta universale validità, né una certa trascendenza – tutto sommato sorprendente nel mondo marcatamente materialista in cui hanno origine, che ha conservato evidentemente un certo bisogno di trascendenza per i suoi valori più alti e miti fondativi.

La *Western rule of law* – che include principi sulla divisione dei poteri, diritti sostanziali ritenuti fondamentali, principi e regole di natura processuale, principi e regole fondamentali in campo economico – non deve per forza coincidere con il diritto nazionale nordamericano; essa è, anzi, per definizione, un complesso di alcuni dei principi giuridici fondativi di quell’ordinamento nazionale. L’impero nordamericano metterà in campo tutte le sue energie perché quel pacchetto di valori penetri negli ordinamenti più disparati, li infilti, li avvolga – non certo per renderli uguali all’ordinamento degli Stati Uniti, ma per inserire quegli ordinamenti nella sua visione imperiale, a fini geopolitici ed economici; oltre che di interoperabilità tecnica tra ordinamenti, mediante l’espansione del diritto destinato a

rocentrica dei sistemi giuridici, in *Scintillae Iuris – studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, vol. I, 775 ss.: un sistema di regole prodotte da fonti giuridicamente autorizzate, secondo procedure legali chiare, certe, pubblicate, applicabili in principio non retroattivamente; regole attuabili non discrezionalmente attraverso organi giurisdizionali, procedure giuridiche e operatori professionali non influenzati da fattori extragiuridici come morale, religione, politica, norme sociali o il personale convincimento del singolo operatore; regole vincolanti anche per i pubblici poteri.

²⁵ I. CASTELLUCCI, *L’idea di Rule of Law nella Repubblica Popolare Cinese*, in *Diritti, cittadini e potere in Cina*, a cura di R. CAVALIERI, collana *Sulla via del Catai* del Centro Martino Martini, 12, Trento, 2015, 59 ss.; ID., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, in *13 Annual Survey of International and Comparative Law* (2007), 35; ID., *Rule of Law and Legal Complexity on the People’s Republic of China*, Trento, 2012, *passim*, e spec. il capitolo primo.

²⁶ M. BUSSANI, *Il diritto dell’occidente*, Torino, 2010, *passim*.

divenire il diritto comune della sua vasta area di egemonia²⁷.

Si stabilisca, dunque, un parallelo, tra i binomi *ius civile* e *ius gentium / naturale*, da una parte; e, dall'altra, il diritto nazionale odierno degli Stati Uniti d'America e i valori sostanziali e procedurali oggi noti come *Western rule of law*. Si scorgerà all'interno dei binomi una stessa relazione tra le rispettive componenti: quella tra il diritto domestico vocato a governare lo Stato della potenza egemone, da una parte; e, dall'altra, il sistema di pensiero giuridico che ne enuncia la visione e i principi giuridici generali – sistema di applicabilità tendenzialmente mondiale, perché affermato come comune alle genti civilizzate 'naturale'. Un sistema che include la dimensione culturale, etica e morale, se non anche religiosa, oltre a un pacchetto di valori ideologici e tecnico-giuridici utili all'espansione egemonica della metropoli.

Nella storia e nella geografia non mancano altri casi di visioni universali sottese a grandi egemonie imperiali: ad esempio, i confini storici dell'Impero cinese sono sempre stati alquanto mobili, con regni tributari, regni a volte tributari e a volte no, regni di cui è disputato o non ci è noto quale fosse esattamente lo *status* rispetto al Celeste Impero. Sappiamo, però, che l'Imperatore cinese era, come quello Romano d'Oriente, il centro e la personificazione dell'Impero, in posizione centrale rispetto al mondo e mediana tra il Cielo e la Terra (da cui il nome *Zhong Guo*, Regno di Mezzo, della Cina sia antica che attuale); e che manteneva in Asia una propria estesa area di egemonia politica economica e culturale anche su regni certamente non tributari – i cui sovrani si relazionavano con lui comunque secondo le regole confuciane del rapporto tra fratello maggiore e fratello minore. L'egemonia cinese si estendeva fin dove l'impero riusciva ad esportare la sua generale ideologia sociale e di governo, il modello confuciano di organizzazione amministrativa; e poi, magari, anche alcuni suoi codici legali, recepiti nei secoli in Corea, Giappone, Vietnam²⁸.

Il diritto islamico è pure portatore di una visione universale, che si contrappone oggi alla presenza di molti stati nazionali, più o meno laici, ma che nei suoi primi secoli ha effettivamente perseguito e per un certo tempo attuato l'ideale della *Umma*, la comunità universale dei fedeli. Anche qui, abbiamo un'ideologia e un pacchetto di valori giuridici che legittimano l'espansione guidata dal Califfo, capo della comunità dei fedeli, con la grande strategia consistente nell'includere nella *Umma* i territori e le nazioni via via acquisite. Manca oggi un credibile, unico e forte 'centro' – in senso secolare ovviamente – di questo impero, oggi senza imperatore, con

²⁷ ID., *passim*.

²⁸ G. AJANI-M. TIMOTEO-A. SERAFINO, *Diritto dell'Asia Orientale*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, 2007; R. CAVALIERI (a cura di), *Diritto dell'Asia Orientale*, Venezia, 2008; II ed., 2019, di prossima pubblicazione; M. MAZZA (a cura di), *I sistemi del lontano Oriente*, V.XVII *Trattato di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, diretto da G.F. FERRARI, Padova, 2019, di prossima pubblicazione.

molti Stati ed enti politici che si muovono in questo sistema di pensiero giuridico senza che ve ne sia uno in grado di credibilmente proporsi come potenza egemone dell'Islam; vi sono però alcuni Paesi emergenti che potrebbero presto o tardi assumere un ruolo del genere in ambiti almeno regionali (Iran, Arabia Saudita, Pakistan, Indonesia, Egitto, Turchia).

Alle visioni universali si affiancano, poi, visioni di imperi che nascono 'regionali': in Europa, Carl Schmitt vedeva già nella prima metà del XX secolo la crescita inarrestabile della potenza mondiale nordamericana, e la fine della rilevanza geopolitica dei piccoli Stati d'Europa; epperò teorizzava anche la contrapposizione di un unico spazio giuridico europeo, in cui la cornice fosse data non dal diritto internazionale generale ma da un diritto o da una *governance* diciamo regionale, all'interno del quale la Germania avrebbe ovviamente dovuto avere un ruolo eminente; immaginando, così, un mondo suddiviso in grandi spazi, ciascuno dominato da una potenza egemonica e caratterizzato da un proprio ordinamento sovranazionale²⁹. La fine della seconda guerra mondiale ci ha lasciato proprio una situazione del genere, nata con l'assegnazione di grandi spazi fatta a Yalta, e poi con la divisione del mondo nelle due aree contrapposte che hanno caratterizzato la Guerra Fredda; mentre la presenza della UE tra gli attori globali di oggi non può non richiamare, magari alla lontana, la visione di Schmitt di un grande ente geopolitico europeo dotato di un proprio spazio e di un proprio diritto continentale, a guida tedesca.

L'ascesa, in anni recenti, dei c.d. paesi BRICS non è che una nuova possibile epifania su scala globale del pensiero schmittiano, con la nascita di blocchi a contrasto della superpotenza globale nordamericana, per contrapporre alla prima globalizzazione degli anni '90 del XX secolo un diverso modello, policentrico, di globalizzazione: un modello fondato sulla presenza di un certo numero di potenze regionali, ciascuna delle quali dotata di un proprio apparato egemonico, e portatrice nella sua area di egemonia di propri valori, principi e regole veicolati da una visione giuridica esportabile – visione che è o diventa un 'sistema giuridico' nel senso già detto, col quale gli ordinamenti degli altri paesi soggetti alla loro egemonia devono imparare a conversare per rendere funzionale ed efficiente la cooperazione politica, sociale ed economica.

A oggi pare che dei paesi BRICS la sola Cina abbia iniziato a esportare un proprio sistema giuridico, costituito da principi amministrativi ed economici tratti dalla propria esperienza, sia socialista ortodossa che di mercato, sia domestica che inter- e trans-nazionale: un modello giuridico-amministrativo-economico sviluppato e testato, ad esempio, in ormai un ventennio di presenza cinese in Africa; e ora pronto ad essere messo in cam-

²⁹ C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra* (1950), e *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale* (1941), entrambi nella raccolta di saggi schmittiani a cura e con traduzioni di G. GURISATTI, *Stato, Grande Spazio, Nomos*, Milano, 2016.

po, fin dove possibile, come cornice per le relazioni non solo economiche del Dragone lungo le ramificazioni della “*yī dài yī lù*” (一帶一路), la ‘Nuova Via della Seta’ nota nel mondo come *Belt and Road Initiative* ³⁰.

La Repubblica Popolare Cinese certo non pensa a clonare il suo proprio ordinamento giuridico nei vari paesi dell’Eurasia; ma si è attivata nel promuovere con ogni mezzo il suo sistema politico-economico-giuridico – intendendo ‘sistema’ in senso affine al senso romanistico di cui sopra – attraverso la politica estera, l’attività economica, l’egemonia culturale, e non ultimo attraverso la sua *legal diplomacy* ³¹. La Cina persegue, così, il triplo obiettivo di rendere le società e gli ordinamenti dei paesi con cui interagisce il più possibile affini e interoperabili col proprio sistema egemonico; di aumentare il proprio *soft power* nel mondo; e di sviluppare un contro-potere globale rispetto alla *Western legal tradition* a guida nordamericana.

Anche la Russia assume un atteggiamento sempre più assertivo, proponendosi di nuovo come potenza mondiale; dovrebbe essere di grande interesse analizzarne l’evoluzione giuridica, per comprendere se vi sia una dimensione imperiale di tipo giuridico nella rinnovata egemonia che esercita sui paesi suoi satelliti in senso politico ed economico.

Segnalo ancora che in queste esperienze imperiali è proprio l’ideologia giuridica, il sistema o metasistema, quella complessa rete di valori, principi e regole generali non completamente definiti o definibili – per la loro trascendenza, ‘tropicità’ ³² e/o postulata inconoscibilità/ inafferrabilità – a essere convenientemente proiettabile verso l’esterno nel processo di espansione egemonica. Non lo è mai, invece, il diritto municipale della potenza egemone, che sarebbe del resto difficile da trapiantare *en bloc*; che pro-

³⁰ V. il documento di base di questa visione, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road*, pubblicato (in inglese) nel marzo 2015 dalla ‘National Development and Reform Commission, Ministero degli Affari Esteri e Ministero del Commercio, con il consenso del Consiglio di Stato [il Governo, n.d.a.] della Repubblica Popolare Cinese’. Il tema è molto ‘caldo’ in senso geopolitico ed economico; nella pubblicistica latinoamericana v., ad es., il recente A. OROPEZA GARCÍA, *China: BRICS o el nuevo camino de la seda*, Mexico, 2018, *passim*. Sulla sua dimensione giuridica v. R.J. NEUWIRTH-A. SVETLICINII-D. DE CASTRO HALIS (a cura di), *The BRICS-Lawyer’s Guide to Global Cooperation*, Cambridge, 2017; R. CARDILLI-S. PORCELLI (a cura di), *Aspetti giuridici del BRICS – Legal Aspects of BRICS – Atti della Conferenza Internazionale “Aspetti giuridici del BRICS/Legal Aspects of BRICS” (Roma, 6-8 maggio 2013)*, Collana Roma e America diretta da R. CARDILLI, vol. 10, Padova, 2015; L. SCAFFARDI, *BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*, Torino, 2012; T. ALEXEEVA-P. CATALANO (a cura di), *Pravove Aspekti BRIKS*, San Pietroburgo, 2011; P. BORBA CASELLA, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud à l’heure d’un nouvel ordre juridique international*, Parigi, 2011.

³¹ Z. HE, *Legal Diplomacy and the Possible Approach of China*, in N. CHITTY-LI Ji-G.D. RAWNSLEY-C. HAYDEN (a cura di), *The Routledge Handbook of Soft Power*, Abingdon e New York, 2017, 166 ss.

³² Monateri parla di ‘*too-muchness*’ della dimensione trascendente del *Dominus Mundi*; P.G. MONATERI, *Dominus Mundi*, cit., 10-13.

durrebbe risultati difformi e disfunzionalità a causa del trapianto in un contesto diverso; e che genererebbe con ogni probabilità resistenze non necessarie del paese di destinazione. Molto più praticabile e utile del trapiantare un ordinamento nazionale, con tutte le sue regole precise e specifiche, è impiantare i fondamenti di un sistema di pensiero giuridico in parte inespresso, trascendente, ‘sublime’³³, ma certo interpretabile al bisogno da parte degli ineffabili custodi del diritto egemone.

Il diritto, più della legge, è l’Impero.

Ogni impero è caratterizzato – oltre che dalla diversità delle storie, delle istituzioni, dei diritti e delle leggi delle genti che lo popolano – da un certo coniugio di valori, anche giuridici, che rappresenta il diritto comune, l’ideologia e la visione della potenza egemone³⁴. Nel mondo multipolare del XXI secolo è plausibile che assisteremo alla compresenza di più imperi, ciascuno col suo diritto, col suo *Dominus Mundi*, magari con una sua propria legge del mare e con il suo *mare clausum*³⁵; e all’applicazione delle dottrine imperiali delle potenze egemoni in ambiti geografici mutevoli, ‘grandi spazi’ schmittiani determinati dall’incontro-scontro e dall’interazione delle reciproche attività e capacità espansive.

5. *L’America Latina*

Come emerso dagli studi di romanisti italiani e latinoamericani, dopo la decolonizzazione spagnola del subcontinente latinoamericano, nella prima metà del XIX secolo, si è verificato un fenomeno assai particolare: venuto meno l’imperatore, il diritto comune è rimasto.

I paesi dell’America Latina non hanno aderito, o non del tutto, alle idee del positivismo e allo statualismo giuridico che hanno così tipicamente segnato i diritti dei paesi dell’Europa continentale³⁶, mantenendo invece operativa la distinzione tra ordinamenti nazionali e sistema romanistico del diritto comune romano-iberico in chiave sistemica³⁷.

³³ *Ibidem*.

³⁴ I. CASTELLUCCI, *Il diritto nel mondo dei molti imperi*, in *Eurasia*, 3/2011, 103 ss.

³⁵ Se ne vedono le avvisaglie, ad esempio, nelle vicende geopolitiche del Mar Cinese Meridionale.

³⁶ Può forse notarsi, incidentalmente, come la costruzione dell’odierno diritto europeo tenda a realizzare un altro impero senza imperatore, con istituzioni e diritto percepiti come artificiali dai popoli interessati forse per la loro essenza puramente tecnocratica, in assenza di una guida dotata di legittimazione politica superiore a quella dei singoli Stati; il che non esclude che una qualche potenza europea possa assumere detto ruolo di guida, oltretutto trovandosi a disposizione un utile apparato egemonico già bell’e pronto.

³⁷ Sarebbero troppi le opere da ricordare al riguardo in questa sede; mi limito a indicare, tra i molti, i nomi di J. Castán Tobeñas, J.M. Castán Vazquez, P. Catalano, A. Diaz Biolet, A.

I diritti dell'America Latina hanno mantenuto da allora una marcata apertura dei rispettivi ordinamenti verso i principi giuridici, esterni e preesistenti, della tradizione romanistica. Principi che si fondano non su una *lex* ma sul sistema dello *ius*, sull'arte del buono e dell'equo, per tornare al discorso iniziale; e che nell'operatività concreta del sistema vanno messi a sistema con le leggi in vigore, i principi della tradizione, gli usi locali fino a produrre un risultato per quanto possibile 'giusto' in ogni singola applicazione concreta. Laddove 'giusto' (*iuxtum*, secondo l'arte del buono e dell'equo) è quel risultato che risulta accettabile per la coscienza, critica e addestrata con lo studio e la pratica, del giurista – non mero operatore/applicatore di norme legali, ma uomo di giustizia pronto a regolare i fatti del mondo, come un giurista o funzionario dell'imperatore romano³⁸.

La tensione fra diritto e legge nel contesto latinoamericano è spesso abbastanza evidente. Può segnalarsi l'essenza naturale e autonoma – in certa misura intrattabile o dirompente – che il diritto può avere di fronte a una legge diciamo subottimale, quando non del tutto inadatta a raggiungere gli obiettivi che paiono buoni e giusti a una mente giuridicamente addestrata appartenente a un dato contesto giuridico, sistema e/o tradizione. La letteratura giuridica latinoamericana fornisce moltissimi esempi di ciò, con relazione a casi in cui la legge dello Stato che non dà risultati soddisfacenti ('giusti') viene superata facendo ricorso al 'sistema': ossia al diritto romano, alla tradizione romanistica, ai diritti di altri paesi della medesima tradizione, ai diritti degli altri paesi latinoamericani, alla dottrina giuridica continentale e non; agli usi e consuetudini – che costituiscono la radice profonda del diritto, che sono essi stessi il diritto in forma primordiale, non (ancora) verbalizzata dal giurista. E che ne restano, anche dopo la verbalizzazione o legificazione, l'ottima chiave di interpretazione³⁹.

6. Tra Sistema jurídico latinoamericano e Western rule of law

Accanto alla tradizione romanistica si rileva la crescente espansione in America Latina, sin da subito dopo la decolonizzazione spagnola, del mo-

Guzmán Brito, S. Schipani; in I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano*, Torino, 2011, e in A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, cit., sono offerte ricostruzioni della storia di queste idee.

³⁸ I. CASTELLUCCI, *Il Giurista, cuore del sistema nella tradizione romanista latinoamericana*, in *Roma e America*, 36, 2015, 239 ss.

³⁹ *Consuetudo est optima legum interpres*: è un noto brocardo tratto dalla *Summa Trencensis*.

dello giuridico nordamericano. Se l'America Latina ha in certa misura evitato di adeguarsi allo statualismo giuridico di tipo europeo continentale, certo non è riuscita a sottrarsi all'influenza della potenza settentrionale, che ha espanso nel subcontinente meridionale la propria egemonia, la propria presenza economica, e i propri modelli giuridici. Ciò è accaduto soprattutto nel campo delle istituzioni e del diritto pubblico, come viene comunemente rilevato anche dalla manualistica più diffusa; ma si è anche verificata la diffusione in qualche misura del sistema nordamericano di diritto economico e commerciale. E persino qualche infiltrazione della cultura giuridica nordamericana di base: una certa conoscenza del *common law* nordamericano in Brasile nella seconda metà del XIX secolo è testimoniata dalla sua indicazione tra le fonti suppletive del diritto brasiliano in un decreto presidenziale del 1890⁴⁰.

Il diritto privato generale dei paesi latinoamericani tendenzialmente non si è allontanato dalle forme della tradizione romanistica. Ma l'egemonia nordamericana, culturale economica e anche in parte giuridica, si è ivi consolidata nel corso del XX secolo – con momenti di grande contrasto, durante la guerra fredda e dopo il termine della stessa, anche recentemente; determinando un continente ancora oggi ideologicamente e politicamente diviso⁴¹ specialmente rispetto ai rapporti con gli, e al ruolo continentale e globale degli, Stati Uniti.

Tutto ciò è potuto accadere non certo attraverso i soli e semplici studi giuridici, ma soprattutto attraverso l'abile e coordinata messa in campo di rilevanti energie in campo politico, militare, economico, finanziario, culturale da parte della potenza del Nord; e ciò anche attraverso istituzioni

⁴⁰ *Decreto do Executivo* n. 848 del 11 ottobre 1890 sull'organizzazione della giustizia federale, contenente la norma di chiusura dell'art. 386 riprodotta qui appresso: «Constituirão legislação subsidiária em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrárias ás disposições e espirito do presente decreto.

Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal».

La norma è certo il frutto del particolare periodo in cui è stata emanata e dei relativi eventi politici: alla *Revolução Republicana* e al governo provvisorio del Generale Fonseca seguì l'instaurazione di un modello istituzionale di ispirazione nordamericana, federale, con un sistema di giustizia federale e un controllo giurisdizionale di costituzionalità sulle leggi e sugli atti. Resta però il fatto che l'art. 386 rimase in vigore sino al 1942, ben oltre l'approvazione del c.c. del 1916; lo stesso Beviláqua menziona il citato art. 386 tra le fonti del diritto brasiliano in C. BEVLÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1929, 26, 40 e 41. Solo nel 1942 il riferimento tornerà, più generico, ai principi generali del diritto, secondo una classica norma rinvenibile in molte codificazioni della tradizione continentale. Ma se una norma simile è stata approvata nel 1890, la sua approvazione doveva apparire – almeno un poco – tecnicamente plausibile, e concretamente comprensibile e impiegabile da parte dei giuristi brasiliani del tempo.

⁴¹ A.B. TICKNER-C. CEPEDA-M. BERNAL-J.L. BERNAL, *Anti-americanismo, pro-americanismo y sentido común en América Latina*, in *Foro internacional*, 55, n. 3, 221, 2015, 805 ss.

finanziarie globali come il FMI e la Banca Mondiale⁴². È facilmente apprezzabile la difficoltà per il subcontinente meridionale, impero senza imperatore, di resistere – nonostante qualche esempio vi sia o vi sia stato al riguardo – alla potenza di fuoco (in senso letterale e figurato), alla pressione economica e culturale, all'organizzazione dell'Impero del nord, alle risorse da esso messe in campo nell'attuare la propria agenda geopolitica.

⁴² Il tema del debito estero e dell'usura internazionale è un altro dei macro-temi di cui si è occupata la romanistica degli ultimi decenni, in America Latina e in Italia – con P. Catalano e S. Schipani ancora al fronte di questo filone di ricerca.

UN PANORAMA SULLO SVILUPPO DEL CODICE CIVILE IN BRASILE: UN'OPPORTUNITÀ PER UNA RIFLESSIONE SULLA PROBLEMATICHE DELLA TUTELA DELLA PARTE DEBOLE *

Fábio Siebeneichler de Andrade

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Codice come strumento sistematico e il fattore politico. – 2.1. Gli elementi nucleari del concetto di Codice. – 2.2. Punti di vista estensivi e restrittivi del concetto di Codice. – 3. La codificazione brasiliana tra sistema e centralismo giuridico. – 3.1. Cenni storici della codificazione civile in Brasile. – 3.2. La ricodificazione del diritto brasiliano e il dibattito sulla sua convenienza. – 4. Codificazione e tutela della parte debole. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

La scelta di occuparsi della codificazione può sembrare, *prima facie*, un anacronismo o, addirittura, un diletterantismo accademico, poiché non si tratta di un argomento giuridico concreto. È necessario, però, precisare come ci sia una ampia varietà di argomenti collegati al tema della codificazione: essa è strutturalmente connessa, infatti, a problemi ricorrenti sia per il giurista, sia per l'uomo comune. Dal punto di vista metodologico, uno di questi problemi è costituito dal modo in cui vengono disposti nel Codice gli istituti giuridici. Dal punto di vista politico, altrettanti problemi sono costituiti dalla questione della sicurezza giuridica, da una parte, e dalla possibilità di armonizzazione (o anche di unificazione giuridica), dall'altra.

In generale, si associa il processo di codificazione al diritto europeo¹. Un breve panorama sulla codificazione civile brasiliana può mirare ad un dop-

* Ho mantenuto la struttura della conferenza tenuta presso l'Università degli Studi di Brescia nel luglio 2018, con la sola aggiunta delle note. Ringrazio vivamente per l'invito il Prof. Antonio Saccoccio.

¹ Sull'argomento si veda, tra gli altri, J. VANDERLINDEN, *Le concept de Code en Europe occidentale du XIII siècle au XIX siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967, 23 ss.; M.E. VIORA, *Consolidazione e Codificazione – Contributo alla Storia della Codificazione*, Torino, 1967³, 2 ss.

pio obiettivo: chiarire che il tema è presente anche al di fuori dello scenario europeo, nonché informare il giurista europeo sullo sviluppo del diritto privato brasiliano².

Il tema della codificazione coniuga, però, un percorso di successo con uno di crisi³ e la diagnosi ha un'inequivocabile denominazione: la decodificazione⁴.

Un'analisi sommaria del diritto civile brasiliano può rivelare se esso ha affrontato, e come, questa crisi e contribuire anche a una riflessione sul fenomeno della ricodificazione⁵, soprattutto in considerazione del fatto che, come è noto, nel 2002 ha avuto luogo la promulgazione di un secondo Codice civile brasiliano⁶.

A questo proposito è necessario esaminare inizialmente gli elementi che compongono il concetto di Codice; in un secondo momento, affronteremo il dibattito sull'attualità della codificazione, a partire dall'esperienza del diritto civile brasiliano. Infine, ci tratteremo sulla relazione tra codificazione e protezione del cosiddetto contraente debole.

2. *Il Codice come strumento sistematico e il fattore politico*

2.1. *Gli elementi nucleari del concetto di Codice*

L'idea di Codice è indissolubilmente associata alla nozione di sistema⁷. Ma quando si pensa al rapporto tra codificazione e sistema, si ha presente il concetto di sistema esterno, cioè l'esistenza di un certo ordine per le soluzioni che la dogmatica produce⁸.

² Sull'argomento si veda F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – crônica de um conceito*, Porto Alegre, 1997, 19 ss.

³ Sul tema, si veda F. WIEACKER, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, in *Festschrift für Gustav Boehmer*, Bonn, 1954, 34-50.

⁴ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989³, 65 ss.

⁵ Così R. CABRILLAC, *Recodifier*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2001, 833-841. Cfr. anche F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *O Código civil de 2002: influências e funções atuais*, in A.C. BROCHADO TEIXEIRA-G. PEREIRA LEITE RIBEIRO, *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*, Belo Horizonte, 2011, 85.

⁶ Sull'argomento, cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *O Código civil de 2002*, cit., 85 ss.

⁷ Sull'argomento si veda C.W. CANARIS, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa, 1989, 1 ss.; M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968, 12 ss.; P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, I e II, Milano, 1984 e 1985, 1 ss.; H. COING, *Historia y Significado de la idea del sistema en la jurisprudencia*, México, 1959, 21 ss.; S. STROMHOLM, *Lo sviluppo storico dell'idea di sistema*, in *Riv. intern. filos. dir.*, 52, 1975, 468-486; M. BARCELONA, *Sul sistema e metodo (per una teoria giuridica sistemica)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 8, 1980, 27 ss.

⁸ Al riguardo si veda l'*Introduzione* di A. MENEZES CORDEIRO, in C.W. CANARIS, *Pensamento sistemático*, cit., LXV-LVIII, e M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., 113-117.

La base per l'identificazione tra Codice e sistema risiede fondamentalmente nelle caratteristiche che questa nozione ha. È noto come il concetto di sistema favorisca l'ordine e l'armonia dell'ordinamento giuridico⁹, da cui deriva la nota identificazione con le nozioni di certezza del diritto e di semplificazione. La codificazione, nella misura in cui costituisce una forma di organizzazione del materiale giuridico, favorisce il conseguimento di questi effetti.

La tecnica della codificazione, però, non si è sviluppata solo grazie ai progressi della sistematica. Di per sé, questi non sarebbero stati sufficienti affinché le codificazioni sorgessero e, inoltre, avessero così tanto successo.

Bisogna sottolineare un punto apparentemente semplice: la codificazione è, nella sua essenza, una attività legislativa; il legislatore, a sua volta, è un essere politico che cerca di lasciare il proprio nome per l'eternità. La codificazione è uno degli strumenti che meglio si presta a tale scopo: in questo senso, il Codice di Hammurabi e la legge delle XII Tavole servono come esempi significativi già nell'antichità.

In particolare, a partire dallo sviluppo degli Stati assoluti, il concetto di Codice diventa ingrediente di una lotta più grande; il Codice si presenta, infatti, come strumento capace di conciliare la nozione emergente di Stato con due preoccupazioni presenti in quel periodo: il sorgere di un diritto nazionale e il desiderio di una maggiore razionalità giuridica, attraverso un corpo di regole che comprendesse, al suo interno, l'insieme dell'ordinamento giuridico, sostituendo la pluralità di fonti fino a quel momento proliferanti.

Si identifica, pertanto, nella teoria della codificazione un elemento tecnico, il sistema, e un elemento politico. Si verifica, così, che la codificazione, analogamente a quanto accade per altre figure – e qui si potrebbe alludere alla Costituzione – soffre l'influenza della perenne disputa tra *ratio* e *auctoritas*¹⁰.

2.2. Punti di vista estensivi e restrittivi del concetto di Codice

Anche considerando queste premesse, non è facile cercare di definire il concetto di Codice. A questo proposito, è possibile partire tanto da un atteggiamento restrittivo, quanto da uno più ampio possibile.

Effettivamente, vi è chi limita l'idea di Codice alle manifestazioni sorte a partire dal XIX secolo¹¹. Un bell'esempio di approccio restrittivo conno-

⁹ Cfr. C.W. CANARIS, *Pensamento sistemático*, cit., 12 ss.

¹⁰ Per una analisi del tema cfr. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, trad. sp., Madrid, 1955, 77 ss.

¹¹ Cfr. F. WIEACKER, *História do Direito Privado Moderno*, trad. port., Lisboa, 1980, 366.

ta la distinzione tra consolidazioni e codificazioni¹², che cerca di identificare nelle consolidazioni la semplice raccolta di norme già esistenti, a condizione che ci sia un momento di esaurimento legislativo. Di conseguenza, una consolidazione può comprendere sia le consuetudini, sia la legge stessa: in quest'ultimo caso, con l'introduzione di nuove norme, la consolidazione raccoglierebbe al suo interno anche alcune modifiche rispetto all'antico materiale legislativo raccolto¹³.

I Codici, a loro volta, oltre a contenere materiale legislativo nuovo, sarebbero stimolati, in particolare, da uno spirito animatore, di rottura, che li distingue dalle consolidazioni¹⁴. Si collega, pertanto, all'idea di consolidazione un'immagine conservatrice, mentre ai Codici si lega l'etichetta dell'innovazione.

Non è mancato, poi, chi ha intravisto nell'idea di Codice l'esistenza di una predisposizione all'unificazione e alla riforma del diritto civile¹⁵, mediante la composizione di un testo unico e organico che contenga l'intero sistema normativo, destinato a sostituire qualsiasi altra fonte¹⁶. Questo punto di vista sviluppa, pertanto, l'idea di un Codice quale corpo esauriente di norme, che sostituisce la concezione del diritto comune. In questo senso, sono considerate Codici soltanto le opere del XIX secolo, perché riflettono l'idea dello Stato sovrano moderno, il quale esercita un controllo esclusivo sul processo legislativo.

Nella stessa ottica limitatrice si inquadra la tesi che indica come elemento distintivo del Codice il criterio dell'unificazione del soggetto di diritto e della restrizione del numero di materie da trattare, allo scopo di ottenere un 'corpo di diritti il più semplificato possibile'¹⁷.

Mentre i sostenitori del punto di vista restrittivo tendevano a collocare la nozione di Codice nel XIX secolo, altri studiosi hanno cercato di esaminare questi fenomeni, invece, in un contesto più ampio: in tal senso, si è proposta la ricostruzione secondo la quale già nel diritto romano è presente, in tutti i suoi principali momenti, la nozione di codificazione¹⁸ e si è altresì proposto d'individuare nel *Corpus Iuris* un autentico esponente

¹² Cfr. M.E. VIORA, *Consolidazione e Codificazione*, cit., 12.

¹³ Cfr. M.E. VIORA, *Consolidazione e Codificazione*, cit., 12.

¹⁴ Cfr. M.E. VIORA, *Consolidazione e Codificazione*, cit., 41-42.

¹⁵ Cfr. G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, in *La Formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto*, II, Firenze, 1977, 817 ss.

¹⁶ Cfr. G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, cit., 848.

¹⁷ Cfr., al riguardo, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna – assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 37-38.

¹⁸ Cfr. S. SCHIPANI, *I Codici latinoamericani della transfusión del diritto romano e dell'indipendenza. Verso codici della mezcla e codici tipo*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho latinoamericano*, Padova, 1992, 645 ss.

della nozione di 'Codice', cioè un libro fortemente sistematico¹⁹, e, allo stesso tempo, di identificare nel diritto romano non semplicemente una delle fonti del materiale contenuto nei Codici – cosa che, in verità, è stata da sempre riconosciuta – ma, piuttosto, la matrice stessa dell'idea di codificazione²⁰.

Questa corrente dottrinarica si propone di stabilire effettivamente uno stretto legame tra l'idea di codificazione e il diritto romano: alla base di questa ricostruzione si colloca l'idea per cui il diritto romano ha già al suo interno una propensione alla codificazione, poiché in esso risiede una costante aspirazione a fornire all'ordinamento giuridico una sistemazione globale²¹.

In sostanza, è necessario considerare come la codificazione sia un concetto che si sviluppa in vari momenti; esso non è esclusivo, pertanto, di un determinato periodo storico, nonostante l'identificazione tentata, a partire dal giusrazionalismo, fra il concetto di Codice e, in particolare, la tendenza verso la costruzione del sistema, identificabile nelle scienze naturali²².

In altre parole, è possibile concepire il fenomeno della codificazione come il risultato del principio della totalità²³: il Codice è visto come un'opera globale, capace di contenere l'insieme delle norme giuridiche su una determinata materia. Questa idea, però, è necessariamente imperfetta: nonostante lo sforzo in questo senso, infatti, è ineliminabile il permanere di tracce di pluralismo, risultando impossibile raccogliere in un unico testo la totalità delle norme giuridiche.

Indicate, in modo sommario, le linee direttrici sulle quali si colloca il concetto di Codice, è necessario verificare come si posizioni l'esperienza brasiliana a questo proposito.

¹⁹ Sull'argomento si veda, per esempio, M. VILLEY, *Recherches sur la littérature didactique du droit romain*, Paris, 1945, 1 ss.; M. KASER, *Sur la méthode des jurisconsultes romains*, in *Romanitas*, 1962, 106-123; S. SCHIPANI, *Andrés Bello romanista istituzionista*, in *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano. Congreso Internacional*, Caracas, 1987, 205 ss. Per altri riferimenti, cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – crônica de um conceito*, cit., 20.

²⁰ Sul tema, si veda, per esempio: H. ANKUM, *La codification de Justinien était-elle une véritable codification?*, in *Liber Amicorum John Gilissen*, Deventer, 1983, 1 ss.; S. SCHIPANI, *Andrés Bello, romanista-istituzionista*, cit., 205 ss.; F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação. Crônica de um conceito*, cit., 20.

²¹ Cfr. O. BEHREND, *Le codificazioni romanistiche e le costituzioni moderne (sull'importanza costituzionale del diritto romano)*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho latinoamericano*, cit., 240.

²² Sull'argomento si veda J. BAUDOIN, *Réflexions sur la codification comme mode d'expression de la règle de droit*, in *Unification et le Droit Comparé dans la théorie et la pratique. Contribution en l'honneur de Jean Georges Sauveplanne*, Deventer, 1984, 18.

²³ Sul tema cfr. P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, Berlin, 1959, 29 ss.; F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – crônica de um conceito*, cit., 25.

3. La codificazione brasiliana tra sistema e centralismo giuridico

3.1. Cenni storici della codificazione civile in Brasile

Lo sviluppo della codificazione in Brasile rispecchia, in modo significativo, la presenza dei due elementi sopraccitati, determinanti per la nozione di codificazione.

In primo luogo, è indispensabile aver presente come il diritto civile brasiliano sia segnato dalla ampia influenza del diritto portoghese, a causa della vigenza, in Brasile, degli Ordinamenti portoghesi (le *Ordenações*)²⁴, fattore determinante per la configurazione delle caratteristiche del diritto brasiliano. Questi restarono in vigore in Brasile anche dopo l'indipendenza dal Portogallo nel 1822, e fino al 1916, quando è entrato in vigore il primo Codice civile brasiliano.

Questa circostanza costituisce, probabilmente, la principale ragione per cui, in Brasile, non si è avuta una codificazione immediatamente dopo l'indipendenza: gli Ordinamenti, infatti, hanno consentito in un certo modo la centralizzazione giuridica, poiché un corpo unico di leggi aveva la funzione di regolare materie di diritto privato, sostituendo altre fonti o costumi locali. Nonostante le *Ordenações* fossero un'opera largamente incompleta, dunque, esse ottennero il risultato di costituire un corpo centrale di leggi nel diritto brasiliano²⁵.

Rappresenta una peculiarità del diritto brasiliano la circostanza per cui la prima codificazione nell'ambito del diritto privato sia stata, nel 1850, quella del diritto commerciale: si deve così riconoscere in Brasile una sorta di priorità legislativa a un ramo del diritto considerato tipicamente come speciale rispetto al diritto civile²⁶. Si pone in evidenza, pertanto, una questione che accompagnerà il diritto brasiliano per un consistente periodo di tempo: determinare se il diritto privato dovesse unificarsi o rimanere separato, con codificazioni distinte, per il settore civile e per quello commerciale²⁷.

La interrelazione tra la questione politica e l'elemento tecnico salta agli occhi nel diritto civile brasiliano anche quando si analizzano due opere

²⁴ Le prime '*Ordenações*' sono state le *Alfonsinas* (1446); le seconde, quelle *Manuelinas* (1514), mentre le *Filipinas* sono del 1603. Sull'argomento si veda per esempio C. DO Couto e SILVA, *Direito civil em perspectiva histórica e visão do futuro*, in *Ajuri*, 40, 1987, 148; O. GOMES, *Raízes históricas e sociológicas do Código civil brasileiro*, in *Ajuri*, 9, 1977, 8.

²⁵ Cfr., per esempio, C. DO Couto e SILVA, *Direito civil em perspectiva histórica e visão do futuro*, cit., 148.

²⁶ Cfr. T. ASCARELLI, *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, 1969, 85.

²⁷ Cfr., per esempio, F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – crônica de um conceito*, cit., 136; Id., *O Código civil de 2002: influências e funções atuais*, cit., 103.

importanti realizzate nel XIX secolo, durante il periodo imperiale, ambedue scritte da Teixeira de Freitas.

La prima di esse è stata la Consolidazione delle leggi civili del 1855, che ha visto nella sistematica il suo punto forte: Freitas, infatti, ha diviso l'opera in una parte generale e in una speciale, ragion per cui essa può considerarsi come la prima volta in cui sia stata adottata la sistematica tedesca in una legislazione civile. D'altra parte, la medesima Consolidazione delle leggi civili era un lavoro che si presupponeva non terminato, poiché si prevedeva un séguito, cioè la realizzazione di un progetto di Codice civile.

L'esperienza brasiliana, pertanto, è significativa per la sopraccitata distinzione tra consolidazione e codificazione. È però necessario avvertire come, nonostante l'idea di Teixeira de Freitas nell'elaborare la consolidazione fosse quella di realizzare un'opera di semplificazione legislativa, lo stesso la considerasse un'opera essenziale ai fini di una codificazione. Infatti, egli riteneva che, senza la conoscenza preventiva della legislazione, non si sarebbe potuto pensare all'elaborazione di un Codice civile; egli concepiva altresì la codificazione come un processo da realizzare in due tappe. In ogni caso, l'esempio brasiliano non può essere assunto come testimonianza di una presunta opposizione tra consolidazione e codificazione: esso, al contrario, presuppone una certa integrazione.

Il processo di codificazione del diritto civile brasiliano proseguì nel 1859, quando fu dato a Freitas il compito di realizzare il progetto di Codice civile. Nonostante siano stati redatti oltre quattromila articoli, l'opera non è stata completata ed è conosciuta come *Esboço* ('Bozza'). Freitas voleva elaborare un Codice generale che unificasse il diritto privato e ciò avrebbe implicato l'abrogazione del Codice commerciale in vigore dal 1850. Il progetto di Freitas, però, venne respinto dal governo imperiale, e così egli si trovò costretto a rinunciarvi.

A séguito di tali eventi, pertanto, durante il Governo imperiale e fino all'avvento della Repubblica (dal 1822 al 1889), il Brasile rimase privo di un Codice civile. Dopo il fallimento dei progetti successivi²⁸, soltanto nel 1916, nel periodo repubblicano, il diritto brasiliano ebbe una codificazione civile, a partire dai lavori di Clóvis Beviláqua.

Il motivo di un tale ritardo risiede, in sostanza, nella citata influenza sul diritto brasiliano del diritto portoghese, che, per il tramite degli Ordinamenti (*Ordenações*), realizzava sussidiariamente il ruolo di Codice civile tramite la funzione di centralizzazione giuridica nel diritto privato²⁹. Si possono, però, individuare due fattori aggiuntivi: da un lato, il fatto che il Brasile abbia convissuto con la schiavitù fino al 1888 (e sia stato l'ultimo Paese ad abolirla); dall'altro lato, le difficoltà dell'Impero nell'integrare e mantenere la vasta unità territoriale brasiliana.

²⁸ Cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da codificação – crônica de um conceito*, cit., 97.

²⁹ Cfr. C. DO COUTO E SILVA, *Direito civil brasileiro em perspectiva histórica*, cit., 148.

Ad uno sguardo sommario, si nota come il primo Codice civile brasiliano abbia sostanzialmente mantenuto lo schema sistematico che prevede la divisione tra parte generale e parte speciale. Esso, inoltre, per quanto riguarda il trasferimento della proprietà, ha scelto di conservare il modello di derivazione romanistica che prevede 'titolo più modo'. Il medesimo Codice, però, si presenta come estremamente conservatore in materia di diritto di famiglia, nella misura in cui conserva la posizione di predominio maschile, mentre si presenta come molto liberale nelle soluzioni adottate per il diritto delle obbligazioni³⁰.

Esso, in sintesi, rappresenta un modello di continuità giuridica nel solco della tradizione culturale proveniente dagli Ordinamenti portoghesi: al suo interno, dunque, si avverte meno – rispetto a quanto avvenuto in Europa – la frattura tra l'antico e il nuovo³¹.

Successivamente alla codificazione, il diritto civile brasiliano conoscerà, durante il XX secolo, una proliferazione di leggi speciali in diversi settori, che culminerà con il sorgere della teoria della c.d. decodificazione³².

Peraltro, l'identificazione nel Codice civile del 1916 di un liberalismo contrattuale e, parallelamente, di un conservatorismo sociale ha fatto sì che si producessero diversi tentativi di aggiornamento del diritto civile brasiliano. Tale processo, iniziato nel 1972, troverà compimento solo nel 2002, con una nuova codificazione del diritto civile brasiliano³³.

3.2. *La ricodificazione del diritto brasiliano e il dibattito sulla sua convenienza*

La promulgazione del Codice Civile del 2002 ha permesso che si riprendesse, nello scenario giuridico brasiliano, la discussione sulla opportunità di una nuova codificazione. Negli anni '80 e '90 del XX secolo, voci autorevoli della dottrina brasiliana si sono levate contro la necessità di una ricodificazione del diritto civile brasiliano³⁴. In quel periodo, non solo la questione si presentava come futile o meramente accademica, ma rappresentava altresì una sorta di anacronismo. Si riteneva che una nuova codificazione avrebbe rappresentato un ritorno al passato, in spregio all'evoluzione le-

³⁰ Per un quadro di insieme, si veda F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da codificação – crônica de um conceito*, cit., 99.

³¹ Cfr. C. DO SOUTO E SILVA, *Miguel Reale civilista*, in *Revista dos Tribunais*, 672, 59.

³² Cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – crônica de um conceito*, cit., 111 ss.

³³ Mi permetto, sul punto, di rinviare a F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *O Código civil brasileiro: influências e funções atuais*, cit., 85.

³⁴ Cfr. O. GOMES, *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1983, 48.

gislativa della seconda metà del XX secolo³⁵. Pochi studiosi, dunque, si pronunciarono in favore della soluzione poi adottata dal legislatore brasiliano³⁶.

Tra le critiche avanzate al nuovo Codice civile, si indicava, da un lato, la circostanza per cui la 'formula Codice' rappresentava un'eredità del XX secolo, segnato dal pensiero razionalista e strettamente liberale³⁷. Dall'altro lato, si affermava che la codificazione non sarebbe stata la soluzione adeguata per l'attuale momento storico³⁸, da molti definito come età post-moderna³⁹, in cui è preponderante una notevole accelerazione dei fattori sociali, politici ed economici.

Nella dottrina brasiliana, sono stati altresì formulati dei corollari rispetto a questi argomenti, evidenziando, in particolare, come la codificazione non sia stata una scoperta del XIX secolo, trattandosi di una tecnica di legislazione presente anche nell'antichità, come già ricordato sopra.

Da un diverso punto di vista, si osservava, invece, che la prospettiva post-moderna non esclude di per sé la codificazione, poiché questa consiste in una tecnica legislativa modellabile, che si presenta come estremamente permeabile ai valori rappresentati dalla nuova temperie. Si osservava, così, che, anche nell'attualità, persiste ancora un movimento favorevole all'idea della codificazione del diritto civile, ragion per cui essa non può in alcun modo essere considerata una forma superata di legislazione⁴⁰. Si assiste, infatti, a un convinto movimento codificatorio anche in Paesi o regioni ad alto tasso di sviluppo, come il Québec⁴¹ o l'Olanda⁴², ma anche in alcuni Paesi in via di sviluppo⁴³. Si consideri, inoltre, il dibattito sulla realizzazione di un Codice europeo dei contratti, con l'obiettivo di riunire in un corpo unico di leggi le principali regole contrattuali⁴⁴: in tal modo,

³⁵ Cfr. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *O Direito pós-moderno e a codificação*, in *Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, 2004, 55; L. EDISON FACHIN, *Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro: Crítica à Racionalidade Patrimonialista e Conceitualista*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 76, 2000, 129.

³⁶ Così, C. DO Couto e SILVA, *O Direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão do futuro*, in *Ajuris*, 40, 1987, 149.

³⁷ Cfr. L. EDISON FACHIN, *Sobre o Projeto do Código Civil Brasileiro*, cit., 132.

³⁸ Così A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *O Direito pós-moderno e a codificação*, cit., 55 e 63.

³⁹ Cfr., per esempio, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *O Direito pós-moderno e a codificação*, cit., 55; A. MANUEL HESPANHA, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia*, Lisboa, 1997, 247; B. OPPETIT, *Droit et Modernité*, Paris, 1998, 3; P. FERREIRA DA CUNHA, *Subsídios para um ensaio sobre o direito contemporâneo*, in *Quaderni Fiorentini*, 37, 2008, 499 ss.

⁴⁰ Cfr. R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 117.

⁴¹ Cfr. L. VOGEL, *Le Monde des Codes Civils*, in *Le Code Civil*, Paris, 2004, 798.

⁴² Cfr. L. VOGEL, *Le Monde des Codes Civils*, cit., 798.

⁴³ Un esempio importante è costituito dal diritto cinese. Per una panoramica, cfr. S. SCHIPANI, *Fundamentos romanísticos y derecho chino*, in *Revista de Derecho Privado*, 35, 2018, 21 ss.

⁴⁴ Cfr. S. PATTI, *Tradizione civilistica e Codificazioni europee*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 521 ss.; S. RODOTÀ, *Un Codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in P.

nella Unione Europea si giungerebbe ad una convinta unificazione del diritto per una via alternativa alla mera emanazione di direttive, costituita dalla redazione di un Codice unico.

Da questo punto di vista, non si dovrebbe qualificare come un anacronismo la decisione brasiliana del 2002 di ricodificare il proprio diritto civile; al contrario, la scelta si rivela giustificabile, alla luce dell'esistenza di esperienze analoghe in altri Paesi.

Il Codice civile del 2002 si presenta, così, come uno strumento di continuità, poiché mantiene la struttura di una parte generale e di una parte speciale. La sua grande innovazione in questo ambito è rappresentata dall'unificazione del diritto civile con il diritto commerciale, realizzata mediante l'inserimento nel Codice di un libro speciale, sul diritto dell'impresa.

Altre innovazioni possono essere ugualmente oggetto di riflessione: ad esempio, l'adozione di clausole generali⁴⁵ – introdotte allo scopo di fornire all'interprete maggiori flessibilità e operatività dell'ordinamento giuridico – si è rivelata in grado di stimolare una più fervida attività giudiziale, ma altresì capace di creare, a discapito delle parti, un più elevato tasso d'insicurezza giuridica.

In sostanza, nonostante sia possibile ravvisare nel Codice civile brasiliano del 2002 una notevole influenza del diritto italiano (e del Codice civile italiano del 1942; influenza riscontrabile, ad esempio, nell'adozione della teoria, in ambito contrattuale, dell'eccessiva onerosità e nell'inserimento del libro sul diritto dell'impresa nella sua parte speciale), si può affermare che il Codice del 2002 mantiene caratteristiche intrinseche al diritto brasiliano: infatti, il suo vincolo con la sistematica tradizionale e la sua fedeltà a certe soluzioni classiche (come, per esempio, il modo di trasmissione della proprietà) consentono di affermare che esso si è rivelato capace di mantenere i tratti propri della tradizione portoghese, derivante dalla legislazione più antica.

Rimane comunque aperta la questione se la soluzione adottata dal codificatore civile brasiliano del 2002 si concretizzi in un mezzo adatto a svolgere quelle funzioni che, nell'età contemporanea, appare proprio attribuire a una codificazione: servire da strumento di integrazione di tutta la materia del diritto privato, cioè, in particolare, coordinare le diverse esigenze di tutela della persona e di protezione del contraente debole, con un indispensabile, conseguente collegamento tra il diritto civile, il diritto dell'impresa e il diritto del consumatore⁴⁶.

CAPPELLINI-B. SORDI (a cura di), *Codici, una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, 541 ss.; E. HONDIUS, *Towards a European Civil Code: General Introduction*, London, 1998, 3 ss.; W. TILMANN, *Towards a European Civil Code*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1997, 595 ss.

⁴⁵ Per un quadro di insieme si rinvia a J. DAWSON, *The general clauses viewed from a distance*, in *Rabels Zeitschrift*, 41, 1977, 441.

⁴⁶ Cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *O Código civil de 2002: influências e funções atuais*, cit., 85.

4. Codificazione e tutela della parte debole

La nozione di codificazione è legata all'idea che il diritto dovrebbe applicarsi allo stesso modo a tutti e, in linea di principio, dovrebbe evitare che le regole siano valide solo per alcuni⁴⁷.

L'idea, inoltre, di un *ius singulare* era presente già alla riflessione dei giuristi romani, in particolare presso il giurista Paolo⁴⁸: mentre per i romani, però, il *ius singulare* aveva una funzione specifica e piuttosto individuale, la nozione di legge speciale si applica ora anche più estensivamente, oltre i confini in cui il giurista romano la restringeva.

Il proliferare di leggi speciali implica come conseguenza che la codificazione non rappresenta più il centro dell'ordinamento giuridico⁴⁹. Nel campo del diritto privato, specialmente nella teoria del contratto, ciò comporta una crescente preoccupazione per il possibile alterarsi della parità contrattuale, vale a dire della garanzia secondo la quale, nella sfera contrattuale, entrambe le parti hanno la stessa possibilità di vedere tutelati i propri interessi in modo simmetrico⁵⁰.

Attualmente, non mancano casi in cui accade che, sempre in ambito contrattuale, le parti non si trovino in condizioni paritarie⁵¹.

In questo contesto, viene facile costruire una sorta di legame tra la possibile lesione della parità contrattuale e la questione della codificazione; in tal modo sorge la questione di come proteggere la parte debole del contratto, la quale non ha la stessa forza per difendere i propri interessi, in particolare in relazione a contratti indesiderati o iniqui.

In sintesi, partendo dal presupposto che deve essere offerta protezione al contraente debole e, inoltre, che si tratta di questione specifica, appare conseguente cercare la soluzione del problema al di fuori della codificazione, cioè all'interno della legislazione speciale. Si è ritenuto, infatti, che – meglio di qualsivoglia altra soluzione – avrebbe potuto rispondere a tale

⁴⁷ Cfr. P. CARONI, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificacion*, Madrid, 1996, 82 ss.

⁴⁸ Cfr. D. 1.3.16: *Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est*. Sul tema, cfr. R. MARTINI, *Le definizioni del giurista romano*, Milano, 1966, 280-281.

⁴⁹ Cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, 3 ss.; F. WIEACKER, *Aufstieg, Blüte und Krisis der Kodifikationsidee*, cit., 34 ss.; F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – crônica de um conceito*, cit., 111.

⁵⁰ Cfr. M. WOLFF, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen, 1970, 1 ss.; L. RAISER, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt a. M., 1977, 39 ss.; S. LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, München, 1997, 4 ss.; R. SINGER, *Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst*, in *Juristische Zeitung*, 1995, 1133 ss.; F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Vertraglicher Verbraucherschutz: Brasilianische und deutsche Regelungen*, in *Vergleich*, Bonn, Dunckler & Humblot, 2002, 26 ss.

⁵¹ Cfr. G. HÖNN, *Kompensation gestörter Parität*, München, 1982, 2 ss.

esigenza la costruzione di un diritto proprio del consumatore⁵², poiché la funzione di questo era proprio quella di difendere i più deboli, laddove, in questi casi, il più debole è, per l'appunto, il consumatore⁵³.

Di conseguenza, la legge brasiliana ha adottato nel 1990 una legislazione speciale, al fine di proteggere la persona nel rapporto di consumo. Il c.d. Codice di protezione dei consumatori contiene una sezione specifica di protezione del contraente debole, che disciplina questioni quali le clausole abusive e il diritto al ripensamento.

Col passare del tempo, tuttavia, è sorta un'altra problematica, cioè la possibilità che il contraente debole debba essere protetto anche in altri rapporti contrattuali, che la dottrina italiana chiama il 'terzo contratto'⁵⁴. Si è così posta la domanda su quale possa essere il ruolo che la legge civile deve ricoprire in alcune relazioni asimmetriche, in cui il potere contrattuale tra le parti non è bilanciato.

Nel diritto tedesco, attraverso la riforma che ha modernizzato la parte delle obbligazioni nel 2000, vi è stata l'incorporazione formale delle norme sul diritto dei consumatori nel BGB.

Il codificatore brasiliano ha scelto, però, di evitare un tale 'compattamento' normativo, poiché nel Codice non è stata ricompresa la totalità della disciplina esistente a tutela del consumatore, mantenendo per diverse fattispecie la veste formale della legislazione speciale. In altre parole, in Brasile si è preferito non adottare la soluzione del diritto tedesco, che ha integrato nel BGB la legislazione del diritto del consumatore. Tale opzione, infatti, non risultava applicabile al diritto brasiliano, dal momento che, in Brasile, il Codice del consumo ha un forte peso politico-legale e rappresenta un meccanismo di difesa per il consumatore di livello costituzionale.

Questa circostanza porta ad un'asimmetria, nella legge brasiliana, perché in alcuni rapporti contrattuali, come il contratto di fideiussione nel diritto civile o il contratto di *franchising* nel diritto commerciale, non vi sono meccanismi di tutela del contraente debole.

Va anche notato, in linea con quanto affermato in precedenza, che esistono tentativi di reintrodurre nel diritto brasiliano una codificazione commerciale separata, principalmente allo scopo di diminuire il ruolo del principio di buona fede in questi rapporti.

In particolare, si afferma che il principio di buona fede dovrebbe soltanto svolgere una funzione di *fair play*⁵⁵ e non potrebbe in alcun modo

⁵² Cfr. N. REICH, *Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz*, in ZRP, 1974, 187.

⁵³ Cfr. E. V. HIPPEL, *Der Schutz des Schwächeren*, Tübingen, 1982, 213.

⁵⁴ Cfr. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in G. GITTI-G. VILLA, *Il Terzo contratto*, Bologna, 2008, 9 ss.

⁵⁵ Cfr. A. D'ANGELO-G. MONATERI-A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005, 86 ss.

introdurre mitigazioni in chiave solidaristica all'interno dei rapporti di diritto commerciale, anche laddove questi si rivelassero di tipo asimmetrico. Per converso, è poco esplorata la possibilità di estendere ad altre ipotesi, come il contratto di fideiussione o quello di *franchising*, alcuni istituti presenti nel Codice di protezione del consumatore, come lo *ius poenitendi* e l'elenco di clausole abusive.

In questo contesto, si può affermare che il tema del ruolo che può giocare la codificazione civile nella protezione del contraente debole, nonostante sia un argomento molto rilevante in epoca attuale, rimane privo di un adeguato approfondimento nel diritto privato brasiliano⁵⁶: quest'ultimo, infatti, lavora ancora all'interno di un sistema binario (Codice civile/Codice del consumatore), che non riconosce la necessità di tutela della parte debole per quanto riguarda i rapporti sottoposti al regime del Codice civile.

5. Conclusioni

La codificazione costituisce uno sforzo dell'uomo nell'attribuire al mondo giuridico un certo ordine, una determinata unità; strettamente collegato a questa esigenza di completezza vi è anche il proposito di eliminare le ambiguità e di perseguire la certezza del diritto.

Questa ricerca della completezza non si è però realizzata con la stessa intensità in tutti i periodi storici; essa si è manifestata, infatti, in alcune epoche in modo più vivo che in altre.

L'esperienza della codificazione brasiliana rispecchia molto bene questo andamento. L'evoluzione storica del diritto civile brasiliano rivela lo sforzo per realizzare il progetto codificatorio, sia nel 1916 sia nel 2002, e pochi ordinamenti hanno ritardato la loro codificazione come quello brasiliano.

L'unificazione tra il diritto civile e il diritto commerciale – rispetto al quale ultimo possiamo riconoscere in Teixeira de Freitas il primo codificatore – rappresenta un altro importante aspetto: infatti, costituiscono ulteriori ragioni del ritardo le difficoltà e le esitazioni del codificatore brasiliano dinanzi a un problema apparentemente di carattere soltanto sistematico, cioè sapere se il diritto privato debba essere effettivamente integrato nel Codice civile o se debbano coesistere due distinti Codici, uno per il diritto civile e uno per il diritto commerciale.

Si può aggiungere che il Codice brasiliano del 2002 costituisce un model-

⁵⁶ Cfr. F. SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *O Princípio favor debitoris como instrumento para uma visão cooperativa do direito das obrigações*, in *Estudos de Direito Civil – Internacional Privado e Comparado – Homenagem a Professora Vera Jacob de Fradera*, São Paulo, 2014, 167 ss.

lo distinto dalle altre codificazioni del XIX secolo. Si rinuncia all'idea della completezza, che permeava il concetto classico di Codice civile e che pure aveva ispirato il Codice civile brasiliano del 1916, perché il Codice del 2002 non comprende al suo interno tutto il corpo legislativo del nostro Paese.

Il nuovo Codice civile brasiliano ha adottato diverse tecniche codificatorie, così come ha accolto principi e istituti del diritto civile che non erano collocati al centro dell'ordinamento giuridico; ma, ad ogni modo, esso non ha rotto frontalmente la continuità con il diritto precedente, rispetto al quale è riconoscibile una chiara linea evolutiva.

La ricodificazione brasiliana ha costituito, pertanto, un omaggio alla razionalità del diritto civile brasiliano, poiché l'inserimento di alcuni principi e di alcuni istituti direttamente nel Codice, così da renderli agevolmente accessibili all'operatore del diritto, costituisce certamente un aspetto apprezzabile. Rimane, però, in sospeso la questione – qui appena abbozzata – se l'attuale codificazione brasiliana avrebbe potuto o meno meglio coordinare il rapporto tra il diritto civile 'generale' e codificato e il diritto privato speciale.

In effetti, nella volontà del codificatore brasiliano di unificare il regime delle obbligazioni del diritto civile e del diritto commerciale potrebbe vedersi un omaggio alla tradizione. Non è stata data adeguata importanza ad una materia più recente, il diritto del consumatore, cioè al diritto della parte debole del rapporto giuridico: ciò appare quasi come un obiettivo da raggiungere, affinché il Codice civile brasiliano possa presentare un livello adeguato alle necessità dell'ordinamento giuridico attuale.

MASSIMA E POTERE

Luca Passanante

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La massima come enunciato normativo. – 3. Massima e potere: la massima come mezzo di comunicazione. – 4. Il Massimario come «catalizzatore». – 5. Tornano (sotto mentite e più insidiose spoglie) le «massime consolidate». – 6. Massima e tempo. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

È un costume diffuso in vari paesi del Mondo racchiudere in un breve enunciato sintetico il contenuto delle decisioni delle Corti di vertice. Ciò rende più agevole intendere in breve quale sia la questione che la pronuncia ha risolto e come l'abbia risolta. Negli ordinamenti giuridici dotati di una Corte suprema 'bulimica', ossia connotata da un cronico sovraccarico di lavoro, la riduzione delle pronunce giurisprudenziali in enunciati sintetici, che ne agevolino la ricerca e ne consentano la comprensione in tempi rapidi, tende ad assumere caratteri estremi. Con ciò s'intende che detti enunciati perdono quasi completamente contatto con il 'caso'¹ deciso, fino a divenire proposizioni generali ed astratte che, senza troppo sforzo, possono definirsi veri e propri enunciati normativi. Due buoni – si fa per dire – esempi di questo fenomeno sono costituiti dall'Italia e dal Brasile, i quali hanno sistemi di giustizia civile che, pur affondando le proprie radici nella comune tradizione culturale di *civil law*, sono tra loro assai diversi per un'ampia serie di ragioni sulle quali qui non è opportuno indugiare. Essi, tuttavia, sono accomunati dal carattere bulimico della propria Corte suprema (nel caso brasiliano è più corretto discorrere di due Corti supreme), nonché dalla prassi di ridurre le sentenze delle Corti di vertice in quei brevi enunciati, che in Italia chiamiamo 'massime' e in Brasile chiamano '*súmulas*'². In questo scritto

¹ Sul concetto di 'caso' v., da ultimo, N. IRTI, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Il Mulino, Bologna, 2018, 17 ss.

² Sul sistema delle *súmulas* (e degli antenati *assentos* portoghesi), nella letteratura italiana, si veda A. BRUNO, *Effetti vincolanti delle decisioni e tecniche di argomentazione giuridica*.

mi occuperò prevalentemente dell'ordinamento italiano, ma molte delle considerazioni che saranno svolte possono, a mio avviso, essere estese anche all'ordinamento brasiliano.

In particolare, la tesi che si vuol sostenere è che questa operazione, normalmente sottostimata e non di rado derubricata a mero espediente pratico, volto ad agevolare la consultazione della giurisprudenza, ha in realtà una grandissima rilevanza, fino ad integrare esercizio di ciò che possiamo chiamare un vero e proprio potere. Se ciò in Brasile è ormai un dato acquisito anche *in iure*, avendo l'ordinamento riconosciuto – in presenza di determinate circostanze – la vincolatività delle *súmulas*, in aderenza ad una ormai ben nota teoria del precedente vincolante³, in Italia le cose stanno diversamente. Nel nostro ordinamento, infatti, viene costantemente negato alla giurisprudenza lo *status* di fonte del diritto. A sostegno di questa inveterata opinione si suole ripetere che nel diritto italiano non vige il principio dello *stare decisis*⁴; che gli artt. 2908 e 2909 c.c. non consentono alle sentenze di operare *erga omnes* o comunque *ultra partes*⁵; che non vi sono nel nostro ordinamento, a

Uno sguardo al sistema costituzionale portoghese e a quello brasiliano attraverso istituti «perturbadoramente» problematici, in M. CAVINO, *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, I, Giuffrè, Milano, 2009, 215 ss. e spec. 236 ss.

³Il dibattito sulla forza vincolante o persuasiva del precedente giudiziario in Brasile è amplissimo e dura da anni e con ogni probabilità deve ritenersi tuttora irrisolto, sicché – in quel paese, come nel nostro – far capo senza riserve a un concetto di precedente, ampiamente abusato, ma tuttora privo di uno *status* – non dico dogmatico, ma nemmeno – teorico sufficientemente consolidato, espone a rischi assai elevati e ne sconsiglia un uso dissolutivo. Fermo questo *caveat*, il dibattito a cui si è fatto cenno non può nemmeno in sintesi essere richiamato in questa sede. Il più autorevole esponente del citato movimento culturale è probabilmente Luiz Guilherme Marinoni, a cui si devono gli sforzi più documentati e convinti di spingere il modello brasiliano verso un sistema a 'precedente obbligatorio': in argomento si veda infatti, emblematicamente, L.G. MARINONI, *Precedentes Obrigatórios*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010, *passim*, giunta ormai alla V ed. nel 2016. In argomento v. anche, più di recente, la breve, ben documentata, monografia di D. MITIDIERO, *Precedentes. Da persuasão à vinculação*, Editoria Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2017², *passim*. Si vedano inoltre gli scritti raccolti nei volumi a cura di L.G. MARINONI, *A Força dos Precedentes*, JusPODIVM, Salvador, 2012², di T.A. ALVIM WAMBIER, *Direito Jurisprudencial*, I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, e di A.G. DE CASTRO MENDES-L.G. MARINONI-T.A. ALVIM WAMBIER, *Direito Jurisprudencial*, II, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, nonché le seguenti opere monografiche: L.G. MARINONI, *O STJ enquanto Cortes de Precedentes*, II ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014; ID., *A Ética dos Precedentes*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014; D. MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas – do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*, São Paulo, 2017³; J.R. CRUZ-TUCCI, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004; H. ZANETI JÚNIOR, *O Valor Vinculante dos Precedentes*, JusPODIVM, Salvador 2017³; T. DA ROSA DE BUSTAMANTE, *Teoria do Precedente Judicial*, Noeses, São Paulo, 2012; P. PESSOA, *Legitimidade dos Precedentes*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

⁴In giurisprudenza v., per tutte, Cass., 26 marzo 1953, n. 772; Cass., 22 gennaio 1987, n. 586.

⁵L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna, 1996, 98.

differenza che in altri, ipotesi in cui il giudice è chiamato a fare le veci del legislatore⁶; che il giudice per Costituzione è soggetto soltanto alla legge e la sua attività di *ius dicere* non può mai risolversi nella creazione di norme, ma è sempre (e solo) interpretazione di norme già scritte⁷.

Ne consegue che se, per un verso, nel nostro ordinamento si disconosce con forza che la giurisprudenza sia fonte del diritto, per altro verso, si tende a ricondurre (e a ridurre) l'attività di massimazione delle sentenze ad un utile servizio per chi si rivolge alla giurisprudenza per conoscere gli orientamenti interpretativi sui quali poter far affidamento in un dato momento storico. Ciò risponde certamente al vero, ma, come cercheremo di dimostrare, non è tutto.

2. La massima come enunciato normativo

Nel nostro ordinamento la massimazione delle sentenze è affidata all'Ufficio del Massimario e del Ruolo, istituito dall'art. 68 ord. giud., operante sotto il controllo e la direzione del Primo presidente della Corte di cassazione il quale, per legge, ne stabilisce le attribuzioni, sentito il Procuratore generale⁸. Ciò implica che vi sia una dissociazione istituzionale tra

⁶ Mi riferisco, emblematicamente, all'art. 1, secondo comma, del Codice civile svizzero, a mente del quale «Nei casi non previsti dalla legge il giudice decide secondo la consuetudine e, in difetto di questa, secondo la regola che egli adotterebbe come legislatore».

⁷ E.T. LIEBMAN, «Giudici legislatori», in *Riv. dir. proc.*, 1984, 756 ss. e spec. 760. Tutto ciò non impedisce di riscontrare in letteratura la consapevolezza diffusa che la giurisprudenza ricopre una posizione cruciale nella costruzione dell'ordinamento giuridico: essa è senz'altro formante (R. SACCO, voce *Formante*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. IV ed., VIII, Utet, Torino, 1992, p. 428 ss.), fonte di produzione di norme, ancorché non di disposizioni (R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, 97 ss.; ID., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 391 ss. e spec. 401 ss.), fonte non formale del diritto (N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, 152 ss.; ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017, 1 ss.) e svolge una funzione che, come da molto tempo è stato magistralmente detto – e poi ennesime volte ripetuto – non è limitato ad interpretare un diritto già interamente formato, ma contribuisce alla sua stessa formazione, sicché il diritto è sempre anche diritto giurisprudenziale (L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967, 371 ss., il quale, in questa ampia e – a dispetto del modesto titolo – approfondita indagine storico-comparatistica, utilizza in realtà la locuzione «diritto giurisprudenziale» prevalentemente per il diritto romano e il *common law*, mentre per gli ordinamenti europeo-continentali, legati alla tradizione positivista e legalista del c.d. 'diritto scritto', utilizza più prudentemente la locuzione «momento giurisprudenziale del diritto»: cfr. sull'impiego di questa terminologia *op. cit.*, spec. 371 ss.).

⁸ La letteratura sull'Ufficio del Massimario è piuttosto scarsa. Tra i contributi più significativi, pur senza pretesa di completezza, si segnalano: C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, in *Quest. giust.*, 3/2017, 82 ss.; A. SCRIMA, *Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione tra storia e attuali prospettive*, in

estensore della sentenza e redattore della massima, un profilo di cui si è discusso a più riprese in letteratura, argomentandosi da più parti, in senso contrario, l'opportunità di affidare la stesura della massima allo stesso giudice che ha scritto la sentenza⁹. Ma sono voci rimaste perlopiù inascoltate, tant'è che non si è mai intervenuti sulla disciplina dell'Ufficio del Massimario, che resta a tutti gli effetti un ufficio giudiziario autonomo di cui viene periodicamente rivendicata la piena autonomia rispetto ai collegi giudicanti e specialmente rispetto a chi sia stato estensore della sentenza o dell'ordinanza da massimare¹⁰.

Nonostante le perplessità circa la scelta di mantenere istituzionalmente distinto l'autore della sentenza e quello della massima siano talvolta state occasionate da errori nella redazione di quest'ultima, sono diverse e meno superficiali le ragioni che consiglierebbero di abbandonare questo modello, affidando l'estrazione della massima all'estensore della sentenza. Tra queste ultime, la ragione più pregnante è legata a un nuovo e diverso modello di massima rispetto a quello a cui siamo stati abituati. La massima, secondo questa differente visione, dovrebbe essere non già astratta e generalizzante concettualizzazione di un principio affermato in sentenza, ma 'testimonianza' sintetica dell'attività ermeneutica svolta dal giudice nella soluzione di un caso¹¹.

Obbl. e contr., 2012, 278 ss.; F.A. GENOVESE, *Per una storia della Corte di Cassazione; l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le carte e la storia*, 2008, II, 40-47. Sugli aspetti legati alle tecniche di massimazione, oltre a C. DI IASI, *op. loc. cit.*, si vedano: S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, 58 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, in *Giust. civ.*, 1983, 379-386; M. STELLA RICHTER, *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 513 ss.; E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, 120 ss. Da ultimo v. L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2017, *passim*.

⁹ Si veda anzitutto E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., 120 ss.; M. STELLA RICHTER, *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, cit., 513 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., 58 ss.

¹⁰ L. DELLI PRISCOLI, *Il contributo attuale del Massimario nella prospettiva di un costituendo Ufficio Studi della Corte – Relazione tenuta all'incontro di studio Il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi di impugnazione, organizzato dal CSM, Frascati 22-24.2.2001*, cit. da A. SCRIMA, *Im Massimario*, cit.

¹¹ In questo senso v. soprattutto A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., 379 ss. e spec. 383-384; in senso conforme, successivamente, v. S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., 58 ss.; G. SBISÀ, *Certezza del diritto e flessibilità del sistema (la motivazione della sentenza in common law e civil law)*, in *Contratto e impresa*, 1988, 519 ss. e spec. 523; *contra* si veda R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, I, 1387 ss., il quale predilige una formulazione scheletrica della massima, da utilizzarsi solo ed esclusivamente come «espediente mnemonico che invita alla selezione ed allo studio dei precedenti».

Allo stato attuale, tuttavia, – e ne è riprova il reiterarsi delle raccomandazioni in direzione inversa – le massime ufficiali non fanno che confermare – salvo rare eccezioni – un ‘vecchio’ modello di massimazione, che aspira ad una generalizzazione e a un’astrazione che la avvicina ad un vero e proprio enunciato normativo.

È sufficiente, per rendersene conto, consultare qualsiasi raccolta di massime: se ne ricaverà l’impressione di trovarsi di fronte ad una serie di ‘sotto-norme’ che, nell’intento di chiarire quale sia la corretta interpretazione – l’«esatta osservanza», secondo la lezione dell’art. 65 ord. giud. – degli enunciati normativi contenuti nelle disposizioni di legge interpretate, in realtà ne ‘specificano’ il significato. Le massime, quindi, lungi dall’essere realmente rappresentative del caso deciso – e in effetti così parrebbe dover essere anche in forza delle istruzioni per la massimazione¹² – si presentano, nella struttura, come enunciati normativi recanti per lo più un chiarimento, sotto forma di ‘specificazione’, del significato della disposizione di legge applicata o interpretata. La presenza dei fatti nelle massime – ove ricorra – si presenta non come riferimento ad un evento concreto della vita, ma come riferimento ad una classe astratta di fatti: il fatto quindi sarà, per così dire ‘liofilizzato’, ossia ridotto – nella migliore delle ipotesi – a componente fattuale di un enunciato normativo, come non di rado se ne trovano nelle stesse disposizioni di legge¹³.

Si è detto anche che «la massima giurisprudenziale può essere definita come il termine medio tra il diritto e il caso ed è determinato da entrambi in un rapporto convergente»¹⁴. Ma si è poi precisato che occorre «sottolineare con particolare forza il legame al caso» e che «amputare questo lato dell’attività interpretativa del diritto significa snaturarne il significato fino a ridurla a un’insensata descrizione di un diritto, fatto di fattispecie normative e di conseguenze normative e astratto da ciò che è la sua essenziale funzione, cioè la sua capacità regolativa di casi»¹⁵. E quando l’utilizzo – secondo alcuni dovremmo forse dire abusivo¹⁶ – delle massime, sotto la spinta dell’abnorme produzione giurisprudenziale, prende il posto dello studio della giurisprudenza, si determina proprio quello snaturamento

¹² Si veda L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit., *passim*.

¹³ Sono dette, queste, ‘massime di specie’ o ‘massime con fattispecie’: cfr. L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, cit., 28.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Cedam, Padova, 1988, 95 ss. e spec. 98.

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *Caso, regola di diritto, massima*, cit., 98-99.

¹⁶ Mi riferisco in particolare a R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., 1387 ss., il quale raccomanda sempre la lettura della sentenza per esteso: «la scheletrica struttura precettiva del principio di diritto impedisce che esso possa avere efficacia persuasiva in sé e per sé. Esso la può avere solo in collegamento con le argomentazioni giuridiche che lo sorreggono e che si ricavano dalla lettura integrale del testo della pronuncia».

denunciato da Zagrebelsky, derivante dalla sua circolazione sganciata dal caso concreto¹⁷.

La massima costituisce, in definitiva, l'epilogo estremo di quella alienazione di cui il processo civile è stato autorevolmente detto portatore¹⁸, facendo non solo della sentenza «un atto imposto in modo autoritario da un potere che opera per ragioni occulte»¹⁹, ma traducendone i *dicta* in veri e propri enunciati normativi generali ed astratti che, per la vita propria di cui vivono – potremmo dire – comandano senza persuadere. Per la verità non è raro trovare in massima un accenno alle ragioni poste a fondamento della decisione. Tuttavia, se per un verso sovente, a fronte di una pluralità di ragioni articolate in sentenza²⁰, il massimatore compie un'operazione altamente discrezionale nella scelta di quale delle varie *rationes* ridurre a massima, per altro verso, riferire in sintesi le ragioni della decisione non sempre – anzi per la verità assai raramente – equivale a riportare le circostanze di fatto da cui la decisione ha preso le mosse ed è scaturita. Così oggi la massima disattende quasi sempre gli auspici che da molti anni la dottrina va ripetendo: essa sovente non è né secca enunciazione del principio di diritto²¹, né efficace testimonianza del caso concreto deciso²².

Ora, la circostanza che le massime esprimano quasi sempre un enunciato normativo, che ne costituisce il nucleo essenziale, non può non influenzarne la funzione, sicché la massima, in definitiva, opera in modo mol-

¹⁷ In termini analoghi v. già P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., 262.

¹⁸ V. DENTI, *Il processo come alienazione*, in *Sociol. dir.*, 1976, 149 ss.

¹⁹ Sono, queste, affermazioni forti, tratte al termine di un discorso nel quale si lamentava (ma il discorso è ancora attuale) la tendenziale incomprensibilità per le parti e in genere per il non-giurista della sentenza, i cui passaggi non di rado integrano «un complesso di formule magiche, da cui emana un'illogica forza di suggestione che può indurre all'obbedienza, ma che preclude la comprensione della decisione e delle sue ragioni» (così testualmente M. TARUFFO, *La fisionomia della sentenza in Italia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 436 ss.). Cfr. anche, in questo senso, L. MOSSINI, *La lingua delle sentenze*, in *Studi Parmensi*, XVII, 1976, 85 ss. e spec. 95.

²⁰ Si tratta di un profilo ben sottolineato da M. TARUFFO, in *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., 436 ss., ai cui rilievi, tuttora attuali, si rinvia.

²¹ Questa dovrebbe essere la struttura della massima secondo R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, cit., 1387 ss.

²² Secondo la dottrina maggioritaria la massima dovrebbe sempre dar conto del caso di specie da cui è scaturita la decisione, al fine di limitarne generalità ed astrattezza: si vedano in questo senso, prima di tutto, le (inascoltate) 'prediche' di G. GORLA, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, 87 ss.; si vedano, successivamente, G. DE NOVA, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1986, 799 ss. e spec. 780 ss.; A. BRIGUGLIO, *Appunti sulla massimazione ufficiale*, cit., 379 ss.; S. CHIARLONI, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, cit., 58 ss.; C. DI IASI, *La fata ignorante (a proposito di Ufficio del Massimario e funzione di nomofilachia)*, cit., 82 ss.

to simile ad una norma di legge: sotto il profilo genetico, il progressivo allontanamento dai fatti del caso concreto, che già si manifesta nella stesura delle sentenze²³, diventa distacco pressoché completo nel momento del conio della massima. Sotto il profilo funzionale, quest'ultima viene nella prassi utilizzata come vero e proprio enunciato normativo, invocata, nella maggior parte dei casi, a prescindere dalle circostanze del caso concreto che l'hanno generata. Le ragioni di tutto ciò, però, non si possono addebitare alla tecnica – o, almeno, non solo ad essa – perché affondano le loro radici in una dimensione culturale, a livello della quale si consuma una contrapposizione (troppo spesso trascurata e probabilmente, per certi versi, irriducibile) tra due 'mondi' – checché se ne dica e a scapito di più superficiali assonanze – forse ancora lontani nel profondo: quello di *civil law*, imperniato sul diritto legislativo, e quello di *common law*, costruito sull'autorità del precedente²⁴. In altre parole, per dirla con Galgano, «educati come siamo ad argomentare dalla legislazione, noi abbiamo preteso che i precedenti di giurisprudenza ci fossero confezionati ad immagine e somiglianza delle leggi. Dalle sentenze, che sono decisioni su casi concreti, vengono per noi ricavate le *massime*, un genere sconosciuto al mondo anglosassone, che sono proposizioni formulate in termini generali ed astratti, al pari di altrettante norme di legge»²⁵.

3. *Massima e potere: la massima come mezzo di comunicazione*

È venuto ora il momento di affrontare il nucleo centrale di questo contributo, quello dei rapporti tra massima e potere²⁶. La delicatezza e la com-

²³ Lo osservava già oltre dieci anni fa M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 709 ss. Oggi la situazione, a giudicare dalla lettura per esteso delle sentenze della Cassazione, è anche peggiorata.

²⁴ Tornano qui di attualità le considerazioni di M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XLIV, 2015, 67-101, sulla importanza culturale del 'creazionismo giuridico' che imbeve il giurista continentale, spesso impedendogli di concepire una formazione del diritto che non si riduca a 'normazione' o, com'è stato detto, a «legislazione giudiziaria».

²⁵ F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, 701 ss. e spec. 702 (corsivo dell'a.).

²⁶ Dei rapporti tra massima e potere si trova un cenno in M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1988, 545 ss. e spec. 557 ss., poi riportato anche in *Id.*, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Cedam, Padova, 1995, 212, ove l'a. affermava «non è, questo delle massime, solo un problema culturale, ma anche di potere: massime irreali, fuorvianti ed infedeli avrebbero il grave ed inquietante effetto – specie in un ambiente ove avesse a diffondersi l'abitudine di usare il diritto giurisprudenziale 'in pillole' – di far transitare importanti prerogative del potere giudiziario nelle mani degli occulti estensori delle massime (o dei loro manipolatori)». Più di

plexità del tema richiederebbero senz'altro riflessioni assai più meditate e approfondite di quelle alle quali ci si limiterà qui: appare, tuttavia, di utilità – al fine di avviare, per così dire, la discussione – cominciare recuperando alcuni interessanti studi, sorprendentemente suggestivi e, nonostante l'età, ancora attualissimi, svolti da uno dei più autorevoli teorici dei sistemi sociali nell'ambito della costruzione di una teoria del potere elaborata in chiave sociologica²⁷. Mi riferisco, in particolare, ad un breve saggio della metà degli anni '70, nel quale Niklas Luhmann²⁸ configurava il potere come mezzo di comunicazione²⁹, spiegando che il potere si contrappone alla

recente, con riferimento generale alla giurisprudenza, ha portato alla luce la 'questione del potere' – pur limitandosi a toccare l'argomento con «rapida e secca parola» – anche N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, cit., 24-25.

²⁷ Nel contesto di una riflessione sulla produzione e sull'uso delle massime giurisprudenziali il richiamo a una teoria del potere agganciata alla sociologia – ed in particolare alla teoria dei sistemi sociali –, ancorché possa a prima vista configurarsi come un'anomalia, non deve, a nostro avviso sorprendere. La giurisprudenza e, con essa, le massime, infatti, non costituiscono – secondo la corrente teoria delle fonti – un vincolo giuridico: le massime, infatti, nel nostro ordinamento non sono norme di legge e non sono fonti del diritto, come, invece, sono in altri ordinamenti, quale quello brasiliano cui si è già fatto cenno. Le massime, tuttavia, anche per la struttura che assumono, assai simile a quella di un enunciato normativo (v. par. precedente), svolgono certamente un qualche ruolo nelle decisioni assunte dagli avvocati o dai giudici che devono applicarle. Proprio perché va esclusa, secondo i dettami della dominante teoria delle fonti, un'efficacia giuridica delle massime, il loro modo di operare si presta ad essere compreso e spiegato secondo altri modelli: per questa ragione, ad avviso di chi scrive, risulta utile e pertinente far capo a una teoria del potere di impronta sociologica.

²⁸ N. LUHMANN, *Macht*, Enke, Stuttgart, 1975, (trad. it di R. SCHMIDT-D. ZOLO), *Potere e complessità sociale*, Il Saggiatore, Milano, 1979, *passim* e spec. 1-18. Non per caso il volumetto di Luhmann continua ad essere ristampato anche nella sua traduzione italiana (Il Saggiatore, 2010). Più di recente, nella letteratura in lingua italiana, v. anche M. INFANTE, *Teoria sistemica dei media*, I, *Luhmann e la comunicazione*, Aracne, Roma, 2012, *passim* e Id., *Teoria sistemica dei media*, II, *La mosca e la ragnatela: la soggettività nel sistema della rete*, Aracne, Roma, 2012, *passim*. L'autorevolezza di Luhmann ed il carattere altamente astratto e teorico generale del suo discorso appaiono ragioni sufficienti a giustificare il richiamo ad una teoria sociologica che, per quanto possa considerarsi – specie alla luce dei parametri odierni – un po' datata, resta di impressionante attualità.

²⁹ La concezione del potere come mezzo di comunicazione inizia, in verità, con Talcott Parsons nella prima metà degli anni '60: v. T. PARSONS, *On the Concept of Political Power*, in *Proceedings of the American Philosophical Society*, 1963, CVII (3), 232-262, poi ristampato in Id. *Sociological Theory and Modern Society*, Free Press, New York, 1967, 297-354. Successivamente detta proposta teorica, pur aspramente criticata da una parte dei sociologi, prende piede e resta al centro del dibattito per molto tempo, costituendo tuttora una delle concezioni con cui è necessario confrontarsi. Luhmann è un critico illuminato della concezione classica del potere, che mette in luce l'insufficienza, nell'ambito di società moderne che si caratterizzano per un elevato grado di complessità e differenziazione, delle teorie liberaldemocratica e marxista del potere. Queste ultime, infatti, sulla scorta di paradigmi eccessivamente elementari, hanno ricostruito il potere come un attributo di determinati soggetti o classi oppure hanno manifestato la tendenza a identificarlo con la coercizione o la forza fisica. Al contrario, Luhmann propone una nuova concezione del potere come mezzo di co-

costrizione, in quanto, mentre quest'ultima determina un azzeramento della volontà del costretto, l'esercizio del potere presuppone la compartecipazione della volontà di colui che a quel potere è soggetto. Qui non interessa ripercorrere diffusamente la tesi elaborata da Luhmann su potere e comunicazione, cosa che sarebbe senz'altro fuor di luogo, obbligando, peraltro, a uno sforzo che, oltre a non essere pertinente, implicherebbe conoscenze che difettano in chi scrive. Tuttavia, nel complesso discorso di Luhmann è possibile cogliere alcune importanti notazioni sul potere come mezzo di comunicazione, che hanno un rilievo di qualche significato sulla produzione e sull'uso delle massime giurisprudenziali.

In particolare, è interessante osservare come il potere, secondo Luhmann, – al pari di ogni mezzo di comunicazione – funziona trasmettendo «una complessità che è stata ridotta»³⁰. Dopo aver illustrato i vantaggi prodotti dalla scelta di ricorrere alla teoria dei mezzi di comunicazione come base per una teoria del potere, l'a. afferma, infatti, che i processi di comunicazione «collegano tra loro *partners* che compiono, *ciascuno per la sua parte, proprie* prestazioni selettive, essendo reciprocamente consapevoli di questa situazione»³¹ e spiega che sia al detentore del potere (che l'a. – riprendendo, in parte modificandola, una terminologia che risale a Parsons – chiama *Alter*), sia al destinatario del potere (che l'a. chiama *Ego*)³² sono riconosciute delle possibilità di scelta, tanto da definire queste situazioni caratterizzate da una «selettività doppiamente contingente»³³. In questo contesto, è possibile affermare che «presupposto fondamentale di ogni potere è, dunque, il fatto che vi sia *incertezza* per quanto riguarda la selezione operata dal detentore del potere (*Alter*). Per varie ragioni *Alter* dispone di più di un'alternativa. Egli è in grado di produrre o di rimuovere *incertezza* presso il suo *partner* [*Ego*] relativamente all'uso della propria facoltà di scelta»³⁴. Ecco, allora, che la selezione di *Alter* (ossia colui che esercita il potere) riduce le possibilità selettive di *Ego* (colui che a quel potere è soggetto), determinando una limitazione dello «spazio selettivo» di quest'ultimo³⁵.

Certamente non è possibile pretendere di far combaciare perfettamente i profili del tema qui indagato con l'analisi di Luhmann, che intende fon-

municazione generalizzato mediante simboli, allo scopo di spiegarne il funzionamento nelle moderne e complesse società dell'oggi.

³⁰ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 9.

³¹ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 5, corsivi dell'a.

³² La contrapposizione tra *Ego* e *Alter* era già stata utilizzata da Talcott Parsons, ma trova in Luhmann un impiego più maturo: nella prospettiva di quest'ultimo a., infatti, *Ego* e *Alter* non sono (ancora) due soggetti distinti, ma ciascun soggetto nel momento in cui partecipa alla comunicazione è nello stesso tempo entrambi.

³³ N. LUHMANN, *ibidem*, corsivi dell'a.

³⁴ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 6, corsivi dell'a.

³⁵ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 10.

dare una teoria del potere, passando per una teoria della società. Tuttavia, è difficile sottrarsi all'impressione che ciò che accade con la massimazione delle sentenze sia qualcosa di molto simile al processo descritto da Luhmann: la redazione delle massime, infatti, a fronte della grande quantità di sentenze pronunciate ogni anno dalla Corte di cassazione, costituisce un potentissimo strumento di riduzione dello spazio selettivo di chi dovrà utilizzare l'enorme mole di 'materiale giurisprudenziale' prodotto quotidianamente dalla Corte. Proprio la funzione di riduzione della complessità e, conseguentemente, dello spazio selettivo di chi utilizza detto materiale, consente di affermare che la massimazione delle sentenze costituisce, almeno in termini sociologici, esercizio di potere.

4. *Il Massimario come «catalizzatore»*

Per comprendere meglio il modo in cui opera il potere come mezzo di comunicazione, è necessario svolgere ancora qualche considerazione sul pensiero di Luhmann, prendendo a prestito le parole chiarificatrici di Danilo Zolo³⁶: «il potere è dunque per Luhmann un mezzo di comunicazione sociale, e cioè un codice di simboli generalizzati che rende possibile e disciplina la trasmissione di prestazioni selettive da un soggetto ad un altro. Nelle società complesse il potere è sempre meglio identificabile con la coercizione, con la violenza o con gli strumenti diretti della repressione fisica: il potere consiste piuttosto nella possibilità di cui dispone un soggetto, o una pluralità di soggetti, di scegliere con una propria decisione una alternativa per altri soggetti. È la facoltà di ridurre la complessità per altri. Attraverso la 'comunicazione' potestativa la decisione (o il comportamento) del soggetto decisore viene trasferita entro la situazione sociale di un altro soggetto, in modo tale che quest'ultimo, nel prendere ulteriori decisioni (o nell'assumere comportamenti) deve tenere conto della decisione precedente come di un presupposto necessario della propria azione. Fra la prima e la seconda prestazione selettiva non intercorre tuttavia alcun nesso causale, come se l'azione del primo decisore avesse il potere di 'produrre' la seconda decisione. In realtà, il secondo soggetto resta libero di non uniformarsi alla decisione precedente. Questa libertà, per quanto condizionata, costituisce la sua quota di potere, poiché l'attitudine del subordinato a uniformarsi o meno alle decisioni del superiore opera come un presupposto (o come un oggetto di aspettativa) di cui quest'ultimo soggetto non può non tener conto».

Infatti, come spiega lo stesso Luhmann: «non è sufficiente descrivere il

³⁶ D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia. Saggio introduttivo*, in N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., IX ss. e spec. XV-XVI.

potere esercitato dal suo detentore come causa e nemmeno come causa potenziale»³⁷ di ciò che accade. «Più plausibilmente esso è paragonabile alla complessa funzione di un catalizzatore. I catalizzatori accelerano (oppure rallentano) il verificarsi di determinati eventi; senza subire alcuna trasformazione, essi ne modificano il tasso di frequenza (o, in altre parole, la probabilità) che sarebbe prevedibile nel caso di rapporti causali tra sistema e ambiente. Essi producono quindi in ultima analisi un risparmio di tempo, il che rappresenta sempre un fattore cruciale nella costruzione di sistemi complessi»³⁸. In definitiva, «il potere è la *chance* di accrescere le probabilità che si realizzino determinati nessi selettivi improbabili»³⁹.

La funzione di massimazione delle sentenze, letta alla luce delle riflessioni svolte da Luhmann, sembra funzionare proprio come un catalizzatore: essa opera attraverso una delicata operazione di selezione delle sentenze da massimare, e, inverando un risparmio di tempo, riduce lo spazio di selezione di chi attinge alla giurisprudenza della Corte.

La funzione catalitica del potere, secondo Luhmann, si fonda su nessi causali estremamente complessi: per questa ragione «il potere non può che essere concepito come mezzo di comunicazione caratterizzato dalla generalizzazione simbolica. Compiendo un'astrazione in direzione dei nessi selettivi controllati attraverso simboli è possibile evitare che il potere venga inteso come fenomeno dipendente da un'influenza del detentore di potere esercitato nei confronti del soggetto subalterno attraverso un'azione diretta. Presupposto sufficiente è la comunicazione in generale, e cioè che il soggetto subalterno venga informato, non importa attraverso quali circuiti, non solo dell'esistenza, ma soprattutto della selettività degli atti di potere, passati o futuri, compiuti dal detentore del potere».

I profili che emergono addentrandosi maggiormente nell'analisi di Luhmann rafforzano l'opportunità di accostare la riduzione della giurisprudenza in massime ad un'attività di 'generalizzazione simbolica'⁴⁰, che, pur senza tradursi in vincolo per i suoi destinatari⁴¹, tuttavia incrementa enormemente la probabilità che di quelle decisioni che vengono massimate se ne faccia un uso significativo, senza che ciò implichi in alcun modo un'incidenza diretta dell'azione di massimazione delle sentenze sul comportamento dei suoi utilizzatori. Infatti, proprio la comunicazione – non impor-

³⁷ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 11.

³⁸ N. LUHMANN, *ibidem*, corsivi miei.

³⁹ N. LUHMANN, *ibidem*.

⁴⁰ Sulla 'generalizzazione simbolica' in un contesto più specifico v., in particolare, N. LUHMANN-K.E. SCHORR, *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem (Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft)*, Ernst Klett, Stuttgart, 1979, (trad. it. di E.K. CERRETTI-P. CIPOLLETTA), *Il sistema educativo. Problemi di riflessività*, Armando, Roma, 1988, 314 ss.

⁴¹ Essi restano, infatti, astrattamente liberi di prestarvi o meno credito, potendo attingere – oggi con grande (solo apparente, data la mole) facilità – a tutta la giurisprudenza possibile.

ta attraverso quali circuiti – delle massime (frutto di un'attività a matrice fortemente selettiva) completa il quadro, consentendoci di riportare, pur con le dovute cautele imposte dalla (almeno apparente) distanza tra le discipline, il fenomeno di estrazione delle massime a quelli della comunicazione e del potere.

La massimazione delle sentenze – si potrà fondatamente osservare – non costituisce un potere in termini giuridici, posto che, per un verso, non vi è – a differenza di ciò che accade altrove⁴² – vincolo giuridico alcuno al rispetto delle massime, e che, per altro verso, l'accesso oggi illimitato a tutti i provvedimenti della Corte consente a chiunque di attingere a quel coacervo di materiale giurisprudenziale (normativo in senso lato) costituito dall'enorme insieme delle sentenze della Cassazione. Ciò risponde a verità, ma non smentisce, anzi conferma, che la massimazione delle sentenze è – pur in termini 'di fatto' – esercizio di potere.

Alla luce di tutto ciò, appare arduo negare che si tratti di un potere che – per quanto non riducibile in termini giuridici – è, però, di non poco momento⁴³: la selezione del sottoinsieme dei provvedimenti da massimare

⁴² Si pensi, ad es., alla *súmula vinculante* brasiliana, di cui si è già detto in principio.

⁴³ Ancora oggi suggestive appaiono, in questa direzione, le taglienti riflessioni polemiche del Redenti contro le «massime consolidate», frutto di una selezione delle massime operata dall'Ufficio del Massimario e pubblicata da parte di alcune riviste (si trattava, nella specie, del *Foro italiano* e del *Foro padano*): E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., 120 ss. La polemica del Redenti – in consonanza con la quale, quasi contemporaneamente, venivano pubblicate le osservazioni di V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1948, I, 249 ss. – si rivolgeva significativamente contro un'attività di selezione di cui a ragione l'a. lamentava l'opacità. Discorrendo della 'massima consolidata' Redenti osservava: «'consolidata' in tanto, da che cosa lo si desume? Che cosa occorrerà per questa consolidazione? Sarà un giudizio (apprezzamento) di merito? Ma per questo è chiaro che manca all'ufficio qualunque competenza legale. Il suo marchio attribuisce alla massima una attendibilità ufficiale, per cui si pensa che vi facciano fidanza i giudici e le parti come precedente normativo. E allora se il giudizio sulla "consolidazione" fosse di merito, l'ufficio a latere usurperebbe questa funzione delle sezioni unite secondo l'art. 374 cpv, che suppone *quodammodo* una competenza speciale ad effetti nomofilattici». Possiamo chiederci, a questo punto, con una domanda retorica: che cosa lamentava il Redenti nel suo breve e acuto saggio se non un eccesso – o un vero e proprio sconfinamento – di 'potere' da parte dell'Ufficio del Massimario? Analoghe considerazioni possono essere riferite alle critiche versate dall'Andrioli nel coevo contributo apparso sulla *Processuale*, ove il Maestro affermava, contrapponendo la decisione delle Sezioni Unite alla massima consolidata: «qui, a parte la maggiore autorità delle Sezioni Unite, la scelta della massima più esatta viene fatta con esplicito riferimento al caso concreto e in un processo vero e reale, in cui le parti private e il rappresentante della legge sono ammessi a illustrare le identità e le differenze racchiuse nel precedente; la consolidazione, invece, si svolge sulle massime, non sui conflitti concreti d'interessi e, soprattutto, al di fuori di un processo vero e reale» (V. ANDRIOLI, *Massime consolidate*, cit., p. 256). Per osservazioni molto critiche, anche se formulate parzialmente in prospettiva diversa, v. anche F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, 41-43 e E. FAVARA, *Massime Consolidate o cristallizzate?*, in *Giur. it.*, 1949, IV, 138. Meno critico fu, invece, lo Jaeger verso le massime consolidate N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisdi-*

e, all'interno di questo, dei *dicta* da trasformare (e del modo in cui trasformarli) in massime costituisce un'attività tipicamente catalitica, poiché riduce di fatto l'ambito delle possibili scelte di coloro che si rivolgono alla giurisprudenza per cercare una risposta ad un quesito giuridico, incrementando (enormemente) le probabilità che i principi enunciati nelle sentenze massimate (e tradotti in massime) vengano utilizzati da altri operatori del diritto. Viene, infatti, spontaneo osservare che, pur essendo teoricamente possibile riuscire ad individuare un principio di diritto contenuto in una sentenza non massimata, ciò costituisce comunque operazione laboriosissima e richiede un dispendio di risorse non facilmente praticabile in concreto. La massimazione delle sentenze effettuata dall'Ufficio del Massimario – ma anche di quella operata da massimatori non ufficiali, ossia dalle riviste giuridiche – non implica affatto, ovviamente, una esclusione della volontà di colui che a quel materiale si rivolga, ma ne costituisce indubitabilmente uno dei fattori più potenti di influenza: potere, insomma.

Un ultimo dato di natura statistica consente di aggiungere, alle riflessioni che si sono svolte, che quello della massimazione delle sentenze è un potere in forte crescita: se, infatti, nel 1985 si sono massimati 4.092 provvedimenti su un totale di 6.577 pronunce, nel 2016, a fronte di 27.589 provvedimenti pubblicati, sono state estratte 4.573 massime, con la conseguenza che la percentuale dei provvedimenti massimati è drasticamente scesa dal 62% al 14% circa⁴⁴.

È, quindi, evidente che la riduzione di complessità che consente di riallacciare la struttura del potere a quella dei mezzi di comunicazione si fa, con riferimento alla produzione delle massime e alla scelta dei provvedimenti da massimare, via via più intensa: l'Ufficio del Massimario, che è – potremmo dire, con una metafora – la bocca della Cassazione, oggi, in proporzione, 'parla' molto meno di trent'anni fa, così determinando, nell'esercizio delle sue funzioni, un tasso assai più elevato di riduzione della complessità, accrescendo così la forza del potere che di fatto esso esercita.

zione consultiva, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 997, ma assai lo fu, nondimeno, nei confronti delle massime in sé, giudicate «frettolosamente redatte e quindi oscure e atte soltanto ad indurre in errore» (ivi, 1002).

⁴⁴ Sono dati riportati da G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, relazione tenuta nell'ambito del seminario svoltosi presso la Suprema Corte di cassazione mercoledì 12 aprile 2017, dal titolo *L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione: il presente che guarda al passato per pensare al futuro*, reperibile on-line al sito Internet www.cortedicassazione.it, 7.

5. *Tornano (sotto mentite e più insidiose spoglie) le «massime consolidate»*

Il fenomeno che si è finora discusso viene ulteriormente rafforzato da espedienti tecnici che vanno nella direzione di rinsaldare ulteriormente i rapporti tra massima e potere. Ci riferiamo, in particolare, all'utilizzo del 'marcatore' CERTALEX⁴⁵ e dello sviluppo del progetto CERTANET⁴⁶, esperienze che non possono non riportare alla memoria il famigerato fenomeno delle 'massime consolidate' – severamente censurato già circa settant'anni or sono in contemporanea dall'Andrioli, dal Redenti e dal Carnelutti⁴⁷.

L'Ufficio del Massimario e del Ruolo, quando incontra, nell'attività di spoglio, provvedimenti che esprimono un principio di diritto «conforme alla giurisprudenza della Corte», suscettibile di determinare l'operatività del filtro di inammissibilità di cui all'art. 360-*bis* c.p.c., provvede a evidenziare la massima che da quel provvedimento si estrae con la dicitura CERTALEX. Quest'ultimo è una sorta di marcatore utilizzato proprio al fine di consentire ai magistrati (e agli abbonati al servizio Italggiure) di individuare rapidamente e in automatico, anche grazie agli strumenti informatici, quali tra i numerosissimi principi di diritto siano per così dire 'così' consolidati da dar vita ad un orientamento giurisprudenziale di solidità tale da determinare l'inammissibilità dei ricorsi che, senza articolare motivi sufficientemente convincenti, sollecitano la Corte ad un *revirement*. L'etichettatura con il marcatore CERTALEX costituisce uno strumento che in concreto ha ancora un peso molto limitato: risulta, infatti, che le massime segnalate con questo marcatore, su un totale di oltre 500.000⁴⁸, siano attualmente circa 200, spesso relative a questioni di scarso impatto sistematico, sicché, per ora, il fenomeno appare piuttosto inconsistente. Tuttavia, sotto il profilo metodologico, esso si espone ad alcune riflessioni critiche che qui non possono che restare abbozzate e che tuttavia non si rinuncia a segnalare: non vi è, anzitutto, chi non veda come l'attribuzione di

⁴⁵ Le modalità di apposizione e di utilizzo della dicitura 'CERTALEX' viene ben spiegata da Giovanni Amoroso in vari luoghi. Si vedano: G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit., 7; ID., *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. ACIERNO-P. CURZIO-A. GIUSTI, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015², 47 ss. e spec. 89.

⁴⁶ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure della Corte di Cassazione*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTre-Press, Roma, 2016, 23-31.

⁴⁷ Sul fenomeno delle «massime consolidate» si vedano E. REDENTI, *I nostri tesmoteti, ovvero le massime consolidate della Corte Suprema*, cit., 120 ss.; V. ANDRIOLI, *Massime consolidate della Corte di cassazione*, cit., 249 ss.; F. CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, cit., 41-43 e FAVARA, *Massime Consolidate o cristallizzate?*, cit., 138.

⁴⁸ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italggiure della Corte di Cassazione*, cit., 25.

uno *status* di particolare forza a principi di diritto enunciati in massima costituisca il terzo stadio di un potere di fatto esercitato, pur nell'ambito delle funzioni attribuitegli per legge, dal Massimario. Il primo è costituito dalla selezione delle pronunce da massimario; il secondo è costituito dalla scelta delle parole da utilizzare nella massima; il terzo è costituito dalla attribuzione del marcatore CERTALEX, che, quand'anche oggi rappresenti un fenomeno di scarsa portata sul piano quantitativo, si pone come un fattore potenzialmente idoneo ad incrementare ancor di più la vocazione 'catalitica' dell'attività di massimazione delegata al Massimario.

Tutto ciò – è bene ricordarlo – avviene in assenza di regole predeterminate ed implica un ricorso a quote cospicue di discrezionalità e nella più totale assenza di trasparenza. Sicché, le perplessità che taluni hanno sollevato circa la legittimità costituzionale del c.d. 'filtro' in Cassazione⁴⁹, potrebbero apparire ancor più fondate alla luce di questo fenomeno, destinato obliquamente, ma certamente, ad incidere sui presupposti (a questo punto, per un perverso paradosso, dovremmo dire: 'di fatto') dell'applicazione dell'art. 360-bis

⁴⁹ Cfr. soprattutto A. CARRATTA, *Il "filtro" al ricorso in cassazione fra dubbi di costituzionalità e salvaguardia del controllo di legittimità*, in *Giur. it.*, 2009, 1563. Per una sintesi delle diverse posizioni assunte dalla dottrina (con specifico riferimento al problema della costituzionalità) sulle varie ipotesi di 'filtro' in gestazione prima dell'effettiva introduzione dell'art. 360-bis c.p.c., si veda R. TISCINI, *Commento all'art. 360-bis*, in L.P. COMOGGIO-C. CONSOLO-B. SASSANI-R. VACCARELLA, *Commentario del codice di procedura civile*, IV, Utet, Torino, 2013, 612 ss. e spec. 614 ss. In argomento, più ampiamente, v. anche i contributi di A. BRIGUGLIO, *Chi ha paura del filtro?*, in www.judicium.it; ID., *Commento all'art. 360-bis*, in A. BRIGUGLIO-B. CAPPONI, *Commentario alle riforme del processo civile. Ricorso per cassazione*, vol. III, tomo I, Cedam, Padova, 2009, 50 ss. e spec. 53 ss.; M. BOVE, *La riforma della procedura*, in M. BOVE-A. SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche attuate e riforme in atto*, Matelica, Macerata, 2009, 66 ss.; S. MENCHINI, *Inammissibilità del ricorso*, in G. BALENA-R. CAPONI-A. CHIZZINI-S MENCHINI (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Utet, Torino, 2009, 110 ss.; G. SCARSELLI, *Il processo in cassazione riformato*, in *Foro it.*, 2009, V, 310; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 791 ss.; C. CONSOLO, *Una buona "novella" al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360-bis e 614-bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, in *Corr. giur.*, 2009, 737 ss.; ID., *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze (dopo la legge n. 69 del 2009)*, Cedam, Padova, 2009, 517 ss.; F. CARPI, *Il tormentato filtro al ricorso in Cassazione*, *Corr. giur.*, 2009, 1443 ss.; ID., *L'accesso alla Corte di cassazione ed il nuovo sistema di filtri*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 776 ss.; G. RAITI, *Brevi note sul "filtro" in Cassazione secondo la legge di riforma del codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1601 ss.; A. PROTO PISANI, *Principio d'eguaglianza e ricorso per cassazione*, in *Foro it.*, 2010, V, 65; B. SASSANI-R. TISCINI, *Commento all'art. 360-bis*, in A. SALETTI-B. SASSANI (a cura di), *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Giappichelli, Torino, 2009, 155 ss.; E. SILVESTRI, *Le novità in tema di giudizio di cassazione*, in M. TARUFFO, *Il processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2010, 409 ss. e spec. 415; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 374 ss.; R. DONZELLI, *Il filtro in cassazione e la violazione dei principi regolatori del giusto processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1087 ss.; R. TISCINI, *Il giudizio di cassazione*, in F.P. LUISO-R. VACCARELLA, *Le impugnazioni civili*, Giappichelli, Torino, 2013, 365 ss.; M. FORNACIARI, *L'inammissibilità del ricorso per Cassazione ex art. 360-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 645 ss.

c.p.c. È pur vero che quasi tutte le massime con il ‘bollo’ CERTALEX provengono dalla sesta sezione civile della Corte⁵⁰, sicché sono espressione pressoché diretta della giurisprudenza della c.d. ‘sezione filtro’: quasi tutte, ma non tutte, il che dimostra che esiste comunque uno spazio di discrezionalità che il Massimario si riserva nell’attribuzione di questo speciale *status*, uno spazio oggi minimo ma che potrebbe ampliarsi.

D’altro canto, che – se non in atto, almeno in potenza – l’attività di ‘certificazione’ della giurisprudenza consolidata possa tradursi in un (ulteriore e autonomo) formante, governato da chi non è né legislatore, né giudice, è dimostrato anche da qualche iniziativa editoriale che, cavalcando prontamente la nuova super-giurisprudenza, ha già dato alle stampe i *Principi certificati di diritto civile*⁵¹, così rendendo disponibili per la generalità degli operatori del diritto queste «massime consolidate» di nuova generazione.

L’attribuzione dello *status* di CERTALEX ad alcune massime si pone ancora in una dimensione statica della tenuta degli archivi delle massime ufficiali. Le segnalazioni e i richiami di conformità, di difformità o di contiguità (veicolati rispettivamente dalle abbreviazioni ‘CONF’, ‘DIFF’ e da ‘VEDI’) introducono, invece, un elemento dinamico, affidato al confronto diacronico dell’evoluzione giurisprudenziale per massime⁵². Segnalava qualche tempo fa, l’allora Direttore del Massimario⁵³: «le massime presenti negli archivi di giurisprudenza non sono differenziate per come si collocano nell’insieme relazionale di queste connessioni; la finalità del progetto denominato CERTANET (ossia: ‘certezza’ – nel senso di maggiore affidabilità – attraverso la rete – ‘net’ – dei rinvii) è quella di operare una differenziazione mediante una etichettatura, automatica e diacronica, di quelle massime che soddisfino determinati requisiti in modo da creare uno spaccato – non statico, ma suscettibile di essere mutevole nel tempo – che offra una valutazione dinamica dell’insieme delle massime distinguendo quelle che esprimono una giurisprudenza che in un certo momento può dirsi ‘formata’, ovvero ‘matura’, e quindi maggiormente affidabile, e tutte le altre massime che invece esprimono una giurisprudenza in via di formazione»⁵⁴.

⁵⁰ G. AMOROSO, *Nomofilachia e Massimario*, cit., p. 7; ID., *La Corte di cassazione ed il precedente*, cit., 91.

⁵¹ Si veda G. PESCATORE, *I principi certificati di diritto civile*, Nel Diritto Editore, Molletta, 2015, *passim*.

⁵² G. AMOROSO, *La Corte di cassazione ed il precedente*, cit., 91.

⁵³ La composizione dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo – salvo mio errore – non è pubblica: non esiste, ad es., una pagina internet liberamente accessibile da cui trarre tale dato. Tuttavia, dalle relazioni tematiche pubblicate dal Massimario è possibile individuare, oltre ai collaboratori alla stesura delle relazioni, il Direttore ed il Direttore aggiunto dell’Ufficio. Nelle relazioni tematiche relative all’anno 2017, pubblicate nel 2018, risultano Direttore la dott.ssa Camilla Di Iasi e Vice-direttore la dott.ssa Maria Acierno.

⁵⁴ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgliure*, cit., 26.

Negli archivi del Massimario si verrebbero, così, ad affiancare al sottoinsieme delle ‘massime ordinarie’, altri due sottoinsiemi costituiti da: *a*) massime etichettate con la dicitura CERTALEX (valevoli, a quanto pare, ai fini del ‘filtro’) e *b*) massime etichettate con la dicitura CERTANET. Quest’ultima verrebbe attribuita e rimossa in modo automatico, sicché dovrebbe avere «l’effetto di evidenziare un nucleo di nomofilachia ‘forte’ che per l’utente – giudice, avvocato, studioso – si segnala come maggiormente affidabile ed in particolare per il giudice si porrebbe come naturale parametro di giudizio per l’interpretazione della norma; potrebbe egli pur sempre disattenderlo essendo, nel nostro sistema ordinamentale, soggetto solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ma ciò richiederebbe una argomentata ed adeguata motivazione critica, laddove al contrario non occorrerebbe motivazione ulteriore ove egli intenda conformarvisi»⁵⁵.

Lo scopo del progetto CERTANET è quello di consentire la identificazione di una giurisprudenza che può considerarsi consolidata rispetto ad un certo segmento di tempo: «calibrando la lunghezza del segmento come parametro di raggiunta affidabilità della giurisprudenza e definendo un arco di tempo in cui la verifica (automatica) va fatta, si isola nell’insieme delle massime un sottoinsieme di massime ‘etichettate’ con CERTANET»⁵⁶. A fronte di un’attività di massimazione che prosegue secondo i criteri tradizionali, l’etichettatura delle massime con CERTANET discende in via automatica e meccanica dall’apposizione dei riferimenti CONF e DIFF alle nuove massime ad opera dei magistrati del Massimario.

Si apprende, poi, con grande interesse, che «nella procedura automatica di creazione e costante verifica dell’etichettatura CERTANET rilevano i seguenti parametri: *a*) la ‘lunghezza’ del segmento della rete dei riferimenti in termini di conformità; *b*) l’arco di tempo in cui le condizioni di conformità debbono risultare verificate. A questi si aggiunge una terza condizione: *c*) mancanza di rinvii passivi di difformità»⁵⁷. Ma, soprattutto, si apprende, subito dopo che: «È questa una scelta discrezionale a monte di tutta la procedura»⁵⁸.

I predetti tre parametri – che in matematica sono funzioni, in grado di esprimere la relazione tra l’insieme delle massime ‘ordinarie’ e quello delle ‘super-massime’ – dovrebbero dire se l’orientamento giurisprudenziale rappresentato dalle massime conformi costituisca una ‘catena di conformità’ non interrotta da rinvii passivi (quindi da parte di pronunce successive) di difformità, o meno. E, a seconda dell’esito di detta verifica, quegli stessi parametri – a seconda di come vengano impostati – sono in grado di de-

⁵⁵ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgiure*, cit., 27.

⁵⁶ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgiure*, cit., 27.

⁵⁷ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgiure*, cit., 28.

⁵⁸ G. AMOROSO, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgiure*, cit., 28.

terminare l'inclusione della massima o la sua esclusione dall'insieme delle 'massime certificate' o 'super-massime'.

Sarebbe, a questo punto opportuno chiedersi a chi spetti il potere di decidere questi parametri, sulla base di quali criteri, ed a quali controlli queste decisioni siano soggette. Il fenomeno qui descritto, come già si è detto con riferimento all'etichettatura 'CERTALEX', costituisce il terzo di tre momenti dell'esercizio di un potere (di fatto – come si è dimostrato – e, quindi, per definizione non controllabile) dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo nella costruzione di quello che viene correntemente chiamato 'precedente'. Oltre alla scelta delle sentenze da massimare e alla scelta di come massimarle, a breve il Massimario – quando il progetto 'CERTANET' diverrà realtà – sarà chiamato – nell'esercizio di una funzione che non pare in alcun modo potersi qualificare come 'giurisdizionale' – anche a fissare i criteri che consentano di dire quando si è in presenza di una catena di conformità che legittima l'attribuzione – vale la pena di ribadirlo: in via *automatica* – a determinate massime di uno speciale certificato. Questo certificato attribuirà alla massima uno *status* di affidabilità superiore rispetto a quella associata ad una massima 'normale'.

Il progetto CERTANET e l'etichettatura CERTALEX costituiscono, in definitiva, l'ultima frontiera di quel potere di fatto che esercita chi è chiamato alla massimazione delle pronunce della Cassazione. Si tratta di un potere non controllato, né controllabile, il cui esercizio poggia, peraltro, su basi teoriche piuttosto fragili: ad avviso di chi scrive, infatti, il solo fatto di concepire un sistema di precedenti gestito con etichettature automatiche – ma dipendenti da scelte discrezionali assunte fuori dal circuito democratico e, quindi, non controllabili – implica una concezione del 'precedente' difficile da condividere. Sintetizzando qui alcune considerazioni che si sono svolte altrove, a valle di più approfondite indagini sul 'precedente'⁵⁹, possiamo, infatti, affermare che se la massima, come oggi è formulata, è il precipitato di un'attività di generalizzazione ed astrazione del principio enunciato dalla pronuncia massimata, sterilizzato dalle peculiarità e dai fatti del caso concreto, essa allora è priva di tutti i connotati tipici del 'precedente'. Se, inoltre, – come le teorie dell'interpretazione più accreditate insegnano⁶⁰ e come talvolta la stessa Cassazione non ha potuto fare a meno di ammettere⁶¹ – non possono darsi interpretazioni di disposizioni in assenza di fatti, com'è

⁵⁹ L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2018, 185 ss.

⁶⁰ G. ZACCARIA, *Interpretazione della legge*, in *Enc. dir. Annali*, V, Giuffrè, Milano, 2012, 694-695; F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto confronto*, Giappichelli, Torino, 1994, 102 ss.; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, *passim* e a B. PASTORE-F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2017, *passim*.

⁶¹ L'esperienza delle pronunce *ex art. 420-bis c.p.c.* appare assai significativa sotto questo profilo: si veda, se si vuole, L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., cap. I, par. 7.

possibile immaginare di gestire un ‘archivio delle interpretazioni’ affidato a meccanismi automatici di etichettatura delle massime? Di questo, infatti, si tratta: è lo stesso Direttore del Massimario ad affermare che, in presenza di una massima ‘CERTANET’, che interpreta la disposizione D nel modo D_1 , il giudice non avrà bisogno di motivare se, nel caso da decidere, interpreterà la predetta disposizione nel modo D_1 , mentre dovrà necessariamente farlo se vorrà interpretarla nel modo D_2 , D_3 o D_4 . Questo modo di ragionare, tuttavia, rappresenta – a nostro avviso – una sorta di trappola: le circostanze concrete che stanno alla base della massima nella sentenza S_1 , in presenza delle quali la disposizione è stata interpretata nel modo D_1 , potrebbero essere diverse (anche significativamente diverse) da quelle in presenza delle quali nella sentenza S_2 la disposizione è stata interpretata nel modo D_1 e via dicendo. Ecco, allora, che l’attribuzione del marcatore ‘CERTANET’, avvenendo sulla base delle massime e non delle sentenze – perché solo così può spiegare la sua utilità – rafforza notevolmente – elevandone a potenza gli effetti (ma anche le distorsioni) – il costume, messo in discussione a parole, ma applicato quotidianamente, di far delle massime un utilizzo del tutto analogo a quello che si fa di enunciati normativi generali ed astratti e non – come attenta dottrina ha raccomandato in passato e tuttora raccomanda – di un mero espediente mnemonico di un precedente, ossia di qualcosa che della massima è assai più complesso⁶².

6. Massima e tempo

La massimazione delle sentenze, come si è detto, funziona come un ‘catalizzatore’, ossia come un meccanismo di riduzione della complessità, che determina, al contempo, un incremento delle probabilità che determinati eventi (utilizzo delle sentenze massimate) accadano ed una riduzione delle probabilità che altri eventi (utilizzo delle sentenze non massimate) si verifichino. Se così è, appare evidente che detta attività catalizzatrice – potere, secondo Luhmann – determini un risparmio di tempo, un fattore cruciale nella costruzione dei sistemi complessi⁶³.

Massima e tempo, dunque, anche alla luce di quanto si è argomentato, possono ritenersi correlati da almeno due punti di vista: per un verso i provvedimenti non massimati saranno difficilmente utilizzabili, giacché il loro reperimento richiederà l’impiego di molto tempo; per altro verso, i provvedimenti massimati saranno assai più facilmente utilizzabili, giacché il

⁶² Sui problemi derivanti dalla acritica equiparazione tra massima e precedente si tornerà brevemente *infra* nelle conclusioni (par. 7). Se si vuole, si veda *amplius* L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, cit., 146-153.

⁶³ N. LUHMANN, *Potere e complessità sociale*, cit., 11.

loro reperimento richiederà, anche grazie all'ausilio della banche dati, oggi interamente informatizzate, l'impiego di pochissimo tempo. Non solo: tra le massime, in virtù dei meccanismi di etichettatura manuale ed automatica, sarà possibile individuare – ancora una volta: senza dispendio di tempo – quelle che determinano l'entrata in funzione del 'filtro' (le massime 'CERTALEX') e quelle che sono rappresentative della 'giurisprudenza consolidata' (le massime 'CERTANET').

D'altro canto, la 'liofilizzazione' del pronunciamento in massima e il suo pronto utilizzo, associati ad una cronica scarsità della risorsa tempo, invogliano, talvolta irresistibilmente, a sostituire il ricorso alla giurisprudenza con il ricorso alle (sole) massime. Ciò può accadere negli studi legali, come nelle camere di consiglio. E, verosimilmente, a fronte di una vera e propria 'fabbrica delle sentenze' – quale oggi è senza dubbio la Cassazione – detto fenomeno, anche in ragione delle nuove tecniche di 'marcatura' delle massime, è destinato ad intensificarsi.

Inoltre, andare alla ricerca del 'vero' insegnamento contenuto nel provvedimento per esteso richiede non un 'tempo qualunque', ma un tempo, per così dire, 'di qualità': lo studio della giurisprudenza che non si limiti ad un esame delle massime richiede perizia ed esperienza, che consentano di trarre un utile insegnamento dalle complesse argomentazioni che si trovano articolate nei provvedimenti della Suprema Corte, non sempre di immediata e facile intellegibilità⁶⁴.

Il tempo, dunque, rappresenta un fattore che gioca un ruolo essenziale non solo nell'irrobustimento del potere di fatto esercitato dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo, ma anche nel determinare un'applicazione delle massime a mo' di vere e proprie norme.

7. Conclusioni

La concezione 'relazionale e riflessiva' del potere – opposta a quella classica 'causale e transitiva' – che ci viene consegnata da Luhmann e alla quale le riflessioni che precedono sono ispirate, smentisce la credenza comune

⁶⁴ Volendo indulgere in alcune considerazioni di ordine pratico, possiamo affermare ragionevolmente che è rischioso per un avvocato delegare una simile attività al praticante o al giovane avvocato di studio. Analoghe osservazioni devono ripetersi per il giudice, che difficilmente potrà far svolgere questo delicato compito ad un magistrato di prima nomina o a un tirocinante. Confortano queste mie riflessioni alcune raccomandazioni che lo Jaeger indirizzava ai pratici già molti anni fa: «negli studi legali si dà tanto peso alle ricerche dei precedenti, da adibire a questo compito non soltanto i giovani praticanti e procuratori, ma addirittura un personale specializzato appositamente assunto (mentre sarebbe molto preferibile, e diretto doveroso, che vi accudisse personalmente lo stesso professionista che ha assunto la responsabilità della difesa)» (così, testualmente, N. JAEGER, *Nozione, caratteri, autorità della giurisprudenza consultiva*, cit., 997).

che il potere per potersi esprimere esiga una struttura gerarchica, sia monodirezionale e presupponga qualche forma di coercizione su chi ne è destinatario.

Ebbene, la domanda da porsi, a mo' di conclusione, potrebbe essere la seguente: quali insegnamenti possiamo trarre dalla proposta di applicare la teoria del potere di Luhmann all'esperienza dell'utilizzo della giurisprudenza per massime?

Anzitutto possiamo iniziare a mettere in discussione che il potere che si esercita attraverso la selezione delle sentenze da massimare e attraverso la redazione delle massime si svolga secondo modelli gerarchici: ne discende che chiunque provveda alla massimazione delle sentenze – in astratto indifferente, quindi, per ragioni istituzionali, commerciali o di studio – esercita un potere. Quest'ultimo – che è, in essenza, attività di selezione – può, quindi, esprimersi indifferente dal pubblico al privato e viceversa. In secondo luogo può ben prendersi atto che questo potere è pluridirezionale, in quanto può esprimersi nella direzione che va dalla Cassazione ai giudici di merito, ma anche nella direzione opposta e implicare in tal caso l'esercizio di un potere che proviene da un soggetto privato, ove, ad es., la Cassazione utilizzi, al fine di rilevare orientamenti giurisprudenziali delle corti inferiori, pronunce giurisprudenziali massimate dalle riviste o da banche dati private.

Ma il dato più rilevante è che il potere così inteso non richiede, per il suo esercizio, alcuna forma di coercizione da parte di chi ne è destinatario: al contrario quest'ultimo è, come si è detto, 'riflessivo' nel senso che, seppure in forme e con modalità diverse, presuppone che entrambi i *partners* del rapporto di potere compiano delle prestazioni selettive, ovvero detengano potere e siano «in grado di esercitarlo reciprocamente o, nel caso di concatenazioni di potere, circolarmente»⁶⁵. Ciò implica ciò che la concezione tradizionale del potere ignora, ossia che «ciascun soggetto sociale, in relazione alle circostanze e ai punti di vista, può esercitare alternativamente ruoli di potere subordinato o sovraordinato»⁶⁶.

Il discorso, quindi, se portato alle sue logiche conseguenze, ci consegna anche l'antidoto a questo potere, che consiste in un onere, che grava su chi a quel potere è esposto, di compiere a sua volta un'attività selettiva – se non anche quantitativamente, almeno qualitativamente – uguale o superiore a quella svolta da chi di quell'opera di selezione è istituzionalmente il depositario. Si tratta di un onere di non poco momento, che richiede, per essere adempiuto, molti sforzi e molta energia.

Ove, tuttavia, ci si convincesse che questo potere debba esercitarsi (o già si eserciti) non più (solo) in una dimensione sociale, ma (anche) in una dimensione giuridica, allora gli antidoti dovrebbero essere di ben al-

⁶⁵ D. ZOLO, *Complessità, potere, democrazia. Saggio introduttivo*, cit., XVII.

⁶⁶ D. ZOLO, *op. loc. ultt. citt.*

tra natura e le riflessioni dovrebbero spostarsi dal piano di fatto a quello di diritto e suscitare l'intervento dei giuristi più sensibili e attenti alla conservazione degli equilibri costituzionali, che – parrebbe un'ovvietà dirlo, ma forse è bene ricordarlo – sono posti a garanzia dell'irrinunciabile carattere democratico dello Stato.

COSTITUZIONI

ALCUNE (PRIME) OSSERVAZIONI SULLE TENDENZE DEL COSTITUZIONALISMO LATINOAMERICANO

Adriana Apostoli

SOMMARIO: 1. Dal costituzionalismo democratico al '*nuevo constitucionalismo*'. – 2. Le progressive tutele dei diritti negli ordinamenti latinoamericani. – 3. Il controllo di costituzionalità come strumento 'diretto' di garanzia dei diritti. – 4. La – peculiare – tutela sovranazionale dei diritti nel costituzionalismo d'oltreoceano.

1. *Dal costituzionalismo democratico al 'nuevo constitucionalismo'*

Appartiene a uno dei tratti distintivi del costituzionalismo liberal-democratico occidentale¹ – accanto alle conquiste ideali del rispetto di principi fondamentali, quali la garanzia dei diritti assicurata da una magistratura indipendente dagli organi di indirizzo politico, la divisione del potere, la rappresentanza politica come rappresentazione della società civile e politica nella sede parlamentare, il controllo dei soggetti e degli apparati che detengono ed esercitano il potere, il pluralismo territoriale con il riconoscimento di forme di autogoverno delle articolazioni interne allo Stato centrale – la previsione di un Testo fondamentale «irradiato da valori etici formulati come principi costituzionali»², nonché quella di uno specifico sistema di loro tutele.

Non è difficile individuare le trame teoriche sottese al processo di co-

¹ Come è noto, il costituzionalismo è un movimento politico-ideologico che ha iniziato a manifestarsi nella seconda metà del XVIII secolo: mosso dall'intenzione di superare gli elementi caratterizzanti l'assolutismo monarchico, si spinge fino a innalzare un nuovo assetto politico e, soprattutto, sociale. Discostandosi dalla concentrazione del potere nelle mani del Re – tratto distintivo delle monarchie assolute – iniziò a svilupparsi la consapevolezza circa l'esistenza di tre distinti poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario –, peculiarità dello Stato liberale, che, per poter realizzare un effettivo ordine statale, devono necessariamente coordinarsi e calibrarsi nel rispetto dei relativi limiti. Non da ultimo, ai solidi ed affermati privilegi di classe, iniziarono ad opporsi le solenni proclamazioni dei diritti sia dell'uomo, sia del cittadino, primo tra tutti il diritto di eguaglianza formale.

² M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012, 43.

stituzionalizzazione degli ordinamenti europei del Secondo dopoguerra. Si tratta dell'evoluzione di due fenomeni connessi che, da un lato, riguardano il passaggio a sistemi in cui i contenuti e i limiti delle posizioni dei singoli, stante la loro definizione in norme costituzionali, possano divenire oggetto di garanzia da parte delle giurisdizioni, in particolare di quelle costituzionali, anche nei confronti di violazioni o lacune previste dalla legge. Dall'altro lato, l'affermazione e il consolidamento del principio per cui le norme della Costituzione sono, dal punto di vista della loro efficacia normativa, superiori a quelle della legislazione ordinaria.

In particolare, i diritti fondamentali vengono a costituire un tutt'uno con i principi supremi espressi dalle Carte fondamentali e contraddistinguono, configurandolo nei suoi aspetti più intimi, l'ordinamento costituzionale a tal punto da poter funzionalizzare l'organizzazione dei poteri pubblici alla loro piena realizzazione.

Come è noto, infatti, il dato saliente dello Stato moderno risiede nella necessità di affermare il principio di separazione dei poteri poiché si rende necessario il riconoscimento della molteplicità dei (nuovi) gruppi sociali e dei relativi interessi, ma anche l'attestazione del carattere democratico dello Stato³. A ciò ha potuto far seguito la maggiore garanzia dei diritti degli individui dinanzi all'azione dei pubblici poteri, concordemente al condizionamento del potere politico, sì da evitare – o, quantomeno, limitare – la frequente arbitrarietà delle decisioni politiche⁴.

Dalle reciproche interazioni nel Testo costituzionale tra principi fondamentali, riconoscimento di posizioni individuali, assetto istituzionale e sistema di garanzie prende corpo un ordinamento nel quale la democrazia non è un'idea astratta e difficilmente determinabile, bensì una concreta visione, una democrazia strutturata o costituzionale che, storicamente e socialmente, «coincide, senza sbavature, con il sistema costituzionale complessivamente inteso»⁵.

³La prima teorizzazione è quella di J. Locke nell'ambito del costituzionalismo inglese; egli individuava la funzione legislativa, la funzione esecutiva e la funzione federativa (i poteri nelle relazioni internazionali). In Francia è invece Montesquieu a trattare la separazione dei poteri, individuando: l'esecutivo, il legislativo e il giurisdizionale, contraddistinti da diverse fonti di legittimazione. Sempre in Francia J.J. Rousseau critica la concezione della separazione dei poteri, teorizzando piuttosto il valore predominante del principio democratico, retto dal fatto che il sovrano non è incarnato nel monarca, bensì nella generale volontà del popolo; tuttavia, consapevole dell'impossibilità di una realizzazione pratica (che, tra l'altro, prevedeva il sodalizio del potere esecutivo e legislativo nelle mani dell'assemblea democratica), riconobbe la maggior correttezza teorica del principio della separazione dei poteri.

⁴Un ordinamento giuridico così strutturato, per quanto 'caotico' nella configurazione di tre poteri distinti affidati a tre soggetti diversi e rispettivamente indipendenti, è (stato) in grado di assicurare il corretto funzionamento dello Stato in generale.

⁵G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Bari, 2016, 19.

Malgrado sia le categorie giuridiche, sia i 'fatti' non possano essere descritti in modo assolutamente neutrale, essendo direttamente dipendenti da opzioni di valore, diffusa è la convinzione che il costituzionalismo del XXI secolo sia in grande affanno nel rispondere alle domande della democrazia. È, per molti, evidente, infatti, che la teoria giuridica della limitazione del potere costruita sul principio della sovranità popolare non sia più in grado di assicurare effettività alle sue regole, riaprendo questioni che si ritenevano superate inerenti ai sistemi rappresentativi fondati sul rispetto dei diritti fondamentali⁶.

Stiamo attraversando – è stato da più parti sostenuto – un periodo di profonda crisi che attanaglia il costituzionalismo inteso come modello – intriso dei valori costituzionali, appunto – di civile convivenza. È una crisi che colpisce la politica, la rappresentanza, l'economia dei mercati e quella domestica, le relazioni sociali e, soprattutto, quelle umane⁷.

In effetti, la complessa architettura del modello di governo costituzionale, alla quale si legano gran parte delle conquiste in termini di civiltà e di giustizia sociale (ma anche di concrete aspettative in termini di organizzazione dei poteri e di tutela dei diritti⁸), «sembra scomporsi e incrinarsi sotto l'influsso di una moltitudine di forze e di tendenze che fanno vacillare quelle forme e quei modi di essere dello Stato costituzionale che apparivano, solo 70 anni fa, saldi e definitivi in quanto appropriati a una democrazia concepita come patrimonio di ciascuno e di tutti, un 'compromesso costituzionale' pienamente condiviso fra valori e interessi delle forze politiche che si erano battute per il superamento dei regimi totalitari»⁹.

Una delle conseguenze della conclamata crisi del moderno Stato democratico, ovvero della democrazia costituzionale, è la 'mutazione' dei suoi paradigmi fondanti nel c.d. neocostituzionalismo¹⁰, «manifestazione più

⁶ Il che si è riflesso in una cospicua produzione scientifica; a puro titolo esemplificativo, si vedano, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012; G. SILVESTRI, *Costituzionalismo e crisi dello Stato-nazione: le garanzie possibili nello spazio globalizzato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 4/2013, 905 ss.; G. AZZARITI, S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, Napoli, 2014; S. GAMBINO, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo*, in *KorEuropa*, 2015; M. RICCIARDI, *Costituzionalismo e crisi. Sulle trasformazioni di un paradigma politico dell'ordine*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2016, 101 ss.

⁷ Su tali aspetti, mi sia consentito il rinvio ad A. APOSTOLI, *A proposito delle più recenti pubblicazioni sull'uso della Costituzione*, in *Costituzionalismo*, 2/2018.

⁸ E non può che essere così, «da quando la costituzione ha preso ad essere concepita come un patto fondativo fra individui liberi, che – nella visione originaria di Locke – danno vita a poteri pubblici, legittimati ad operare e a rimanere se e sino a quando non violano i loro diritti naturali» (G. AMATO, *Passato, presente e futuro del costituzionalismo*, in *Nomos*, 2/2018, 1).

⁹ S. GAMBINO, *Effettività dei diritti (sociali ma non solo) e governance europea*, in *Diritti comparati*, 30/06/2016.

¹⁰ Come è noto, la teoria del diritto che prende il nome di neocostituzionalismo muove

eclatante dell'incapacità o, più prudentemente, della difficoltà del pensiero giuridico contemporaneo a gestire, con i vecchi strumenti teorici e concettuali, il modello attuale di diritto che va sempre più distanziandosi dal paradigma del modello ottocentesco dello 'stato di diritto'¹¹.

Come osservava anche Norberto Bobbio, «in un ordinamento che abbia recepito i diritti fondamentali di libertà la validità non può essere soltanto formale, e pertanto esiste in esso un problema di giustizia interna delle leggi, e non soltanto esterna: [...] dopo che è avvenuta nella maggior parte delle costituzioni moderne la costituzionalizzazione dei diritti naturali, il tradizionale conflitto tra diritto positivo e diritto naturale, e tra giuspositivismo e giusnaturalismo, ha perduto gran parte del suo significato, con la conseguenza che il divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere, espresso tradizionalmente sotto forma di contrasto tra legge positiva e legge naturale, si è venuto sempre più trasformando nel divario tra ciò che il diritto è e ciò che il diritto deve essere all'interno di un medesimo ordinamento giuridico»¹².

Il 'nuovo' modello ordinamentale che va affermandosi, in realtà, non sottrae nulla ai sistemi che prende ad esempio, piuttosto aggiunge una più ampia catalogazione dei diritti dell'individuo, principi e regole diretti al conseguimento di un migliore funzionamento dello Stato – sia come apparato, sia come comunità – e per alcuni principi tipici ed esclusivi circa l'attività interpretativa delle norme del Testo fondamentale rispetto a quelle relative all'interpretazione e applicazione della legge ordinaria. Ancora più forte che nel costituzionalismo classico è il sentimento e il riconoscimento della Costituzione come norma superiore e suprema dello Stato, sicché ne è rinvigorita la presenza nell'ordinamento giuridico.

Il neocostituzionalismo è dunque da intendere più come uno sviluppo concettuale-filosofico del costituzionalismo classico che, partendo dalle teorie relative alla limitazione e/o divisione dei poteri, naviga verso principi attuali, quali la solenne dichiarazione dei diritti all'interno delle Carte costituzionali nazionali, intesa in particolar modo come freno verso le in-

dai principi del costituzionalismo classico, esplicitando le conquiste salienti relative agli elementi contrassegnanti quella specifica ondata di costituzionalizzazione che è stata in grado di rinnovare i maggiori sistemi giuridici contemporanei. Amplia bibliografia sul punto; si vedano, a titolo esemplificativo: S. SASTRE ARIZA, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, 1999; M. CARBONELL SÁNCHEZ, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2009; R. VICIANO PASTOR-R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 9/2011; R. GUASTINI, *A proposito di neo-costituzionalismo*, in *Teoria pol.*, 1/2011; M. BARBERIS, *Esiste il neocostituzionalismo?*, in *Analisi e dir.*, 2011; M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Modena, 2012.

¹¹ A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 3/2003, 37.

¹² N. BOBBIO, *Prefazione*, in L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1990, XI-XII.

gerenze dei poteri pubblici e come limite tra i consociati affinché non vengano oltrepassati i confini della sfera giuridico-personale del singolo; l'attribuzione delle caratteristiche giurisdizionali ai diritti, in modo tale che sia sempre possibile garantire un giudice e un giudizio poiché, trattandosi di diritti fondamentali, si fanno ambasciatori di valori giuridici ben definiti che devono essere rispettati sia sul fronte privato, sia sul fronte pubblico; il rilievo sovranazionale dei diritti a seguito della loro positivizzazione all'interno delle Carte sovranazionali e internazionali, idonee a rafforzare i diritti dell'uomo e delle organizzazioni sociali sicché, laddove non vi arrivi il legislatore interno, sarà sempre possibile trovare una tutela a un livello superiore.

Si individua altresì, all'interno di questa nuova concezione giuridico-normativa, il collegamento – reso possibile proprio grazie ai principi sanciti all'interno delle Carte costituzionali – tra i valori morali e le regole giuridiche, settori fino ad allora tenuti nettamente distinti dal mondo del diritto. Ulteriori e più specifici tratti del neocostituzionalismo sono rinvenibili nella preminenza dei principi sulle regole; nella minore sussunzione delle norme concrete da principi astratti e, pertanto, in un maggiore dialogo tra regole effettivamente vigenti nell'ordinamento; la presenza della Carta costituzionale in qualsiasi ambito del diritto in qualità di strumento astrattamente idoneo a risolvere qualsiasi conflitto tra consociati o tra lo Stato e i suoi cittadini, restringendo così il margine applicativo per un effettivo intervento normativo o regolamentare; l'onnipotenza del giudice – dinanzi al caso concreto – rispetto all'autonomia del legislatore ordinario; infine, l'omogeneità ideologico-concettuale circa i principi-fondamenta dello Stato sui quali, per il tramite dell'attività legislativa ordinaria, è possibile costruire un sistema giuridico forte e solido – come se fossero linee guida che il legislatore ha l'obbligo di rispettare, pena l'invalidità della legge emanata¹³.

La nuova declinazione dei principi cardine del costituzionalismo ha in qualche modo influenzato il processo di democratizzazione che, dopo l'indipendenza dal colonialismo, hanno intrapreso i Paesi latinoamericani. In particolare, tale evoluzione si determina attraverso il passaggio e la costruzione di ordinamenti fondati su una norma suprema ovvero una Costituzione¹⁴. Le Costituzioni non sono più considerate un documento pre-

¹³ Su tali aspetti, con riferimento all'America Latina, cfr. J.L. SOBERANES FERNANDEZ (a cura di), *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; G. ROLLA, *La evolución del constitucionalismo en América latina y la originalidad de las experiencias de justicia constitucional*, in *Anuario Iberoamericano de justici constitucional*, 2012, 329 ss.

¹⁴ Qualora si segua il giudizio di uno dei principali costituzionalisti dell'America Latina si può affermare che il 'primo' costituzionalismo latinoamericano – intendendo con tale espressione la cultura costituzionale che ha plasmato gli Stati di quel continente, immediatamente dopo la conquista dell'indipendenza – «si distingue per alcune caratteristiche come l'eterogeneità, la non originalità, e la peculiarità» (G. ROLLA, *L'evoluzione del costituzionali-*

valentemente politico e programmatico, «ma un insieme di norme supreme suscettibili di immediata e diretta applicazione; non rappresentano un manifesto politico, un ‘canale di comunicazione’ di ideologie e di principi istituzionali, bensì un parametro per valutare la legittimità degli atti e dei comportamenti posti in essere da tutti i poteri costituiti»¹⁵.

È stato efficacemente sostenuto che, nonostante non tutti i Paesi abbiano «avuto il successo degli Stati Uniti nella creazione e nell’attuazione di tale sistema», tutti «si sono sforzati, e si sforzano, in forma permanente e continuata, per raggiungere questo ideale»¹⁶. In questa lotta per superare il mero dato formale delle Carte per dare vita a una realtà e riempire di contenuto il costituzionalismo e lo Stato di diritto, tutti i Paesi dell’America Latina hanno consacrato, dalla prima metà del XIX secolo, la supremazia delle norme costituzionali su qualsiasi altra legge, nonché l’obbligo di rispettarle da parte di tutti i titolari dei poteri legislativo, giudiziario ed esecutivo.

Il *nuevo constitucionalismo* tuttavia si appresta ben presto a caratterizzare diversamente la teoria classica del costituzionalismo¹⁷. Dopo anni di teorizzazione pratica, infatti, prende corpo un peculiare (neo)costituzionalismo latino-americano che si contraddistingue in principal modo per un’esplosione della volontà di rinascere conseguentemente alle incessanti rivendicazioni popolari e a quelle dei movimenti sociali. Così, dopo l’esplosione, i frammenti che si raccolgono costituiscono i pezzi del *puzzle* che andrà a fondare – e per un forte spirito di coesione, e per un’importante spinta volta a determinare un’articolazione del governo statale – una nuova visione del costituzionalismo.

Aspetto considerevole della nuova corrente dottrinale è rappresentato dalla circostanza in forza della quale non ci si occupa solo della dimensione giuridica della Costituzione, ma anche (e soprattutto) della legitti-

smo in America Latina e l’originalità delle esperienze di giustizia costituzionale, in *Studi urbani*, 2013, 575). Su tali aspetti, cfr. E. GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1985; D. GARCIA BALUANDE, *Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Estudios constitucionales*, 2003, 65.

¹⁵ G. ROLLA, *L’evoluzione del costituzionalismo in America latina e l’originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, cit., 581.

¹⁶ E. ROZO ACUÑA, *Supremazia e Salvaguardia della Costituzione in America Latina*, in *Dispensa di Diritto Pubblico Comparato*, 2010, 641.

¹⁷ Amplia la bibliografia sul punto; si vedano almeno: C. LANDA ARROYO, *Apuntes para una teoría democrática moderna en América Latina*, Lima, 1994; R. GARGARELLA-C. COURTIS, *El nuevo constitucionalismo latino-americano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, 2009; R. VICIANO PASTOR-R. MARTÍNEZ DALMAU, *El nuevo constitucionalismo latino-americano: fundamentos para una construcción doctrinal*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 9/2011; C. STORINI-J.F. ALENZA GARCÍA, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latino-americano*, Cizur Menor, 2012; D.A. ORTIZ GASPAS-K.M. AQUIZE CÁCERES, *Tendencias actuales del Estado constitucional contemporáneo. Neoconstitucionalismo y argumentación jurídica. Constitucionalismo y principio de proporcionalidad*, Lima, 2013.

mazione democratica della stessa, ossia del fatto che i cittadini la sentano come propria, la riconoscano e quindi – di buon grado – si impegnino a porre in essere atti assolutamente conformi ai principi e ai valori di cui si fa portavoce.

Se, infatti, il problema fondamentale del ‘primo’ costituzionalismo democratico è quello di traslare nel miglior modo possibile la volontà del popolo all’interno di un testo scritto (congiuntamente all’individuazione del meccanismo più idoneo per stabilire le modalità con le quali far correre le relazioni tra il sovrano – espressione/essenza del potere costituente – e la Costituzione – ossia il prodotto del potere costituito e perciò limitato – che inevitabilmente si pone al di sopra di tutte le altre fonti del diritto idonee ad incidere nei rapporti tra la sfera politica e quella sociale), l’obiettivo del ‘secondo’ costituzionalismo, che ha caratterizzato i Paesi latinoamericani, è piuttosto dettato dalla rivendicazione del carattere rivoluzionario del costituzionalismo occidentale, tanto che a questo si aggiungono alcuni meccanismi diretti a renderlo maggiormente ‘benefico’, talché si renda possibile l’emancipazione del popolo verso l’elaborazione della Costituzione in qualità di prodotto del potere costituente e, per logica conseguenza, quale fondamento ultimo della ragion d’essere dello stesso potere costituito¹⁸.

Come è noto, il potere costituente esprime una volontà *ex novo*, spesso attivata da un evento rivoluzionario, il cui esercizio, sottratto a ogni regola giuridica preesistente, dà vita a un sistema di principi in grado di legittimare l’ordinamento statale attraverso una nuova volontà sovrana¹⁹.

Il *nuevo constitucionalismo*²⁰, che in qualche modo si ‘allontana’ dal costituzionalismo proprio perché porta con sé le peculiarità che hanno

¹⁸ È stato sostenuto che la quasi totalità degli ordinamenti costituzionali dell’Europa e delle Americhe può essere ascritta alla medesima ‘famiglia giuridica’ in quanto ha avuto nella sua evoluzione un riferimento nel costituzionalismo: cioè in quel movimento culturale che ha recepito i valori ispiratori le grandi rivoluzioni liberali, traducendoli in norme dotate di funzione prescrittiva (cfr. G. ROLLA, *L’evoluzione dei sistemi accentrati di giustizia costituzionale. Note di diritto comparato*, cit.). Sulle basi storiche e teoriche del costituzionalismo cfr. R. BLANCO VALDES, *El valor de la Constitución*, Madrid, 1994; R. JIMENEZ ASESIO, *El constitucionalismo*, Oñati, 2001; G. FLORIDIA, *La costituzione dei moderni*, Torino, 1991; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo: percorsi di storia e tendenze attuali*, Bari, 2009.

¹⁹ Il potere costituente, proprio perché posto oltre le regole del diritto, può ricevere solo una legittimazione *ex post*, perciò non è altro che un potere *extra ordinem* non attribuito, né disciplinato da alcuna norma preesistente. Ampia la bibliografia su tali aspetti. A titolo esemplificativo, cfr. C. LAVAGNA, *Il potere costituente*, in *Bollettino di informazione e documentazione del Ministero per la Costituente*, Roma, 1946; P.G. GRASSO, *Potere costituente* (voce), in *NNDI*, XIII, Torino, 1966; P. BARILE, *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967; S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, ora in *Id.*, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969; C. MORTATI, *La costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, in *Raccolta di scritti*, I, Milano, 1972.

²⁰ Movimento che, naturalmente, si caratterizza per un ambito di applicazione piuttosto ristretto: si riferisce infatti solo alle Costituzioni latinoamericane che iniziano ad essere adottate negli anni ‘90, per arrivare ai più recenti testi ecuadoriano (2008) e boliviano (2009).

contraddistinto i moti e gli eventi dei Paesi del Sud America²¹, oltre ad una logica progressione dello Stato costituzionale di diritto, si caratterizza per la partecipazione popolare – *ab origine* – all'esercizio del potere, ossia a partire dal procedimento costituente²²; per l'affermazione di una diversa idea di Costituzione; per una visione moderna, che tiene conto degli studi specifici del settore, circa il rapporto tra l'uomo e la natura – spesso idonea ad influenzare l'adozione di determinati modelli economici – e, in particolare, per il perfezionamento delle tecniche riconoscimento e di garanzia dei diritti fondamentali.

2. *Le progressive tutele dei diritti negli ordinamenti latinoamericani*

L'attuale sistema di tutela dei diritti fondamentali è il prodotto di molteplici e duraturi processi storici, politici e filosofici che hanno assunto nel tempo connotazioni diverse, da un lato, per gli svariati movimenti politico-sociali succedutesi e, dall'altro lato, per lo sviluppo dei rapporti tra governanti e governati nei differenti regimi politici.

L'individuazione di una sfera assolutamente inviolabile relativa all'autonomia personale dinanzi alla quale l'autorità politica e statale deve necessariamente limitare la propria interferenza ne costituisce l'evento spartiacque. Tant'è che i primi riconoscimenti avvengono proprio nell'ambito della libertà religiosa e di coscienza, gradienti che permettono di individuare la moderna libertà giuridica, la quale si connota per un sistema di garanzie proprie dell'autonomia soggettiva nei confronti dei pubblici poteri.

Individuando una sfera 'personalissima' dell'individuo, infatti, si rimuovono gli ostacoli che – indipendentemente dalla propria origine, dal genere, dall'età, dalle condizioni personali e sociali – limitano le possibilità di porre ogni persona nella condizione di realizzare quel percorso di pieno e completo compimento della sua dignità e della propria personalità e, quindi, sul duplice fronte: individuale e sociale da un lato, materiale e spirituale dall'altro lato.

²¹ Così D. VALADÉS, *El nuevo constitucionalismo iberoamericano*, in F. FERNANDEZ SEGADO (a cura di), *La Constitución de 1978 y el Constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003, 471 ss. Si veda anche AA.VV., *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; D. VALADÉS-M. CARBONELL (a cura di), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2000.

²² Per quanto concerne le procedure costituenti, si è assistito soprattutto a transizioni democratiche, cioè alla formazione di nuovi ordinamenti costituzionali. Si veda, per considerazioni generali su tale fenomeno, E. CECCHERINI, *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milano, 2002; G. DE VERGOTTINI, *Le transizioni costituzionali*, Bologna, 1998; L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte*, Torino, 2000; M. CARDUCCI (a cura di), *Il costituzionalismo "parallelo" delle nuove democrazie – Africa e America Latina*, Milano, 1998.

Come è noto, è nel passaggio dall'ottica teocentrica medioevale alla concezione antropocentrica del mondo e della vita, che si ribalta la visione dell'individuo nei rapporti tra i suoi simili e con lo Stato. L'essere umano è, al tempo stesso, connotato da indipendenza e dignità, circostanze che lo rendono protagonista sia nei rapporti privati, sia nell'ambito dei rapporti con i pubblici poteri.

Iniziano così a riconoscersi i diritti e le libertà fondamentali in qualità di elementi congeniti dell'ordinamento, posti in una posizione di indubbia anteriorità (già) rispetto al potere costituito. L'obiettivo non è dunque quello di catalogare nuovi diritti e nuove libertà, quanto piuttosto di riconoscere solennemente quei diritti e quelle libertà ontologicamente preesistenti allo Stato, radicate per natura nell'origine stessa dell'essere umano.

Nello Stato liberale i diritti dei singoli sono intesi come ambiti inviolabili delle libertà degli individui, talché il compito dello Stato è semplicemente quello di evitare ingerenze dei poteri pubblici nella vita privata, assicurare il corretto esercizio della giustizia e garantire buone relazioni sociali. È in questo contesto che sorge l'esigenza di codificare i diritti fondamentali; si ritiene, infatti, che solo se espressamente enunciati possono essere effettivamente garantiti. Tuttavia, tenendo conto del fatto che – come già affermato – i diritti precedono l'avvento dello Stato, è evidente che il Testo fondamentale altro non è che il mezzo con il quale pubblicizzare i diritti, renderli dunque conosciuti alla collettività.

Lo Stato sociale – *quid pluris* – si (pre)occupa di rimuovere gli ostacoli che impediscono le libertà e che limitano il riconoscimento dell'eguaglianza, sì da porre concretamente al centro del sistema la persona e la sua dignità, congiuntamente al riconoscimento delle libertà fondamentali in qualità di strumenti idonei ad assicurare il pieno sviluppo degli individui e della società. È uno Stato che, accanto alla dignità della persona, pone la necessità del rispetto dei doveri, in qualità di strumenti abili nell'attivare i meccanismi di condivisione sociale prima sconosciuti; si scorge, dunque, un intervento concreto dello Stato, che va muovendosi lungo la direttrice della giustizia sociale e della solidarietà.

Dopo aver allargato il campo dei diritti civili fino a ricomprendere i diritti sociali, tra gli anni '70 e '90 si assiste all'avvento di Costituzioni che si adoperano a catalogare, assicurando una rilevanza anche costituzionale, i diritti della personalità congiuntamente ai diritti culturali.

Le Costituzioni di ultima generazione, accanto ai diritti e alle libertà riconosciute dai Testi del Secondo dopoguerra, prevedono una classificazione più ampia di diritti inviolabili che toccano temi sempre più complessi (dalla macro-area delle manipolazioni genetiche, alle nuove tecnologie di comunicazione)²³.

²³ Su tali aspetti cfr. F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

Ed è nell'ambito di queste catalogazioni che devono essere inserite le Costituzioni latinoamericane²⁴. Tutti i diritti di prima, seconda e terza generazione, infatti, anche se troppo spesso solo nella loro forma, sono stati adottati e fanno costantemente parte dei valori e dei testi costituzionali latinoamericani. Sebbene formalmente esistano differenze con le esperienze costituzionali occidentali, gli ostacoli – interni ed esterni – sono molteplici; dalle relazioni di disuguaglianza, di dominazione e sfruttamento, ai rapporti internazionali, ancora oggi di dipendenza e neocolonialismo, che impediscono non solo lo sviluppo economico, ma soprattutto quello giuridico e politico, specialmente in materia di rispetto dei diritti e delle libertà delle persone e dei popoli.

Lo sforzo di questi Paesi per l'applicazione della costituzione continua e, in particolare, nell'ambito dei diritti il progresso è evidente. Dove dominavano le dittature e la violazione dei diritti era flagrante, Argentina, Brasile, Bolivia, Ecuador, Panama, Paraguay, Perù e la maggior parte dei paesi del Centro America, oggi ci sono governi più democratici e rappresentativi, con costituzioni aggiornate nella materia. Dove si viveva una democrazia formale, Colombia, Costa Rica, Messico e Venezuela, sono state compiute delle riforme importanti per dare contenuto reale alle formule giuridiche e politiche, soprattutto relativamente ai diritti e alle libertà²⁵.

Quel che va in particolare evidenziato nell'affinamento delle tecniche di codificazione e di garanzia dei diritti fondamentali della stretta integrazione che sussiste tra democrazia e diritti è che diverse Costituzioni – nei preamboli o in apposite disposizioni – individuano nello Stato democratico la sola forma di organizzazione politico-istituzionale capace di assicurare i diritti e la dignità della persona e considerano il rispetto dei diritti della persona un limite all'esercizio della sovranità.

Sotto il profilo della tecnica di codificazione dei diritti, poi, le Costituzioni latinoamericane appaiono tutte favorevoli alla specificazione delle situazioni soggettive riconosciute come diritti: la codificazione tende ad essere esaustiva ed a dettagliare i profili della personalità e dell'agire umano che vengono tutelati²⁶.

²⁴ Si vedano, tra i tanti, J. CARPIZO-D. VALADÉS, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, Unam, México, 2008; E. STEFANINI, *Dati genetici e diritti fondamentali*, Padova, 2008; J. PEEL, *Science and Risk Regulation in International Law*, Cambridge, 2010.

²⁵ A titolo esemplificativo cfr. AA.VV., *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, Unam, México, 2000. Sono riconoscimenti che, toccando principalmente le implicazioni che comportano gli sviluppi della bioetica, della biotecnologia e delle tecnoscienze, nonché del biodiritto, costruiscono un ponte con le generazioni future. Da un lato, infatti, si stanno sradicando gli ormai consolidati schemi valoriali di riferimento e, dall'altro lato, si vuole (cercare di) ampliare la moderna concezione di solidarietà, non più dunque solo tra membri della stessa società, ma anche tra società presente e una (incognita) società futura (cfr. G. BADENI, *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2003).

²⁶ In quanto alla consacrazione di nuovi diritti, libertà e doveri, che ormai si potrebbero chiamare di quarta generazione, è opportuno ricordare che nelle costituzioni più recenti

Sempre in tema di riconoscimento dei diritti fondamentali dell'individuo va segnalato il riferimento ad una nozione più evoluta di persona, che pone il valore della libertà a fianco di quello di dignità e che arricchisce il principio di eguaglianza di nuovi significati; nonché il potenziamento degli strumenti di garanzia, tra i quali si stagliano la regolamentazione in senso garantistico degli stati di eccezione, l'introduzione all'interno delle Costituzioni di clausole di apertura all'ordinamento internazionale, nonché la previsione di una vasta gamma di strumenti di giustizia costituzionale orientati alla tutela diretta dei diritti.

dell'America Latina sono indicati comunemente i seguenti principi e diritti: a) Il diritto di resistenza dei cittadini verso coloro che agiscono contro l'ordine costituzionale e democratico e, conseguentemente, il diritto alle armi; i diritti della democrazia diretta, come l'iniziativa popolare legislativa e costituzionale, la consultazione popolare per l'approvazione delle leggi e inoltre la revoca del mandato se gli eletti non adempiono il mandato elettorale; i diritti ecologici o ambientali e della diversità ecologica; l'educazione e l'istruzione in difesa dell'ambiente; alla preservazione del patrimonio naturale e culturale; i diritti di protezione dei consumatori e degli utenti dei beni e dei servizi; il diritto di *habeas data* per la protezione della riservatezza, l'intimità e l'uso appropriato dei dati personali che devono essere corretti e veritieri; il diritto dei popoli indigeni alla loro cultura, tradizioni, usi, lingue, religione e identità nazionale; i diritti speciali degli anziani, dei bambini, degli adolescenti, delle donne e quelli relativi ai disabili. b) Il diritto di *amparo* o tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e costituzionalmente garantiti, da attuare contro le violazioni e minacce di violazioni da parte degli organi dello Stato o dei privati. c) Il diritto di accesso del cittadino ai documenti e all'informazione degli organi pubblici per la garanzia degli interessi privati e collettivi o generali; il diritto di azione pubblica per annullare tutti gli atti che ledano il patrimonio pubblico o degli enti a partecipazione statale, la morale amministrativa, l'ambiente o il patrimonio storico e culturale, lo spazio pubblico; il diritto al risarcimento del danno in caso di errori giudiziari; il diritto alla doppia cittadinanza senza perdere la propria; i diritti politici per gli stranieri residenti. d) L'obbligo della buona fede in ogni atto dei privati o dei pubblici funzionari; il divieto di richiesta di permessi o autorizzazioni, licenze o requisiti ulteriori per l'esercizio dei diritti fondamentali e di quelli che sono già stati regolamentati per via generale; il controllo giurisdizionale per l'esecuzione delle leggi e atti amministrativi; il diritto alla personalità giuridica e al libero sviluppo della propria personalità; il diritto alla salute, all'abitazione, alla sicurezza sociale e all'assicurazione contro la disoccupazione, i diritti alla libera concorrenza economica e all'economia di mercato. e) I nuovi diritti politici e di partecipazione garantiti costituzionalmente, come la consulta popolare, l'iniziativa popolare per gli emendamenti e riforme costituzionali, il '*cabildo abierto*' o le assemblee dei cittadini, il potere cittadino di revoca del mandato dei suoi rappresentanti o dei funzionari popolarmente eletti. f) Il diritto della cittadinanza al '*juicio*' di residenza', cioè l'obbligo degli alti pubblici funzionari di rendere conto, pubblicamente, al termine del loro mandato in modo di avere un nulla osta popolare per gli eventuali futuri nuovi incarichi. g) I diritti ecologici o dell'ambiente e quelli delle persone all'indennizzo in caso di danno ambientale nonché i diritti dei consumatori che riguardano la tutela della salute, della sicurezza e degli interessi economici; all'informazione sufficiente, adeguata, e veritiera; alla libertà di scelta e alle condizioni di un trattamento equitativo e degno.

3. *Il controllo di costituzionalità come strumento 'diretto' di garanzia dei diritti*

Come si è cercato di evidenziare, anche le tradizioni costituzionali dell'America Latina hanno partecipato appieno *'del pensamiento filosófico e político del mundo moderno y civilizado'*, ma secondo un percorso originale, nel senso che le soluzioni costituzionali introdotte nella fase dell'indipendenza contenevano dei significativi elementi di differenziazione rispetto alla coeva esperienza europea.

Il che ha consentito di sostenere che l'«Europa es la matriz, pero la América Latina es una realidad propia». I legami duraturi che hanno unito l'America Latina al diritto europeo, a causa dell'esperienza coloniale e l'influenza del costituzionalismo liberale nordamericano mescolandosi con un'autonoma elaborazione culturale, hanno favorito il formarsi di soluzioni eterogenee²⁷.

Come è emblematicamente testimoniato, ad esempio, dalla traiettoria che ha caratterizzato la formazione dell'istituto del *recurso de amparo mexicano*, in cui la capacità di infiltrazione sotterranea manifestata dalla tradizione giuridica del periodo coloniale – in particolare, *l'amparo colonial*, la *justicia mayor* del Regno di Aragón o il giudizio di responsabilità prospettato durante i lavori della Corte di Cádiz – si fonde, in un contesto aperto all'influenza di culture esterne, con la forza attrattiva esercitata dal pensiero costituzionale francese (difesa politica della Costituzione, responsabilità degli eletti), da quello nordamericano (*judicial review*) e inglese (*habeas corpus*)²⁸.

La caratteristica per cui molti ordinamenti concretizzano i medesimi principi optando per soluzioni diversificate si riverbera anche sul diverso modo con il quale è stato affrontato nel tempo e nello spazio il tema cruciale di come assicurare il 'valore' delle Costituzioni, reprimendone le lesioni. Tutti gli ordinamenti sopra richiamati sono accomunati dal riconoscimento della primazia delle Costituzioni, dalla superiorità giuridica delle Carte costituzionali rispetto alle fonti parlamentari: ciò in quanto contengono le norme che fissano l'insieme dei principi che caratterizzano la forma politica dello Stato e fissano una propria visione della società e delle sue relazioni con i poteri pubblici.

Siffatta acquisizione è evidente in quei sistemi che riconoscono il valore normativo delle disposizioni costituzionali e le collocano gerarchica-

²⁷ D. GARCIA BALUANDE, *Existe un espacio público latinoamericano?*, in *Estudios constitucionales*, 2003, 66. Inoltre, H. GROSS ESPIELL, *El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX*, in *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 2002, 149.

²⁸ A proposito dell'influenza del costituzionalismo liberale durante la fase dell'indipendenza in America Latina, v. H. FIX-ZAMUDIO, *Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina*, in ID., *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988, 131 ss.

mente al vertice del sistema delle fonti: per cui, secondo il principio enucleato, per prima, dalla Corte suprema degli Stati Uniti d'America nessuna legge contraria alla Costituzione può essere valida. Ma il vincolo per tutti i pubblici poteri di rispettare la Costituzione era presente anche in quegli ordinamenti che evidenziavano la prevalente natura 'politica' delle Costituzioni, come evidenzia, tra l'altro, l'intenso dibattito che si è sviluppato nel corso del secolo XIX in America Latina sui meccanismi istituzionali idonei a controllare il rispetto delle Costituzioni da parte dei pubblici poteri.

La forza attrattiva dell'esperienza costituzionale degli Stati Uniti d'America favorì in alcuni ordinamenti dell'America Latina l'introduzione di forme di *judicial review*: come nel caso dell'Argentina, del Messico e del Brasile²⁹. Tuttavia, in via generale, si può affermare che il peculiare *humus* culturale in cui è fiorito il prototipo della *judicial review* ha fatto sì che lo stesso faticasse a diffondersi oltre i confini territoriali: dovette, infatti, misurarsi con la forza di resistenza di contrastanti culture costituzionali, come il principio della *sovereignty of Parliament* negli ordinamenti di *common law* e l'influenza delle teorie francesi sulla difesa politica della Costituzione nell'Europa continentale. Non pare inesatto affermare che il 'modello' statunitense di giustizia costituzionale incise più sul piano culturale che su quello dell'effettiva circolazione costituzionale³⁰.

Il modello è quello del controllo di costituzionalità che unisce i tratti statunitensi³¹ e quelli relativi alla costruzione kelseniana che ha trovato compiuta realizzazione nella Costituzione austriaca del 1920³².

²⁹ Si veda per riferimenti generali, F. FERNANDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en América Latina*, Montevideo, 2000, 12 ss. Va, tuttavia, segnalato che, sull'originario ceppo di influenza nordamericana, si sono innestate altre competenze proprie della tradizione latinoamericana: tra tutti, i ricorsi diretti a tutela dei diritti costituzionali, i ricorsi di gruppo a tutela degli interessi diffusi, le azioni popolari e i ricorsi contro le omissioni del legislatore (per riferimenti dottrinali su tali esperienze, v. G. ROLLA, *La tutela dei diritti costituzionali*, Roma, 2012).

³⁰ Cfr. le osservazioni di G. ROLLA, *L'evoluzione del costituzionalismo in America Latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi urbinati*, 2013; E. PALICI DI SUNI, *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 1/2016.

³¹ I tratti salienti della *judicial review of legislation* sono dati dal carattere diffuso del controllo di costituzionalità e, cioè, qualsiasi giudice è legittimato a giudicare circa la conformità delle leggi alla Costituzione; la Corte suprema, infatti, esercita la *judicial review* in qualità di organo al vertice del sistema giudiziario statunitense. Il sistema americano, inoltre, è accentratato: infatti, la *Supreme Court* giudica – in unico grado – su una serie di casi individuati relativi, in particolare, alla rappresentanza diplomatica; altresì si occupa dei ricorsi inviati dalle Corti distrettuali e dalle Corti di circuito o tramite i *writ of certiorari* (più importanti) o tramite la *certification of questions*. Rileva in particolare il fatto che negli ultimi decenni la *Supreme Court* si comporta come una Corte costituzionale (intesa oltreoceano), ovvero in qualità di organo che si compone di specifiche competenze e legittimata a decidere *ad libitum* il proprio 'marchio', ossia le questioni di costituzionalità sulle quali pronunciarsi.

³² La Costituzione austriaca del 1920, in vista dell'obiettivo di assicurare il rispetto del Testo e delle competenze dei *Bund* e dei *Länder*, istituisce un Tribunale costituzionale fede-

Nel nuovo modello l'organo chiamato a pronunciarsi sulla giustizia costituzionale è unico e specializzato, ma, siccome ogni giudice si interessa del controllo di costituzionalità, si realizza una verifica preliminare circa la conformità della legge che si va applicando al Testo fondamentale e, qualora il giudice *a quo* dovesse avere un dubbio in merito al presunto contrasto, sospende il giudizio e solleva la questione alla Corte costituzionale; si parla, dunque, di modello incidentale. Il ricorso diretto è ancora ammesso laddove si fa strada la necessità di risolvere i conflitti tra il centro e la periferia, così è possibile che siano le autorità governative o le Regioni a rivolgersi alla Corte costituzionale.

In Italia, si registra un sistema c.d. misto perché, oltre alla diffusione e all'accentramento, sono ammissibili casi di ricorso diretto. Tuttavia, il modello di accesso più utilizzato è quello incidentale, in forza del quale qualsiasi giudice – sia esso ordinario, amministrativo o contabile – qualora dovesse avere un dubbio circa il fatto che la legge che sarebbe chiamato ad applicare sia incostituzionale, sospende il giudizio e investe della questione la Corte costituzionale³³.

Allo stesso modo, quando negli ordinamenti dell'America Latina si afferma il primato della Costituzione ed il suo rispetto diviene parte necessaria del principio di legalità, da ciò consegue una progressiva giurisdizionalizzazione del diritto costituzionale, che segnerà il definitivo passaggio dal *Derecho político* al *Derecho constitucional*: ovvero da un'idea di garanzia politica della Costituzione ad una di giustizia costituzionale.

Coerenti con il principio di supremazia della Costituzione, i Paesi latinoamericani hanno stabilito il controllo di legittimità costituzionale di tutte le norme per mezzo dei meccanismi di controllo di tipo accentrato e di tipo diffuso e con l'originalissima istituzione latinoamericana dell'azione pubblica o popolare d'incostituzionalità, secondo la quale tutti i cittadini possono domandare all'organo specializzato del controllo (Corte suprema di Giustizia, Corte o Tribunale Costituzionale) la dichiarazione d'incostitu-

rale idoneo a rispettare la condizione fondamentale della teoria kelseniana, ovvero che si configurasse un giudice indipendente e terzo. Il *Verfassungsgerichtshof* (Tribunale costituzionale federale) ha il compito di giudicare sulla costituzionalità delle leggi e dei regolamenti – ove i ricorsi sono proposti dal Governo federale e dai Governi dei *Länder* – e si occupa dei ricorsi diretti dei cittadini qualora si verificano lesioni dei diritti costituzionalmente garantiti. Nel momento in cui si individua un vizio effettivo, si determina l'annullamento *ex nunc* della norma, ad eccezione che per i regolamenti. Si sono susseguite varie riforme: nel 1929 si allarga l'accesso alla Corte giudiziaria e alla Corte di giustizia amministrativa; nel 1975 ai Tribunali di secondo grado; nel 2012 ai Tribunali amministrativi dei *Länder* e nel 2015 a tutti i giudici comuni.

³³ Cfr. sul punto, a titolo esemplificativo, P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi*, Padova, 1950; C. LAVAGNA, *Problemi di giustizia costituzionale sotto il profilo della "manifesta infondatezza"*, Milano, 1957; A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice "a quo" nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965; F. MODUGNO, *Riflessioni interlocutorie sull'autonomia del giudizio costituzionale*, Napoli, 1965.

zionalità delle norme considerate in contrasto con le norme costituzionali o, negli ultimi anni, con le norme internazionali, specialmente in materia di diritti umani e fondamentali.

In tempi recenti, infatti, nei moderni sistemi costituzionali si registra la positivizzazione delle norme, grazie alle quali il controllo di costituzionalità è affidato ad un organo centrale, mentre lo strumento di diffusione è arginato alla fase introduttiva del processo e non entro quella decisoria.

Nei Paesi latinoamericani prevale il controllo diffuso di costituzionalità ad opera dei giudici, che spesso risulta essere l'unico strumento grazie al quale poter sindacare la legge incostituzionale. In Argentina si registra un dato diverso laddove i conflitti interorganici o intersoggettivi sono affidati esclusivamente alla Corte suprema; il Brasile, invece, si caratterizza per un sistema di controllo giudiziale diffuso all'interno dei Tribunali ordinari al quale fa seguito un controllo accentrato ad opera del Tribunale supremo e, infine, in Cile si registra un sistema di doppio controllo: in particolare, c'è un controllo di tipo preventivo affidato al Tribunale costituzionale, mentre un controllo di matrice repressiva attribuito alla Corte suprema.

Anche se in America Latina non è presente un modello unitario, la dottrina suole parlare di *concepción iberoamericana difuso-concentrada*³⁴ proprio perché, essendo un modello di ultima generazione, si differenzia rispetto agli altri ordinamenti.

Un aspetto particolarmente significativo è dato dallo strumento, presente nella Costituzione brasiliana, della *súmula vinculante*, ovvero un istituto (pretorio) di uniformazione della giurisprudenza che molto ha in comune con quello del *Bindungswirkung* tedesco, con la differenza che in Brasile sono vincolati esclusivamente i Tribunali e la Pubblica amministrazione.

Si va così sviluppando un'idea di giustizia costituzionale diversa rispetto a quella descritta dalle Carte del Secondo dopoguerra, soprattutto se si guarda all'elemento in virtù del quale non si considera più sufficiente la disapplicazione della legge dichiarata incostituzionale – anche se prevale la circostanza gerarchica, ovvero in caso di conflitto tra due leggi prevale sempre la norma superiore e cioè la Costituzione – ma si richiede altresì che le decisioni vincolino (realmente) la generalità dei consociati, tant'è che devono essere assunte, a seconda, dai Tribunali costituzionali o dagli organi al vertice del potere giudiziario.

³⁴ Si vedano, tra i tanti: H. FIX-ZAMUDIO, *Aproximación al derecho procesal constitucional*, in *An. iberoam. just. const.*, 3/1999; N. SAGÜES, *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, 2002; A. BORDALÍ SALAMANCA, *Temas de derecho procesal constitucional*, Santiago de Chile, 2003; D. GARCÍA BELAUNDE, *El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica*, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, 2/2004; A. RAMOS TAVARES, *Justiça Constitucional e democracia na América Latina*, Belo Horizonte, 2008; M.A. CASTRO E CAMARGO, *A influência estrangeira na construção da jurisdição constitucional brasileira*, in *Rev. gen. der. públ. comp.*, 3/2008; V. BAZÁN, *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, Buenos Aires, 2010.

4. *La – peculiare – tutela sovranazionale dei diritti nel costituzionalismo d'oltreoceano*

Nella maggior parte delle Costituzioni d'oltreoceano, quali garanzie dei diritti riconosciuti, sono stati previsti strumenti che, in virtù di concessioni ai trattati, patti internazionali e di un loro riconoscimento con forza normativa superiore alle norme interne, nonché di formule per l'interpretazione degli atti che riguardano i diritti umani, prevedono la necessaria conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'uomo e con i trattati internazionali sugli stessi.

Proprio su quest'ultima previsione si basa una tra le più recenti e importanti novità nella materia, rappresentata dalla tendenza costituzionale dei Paesi latinoamericani a concedere alle norme del diritto internazionale, del diritto comunitario e pattizio una gerarchia costituzionale e quindi la supremazia sul resto dell'ordinamento giuridico³⁵. Dal momento in cui le Costituzioni «di tale regione hanno incorporato al loro interno modelli di controllo di costituzionalità e clausole di apertura nei confronti dei trattati, in particolare in materia di diritti umani, si è realizzato un fenomeno giuridico moderno per cui, oltre che dalle norme giuridiche, le fonti del diritto sono integrate dalle pronunce dei giudici, sia nella misura in cui le corti costituzionali annullano la legge, incluso la disposizione costituzionale, che nella misura in cui assegnano alla norma un significato interpretativo ai fini della sua validità»³⁶.

Come è noto, l'effettivo riconoscimento dei diritti umani in America prende corpo con la Conferenza interamericana di Bogotá del 2 maggio 1948; in questa sede si rese possibile l'adozione della Carta istitutiva dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA) e, congiuntamente, la Di-

³⁵ In questo senso, la Costituzione e le norme internazionali approvate e ratificate dai singoli Paesi formano un blocco di costituzionalità, che regge tutto l'esercizio del potere e tutti i rapporti sociali, economici e politici. In questo campo, in America latina spicca in modo speciale il riconoscimento costituzionale automatico delle norme e degli organi dell'integrazione latinoamericana: Trattati della creazione dell'Organizzazione degli Stati Americani, della Corte Interamericana di Giustizia, della Comunità Andina, del Mercosur, il Patto Amazzonico, il Gruppo di Rio e dei loro rispettivi organi come il Parlamento Andino, il Parlamento Latinoamericano, la Corte Andina di Giustizia. La base giuridica comune a molti Paesi per l'affermazione del diritto internazionale, pattizio e comunitario è la costituzionalizzazione del principio che gli Stati, in condizioni di uguaglianza con gli altri Stati, ammettono un ordinamento giuridico sopranazionale per garantire il valore e la vigenza dei diritti umani, la pace, la giustizia, la cooperazione e lo sviluppo tanto politico, come economico, sociale e culturale. Questa è la filosofia che si trova nelle ultime riforme costituzionali di Argentina, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Paraguay, per citarne alcune, e nelle ultime costituzioni dell'Ecuador e della Bolivia (2008 e 2009).

³⁶ C. LANDA, *Gli standard del controllo di convenzionalità nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2016, 1.

chiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo³⁷.

Ricalcando la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) del 1950, la Carta di Bogotá pone sullo stesso piano i diritti e i doveri³⁸, affiancando all'adempimento dei doveri nei confronti dello Stato, alcuni diritti-doveri prima sconosciuti nella cultura giuridica americana. Accanto ai classici diritti civili e politici, nonché ai diritti sociali tipici della tradizione liberale occidentale, si leggono: il diritto all'educazione unito al dovere dell'istruzione, il diritto all'assistenza fuso con il dovere di mutua assistenza, il diritto al lavoro di pari passo con il dovere di lavorare e il fondamentale (diritto al) suffragio universale al quale deve essere corrisposto il diritto-dovere di voto.

Al fine di garantire e promuovere il rispetto dei diritti umani negli Stati membri dell'OSA, nel 1959 è stata istituita la Commissione interamericana dei diritti umani, organo politico che si occupa, tra l'altro, di proteggere i diritti umani, promuovendo inchieste laddove si verificano denunce – sia ad opera di singoli cittadini, sia pervenute da altri Stati membri – circa gravi violazioni dei diritti umani; può promuovere raccomandazioni agli Stati membri e, in casi particolari, può spingersi fino a richiedere l'adozione di misure cautelari sì da tener sempre alto il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo sia all'interno dei singoli Stati membri, sia a livello sovranazionale – non discostandosi molto dall'attività dell'Unione europea.

Il Consiglio permanente dell'OSA, riunito nel 1969 a San José de Costa Rica, ha approvato la Convenzione americana dei diritti dell'uomo³⁹ al fine di rendere effettivamente possibile la traslazione dei principi e valori volti alla tutela dei diritti umani sul piano pratico e concreto. La Convenzione spesso fa riferimento al concetto di diritti essenziali dell'individuo – ancora una volta richiamandosi ai testi occidentali e, in particolare, alla Convenzione europea – ponendo l'accento sull'individuazione dell'origine pre-giuridica dei diritti umani e, quindi, sul fatto che si tratta di diritti preesistenti sia agli Stati, sia alla confederazione di Stati che, dunque, devono semplicemente limitarsi a riconoscere.

Il Consiglio permanente, con il medesimo atto, si preoccupò altresì di

³⁷ Si vedano, tra i tanti, J.F. PALOMINO MANCHEGO-J.C. REMOTTI CARBONELL, *Derechos Humanos i Constitución en Iberoamérica*, Lima, 2002; H. MIRANDA, *Derechos fundamentales en América Latina*, San José de Costa Rica, 2015. Per l'Argentina, in particolare, A. GORDILLO, *Derechos Humanos*, Buenos Aires, 1999.

³⁸ Nel preambolo si legge, infatti, che «el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esta libertad»; accanto alla comparazione tra diritti e doveri è possibile leggere (tra le righe) alcuni passaggi caratteristici della tradizione latino-americana.

³⁹ Cfr. sul punto C. STEINER-P. URIBE, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Berlin-Bogotá, 2014.

istituire la Corte interamericana dei diritti umani⁴⁰, organo deputato a proteggere i diritti ivi sanciti in relazione alle responsabilità assunte dagli Stati membri.

La Corte svolge due funzioni, l'una consultiva e, dunque, diretta all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione; l'altra contenziosa, di rinvio i ricorsi presentati dagli Stati membri circa le denunce alle violazioni dei diritti iscritti nella Convenzione da parte di altri Stati membri. Si occupa, inoltre, di analizzare la compatibilità delle leggi con le dichiarazioni internazionali poste a tutela dei diritti e di predisporre per l'Assemblea Generale dell'OSA un rapporto annuale con il quale si evidenziano gli Stati che si sottraggono all'adozione delle misure indicate dalla Corte per la tutela dei diritti umani.

Siffatti compiti, soprattutto quelli relativi alla protezione dei diritti umani, sono complementari a quelli affidati alla Commissione interamericana – organo politico – che si contraddistingue per il fatto che a quest'ultima possono rivolgersi anche singoli individui o gruppi di individui, al fine di far valere le proprie istanze. Dinanzi la Commissione il ricorso individuale è lo strumento generale per attivare le funzioni di indagine, mentre è eccezionale l'istituto del ricorso interstatale; alla Corte invece possono rivolgersi solo gli Stati.

A differenza che nell'Unione europea, all'interno di un sistema così delineato, ove dunque non ci sono organi politici idonei a produrre un diritto derivato dai trattati che la Corte è successivamente chiamata ad applicare, il potere (giudiziario) che viene esercitato non si caratterizza per la ripartizione dei poteri. Il solo rimedio previsto – che oltretutto ha dimensione esclusivamente statale – è, infatti, la facoltà di proporre una denuncia contro il Trattato da parte degli Stati che non reputano corretta l'ottemperanza alle sentenze della Corte; sentenze che possono arrivare addirittura a chiedere la modifica delle leggi e delle Costituzioni ritenute in contrasto con il diritto convenzionale.

Peraltro, gli *standard* internazionali elaborati dalla Corte IDU «non hanno avuto uno sviluppo sistematico, essi sono il prodotto dell'evoluzione giurisprudenziale in tempi e in Stati diversi. Considerando che non si tratta di una creazione uniforme che, tuttavia, si fonda su parametri interpretativi elaborati dalla Corte IDU in materia di protezione di diritti umani, la Corte – dal rimediare alla violazione dei diritti umani da parte degli Stati a seguito delle decisioni giudiziali dei tribunali nazionali – è passata a pronunciarsi sulla inconvenzionalità delle norme legali e/o costituzionali che hanno prodotto tali violazioni»⁴¹.

⁴⁰ Operativa dal 1979 si compone di sette giudici, in carica per sei anni, scelti tra impeccabili giuristi sia dal punto di vista morale, sia come conoscitori del diritto, nonché di rilevante esperienza in materia di diritti umani. Nessuno Stato può essere rappresentato da più di un giudice.

⁴¹ C. LANDA, *Gli standard del controllo di convenzionalità nella giurisprudenza della Corte*

Anche solo da una semplice lettura dell'elenco dei nuovi diritti, dei meccanismi e strumenti in difesa dei diritti umani, non ci sono dubbi circa gli sforzi che i Paesi latinoamericani stanno facendo per costruire un vero stato di diritto, anche se ancora oggi i cambiamenti appaiono prevalentemente programmatici e formali.

Inoltre, dai dati essenziali di questa breve panoramica della forma di stato in America Latina agli inizi del XXI secolo, si possono ragionevolmente evidenziare alcune caratteristiche salienti degli ordinamenti che mutuano dalle esperienze giuridiche Nord-occidentali e che offrono alla dottrina e alla riflessione degli operatori del diritto altrettanti elementi specifici, che rendono le soluzioni adottate dai Paesi latinoamericani originali ed esemplari, tali da offrire innovazioni costituzionali e istituzionali significative per lo sviluppo del diritto nel nuovo millennio.

La sfida è grande: mantenere questa tendenza, come tutte le altre che sono state prese in considerazione, senza farle retrocedere, nonostante i grandi problemi interni e internazionali di carattere economico, politico, sociale che patiscono tutti i Paesi latinoamericani, non è un compito facile. Non resta, comunque, che confidare nell'impegno dei popoli, dei loro governanti e nella persistente esistenza delle regole del costituzionalismo democratico.

Interamericana dei Diritti Umani, cit., 16. In tal senso, continua lo studioso, «la *vis expansiva* che la Corte ha attribuito ai diritti umani ha trovato nell'istituto della convenzionalità uno strumento di controllo normativo concreto al fine di tutelare un diritto violato; tuttavia, si tratta altresì di un controllo astratto, in particolare nei casi in cui la Corte ha stabilito l'assoluta invalidità delle leggi di auto-amnistia, oppure nei casi in cui la sola dichiarazione di inconvenzionalità di una norma interna ha spinto le autorità nazionali competenti a d abrogarla o dichiararla incostituzionale».

UNA RIFLESSIONE SUL COSTITUZIONALISMO REGOLATIVO A PARTIRE DALL'AMERICA LATINA

Susanna Pozzolo

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Dal costituzionalismo di opposizione a quello regolativo. – 3. Ruoli e funzioni. – 4. Indebolimento della legge. – 5. Alcuni problemi del nuovo costituzionalismo. – 5.1. Diritti o interessi? – 5.2. Costituzionalismo e democrazia. – 5.3. Diritti e democrazia diretta. – 6. Conclusione.

1. *Introduzione*

Il costituzionalismo non è certo un fenomeno nuovo in America Latina¹. Tuttavia, è noto come la storia, anche contemporanea, del continente sia pervasa da difficoltà di implementazione dei diritti e da una forte disuguaglianza sociale. L'America Latina è un vasto e variegato continente, per cui è bene comunque fare attenzione alle generalizzazioni, basti pensare che dagli anni '50 ha triplicato i suoi abitanti, concentrandoli sempre più nelle città – tanto che la *Comisión Económica para América Latina y el Caribe* (CEPAL) per il 2050 prevede punte di urbanizzazione oltre il 90%, in Paesi come il Cile o l'Argentina². Nonostante il forte sviluppo, secondo i dati reperibili sul sito del 'Latinobarometro'³, si sconta sul continente una diffusa sfiducia verso la corretta applicazione della legge da parte dei governi e della magistratura. Il grado medio di fiducia difficilmente supera il 40%, denunciando una situazione certamente problematica sotto diversi profili: i sistemi giuridici per riuscire a governare la condotta umana devono soddisfare alcune esigenze⁴, fra le quali, appunto, un certo livello di fiducia nelle istituzioni da parte degli obbligati, ma se la percezione di cittadini e cittadine risulta così bassa, è allora piuttosto evidente che i sistemi giuridici

¹ Per esempio, nella Repubblica Dominicana si data una costituzione nel 1844, in Brasile nel 1824, in Messico nel 1857.

² <https://www.cepal.org/es/temas/proyecciones-demograficas/estimaciones-proyecciones-poblacion-total-urbana-rural-economicamente-activa>.

³ <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>.

⁴ FULLER, *The Morality of Law*, Yale UP, New Haven.

dell'America latina non stanno raggiungendo il loro obiettivo primario.

Un dato interessante, tuttavia, è che la sfiducia dei cittadini verso gli apparati non incide né sullo strumento costituzionale, né sui diritti: non si arresta la richiesta di costituzionalizzazione e di implementazione di diritti, anzi, per quanto certo discussa, si avverte l'interessante aria di fiducia nella capacità di positiva influenza della giurisprudenza della *Corte Interamericana* sui sistemi nazionali. È chiaro, tuttavia, che se un'alta percentuale di cittadini ritiene che gli apparati politici non rispettino il diritto, che loro stessi hanno emanato, difficilmente si sentiranno vincolati dalle norme giuridiche: non si capisce, infatti, perché mai i cittadini dovrebbero sottomettersi a un'autorità che risulta immorale e incoerente – giacché non segue i suoi stessi comandi e ignora le ragioni che fondano le sue direttive. Per essere 'autorità' le istituzioni devono essere in grado di far percepire le buone ragioni esistenti per obbedirle, e con relativa indipendenza dal contenuto dei comandi, altrimenti il potere appare solo come forza e, dunque, arbitrario.

A partire da questo quadro, vorrei proporre una breve riflessione sul costituzionalismo nel contesto latinoamericano contemporaneo.

2. Dal costituzionalismo di opposizione a quello regolativo

Lo sviluppo di forme di costituzionalismo 'denso', cioè attraverso documenti ricchi di diritti, ha avuto grande successo a livello planetario, e anche nel continente latino⁵. Questo, se, da un lato, ha rafforzato il costituzionalismo stesso, contribuendo alla sua diffusione, dall'altro, ha finito anche per incidere profondamente sull'originario assetto delle funzioni del potere. In particolare, le Corti e i Tribunali, soprattutto costituzionali, si sono rivelati sempre più centrali nella determinazione significativa dei documenti fondamentali e del diritto infracostituzionale. Perciò, la diffusione del modello democratico – che ha accompagnato l'affermazione di questi documenti nel corso degli ultimi due secoli – è invero andata di pari passo al relativo indebolimento della funzione legislativa, in favore di quella giudiziaria.

Questo fenomeno è di certo connesso al 'tipo' delle costituzioni dense di diritti. La democrazia costituzionale, oggi considerata il miglior sistema politico, oltre alle regole 'più tecniche'⁶ del funzionamento democratico,

⁵Basti considerare come le costituzioni del continente, con la fine del secolo, si siano via via allungate, entrando anche in molti dettagli: la Costituzione dell'Ecuador conta 444 articoli, quella boliviana 411, quella colombiana 380.

⁶Che, tuttavia, è bene rammentare non sono mera forma, giacché quest'ultima è quasi sempre anche sostanza.

implementa i diritti che stabiliscono che il controllo delle attività umane attraverso le regole giuridiche deve essere funzionalmente diretto alla protezione dei beni e valori fondamentali ivi individuati⁷. Da ciò deriva che, essendo il legislatore soggetto alla costituzione, la sua attività risulta 'indirizzata' dal testo fondamentale e il controllo di costituzionalità sulle norme del sistema acquista una (forse inattesa) centralità.

In questo quadro, certamente complesso, il nuovo discorso costituzionalista è apparso, in anni più recenti, uno strumento potente proprio per implementare finalmente quei diritti più volte enunciati e sovente disattesi. Si tratta di un costituzionalismo che fonda un ordine artificiale arricchito di un apparato valoriale potente (che assume forme specifiche nel contesto del secondo dopoguerra) finalmente giustiziabile. È bene sottolineare il punto di svolta, giacché i documenti costituzionali 'dell'epoca liberale' avevano dato vita a un sistema difensivo dell'individuo basato sui c.d. diritti di libertà, il *coto vedado*⁸ di Ernesto Garzon Valdés. Ho definito questo costituzionalismo 'verticale' o di 'opposizione'⁹, poiché, individuando due sfere distinte della vita giuridica, configura un rapporto gerarchico con il potere. Nella vita pubblica, infatti, le relazioni fra cittadini e stato sono 'gerarchicamente disposte', il potere è, e si percepisce, sovraordinato agli individui e ai gruppi; coerentemente, i documenti costituzionali stabiliscono delle difese, dei baluardi, dei diritti, 'contro' il potere, ossia appunto puntelli 'verticali', dal basso verso l'alto.

A questo spazio pubblico si contrappone una sfera privata, dove risiedono le relazioni fra cittadini. Questa si presenta come un ambito libero da norme eteronome: qui sono i cittadini (non le cittadine, si noti¹⁰) che, eser-

⁷ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017; S. POZZOLO, *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi*, Aracne, Roma, 2012; ID., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

⁸ E. GARZÓN VALDÉS, *El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías*, in *Isonomia*, 12, 2000, 7-34; ID., *Algo más acerca del coto vedado*, in *Doxa*, 1989, 6, 209-213; cfr. J.L. MARTÌ, *Legitimidad y espacio para la democracia en Ernesto Garzón Valdés*, in *Doxa*, 2007, 30, 135-141.

⁹ S. POZZOLO, *Unos desafíos por el constitucionalismo de los derechos*, in *Sociedad Jurídica*, Villareal, Perù, in corso di stampa; EAD., *Constitucionalismo(s) y mecanismos de garantía*, in L. PENA-T. AUSIN (a cura di), *Conceptos y valores constitucionales*, Plaza y Valdés, Madrid, 2016, 233-260.

¹⁰ Pare bene segnalare che i diritti positivizzati hanno avuto bisogno di un lungo percorso per essere resi effettivi – e ancora non lo sono del tutto –, giacché, per esempio, alle donne non venivano riconosciuti e neppure alle persone con la pelle di un colore diverso dal bianco. Ancora nell'Inghilterra dell'800 le donne potevano essere 'vendute' in certe condizioni: V. KLEIN, *Feminine Character: History Of An Ideology*, Routledge, London, 1946, 1971, 7-8; J. BRYCE, *Studies in History and Jurisprudence, II*, Oxford University Press della questione scrive nel 1901, e invero l'ultima vendita si registra ancora nel 1913. Ma il caso più evidente di come l'universalità dei diritti sia stata nei fatti un mito è certo quello più noto e spesso 'dimenticato' dell'attribuzione dei diritti ai soli uomini bianchi (almeno fino

citando la loro libertà e autonomia, scelgono se vincolarsi attraverso forme contrattuali. Questo costituzionalismo si sviluppa, dunque, lungo due principi fondanti: l'“uguaglianza orizzontale” fra i cittadini e la ‘disuguaglianza verticale’ fra i cittadini e il potere.

I documenti ‘dell’epoca democratica’, successivi, sono diversi. Questi altri si caratterizzano per il grande peso riconosciuto ai diritti sociali, ai cosiddetti diritti positivi. Il potere non è più qualcosa da cui difendersi, l'*incipit* della Costituzione statunitense diventa realtà: ‘*We the people*’. Allora il potere non è più chiamato ad astenersi dall’intervenire nella vita dei cittadini, anzi, esso deve determinare le condizioni perché l’autonomia possa essere esercitata. Le costituzioni prodotte nel corso della seconda metà del XX secolo presentano delle specificità che si fanno sempre più marcate nei documenti del nuovo millennio e, soprattutto, in America Latina. Costituzionalizzando l’obbligatorietà dei diritti nel contesto della democrazia, il diritto vincola il legislatore all’applicazione della costituzione, riducendone gli spazi di libertà politica, che deve contenersi entro il significato del testo fondamentale¹¹.

Questo mutamento assegna una indubbia centralità alla giurisdizione, ma soprattutto fa sì che si crei quel doppio livello gerarchico rappresentato dal controllo di costituzionalità, dal *judicial review* costituzionale¹². È un mutamento che deriva in parte dalla forma costituzionale, ma in parte nasce nella società stessa, che spinge lo sviluppo del costituzionalismo in senso ‘orizzontale’ e ‘regolativo’. Con gli ultimi anni del secolo scorso, infatti, si chiude il ciclo del costituzionalismo di opposizione al potere¹³ e si apre quello del costituzionalismo ‘dei diritti’, o ‘regolativo’ – di cui il neo-costituzionalismo è una rappresentazione che in America Latina ha avuto particolare seguito. Le costituzioni, ora indubbiamente norme obbligatorie, hanno accolto e messo in pratica la loro forza, soprattutto attraverso il lavoro delle Corti costituzionali e poi sovranazionali. Corti che, da stru-

al 1865 negli USA); gli uomini e le donne di colore restavano schiavi con tutta la discendenza.

¹¹ Luigi Ferrajoli è stato certo uno fra gli studiosi che più di tutti ha insistito sulla pervasività della costituzione, sulla sua necessaria funzione di fondamento e di garanzia, dunque di ‘superiorità’ rispetto a qualsiasi potere costituito, compreso il legislatore.

¹² Ricordo solo schematicamente la distinzione fra due modelli di *judicial review*. Un modello statunitense e uno austriaco (Kelsen): mentre il primo si sviluppa attraverso un controllo diffuso; il secondo è centralizzato in una corte. L’uno effettua un controllo dunque più a largo raggio sull’opera del legislatore, mentre il secondo si posiziona dentro una più rigida divisione delle funzioni (ragione per la quale, ad esempio, nel panorama costituzionale italiano è stata scelta la seconda soluzione). In anni recenti, tuttavia, si rileva una tendenza convergente dei due modelli, anche sollecitata dall’azione della giurisprudenza e dalla produzione del diritto internazionale e sovranazionale.

¹³ Una volta che anche il legislatore è assoggettato alla costituzione, tutte le istituzioni sono vincolate al diritto.

menti contromaggioritari, in molti casi, hanno funzionato come veri agenti della positività della costituzione¹⁴.

3. Ruoli e funzioni

Sebbene sia abituale in democrazia distinguere fra maggioranza e minoranza, a una semplice osservazione si nota come tale opposizione non restituisca la realtà sociale contemporanea, che appare piuttosto divisa fra più minoranze in competizione fra loro. Ancora, appare consueto ricostruire il lavoro delle Corti costituzionali come un'attività 'contro' il legislatore, in funzione antidemocratica. Tuttavia, neppure questa descrizione teorica del ruolo sembra dar conto dello stato di cose. La funzione antimaggioritaria delle Corti costituzionali è, molto spesso, di fatto, piuttosto 'sostitutiva' che oppositiva, in ragione delle difficoltà incontrate dai parlamenti. Mi pare importante cercare di riflettere muovendo dal dato reale: la società è divisa in gruppi e, probabilmente, non esiste un unico bene comune, gli obiettivi che animano le diverse pretese divergono e solo occasionalmente le mete sono condivise; le corti non sono affatto attori passivi o meramente resistenti, talvolta svolgono una funzione attivamente politica¹⁵.

Il punto è rilevante per varie ragioni e, non ultimo, perché le trasformazioni del costituzionalismo regolativo hanno re-direzionato le difese in senso 'orizzontale', in qualche modo indebolendo quelle verticali-di opposizione. L'implementazione dei diritti positivi e sociali ha posto in competizione i gruppi con le loro differenti pretese e interessi, ossia nel nuovo contesto l'opposizione al potere confonde e mescola l'area pubblica e quella privata perché lo scontro è appunto su un piano orizzontale, fra pari: non è contro un potere gerarchico che si chiede protezione, ma contro quello dei pari, degli altri cittadini che manifestano diversi interessi, tutti *prima facie* meritevoli di protezione. La tradizionale difesa 'dal' potere politico adesso ha un nuovo obiettivo: ora il pericolo proviene dell'esercizio del potere che possono azionare altri cittadini, altri competitori per i diritti. È dunque verso questi 'altri' che i cittadini sollecitano ostacoli, non più verso 'chi' decide e sul 'come' distribuisce.

La costituzionalizzazione della forma democratica, sviluppandosi in orizzontale, cioè verso i pari, diventa una regolamentazione, perché l'implementazione dei diritti si attua attraverso politiche pubbliche.

¹⁴In questo senso si può leggere anche parte dell'opera della Corte Costituzionale italiana, soprattutto nel suo iniziale conflitto con la Corte di cassazione.

¹⁵Almeno lo hanno fatto e lo fanno queste corti, nel nostro tempo. Sebbene sul piano interpretativo ciò accada necessariamente sempre; in generale sul punto rinvio all'opera di RICCARDO GUASTINI, ad esempio: *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

4. *Indebolimento della legge*

Nel nuovo contesto costituzionale il legislatore democratico ha perduto la sua centralità, perché le sue decisioni sono divenute giustiziabili. Una volta assoggettato al testo fondamentale, questi è chiamato a concretare i diritti che, formulati in disposizioni vaghe e generali, consentono di implementare le politiche. Queste ultime, tuttavia, difficilmente si potranno affermare come una chiara 'applicazione della costituzione', rappresentando, ma soprattutto essendo percepite, come 'una fra le possibilità': la legge emanata è solo una fra le concretizzazioni possibili della costituzione. Questo lascia percepire anche la dose di casualità che hanno i suoi effetti, giacché, necessariamente, ogni politica favorirà alcune pretese scontentandone altre. Poiché le diverse pretese comprese nell'insieme delle possibilità sono tutte legittime, la legge non mostra un fondamento indiscutibile, rendendo opache le ragioni che sostengono le sue norme, né può vantare l'appoggio di una stabile maggioranza: la legge, dunque, non ha una forte giustificazione e la generalizzazione a suo fondamento risulta sempre in qualche misura arbitraria¹⁶ (almeno per tutti i gruppi d'interesse rimasti penalizzati), finendo per sollecitare il ricorso alla magistratura a tutela delle pretese rimaste inavase. Insomma, a partire da una costituzione obbligatoria e giustiziabile, si assiste a un incremento del conflitto a tutti i livelli del sistema sociale, il ricorso alla giurisdizione diviene un elemento persistente e, circolarmente, diminuisce la legittimità del potere politico¹⁷.

5. *Alcuni problemi del nuovo costituzionalismo*

Sebbene sia difficile che le corti possano risolvere problemi di effettività del diritto, l'adozione di costituzioni lunghe e dense e l'implementazione dei diritti attraverso la giurisdizione sembra proporsi come la cura ai problemi sociali in molti paesi dell'America Latina¹⁸. Dinanzi al feno-

¹⁶ F. SCHAUER, *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.

¹⁷ Il neocostituzionalismo si è sviluppato in questo contesto, con l'obiettivo di controllare il cambiamento. Ponendo al centro della riflessione: i principi, in luogo delle regole; la ponderazione invece della sussunzione; e la forza normativa della costituzione al posto dell'autonomia politica del legislatore. Questa elaborazione dottrinale mira a ricostruire un quadro teorico generale che dia conto di un diritto costituzionalizzato (sul punto cfr. R. GUASTINI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2001). La nuova prospettiva, segnando la distanza da un certo positivismo 'classico', tiene conto, altresì, di un livello sovranazionale sempre più influente (in America Latina soprattutto la giurisprudenza della Corte interamericana).

¹⁸ Vedi nota 5.

meno in evoluzione, mi pare importante, in prospettiva normativa, riflettere sui punti problematici della difesa offerta da questo costituzionalismo¹⁹. Mi pare emergano alcune questioni rilevanti che val la pena annotare.

Prima di tutto, questo costituzionalismo tende a neutralizzare la percezione del potere: in democrazia pare diluirsi fra tutti i cittadini, ma è bene rammentare che ciò può nascondere i luoghi in cui comunque il potere si concentra²⁰.

In secondo luogo, i diritti si trasformano: non possono più descriversi come 'briscole'²¹, essi sono in balia di ponderazioni, non sempre così matematicamente prevedibili, e la loro applicazione, necessariamente partitaria, determina una perdita di universalità. I diritti si trasformano in meri interessi?

Poi muta l'equilibrio interno al potere. Le corti, le istituzioni che ponderano e applicano concretamente i diritti, mostrano di possedere non solo autorità, ma anche potere dispositivo, cioè contribuiscono alla definizione delle politiche pubbliche.

Sul piano istituzionale, allora, da un punto di vista dinamico, la gerarchia che fonda il sistema accusa il colpo: né la democrazia, né i diritti, hanno l'ultima parola. Tuttavia, non è del tutto chiaro quale nuovo ruolo abbiano assunto le corti, né di fatto, né dal punto di vista dottrinale²².

Sul piano statico, i contenuti significativi positivizzati stentano a trovare una giustificazione 'obiettiva', sia quando dipendono dal legislatore, sia quando dipendono dalla giurisdizione: infatti, una volta sottoposti a processo di bilanciamento, essi possono essere continuamente ripescati in ragione di nuove, legittime, pretese.

Dal punto di vista degli attori, i cittadini, e paradossalmente in democrazia, tendono a percepire la decisione del legislatore sempre più arbitraria e la giurisdizione non si concepisce più come una garanzia, dato il suo potere di concretizzare i diritti.

Alla fine del circolo, mi pare il sistema rimanga indebolito. Questa situa-

¹⁹ Quello verticale ha avuto successo stabilendo il *coto vedado*.

²⁰ Per esempio, con riguardo alla ricchezza e alla disuguaglianza: secondo i dati Oxfam ci sono 500 milioni di giovani fra i 15 e i 24 anni che vivono con meno di due dollari al giorno. La concentrazione della ricchezza in mano a pochi 'super ricchi' è un processo che pare inarrestabile tanto che nel 2014 i più ricchi del mondo erano 80, ma già nel 2016 erano solo 62; quando saranno 40?

²¹ Dworkin afferma che i diritti sono inviolabili. Tuttavia, forse lui pensa soprattutto ai diritti c.d. di libertà che, per lo più, si assume siano meno problematici di quelli sociali perché, si ritiene, che solo questi ultimi pretendano un intervento da parte del potere per essere soddisfatti. Invero, se i diritti di libertà sono davvero più facili da garantire, forse lo sono per altre ragioni, perché nemmeno per questi basta un'omissione per garantirli (S. HOLMES-C.S. SUSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Il Mulino, Bologna, 2000).

²² È bene segnalare che alcuni studiosi sono ben consci del mutamento in corso, si veda ad esempio il manuale di M. ATIENZA, *Curso de argumentacion jurídica*, Trotta, Madrid, 2013.

zione mi sembra porre l'architettura costituzionale in 'disequilibrio', almeno momentaneamente. Quale parte gioca il consenso nel diritto costituzionalizzato? Quale ruolo rimane per il principio gerarchico (e di legalità)? Le teorie dell'argomentazione provano a ridurre l'incertezza, ma non è ancora evidente il correttivo, mentre le teorie normative offrono criteri di 'ragion pratica' per il controllo razionale delle decisioni, ma sono sufficienti?

5.1. *Diritti o interessi?*

Fra le possibili ricadute problematiche, considerando l'obiettivo primario di questo costituzionalismo, la protezione dei diritti mi pare particolarmente importante.

La nostra comunità linguistica chiama 'diritto' il riconoscimento di una particolare protezione a un certo valore, tale per cui si oscurano le ragioni a favore di valori contrapposti, anche se ciò potrebbe ledere l'interesse collettivo. I diritti, cioè, sono strumenti 'anti-utilitaristici', almeno in una certa misura rilevante²³. Tuttavia, se nel nuovo quadro del costituzionalismo 'regolativo' i diritti sono costantemente soggetti a 'ponderazione', costantemente ripesato è, ovviamente, anche il valore che proteggono; quest'ultimo viene allora relativizzato, messo in dubbio nella sua importanza, riconsiderato insieme ad altri valori e diritti. Nella misura in cui i diritti vengono posti in un sistema di bilanciamento, essi vengono ridefiniti e con ciò anche la portata del valore da quelli difeso. Parrebbe allora potersi affermare che avere un diritto è una questione decidibile solo *ex post*, ossia solo dopo la valutazione in concreto che lo vedrà ridefinito nell'equilibrio con altre pretese contrapposte. I diritti paiono trasformarsi in 'diritti potenziali'. In che senso, allora, possedere un diritto è qualcosa di diverso dall'avere un mero interesse protetto? Insomma, se i diritti non sono più 'briscole', cosa sono²⁴?

Seguendo una lettura maggioritaria, tuttavia, come quella recentemente proposta da Giorgio Pino²⁵, i diritti possiedono naturalmente una forza

²³ Certo possono essere superati da alcune ragioni particolari, ma con procedure specifiche: si pensi allo strumento dell'esproprio. Cfr B. CELANO, *I diritti nello stato costituzionale*, Il Mulino, 2014; Id., *La forza dell'argomento migliore*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2009, 9, 229-255.

²⁴ Questo pone sul tavolo della discussione tutta la questione della 'valutazione della riduzione' della portata del diritto stesso, cioè: fino a quanto potrà essere ridefinito e ridotto il diritto, senza che ciò rappresenti una sua violazione? Il discorso è ovviamente complesso, però il punto è che in questo nuovo quadro il diritto che posso vantare non risulta mai definito in anticipo nella sua portata e rimane in balia delle pretese occasionalmente avanzate. S. POZZOLO, *Unos desafíos por el constitucionalismo de los derechos*, cit.; EAD., *Un costituzionalismo dei diritti deboli?*, in *Notizie di Politeia*, XXXIV, 132, 2018, 234-239.

²⁵ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, cit.

performativa-esecutiva: dichiarando creano²⁶, dunque, essi restano tali anche quando sistematicamente non rispettati. Non mi pare una risposta teorica completamente soddisfacente: i diritti non hanno più un fondamento che li rende inviolabili, non servono per attribuire un valore al bene protetto, che non ha più una forza speciale. Resta il fatto che continuiamo a usare la denominazione di 'diritto' – fondamentale, o umano, o soggettivo che sia – per denominare quei beni che abbiamo ritenuto necessario dover proteggere²⁷, ma il 'circolo della ponderazione' sembra togliere loro la tradizionale funzione anti-utilitaristica.

5.2. *Costituzionalismo e democrazia*

Un'altra possibile ricaduta delle difficoltà sistemiche accennate potrebbe riguardare la stessa democrazia. Il modello di democrazia costituzionale raccolto nei documenti fondamentali, per lo più, si situa in un punto intermedio fra un polo 'liberale' e uno 'democratico'. Mentre nel primo si trova un basso grado di democrazia diretta, perché la concezione politica si fonda sui diritti di libertà, originari dell'individuo (il *coto vedado* di Garzon Valdés), definendo così un'area che traccia i confini dell'intrusione collettiva nell'autonomia individuale. Nel secondo polo, al contrario, la deliberazione collettiva è il cuore del sistema democratico: la singola persona conta in quanto parte dell'insieme e non già tanto nella sua individualità. Qui la maggioranza è sovrana e la sua decisione ha priorità sulle altre ragioni: il consenso fonda le decisioni attraverso il voto deliberativo, che definisce, ed eventualmente modifica, i diritti degli individui. Nel modello liberale un tale effetto 'invasivo' rappresenterebbe una violazione della dignità dell'individuo, poiché i diritti sono una qualità previa all'istituzione politica e non già un suo prodotto: la maggioranza può solo rispettarli. Entrambi hanno pregi e difetti; così, da un lato, i diritti originari devono pur sempre essere individuati da un'autorità e positivizzati in un documento per essere rispettati, d'altro lato, le difficoltà di implementazione di sistemi di democrazia diretta sono note: al di fuori delle ipotesi ideali della democrazia deliberativa²⁸, infatti, i rischi dei populismi²⁹ totalitari sono sempre in agguato. I

²⁶ Nella prospettiva di Pino (ma anche di Ferrajoli), i diritti sono separati dalle loro garanzie. Tuttavia, se alla loro dichiarazione positiva non segue la garanzia riprende indubbiamente forza l'argomento avanzato da Guastini secondo cui sono solo 'diritti di carta': R. GUASTINI, *Diritti*, in *Analisi e dir.*, 1994, 163-174.

²⁷ B. CELANO, *I diritti nello stato costituzionale*, cit.

²⁸ Per esempio: J.L. MARTÍ, *La república deliberativa*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

²⁹ Rinvio alla parte monografica dedicata ai populismi nel volume di *Ragion pratica*, 1, 2019.

sistemi giuridici democratico-costituzionali odierni presentano ingredienti dei due poli in diverse combinazioni: affermano i diritti e al contempo attribuiscono competenze definitorie alla maggioranza.

L'attuale miscela prodotta dall'unione di diritti, democrazia e momentanee maggioranze offre il terreno per un crescendo di domande di riconoscimento³⁰ di gruppi che chiedono la difesa di specifici valori e interessi, attraverso politiche pubbliche che concretizzino diritti. Nella misura in cui gli interessi divergono, le politiche pubbliche necessariamente rappresentano la deliberazione di minoranze aggregate intorno a centri di interesse occasionalmente convergenti. Può una tale maggioranza legittimamente definire i diritti di quelle minoranze che non raggiungono la massa critica per affermare le loro pretese? Oppure nel nuovo quadro costituzionale talune concretizzazioni 'devono' essere escluse, perché i diritti 'devono' attivare la loro funzione anti-utilitaristica?

Non è una questione nuova, in fondo si tratta ancora e sempre del vecchio problema della tirannia della maggioranza. Il tema si è fatto però urgente, oggi, in ragione delle trasformazioni sistemiche in corso.

5.3. Diritti e democrazia diretta

Procedendo verso uno o l'altro polo, democratico o liberale, si trovano accentuazioni di forme populiste³¹ o di *rule of law*. Stante il ruolo centrale riconosciuto ai diritti nei modelli costituzionali attuali, gli strumenti di democrazia diretta contemplati nel testo fondamentale non pare possano legittimamente comprimerli troppo³², certo non eliminarli; essi sono le precondizioni di esistenza del sistema costituzionale democratico stesso. Ma quali sono i margini legittimi di concretizzazione?

Mi sembra interessante discutere la funzione degli strumenti di democrazia diretta presenti nei sistemi costituzionalizzati, che sovente vengono messi in azione nella concretizzazione di (certi) diritti.

Considerando la democrazia costituzionale come un punto intermedio

³⁰ Sul punto rinvio in generale alla letteratura e in particolare all'opera di Axel Honnet.

³¹ Solo a titolo d'esempio, rinvio a: K. ABTS-S. RUMMENS, *Populism versus Democracy*, in *Political studies*, 2007, 55, 405-424; P. JONES, *The Political Theory of Modus Vivendi*, in *Philosophia*, 2017, 45, 443-461; J. GRAY, *Modus Vivendi: Liberalism for the coming Ages*, in *New Perspective Quarterly*, 2001, 18, 4-21.

³² Cfr. *Crisi economica, politiche pubbliche e diritti fondamentali*, parte monografica di *Ragion pratica*, 2017, 49, con saggi di S. VIDA, *Postcapitalismo e neoliberalismo: il presente e il futuro della crisi*, 299-326; L. SPADACINI, *La costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio quale limite all'efficacia retroattiva delle sentenze della Consulta: il paradossale allentamento delle briglie all'arbitrio delle maggioranze*, 327-350; H. CORTI, *Fundamental rights and financial constraints: four aspects of the budgetary issue*, 351-374.

fra i due poli, 'liberale' e 'democratico', si potrà notare che nella misura in cui si accentuino le caratteristiche dell'uno o dell'altro il sistema diventa più o meno stabile. In particolare, accentuando i caratteri della democrazia diretta, in un sistema già sbilanciato verso l'opzione democratica, si tende ad entrare in una zona di maggiore instabilità, perché diventa più facile uscire dall'area di equilibrio in cui la maggioranza rispetta i diritti delle minoranze, cioè dove l'utilitarismo dei diritti funziona³³. Per contro, se si accentuano le caratteristiche democratiche in un sistema incentrato sui diritti, esso rimane più a lungo nell'area di stabilità, giacché l'introduzione di strumenti di democrazia diretta, come ad esempio il referendum, non è in grado di incidere negativamente sui diritti, i quali sono chiamati esattamente a svolgere la fondamentale funzione di limite alla maggioranza. La *rule of law* garantisce il sistema nel suo insieme³⁴.

Poiché nelle attuali democrazie costituzionali l'uso di strumenti di democrazia diretta non responsabilizza i votanti, che non sono coinvolti in un processo deliberativo consapevole e libero da pregiudizio, il ruolo del controllo giudiziale diviene ancora più importante. Infatti, mentre la deliberazione del legislatore, oltre a dover essere conforme a costituzionalità, deve seguire dei vincoli procedurali che garantiscono il dibattito democratico, il dibattito pubblico per influenzare i votanti al referendum è in larga misura svincolato, pregiudiziale e meno riflessivo. Di ciò occorre tenere conto per la protezione dei diritti fondamentali. Penso, in particolare, a tutte quelle situazioni dove l'attivazione della democrazia diretta sembra sfidare i diritti di alcune minoranze che chiedono riconoscimento. Se, già si è detto, non sarebbe legittimo cancellarne i diritti, pare necessario domandarsi se la momentanea maggioranza di un referendum possa imporre il mantenimento dello *status quo* dinanzi alla pretesa di una diversa concretizzazione o di un ampliamento dei diritti (ad esempio, il matrimonio fra persone dello stesso sesso). Davvero problematico mi pare l'eventuale peggioramento delle condizioni, come l'eliminazione di un permesso già implementato³⁵. La questione non è del tutto chiara, soprattutto nella misura in cui i diritti perdo-

³³ Il dibattito è ampio e complesso, ad esempio: W. MARXER (a cura di), *Direct Democracy and Minorities*, Springer, Berlin, 2012; 19. *Rights of Sexual and Gender Minorities*, consultabile all'indirizzo: https://www.hrc.co.nz/files/1914/2388/0525/HRNZ_10_rights_of_sexual_and_gender_minorities.pdf; J.D. WILETS-G. ROSS, *The Human Rights of Sexual Minorities*, in *Human Rights*, 1995, 4, 22, 22-27; W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford UP, Oxford, 1996. B.S. GAMBLE, *Putting Civil Rights to a Popular Vote*, in *American Journal of Political Science*, 1997, 1, 41, 245-269.

³⁴ F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo delle leggi ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, trad. cast. Palestra, Lima, 2017.

³⁵ Sto pensando ai diversi referendum 'contro', come, per esempio, quello sloveno nel 2015, contro la legge che riconosceva il matrimonio ugualitario, poi reintrodotta nel 2017. Se sposarsi è un diritto (anche considerando i vantaggi che gli Stati di solito riconoscono a questo status) è, tuttavia, ancora una questione di riconoscimento la sua estensione a tutti i cittadini e cittadine.

no universalità. Per esempio, considerando il sistema italiano, potrebbe un referendum abrogativo cancellare la legge sul divorzio?

Questo sarebbe un tipico referendum ‘contro’, categoria che evidenzia l’importanza dei diritti liberali, giacché quelli ripresentano il problema della tirannia a livello democratico: l’appello al popolo usato in funzione anti-espansiva (se non restrittiva) dei diritti. Il costituzionalismo orizzontale deve allora difendersi dallo scontro fra i gruppi che lo animano?

È chiaro che tale riduzione non inciderebbe su tutti, ma solo su coloro che volevano divorziare o avere la possibilità di farlo, soddisfacendo, per contro, il gruppo di coloro che non solo non vogliono divorziare, ma che vogliono un sistema in cui non ci sia tale possibilità neppure per gli altri³⁶. Fa insomma problema la sottoposizione a referendum delle domande di riconoscimento, siano esse di nuovi diritti o di estensione a nuovi gruppi – ad esempio il riconoscimento di una lingua locale nella scuola pubblica –, soprattutto fanno problema le pretese avanzate da minoranze che supportano visioni comprensive e totalizzanti. Poiché le norme hanno vita sistematica, introdurre o eliminarle modifica il quadro generale, come leggere, allora, l’uso di questi strumenti di democrazia diretta volti, non tanto a decidere sui diritti, quanto piuttosto a ridurli o a non estenderli nell’ambito degli attuali sistemi democratico costituzionali³⁷? Un referendum popolare può facilmente essere indetto per sfidare i diritti delle minoranze, determinando un’antinomia con il diritto ad avere diritti³⁸.

6. *Conclusione*

Il ruolo centrale della costituzione, dunque, è anche quello di creare contrappesi e non solo di difendere la democrazia. Le momentanee maggioranze rappresentano centri di potere contro cui il costituzionalismo dei diritti è chiamato in azione contro l’oppressione delle minoranze. Il costituzionalismo democratico è una dottrina consapevole che legislatori e cittadini non sono gli uni migliori degli altri, per questo la divisione delle funzioni del potere è centrale contro la tirannia e l’arbitrio, anche se ciò talvolta fa pagare uno scotto sul piano dell’efficienza decisionale. Ma, come si è detto più volte, la scelta costituzionale è una scelta anti-utilitarista.

³⁶ Esempi dove si trova accentuato uno o l’altro aspetto si possono trovare ad esempio in Svizzera e in California.

³⁷ E. GARZON VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto: saggi di filosofia morale e politica*, Il Mulino, Bologna, 2003; ID., *Some Remarks on the Concept of Toleration*, in *Ratio juris*, 1997, 10, 127-38.

³⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

PERSONE

SOCIETAS E PERSONA GIURIDICA: IL PROBLEMA DELLA FORMAZIONE DELLA VOLONTÀ NEI RAPPORTI COLLETTIVI *

Pietro Paolo Onida

SOMMARIO: Premessa. – 1. *Fraternitas* e rilevanza esterna della *societas*. – 2. Esaltazione dottrinale della persona giuridica. – 3. Funzione sostitutiva della rappresentanza. – 4. Scontro tra due soluzioni del problema dell'agire collettivo: medievale e moderna, la persona giuridica, romana, la *societas*. – 5. Sovrapposizione della nozione di rappresentanza al diritto romano. – 6. Alterità dello schema romano cooperativo/partecipativo. – 7. Necessità del recupero della funzione del *iussum* e del *mandatum*.

Premessa

Per la mia lezione presso questa *International Summer School*, dedicata al *Sistema jurídico latinoamericano* e diretta dal Prof. Antonio Saccoccio, il quale ringrazio di cuore per l'onore riservatomi, ho scelto un argomento al quale non mi sembra che sia stata ancora dedicata in dottrina, salvo qualche importante eccezione, adeguata attenzione: quello del nesso esistente tra le differenze anche ideologiche e la tecnica giuridica alla base dei grandi modelli di soluzione dell'agire collettivo, elaborati nel corso dei secoli dalla scienza giuridica¹. Questa lezione mi dà, quindi, la opportuni-

* Pubblico il testo della mia lezione, tenuta il 12 luglio 2018, con la sola aggiunta di un sintetico apparato di note.

¹ In relazione a tale argomento, nella Università di Sassari, con il mio maestro, Giovanni Lobrano, e altri ricercatori, abbiamo costituito un gruppo di ricerca, il quale ha già prodotto in tema un certo numero di pubblicazioni, tra le quali segnalo: G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà"*. Una *ipo-tesi* (mendeleeviana), in *Diritto@Storia*, 10, 2011-2012; P.P. ONIDA, *In tema di natura del mandatum*, in *Diritto@Storia*, 13, 2015; G. LOBRANO-P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione. Formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di diritto privato e pubblico, romano e positivo*, in *Diritto@Storia*, 14, 2016 (= *Representación o participación. Formación de la voluntad «por» o por medio de» otros en relaciones individuales y colectivas, de derecho privado y pú-*

tà di mettere a fuoco, nei limiti del tempo attribuitomi e in vista anche di futuri approfondimenti, un profilo estremamente importante della contrapposizione tra la *societas* e la persona giuridica.

Prima di tutto una osservazione utile allo sviluppo della nostra lezione. Parlare di modelli dell'agire collettivo significa anzitutto riflettere sulla concezione teorica e sul regime operativo unitari di una pluralità di uomini². Temi questi speculari, che presentano una comune identità sia dal punto di vista del diritto pubblico, sia dal punto di vista del diritto privato, non in quanto partizioni contrapposte e non comunicanti, come spesso sono considerate, ma in quanto posizioni di studio del diritto, secondo la ben nota impostazione di Ulpiano, in D. 1,1,1,2, e quindi, potremmo dire, come modi diversi di vedere la medesima realtà giuridica.

Per questa lettura congiunta di tali concezione teorica e regime operativo è necessario evitare il condizionamento derivante dal luogo comune secondo il quale i Romani sarebbero stati un popolo di individualisti. È certo da rifiutare la tesi formulata da Fritz Schulz, nel capitolo dedicato al «principio di libertà» dei suoi *Prinzipien des römischen Rechts*, secondo cui, in ragione della «costruzione individualistica del diritto privato», i giuristi romani, oltre ad avere avuto poca «simpatia» per l'istituto della comunione e ad avere permesso un «poverissimo sviluppo dell'ordinamento delle associazioni private», avrebbero limitato il valore della *societas* ad «appena un minimo di vincoli per l'individuo»³. Si tratta di un luogo comune, par-

blico, romano y positivo, in *Roma e America*, 38, 2017, 149 ss.); P.P. ONIDA, *Concretezza giuridica del mandato. Il problema della formazione e articolazione della volontà*, in AA.VV., *Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un «Codice» per Curitiba*, a cura di D. D'ORSOGNA-G. LOBRANO-P.P. ONIDA, Napoli, 2017, 139 ss.; G.C. SEAZZU, *A proposito della formazione complessa della volontà: appunti in tema di iussum e negozi con il terzo*, *ibidem*, 287 ss.; V. PIRAS, *Sui processi di formazione della volontà collettiva: appunti in tema di 'decodificazione' e 'giudice re'*, *ibidem*, 323 ss.; P.P. ONIDA, «Agire per altri» o «agire per mezzo di altri». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*. I. *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Napoli, 2018; G.C. SEAZZU, *Iussum e mandatum. Alla origine delle actiones adiecticiae qualitatis*, I. *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Cagliari, 2018.

² Si veda G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà"*, cit., § 3; G. LOBRANO-P.P. ONIDA, *Rappresentanza o/e partecipazione*, cit., § II.1.a.

³ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, che cito nella trad. it. *I principii del diritto romano*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ, Firenze, 1946, 131 ss. È noto che la tesi dello Schulz provocò una aspra reazione di F. DE MARTINO, in uno scritto significativamente intitolato *Individualismo e diritto romano privato*, in *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, XVI, 1941, 1 ss. (= ID., *Diritto e società nell'antica Roma*, a cura di A. DELL'AGLI-T. SPAGNUOLO VIGORITA, Roma, 1979, 248 ss.; ID., *Diritto, economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, con una nota di lettura di F. D'IPPOLITO, Napoli, 1995, 443 ss.; ID., *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, 1999, 3, da cui si cita), in cui lo studioso napoletano prese anche posizione contro gli attacchi al diritto romano provenienti dal partito nazionalsocialista, il quale nel famoso punto 19 del suo Programma attribuiva ad esso «un carattere eminentemente individualistico». Su queste vicende storiche si veda per tutti U. BARTOCCHI, *Salvatore Riccobono. Il diritto romano e il valore politico degli Studia Hu-*

ticolarmente esemplificativo del grande lavoro compiuto dalla Pandettistica ottocentesca, fino alla dottrina del secolo scorso, per cancellare e/o riscrivere parti essenziali del sistema giuridico-religioso romano⁴. Lavoro che ha condotto, con riferimento specifico alla *societas*, a una sottovalutazione o addirittura a una rimozione delle sue specificità e della sua complessità in tema di articolazione dei processi di volontà interni (e per certi aspetti esterni) al contratto medesimo, a favore invece di una esaltazione dei caratteri propri della persona giuridica con la connessa nozione di rappresentanza.

È invece importante osservare, contro ogni preteso individualismo, che proprio il carattere particolare della causa della *societas*⁵, in cui le parti si prefiggono il raggiungimento di uno scopo comune attraverso la sintesi delle utilità individuali, giustifica nella storia la adozione di tale contratto come modello per la costruzione delle relazioni umane: basterebbe pensare, ad esempio, alle affinità esistenti fra le *societates* e i *collegia* e a come le stesse nozioni di *populus* e di *res publica*, e poi ancora di *civitas* e di *coniugium*, si richiama a una comune base societaria⁶.

manitatis, Torino, 2012, 66 ss. È importante ricordare che la reazione di De Martino contro la pretesa natura individualistica del diritto romano non rimase isolata in dottrina: Giuseppe Grosso, nel recensire l'articolo ora citato di De Martino (*Rec. a F. De Martino, Individualismo e diritto romano privato*, in *SDHI*, 8,2, 1942, 322 ss. [= *Id.*, *Scritti Storico giuridici*, vol. IV, *Recensioni e ricordi*, Torino, 2001, 188 ss.]) osservò come fosse ambigua l'«accusa di individualismo mossa al diritto romano», in quanto basata «sull'equivoco di questo significato vago e impalpabile della parola e insieme del collegamento alle particolari concezioni concrete storicamente superate», aggiungendo che «il momento individuale e il momento sociale si intrecciano nelle realizzazioni degli ordinamenti giuridici in posizioni concrete diverse nelle diverse fasi della storia». In tempi più recenti, si può ricordare G. PUGLIESE, *I principi generali del diritto. L'esperienza romana fino a Diocleziano*, in *Atti del Convegno I principi generali del diritto (Roma, 27-29 maggio)*, Accademia dei Lincei, Roma, 1992, 69 ss. (= *Scritti giuridici [1985-1995]*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, 452 ss., da cui si cita), secondo il quale la tesi dello Schulz potrebbe spiegarsi con il fatto che egli non si sarebbe interessato di veri e propri principi, ma tutt'al più di «caratteristiche» o di «tendenze» dei giuristi romani, e non di «direttive» che «avrebbero guidato (o di fini etico-sociali, verso cui si sarebbero indirizzati) i giuristi e le altre fonti di produzione del diritto».

⁴ Su questo aspetto fondamentale è ora G. LOBRANO, *La libertas che in legibus consistit*, in *Diritto@Storia*, 15, 2017, § 3.d.

⁵ Si veda per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, rist. an. 1988, 72 ss.

⁶ Considera il valore della *societas*, all'interno della *civitas*, come base di una «catena societaria» G. LOBRANO, *Dell' homo artificialis – deus mortalis dei Moderni comparato alla societas degli Antichi*, in AA.VV., *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, a cura di A. LOIODICE-M. VARI, Roma, 2003, 161 ss. Sulla linea di continuità tra il fenomeno associativo e la *societas* si vedano: J.P. WALTZING, *Étude historique sur les corporations professionnelles chez les Romains*, voll. I-IV, Louvain, 1895-1900, rist. an. Hildesheim-New York, 1970; U. COLI, *Collegia e sodalitates. Contributo allo studio dei collegi nel diritto romano*, Bologna, 1913 (= *Id.*, *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1973, 1 ss.); F. DE VISSCHER, *La notion du 'corpus' et le régime des associations privées à Rome*, in *Scritti in onore di Con-*

Se la *societas* ha costituito la soluzione antica al problema della considerazione unitaria della attività giuridica compiuta da una collettività, con sviluppi che dal diritto romano ancora resistono, nonostante tutto, fino ai nostri giorni, la soluzione medievale e moderna al medesimo problema è quella della persona giuridica, la cui origine, nei termini della teorizzazione di una *persona ficta vel repraesentata*, risale al XIII secolo, nell'ambito della dottrina canonistica, ad opera, si ritiene, di Sinibaldo dei Fieschi⁷.

Le due soluzioni al problema ora accennato sono diametralmente opposte in quanto rispondono a logiche giuridiche e a ideologie antitetiche. Mentre la tecnologia giuridica adoperata in seno alla *societas* comporta la partecipazione dei soci al processo decisionale in vista di una utilità comune, quella impiegata in seno alla persona giuridica implica la sostituzione della volontà della collettività rappresentata con la volontà del rappresentante.

È dunque assai importante osservare che, sebbene le due soluzioni al problema siano destinate, nella storia del diritto, a presentare qualche elemento di contatto e persino di sovrapposizione, esse in realtà sottintendono due modi antitetici di considerare la natura umana e, quindi, le relazioni fra gli uomini. Ha messo molto bene in evidenza ciò Giovanni Lobrano osservando che mentre la *societas* non presuppone la creazione di un ente astratto e si basa su «una idea essenzialmente cooperativa della natura umana», con una organizzazione del gruppo in cui i soci possono perseguire la propria utilità attraverso la individuazione e il perseguimento della utilità comune (Cic., *rep.* 1,49) senza essere costretti alla perdita della propria libertà, la persona giuridica, con la connessa categoria di rappresentanza, comporta la creazione di un ente astratto e, quindi, 'altro' dalle persone fisiche che costituiscono la collettività e si fonda su di una «idea essenzialmente conflittuale della natura umana», con una organizzazione del gruppo caratterizzata dall'assoggettamento a un 'capo'. Si tratta, in definitiva, di due paradigmi dell'agire umano collettivo espressione di «una

tardo Ferrini, IV, Milano, 1949, 43 ss. (= ID., *Études de droit romain public et privé*, troisième série, Milano, 1966, 171 ss.); F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, I-II, Bari, 1971; ID., *Il fenomeno associativo nel mondo romano. Dai collegi della repubblica alle corporazioni del basso impero*, Napoli, 1955, rist. Roma, 1981; P.P. ONIDA, «Agire per altri» o «agire per mezzo di altri». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*, I, *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, cit., 43 ss.

⁷ SINIBALDUS FLISCUS, *Super libros quinque Decretalium commentaria*, Francofurti ad Moenum, 1570, c. *presentium de testibus et attestationibus*, 57, X, 2, 20, f. 270^v b. L'impiego della espressione *persona ficta* ricorre nel Commento alla Decretale di Gregorio IX, con riferimento al problema specifico del valore del giuramento dell'*universitas*: «*Item hic admittuntur isti est conventus ut faciant illos iurare in animas suas, quia placuit partibus. [...] Vel dic quod autoritate huius decretalis hodie licitum est omnibus collegiis per alium iurare, et hoc ideo quia cum collegium in causa universitatis fingatur una persona, dignum est, quod per unum iurent, licet per se iurare possint, si velint*». La decretale è poi riportata da Bonifacio VIII nel Liber Sextus, VI,2,10,2.

alterità generale tra due culture e due logiche», la quale «si manifesta non soltanto sul piano tecnico degli istituti giuridici, in cui quelle soluzioni si sostanziano, ma anche sul piano ‘politico’ della titolarità e della gestione del potere collettivo, cui quegli istituti tendono, e sul piano ideologico della ‘visione del mondo’, ovvero della concezione della natura degli uomini e delle loro relazioni, da cui quegli istituti sono sottesi»⁸.

Per recuperare il funzionamento della tecnologia giuridica connessa alla *societas*, in contrapposizione a quella propria della persona giuridica, occorre anzitutto comprendere le ragioni storiche e le modalità di realizzazione della grande operazione condotta dalla Pandettistica in materia di processi collettivi della volontà. Solo in questo modo si può tentare di rileggere le fonti per evidenziare e recuperare il valore di quella dimensione propriamente contrattuale della *societas*, sulla quale oggi richiamano l’attenzione gli studiosi del diritto commerciale per respingere la sempre maggiore invadenza della persona giuridica⁹.

1. Fraternitas e rilevanza esterna della societas

Contro ogni preteso individualismo dobbiamo anzitutto ricordare il valore della *fraternitas*, alla quale i giuristi attribuiscono il significato di esprimere una linea di continuità tra l’antico *consortium ercto non cito* e la *societas* consensuale¹⁰. Un valore, quello della *fraternitas*, che si carica di un contenuto particolare quando all’antico vincolo di sangue si sovrappone il riconoscimento della possibilità di costituirne uno nuovo, di identico segno, modellato su quello antico. Un vincolo, dunque, non più basato esclusivamente sul sangue, ma anche sulla ricerca di una identità costruita mediante il consenso dei consorti/soci e reso ancora più forte di un legame naturale poiché da essi realmente desiderato.

Gaio, nelle *Institutiones*, descrive il fatto che anche soggetti non legati

⁸ Così G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: “persona giuridica e rappresentanza” e “società e articolazione dell’iter di formazione della volontà”* cit., § 3.

⁹ Sulla importanza della dimensione contrattuale della *societas* si rinvia a G. COTTINO-R. WEIGMANN, *Le società di persone*, in *Trattato di Diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. III, *Società di persone e consorzi*, Padova, 2004, 4 ss. La tendenza a dimenticare la natura contrattuale della *societas* ha condotto, fra altro, ad una aberrazione giuridica quale la figura della *societas* unipersonale per volontà di un solo costituente. In linea, invece, con tale natura si veda Cass., sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, ove è esclusa la possibilità di riconoscere un interesse della società (s.r.l.) in quanto persona giuridica, distinto da quello dei soci, su cui P.G. JAEGER-C. ANGELICI-A. GAMBINO-R. COSTI-F. CORSI, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1996, II, 334 ss.

¹⁰ Sul valore della *fraternitas* nel sistema giuridico romano mi permetto di rinviare al mio lavoro: *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007.

da un vincolo di sangue potessero dare vita a un *consortium*, attraverso l'impiego di una certa *legis actio*, che si ritiene da identificare con una *in iure cessio*¹¹:

Gai. 3,154: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. sed ea quidem societas, de qua loquimur, id est, quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit. 154a Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas quae appellabatur ercto non cito, id est dominio non diviso: erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur: ciere autem dividere est: unde caedere et secare [et dividere] dicimus. 154b Alii quoque qui volebant eandem habere societatem, poterant id consequi apud praetorem certa legis actione. In hac autem societate fratrum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierint, illud proprium erat, [unus] quod vel unus ex sociis communem servum manumittendo liberum faciebat et omnibus libertum adquirebat: item unus rem communem mancipando eius faciebat, qui mancipio accipiebat.*

Si veniva così a creare una «comunità domestica e patrimoniale», per usare le parole di Bernardo Albanese¹², in cui il vincolo di *fraternitas*, da presupposto naturale, diveniva parte essenziale della soluzione giuridica che consentiva il funzionamento del *consortium* e giustificava l'accostamento tra esso e la *societas* consensuale¹³.

Il riferimento alla *fraternitas* non era certo privo di rilievo pratico. Ulpiano, in particolare, rileva che nell'ambito della *societas* consensuale, sulla base di un *ius quodammodo fraternitatis* era fatto divieto di ottenere una condanna superiore all'attivo patrimoniale di ciascuno dei soci¹⁴:

D. 17,2,63 pr. (Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum): *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei,*

¹¹ Si veda per tutti M. TALAMANCA, *Società (Diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 815 e nt. 16.

¹² B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 211.

¹³ Si veda, per questa linea di continuità tra *consortium* e *societas*: G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino, 1970, 406; M. TALAMANCA, *Società (Diritto romano)* cit., 817.

¹⁴ Sul punto, in tema di *beneficium competentiae*, si vedano: V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., 122 ss.; M. BRETONE, 'Consortium' e 'communio', in *Labeo*, 6, 1960, 177 ss.; W. LITEWSKI, *Das 'beneficium competentiae' im römischen Recht*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, 4, Milano, 1971, 469 ss.; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Napoli, 1972, rist. an. 1988, 8 ss.; ID., *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978², 26 ss.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986, 27 ss.; P.P. ONIDA, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, cit., § 5.

attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

Senza dilungarci su questi aspetti, mi sembra necessario osservare almeno come tale dimensione fraterna della *societas* conduca i *socii* a perseguire la propria utilità attraverso il raggiungimento di un interesse comune¹⁵. Il riferimento a questa dimensione ci permette, come sottolineava Emilio Betti, di capire il fondamento della «pienezza dei poteri» riconosciuti ai membri del *consortium* nei rapporti interni ed esterni ad esso¹⁶. Non ci permette, però, di capire il concreto funzionamento del processo di formazione e articolazione della volontà all'interno della *societas*.

Una chiave di lettura utile a tale scopo è quella che deriva, comunque in stretta connessione con la *fraternitas* che spinge a trattare gli 'altri' come fratelli, dalla naturale propensione della *societas* a permettere ai soci di entrare unitariamente in relazione col mondo esterno.

La tendenza della dottrina romanistica ad escludere la rilevanza esterna della *societas* si giustifica non attraverso un riferimento a caratteri propri esclusivamente della *societas*, ma attraverso un riferimento alla generica struttura contrattuale, dalla quale discende l'efficacia limitata alle parti contrattuali¹⁷. È presente, in questa tendenza della dottrina a negare

¹⁵ Sulla necessità di perseguire uno scopo comune come carattere fondamentale della *societas* si vedano per tutti: E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, Parte Prima, Padova, 1962, 252 ss.; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano, 1967, 22; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., 59 ss.

¹⁶ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1942², 427, per il quale «Il vincolo personale di fraternità fra consorti, che giustifica e governa la comunione, rende ragione, nella concezione romana, della pienezza di poteri riconosciuti a ciascuno nei rapporti esterni, allorché si tratta di disporre di una cosa comune, o di assumerne la difesa in giudizio [...] La concezione romana è probabilmente [...] che il fratello non può tradire il fratello, come il tutore non può tradire il pupillo [...] ma deve apprezzare e sentire l'interesse comune od altrui come interesse suo proprio e assumere verso l'altro la responsabilità dell'apprezzamento fatto [...] Il vincolo di fraternità fra consorti, come legittima tanto estesi poteri d'iniziativa, così giustifica una piena fiducia reciproca». Sulla rilevanza della *fraternitas*, nella linea di continuità tra *consortium* e *societas*, si rinvia a P.P. ONIDA, *Fraternitas e societas: i termini di un connubio*, cit.

¹⁷ Si veda, nella vasta letteratura, C. SANFILIPPO, *Sulla irrilevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi*, in *Iura*, 2, 1951, 159 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., 78 ss.; F. CANCELLI, 'Società' (*Diritto romano*), in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 509; M. MONTANARI, *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano, 1990, 1 ss.; M. TALAMANCA, *Società (Diritto romano)* cit., 827 ss. La tesi della irrilevanza esterna della *societas* è stata messa in discussione in un saggio ormai classico di F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milano, 1971, 743 ss. (= ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 67 ss.). La impostazione del Serrao ha trovato adesione in P. CERAMI, *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, in AA.VV., *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello, 5-8 giugno 2004*, a cura di F. MILAZZO, Milano, 2012, 163 ss.

la rilevanza esterna della *societas*, il condizionamento dovuto al filtro della persona giuridica¹⁸. La unità della *societas* è posta in dubbio sulla base della considerazione che essa presupponga necessariamente l'astrazione e dunque, per dirla con Orestano, il compimento di un «lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione che porta all'idea di una personalità corporativa»¹⁹.

Nel proseguire il nostro discorso cercherò di mostrare, in sintesi, l'alterità della logica e della tecnica, alla base della *societas*, rispetto a quella propria della persona giuridica.

2. *Esaltazione dottrinale della persona giuridica*

Come si è detto in apertura della lezione, punti di contatto tra i due modelli, *societas* e persona giuridica, esistevano già prima della Pandettistica, ma è anzitutto ad essa che si deve la esaltazione della persona giuridica attraverso il suo innesto sul diritto romano, il quale era invece estraneo alla logica connessa alla rappresentanza.

La dottrina contemporanea, nella esaltazione del binomio persona giuridica/rappresentanza, appare, quindi, fortemente influenzata dalla Pandettistica. Per fare solo qualche esempio si pensi anzitutto a Salvatore Satta, il quale considerava la persona giuridica un «immenso fenomeno» e una «stupenda creazione umana»²⁰; oppure, in tempi più recenti, a Gianni Ferrara, il quale la definisce la «password di accesso alla dimensione del giuridico»²¹. E se consideriamo la rappresentanza possiamo ricordare, fra

¹⁸ Si veda, ad esempio, quanto osservava V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., 78, in un paragrafo significativamente intitolato «Esclusione di ogni riflesso nei riguardi dei terzi»: qui lo studioso, dopo avere rilevato che «la società romana crea un rapporto esclusivamente interno, avente cioè effetti solo fra i soci, senza riflessi all'esterno», mostrava di volere analizzare il problema attraverso la categoria della persona giuridica osservando che «L'idea che anche la *societas* romana, nata da contratto consensuale, si presentasse di fronte ai terzi come un soggetto autonomo di diritti e di obblighi (persona giuridica), è stata solo eccezionalmente sostenuta da scrittori estranei alla più genuina tradizione scientifica degli studii nostri».

¹⁹ Così R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959, 166, in cui rinvia a E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, 74; si veda anche di Orestano: *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino, 1968, 174 ss., in cui lo studioso riprende la tesi della astrazione per parlare della «progressiva smaterializzazione» del «corpus» ad opera dei giuristi romani (174), in un processo che va «§ 25. Dal concreto all'astratto» in quattro successive tappe «- concezione materiale; - concezione totalistica; - concezione corporalistica; - concezione astratta» (178).

²⁰ Così Salvatore Satta considera la «personalità giuridica»: si vedano i suoi *Quaderni del diritto e del processo civile*, I, Padova 1969, 141. Le parole di Satta sono ricordate da F. GALGANO, *Tutto il rovescio del diritto*, Milano, 2007, 25.

²¹ Così G. FERRARA, *Il diritto come storia*, in *Diritto pubblico*, 1, 2005, 1 ss.

i tanti, Ernst Rabel, il quale, nel 1934, la definisce addirittura un «miracolo giuridico»²²; o ancora Karl Löwenstein, il quale, nel 1957, la ritiene, con la divisione dei poteri, «invenzione o scoperta decisiva per l'evoluzione politica dell'Occidente e, attraverso di essa, del mondo»²³.

D'altro canto, anche quando la dottrina recente sembra negare, con riguardo specifico alla esperienza giuridica romana, la esistenza di una equazione tra *societas* e persona giuridica, è però frequente imbattersi in affermazioni che lasciano trasparire quanto sia radicata la tendenza a interpretare la dimensione societaria attraverso la categoria di persona giuridica. Sarebbe così possibile individuare una più o meno esplicita presenza della nozione di persona giuridica a Roma²⁴ e anche in assenza di un «concetto generale ed unitario della rappresentanza» questo ultimo istituto sarebbe comunque stato costruito sulla base delle fonti romane²⁵.

3. Funzione sostitutiva della rappresentanza

Come ho anticipato, è necessario liberarsi dal filtro della persona giuridica con il portato tecnico della rappresentanza per interpretare i processi di formazione della volontà all'interno della *societas*.

È noto che nella scienza giuridica la rappresentanza ha assunto una sua precisa configurazione in termini di sostituzione della volontà del rappresentante con quella del rappresentato. Tale configurazione è frutto di una ben precisa operazione della scienza giuridica tedesca ottocentesca, ove

²² E. RABEL, *Die Stellvertretung in den hellenistischen Rechten und in Rom*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano, Bologna-Roma, aprile 1933*, I, Pavia, 1934, 238: «juridisches Wunder».

²³ K. LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957, 40: «the invention or discovery of the representative technique was as decisive for the political evolution of the West and, through it, of the world».

²⁴ Si veda, ad esempio, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2011², ove, nel VII capitolo, dedicato a «Il problema delle persone giuridiche», 237 ss., nonostante le cautele adottate, rivela la difficoltà a sottrarsi al condizionamento derivante dalla astrazione della persona giuridica: «Dobbiamo verificare [...] se – e in quali termini – l'esperienza romana, nel concettualizzare centri di riferimento di relazioni, diversi dalle persone fisiche, consideri qualcuno di essi come un *quid* astratto e separato dagli elementi che lo compongono. Senza alcun dubbio, il lavoro dei giuristi romani, così legato alla casistica e riluttante alle definizioni generali – è ben lontano dalle immagini attuali; tuttavia, a tratti essi giungono non soltanto a costruire entità unitarie titolari di relazioni, ma anche ad applicare ad alcune di queste la nozione (cara ai moderni) di una perfetta autonomia patrimoniale, con aspettative ed obblighi separati da quelli degli individui che le costituiscono».

²⁵ Così, ad esempio, M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, 2008, 274.

nel dibattito tra la tesi della *Geschäftsherrntheorie*²⁶, secondo la quale parte del negozio era il rappresentato, e la *Repräsentationstheorie*, secondo la quale doveva essere separato il rapporto interno tra rappresentato e rappresentante, basato sul mandato, dal rapporto esterno tra rappresentante e terzi, fondato invece sulla procura, prevarrà definitivamente appunto quest'ultima tesi sostitutiva²⁷.

La concezione della rappresentanza come sostituzione della volontà deve naturalmente negare la possibilità di considerare all'interno dell'istituto medesimo una qualche forma di collaborazione. Ciò avviene attraverso lo svuotamento di valore attribuito al «rapporto di gestione», vale a dire al mandato²⁸. A questo proposito, uno studioso del diritto commerciale, Mario Campobasso, ha di recente parlato di una «progressiva affermazione dell'autonomia del potere di rappresentanza dal contenuto di potere gestorio che lega il rappresentante al rappresentato. Uno sviluppo di cui si possono rintracciare le lontane origini fin dal XIX secolo, nell'insegnamento del Laband secondo cui la procura è negozio autonomo dal mandato»²⁹.

La affermazione della nozione di rappresentanza, nei termini di una sostituzione della volontà del rappresentato con quella del rappresentante, chiarisce il senso di quella grande operazione di cancellazione e di riscrittura di parti essenziali del diritto romano ad opera della Pandettistica, di cui si è detto in apertura del nostro discorso. Si tratta di una operazione, quella della Pandettistica, la quale implica necessariamente la rimozione, nel sistema giuridico, di un modo diverso di intendere e costruire i processi di volontà all'interno del collettivo. L'idea della partecipazione ai processi decisionali proprio della *societas* lascia il campo alla tesi, ritenuta l'unica possibile, della necessaria sostituzione della volontà del rappresentato con quella del rappresentante³⁰.

²⁶ Per la diversa valutazione del rapporto gestorio, nell'ambito della contrapposizione tra «*Geschäftsherrntheorie*» e «*Repräsentationstheorie*», si deve fare riferimento anzitutto a W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 1. Aufl. 1965 – 4. Aufl. 1992, 2. Auf. Berlin-Heidelberg-New York, 1975, Kap. X. «*Stellvertretung und Vollmacht*», 1. Absch. «*Die Stellvertretung*», § 43 «*Grundsätzliches zur Rechtsfigur der Stellvertretung*», § 2 «*Zur Geschichte der Stellvertretung*», 752, nt. 7.

²⁷ P. CAPELLINI, *Rappresentanza (Diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 4534 ss.; A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: La disciplina generale del contratto*, I, Torino, 2018, 261 ss.; G.C. SEAZZU, *Iussum e mandatam. Alla origine delle actiones adiecticiae qualitatis*, I, cit., 62 ss., nt. 77.

²⁸ Si veda P. D'AMICO, voce *Rappresentanza*, I, *Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1991.

²⁹ M. CAMPOBASSO, *Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell'unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale e organica*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2010, 452 ss.

³⁰ Cfr. in tal senso G. LOBRANO, *La alternativa attuale tra i binomi istituzionali: "persona giuridica e rappresentanza" e "società e articolazione dell'iter di formazione della volontà"*, cit.,

4. Scontro tra due soluzioni del problema dell'agire collettivo: medievale e moderna, la persona giuridica, romana, la societas

È noto che il binomio persona giuridica/rappresentanza nasce in seno alla dottrina canonistica del XIII secolo, per poi trovare una sua applicazione nell'ambito del *Model Parliament* del 1295, a cui faranno seguito, nel 1651, le riflessioni fondamentali per la scienza politica ad opera di Hobbes col *Leviathan*. Nel *Model Parliament* la concezione sostitutiva della rappresentanza si evidenzia nella preclusione per i Comuni di determinare l'operato dei propri inviati in seno all'assemblea. Nel *Leviathan*, questa stessa concezione conduce alla affermazione della nozione di «persona artificiale» con la conseguente sostituzione della volontà della collettività ad opera dei rappresentanti³¹.

La soluzione romana al problema della considerazione unitaria della attività giuridica compiuta da una collettività è fondata, al contrario, sulla cooperazione tra soggetti, dei quali uno in posizione di subordinazione. Possiamo sinteticamente descrivere tale soluzione nei termini di una articolazione della volontà tra il *dominus negotii*, il quale indica al proprio incaricato, *servus* o *mandatarius*, di realizzare quella attività la cui concreta esecuzione sarà da quest'ultimo e specificamente determinata. Sul piano della volizione individuale e a maggior ragione su quella della volizione collettiva tale processo comporta la partecipazione ad un unico *iter*.

Lo scontro tra queste due soluzioni è alla base del conflitto settecentesco tra i modelli costituzionali: da un lato quello antico, romano, precisamente democratico, che vede Rousseau teorizzarne e riproporne i vantaggi³² e quello medievale e moderno, inglese, rappresentativo, teorizzato da Montesquieu³³, con gli sviluppi che dal Settecento giungono con la Rivo-

il quale al § 3 mette in evidenza la esistenza di «Un'altra prospettiva» per interpretare la esistenza di «due soluzioni opposte, medievale-moderna (binomio 'persona giuridica e rappresentanza') e romana (binomio 'società e articolazione dell'*iter* di formazione della volontà'), per la soluzione del problema della concezione e del regime unitari dell'agire volontario di una pluralità di uomini».

³¹ Mi permetto di rinviare più diffusamente al mio lavoro: P.P. ONIDA, «*Agire per altri*» o «*agire per mezzo di altri*». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*. I. *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, cit., 74 ss.

³² *Discours sur l'inégalité parmi les hommes*, 1755: «Le peuple romain [...] ce modèle de tous les peuples libres». Sulla riproposizione del modello romano in Rousseau si veda G. LOBRANO, *Per la comprensione del pensiero costituzionale di Jean-Jacques Rousseau e del Diritto romano*, in AA.VV., *Il principio della democrazia. Jean-Jacques Rousseau, Du contrat social (1762)*, a cura di G. LOBRANO-P.P. ONIDA, Napoli, 2012, 39 ss., con ampi riferimenti alla letteratura precedente.

³³ *Esprit des lois*, XI, 8: «Les anciens ne connoissoient point le gouvernement fondé sur un corps de noblesse, & encore moins le gouvernement fondé sur un corps législatif formé par les représentants d'une nation».

luzione Francese allo scontro tra costituzioni: rappresentativa quella del 1791 e democratica quella del 1793, fino alla dottrina del Novecento, durante il quale secolo il conflitto si sposta sulla concezione del potere³⁴.

Max Weber coglie molto bene lo scontro fra le due soluzioni quando con riferimento alla rappresentanza osserva come sia avvenuto un capovolgimento di prospettiva dall'antichità alla modernità: nel distinguere due tipi di rappresentanza, quella degli antichi e quella dei moderni, egli osserva che quest'ultima fa dei rappresentanti i «padroni» («Herr») anziché i «servitori» («Diener») dei rappresentati, come avviene invece nella prima³⁵.

5. Sovrapposizione della nozione di rappresentanza al diritto romano

Questi brevi cenni ci mostrano come il percorso scientifico che ha inizio con la scienza giuridica ottocentesca e si conclude con quella novecentesca con la affermazione della rappresentanza nei termini di sostituzione, a scapito della soluzione alternativa nei termini di cooperazione/partecipazione, non può essere inteso come la progressiva concettualizzazione di un istituto presente già nel diritto romano sia pure in una forma embrionale. La sovrapposizione della rappresentanza sul diritto romano ha determinato l'oblio di una soluzione alternativa al binomio persona giuridica/rappresentanza, divenuta invece con la Pandettistica l'unica soluzione possibile.

Per descrivere questa gigantesca opera di sovrapposizione e cancellazione di parti essenziali del sistema giuridico romano dobbiamo prendere il via da Savigny. L'inserimento della persona giuridica nel diritto romano ad opera di Savigny è presentata come una esplicitazione di una soluzione presente già in antico. Tale soluzione non è mostrata come alternativa a quella partecipativa, ma come l'unica possibile. Savigny individua il paradigma della rappresentanza nella tutela e, quindi, identifica la collettività

³⁴ Si veda G. LOBRANO, *La respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modello costituzionale attuale*, in *Diritto@Storia*, 3, 2004; ID., *Dottrine della 'inesistenza' della costituzione e il "modello del diritto pubblico romano"*, in *Diritto@Storia*, 5, 2006.

³⁵ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der Verstehenden Soziologie*, 5, Tübingen, 1980, 172 ss.: cap. 3.4: «Der Repräsentant, in aller Regel gewählt (eventuell formell oder faktisch durch Turnus bestimmt), ist an keine Instruktion gebunden, sondern Eigentherr über sein Verhalten. Er ist pflichtmäßig nur an sachliche eigene Ueberzeugungen, nicht an die Wahrnehmung von Interessen seiner Deleganten gewiesen [...] der von den Wählern gekorene Herr derselben, nicht: ihr „Diener“, ist. Diesen Charakter haben insbesondere die modernen parlamentarischen Repräsentationen angenommen [...] Repräsentativ-Körperschaften sind nicht etwa notwendig „demokratisch“ [...]. Im geraden Gegenteil wird sich zeigen, daß der klassische Boden für den Bestand der parlamentarischen Herrschaft eine Aristokratie oder Plutokratie zu sein pfliegte (so in England)».

in una persona giuridica, per definizione impossibilitata ad esprimere una propria volontà. Cosa che giustifica l'intervento di colui che, rappresentando la persona, diviene il suo tutore³⁶.

In questa gigantesca attività di riscrittura del diritto romano non è ancora presa in considerazione una parte essenziale del sistema giuridico: quella in cui è attestato un rapporto potestativo e, quindi, di subordinazione tra *dominus* e *servus* e poi anche tra *dominus* mandante e mandatario. In questo rapporto, invero, il comando rivolto dal *dominus* e/o mandante a una altra persona non esclude affatto la volontà del primo, ma la richiede in quanto necessaria a completare la volontà del secondo. In altri termini il rapporto non è senz'altro sostitutivo, ma evidentemente cooperativo implicando l'una e l'altra volontà.

Nella tesi di Savigny è dunque presente un vuoto che doveva essere colmato perché essa potesse avere un valore sistematico. Questa operazione è definitivamente compiuta da due grandi giuristi, i quali non fanno, però, altro che perfezionare una strada già tracciata da Savigny: Windscheid e Laband, i quali intervengono per vie diverse su tale vuoto, non a caso nello stesso periodo, anzi nello stesso anno: il 1866³⁷. Windscheid interviene su un aspetto fondamentale del rapporto tra *dominus* e *servus* alterando il senso stesso di questo rapporto quando fa della nozione propriamente romana dello *iussus* come ordine impartito al sottoposto una semplice «autorizzazione» indirizzata al terzo per giustificare la stipulazione di un negozio da parte di questi col sottoposto al potere del *dominus*³⁸. Laband, riconoscendo che la rappresentanza è un istituto estraneo al diritto romano, osserva che essa implica il potere del rappresentante, il quale lo trae non dal mandato (*Auftrag*) ma dalla procura (*Vollmacht*)³⁹. Il fatto che entrambi questi autori avvertissero l'importanza di trovare una soluzione al medesimo problema è attestato dalla circostanza che l'anno successivo, il

³⁶ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen romischen Rechts*, III, Berlin, 1840, 89-90.

³⁷ Per la ricostruzione della cronologia tra le due tesi si veda ora G.C. SEAZZU, *Iussus e mandatum. Alla origine delle actiones adiecticiae qualitatis*, I, *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, cit., 80 ss.

³⁸ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2.2, Berlin, 1866, § 482, 391, nt. 6 «Das Wort *iussus* hat hier den technischen Sinn, welcher in § 412 Note 8a bezeichnet worden ist; es bedeutet nicht Befehl, sondern Verweisung, Anweisung. Indem man diese technische Bedeutung von *iussus* verkannte und zu gleicher Zeit in's Auge faßte, daß die *actio quod iussu* auf den Fall berechnet ist, wo Jemand durch gewaltunterworfenen Personen verpflichtet werden will (Note 10), hat man die Behauptung aufgestellt, daß der *iussus* an den Gewaltunterworfenen gerichtet werden müsse, oder doch, daß dieß der Normalfall der *actio quod iussu* sei. Die Quelle sprechen fast allein von einem *iussus* an der Dritten [...] und die einzige Stelle [...] in welcher der *iussus* unzweifelhaft auf den Gewaltunterworfenen bezogen wird [...] hat nicht die Absicht, die Voraussetzungen gerade der *actio quod iussu* anzugeben».

³⁹ P. LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, cit., 203 ss.

1867, Windscheid avrà cura di citare Laband osservando che lo *iussum* è il nome romano della procura⁴⁰.

6. Alterità dello schema romano cooperativo/partecipativo

Siamo arrivati ora al punto della nostra lezione in cui dobbiamo considerare, attraverso le fonti, la alterità dello schema propriamente romano che abbiamo chiamato partecipativo-cooperativo. Esso si esprime nel comando o nel mandato da parte del *dominus* o del mandante con la corrispondente esecuzione da parte del *servus* o del mandatario.

Sul piano della volizione collettiva, lo schema si evidenzia nella articolazione tra la competenza generale del gruppo ad esprimere una propria volontà e la esecuzione di tale volontà da parte di delegati dell'assemblea. Possiamo ricordare, a questo proposito, l'attenzione di Cicerone per una tale articolazione attraverso il riferimento alla competenza generale delle assemblee societarie: *de domo sua* 28,74: [...] *publicorum societates* [...] *decreta fecerunt*; in *L. Calp. Pis.* 18,41: *decreta publicanorum*; *pro P. Sest.* 14,32: [...] *societas vectigalium* [...] *decrevisset*; in *P. Vat.* 3,8: [...] *societatum* [...] *decreta*; in *Verr.* 2,71,173⁴¹. Ma soprattutto dobbiamo richiamare un testo di Gaio, riportato nel Digesto, che costituisce una sorta di manifesto del diritto associativo⁴². In esso è chiarita bene la relazione tra soci e amministratori:

D. 3,4,1,1: *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

Ai nostri fini, è qui importante mettere in rilievo il fatto che l'*actor* o il *syndicum* non si sostituiscono alla volontà di coloro che agiscono, ma

⁴⁰ Si veda B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, zweite Auflage, Düsseldorf, 1867, § 74, 174 ss., nt. 1.

⁴¹ Per queste fonti si veda M.R. CIMMA, *Ricerche sulla società di pubblicani*, Milano, 1981, 76; U. MALMENDIER, *Societas publicanorum. Staatliche Wirtschaftsaktivitäten in den Händen privater Unternehmer*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 267; e ora G. LOBRANO, *Libertas, qui in legibus consistit (Cic. agr. 2. 100). Pour se libérer de l'«heutiges römisches Recht»*, in AA.VV., *Hommages à Marie-Luce Pavia. L'homme méditerranéen face à son destin*, sous la direction de J. BOUINEAU, Paris, 2016, 256 ss. (= ID., *La libertas che in legibus consistit*, cit., § 5.b.β).

⁴² Si vedano in questo senso F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, vol. II, cit., 386 ss.; P. CERAMI, *Impresa e societas nei primi due secoli dell'impero*, cit., 194 ss.

cooperano con questi ultimi per la realizzazione della attività prevista dal collettivo. La condizione del *dominus* non è, quindi, posta ai margini della scena, come invece avverrebbe se si adoperasse qui la formula ricorrente in dottrina dell'«agire per altri», la quale lascerebbe invece intendere come preminente la figura dall'*actor* o del *syndicum*. Alla formula suddetta, per descrivere la situazione considerata nel frammento gaiano, può essere preferita quella dell'«agire per mezzo di altri».

Ci sembra, quindi, da rifiutare la impostazione del problema della considerazione unitaria della attività giuridica compiuta «per mezzo di altri» nei termini invece di «agire per altri», come recita invece un importante volume così intitolato, pubblicato nel 2010, a cura di Antonio Padoa Schioppa⁴³.

La impostazione che emerge nel frammento di Gaio non è affatto isolata. Sul piano sistematico è molto importante ricordare come essa emerga in generale nel titolo 9 del libro II del *Codice giustiniano* (*Per quas personas nobis adquiritur*) e nel titolo 27 del libro IV del *Codice* (*Per quas personas nobis adquiritur*) e, quindi, nel titolo 28 del libro III (*Per quas personas nobis obligatio adquiritur*) delle *Istituzioni* di Giustiniano, e la cui origine è nelle *Istituzioni* di Gaio.

Nello specifico questa stessa impostazione ricorre in numerosi frammenti che qui posso solo richiamare: Gai. 1,52 *quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur*; 2,95 *per liberos homines [...] nulla ex causa nobis adquiri posse*; 3,163 *adquiri nobis [...] per eas personas, quae in nostra potestate, manu mancipioe sunt*; 1,164 s.; cfr. 167 a *nostri praeceptores proinde ei, qui iusserit, soli adquiri existimant*; Paul. Sent. 5,2,2 *Per liberas personas, [...] adquiri nobis nihil potest*; D. 13,7,11,6 (Ulp. 28 ad ed.): *Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non adquiritur*; C. 4,27,1 pr.: *Excepta possessionis causa per liberam personam, quae alterius iuri non est subdita, nihil adquiri posse indubii iuris est*.

In altri frammenti si può notare che il verbo è all'attivo con la conseguenza che il soggetto, sotto il profilo grammaticale e sotto il profilo sostanziale, è evidentemente il *dominus negotii*, sia collettivo sia individuale: D. 31,40 (Iav. 1 *epist.*): *per alterum servum adquireo*; D. 38,3,1 (Ulp. 49 ad ed.): *per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere*; D. 41,2,1,18 (Paul. 54 ad ed.): *Idem dicendum est, si servum communem iussero adire hereditatem, quia propter partem meam adquireo*; D. 45,1,126,2 (Paul. 3 *quaest.*): *per liberam personam [...] obligationem nullam acquirere possumus*; I. 2,9,4: *ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest*.

Questa impostazione, che abbiamo descritto con la formula «agire per mezzo di altri», esprime nella storia del diritto una connotazione del rapporto in cui la persona, che opera per mezzo di una altra, non è mai del tutto «libera». In un testo di uno scoliasta bizantino, che al Solazzi appa-

⁴³ AA.VV., *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*, a cura di A. PADOA SCHIOPPA, Napoli, 2010.

riva assai significativo fino ad affermare che in esso sarebbe stato racchiuso «in sintesi tutta la storia della rappresentanza nel diritto romano», si osserva che la persona che opera in nome altrui non è mai completamente libera⁴⁴. Il rapporto di subordinazione sarà reciso con la introduzione del divieto di mandato imperativo sul quale si fonderà il Parlamento inglese del 1295. Di tale divieto la rappresentanza-sostituzione è il precipitato tecnico.

7. *Necessità del recupero della funzione del iussum e del mandatum*

Una chiave di lettura molto utile, per analizzare il problema della considerazione unitaria della attività giuridica compiuta da una collettività, può essere quella di recuperare il valore dello *iussum* e del *mandatum*.

Abbiamo visto prima come lo *iussum* sia stato ridotto con Windscheid al rango generico di una semplice autorizzazione e come il *mandatum*, in Laband, sia stato svuotato di significato a favore della procura, la quale è considerata lo strumento con cui attribuire il potere⁴⁵.

Recuperare il pieno significato del valore dello *iussum* e del *mandatum* come momenti di un processo di formazione della volontà caratterizzata dalla cooperazione e dalla partecipazione, scandita in un comando che implica una esecuzione, significa riassegnare uno spazio al valore della persona sia nella volizione individuale sia in quella collettiva, contro la sempre maggiore invadenza della persona giuridica, la quale con la rappresentanza mostra invece di essere in crisi. Crisi del modello rappresentativo che oggi ha condotto, a sua volta, alla crisi dello Stato, la quale non può essere risolta se non si ha la forza di rinunciare a un modello, che come ho tentato di mostrare, non è l'unico possibile.

⁴⁴ S. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, in *RISG*, 50, 1911, 229 ss. (= ID., *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, 294, da cui si cita), al quale rinvia anche R. QUADRATO, *Rappresentanza. Diritto romano*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 417 ss.

⁴⁵ Si veda *supra*, § 5.

PERSONA JURÍDICA E DIRITTO ROMANO
NELLE *NOTAS AL CÓDIGO CIVIL*
DI VÉLEZ SÁRSFIELD *

Giovanni Turelli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni di inquadramento del concetto di persona giuridica. – 3. *Persona jurídica* nelle *Notas al Código civil* di Vélez Sársfield. – 4. Conclusioni.

1. *Introduzione*

È ampiamente noto il debito di Vélez Sársfield nei confronti del diritto romano – intendendo questa espressione tanto nel senso del diritto romano storico quanto della tradizione romanistica¹. Il Codice civile argentino entrato in vigore all’inizio del 1871 (ma concluso e approvato, a *libro cerrado*, nel 1869²) presenta infatti caratteri molto diversi da quelli degli altri Codici latinoamericani coevi: Schipani lo segnala quale «frutto di una estesa rilettura dell’insieme del diritto del sistema, dalle fonti romane a quelle della tradizione iberica, ai Codici moderni europei e latinoamericani e alla dottrina, e di una riflessione propria, nutrita della cultura giuridica spagnola a partire dalla Seconda scolastica, e di quella generale

* Il testo, salvo alcuni aggiustamenti e l’aggiunta di un apparato essenziale di note, riproduce l’intervento svolto al Workshop *El derecho romano como elemento unificador del derecho de América Latina*, nell’ambito della *International Summer School sul Sistema jurídico latinoamericano* presso l’Università degli Studi di Brescia (12 luglio 2018). Il tono discorsivo è mantenuto.

¹ Ovvero, due delle concezioni rientranti in quella, ampia e generica, di ‘diritto romano’, nel solco di R. ORESTANO, *Il diritto romano nella scienza del diritto*, in ID., *‘Diritto’. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 71; nonché, ID., *Verso una nuova romanistica*, in ID., *ibidem*, 194. Forse, seguendo tale terminologia, sarebbe appropriato, in ragione del contesto, anche un riferimento al diritto romano come ‘diritto romano attuale o pandettistica’. Su tutto questo, una trattazione più ampia in ID., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1961, 546 ss.

² M. ROSTI, *Il contributo di Vélez Sársfield al diritto dell’Argentina indipendente*, in *Materia- li per una storia della cultura giuridica*, 33/2, 2003, 478.

europea»³. Particolarmente vivo il legame con la scienza giuridica latinoamericana, soprattutto con Andrés Bello e Augusto Teixeira de Freitas⁴.

Se poi concentriamo l'attenzione sul libro I (quello che qui ci interessa), è lo stesso Vélez Sársfield a dichiararsi debitore dei giuristi tedeschi Savigny e Zachariae, oltre che di Serrigny, autore di una grande opera sul diritto amministrativo dell'impero romano⁵. E, restringendo ulteriormente il campo al piano delle persone giuridiche, il debito principale è nei confronti proprio del primo dei tre studiosi, Savigny⁶.

Si potrebbe pertanto essere tentati di affermare che, molto probabilmente, poco vi sia da dire o da aggiungere. Ciò sarebbe tuttavia vero e condivisibile se il calco delle diverse fonti fosse pieno, se cioè Vélez si limitasse a 'copiare'. Ma – come abbiamo appreso dalle parole di Schipani – così non sembra essere e anzi vi è una significativa rielaborazione personale. Il che apre alla possibilità di seguire gli sviluppi del pensiero di Vélez, per coglierne alcuni itinerari concettuali. Terreno d'elezione per una tale operazione sono le *Notas* al Codice civile da lui elaborato. Considerando i tempi contenuti previsti per l'intervento, ho scelto di soffermarmi brevemente su tre punti.

Una premessa di natura generale sul tema del presente intervento è però necessaria.

2. Cenni di inquadramento del concetto di persona giuridica

Senz'altro quella della persona giuridica è una tematica affascinante e di lungo corso. Potremmo dire, con l'azzardo che una comunicazione verbale consente, che le radici della riflessione scientifica dalla quale la persona giuridica è scaturita affondano nel diritto romano⁷. Sappiamo, in

³ S. SCHIPANI, s.v. *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *DDP, Aggiornamento*, 5, Torino, 2010, 298.

⁴ S. SCHIPANI, *Codici*, cit., 298; M. ROSTI, *Il contributo*, cit., 480, 483.

⁵ M. ROSTI, *Il contributo*, cit., 480. Il riferimento finale è all'opera di D. SERRIGNY, *Droit public et administratif romain, ou Institutions politiques, administratives, économiques et sociales de l'empire romain du 4. au 6. siècle de Constantin a Justinien*, Paris, 1862, due volumi.

⁶ M. ROSTI, *Il contributo*, cit., 481.

⁷ Con meno azzardo e maggiore appropriatezza di linguaggio, F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica (studi per un libro sulle persone giuridiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 1965, 553, parla di preesistenza del fenomeno al concetto: «Il fenomeno può, in prima approssimazione, essere descritto come quello per il quale entità diverse dall'uomo sono sottoposte ad un trattamento normativo corrispondente, per molti aspetti, al trattamento normativo dell'uomo. Esso è (...) un fenomeno anteriore, storicamente, all'ideazione stessa del concetto di persona giuridica».

realtà, che la questione presenta una natura decisamente più problematica⁸.

Lo schema della persona giuridica è stato oggetto di riflessioni di ogni genere e a vari livelli di profondità⁹. A partire dalla nozione stessa di 'persona', termine polisemico il cui significato non può in alcun caso essere appiattito su quello di individuo o essere umano¹⁰, benché di quest'ultimo

⁸ Affrontata da R. ORESTANO, *Il 'problema delle persone giuridiche' nel diritto romano*, Torino, 1968.

⁹ La bibliografia in materia è sterminata. Mi limito a fornire alcuni punti di riferimento, utili all'inquadramento del problema e delle posizioni dottrinarie: F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, 1958², 18-32; H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. M.G. LOSANO, Torino, 1990 (Wien, 1960), 198 ss.; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, cit., 553-633; R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 7-78; M. BASILE-A. FALZEA, s.v. *persona giuridica (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 234-275. Ometto qualunque accenno alle nozioni, intrinsecamente connesse, di 'soggetto di diritto' e 'capacità giuridica'.

¹⁰ Termine non esclusivamente giuridico, il latino *persona* indica la maschera teatrale e rivela echi del greco πρόσωπον e dell'etrusco *persu* (la eventuale connessione tra i due termini non è chiara: cfr. A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, 2001⁴, s.v. *persona*, 500; ancora utile G. DEVOTO, *L'Etrusco come intermediario di parole greche in Latino*, in *StE*, 2, 1928, 307-341; dubbiosi LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR, *Lateinische Grammatik*, I, München, 1977, 117), ancorché già anticamente avesse oltrepassato i confini di tale ambito per entrare in quello giuridico: esemplare Cic. *off.* 1.34: *magistratus gerit personam civitatis* (ma anche *de or.* 2.24.102; *off.* 3.10.43; inoltre: D. 30.86.2, Iul. 34 *dig.*; D. 45.3.1.4, Iul. 52 *dig.*). Cfr.: A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg, 1982⁵, s.v. *persona*, 291 s.; A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Clark NJ, 2004, s.v. *persona*, 628 s. Una bibliografia esaustiva sulla nozione non è qui immaginabile. Si vedano alcuni riferimenti classici: A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, A.I, rist. Aalen, 1963 (Halle, 1873), 254 ss.; A. VON BLUMENTHAL-R. DÜLL, s.v. *persona* in *PWRE*, 19.1, 1937, col. 1036-1041 [il primo ha curato la parte semantico-etimologica (§ 1), il secondo quella relativa agli impieghi giuridici (§ 2)]; R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 7 nt. 2 (ulteriore bibliografia); B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 7 ss., 551 ss.; ID., s.v. *Persona (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 169-181; P. CATALANO, *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, Torino, 1990. Ai quali si possono aggiungere contributi più recenti, che consentono altresì il recupero della bibliografia intermedia: R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in *IVRA*, 37, 1986, 1-33.; G. MAININO, *Dalla persona alla persona giuridica: la persona in Gaio e il caso delle 'istituzioni' alimentari nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, 70, 2004, 481 ss.; E. STOLFI, *La nozione di "persona" nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia politica* 3, 2007, 379-391; U. AGNATI, «Persona iuris vocabulum». *Per un'interpretazione giuridica di 'persona' nell'opera di Gaio*, in *RDR*, 9, 2009, 1-41; J.F. STAGL, *Da «qualcosa» a «qualcuno» – è ritorno? Percorsi (giusti e sbagliati) sul concetto di «persona»*, in P. BUONGIORNO-S. LOHSSE (a cura di), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Romanisten und Romanisten*, Napoli, 2013, 87-122; cui si aggiunga il volume collettaneo A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana: dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia, 2010. Entro una prospettiva di più ampio respiro si collocano l'elegante affresco di M. MAUSS, *La nozione di persona. Una categoria dello spirito* (1938), trad. it. Brescia, 2016, e l'articolata riflessione di Y. THOMAS, *Le sujet de droit, la personne et la nature*, in *Le Débat*, 100, 1998/3, 85-107; S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona. Trasformazioni di una categoria giuridica*, in *Filosofia politica*, 3, 2007, 365-377.

colga il profilo relazionale, con sé stesso o col mondo, e, più in generale, l'immagine di «un soggetto di relazioni»¹¹. Ci si è quindi interrogati sull'«esistenza» della persona giuridica, per comprendere se essa sia frutto di creazione giuridica, di «finzione»¹², oppure corrisponda a «qualcosa di reale»¹³. Le teorie della finzione e della realtà, in effetti, non sono che due delle molte elaborate nel corso dei secoli¹⁴, ma mi piace ricordarle sia perché di gran lunga le più note e importanti, sia perché, ad esempio, fino agli inizi del secolo scorso si è svolta intorno ad esse la riflessione della Corte suprema degli Stati Uniti d'America, che ha ridefinito il ruolo e lo spazio della persona giuridica nell'ordinamento statunitense¹⁵.

¹¹ G. FORNERO, s.v. *Persona*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998³, 812 ss.

¹² È chiaro il rinvio a F.C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano attuale*, 2, trad. it. V. SCIALOJA, Torino, 1888, 240 ss., che raffigura la persona giuridica come un «qualche cosa» («irgend Etwas») dotato di esistenza meramente artificiale e solo allo scopo di perseguire un fine giuridico. Esse sono in questo senso «persone fittizie» (p. 245). Si ricordi che Savigny muove dal presupposto che «ogni singolo uomo, e solo l'uomo singolo, è capace di diritto» (p. 2). Va precisato che la «finzione» di cui parla Savigny è altra cosa dalla *fiction* cui si faceva riferimento nella tradizione romanistica medievale e che pure usava l'espressione *personae fictae*: si trattava, in questo caso, di una creazione intellettuale e l'espressione rispondeva a intenti descrittivi. Esemplare BARTHOLUS DE SAXOFERRATO, *Commentarium in Digestum Novum*, ad l. «aut facta», § «nonnunquam», tit. «de poenis» (D. 48.19.16.10), a proposito dell'*universitas*: *universitas ... proprie non est persona, tamen hoc est fictum positum pro vero, sicut ponimus nos iuristae*. Per Savigny e la Scuola storica, invece, la *fiction* è lo strumento tecnico impiegato dal legislatore per dare esistenza giuridica a qualcosa che nella realtà non esiste.

¹³ Il riferimento è alla corposa e articolata riflessione di Gierke, tutta imperniata sul concetto delle forme associative di tipo comunitario quali «organismi» effettivamente e concretamente operanti nella realtà (si parla anche, in proposito, di «teoria organica»). Cfr. O. VON GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin, 1887, 22 ss.; ID., *Das deutsche Genossenschaftsrecht, III, Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland*, Berlin, 1881. Cenni all'impianto concettuale di Gierke si trovano nella *Avvertenza editoriale* premissa dal curatore A. GIOLITTI all'edizione italiana di O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, trad. it. Torino, 1943, VII-X.

¹⁴ Cfr. R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 30 ss., 38 ss.; nonché *supra*, nt. 9.

¹⁵ Il percorso è segnato dalle seguenti pronunce: *Bank of the United States v. Deveaux*, 9 U.S. (5 Cranch) 61 (1809); *Bank of Augusta v. Earle*, 38 U.S. (13 Pet.), 519 (1839); *Louisville Railroad Company v. Letson*, 43 U.S. (2 How.) 497 (1844); *Marshall v. Baltimore and Ohio Railroad Company*, 57 U.S. (16 How.) 314 (1854); *Paul v. Virginia*, 75 U.S. (8 Wall.) 168 (1868); *Pembina Mining Co. v. Pennsylvania*, 125 U.S. 181 (1888), nella quale trovò applicazione un principio definito solo una ventina di anni prima con l'introduzione nella Costituzione americana del XIV emendamento (U.S. Const. amend. XIV, § 1); *Southern Railway Co. v. Greene*, 216 U.S. 400 (1909). La storia della progressiva ridefinizione del concetto si può leggere in S.A. SCHANE, *Corporation is a Person: The Language of a Legal Fiction*, in *Tul. L. Rev.*, 61, 1986-1987, dove è interessante notare che l'autore è un linguista. Resta, al fondo, l'adesione a una logica finzionistica, caratteristica del mondo di *common law* e tuttora perdurante: la registrava O. VON GIERKE, *Giovanni Althusius*, cit., 148 ss., a proposito di Hobbes; lo conferma F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010, 29. Celebre la definizione del giudice Marshall, il quale fu autore an-

E ancora, ci si è chiesti se essa sia una semplice convenzione, ovvero il frutto di una scelta dei giuristi per indicare un determinato assetto di interessi, come se si trattasse semplicemente di una espressione linguistica, una forma breve per evitare lunghi giri di parole¹⁶. Oppure, se si tratti di una specie di etichetta del lessico giuridico, con la quale alcuni determinati pacchetti di norme vengono applicati o disapplicati a gruppi di individui, persone fisiche, che, prese singolarmente, non sarebbero destinatarie di quelle norme¹⁷: «strumento del linguaggio giuridico, utile per riassumere una complessa disciplina normativa di rapporti intercorrenti tra persone fisiche»¹⁸.

Si potrebbe continuare a lungo, fino a tutto il dibattito italiano degli ultimi quarant'anni a colpi di sentenze della Corte di cassazione¹⁹, al quale

che di alcune delle pronunce precedenti: «corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it, either expressly, or as incidental to its very existence. These are such as are supposed best calculated to effect the object for which it was created (...). The objects for which a corporation is created are universally such as the government wishes to promote». [*Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. (4 Wheat.) 518 (1819),636]. In tale contesto, si comprende il pragmatismo della definizione di J. DEWEY, *The Historic Background of Corporate Legal Personality*, in *Yale Law Journal*, 35/6 (1926), 655: «(...) for the purposes of law the conception of "person" is a legal conception; put roughly, "person" signifies what law makes it signify». Cfr., in anni più recenti, la ricostruzione di R.S. AVI-YONAH, *The Cyclical Transformations of the Corporate Form: A Historical Perspective on Corporate Social Responsibility*, in *Delaware J. of Corporate Law*, 30/3, 2005, 767-818, che a partire dal diritto romano sviluppa una riflessione intorno al tema della *corporate social responsibility*.

¹⁶ Cfr. ad esempio, F. D'ALESSANDRO, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, 1989, la cui riflessione si sviluppa nell'ambito dell'indirizzo filosofico dell'analisi del linguaggio e considera l'espressione 'persona giuridica' un 'simbolo incompleto' (pp. 77, 88) cui non corrisponde alcun ente nella realtà fenomenica. Critico M. BASILE, *Le persone giuridiche*, Milano, 2003, 144, che taccia D'Alessandro di nominalismo: «anche secondo questo autore (...) le situazioni imputate alla persona giuridica si riducono a situazioni ascrivibili ai suoi membri». Su D'Alessandro cfr. altresì F. GALGANO, *Le insidie*, cit., 44 s., e 49 s. per un accenno alle posizioni della filosofia analitica, in particolare di Hart e Scarpelli.

¹⁷ Questa, ad esempio, la posizione espressa da F. GALGANO, *Struttura*, cit., 562: «Questa è, in ultima analisi, la funzione che il concetto di persona giuridica assolve nella dogmatica giuridica: esso vale ad occultare l'esistenza di discipline speciali; è lo strumento concettuale che permette di ricondurre agli schemi del diritto comune la speciale disciplina cui, in deroga al diritto comune, il legislatore assoggetta i membri del gruppo». Tale posizione, seppur condivisa, è tuttavia considerata «parzialmente esatta, ma insufficiente» da M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988², 140: «Parzialmente esatta perché le più importanti persone giuridiche oggi esistenti sono enti a struttura istituzionale e non corporativa (...) nei quali il fatto del gruppo non ha presenza giuridica diretta; insufficiente, perché l'attribuzione della soggettività alla figura soggettiva immateriale rende questa portatore potenziale di ogni interesse giuridico tutelato dal sistema, ed opera attraverso un'imputazione formale diretta nei limiti positivi di norme attributive dell'imputazione o limitative della legittimazione».

¹⁸ F. GALGANO, *Le insidie*, cit., 50.

¹⁹ Il percorso attraverso le pronunce giurisprudenziali è tracciato da F. GALGANO, *Le insidie*, cit., 51 ss. In questa sede mi limito a segnalare, per il ruolo avuto nell'imprimere una

ha molto contribuito e sul quale ha scritto pagine bellissime uno dei maggiori civilisti italiani contemporanei, Francesco Galgano, che, da ultimo, approda alla definizione della persona giuridica quale 'metafora'²⁰. Ma, quanto a questa linea di ricerca, mi fermo qui.

Aggiungo, invece, che il diritto romano non conosceva la nozione di persona giuridica. Non conosceva l'espressione, il 'nome', ma nemmeno la 'cosa'²¹: non vi era, nel diritto romano, niente di simile a ciò che noi oggi intendiamo quando parliamo di persona giuridica. Questo non significa che non si possa cogliere un *iter* concettuale di lunga durata, che, partendo dal diritto romano, giunga ai giorni nostri: da esso, però, si può al più trarre la conclusione che strumenti concettuali del diritto romano abbiano svolto un ruolo nella riflessione plurisecolare della scienza giuridica che ha prodotto la moderna nozione di 'personalità giuridica'. Ma ciò non significa che tale ruolo sia stato unico, né necessariamente decisivo, quasi a instaurare una relazione di paternità/filiazione concettuale²². Altro è dire che vi fossero 'situazioni'²³ nelle quali gruppi di persone (ciò che noi chiameremmo oggi associazioni) o di beni (vicini a quelle che chiameremmo fondazioni) erano considerati, non come singoli, ma nel complesso, come titolari di diritti e doveri. Si tratta però di un'operazione di applicazione retrospettiva di schemi tecnico-giuridici moderni, i quali – ove

svolta alla concezione della personalità giuridica, non più soggetto parificato in vario modo all'uomo, ma soltanto per via traslata e analogica, Cass. civ., 8 novembre 1984, n. 5642, *ex multis* in *Foro it.*, 1985, I, 139 ss. (con nota di G. SILVESTRI): «la soggettività delle persone giuridiche non corrisponde a quella della persona fisica (non essendo accettabile una visione antropomorfa del fenomeno) perché esse sono tali in senso traslato e la qualificazione viene richiamata per analogia perché la soggettività dei gruppi è, in ogni caso, incompleta e diversa da quella delle persone fisiche, sicché in dottrina si è parlato di soggettività imperfetta» (c. 143 s.).

²⁰ F. GALGANO, *Le insidie*, cit., 52, 59 s.

²¹ Mutuo la polarità nome/cosa da A. SCHIAVONE, «*Il nome*» e «*la cosa*». *Appunti sulla romanistica di Emilio Betti*, in *QF*, 7, 1978, 293 ss., che riprendeva criticamente l'immagine con la quale Betti rappresentava metaforicamente la distanza tra «il fatto, il rapporto, l'istituto» (p. 294) e il concetto sistematizzante, la dogmatica moderna.

²² Sul punto appare conclusiva l'indagine di R. ORESTANO, *Il problema*, cit., non solo in merito all'inesistenza del nome (mai al termine *persona* può essere attribuito significato pari a quello di persona giuridica), ma anche della cosa: l'individuazione di strutture in qualche modo somiglianti – che egli chiama 'situazioni unificate' – se consente l'individuazione di elementi concettuali di continuità (ripresi e impiegati, nelle riflessioni della scienza del diritto nei secoli a seguire, fino quasi a noi), ne rimarca, al tempo stesso, l'incolmabile distanza. Ciò nondimeno, non sono mancati quanti hanno accolto la proliferazione nominalistica come un succedersi di variazioni su un tema che, nella sostanza, è rimasto pressoché immutato nel tempo: cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit., 121. Cfr. anche *supra*, nt. 7.

²³ Per questo impiego del termine 'situazione' cfr. R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 1, nt. 1: «insieme tipico di condizioni concrete, che costituiscono o determinano uno stato di attività in cui i singoli eventi debbono essere assunti e valutati non isolatamente ma nella loro connessione in un contesto complessivo (che per il giurista è quello di un determinato ordinamento giuridico in un determinato momento storico)».

si abbia l'accortezza di non trasferire sul fenomeno che con quegli schemi si vuole descrivere i contenuti attuali – possono agevolare la comprensione e la descrizione di fenomeni giuridici del passato, valorizzando al contempo, accanto alle (apparenti) corrispondenze, i profili differenziali²⁴.

Ciò posto, un'indagine sulle 'situazioni unificate' nel diritto romano deve muovere – e, in effetti, ha preso le mosse – innanzitutto dal lessico del diritto, dai lemmi che designavano tali 'situazioni'. Tra questi, certamente una posizione di rilievo hanno i concetti di *corpus* e *universitas*²⁵, che a vari livelli hanno giocato ruoli decisivi nella costruzione di centri di imputazione di diritti e doveri 'altri' rispetto alla persona fisica. Anche questa è, però, una strada che non possiamo percorrere nel presente intervento e che ci limitiamo a indicare.

3. Persona jurídica nelle *Notas al Código civil di Vélez Sársfield*

Veniamo dunque a Vélez Sársfield e alle sue *Notas al Proyecto de Código civil*. Per ragioni di tempo, ci concentreremo su due esempi: la nota (a) alla rubrica del Titolo I²⁶, dedicato alla persona giuridica, e gli artt. 30 e 31, che aprono il Titolo.

La nota offre alcune informazioni generali sulle scelte compiute e sui principali punti di riferimento, sia sul versante delle fonti romane, sia su quello della dottrina:

²⁴ Vi accenna R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 2 s., 79 ss., ma in realtà si tratta di uno dei capisaldi di tutta la sua attività di ricerca, ampiamente trattato in Id., *Introduzione*², cit.

²⁵ Anche in questo caso non sono possibili che indicazioni bibliografiche essenziali: P. BONFANTE, *La «successione in universum ius» e l'«universitas»*, in *Scritti giuridici vari. I. Famiglia e successione*, Torino, 1916, 250-306; Id., *La formazione scolastica della dottrina dell'«universitas»*, in *Scritti*, cit., 307-323; E. ALBERTARIO, *Corpus e universitas nella designazione della persona giuridica*, in Id., *Studi di diritto romano. I. Persone e famiglia*, Milano, 1933, 97-120; L. SCHNORR VON CAROLSFELD, *Geschichte der Juristische Person*, I, Aalen, 1969 (München, 1933), 176 ss.; F. DE VISSCHER, *La notion du corpus et le régime des associations privées à Rome*, in *Scritti Ferrini*, 4, Milano, 1949, 43-54; K. OLIVECRONA, *Three Essays in Roman Law*, Lund, 1949; S. PUGLIATTI, *Riflessioni in tema di «universitas»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 955-1008; R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino, 1959, 123 ss. Due lavori recenti sono utili punti di riferimento anche per la ricostruzione completa del panorama dottrinario: A. GROTEN, *Corpus und universitas*, Tübingen, 2015; R. SIRACUSA, *La nozione di «universitas» in diritto romano*, Milano, 2016. Sulla nozione di *corpus*, al di fuori del discorso giuridico, mantiene interesse B. SNELL, *La cultura greca e le origini del pensiero europeo*, trad. it. Torino, 1963, 19-47; mentre, in anni recenti, offre una prospettiva penetrante R. ESPOSITO, *Le persone e le cose*, Torino, 2014, spec. 73 ss.

²⁶ Cito dall'edizione del *Código civil de la Republica Argentina. Completo en un tomo con las notas*, Buenos Aires, 1874, 7. La numerazione degli articoli segue quella del Codice pubblicato nel 1871, non del *Proyecto*. Nel *Código Civil y Comercial de la Nación* attualmente vigente (approvato con Ley 26.994, promulgato con decreto 1795/2014) la tematica è trattata agli artt. 141 ss.

Se usa de la expresión persona jurídica, como opuesta á la persona natural, es decir, al individuo, para mostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico. Otras veces se empleaba la expresión personas morales, denominación impropia, porque nada tiene de común con las relaciones morales. Los Romanos no tuvieron ningún término genérico aplicable á todas las personas jurídicas. Para designarlas en general decían que ellas representaban una persona; hereditas personae vice fungitur sicuti municipium, L. 22 Dig. De fidejus. – Del bonorum possessor, decía igualmente, vice heredis est, L. 2ª Dig. De bonorum possessor. En todos los Códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales, á pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos, etc. El Código de Austria en su primera parte, sobre el derecho relativo de las personas, solo en dos artículos, el 26 y el 27, indica esas personas, refiriéndose á las municipalidades y á las sociedades autorizadas ó no autorizadas. El Código de Prusia contiene un largo tratado sobre las sociedades en general, y sobre las corporaciones y municipalidades en particular. El de Luisiana concluye el primer libro con solo un título sobre las corporaciones. Únicamente el Código de Chile contiene un título De las personas jurídicas; pero en él hay un error tan grave que destruye toda la importancia que debía prometerse de su ilustrado autor. Los jurisconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales; pero en Savigny se encontrará extensamente tratada la materia (Tom. 2º del Derecho Romano). De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos á la letra.

Va immediatamente rilevato che, in chiusura, Vélez rimanda esplicitamente a Savigny e Teixeira de Freitas. Gli influssi dei due grandi giuristi sono direttamente percepibili nelle scelte lessicali, sulle quali dobbiamo portare l'attenzione.

Vélez muove dall'espressione 'persona giuridica', subito posta in opposizione a *persona natural*. Il recupero della terminologia e della distinzione tradizionale di Savigny²⁷ è evidente. Alcuni ulteriori riferimenti collocano decisamente il giurista argentino nell'alveo della teoria finzionista: la frase *para mostrar que ellas no existen sino con un fin jurídico*, e ancora il passaggio *decían que ellas representaban una persona*, con la citazione del frammento di Fiorentino, *hereditas personae vice fungitur sicuti municipium*²⁸.

La locuzione 'persona naturale' compare qui, ma poi viene abbandonata. Nel testo delle norme, come vedremo fra poco, Vélez non la impiegherà, preferendovi l'opposizione tra *personas de existencia ideal* e *personas de existencia visible*. Qui egli segue alla lettera Teixeira de Freitas, il quale nell'*Esboço de Código civil*, all'art. 17, distingue tra *peçoas de existencia visível, ou de existencia tão sómente ideal*²⁹. La polarità visibile/ideale ap-

²⁷ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 244.

²⁸ D. 46.1.22 (Flor. 8 inst.).

²⁹ Espressioni che A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, cit., 18 s., considera 'nuove' e 'più esatte'.

pare infatti a quest'ultimo più adeguata e «mas exacta» di quanto non sia il riferimento al carattere 'naturale', che lascerebbe intendere che non siano naturali tutte le entità non umane. Secondo Teixeira de Freitas, invece, sarebbero da considerarsi tali tanto il mondo visibile, quanto quello ideale, la materia e lo spirito, e ancora lo spirito umano e il prodotto di esso, ovvero l'idea³⁰.

Diverso il caso di un'altra locuzione, rispetto alla quale Vélez non sembra seguire – almeno sul piano concettuale – Teixeira de Freitas. Questi, infatti, respinge anche l'espressione 'pessoas ficticias', sulla scorta del fatto che «è falso que haja ficção alguma»³¹. Il punto è interessante, perché segnala un probabile equivoco: «quasi che il termine "finzione" implichi in questo caso il significato deteriore che ha nel linguaggio comune»³². Vélez, che pure non si serve della locuzione 'persona fittizia', mostra invece chiaramente di accogliere la posizione dottrina sottesa e, implicitamente, di avere compreso che l'aggettivo 'fittizio' non ha carattere valutativo, ma rimanda alla *fictio* quale espediente tecnico-giuridico³³.

Altro discorso invece per l'espressione '*personas morales*'. Vélez la definisce «denominacion impropia, porque nada tiene de comun con las relaciones morales», nel solco, questa volta, tanto di Savigny che di Teixeira de Freitas. Qui il giurista argentino – e il suo omologo brasiliano – sono vittime della incomprensione che colpì – non unico tra gli studiosi, ma certo il più importante – Savigny, il quale, intendendo 'morale' nel senso di 'etico', rifiutò l'aggettivo³⁴. Esso, invece, va inteso nel significato attribuito da Pufendorf – che forse per primo impiegò l'espressione³⁵ – con riferimento al senso classico di *moralis*³⁶, come relativo ai *mores* e alle azioni umane³⁷.

³⁰ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, cit., 18 s.

³¹ A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, cit., 18 s., ma v. anche a p. 184, la nota all'art. 273.

³² La frase, non riferita al giurista brasiliano in particolare, è di R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 23 nt. 38, ed evidenzia una posizione non isolata in dottrina.

³³ Tralasciando qualunque tentativo di offrire anche solo un inquadramento bibliografico, mi limito a segnalare il lavoro ormai classico di Y. THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali* (1995), trad. it. Macerata, 2016.

³⁴ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 244: «Prima era molto usitato il nome di persona morale, che io rigetto per due ragioni: in primo luogo, perché esso in generale non tocca ciò che vi ha di essenziale in questo concetto, dove non entra per nulla alcun rapporto morale; in secondo luogo, perché quella espressione è appropriata piuttosto ad indicare, tra i singoli uomini, quelli che sono gli opposti degli immorali, di guisa che quel nome richiama il nostro pensiero ad un ordine di idee affatto diverso». A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, cit., 19: «A de *pessoas moraes*, correspondente á usual do mundo moral por opposição ao mundo physico, patentêa por si a impropriedade do epitheto, pois que o elemento moral não absorve todo o elemento intellectual; e por isso a tem rejeitado Savigny, mesmo porque ella dá a entender que não ha moralidade na outra classe das pessoas».

³⁵ Cfr. R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 15 nt. 26.

³⁶ Cfr. *Thesaurus Linguae Latinae*, vol. VIII, fasc. X, s.v. *mos*, col. 1522-1529.

³⁷ S. PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, I, ed. J. BARBEYRAC, Francofurti et Lipsiae,

Proseguendo nella lettura, significativo, in chiusura della nota, il passaggio in cui definisce «error tan grave» la scelta effettuata dal Codice civile del Cile³⁸ di non riconoscere allo Stato e ad alcuni c.d. corpi intermedi – province, municipi, Chiesa e altri – la personalità giuridica. Il Codice cileno aveva escluso questa possibilità per ragioni sulle quali Vélez non si sofferma e che in questa sede non possiamo approfondire. Possiamo forse immaginare che una delle ragioni potesse essere legata agli influssi della dottrina francese postrivoluzionaria³⁹, che aveva maturato una forte ostilità nei confronti di tali ‘comunità intermedie’⁴⁰.

Vélez si occupa di tali enti negli artt. i 33 e 34 e, nelle note di commento⁴¹, torna sul punto dell’errore, contestando la scelta codificatoria cilena e argomentando a favore della inclusione dello Stato e dei corpi intermedi tra le persone giuridiche di diritto privato. Ed è interessante rilevare che, in tale occasione, punti di riferimento sono – accanto all’autorità di Teixeira de Freitas – le fonti del diritto romano, che vengono recuperate, citate espressamente e addotte a sostegno della propria tesi. Vélez si sofferma, in particolare, sulla posizione del fisco, la cui esatta collocazione aveva conosciuto, per così dire, delle oscillazioni anche nell’ambito dell’ordinamento giuridico romano⁴². Ma è soprattutto l’idea sottostante che affascina: che, in presenza di scelte di politica del diritto divergenti, criterio di correttezza – potremmo dire: di individuazione dell’errore e, dunque, di verità – siano le scelte compiute nell’ambito del diritto romano.

Concludendo, possiamo dire che nella breve nota (a) di Vélez si intrecciano riferimenti sia a più posizioni dottrinarie, sia a livelli diversi della tradizione di studi precedente all’autore. Il quale, peraltro, non si limita a recepire, ma opera evidentemente una scelta tra letture diverse elaborate dalla scienza giuridica sia romanistica, sia a lui contemporanea.

Vogliamo ora lo sguardo agli articoli che definiscono in prima battuta la persona giuridica:

Art. 30: Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones.

Art. 31: Las personas son de una existencia ideal ó de una existencia visible. Pueden adquirir los derechos, ó contraer las obligaciones que este Código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad ó incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden ó niegan las leyes.

1744, I, § 2, p. 5: «Et ista attributa vocantur ENTIA MORALIA, quod ad ista exiguntur, & iisdem temperantur mores actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant».

³⁸ Sul quale, per un inquadramento, cfr. S. SCHIPANI, *Codici*, cit., 294 ss.

³⁹ Cenni in S. SCHIPANI, *Codici*, cit., 295.

⁴⁰ R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 24 nt. 41.

⁴¹ *Código civil de la Republica Argentina*, cit., 8.

⁴² Cfr. per tutti R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 232 ss.

Art. 32: Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, ó contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas.

Affascinante il testo dell'art. 30, con un impiego di 'persona' che ne rievoca al contempo la semantica teatrale della maschera che diventa ruolo giuridico⁴³ e l'idea del centro di riferimento di relazioni giuridiche e, in definitiva, della posizione giuridica⁴⁴. La categoria di 'persona' è assunta come comprensiva tanto delle persone fisiche – gli esseri umani – quanto di quelle che tali non sono e quindi saranno dette 'giuridiche'. Il sostrato culturale di stampo giusromanistico si percepisce nettamente.

Nel complesso, alla semplice lettura si rivela l'adesione di Vélez alla prospettiva 'finzionista': le persone giuridiche esistono in virtù del fatto che la legge ne determina l'esistenza (... *les conceden ó niegan las leyes*). Non è qualcosa che esiste in natura, della cui esistenza il 'Legislatore' si limita semplicemente a prendere atto (teoria della realtà, che affida allo Stato una funzione meramente dichiarativa), ma qualcosa che è creato dall'uomo e che esiste nel mondo del diritto per volontà dello Stato (funzione costitutiva). Completa il quadro la definizione dell'art. 32, negativa e residuale: le 'persone di esistenza ideale', o persone giuridiche, sono quegli enti suscettibili di acquisire diritti (viene rimarcata la cifra eminentemente giuridica) che non sono persone di esistenza visibile. È, appunto, la linea di Savigny, anche nella partizione tra 'esistenza ideale' ed 'esistenza visibile'⁴⁵, che, come abbiamo visto poc'anzi, è stata in seguito ripresa e valorizzata da Teixeira de Freitas.

Scelta lessicale interessante, inoltre, quella del termine 'ente', che asurge a genere accanto a 'persona' (*son personas todos los entes*) e serve a liberare quest'ultimo termine dalle inevitabili incrostazioni antropomorfe. Il punto è degno di attenzione perché Savigny – che pure lo conosceva⁴⁶ – lo aveva accuratamente evitato, preferendo la locuzione 'un qualche cosa', «*irgend Etwas*»⁴⁷. L'influenza di Savigny, dunque, non è totale e incondizionata, ma, anche in questo caso, filtrata da una valutazione personale sugli elementi da accogliere o da abbandonare.

La lettura delle disposizioni normative lascia pertanto intravedere ulte-

⁴³ B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 552 e nt. 2.

⁴⁴ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2015³, 93 ss.

⁴⁵ F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 246.

⁴⁶ Il termine, come si è visto (*supra*, nt. 37), era ad esempio già usato da Pufendorf in latino; mentre C.F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, 2, Erlangen, 1800², 60, impiega l'equivalente tedesco 'Wesen'.

⁴⁷ F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 2, Berlin, 1840, 2. Nella traduzione italiana, Scialoja preferì l'espressione divenuta ormai canonica: «qualche altro ente» (F.C. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., II, 2). Su questa scelta v. i rilievi di R. ORESTANO, *Il problema*, cit., 22, nt. 35.

riori componenti della cultura di Vélez, che ne hanno segnato la formazione e guidato le scelte. Il calco sui modelli culturali di riferimento, come si diceva in apertura, non è mai pedissequo e i materiali sono individuati con cura e adattati alle proprie esigenze.

4. Conclusioni

È evidente che qui non abbiamo offerto nulla più di un saggio delle potenzialità di un simile lavoro di analisi. Ma è ora tempo di alcune considerazioni di sintesi.

A mio avviso, nella ricerca dei percorsi culturali di un giurista come Vélez – nel quale lo studio era volto al fine pratico della produzione di un atto normativo vigente – non è importante valutare se egli proponesse una lettura ‘corretta’ delle fonti, quanto piuttosto apprezzare il fatto che mettesse a profitto il diritto romano, la tradizione romanistica e gli studi giuridici coevi per proporre la ‘sua’ lettura, autonoma e quindi originale. Una lettura figlia di un determinato tempo storico e della relativa impostazione metodologica.

Mi pare inoltre importante sottolineare – accanto al ruolo del diritto romano e della tradizione di studi che lo ha accompagnato sino ad oggi – il carattere vario e composito della cultura del giurista. Le forme e i modelli del passato, prossimo o remoto, si impongono all’attenzione del giurista, e per così dire, entrano nel suo ‘metabolismo’⁴⁸. Egli – alla luce della cultura che possiede e delle concrete esigenze della società nella quale vive e opera – ne trarrà spunto – a volte accogliendoli, altre rigettandoli, secondo il metodo dello storico, che «sa correggere il suo punto di vista, abbandonarlo e sostituirlo con un altro, moltiplicare (come si dice) le proprie ottiche»⁴⁹ – per la costruzione dei propri strumenti concettuali, al fine di contribuire all’edificazione del proprio ordinamento giuridico.

⁴⁸ L’immagine è di R. ORESTANO, *Il ‘metabolismo’ dei giuristi*, in Id., *‘Diritto’. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, 766.

⁴⁹ M. BRETONE, *In difesa della storia*, Roma-Bari, 2000, 15.

IL CONSENSO INFORMATO E LE DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO, ARGENTINO E VENEZUELANO. A PROPOSITO DI SALUTE, DI VOLONTÀ E DI FONTI DEL DIRITTO

Simona Cacace

SOMMARIO: 1. Una premessa: in Italia, l'approdo legislativo. – 2. La dovizia normativa del legislatore argentino. – 3. Il consenso e l'accanimento: qualche (comune) fraintendimento. – 4. Declinare il consenso: problemi (e soluzioni). – 5. Le disposizioni anticipate di trattamento e il *consentimiento por representación*. – 6. L'obiezione di coscienza e il diritto venezuelano. – 7. In Venezuela, la debole tutela della volontà. – 8. Qualche conclusione, poche previsioni, molte preoccupazioni.

1. *Una premessa: in Italia, l'approdo legislativo*

Con l'emanazione della legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*¹, il Parlamento italia-

¹Per una prima analisi e commento della legge, cfr. C. TRIBERTI-M. CASTELLANI, *Libera scelta sul fine vita. Il testamento biologico. Commento alla Legge n. 219/2017 in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, goWare, Firenze, 2018; M. MAINARDI, *Testamento biologico e consenso informato. Legge 22 dicembre 2017, n. 219*, Giappichelli, Torino, 2018; AA.VV., *La nuova legge n. 219/2017*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 1-104; B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita. Nuove regole nel rapporto medico paziente: informazioni, diritti, autodeterminazione*, Cedam, Padova, 2018; M. FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Giappichelli, Torino, 2018; P. ZATTI, *Cura, salute, vita, morte: diritto dei principi o disciplina legislativa?*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 185; P. BORSELLINO, *La sfida di una buona legge in materia di consenso informato e di volontà anticipate sulle cure*, *ivi*, 2016, 11; D. LENZI, *Consenso informato e DAT. Riprende il cammino parlamentare*, *ivi*, 3; E. MANCINI, *Autonomia come integrità: una riflessione sulle direttive anticipate di trattamento*, *ivi*, 13; R. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219, in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del Codice civile?*, in *Consulta Online*, 4 aprile 2018, 221; M. NOCCELLI, *La cura dell'incapace tra volontà del paziente, gli istituti di tutela e l'organizzazione del servizio sanitario*, e *Id.*, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, contributi entrambi pubblicati sul sito di Giustizia amministrativa, rispettivamente il 15 marzo 2018 e il 20 febbraio 2018.

no supera un'annosa *impasse* decisionale e appone il proprio suggello in tema di autodeterminazione del paziente e scelte d'ordine sanitario, fino a quel momento materia delegata al lavoro e alla creatività giurisprudenziale.

Similmente, la Corte costituzionale reclama l'iniziativa del legislatore nell'ordinanza con cui rinvia di un anno la decisione nell'ambito del processo a carico di Marco Cappato, così restituendo al dibattito politico la disciplina del suicidio assistito, nella direzione di un bilanciamento fra beni dotati di pari dignità di tutela e al fine d'individuare le situazioni giuridiche eventualmente e conseguentemente meritevoli di protezione².

Sia qui altresì consentito rinviare, infine, a S. CACACE, *Salute e Autodeterminazione: da Charlie Gard a DJ Fabo, passando per i No-Vax. Scienza, diritto, diritti e libertà*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 55, e a EAD., *La nuova legge in materia di consenso informato e DAT: a proposito di volontà e di cura, di fiducia e di comunicazione*, *ivi*, 2018, 935.

²Cfr. Corte cost., 24 ottobre 2018, n. 207, in http://questionegiustizia.it/articolo/il-caso-cappato-alla-corte-costituzionale-un-ordinanza-ad-incostituzionalita-differita_19-11-2018.php, con commento di M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, nonché il comunicato dell'Ufficio Stampa della Corte costituzionale, 24 ottobre 2018, *Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli*, con nota di A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora ... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 26 ottobre 2018, 568, con cui la trattazione della questione di costituzionalità dell'art. 580 c.p. viene rinviata all'udienza del 24 settembre 2019. V. altresì C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altro"*, in *Riv. Biodiritto*, 2018, 139, e S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, *ivi*, 153. Il processo a carico di Marco Cappato, imputato per il suicidio assistito di Fabiano Antoniani ex art. 580 c.p., prende avvio con giudizio immediato l'8 novembre 2017: cfr. www.giurisprudenzapenale.com/processi/processo-nei-confronti-di-marco-cappato-suicidio-assistito-di-dj-fabo. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. viene sollevata, infine, dalla Corte d'Assise di Milano con ordinanza del 14 febbraio 2018; l'atto d'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri, invece, è del 3 aprile 2018: v. <http://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/02/ordinanza-cappato.pdf> e <https://eutanasialegale.it/articolo/cappatoecco-latto-di-intervento-del-governo-che-difende-la-costituzionalita-C3%A0-del-reato-di-Ex-pluribus>, v. R. BARTOLI, *Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio*, in *Dir.pen.cont.*, 8 ottobre 2018, 97; D. PULITANÒ, *Il diritto penale di fronte al suicidio*, *ivi*, 16 luglio 2018, 57; A. MASSARO, *Il caso "Cappato" di fronte al Giudice delle Leggi: illegittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio?*, *ivi*, 14 giugno 2018, 1; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, *ivi*, 22 maggio 2018, 1; M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità dell'art. 580 c.p.*, *ivi*, 16 febbraio 2018, 182; R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, *ivi*, 24 ottobre 2017, 143; P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il g.i.p. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, *ivi*, 18 luglio 2017, 256; *Id.*, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, *ivi*, 8 maggio 2017, 381; G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso "Cappato"*, in *Quad.cost.*, 2018, 493, e D. NAPOLI, *Il caso Cappato – DJ Fabo e le colonne d'Ercole del fine vita. Dal diritto a lasciarsi morire al diritto a morire con dignità*, in *Riv. Biodiritto*, 2017, 31.

In Italia, d'altro canto, l'approdo legislativo s'invera sì grazie alle sollecitazioni pervenute dalla società civile (e ad una correlata pressione mediatica), connesse alla divulgazione di alcune, eclatanti vicende umane prima ancor che giudiziarie, ma – soprattutto – s'invera esso grazie agli orientamenti giurisprudenziali da tali *leading cases* scaturiti e plasmati, i quali letteralmente consegnano al Parlamento una rassegna di principi dettati sotto l'ègida della Carta costituzionale³. Così, l'attivismo dei tribunali (a

³ Cfr., *in primis*, quanto all'interruzione di alimentazione e idratazione artificiali su paziente in stato vegetativo permanente ed irreversibile («caso Englaro»), Cass.civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 583, con commento di C. SARTEA-G. LA MONACA, *Lo Stato Vegetativo tra norme costituzionali e deontologia: la Cassazione indica soggetti e oggetti*; *ivi*, 607, con commento di G. IADECOLA, *La Cassazione civile si pronuncia sul caso «Englaro»: la (problematica) via giudiziaria al testamento biologico*; in *DUDI*, 2009, 356, con commento di L. NIVARRA, *Il caso Englaro e i paradossi dell'autonomia*; in *Giust. civ.*, 2008, 1727, con commento di D. SIMEOLI, *Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, 363, con commento di E. PALMERINI, *Cura degli incapaci e tutela dell'identità nelle decisioni mediche*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 330, con nota di E. CECCARELLI-D.M. PULITANÒ, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 100, con commento di A. VENCHIARUTTI, *Stati vegetativi permanenti: scelte di cure e incapacità*; in *Dir. fam. pers.*, 2008, 107, con commento di F. GAZZONI, *Sancho Panza in Cassazione (come si riscrive la norma dell'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri)*; *ivi*, 131, con commento di A. GALIZIA DANOVÌ, *L'interruzione della vita tra volontà e diritto*; *ivi*, 594, con nota di P. VIRGADAMO, *L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere*; in *Iustitia*, 2008, 55, con commento di G. SALITO-P. STANZIONE, *Il rifiuto «presunto» alle cure: il potere di autodeterminazione del soggetto incapace*; in *Fam.pers.succ.*, 2008, 520, con nota di M. GORGONI, *La rilevanza giuridica della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1119, con commento di G. GENNARI, *La Suprema Corte scopre il substituted judgement*; in *Corr. giur.*, 2007, 1686, con commento di E. CALÒ, *La Cassazione «vara» il testamento biologico*; in *Ind. pen.*, 2009, 227, con nota di G. PAVAN, *I casi Welby ed Englaro nella prospettiva giurisprudenziale*; in *Foro it.*, 2008, I, 125, con nota di D. MALTESE, *Convincimenti già manifestati in passato dall'incapace in stato vegetativo irreversibile e poteri degli organi preposti alla sua assistenza*, e *ivi*, I, 2610, con commento di S. CACACE, *Sul diritto all'interruzione del trattamento sanitario «life-sustaining»*; e Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 74 ss., con commenti di P. ZATTI, *Consistenza e fragilità dello «ius quo utimur» in materia di relazione di cura*, di E. PALERMO FABRIS, *Risvolti penalistici di una sentenza coraggiosa: il Consiglio di Stato si pronuncia sul caso Englaro*, di R. FERRARA, *Il caso Englaro innanzi al Consiglio di Stato*, e P. BENCIOLINI, *«Obiezione di coscienza?»*. V. altresì, quanto all'interruzione della ventilazione artificiale su paziente cosciente che ciò richieda («caso Welby»), Trib. Roma, 16 dicembre 2006 (ord.), in *Foro it.*, 2007, I, 571 e 2231, con commenti rispettivamente di G. CASABURI-D. MALTESE, *Diritto al rifiuto delle cure, accanimento terapeutico e provvedimenti del giudice*, e in *Resp. civ. prev.*, 2007, 78, con annotazioni di G. ALPA, *Il danno da accanimento terapeutico*; e Trib. Roma, 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049, in *Corr. mer.*, 2010, 237, con nota di G. CASABURI, *Le decisioni di fine vita: una prospettiva europea*; in *Dir. pen. proc.*, 2008, 68, con commento di A. VALLINI, *Rifiuto di cure «salvavita» e responsabilità del medico: suggestioni e conferme della più recente giurisprudenza*; in *Cass. pen.*, 2008, 1807, con commento di C. CUPELLI, *Il «diritto» del paziente (di rifiutare) e il «dovere» del medico (di non perseverare)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 73, con nota di M. AZZALINI, *Trattamenti life-saving e consenso del paziente: i doveri del medico dinanzi al rifiuto di cure*; in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 463, con commento di M. TARUFFO, *Rifiuto di cure e doveri del medico*; in *Foro it.*, 2008, II, 105, con commento di G. CASABURI, *Diritto*

tratti persino tacciati di una qual certa iperattività⁴), giustificato dalla perdurante *vacatio legis*, appare il motore primo e pressoché unico del risultato legislativo, in ordine sia alle problematiche affrontate sia ai contenuti prescelti, in una sorta di continua risposta agli interrogativi sorti in sede giudiziaria e all'interno di un dialogo – fecondo, quantunque non privo di attriti – che ancor perdura (come già accennato riguardo all'ultimo sprone della Consulta).

Ciò considerato, lo studio degli ordinamenti argentino e venezuelano – in termini di coordinate del diritto e dei diritti *in subiecta materia*, senza pretesa alcuna d'eshaustività – consente una fruttuosa riflessione attorno al ruolo e al «gioco» delle fonti (con una funzione certo non residuale, in questa sede, anche della disciplina di matrice deontologica), in punto di metodologia della regolamentazione, dunque, ancor prima che di contenuti.

Quanto alla sostanza, del resto, gli argomenti in cui l'interprete s'imbatte sono, da un capo all'altro dell'oceano, i medesimi – e a tratti espressi, all'interno del rispettivo dato normativo, in termini pressoché equivalenti ad una traduzione letterale dal castigliano all'italiano e viceversa. D'altro canto, e al di là delle diverse sfumature dell'approccio bioetico prescelto dagli ordinamenti considerati, l'elemento di maggior interesse appare certamente la perfetta sovrapposizione delle questioni ancora «aperte» ed insolute, di natura eventualmente anche solo applicativa sì, ma comunque suscettibili d'inficiare la *ratio* e la tenuta stesse del dettato legislativo. L'interrogativo ultimo, dunque, attiene alla possibilità che dal migliore tempismo di altri Paesi si traggano indicazioni utili (anzitutto in ordine all'implementazione stessa delle enunciazioni normative) agli ordinamenti ampiamente «ritardatari» – tali essendo l'Italia, e ancor più il Venezuela, rispetto ai «cugini» argentini ed europei.

2. *La dovizia normativa del legislatore argentino*

In Argentina, l'intervento legislativo non si consuma *unico actu*, bensì si articola in quattro fasi, con la peculiarità di una tecnica di produzione «al

di morire e omicidio del consenziente scriminato; e in *Dir. fam. pers.*, 2008, 676, con nota di R. MASONI, *Vivere è un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita*.

⁴ Cfr. Corte cost., 8 ottobre 2008, n. 334 (ord.), che dichiara inammissibile il ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dalle Camere, in *Foro it.*, 2009, I, 35, con nota di R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*; in *Giur. it.*, 2009, 1630, con commento di C. FATTA, *Il conflitto di attribuzioni sul caso Englaro e la «cattiva battaglia» giudici-legislatore: quale sorte per la tutela dei diritti umani?*, e in *Il Quotidiano Giuridico*, 10 ottobre 2008, con commento di F. CONTI, *La Corte costituzionale bocchia i conflitti di attribuzione*.

contrario», che cronologicamente muove dalla *lex specialis*, anche d'estremo dettaglio, per approdare, infine, alla normativa – generale – di matrice codicistica. In particolare, la prima disciplina risale al 2009, con la *Ley 26.529, Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, la quale viene modificata (*melius*: integrata), tre anni dopo, dalla *Ley 26.742, de Muerte Digna*⁵, nonché successivamente specificata, ai fini di una sua immediata applicazione, dal decreto n. 1089/2012. Nel 2015, infine, entra in vigore il *Código Civil y Comercial de la Nación* (in particolare, per quanto qui d'interesse, si tratta degli artt. 26, 59 e 60), con sé recando non pochi interrogativi quanto alla perdurante vigenza delle precedenti statuizioni e/o riguardo alla possibilità di un'armonica composizione delle norme nel tempo succedutesi⁶. Orbene, come in Italia riguardo agli artt. 13 e 32 Cost., così il legislatore argentino si muove nel solco tracciato dalla *Constitución Nacional*⁷ e in ossequio ad un generale principio di signoria⁸ dell'individuo sul proprio corpo, sulle proprie azioni e sulla propria stessa vita, all'insegna, dunque, di una libertà che si dispiega per il tramite dei diritti personalissimi all'intimità, alla *privacy*, all'autodeterminazione e alla dignità. Del resto, non solo la *Ley 17.132 del Ejercicio de la profesión médica*⁹ già prevedeva (art. 19) il rispetto del diniego manifestato dal paziente al trattamento sanitario proposto¹⁰, ma gli stessi precetti deontologici¹¹ declinavano autonomia individuale e beneficalità dell'azione medica¹² consacrando il consenso informato

⁵ Cfr. L.A. VIAR, *Análisis de la Ley 26742 de "Muerte digna"*, 2013, in *Biobiblioteca digital de la Universidad Católica Argentina*, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/analisis-ley-26742-muerte-digna.pdf>.

⁶ Cfr. E.L. TINANT, *Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina*, in *Inmanencia*, 2017, 159.

⁷ *Ley 24.430, Constitución de la Nación Argentina*, 3 gennaio 1995. Si tratta, in particolare, dell'art. 19: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

⁸ Cfr. il decreto n. 1089/2012, secondo il quale, appunto, il paziente è *soberano* (art. 2, lett. e).

⁹ *Normas para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración*, 24 gennaio 1967. Cfr. T. ZAMUDIO, *Derecho a la salud. La experiencia Argentina*, in www.bioetica.bioetica.org, e R. RABINOVICH-BERCKMAN, *Responsabilidad de los Médicos*, Astrea, 1999.

¹⁰ «Salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. (...) En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz» (art. 19, terzo comma).

¹¹ Cfr. ASOCIACIÓN MÉDICA ARGENTINA, *Código de Ética para el Equipo de Salud*, 2001, in particolare ai capp. 5, 6 e 33. V. Anche R.A. MENEGHINI, *Consentimiento informado. Consecuencias de su falta de otorgamiento*, 30 giugno 2016, MJ-DOC-9912-AR | MJD9912.

¹² Cfr. T.L. BEAUCHAMP-J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, New York, 1994, e E. EMANUEL-L. EMANUEL, *Four Models of the Physician-patient Relationship*, in *JAMA*, 1992, 267, 2221. V. anche F.J.L. CORREA-P. SOROKIN, *Bioética y salud*

dell'ammalato, il divieto di accanimento terapeutico e l'imperativo delle cure palliative.

Ciò considerato, d'altro canto, i quattro atti (in sei anni) di cui sopra confermano orientamenti giurisprudenziali già consolidati – più che indirizzarne, *pro futuro*, il corso – e, anzi, come in Italia, scaturiscono dalle sollecitazioni stesse dei tribunali¹³, a fronte dell'esigenza di un'inequivoca disciplina normativa, anche di dettaglio, pur all'interno di un preesistente e generale quadro valoriale, difficilmente fraintendibile. Così, mentre l'*incipit* della legge n. 219/2017 (art. 1, primo comma), nel dichiarare i propri principi ispiratori, richiama l'autodeterminazione della persona solo dopo vita, salute e dignità, il Parlamento argentino evita qualsivoglia dubbio in termini di bilanciamento fra beni, unicamente riferendosi all'*autonomía de la vo-*

pública en y para América Latina, Federación Latinoamericana y del Caribe de Instituciones de Bioética, Santiago de Chile, 2015.

¹³ Cfr., quanto al rispetto del diniego opposto all'amputazione salva-vita di una gamba, *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, J., J.*, Buenos Aires, 21 febbraio 1991, e *Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación*, n. 3, Mar del Plata, 18 settembre 1995, entrambe in *Cuad. Bioét.*, <http://cuadernos.bioetica.org/comentarios4.htm>, con commento di P. SOROKIN, *Aproximación conceptual a cuestiones humanas: todos somos "terminales"*, nonché *Juzgado Civil, Servicio de Cirugía y Clínica del H.E.C.A.*, n. 5, Rosario, 26 novembre 1997, in *LL 1998-C-266*, con annotazioni di N.L. NICOLAU. Al riguardo, cfr. altresì P.F. HOOFT-G.J. PICARDI, *Bioética y derecho. El consentimiento informado en la Jurisprudencia Argentina*, in *Rev. Lat. Bioét.*, 2006, 10, 1. Quanto al rispetto del diniego opposto ad un'emotrasfusione salva-vita, espresso da paziente incosciente per il tramite di disposizioni anticipate di trattamento, v. *Cámara Nacional de Apelaciones, Civil, Albarracín Nieves*, Sala A, 17 maggio 2012; *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, G., C. L. c. Mediconex S.A. y otros*, 31 maggio 2007, in <http://thomsonreuterslatam.com/2012/05/testigo-de-jehova-validez-del-testamento-por-el-que-se-niega-a-recibir-transfusiones-de-sangre/>; nonché CSJN, *Albarracín Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias*, 1° giugno 2012, A. 523, XLVIII. V., inoltre, L.D. CAPARROZ, *El caso "Albarracín" y el reconocimiento a la validez de las directivas anticipadas*, *Doctrina Microjuris*, 19 giugno 2012, MJD5838; L.G. BLANCO, *Directivas anticipadas*, 2017, in www.salud.gov.ar/dels/printpdf/88, e *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Zarrillo, Osvaldo Pablo c/ Prestaciones Médico Asistenciales Sas/ s/ Sumario*, Buenos Aires, 17 marzo 2003. Ai fini dell'emanazione della *Ley de Muerte Digna*, inoltre, ruolo fondamentale ha svolto il caso di Selva Herbón, con la sua richiesta d'interruzione delle terapie di sostegno vitale sulla figlia in stato vegetativo dalla nascita: v. <https://biolatina.wordpress.com/2011/08/19/carta-abierta-de-selva-herbon-a-los-diputados/>. Cfr. altresì, quanto al diniego opposto dal paziente Testimone di Geova capace e cosciente, CSJN, *Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar*, 6 aprile 1993, 316:479, in *LL 1993 – D 130*, nonché, in merito all'interruzione di alimentazione ed idratazione artificiali su paziente in stato di minima coscienza e alla ricostruzione della di lui volontà, CSJN, *D., M.A. s/ Declaración de Incapacidad*, 7 luglio 2015, 338: 556, in www.revistarap.com.ar/Derecho/constitucional_e_internacional/derechos_humanos/1CNT0030094576000.html. A proposito di responsabilità sanitaria per un trattamento realizzato in assenza di consenso informato, cfr. R.A. MENEGHINI, *Consentimiento informado. Consecuencias de su falta de otorgamiento*, 30 giugno 2016, MJ-DOC-9912-AR|MJD9912. V., infine, *Dossier: Mala Praxis Médica. Selección de Jurisprudencia y Doctrina*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, Sistema Argentino de Información Jurídica, ottobre 2018.

luntad (Ley n. 26.529/2009, art. 1 e art. 2, lett. e). Nel prisma di quest'ultima, pertanto, e nell'ossequio pieno al profilo identitario del paziente, vengono connotati e interpretati tutti gli altri diritti di cui all'art. 2 della medesima legge (il primo atto): di *asistencia, trato digno y respetuoso, intimidación, confidencialidad, información sanitaria e interconsulta médica*. È – d'altra parte – una *ley* che si autoproclama *de orden público* (art. 23), ma per entrambi gli ordinamenti ben ci si potrebbe interrogare riguardo al contenuto costituzionalmente necessario, se non addirittura vincolato, di tali normative¹⁴.

In Argentina, il rifiuto di qualsivoglia tentazione paternalistica non potrebbe essere, dunque, più netto: si tratta del diritto di accettare o meno un atto sanitario, nonché di revocare quanto originariamente manifestato, senza che per il paziente sia in alcun modo necessario giustificare le motivazioni sottostanti (*con o sin expresión de causa*: art. 2, lett. e). L'unico limite individuato dal legislatore attiene, peraltro, alla necessaria diligenza della condotta medica: se il rifiuto viene successivamente revocato, il professionista procede solo qualora le condizioni cliniche del paziente ancora consiglino e richiedano la terapia in prima battuta proposta (art. 10, secondo comma). Trova qui applicazione il principio generale secondo il quale la volontà dell'ammalato non può mai costringere il sanitario ad una condotta contraria ai dettami e allo stato dell'arte medica, bensì può essa esprimersi solo nell'álveo delle opzioni scientificamente (nonché giuridicamente) accettabili.

D'altro canto, e quale ultima notazione a carattere generale, entrambi i legislatori – l'italiano e l'argentino – prediligono, da un punto di vista terminologico, la «relazione» (*di cura e di fiducia*: art. 2 della legge n. 219/2017) alla tradizionale «alleanza» fra medico e paziente: etimologicamente, dunque, non si tratta più del 'patto' in vista del perseguimento di un obiettivo, bensì di un legame e di un rapporto che nel tempo si perpetua, conferma e rinsalda, continuamente rinnovandosi.

3. Il consenso e l'accanimento: qualche (comune) fraintendimento

L'analisi comparatistica concorre all'individuazione di alcuni punti aporetici, sui quali la maggiore o minore efficacia degli interventi normativi richiamati è suscettibile di misurarsi.

¹⁴V. S. PENASA, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in www.forumcostituzionale.it, 19 aprile 2005; V. SATTA, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in *Amministrazione in cammino*, 2007, 1, e ID., *Il problema del rapporto tra leggi "costituzionalmente necessarie" e leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Quad. reg.*, 2004, 729.

Particolare attenzione deve essere a tal fine dedicata all'individuazione dell'ambito di operatività del principio del consenso/dissenso informato; alla forma di cui tali volizioni debbano eventualmente rivestirsi; all'età a partire dalla quale il paziente può autodeterminarsi in materia sanitaria; alla rilevanza giuridica delle manifestazioni di volontà rese nella cerchia familiare dell'ammalato; alla liceità e vincolatività delle disposizioni anticipate di trattamento, specie ove destinate a risolversi nella mera designazione di un fiduciario.

Quanto al primo aspetto, l'art. 9 della *Ley* 26.529 prevede due eccezioni – non suscettibili, viene specificato, d'interpretazione estensiva – al principio del consenso informato: il grave pericolo per la salute pubblica e una situazione d'emergenza che comporti un rischio consistente (attestato dal personale sanitario, che di tale attestazione si assume la responsabilità) per la salute o la vita del paziente, senza che sia possibile conoscere la volontà dell'ammalato stesso, dei suoi rappresentanti legali o delle persone a lui «vicine», alle quali ultime, come si vedrà, pure il legislatore argentino dà voce.

Il decreto n. 1089/2012, a sua volta, traccia i contorni della prima eccezione, onde evitarne la genericità e l'evanescenza: è l'Autorità Sanitaria competente a dover dichiarare la sussistenza di un pericolo per la salute degli altri consociati, a nulla rilevando la mera compromissione dell'integrità psico-fisica del singolo diretto interessato. Il principio, d'altronde, è il medesimo di cui all'art. 32 della Carta costituzionale italiana: la regola generale di non obbligatorietà dei trattamenti sanitari, infatti, è derogabile solo nell'ipotesi di coinvolgimento di soggetti altri ovvero qualora il singolo non sia in grado di provvedere a sé (il paziente psichiatrico, *in primis*), poiché altrimenti è il titolare dei beni giuridici coinvolti (la salute; la vita; l'autodeterminazione; la libertà personale) a definirne – una volta per tutte – il bilanciamento.

Peraltro, riguardo all'estensione del principio del consenso informato, è dinanzi alla *Ley* 26.742 *de Muerte Digna* che l'interprete italiano fatica a trovare la corretta chiave di lettura.

Pare, infatti, che il legislatore argentino sia qui incorso in due paradossi. *In primis*, laddove riconosce il diritto di ottenere l'interruzione delle terapie di sostegno vitale «cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado»: come se queste fossero condizioni imprescindibili ai fini del rispetto della volontà e come se, anche a prescindere da tale volontà, il medico non dovesse comunque evitare simili frangenti. Similmente, il secondo paradosso attiene alla qualificazione stessa del paziente del cui volere la normativa si preoccupa, affetto da «enfermedad irreversible, incurable» o «en estadio terminal», che solo in queste condizioni di salute parrebbe poter esercitare, dunque, il diritto di cui sopra, nonché il diritto di rifiutare interventi chirurgici o di rianimazione artificiale, nonché di oppor-

si a «procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo» di uno «estado terminal irreversible o incurable».

In altri termini, benché mosso dalla lodevole intenzione di consacrare un diritto anche a prezzo della vita stessa, la tecnica normativa del legislatore argentino rischia – con le ultronee specificazioni di cui sopra – di limitare, anziché ampliare e ulteriormente consacrare, l'operatività del principio del consenso/dissenso informato, già a tutto tondo garantita – pare a chi scrive – dalla disciplina di tre anni precedente (con la *Ley* 26.529)¹⁵.

La legge *de qua*, infatti, sembra trovare il proprio fondamento in un'erata – o quantomeno superata – concezione dell'eutanasia (eutanasia anche in senso 'passivo')¹⁶ e del divieto che ne deriva, nonché nella peculiarità di alcuni casi mediatici e giudiziari contestuali alla sua discussione in aula¹⁷. Per contro, anziché trattarsi di una fattispecie eutanasi, che perciò richiederebbe una disciplina legittimante, tale condotta medica (l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale) costituirebbe mera espressione e realizzazione dell'ossequio dovuto al rifiuto eventualmente opposto dal paziente.

È una normativa 'paradossale', dunque, quella argentina, almeno quanto il titolo originario della legge italiana («Norme in materia di (...) al fine di evitare l'accanimento terapeutico»)¹⁸, per buona sorte successiva-

¹⁵ Ma v. già COMITÉ DE BIOÉTICA DE LA SOCIEDAD ARGENTINA DE TERAPIA INTENSIVA, *Pautas y Recomendaciones para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente crítico*, 1999, in <https://www.sati.org.ar/files/bioetica/guias/1999-Comite-de-%20Bioetica-Pautas-y-recomendaciones-para-la-Abstencion-y-o-el-retiro-de-los-metodos-del-soporte-vital-en-el-paciente-critico.pdf>. Cfr. J.L. MANZINI, *Las directivas anticipadas para tratamientos médicos*, 2001, ENJA, 2001, 1264; M.J. CUMPLIDO, *Derecho del paciente a rechazar el tratamiento propuesto*, in *Rev. Latinoam. der. méd. medic.*, 2000, 5, 11; N.A. TAIANA DE BRANDI, *El consentimiento informado y la declaración previa del paciente*, in L.G. BLANCO (a cura di), *Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2002, 117; L.G. BLANCO, *Directivas médicas anticipadas: la disidencia, admisión y rechazo de tratamientos médicos y el derecho a morir degnamente*, in *Rev. Not.*, 951, 437, 2005; Id., *Directivas médicas anticipadas*, in J.C. TEALDI (a cura di), *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, UNESCO – Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, 508, e N.A. TAIANA DE BRANDI-L.R. LLORENS, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

¹⁶ Cfr. E.M.C. LLORET, *Eutanasia y muerte digna*, in www.cartapacio.edu.ar.

¹⁷ Cfr. J. P. ALONSO-A. VILLAREJO-E. BRAGE, *Debates parlamentarios sobre la muerte digna en Argentina: los derechos de los pacientes terminales en la agenda legislativa, 1996-2012*, in *Hist. Cienc. Saude-Manguinhos*, 2017, 1031. Cfr. anche G. SOSA, *El derecho de los pacientes a rechazar tratamientos*, in <http://www.salud.gob.ar/dels/autores/sosa-guillermina-leontina>.

¹⁸ Proposta di legge n. 1142, MANTERO ed altri, Camera dei deputati, presentata il 4 giugno 2013, *Norme in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari al fine di evitare l'accanimento terapeutico*. Similmente, l'art. 1 originariamente dichiarava che «finalità della presente legge è evitare l'accanimento terapeutico nei trattamenti sanitari, subordinandoli al consenso informato e consapevole da parte dell'interessato nel rispetto dell'articolo 32 della Costituzione».

mente modificato, e almeno quanto l'(attuale) art. 2, secondo comma, della medesima legge n. 219/2017, secondo il quale l'astensione «da ogni ostinazione irragionevole» parrebbe dovere del medico esclusivamente «nei casi di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte».

Per contro, al fine di scongiurare l'accanimento terapeutico, né una legge né una volontà dal paziente chiaramente espressa paiono necessarie, poiché la ricerca e l'esecuzione di trattamenti proporzionati quanto a modalità ed efficacia rientrano nella medesima diligente professionalità del medico e a questi, anzi, senz'altro s'impongono, in termini di responsabilità sia giuridica sia disciplinare. Così, per citare il giudice del caso Welby, l'esigenza d'indagare se ricorra – o meno – un caso d'insistenza terapeutica sorge solo qualora l'ammalato non sia in grado di «esprimere la propria volontà, che, se positiva», potrebbe «riconvertire il presunto accanimento in terapia voluta e che, se negativa», ne potrebbe «lamentare la violazione»¹⁹. È un problema, dunque, di demarcazione dei confini dell'obbligo giuridico del medico d'agire (d'intervenire o di continuare ad intervenire per la cura del proprio paziente), che rileva in senso oggettivo (la ricerca di un *best interest*) unicamente se della volontà del diretto interessato nulla si sappia e nulla si possa sapere. Al più, se v'è un confine per la libertà del paziente di decidere quanto a proporzionalità della cura, questo attiene ad una pretesa di trattamento del tutto irragionevole in termini di beneficalità dell'azione sanitaria e di allocazione di risorse economiche comunque limitate.

4. *Declinare il consenso: problemi (e soluzioni)*

Punctum dolens della legge n. 219/2017 attiene all'imposizione, sempre, della forma scritta ai fini della documentazione del consenso informato

¹⁹Cfr. Trib. Roma, 23 luglio – 17 ottobre 2007, n. 2049, cit. Similmente, cfr. il parere del Consiglio superiore della sanità (in *Guida al dir.*, 2007, 37), seduta del 20 dicembre 2006 (in risposta al seguente quesito del Ministro della Salute: «se nel trattamento cui è sottoposto attualmente il Signor Welby non possa ravvisarsi la fattispecie del c.d. accanimento terapeutico»), secondo il quale «nel paziente cosciente, con funzioni intellettive integre, capace quindi di esprimere una volontà attuale (ma anche nell'ambito delle c.d. 'dichiarazioni anticipate di trattamento'), il concetto di accanimento si intersec[a] con la soggettività percettiva e la volontà dello stesso, che può decidere, in ogni istante, di non intraprendere o di interrompere un trattamento, anche in contrasto con l'indirizzo suggerito in scienza e coscienza dal medico». Al riguardo, cfr. altresì gli artt. 16 (*Procedure diagnostiche e interventi terapeutici non proporzionati*) e 39 (*Assistenza al paziente con prognosi infausta o con definitiva compromissione dello stato di coscienza*) del Codice deontologico medico italiano. *Amplius*, sia qui consentito rinviare a S. CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, Giappichelli, Torino, 2017, 317 ss.

(art. 1, quarto comma). Si tratta, quantomeno, di un'ingenuità, che direttamente incide sulla quotidiana pratica professionale, ingenerando fra gli addetti ai lavori un allarmismo derivante dalla materiale impossibilità di rispettare il dettato legislativo (a pena di un inutile, eccessivo e fors'anche irrealizzabile aggravio burocratico), in relazione alla miriade di prestazioni più o meno routinarie che costellano l'attività di una struttura sanitaria, e che perciò destina la lettera della norma, infine, all'inattuazione. Poco saggia, dunque, appare la scelta italiana di superare la più moderata soluzione deontologica (art. 35 CDM), che contempla la forma scritta, invece, solo per quelle fattispecie maggiormente rischiose per l'integrità psicofisica del paziente. D'altro canto, la norma sembra altresì malamente confondere i due piani dell'acquisizione e della documentazione del consenso informato: se la prima, infatti, è bene che avvenga oralmente²⁰, al fine di garantire l'effettiva comprensione e l'autenticità della decisione, la seconda può ben compiersi grazie all'impiego di una modulistica o tramite una videoregistrazione, ma non, «per la persona con disabilità, attraverso dispositivi che le consentano di comunicare», perché quest'opportunità torna a riguardare il momento, precedente, dell'acquisizione.

Per contro, e più ragionevolmente, in Argentina è regola generale l'oralità del consenso (art. 7 della *Ley* 26.529, integrato dall'art. 4 della *Ley* 26.742), fatto salvo un elenco di fattispecie «a rischio»²¹ (cui s'aggiunge l'ipotesi di revoca della volontà originariamente manifestata), per le quali è prevista la forma scritta e la sottoscrizione dei soggetti interessati. In questo senso, si riduce drasticamente il margine di discrezionalità concesso al personale sanitario dall'art. 77 del *Código de Ética para el Equipo de Salud*, il quale prevede che il paziente (o il familiare o il rappresentante) firmi «un libre "Consentimiento Informado" cuando los facultativos lo consideren necesario».

La maggiore efficacia del dato latinoamericano si misura, del resto, anche laddove si tratti di attribuire rilievo alla volontà del minore d'età. In Italia, è noto, l'art. 3 della legge n. 219/2017 colma il precedente vuoto normativo indubitalmente associando all'incapacità d'agire del paziente il potere del suo rappresentante legale d'esprimere assenso o diniego all'intervento medico proposto e prospettato. Fermo comunque resta, peraltro, il coinvolgimento del paziente in maniera proporzionale alle sue capacità, conformemente al più generale principio dell'ascolto del minore

²⁰Fra le ultime decisioni, cfr. Cass.civ., sez. III, 19 marzo 2018, n. 6688, in http://www.quotidianosanita.it/lavoro-e-professioni/articolo.php?articolo_id=60235, secondo la quale l'obbligo informativo non può esaurirsi nel referto scritto né in una «illustrazione atecnica e atemporale» ovvero in una comunicazione in termini «professionalmente criptici».

²¹Nella specie, si tratta d'*internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos* normativamente predeterminati, nonché dell'informazione resa *sub* lett. g) dell'art. 5, *Ley* 26.742.

nelle questioni e nelle procedure che lo riguardano, nonché ai fini dell'adozione dei relativi provvedimenti (artt. 315-*bis* e 336-*bis* c.c.).

Le opzioni alternative (altresì fra loro coniugabili) avrebbero ben potuto privilegiare la fissazione di un'età determinata – ed inferiore ai diciott'anni – ai fini della rilevanza della manifestazione di volontà da parte del minore in ambito sanitario; ovvero, avrebbero potuto richiedere ed imporre, in capo al medico, un concreto ed individuale accertamento della maturità e dell'intelligenza del paziente, sufficienti a comprendere la natura e le implicazioni del trattamento consigliato, altresì proporzionalmente alla rilevanza e all'invasività di quest'ultimo. Peraltro, il coniugio di tali opzioni, da altri ordinamenti già prescelto²², esige la verifica delle competenze dell'ammalato laddove questi non abbia valicato quella soglia d'età oltre la quale comincia ad operare – per previsione normativa – una presunzione relativa di capacità, del tutto svincolata, tuttavia, dall'idoneità anagrafica del soggetto a compiere atti giuridici validi. Infine, le indicazioni della legge e/o le valutazioni del medico avrebbero potuto differire e variare a seconda della natura della volontà manifestata dal diretto interessato, positiva o negativa, conforme o meno al giudizio scientifico: prestazione del consenso o, al contrario, opposizione di un dissenso. Per converso, s'è detto, il legislatore italiano pone, in capo al minorenni, una presunzione assoluta d'incapacità di autodeterminarsi, parimenti a quanto previsto per quei soggetti a favore della cui protezione l'ordinamento si sia *ad hoc* attivato, con la predisposizione di misure di tutela quali l'interdizione e l'amministrazione di sostegno.

L'art. 26 del *Código Civil y Comercial de la Nación* (Ley 26.994/2015) predisporre, al contrario, un livello di tutela più elevato e meglio definito²³. Sono individuate, nella specie, tre fasce d'età: inferiore ai tredici anni, per la quale opera la presunzione assoluta d'incapacità di cui sopra; fra

²² In particolare, cfr., nel Regno Unito, il *Family Reform Act* (1969) e, in Spagna, la legge del 14 novembre 2002, n. 41, *básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. V., inoltre, S. CACACE, *Autodeterminazione dei minori e trattamenti sanitari. Il caso del rifiuto alle cure per motivi religiosi*, in D. AMRAM-A. D'ANGELO (a cura di), *La famiglia e il diritto fra diversità nazionali ed iniziative dell'Unione Europea*, Cedam, Padova, 2011, 359; L. LENTI, *Il consenso informato ai trattamenti sanitari per i minorenni*, in L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2011, 417; A. OSELLINI, *Il consenso del minorenne all'atto medico: una breve ricognizione dei problemi di fondo*, in *Minorigiustizia*, 2009, 137, e M. DELL'UTRI, *Il minore tra «democrazia familiare» e capacità di agire*, in *Giur. it.*, 2008, 6. Diffusamente, infine, v. S. BENZONI-G.O. CESARO-P. LOVATI-P. VIZZIELLO (a cura di), *Prima dei 18 anni: l'autonomia decisionale del minore in ambito sanitario*, Franco Angeli, Milano, 2010, e M. PICCINNI, *Il consenso al trattamento medico del minore*, Cedam, Padova, 2007.

²³ Cfr., anteriore nel tempo, la Ley n. 26.061, *Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*, 26 ottobre 2005, che nulla specificamente prevede, però, in ambito di scelte sanitarie.

i tredici e i sedici anni (l'adolescenza), con una presunzione relativa di capacità rispetto a decisioni attinenti a «tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física» (per i quali, invece, è prevista la prestazione congiunta del consenso del minore e di quello del suo rappresentante legale e, in caso di conflitto fra le due volontà, una valutazione medica in punto di *interés superior* del ragazzo)²⁴; superiore ai sedici anni, infine, in cui si realizza una piena equiparazione con l'adulto (presunzione relativa di capacità) quanto alle scelte attinenti alla cura di sé.

Come si vedrà, le decisioni 'sul' minore appartengono, peraltro, ad un tema ben più ampio. Si tratta, infatti, del potere di scelta che soggetti terzi esercitano in ordine alla tutela della salute del paziente incapace: per previsione normativa o per indicazione del diretto interessato; rispettando o ricostruendo o interpretando una volontà espressa, in un momento precedente, più o meno chiaramente ovvero, infine, alla ricerca di un mero miglior interesse oggettivamente inteso²⁵. In ogni caso, il rappresentante non esercita una propria libertà personale o un diritto di autodeterminarsi, bensì persegue la salvaguardia dell'integrità psicofisica dell'ammalato e/o – eventualmente e laddove possibile – il rispetto del di lui profilo identitario²⁶.

²⁴ Cfr. A. MORLACETTI-S.R. FRANCO, *Aspectos legales para la atención integral de salud de adolescentes y jóvenes*, in <http://www.bioetica.org/cuadernos/bibliografia/morlachetti-1.htm>; W.D. PELLE, *La edad mínima para otorgar válidamente directivas médicas anticipadas*, 7 aprile 2016, MJ-DOC-9830-AR | MJD9830, e M. CANOVI, *Sobre la información y el asentimiento de los menores de edad en los tratamiento médicos*, in <http://revistapersona.com>.

²⁵ È il *pure-objective test*, adottato, per citare uno dei casi più noti, dalla *House of Lords* in *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] A.C. 789, nel rispetto del *duty of care* del c.d. *Bolam test*, secondo cui «a doctor is not guilty of negligence if he has acted in accordance with the practice accepted as proper by a responsible body of medical men skilled in that particular art».

²⁶ È il c.d. *juicio sustitutivo*, ovvero il *substituted judgement* di matrice nordamericana: cfr. *In re Quinlan* (1976) 70 N.J. 10, 355 A.2d 647; *In the Matter of Claire Conroy* (1985) 486 A.2d 1209; *In re Jobes* (1987) 529 A.2d 434, 443; *In re Peter* (1987) 108 N.J. 365, 529, e *Cruzan v. Director* (1990) Mdh, 497 U.S. 261. Cfr. E.A. LYON, *The Right to Die: An Exercise of Informed Consent, not an Extension of the Constitutional Right to Privacy*, in *U. Cin. L. Rev.*, 1990, 58, 1367, e F.R. PARKER, *The Withholding or Withdrawal Of Lifesustaining Medical Treatment Under Louisiana Law*, in *Loy. L. Rev.*, 1999, 45, 121. Cfr. altresì A.M. TORKE-G.C. ALEXANDER-J. LANTOS, *Substituted Judgement: The Limitations of Autonomy in Surrogate Decision Making*, in *Journ. Gen. Int. Med.*, 2008, 23 (9), 1514, e C.H. BARON, *The Right to Die: Themes and Variations*, in S. CANESTRARI-G. FERRANDO-M. MAZZONI-S. RODOTÀ-P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, II, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, cit., 1841 ss. V. altresì L. MINGARDO, *Quinlan, Cruzan ed Englaro. La giurisprudenza americana in tema di substituted judgement attraverso gli occhi di un giudice italiano: la (ri)costruzione della volontà del paziente incapace*, in C. CASONATO-C. PICIOCCHI-P. VERONESI (a cura di), *Forum BioDiritto 2008: percorsi a confronto: inizio vita, fine vita e altri problemi*, Cedam, Padova, 2009, 399 ss. A proposito, inoltre, del «caso Terry Schiavo» (la donna statunitense in stato vegetativo per la quale il marito chiede ed ottiene l'interruzione di alimentazione ed idratazione artificiali, contro la volontà dei di lei genitori), cfr. P. NORWOOD HARRIS, *Money, Fear*

5. *Le disposizioni anticipate di trattamento e il consentimiento por representaci3n*

La disciplina argentina si differenzia dall'italiana in un altro snodo fondamentale, in qualche modo correlato – s'è detto – al consenso 'del' minore e 'per' il minore.

Si tratta del ruolo accordato ai familiari del paziente, laddove quest'ultimo non li abbia in alcun modo investiti di c3mpiti decisionali.

Il paziente, infatti, pu3 essere sostituito nel ricevere l'informazione e nel prestare il consenso dal suo rappresentante legale, da chi sia stato a ci3 designato dall'ammalato che, pur essendo ancora capace, non se la senta di sapere e di decidere, nonch3 da colui che sia stato indicato dal diretto interessato in previsione di una futura, anche solo eventuale, sua incapacit3 nelle disposizioni anticipate di trattamento o nell'ambito di una pianificazione condivisa delle cure (denominazione – quest'ultima – peraltro sconosciuta agli argentini).

L'art. 59, ultimo comma, del *C3digo Civil y Comercial de la Naci3n*²⁷ prevede, tuttavia, che, nell'ipotesi di assoluta impossibilit3, in capo al paziente, di esprimere la propria volont3 e laddove questa non sia stata espressa in un tempo precedente, il consenso informato pu3 essere reso dal «c3nyuge,

and Prejudice: Why the Courts Killed Terri Schiavo, in *Women's Rights L. Rep.*, 2008, 30, 42; L. LEVI, *A New Model for Media Criticism: Lessons from the Schiavo Coverage*, in *U. L. Miami Rev.*, 2007, 61, 665; L. PICKERING FRANCIS-A. SILVERS, *(Mis)Framing Schiavo as Discrimination Against Persons with Disabilities*, *ivi*, 2007, 61, 789; B.J. WINICK, *A Legal Autopsy of the Lawyering in Schiavo: A Therapeutic Jurisprudence/Preventive Law Rewind Exercise*, *ivi*, 2007, 61, 595; K.L. CERMINARA, *The Politics of Health Law: Collateral Damage: The Aftermath of the Political Culture Wars in Schiavo*, in *W. New Eng. L. Rev.*, 2007, 29, 279; ID., *Critical Essay: Musings on the Need to Convince Some People With Disabilities That End-of-Life Decision-Making Advocates Are Not Out to Get Them*, in *Loy. U. Chi. L.J.*, 2006, 37, 343; L. SHEPHERD, *Terry Schiavo: Unsettling the Settled*, *ivi*, 297; M. RAHDERT, *End of Life Decision Making: The Right to Die?: The Schiavo Litigation: A Case Study for Federalism*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2006, 15, 423; L. SHEPHERD, *End of Life Decision Making: The Right to Die?: State Legislative Proposals Following Schiavo: What Are They Thinking?*, in *Temp. Pol. & Civ. Rts. L. Rev.*, 2006, 15, 361; E.J. LARSON, *From Cruzan to Schiavo: Similar Bedfellows in Fact and at Law*, in *Const. Commentary*, 2005, 22, 405; G.J. ANNAS, *«I Want to Live»: Medicine Betrayed by Ideology in the Political Debate over Terry Schiavo*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, 49; T.W. MAYO, *Living and Dying In a Post-Schiavo World*, in *AHLA Journ. Health Law*, 2005, 38, 587; R. SAAD, *Living Wills: Validity and Morality*, in *Vt. L. Rev.*, 2005, 30, 71; J. WOLFSON, *Schiavo's Lessons For Health Attorneys When Good Law Is All You Have: Reflections Of The Special Guardian Ad Litem To Theresa Marie Schiavo*, in *Journ. Health L.*, 2005, 4, 535; K.L. CERMINARA, *Tracking the Storm: The Far-Reaching Power of the Forces Propelling the Schiavo Cases*, in *Stetson L. Rev.*, 2005, 35, 147; W. ALLEN, *Erring too Far on the Side of Life: D3j3 Vu All Over Again in the Schiavo Saga*, *ivi*, 123, e ID., *The Constitution at the Threshold of Life and Death: A Suggested Approach to Accommodate an Interest in Life and a Right to Die*, in *Am. UL Rev.*, 2004, 53, 971.

²⁷ Disciplina equivalente gi3 si rinviene, del resto, nella *Ley 26.529* del 2009 (cosi come modificata nel 2012), *ex artt.* 4 e 6.

el conviviente, el pariente o el allegado»: non soltanto, dunque, un soggetto appartenente alla cerchia familiare dell'ammalato, ma anche, semplicemente, un amico, una persona a lui intimamente vicina. Peraltro, il decreto n. 1089/2012 (art. 5) non manca di prevedere l'ipotesi di conflitto fra tali soggetti «vicini» al paziente, laddove non sia possibile individuare, tra costoro, «un ordine»²⁸: a decidere, allora, sarà il comitato etico competente, il quale valuta altresì, eventualmente, l'opportunità dell'intervento giudiziale²⁹.

Non si rinviene in Italia una disciplina in questo senso ed è un silenzio certamente mosso dalla difficoltà di presumere beneficalità e non maleficità negli intenti e nell'azione di tali soggetti terzi. D'altro canto, il legislatore argentino né prevede un limite all'eventuale manifestazione di volontà dei «congiunti» (in termini, per esempio, di rifiuto del trattamento salvavita), né regola in maniera specifica l'ipotesi di conflitto fra costoro e il personale sanitario (ma neppure fra personale sanitario e rappresentante legale). Semplicemente, e in maniera generica, il summenzionato decreto (sempre *ex art. 5*), in tutti i casi di *consentimiento por representación*, risolve eventuali «dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación» all'insegna del «beneficio del paciente (...), fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas» – valutazione affidata, ancora una volta, al vaglio di un comitato etico³⁰.

La prima notazione attiene proprio all'organo deputato alla risoluzione dei conflitti. In Italia, il ricorso al giudice tutelare non è in alcun modo «filtrato»: il riferimento al comitato etico, pur considerato in corso di dibattito parlamentare, è stato espunto dalla normativa infine approvata. Da una parte, peraltro, ciò pare certamente giovare all'uniformità e alla piena «neutralità» delle pronunce, nonché alla conoscibilità e chiarezza dei relativi criteri decisionali – e fors'anche andare a beneficio, infine, di una certa tempestività dell'adozione di tali scelte e provvedimenti. Tuttavia, dall'altro canto, è pur vero che i recenti casi di Charlie Gard³¹ e di Alfie

²⁸ «Ordine» stabilito, per esempio, dall'art. 21 della *Ley 24.193, Trasplantes de organos y materiales anatomicos*, richiamato dall'art. 3 della *Ley 26.742*.

²⁹ Cfr. L. M. PAGANO, *Medidas de autoprotección otorgadas por ante autoridad judicial*, EnLL, 2012, 1067; F.J.L. CORREA-R.M. SIMÓ-L. SCHMIDT-V. ANGUITA (a cura di), *Experiencias de los Comités de Ética Asistencial en España y Latinoamérica. Análisis de casos ético-clínicos*, FELAIBE, Santiago de Chile, 2013, 65 ss., e P. FRIDMAN-M. GASET-A. GREBNICOFF-R. MARINO, *La necesidad de los Comités de Bioética en el hospital público*, in *Boletín Científico de la Asociación de Médicos Municipales*, 32, 2002, <http://www.medicos-municipales.org.ar/bc1002.htm#1>.

³⁰ Cfr. M.L. FRISCALE-S.V. GIROTTI BLANCO, *Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial*, MJ-DOC-7008-AR | MJD7008.

³¹ È il caso del bambino inglese affetto da malattia mitocondriale degenerativa ed incurabile, i cui genitori contrastano la decisione del personale sanitario d'interruzione delle terapie di sostegno vitale (ventilazione, idratazione e nutrizione artificiali): per una rico-

Evans³² ben manifestano ed esemplificano gli ostacoli che l'organo giurisdizionale incontra nella definizione di *hard cases* implicanti e richiedenti un'approfondita conoscenza di questioni d'ordine medico e/o scientifico, considerato che l'ausilio della consulenza tecnica allevia sì, ma non risolve appieno la complessità (da più punti di vista: etico, giuridico, sanitario) di simili decisioni.

Certo, il riferimento ai familiari e congiunti è lodevole – benché non privo di problematicità – laddove certifica una più che normale, comprensibile (perché ragionevole, consentendo con immediatezza il coinvolgimento dei soggetti più vicini al paziente incapace) e quotidiana pratica professionale, la quale, in Italia, si pone senza dubbio alcuno *contra legem*. Ciò senza contare che la cerchia familiare è frequentemente coinvolta riguardo alla cura dell'ammalato anche qualora questi sia capace e cosciente e senza sua «delega» alcuna: anzi, il medico italiano è più che aduso, specie in ipotesi di patologia a prognosi grave o infausta, ad informare il congiunto e non il paziente, il congiunto prima ancora del paziente, il congiunto 'meglio' (più esaustivamente) del paziente. Anche in questo senso, peraltro, il legislatore argentino non ha il timore di normare, definire e specificare quanto già avviene nella prassi: così, diversamente che in Italia, è previsto il c.d. «privilegio terapeutico», sia in termini d'informazione, sia in punto di prestazione del consenso, che si configura con «la exis-

struzione della vicenda, cfr. <http://www.lastampa.it/2017/07/10/esteri/charlie-gard-ecco-cosadice-la-scienza-eYSXMFITDdKiVhdLG8oTCN/pagina.html>; <http://www.corriere.it/reportages/esteri/2017/la-storia-dicharlie-gard/>; http://www.repubblica.it/protagonisti/Charlie_Gard/; A. RIGOLI, *Un medico cattolico: «Trovare nuove risposte a domande inedite»*, 1° luglio 2017, in <http://www.vita.it/it/article/2017/07/01/un-medico-cattolico-trovarenuove-risposte-a-domande-inedite/143879/>; R. COLOMBO, *Perché negare ai genitori la terapia compassionevole?*, in <http://www.ilsussidiario.net/News/Cronaca/2017/7/1/CHARLIE-GARD-Perche-negare-ai-genitori-la-terapia-compassionevole-/771774/>, e G. TESTA, *Sul riconoscimento di un diritto a morire in maniera degna e libera: riflessioni a margine di una giurisprudenza convenzionalmente orientata*, in <http://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-riconoscimento-di-un-diritto-a-morire-in-maniera-degna-e-libera-riflessioni-a-margine-di-una-giurisprudenza-convenzionalmente-orientata>, in <http://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-riconoscimento-di-un-diritto-a-morire-in-maniera-degna-e-libera-riflessioni-a-margine-di-una-giurisprudenza-convenzionalmente-orientata>, 19 giugno 2017, e CEDU, *Charles Gard and Others v. United Kingdom*, 28 giugno 2017, n. 39793/17. Cfr. altresì [2017] EWHC 972 (Fam); [2017] EWCA Civ 410; [2017] EWHC 1909 (Fam); <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-hearing-in-the-matter-of-charlie-gard.html>; <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2017/07/cg-order.pdf>; <http://www.gosh.nhs.uk/news/latest-press-releases/latest-statement-charlie-gard> e <http://www.gosh.nhs.uk/news/latest-press-releases/gosh-position-statement-issued-high-court-24-july-2017>. Similmente, per il diritto argentino, cfr. *Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación de Rosario*, agosto 2008, *SME y otros s/ se oficie s/ su situación*, in <http://www.zeus.com.ar/umTexto.asp?id=804&materia=9>.

³² Similmente a Charlie Gard, Alfie Evans è affetto da patologia neurologica degenerativa e l'opposizione dei genitori concerne l'interruzione delle terapie di sostegno vitale: cfr., fra le numerose decisioni, [2018] EWCA Civ 805; [2018] EWHC 308 (Fam); [2018] EWCA Civ 550; UK Supreme Court, *In the matter of Alfie Evans no. 2*, 20 aprile 2018; [2018] EWHC 953 (Fam), e <https://www.supremecourt.uk/news/permission-to-appeal-determination-in-the-matter-of-alfie-evans.html>.

tencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave» (art. 2, lett. f), ultimo comma, del decreto n. 1089/2012, ma anche art. 5, secondo comma, del decreto medesimo)³³.

Peraltro, la consacrazione, da parte dell'ordinamento argentino, del ruolo della famiglia trova il proprio contraltare nella possibilità di nominare, in Italia, un amministratore di sostegno, il quale viene designato dal giudice tutelare anche sulla base di un elenco normativamente fornito, benché non indicativo di un rigido ordine di prelazione (art. 408 c.c.: «(...) il coniuge che non sia separato legalmente, la persona stabilmente convivente, il padre, la madre, il figlio o il fratello o la sorella, il parente entro il quarto grado ovvero il soggetto designato dal genitore superstite con testamento, atto pubblico o scrittura privata autenticata»), ai fini della «rappresentanza esclusiva» o dell'«assistenza necessaria» in ambito di scelte sanitarie (art. 3, quarto comma, legge n. 219/2017). Nel nostro Paese, dunque, il ruolo della famiglia trova riconoscimento non «automaticamente», bensì per il tramite dell'intervento e della valutazione di un giudice.

In Italia come in Argentina, il *consentimiento por representación* si realizza, infine, anche nel caso di «fiduciario» designato all'interno delle disposizioni anticipate di trattamento (*directivas anticipadas*). Al riguardo, del resto, se il requisito della capacità d'agire – ai fini della loro redazione – ben si concilia, all'interno del nostro ordinamento, con la disciplina predisposta in ordine al consenso informato del paziente minore d'età, in Argentina tale medesimo presupposto non rinviene – sembra – adeguata giustificazione. Non si comprende, infatti, perché l'ultrasedicenne sia sì del tutto equiparato all'adulto in ambito di scelte sanitarie, ma non quanto alla *chance* di predisporre documenti di tal fatta – se non sostenendo che la previsione futura richieda un tasso di maturità e di consapevolezza superiore a quello necessario per una manifestazione di volontà *hic et nunc* espressa.

La normativa argentina, d'altro canto, non conosce una delle novità maggiori (e più originali) della disciplina italiana: la differenza fra pianificazione condivisa delle cure e disposizioni anticipate di trattamento, a seconda – in definitiva – che il rapporto medico-paziente si sia o meno già instaurato. Tale distinguo, peraltro, non opera solo in termini di attualità del consenso e di 'relazione' fra soggetto interessato e personale sanitario³⁴, bensì anche

³³ È la *rétenction thérapeutique de l'information* dei francesi, che si giustifica con la volontà di non aggravare ulteriormente le condizioni di salute di soggetti particolarmente ansiosi o psichicamente deboli: cfr. G. MEMETEAU, *Traité de la responsabilité médicale*, les Etudes hospitalières, Bordeaux, 1996, 111; D. THOUVENIN, *Le secret médical et l'information du malade*, Presses Universitaires de Lyon, Lione, 1982, 58, e P. ARIES, *L'homme devant la mort*, Le Seuil, Parigi, 1977. V. altresì il *leading case* statunitense *Canterbury v. Spence* (1972) 464 F.2d 786.

³⁴ Cfr. il consenso progressivo di cui al documento *Informazioni e consenso progressivo in cure palliative: un processo evolutivo condiviso*, Raccomandazioni della Società italiana

riguardo alla pubblicità e alla conoscibilità di tali documenti, laddove la previsione che le «directivas anticipadas (...) deberán ser agregadas a su historia clínica» (art. 11, primo comma, del decreto n. 1089/2012) presuppone che il paziente, appunto, sia già tale – provvisto di una cartella clinica e di uno o più medici curanti. Qualora, invece, quest'ipotesi non si sia ancora verificata, il problema della registrazione di tali atti diviene d'importanza capitale, in grado d'inficiare l'innovatività di buona parte della normativa di riferimento (in Italia, peraltro, a lungo attesa), non bastando affatto la consegna di una copia alla persona del fiduciario (in termini di tempestività ed effettività della conoscenza del documento, senza contare la non obbligatorietà della designazione di una persona 'di fiducia'). Del resto, né in Italia né in Argentina è stato predisposto l'unico strumento all'uopo utile: un registro nazionale³⁵. Peraltro, mentre l'art. 4, settimo comma, della legge n. 219/2017 prevede la redazione delle DAT «per atto pubblico o per scrittura privata autenticata ovvero per scrittura privata consegnata personalmente dal disponente presso l'ufficio dello stato civile del comune di residenza del disponente medesimo, che provvede all'annotazione in apposito registro, ove istituito, oppure presso le strutture sanitarie», la regolamentazione d'oltreoceano impone vincoli formali molto più stringenti, senza che per questo, però, sia realmente garantito il requisito della piena ed immediata conoscibilità³⁶. Si tratta, in particolare (*ex* art. 11, secondo comma, della *Ley* 26.529, in questo senso integrato dalla successiva *Ley* 26.742), della redazione di uno scritto alla presenza di due testimoni, «por ante escribanos público o

cure palliative, ottobre 2015, consultabile sul sito della stessa SICP. Cfr. altresì l'art. 26 (*Cartella clinica*) del Codice deontologico medico italiano, secondo il quale «il medico (...) registra il decorso clinico assistenziale nel suo contestuale manifestarsi o nell'eventuale pianificazione anticipata delle cure nel caso di paziente con malattia progressiva, garantendo la tracciabilità della sua redazione. Il medico registra nella cartella clinica i modi e i tempi dell'informazione e i termini del consenso o dissenso della persona assistita o del suo rappresentante legale (...)». V. P. BORSELLINO, *Consenso informato: perché e come attuarlo nelle cure palliative*, in *Riv. it. cure pall.*, 2012, 3, 35; A. TURRIZIANI, *Relazione di cura e autonomia relazionale. Come rispondere al dolore totale e alla sofferenza: il modello proposto dalle cure palliative*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 229; A. VALLINI, *Pianificazione delle cure, medicina palliativa. I nuovi paradigmi del «fine vita»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1139, e F. ALCARO, *La relazione di cura come rapporto giuridico. I dilemmi di fine vita*, *ivi*, 1189.

³⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 18 luglio 2018, n. 01298/2018, *Ministero della Salute: Richiesta di parere in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/213992/DAT.pdf/d7a3908b-c009-0baa-82f7-bcbda67d104f>, nonché la circolare del Ministero dell'Interno n. 1/2018, *Legge 22 dicembre 2017, n. 219, recante «Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento»*. *Prime indicazioni operative*, in <https://dait.interno.gov.it/documenti/circolare-n1-2018.pdf>.

³⁶ Cfr., peraltro, l'art. 11, ultimo comma, del decreto n. 1089/2012: «Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente».

jues de primera instancia competente»³⁷. Simile disciplina, dunque, condiziona la validità di questi atti al rispetto di adempimenti onerosi e dispendiosi: non a caso, allora, s'è sostenuto che il mancato richiamo – da parte dell'art. 60 del *Código Civil y Comercial* – di tali requisiti formali può ben interpretarsi come possibilità di realizzare le DAS anche prescindendo dai vincoli di cui sopra³⁸.

Infine, le due normative – l'italiana e l'argentina – non differiscono quanto a vincolatività, per il personale sanitario, di tali volontà né riguardo all'assenza di un termine in punto di validità o all'impossibilità di prevedere pratiche di natura eutanassica (le quali, laddove indicate, *vitiantur sed non vitiant* l'intero atto)³⁹. D'altro canto, la questione principale, che in entram-

³⁷ Cfr. CSJN, A.N., J.W. *s/medidas precautorias*, 1° giugno 2012, riguardo al rifiuto dell'emotrasfusione opposto dal Testimone di Geova ed espresso all'interno di *directivas anticipadas*, in <http://www.protectora.org.ar/bioetica/la-corte-suprema-de-la-nacion-confirma-el-uso-de-las-directivas-anticipadas/14962/>, nonché *Juzgado Criminal de Transición*, n. 1, Mar del Plata, 25 luglio 2005, in <http://www.protectora.org.ar/bioetica/directivas-anticipadas-derecho-a-la-dignidad-de-la-vida-%E2%80%93-derecho-a-la-autodeterminacion-y-respeto-a-las-decisiones-personales-referidas-a-la-salud-fallo-completo/3586/>.

³⁸ Così E. LAMM, *Título Preliminar y Libro Primero*, in AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, artt. 1-400, Infojus, Buenos Aires, 2015, sub art. 60, 147-149. Cfr. altresì M. AIZENBERG-R.D. REYES, *El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529*, in *Microjuris*, 23 febbraio 2011; J.G. NAVARRO FLORIA, *Los Derechos Personalísimos*, in AA.VV. (a cura di), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, El Derecho, Buenos Aires, 2012, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derechos-personalísimos-navarro-floria.pdf>; A.J. ROITMAN, *La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529*, in *LL*, suplemento especial *Identidad de género – Muerte digna*, maggio 2012, 120-121; N.A. TAIANA DE BRANDI-M.M. BRANDI TAIANA, *La modificación de la Ley 26.529*, *ivi*, 137; M.A. GELLI, *La autonomía personal y los derechos de los pacientes a vivir con dignidad. Las reformas a la Ley 26.529*, *ivi*, 93-99; C.A. GHERSI, *El consentimiento informado y el médico en la muerte digna*, *ivi*, 100; P.A. URBINA, *La capacidad de decidir sobre la propia vida*, *ivi*, 149; P. SIVERINO BAVIO, *Derechos de los pacientes y muerte digna: comentario a la ley sobre el rechazo o la negativa al soporte vital*, *ivi*, 127; E.L. TINANT, *Luces y sombras de la llamada ley de muerte digna*, in AA.VV., *Muerte digna*, La Ley, Buenos Aires, 2013, 121; J. L. MANZINI-E.L. TINANT, *Las directivas anticipadas*, in AA.VV., *Bioética en Medicina*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 299; E.L. TINANT, *Los derechos personalísimos del paciente y las directivas anticipadas para tratamientos médicos*, H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2005; Id., *Nuevo Proyecto de Ley de "Declaración de Voluntad Anticipada" en la Provincia de Buenos Aires*, in <http://www.revistapersona.com.ar/Persona80/80Tinant.htm>; M. CORNET, *Disposiciones para la propia incapacidad o testamento vital*, in *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Tomo XI. Año académico 2007/2008*, Cordoba, 2011, 81; J.J. ZAMARRIEGO MORENO, *Autonomía prospectiva: instrucciones previas/voluntades anticipadas*, in *Bioética, religión y derecho* (Actas del curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid celebrado en Miraflores de la Sierra del 14 al 16 de julio de 2005), Fundacion Universitaria Española, Madrid, 2005, e L. FERRARI-M. GUZ-L. MASSARO-G. MOREIRA-A. RUFFA-G. SOIFER, *Directivas anticipadas: un progreso legislativo*, in <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/3/directivas-anticipadas-un-progreso-legislativo.pdf>.

³⁹ Art. 60 del *Código Civil y Comercial*: «Las directivas que impliquen desarrollar prácti-

bi gli ordinamenti rimane irrimediabilmente «aperta» (e necessariamente affidata alla concreta, quotidiana pratica sanitaria), attiene ai contenuti e alla circostanza che questi siano espressi in maniera tale (sotto il profilo, per esempio, della correttezza della terminologia medico-scientifica adoperata) da poter essere rispettati. Orbene, il legislatore argentino tace riguardo all'informazione sanitaria che in Italia, invece, deve precedere l'espressione di simili volizioni (con tutti gli interrogativi che ne conseguono: riguardo, *in primis*, a quale professionista e con quale specializzazione; riguardo all'eventuale utilizzo del web; riguardo alle modalità con cui possa attestarsi l'avvenuta informazione), mentre non manca di sancire l'invalidità delle DAS (art. 11, settimo comma, del decreto n. 1089/2012) qualora «no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas». A quest'ultima possibilità la normativa italiana (quinto comma dell'art. 4) aggiunge (non senza una certa ridondanza fra sostantivo e sua aggettivazione) la *palese incongruità* e la sussistenza di «terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita», così accordando, forse, un superiore tasso di discrezionalità – in termini di maggiore libertà – alla decisione del medico di discostarsene.

6. *L'obiezione di coscienza e il diritto venezuelano*

Ai sensi dell'art. 1, sesto comma, della legge n. 219/2017, «il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Ebbene, l'interrogativo attiene qui alla possibilità di rinvenire un'ipotesi di obiezione di coscienza⁴⁰.

cas eutanásicas se tienen por no escritas». Con previsione più generica, v. altresì il sesto comma dell'art. 1 della legge n. 219/2017: «Il paziente non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali». Cfr. M. AIZENBERG (a cura di), *Estudios acerca del derecho de la salud*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2014; L.A. VALENTE, *Derechos de los paciente, ley 26.529 y muerte digna*, in *Rev. der. fam. pers.*, 2012, 1, 234, e G. LOVECE, *El derecho a la salud y la muerte digna*, in C. GHERSI-C. WEINGARTEN (a cura di), *Tratado del Derecho a la Salud*, II, La Ley, Buenos Aires, 2012, 631 ss.

⁴⁰ Cfr. A. VALLINI, *Il diritto di rifiutare le cure e i suoi risvolti: spunti per una discussione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 495; P. CHIASSONI, *Libertà e obiezione di coscienza nello stato costituzionale*, in *D&Q*, 2009, 9, 65; D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Passigli, Firenze, 2011; L. EUSEBI, *Obiezione di coscienza del professionista sanitario*, in L. LENTI-E. PALERMO FABRIS-P. ZATTI (a cura di), *I diritti in medicina*, in S. RODOTÀ-P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto*, cit., 173; V. ABU AWWAD, *L'obiezione di coscienza nell'attività sanitaria*, in *Riv. it. med. leg.*,

Il richiamo alla deontologia professionale, infatti, includerebbe altresì l'art. 22 del Codice deontologico medico: la c.d. clausola di coscienza⁴¹, ovvero la possibilità, per il sanitario, di rifiutare l'opera professionale in contraddizione, appunto, con la propria coscienza. Potrebbe essere il caso, per esempio, in cui, per rispettare il dissenso opposto dal paziente, il terapeuta debba procedere con una condotta attiva, nel senso di una prestazione interrottiva⁴². D'altro canto, così come deve essere accordato (pena l'impossibilità, per il medico, di attivarsi), il consenso può essere – s'è detto – anche revocato; nessun disagio del personale sanitario può valere a fronte dell'esercizio di una libertà fondamentale che coinvolge i supremi diritti e valori costituzionali: la vita, la salute, la conservazione e il rispetto della propria identità personale nell'esercizio di capitali scelte esistenziali. Una soluzione diversa opererebbe nel senso di un completo fraintendimento della posizione di garanzia del medico e del bilanciamento fra beni costituzionali dalla giurisprudenza delineato e dalla legge, infine, consacrato.

Del resto, ritenere che la norma abbia così introdotto, surrettiziamente, un'ipotesi di obiezione di coscienza pare idea peregrina, perché la portata diromponente e disgregativa di tale istituto richiederebbe un'esplicita previsione e disciplina, un'*interpositio legislatoris*, con l'individuazione esplicita, esplicita e tassativa delle fattispecie interessate (tipizzazione)⁴³.

2012, 403; M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Giuffrè, Milano, 2014; M. AMITRANO ZINGALE, *L'obiezione di coscienza nell'esercizio della funzione pubblica sanitaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1099, e P. VERONESI, *Tra deontologie e obiezioni di coscienza: il sempre attuale problema del limite*, in *Riv. Biodiritto*, 2016, 9. Cfr. altresì il parere del Comitato Nazionale per la Bioetica *Obiezione di coscienza e bioetica*, 30 luglio 2012, in www.governo.it/bioetica/pareri.html. Quanto, poi, ad un'obiezione di coscienza «positiva», cfr. F. MASTROMARTINO, *Contro l'obiezione di coscienza positiva*, in *Ragion pratica*, 2015, 629, e P. CHIASSONI, *Obiezione di coscienza: negativa e positiva*, in P. BORSELLINO-L. FORNI-S. SALARDI (a cura di), *Obiezione di coscienza. Prospettive a confronto*, in *Notizie di Politeia*, 2011, XXVII, 101, 36-54.

⁴¹ Il medico può rifiutare la propria opera professionale quando vengano richieste prestazioni in contrasto con la propria coscienza o con i propri convincimenti tecnico-scientifici, a meno che il rifiuto non sia di grave e immediato nocimento per la salute della persona, fornendo comunque ogni utile informazione e chiarimento per consentire la fruizione della prestazione». V. anche L. PALAZZANI, *Le linee del dibattito bioetico tra dovere di vivere e diritto di morire*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2015, 197.

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit., per il quale l'obbligo di rispettare la volontà del proprio assistito sussiste, per il medico, «anche ove sia sospeso il trattamento di sostegno vitale, con conseguente morte del paziente, giacché tale ipotesi non costituisce, secondo il nostro ordinamento, una forma di eutanasia, bensì la scelta insindacabile del malato di assecondare il decorso naturale della malattia sino alla morte». L'obiezione di coscienza, peraltro, legittima sempre e solo un'omissione e non può mai manifestarsi con una condotta attiva: non può contemplare, per esempio, la continuazione della terapia antibiotica, a fronte del rifiuto opposto dal paziente.

⁴³ Cfr. ancora Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.: «né il rifiuto opposto dall'Amministrazione alla richiesta del tutore, secondo il T.A.R., può giustificarsi con ragioni attinenti all'obiezione di coscienza, poiché spetta alla legge disciplinare compiutamente

La clausola di cui all'art. 22 non sarebbe sufficiente, dunque, a legittimare il rifiuto di atti giuridicamente dovuti: la disciplina deontologica, infatti, è piuttosto chiamata, in un caso come questo, ad integrare una normativa già esistente, nonché univoca, da sola, nel suo contenuto permissivo o precludente. Ciò perché l'obiezione di coscienza rappresenta un'eccezione al generale principio secondo il quale alla legge si deve obbedienza indipendentemente dalla sua conformità con le convinzioni dei singoli interessati – benché la richiesta *de qua* non sia di abrogazione dell'obbligo giuridico rifiutato, bensì di mero riconoscimento di un'esonazione per l'individuo nella sua particolarità.

Se anche nel «non può esigere trattamenti sanitari», poi, si volesse comprendere la fattispecie dell'interruzione che richieda una prestazione di natura sanitaria (l'estubazione, per esempio), pare corretto affermare, anche sotto la lente della *ratio legis*, che la menzione della contrarietà alla deontologia professionale non possa immediatamente riferirsi ad un dettato – quello dell'art. 22 – volto a delineare i confini della condotta deontologicamente corretta (ai fini dell'esonero da responsabilità disciplinare): quello che il medico 'può non fare'. La 'contrarietà a' attiene, per converso, a ciò che il medico – deontologicamente parlando – 'dovrebbe fare': il paziente, allora, non potrà pretendere, per l'appunto, il contrario.

In Argentina, peraltro, la *Corte Suprema de Justicia*⁴⁴, confermando il dovere dei sanitari di rispettare il rifiuto opposto dal paziente alla continuazione delle terapie di sostegno vitale (nel rispetto delle garanzie normativamente previste e nella certezza riguardo alla natura e ai contenuti della volontà del paziente), prevede altresì un 'immanente' e corrispettivo diritto, in capo ai medici medesimi, all'obiezione di coscienza. In questo senso, però, il Giudice chiede alle «autoridades correspondientes» la predisposizione di un «protocolo» che consenta il contemporaneo ossequio al diritto del sanitario di obiettare e a quello del paziente di veder rispettata la propria volontà⁴⁵. Anche a voler negare, dunque, la natura eccezionale delle norme che prevedono e disciplinano l'istituto dell'obiezione, il diritto all'interruzione delle cure dovrebbe comunque rinvenire tutela nella com-

le modalità e i limiti entro i quali possono assumere rilevanza i convincimenti intimi del singolo medico, ferma la necessità che la struttura ospedaliera garantisca, comunque, la doverosità del *satisfacere officio*. Così anche F.R. VILLADEMOROS, *Límites a la objeción de conciencia*, in M. AIZENBERG (a cura di), *Estudios acerca del derecho de la salud*, 105 ss.

⁴⁴ CSJN, D., M.A. s/Declaración de Incapacidad, 7 luglio 2015, cit.

⁴⁵ «A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere a los pacientes que se encuentren en la situación contemplada en la ley 26.529»: v. CSJN, D., M.A. s/Declaración de Incapacidad, 7 luglio 2015, cit.

plessiva organizzazione della struttura sanitaria interessata: la coscienza, infatti, è per antonomasia del singolo, non dell'amministrazione; la 'coscienza' delle istituzioni è costituita dalle leggi che le regolano⁴⁶.

L'analisi venezuelana in materia di obiezione di coscienza, del resto, è il profilo che più colpisce l'interprete il quale si accosti allo studio di tale ordinamento, peraltro connotato, in ambito di autodeterminazione e trattamenti sanitari, da una produzione normativa e giurisprudenziale ben più limitata rispetto ad Italia e Argentina. Al riguardo, infatti, la costruzione proposta dalla *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*⁴⁷ è completamente capovolta: ad essere considerato obiettore, dunque, è il paziente⁴⁸. In questo senso, a fronte del rifiuto dell'emotrasfusione da parte del Testimone di Geova, questi è 'costretto' al trattamento laddove non esista opzione diversa («científicamente comprobada y tecnológicamente asequible») e laddove si tratti di salvare la vita del paziente. Il diritto alla vita non contempla, infatti, anche un diritto alla morte: il rifiuto del trattamento

⁴⁶ In questo medesimo senso, v. ancora Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

⁴⁷ *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, 14 agosto 2008, n. 1431, in <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/1431-140808-07-1121.htm>. Cfr. Y.M. NAVARRO, *Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sobre la transfusión con hemoderivados a pacientes testigos de Jehová*, in *Cuestiones Jurídicas*, 2008, 2, 127; ID., *Transfusión sanguínea en pacientes Testigos de Jehová mayores de edad: Derechos involucrados*, *ivi*, 2009, 1, 11, e M.C. PETZOLD RODRÍGUEZ, *Análisis jurisprudencial de la sentencia no. 1431 del 14 de agosto de 2008 de Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela y su relación con los derechos humanos fundamentales*, in *Ars Juris*, 2012, 48, 273. V., infine, F. GUZMÁN TORO, *Los dilemas éticos y jurídicos relacionados con las transfusiones de sangre en las situaciones límites*, in *Fronesis*, 2010, 2, 185.

⁴⁸ Si esprime in termini similari, però, pur pervenendo a conclusioni completamente difformi, anche la *Corte Suprema de Justicia* argentina, sempre in un caso di rifiuto dell'emotrasfusione opposto da paziente Testimone di Geova: «la libertad religiosa incluye la posibilidad de ejercer la llamada objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que violente las convicciones íntimas de una persona, siempre que dicho incumplimiento no afecte significativamente los derechos de terceros ni otros aspectos del bien común. Ello es congruente con la pacífica doctrina según la cual la libertad de conciencia, en su ejercicio, halla su límite en las exigencias razonables del justo orden público». Cfr. *CSJN, Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, 6 aprile 1993, cit. D'altro canto, anche il Codice deontologico venezuelano del 2004 conosce una c.d. clausola di coscienza: cfr. gli artt. 47 («el médico puede negarse a prestar asistencia cuando se halla convencido de que no existen las relaciones de confianza indispensables entre él y el paciente a condición de advertir de ello al enfermo a sus familiares o allegados y asegurar la continuidad de los cuidados y proporcionar todos los datos útiles al médico que le sustituya») e 48 («si el enfermo debidamente informado se negare a un examen o al tratamiento propuesto, el médico puede declinar su actuación en las mismas condiciones previstas en Artículo anterior»). V. Cfr. M. ALONSO PÉREZ, *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la "lex artis")*, in J.A. MORENO MARTÍNEZ (a cura di), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, 21, e J. A. MARTÍNEZ GÓMEZ, *Ética profesional y deontología médica: una reflexión sobre el estado de la cuestión en Cuba*, in *Bioética*, 2015, 3, 7.

è valido sì, ma laddove non conduca irrimediabilmente al decesso. Il corollario attiene all'esistenza di un dovere del medico (ma, ancor prima, dello Stato) di mantenere in salute l'ammalato, anche a prescindere e anche contro la volontà di quest'ultimo; nonché all'esistenza, parimenti, di un dovere del singolo di vivere e di stare bene. Così, l'assistito può obiettare – adducendo la necessità di rispettare una propria convinzione religiosa – solo laddove la sua salute sia altrimenti preservabile e non si tratti, dunque, d'inficiare la sua stessa personalità: dalla realizzazione della libertà della persona non può conseguire la compromissione della persona stessa⁴⁹. L'obiezione di coscienza, inoltre, non opererebbe al punto d'impedire al medico di rispettare la legge, conformemente al dettato costituzionale (art. 61) secondo il quale questa «no puede invocarse para eludir el cumplimiento de la ley o impedir a otros su cumplimiento o el ejercicio de sus derechos» (limiti c.d. «interni»)⁵⁰. Coerentemente, poi, l'art. 46 Cost.ven. esclude la realizzazione di trattamenti sanitari senza il libero consenso del paziente, fatto salvo, però, il caso in cui questi versi in pericolo di vita⁵¹. Certo non si tratta di un 'diritto' del terapeuta: il problema, invero, riguarda proprio la costruzione di un rapporto giuridico composto esclusivamente da situazioni giuridiche passive, da un obbligo del medico di comportarsi secondo diligenza e da un obbligo del paziente di preservare la propria integrità psico-fisica, strumentalmente al buon funzionamento del sistema.

⁴⁹ Cfr. l'art. 61 della *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (15 dicembre 1999): «Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y a manifestarla, salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito». V. Anche M.C. DOMINGUÉZ GUILLÉN, *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*, in *Rev. Derecho*, 2002, 7, 49 ss.

⁵⁰ L'art. 59 della *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* dispone altresì, riguardo alla libertà di coscienza, che «el Estado garantizará la libertad de religión y de culto. Toda persona tiene derecho a profesar su fe religiosa y cultos y a manifestar sus creencias en privado o en público, mediante la enseñanza u otras prácticas, siempre que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. (...) Nadie podrá invocar creencias o disciplinas religiosas para eludir el cumplimiento de la ley ni para impedir a otro u otra el ejercicio de sus derechos». Cfr. D.A. VARGAS CAÑA-C. NÚÑEZ RIVERO, *Las libertades de conciencia, religión y culto en la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999*, in *Rev. der. UNED.*, 2015, 16, 779.

⁵¹ Meno coerentemente, cfr. l'art. 72, ottavo comma, del *Código de Deontología Médica* (approvato nel corso della CXL riunione straordinaria dell'*Asamblea de la Federación Médica Venezolana*, Cumana, 24-26 ottobre 2004, in http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/32938/5ta_sesion_codigoetica.pdf?sequence=8), secondo il quale il paziente ha il diritto di «rehusar determinadas indicaciones diagnosticas o terapéuticas siempre que se trate de un adulto mentalmente competente. El derecho a la autodeterminación no puede ser abrogado por la sociedad a menos que el ejercicio del mismo interfiera los derechos de los demás. Si tal decisión pone en peligro la vida del enfermo, debe el médico exigir la presencia de testigos que den fe de la decisión del mismo y anotar la información pertinente en la correspondiente historia clínica». Parimenti, l'art. 78 del *Código* medesimo accorda ai malati terminali il potere di opporsi a «cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico» (non solo, dunque, a quelli 'straordinari') e il medico dovrà rispettare tale volontà «aunque colida con lo que se considere como lo mejor».

La regola generale, dunque, non è quella della volontarietà dei trattamenti sanitari né quella di una diligenza sanitaria misurata in termini di conformità allo stato dell'arte e al volere del paziente né quella, infine, dell'illegittimità degli atti sanitari privi del consenso informato dell'ammalato. In questo senso, la salute non è declinata in senso soggettivo (*ex art. 32 Cost.it.*: «fondamentale diritto dell'individuo»), quantomeno non a costo della vita stessa. Il bilanciamento fra beni si risolve, dunque, con modalità del tutto difformi, sotto l'ègida dell'art. 83 *Cost.ven.*, ai sensi del quale «la salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida». La salute e il benessere più generalmente inteso non possono in alcun modo, dunque, dissociarsi dalla vita stessa. Il dovere del paziente, che trasfigura i connotati medesimi della prestazione sanitaria, è, in definitiva, quello indicato dall'art. 70 della *Ley Orgánica de Salud*⁵² («los pacientes tendrán los siguientes deberes»): «preservar y conservar su propia salud y la de sus familiares, y cumplir las instrucciones e indicaciones que conduzcan a ello»⁵³. L'unica concessione di segno opposto attiene all'ammalato «en condiciones vitales irrecuperables debidamente constatadas a la luz de los consentimientos de la ciencia médica del momento», relativamente al suo (questa volta) 'diritto' di rifiutare «medidas extraordinarias de prolongación de su vida» (art. 69, quarto comma, *Ley Orgánica de Salud*).

7. In Venezuela, la debole tutela della volontà

A proposito della vita e della morte di Eluana Englaro⁵⁴, osserva il Consiglio di Stato⁵⁵ come il consenso informato sia principio «fortemente affermato» sì, ma «debolmente tutelato». Ecco, in Venezuela neanche l'affermazione è forte. L'indisponibilità del bene vita si accompagna ad una nozione di salute eteronoma⁵⁶; l'autonomia dell'individuo incontra il limite

⁵² *Gaceta Oficial* n. 36.579, 11 novembre 1998.

⁵³ Peralto, ai sensi del terzo comma dell'art. 69, diritto del paziente è anche «recibir explicación en términos comprensibles en lo que concierne a salud y al tratamiento de su enfermedad, a fin de que pueda dar su consentimiento informado ante las opciones diagnósticas y terapéuticas, a menos que se trate de intervención que suponga riesgo epidémico, de contagio de enfermedad severa, y en caso de extrema urgencia».

⁵⁴ Cfr. Cass.civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, cit.

⁵⁵ Cons. Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, cit.

⁵⁶ Cfr. M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*, Colección Estudios Jurídicos n. 17, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, 265-266, nonché EAD., *Consideraciones sobre la muerte (Breve referencia al Derecho comparado)*, in *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 2008, 146, 389.

dell'obbligo statale di preservare la sua esistenza. Così, la previsione stessa – di cui appena sopra – della possibilità, per il malato terminale, di rifiutare «mezzi straordinari» si spiega con l'inopportunità di prolungare una pena comunque destinata al decesso: poiché la medicina non ha più strumenti di cura, alla malattia è lasciato fare il suo corso. D'altro canto, s'è già detto, tale statuizione pare persino ultronea⁵⁷, laddove l'accanimento terapeutico esula dalla stessa diligenza professionale ed è per lo più svincolato, dunque, dalla volontà individuale. Per il resto, a fronte del diniego opposto (anche prescindendo da motivazioni di natura strettamente religiosa), l'interrogativo che permane attiene alla coercibilità, per esempio, dell'amputazione di un arto o – persino – di un trattamento chemioterapico, in termini di rispetto della dignità stessa dell'assistito nella concreta realizzazione, *in primis*, dell'atto sanitario⁵⁸.

In Argentina, diversamente, la consacrazione del rifiuto di cui alla *Ley de Muerte Digna* si giustifica con un *misunderstanding* in tema di eutanasia e relativa sua definizione: diviene necessario, pertanto, chiarire come l'*autonomía de la voluntad* si estenda anche al sostegno vitale, all'omissione o all'interruzione da cui consegua – direttamente, benché più o meno immediatamente – il decesso. È il diverso impianto costituzionale dei tre ordinamenti qui rapidamente considerati, a condizionare e regolare la stessa messa a fuoco della lente del giurista⁵⁹.

⁵⁷ Cfr., peraltro, l'art. 28 della *Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina*, 17 novembre 2011, in http://www.asambleanacional.gob.ve/documentos_leyes/ley-de-reforma-de-la-ley-de-ejercicio-de-la-medicina.pdf: «El médico o médica que atiende a enfermos o enfermas irrecuperables, no está obligado u obligada al empleo de medidas extraordinarias de mantenimiento artificial de la vida. En estos casos, de ser posible, oirá la opinión de otro u otros profesionales de la medicina (...)», nonché l'art. 29: «El ingreso y la permanencia de los enfermo o enfermas, en las unidades de cuidado intensivo deberá someterse a normas estrictas de evaluación, destinadas a evitar el uso injustificado, inútil y dispendioso de estos servicios en afecciones que no las necesiten y en la asistencia de enfermos o enfermas irrecuperables en la etapa final de su padecimiento». Similmente v. anche l'art. 82 del *Código de Deontología Médica*. V. G. D'EMPAIRE-M.E. D'EMPAIRE-J. ENCINOSO, *Limitación de medidas terapéuticas en los pacientes críticos*, in *Gaceta Médica de Caracas*, 2002, 1, 92.

⁵⁸ In contraddizione, peraltro, con la definizione, mutuata dall'O.M.S., di cui all'art. 2, *Ley Orgánica de Salud*: «Se entiende por salud no sólo la ausencia de enfermedades sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental».

⁵⁹ Cfr. CSJN, *Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias*, 1° giugno 2012, cit.: «(...) no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorice a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento, ya que mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo; una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior. Agregó que con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una

Peraltro, come in Italia fino a dicembre 2017, così in Venezuela il legislatore tace riguardo al c.d. *testamento vital*, la cui redazione, dunque, se non può essere esclusa, è affidata alla mera iniziativa dei privati, nel rispetto delle indicazioni codicistiche e all'interno dell'area – sopra delineata – in cui la volontà individuale può legittimamente esprimersi⁶⁰. Pieno riconoscimento, invece, è accordato al ruolo dei familiari, in caso d'incapacità⁶¹ del paziente (art. 69, quinto comma, *Ley Orgánica de Salud*), ma solo quanto alle «*explicaciones sobre las opciones diagnósticas*»: non v'è menzione del *consentimiento por representación* né si rinviene alcun cenno, a dire il vero, alla possibilità stessa, per il paziente, di rifiutare l'atto sanitario proposto. Tale possibilità, per contro, viene disciplinata dodici anni dopo, ai sensi dell'art. 25 della *Ley de Reforma de la Ley de Ejercicio de la Medicina*: il medico è obbligato a rispettare la volontà, espressa per iscritto dall'ammalato o dal suo rappresentante, di non sottomettersi al trattamento o al ricovero proposti e consigliati; questa circostanza, dunque, esonera il professionista da qualsivoglia responsabilità, fatta salva la necessità di tutelare l'ordine pubblico e la salute dell'intera collettività.

Orbene, l'interrogativo attiene proprio all'attualità del bilanciamento costituzionale operato dalla Suprema Corte venezuelana nel 2008⁶², a fronte di una previsione di tal fatta, successivamente intervenuta. Peraltro, pare a chi scrive che il dettato normativo di cui sopra non abbia né la «forza» né il dettaglio per riscrivere la giurisprudenza costituzionale o per circoscrivere l'applicazione dell'art. 46 Cost.ven. (*id est*: possibilità di prescindere dal consenso informato in caso di pericolo di vita) all'ipotesi, per esempio, del paziente incosciente e/o incapace di esprimere il proprio volere. Ciò anche solo considerando come il diniego del rappresentante – richia-

perrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa”».

⁶⁰ Cfr. I.C. VÁSQUEZ G., *Il testamento biológico o vital como acto jurídico para decidir sobre la vida y la muerte según el ordenamiento constitucional venezolano*, Maracaibo, aprile 2015, in <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-15-08447.pdf>, e R. BERNAD MAINAR, *Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas*, in *Icade. Rev. cuatrim. Fac. Der. Cien. Econ. Empres.*, 75, 2008, 355-356.

⁶¹ Ma non solo in questo caso: cfr. altresì l'art. 52 del Codice deontologico venezuelano (comunicazione della verità ai familiari) e l'art. 49 della *Ley de Ejercicio de la Medicina*, secondo il quale «el pronóstico grave puede ser mantenido en reserva, pero si el médico o médica teme una evolución incapacitante o un desenlace fatal deberá notificarlo oportunamente, según su prudente arbitrio, a los familiares o a sus representantes».

⁶² *Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia*, 14 agosto 2008, n. 1431, cit.

mato dall'art. 25 – non possa compromettere l'integrità psico-fisica del rappresentato (eccezion fatta per il caso di trasmissione e/o ricostruzione della di lui volontà): l'assenza di simile e capitale precisazione, nei termini di un miglior interesse dell'assistito, insinua quantomeno il dubbio che ben altri limiti siano prospettabili (*in primis*, appunto, il pericolo di vita, anche a fronte di paziente *compos sui*), riguardo alle volizioni cui il sanitario debba prestare un incondizionato ossequio.

8. *Qualche conclusione, poche previsioni, molte preoccupazioni*

In Italia come in Argentina, l'intervento del legislatore riveste anzitutto un significato valoriale forte ed inequivoco, nei confronti degli operatori sia sanitari sia giudiziari; declina e specifica l'ègida della Carta fondamentale; rinsalda e conforta gli orientamenti e le evoluzioni della giurisprudenza ordinaria, amministrativa, costituzionale degli ultimi decenni. Il risultato, dunque, è di sollevare il Codice deontologico da inopportune funzioni di supplenza e di creare istituti giuridici *ad hoc* per la risoluzione delle problematiche in argomento (a fronte della fatica spesa dai tribunali per adattare gli esistenti). Volontà del legislatore, dunque, non è la previsione e la disciplina di una responsabilità *ex post*, in un'ottica anche o solo sanzionatoria⁶³, bensì d'incentivare quanto più possibile l'adozione di decisioni consensuali medico/paziente, ricostruendone ed umanizzandone la relazione, distendendone i toni, chiarendo i reciproci diritti e doveri. È il ruolo stesso del giudice, peraltro, ad uscirne modificato, laddove il suo intervento è unicamente richiesto, quale *last resort*, nell'ipotesi d'altrimenti irresolubile conflitto fra scienza e volontà – a fronte dell'attivismo e della creatività richiestagli, invece, dai tempi più o meno recenti.

Così, la *vacatio legis* venezuelana crea uno stato d'incertezza quanto all'estensione della posizione di garanzia del medico e dell'autonomia del paziente: il paternalismo impera nelle poche decisioni giurisprudenziali e viene avallato dal dettato costituzionale, senza che la normativa, pur intervenuta, sia stata in grado di segnare una svolta o una «rottura» rispetto alle scelte valoriali e giuridiche del passato.

Certo, il dato latinoamericano – giudiziale e normativo – non è scevro da fraintendimenti terminologici e definitivi, che rischiano d'inficiare, talvolta, la congruità del ragionamento giuridico e della disciplina legislativa: in ambito, prima di tutto, di obiezione di coscienza, di eutanasia pas-

⁶³ *Contra*, per esempio, la legge francese c.d. «Kouchner» n. 2002-303, du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, in <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2002/3/4/2002-303/jo/texte>, la quale disciplina altresì natura e connotati della – ampiamente intesa – responsabilità sanitaria.

siva, di natura del *living will*, il quale non può in alcun modo ridursi a documento funzionale all'ottenimento di una morte degna da parte del malato terminale. D'altro canto, lo stesso utilizzo del sintagma *muerte digna* si presta al malinteso, perché richiama quella «buona morte» penalmente sanzionata ed eticamente per lo più avversata. Si tratta, per converso, di rispettare la volontà del paziente anche al termine della sua vita, la quale cessa di essere, allora, bene assoluto, oggettivo, in sé e per sé considerato, a favore della considerazione e valutazione, invece, della sua qualità, del tempo che rimane, delle relazioni che la costellano. Non v'è dignità nella morte, scriveva Welby al Presidente Napolitano⁶⁴; la dignità della fine della vita, invece, è garantita da un medico che, se non può più guarire l'ammalato, si adopera per guarirlo dal dolore, nel rispetto della sua autonomia. È un'autonomia debole, del resto, perché non più 'libera', laddove il paziente è sottoposto al controllo del sanitario e da questi profondamente dipende (si pensi al caso – estremo – di DJ Fabo).

La previsione, dunque, è quella di una giurisprudenza e di una medicina che – prima l'una, più lentamente l'altra – si acquieteranno alla necessità di rispettare la volontà individuale, senz'altro grazie alla solidità dell'avallo normativo. I problemi che permangono, d'altro canto, attengono prima di tutto alla veridicità di tali volizioni nell'ipotesi di paziente propriamente né capace né incapace: si tratta, per esempio, dell'ammalato anziano, affetto da una qualche forma di demenza, magari anche solo – ipotesi del tutto frequente e dilemmatica per molti operatori sanitari. La soluzione, allora, in assenza di condizioni d'urgenza e della previa nomina di un fiduciario, sarà la designazione di un amministratore di sostegno, che accompagni il binomio medico/paziente nella relazione di cura, nel percorso terapeutico e nella definizione stessa di una volontà.

Seconda questione – non in termini d'importanza – riguarda, s'è già detto, la possibilità stessa di rispettare le DAT, laddove non espresse adeguatamente quanto a precisione del linguaggio, a consapevolezza delle scelte e a cognizione delle conseguenze relative. V'è un problema, dunque, di terminologia; di passare del tempo (non essendovi una scadenza, il personale sanitario potrebbe sentirvisi sempre meno vincolato, col trascorrere degli anni); di mutamento dello stato dell'arte, ma anche di evoluzione della patologia (ciò che pareva «straordinario» e inaccettabile diviene ordinario e facilmente concepibile, anche sul proprio corpo). In questo senso, peraltro, quanto più è lontana la manifestazione di volontà del diretto interessato, tanto più il fiduciario rischierà d'interpretarla, invece di rispettarla e di applicarla.

Infine, rimane l'incognita delle modalità operative di pubblicità delle DAT,

⁶⁴ Cfr. Lettera aperta di Piergiorgio Welby al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, in <http://temi.repubblica.it/micromega-online/lettera-aperta-di-piergiorgio-welby-al-presidente-della-repubblica-giorgio-napolitano/>.

con la complessità della creazione di un registro unico informatizzato⁶⁵. S'è detto – a questo proposito – come sia l'Italia sia l'Argentina paiano lontane da un'implementazione in tal senso, a fronte dell'esigenza di utilizzare, all'interno di un unico circuito a livello nazionale, strumenti quali la cartella clinica informatizzata, la carta d'identità o la tessera sanitaria elettroniche, ovvero d'ideare, infine, un supporto *ad hoc* che custodisca solo tali disposizioni anticipate.

⁶⁵ Non bastando, per contro, registri meramente locali o regionali: cfr. in Argentina, per esempio, le *Leyes* n. 4263 e n. 2611 delle Province di Río Negro e Neuquén, rispettivamente. Quanto alle modalità di pubblicità in Francia, cfr. il *Fichier national des directives anticipées*: <https://www.admd.net/qui-sommes-nous/une-association-votre-service/notre-fichier-des-directives-anticipees.html>. Per l'ordinamento italiano, v. Consiglio di Stato, Commissione Speciale, 18 luglio 2018, n. 01298/2018, *Ministero della Salute: Richiesta di parere in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, cit.

OBBLIGAZIONI

IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO CONTRATTUALE IN EUROPA: DAL PIÙ AL MENO

Cristina Amato

SOMMARIO: 1. Il sogno infranto dell'unificazione del diritto privato patrimoniale. – 2. Le debolezze del contratto europeo dei consumatori. – 2.1. Un'occasione perduta: la Dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori. – 2.2. I nuovi orizzonti: dai contratti B2C alle piattaforme, e dal consumatore al *prosumer*. La risposta dell'UE nel *Digital Single Market Strategy*. – 3. I contratti di diritto comune: il fallimento dei progetti di unificazione del diritto privato patrimoniale.

1. *Il sogno infranto dell'unificazione del diritto privato patrimoniale*

Il processo di gestazione che ha portato l'Europa a concepire il disegno di unificazione, o meglio di armonizzazione¹, del diritto patrimoniale è stato assai lungo e travagliato. Intanto, l'ideale di unificazione politica e istituzionale non è stato realizzato neanche dai Trattati di Amsterdam (2 ottobre 1997) e di Lisbona (13 dicembre 2007), che hanno di fatto lasciato aperte questioni strategiche, quali la legittimità del processo decisionale comunita-

¹ Sulla distinzione tra armonizzazione, uniformazione e unificazione cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2016, 12. V. anche: S. FERRERI, voce "Unificazione, uniformazione", in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., IV ed., Torino, 1999, vol. XIX, 504 ss. il quale spiega come l'obiettivo minimo dell'armonizzazione sia la redazione di regole giuridiche tendenzialmente uniformi, lasciando che ciascuno Stato apporti varianti mai tali da stravolgere il modello di base; l'uniformazione, invece, consiste sia nella diffusione di regole giuridiche emanate da un organo legislativo unitario, sovranazionale, la cui applicazione ed interpretazione è comunque rimessa agli organi giurisdizionali di ciascun Paese, sia nell'emanazione di regole uguali da parte di ciascuno Stato; infine, l'unificazione consisterebbe nella produzione della norma a cura di un unico organo legislativo al quale gli Stati membri attribuiscono competenza normativa: in quest'ultimo caso, è necessario che via sia anche un'attività giurisdizionale svolta da un'unica piramide di uffici giudiziari, per garantire l'univocità nell'interpretazione della norma. Sulla differenza tra uniformazione e unificazione, cfr. nello stesso senso R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2015, 8, *sub* nota 8. V. anche L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 518: «L'armonizzazione è una forma di unificazione del diritto più debole perché preserva l'individualità delle norme armonizzate modificandole soltanto nella misura necessaria al conseguimento di un risultato sostanzialmente eguale».

rio e il *deficit* democratico², posto che il principale organo legislativo resta a tutt'oggi il Consiglio dei Ministri (o Consiglio dell'Unione Europea); organo – com'è noto – rappresentativo degli Stati e non dei cittadini, ai quali pure sono indirizzati (anche direttamente, come avviene per i regolamenti) gli atti normativi³. Rispetto al nuovo assetto europeo, indubbiamente evolutosi negli ultimi trent'anni verso il raggiungimento di obiettivi non più unicamente identificabili con l'integrazione economica, ma contestualmente miranti a sostanziali forme di cooperazione politica, i mutamenti di percorso del diritto privato europeo coinvolgono in primo luogo le fonti, diversificate e potenziate a partire dagli anni '80 del secolo scorso. Si allude, in particolare, all'utilizzo sempre più frequente della direttiva, quale strumento di normazione indiretta che implica, per definizione, la mediazione dell'ordinamento che la recepisce, adeguandola al diritto domestico⁴; con ciò rendendo ancora più complesso e variegato il panorama del diritto privato d'impulso comunitario⁵. Si

² Si allude al paradosso, già discusso durante le conferenze intergovernative che portarono all'approvazione del Trattato di Maastricht, per cui un'organizzazione quale quella europea, nata per propugnare ideali democratici, è in realtà costruita su un impianto nient'affatto democratico, in quanto sottopone i cittadini degli Stati membri all'efficacia, anche diretta (come nel caso dei Regolamenti), di atti aventi natura legislativa, provenienti da organi non eletti dai cittadini stessi, ma rappresentativi degli Stati: F. BESTAGNO-U. DRAETTA-A. SANTINI, *Elementi di diritto comunitario, Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea*, Milano, 2018, 20-22, 32. Ritene inadeguato il dibattito sull'architettura istituzionale, quale momento necessario verso il passaggio ad un'Europa federale: L. SIEDENTOP, *Democracy in Europe*, Oxford, 1999.

³ Il mancato riconoscimento del potere legislativo all'unico organo rappresentativo dei cittadini degli Stati aderenti all'Unione è stato bilanciato, negli ultimi Trattati, attribuendo al Parlamento un maggior peso nella fase decisionale, che precede l'emanazione degli atti da parte del Consiglio dell'Unione europea, su proposta della Commissione. L'intervento del Parlamento nell'emanazione di atti normativi si traduce sostanzialmente in tre procedure di decisione, ciascuna delle quali a sua volta si articola in complessi *iter* procedurali. La prima è la consultazione-concertazione, che riduce l'intervento del Parlamento all'espressione di un parere-risoluzione; la seconda, assai più complessa, è la procedura di cooperazione introdotta dall'Atto unico, che vede il Parlamento partecipare attivamente alla decisione del Consiglio fino all'elaborazione di una posizione comune che, se non approvata dal Parlamento, costringe il Consiglio ad adottarla ugualmente deliberando all'unanimità. La terza procedura, introdotta dal Trattato di Maastricht, è quella di codecisione, che accresce ulteriormente le competenze del Parlamento, fino a consentirgli di respingere definitivamente, a maggioranza assoluta, l'atto del Consiglio. Il Trattato di Amsterdam ha, da una parte, semplificato quest'ultima procedura; dall'altra ne ha ampliato le possibilità di applicazione, riducendo a due le ipotesi di ricorso alla procedura di cooperazione (nelle materie economiche e monetarie): F. BESTAGNO-U. DRAETTA-A. SANTINI, *Elementi di diritto comunitario, Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'unione europea*, cit., 132 ss.

⁴ Le fonti del diritto privato europeo vanno rinvenute intanto nei Trattati (diritto primario), dai quali deriva la legittimità degli atti giuridici tipici (regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri: artt. 288-292 TFUE, c.d. diritto derivato), destinati all'armonizzazione del diritto privato – nei limiti (come si dirà più avanti nel testo) dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

⁵ Osserva giustamente G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, mo-*

allude, inoltre, all'impegno attivo riconoscibile alla Corte di Giustizia Europea (CGUE) che, ai compiti puramente interpretativi assegnati dal Trattato di Roma, aggiunge un'attività creativa che le conferisce un ruolo di fonte di produzione del diritto (destinato peraltro a crescere) non trascurabile⁶.

Dal punto di vista dei contenuti, si è registrato un allargamento a macchia d'olio delle competenze comunitarie nelle materie privatistiche⁷. In particolare, l'ampliamento della definizione di 'diritto privato europeo' è stato reso possibile dal perseguimento di una tenace politica dei consumatori; traccia, questa, che ha consentito al legislatore europeo di solcare trasversalmente gran parte del diritto privato, ritagliandone una fetta di diritto speciale che ha messo in crisi le fondamenta del diritto generale dei contratti degli Stati membri.

Per quel che attiene agli obiettivi, il 'nuovo' diritto privato europeo sembrava in un primo tempo ispirarsi ad ideali di unificazione, approvati e sostenuti dallo stesso Parlamento europeo⁸ e dalla Commissione, proiettandosi in tal modo gli strumenti tecnici di funzionamento e di rilancio dell'Unione persino oltre l'ideale federale. Era, questa, l'età della fede⁹, cominciata dapprima in maniera incerta negli anni '80 del secolo scorso, definitivamente conclusasi nel 2014 con il ritiro del CESL (*Common European Sale Law*: v. *infra*, § III) dall'agenda della Commissione Europea.

Anche nell'età della fede la giovane Europa ha dovuto difendere l'obiettivo minimo di armonizzazione del diritto patrimoniale non solo dalle accuse di *deficit* democratico, ma anche dalle limitazioni poste dai principi

delli e regole, cit., 10-13, che definire il diritto privato della Comunità Europea come «... insieme di norme vigenti nell'ordinamento giuridico comunitario che regolano rapporti tra soggetti privati» sarebbe riduttivo, in quanto non terrebbe conto dell'ulteriore travaso delle norme comunitarie contenute in una direttiva nel diritto interno; passaggio che può anche significare una limitazione territoriale di detto diritto europeo, ove taluno degli Stati membri ometta di recepire del tutto la direttiva.

⁶ L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Interpretazione e rule of law nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 358.

⁷ Ne dà un elenco esauriente U. BRECCIA, *Considerazioni sul diritto privato sovranazionale fra modelli interpretativi e regole effettive*, in *Scritti in onore di R. Sacco, La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Milano, 1994, 133: «Non c'è settore fondamentale del diritto privato che ormai non possa porre una o più regolamentazioni di principio (raccomandate, progettate o da attuare) a fondamento del mutamento consolidato o più spesso ancora in corso ...»; G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea. Fonti, modelli e regole*, cit., 27-30, il quale identifica cinque aree giuridiche rilevanti dal punto di vista dell'importanza dell'intervento comunitario: 1) diritto della concorrenza; 2) diritto delle società; 3) diritto dei contratti; 4) responsabilità civile; 5) diritto di proprietà industriale.

⁸ *Resolution on Action to Bring into Line the Private Law of the Member States*, Off. J EC 26 giugno 1989 N. C. I58/400 (Risoluzione A2 – 157/89 del 26 maggio 1989); *Resolution on the Harmonization of Certain Sectors of the Private Law of the Member States*, Off. J. EC 25 luglio 1994 N. C. 205/518 (Risoluzione A3 – 0329/94 del 6 maggio 1994).

⁹ G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New Haven-London, 1977, il quale così definisce il periodo nord-americano tra le fine della Guerra Civile e la Prima Guerra Mondiale.

più specifici di legittimazione a normare, vale a dire sussidiarietà e proporzionalità, consacrati nell'art. 5 del TUE¹⁰. In questo contesto è maturato il dibattito intorno all'opportunità¹¹ (o, al contrario, all'indesiderabilità¹²) di un codice europeo dei contratti. L'ideale della codificazione in ma-

¹⁰ Trattato dell'Unione Europea, Art. 5: «3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati».

¹¹ Si segnalano, in particolare, le iniziative pro codificazione emerse già dal Convegno di Pavia 20-21 ottobre 1990: la «traccia operativa» seguiva due modelli già esistenti: il progetto di codificazione inglese (promosso dalla *Law Commission* nominata dal Parlamento inglese e presieduta da McGregor), e il libro IV del nostro Codice civile. V.G. GANDOLFI, *Il progetto "pavese" di un codice europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, vol. I, 2001, 455 ss.; ID., *Per la redazione di un «codice europeo dei contratti»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 1073 ss. Sulle giornate pavesi, cfr. P. STEIN, (a cura di), *Convegni di studio per la redazione di un progetto di un codice europeo dei contratti*, Pavia, 1992-1994, Milano, 1996. Per un'articolata e convincente argomentazione a favore della codificazione europea del diritto dei contratti e delle obbligazioni cfr. C. CASTRONOVO, *Savigny, i moderni e la codificazione europea*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 219 ss. Sottolinea come la via dell'unificazione del diritto civile in Europa si incontri con quella di armonizzazione e razionalizzazione propria dell'idea di codice: G.B. FERRI, *La formazione del «civilista europeo»*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 480-483.

¹² Nella letteratura straniera sono note le posizioni estreme contro la codificazione assunte da P. LEGRAND, *European Legal Systems are not Converging*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 45, 1996, 79 ss.; ID., *Sens et non-sens d'un code civil européen*, in *Revue internationale de droit comparé*, 48, 1996, 779 ss.; ID., *Against a European Civil Code*, in *Modern Law Review*, 60, 1997, 45 ss. Per posizioni più morbide: V. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligation: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1990; ID., *Roman Law and European Legal Unity*, in A. HARTKAMP et altri (a cura di), *Towards a European Civil Code*, The Netherlands, 1998; ID., *Civil Code or Civil law? Towards a New European Private Law*, in *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 20, 1994, 217 ss.; ID., *Roman and Comparative Law: The European Perspective*, in *Journal of Legal Studies*, 16, 1995, 21 ss.; ID., *Savigny's Legacy. Legal History. Comparative Law and the Emergence of a European Legal Science*, in *Law Quarterly Review*, 112, 1996, 576, il quale nega l'esistenza, già in tempi medievali, di un presunto *ius commune*, così criticando alla radice le tesi storiografiche che sponsorizzano il nuovo diritto comune europeo quale odierna rinascita dello *ius commune* medievale. Aderisce alla tesi di Zimmerman: A. CHAMBOREDON, *Form v. Substance? An Ideological Venture Beyond the Dichotomy in European Law of Contract*, in *European Revue of Private Law*, 8, 2000, 246: «The present European legal order is formed by different legal regimes, and various legal institutions. It is thus better defined as a pluralist system, a 'multi-system' order in perpetual construction». V. anche E. MCKENDRICK, *Traditional Concepts and Contemporary Values*, in *European Review of Private Law*, 10, 2002, 95 ss., il quale paventa i pericoli dell'unificazione del diritto privato: soluzione – dice l'A. – non idonea ad operare il bilanciamento di valori confliggenti. V.H. COLLINS, *European Private Law and Cul-*

teria di obbligazioni e contratti aveva come premessa di fondo l'ansia dell'unificazione, dettata da una pluralità di motivazioni. Innanzitutto, la necessità di promuovere un ambiente legale comune in Europa in funzione della creazione di un mercato unico¹³, unificando quei settori del diritto privato restrittivi delle quattro libertà e della concorrenza¹⁴; inoltre, l'opportunità di semplificare le regole giuridiche applicabili alle operazioni economiche¹⁵ a sostegno di chi intreccia rapporti commerciali, nonché ad uso degli arbitri chiamati a dirimere le controversie destinate inevitabilmente ad insorgere, sul presupposto che il compito del diritto generale dei contratti, in tutti gli Stati membri, sia quello di facilitare le scelte di un libero mer-

tural Identity of States, in *European Review of Private Law*, 3, 1995, 353; ID., *The Voice of the Community in Private Law Discourse*, in *European Law Journal*, 3, 1997, 4; ID., *Formalism and Efficiency: Designing European Commercial Law of Contract*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 228-235: l'A. dapprima indugia nel tradizionale orgoglio inglese, insinuando che di fronte al 'pericolo' di una codificazione allora vale piuttosto obiettare che gli ordinamenti di *common law* si sono dimostrati storicamente più adatti ad assicurare regole comuni efficienti in materia commerciale; per poi concludere, però, che quello del 'modello' più efficiente è un problema male impostato: una *European Law of Contract* dovrebbe rinunciare ad una codificazione commerciale sovranazionale, per approdare, invece, verso un sistema legale caratterizzato da una forte contestualizzazione delle controversie. M.J. CAMPANA, *Vers un langage juridique commun en Europe?*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 41-45, la quale adduce ragioni sistemiche: un Codice non è una giustapposizione di testi, bensì è l'opera di un legislatore che elabora un sistema coerente e universale, che abbraccia tutto il diritto civile; un Codice civile europeo sarebbe mosso, invece, da ragioni squisitamente economiche. V. anche C. JOERGES, *Un codice civile europeo è davvero l'unica soluzione?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, 3 ss.; B. FAUVARQUE-COSSON, *Faut-il un Code civil européen?*, in *Revue trimestrelle de droit civil*, 2002, 463 ss.

In Italia, esprimono perplessità riguardo l'opportunità di una codificazione europea: L. MENGONI, *L'Europa dei codici o un codice per l'Europa?* cit., 515 ss., ove si avverte, tuttavia, la necessità di unificare i principi generali del diritto delle obbligazioni, sia a causa della mancanza di contesti normativi omogenei, sia alla luce degli interventi comunitari non coerenti con l'instaurazione di un mercato comune concorrenziale e con la promozione dell'eguaglianza e giustizia sociale (520-521); A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2018, 29-30, ove si segnalano i principali effetti negativi dell'uniformazione delle norme: il doloroso sacrificio dell'identità culturale dell'area portatrice del modello più debole, il soffocamento delle voci dissenzienti, la riduzione dei modelli e quindi dei punti di partenza delle mutazioni, l'impedimento alla concorrenza tra modelli; v. anche: R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., 144-147. Considera un mito o un'utopia una legislazione europea unitaria e rigidamente uniforme P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 20. V. anche: G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, cit., 175-178.

¹³ J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in *Common Market Law Review*, 1996, 1173-75; C. CASTRONOVO, *Il contratto nei 'principi di diritto europeo'*, in *Europa e diritto privato*, 2001, 790.

¹⁴ Cfr. J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, cit., 1176, ove l'A. sottolinea come regole nazionali diverse, anche dispositive, possano creare distorsioni alla concorrenza.

¹⁵ G. ALPA, *European Community Resolutions and the Codification of 'Private Law'*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 321 ss.

cato, sia pure con i correttivi propri del *welfairism*¹⁶. A queste ragioni funzionali e pratiche si aggiungevano considerazioni ispirate all'ideale di efficienza¹⁷: una codificazione *cost-effective* in materia di contratti ridurrebbe notevolmente i costi transattivi, riconducibili soprattutto ai costi di informazione determinati, appunto, dalla eterogeneità delle regole dei diversi sistemi-Paese nella materia civile-commerciale¹⁸. Oppure ancora, si riteneva che un codice potesse costituire un'indispensabile cornice di riferimento, in grado di garantire l'applicazione uniforme del panorama normativo europeo attualmente frammentato e lacunoso¹⁹. In sintesi, la codificazione ha rappresentato per un lungo periodo²⁰ una risposta razionale ad una società e ad un'economia in continua evoluzione²¹.

Le istituzioni europee hanno condiviso tale ideale, tanto che la redazione di un Codice europeo dei contratti si è affacciata, come opzione finale au-

¹⁶ Sembra questo l'approccio della Commissione Europea: v. allegato all'*Explanatory Memorandum to the Proposal* (alla direttiva sulle clausole abusive) COM(90)322-SYN 285, 14-9-90 OJ C 243, 28-9-90.

¹⁷ U. MATTEI, *The Issue of European Civil Codification and Legal Scholarship: Bias, Strategies and Developments*, in *Hasting International & Comparative Law Review*, 21, 1998, 883 ss.

¹⁸ U. MATTEI, *Il problema della codificazione civile europea e la cultura giuridica. Pregiudizi, strategie e sviluppi*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1998, 216-219.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *Savigny, i moderni e la codificazione europea*, cit., 2001, 247: «Quanto più alta si fa la montagna delle direttive, tanto maggiore diventa lo spazio nel quale l'adozione di esse manifesta la pretesa regolativa dell'Unione europea; e quanto maggiore diventa tale spazio, tanto più evidenti si rendono le lacune, rappresentate da tutto ciò che non c'è tra una direttiva e un'altra. Queste lacune sono colmate oggi dagli ordinamenti nazionali, che reintroducono inevitabilmente la diversità lì dove la direttiva ha inteso realizzare un'esigenza di uniformità. L'aporia è soltanto vincibile con una disciplina generale, in grado di inglobare le particolarità delle direttive e in pari tempo di instaurare i collegamenti tra esse e, ancora di più, coprire i vuoti che le discipline particolari inevitabilmente creano attorno a sé».

²⁰ V. ancora P.-C. MULLER-GRAFF, *EC Directives as a Means of Private Law Unification*, in A. HARTKAMP-M. HESSELINK-E. HONDIUS-C. JOUSTRA-E. DU PERRON (a cura di), *Towards a European Civil Code*, London, 1998, 82. Giunge alla stessa conclusione: G. ALPA, *European Community Resolutions and the Codification of 'Private Law'*, cit., 329 ss.; direttive, convenzioni e trattati, principi uniformi non hanno finora raggiunto l'obiettivo dell'unificazione. Cfr. anche V. ZENO ZENCOVICH, *Il 'codice civile europeo', le tradizioni giuridiche nazionali e il neopositivismo*, in *Foro it.*, 1998, V, 60 ss.; pubblicato anche in *European Review of Private Law*, 6, 1998; e in *Studi in onore di P. Rescigno, Diritto privato*, Milano, III, 1998, 805 ss.

²¹ Il dibattito, allora, si sposta dalla questione della desiderabilità della codificazione alla diversa questione della vincolatività di un eventuale Codice europeo dei contratti: se, cioè, esso debba avere carattere imperativo, sostenendosi del tutto e definitivamente alla normativa nazionale; o se non si debbano piuttosto preferire l'*opt in* (modello volontario che spetta alle parti scegliere) ovvero l'*opt out* (complesso di norme applicabili salva espressa esclusione delle parti). Preferisce la seconda soluzione (nella variante dell'*opt in*): W. VAN GERVEN, *Codifying European Private Law?, Yes, if ...*, in *European Law Review*, 27, 2002, 168 ss.; e, si direbbe, anche C. CASTRONOVO, *Savigny, i moderni e la codificazione europea*, cit., 243-244.

spicabile, dietro le diverse compilazioni di principi comuni in materia contrattuale, redatte da commissioni private semi-ufficiali sostenute (anche finanziariamente) dalla Commissione Europea²²; ora prescegliendo una prospettiva di studio del diritto europeo analitico-descrittiva²³; ora presentando,

²² Già nel 1982 la Commissione Europea aveva incaricato il Prof. Ole Lando di procedere verso la redazione di principi di diritto comune europeo. Nacquero, così, i ben noti *Principles of European Contract Law* (PECL), in una prima versione del 1999, e in una seconda del 2006. Non v'è dubbio che sia i principi UNIDROIT sia i PECL restino, in quanto tali, opere dottrinarie di raccolta e selezione analitico-interpretativa di regole e principi, come tali maggiormente assimilabili ai *Restatements* nord-americani (cfr. in questo senso: C. CASTRONOVO, *I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1995, 22, 28-29, il quale giudica «eccessivo e pretenzioso parlare di codice a proposito dei Principi»). Ma è altrettanto chiaro che l'obiettivo finale del lavoro di ricomposizione sotteso all'impegno degli *editors* dei Principi e dei PECL sia pur sempre quello di superare la frammentarietà attuale dei tentativi di armonizzazione europea del diritto privato giungendo alla redazione di un Codice europeo: cfr. C. CASTRONOVO, *Savigny, i moderni e la codificazione europea*, cit., 233, 238; O. LANDO, *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 62; inoltre, sempre secondo lo stesso A., un tentativo *soft* di armonizzazione (come suggerirebbero i c.d. *cultivators*) incontrerebbe il limite dell'interpretazione 'domestica' che le corti tendono a dare. L'obiettivo della codificazione è sentito al punto da 'delegittimare' gli stessi PECL: «The main objection to the idea of cultivators is, therefore, that rules of the New Restatements would probably not be adopted by the courts in the way the cultivators imagine. Today, neither on the Continent nor in the British Isles, will, or can, the courts free themselves of the fetters of the law laid down in the national codes, statutes or precedents. A unified law can only be applied by the courts of Europe if the legislators tell the courts that they *must*. A European Civil Code has to be prepared, passed and promulgated» (67). Sull'auspicabilità della codificazione del diritto privato, cfr. anche M.J. BONELL, *The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 5, 1997, 505.

Rivendica, invece, l'utilità dei PECL come *optional europeanisation* ai fini del coordinamento fra Stati e del dialogo giudiziale transnazionale, ritenendo invece che la codificazione sia anacronistica: K. RIEDL, *The Work of the Lando-Commission from An Alternative View-Point*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 71 ss. In una prospettiva normativo-prescrittiva, la selezione delle soluzioni esistenti in ciascun sistema legale si accompagna alla prospettazione di soluzioni alternative idonee a fornire risposte soddisfacenti anche per contesti culturali e legali distanti, quando non divergenti. Cfr.: O. LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, 573, 577 (anche in *RabelsZ.*, 56, 1992, 261); M.J. BONELL, *The Need and Possibilities of a Codified European Contract Law*, cit., 505; ID., *I principi Unidroit – Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 231; ID., voce *Contratti internazionali (principi dei)*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1996; C. CASTRONOVO, *I «principi di diritto europeo dei contratti» e l'idea di codice*, cit., 21.

²³ Resta fedele all'approccio di tipo analitico-descrittivo il *Casebook Project for the Ius Commune Casebook Series*, pensato da Walter Von Gerven (*General Editor*) e Adriana Alvarez (Coordinatrice del progetto), finanziato dall'Università di Maastricht e dalla Commissione Europea, approvato da uno *Steering Committee* il 20-21 dicembre 1993. Il *Casebook* nasce come complemento ad altri progetti europei indirizzati a cercare o far emergere un *common law* europeo, volto alla scoperta dei principi comuni europei (*common core approach*). Si tratta di una collezione di casi, divisi per classi, e di altri materiali accompagnati da note, commenti introduttivi e prospettive comparate in ciascuna area fondamentale del diritto. La metodologia seguita è quella di selezionare un certo numero di casi (o altro ma-

invece, la codificazione per principi (*soft law*) come unica soluzione plausibile rispetto all'obiettivo dell'armonizzazione, se confrontata con le strade alternative battute a fini di armonizzazione del diritto privato europeo²⁴.

Ancora nei primi anni del nuovo secolo, la Commissione Europea emanava piani d'azione e Libri Verdi, con l'intento di esplorare nuove possibilità di codificazione-unificazione della disciplina dei rapporti di privato patrimoniale commerciale²⁵.

Contemporaneamente, però, le stesse istituzioni europee intraprendevano una strada divergente: quella della deviazione dal diritto contrattuale comune attraverso l'emanazione di un crescente numero di direttive dedicate alla disciplina dei contratti con i consumatori. In un'ottica puramente funzionalista, mirante alla creazione del mercato unico europeo, una politica legislativa comunitaria a tutela del consumatore sembrava tanto opportuna quanto necessaria, poiché mirava alla rimozione di ostacoli di ordine giuridico ed economico altrimenti atti a distorcere il normale funzionamento del mercato e della concorrenza. Dal 1975 si sono succedute una serie di iniziative programmatiche sul tema della tutela del consumatore, dapprima a cura del Consiglio dei Ministri²⁶, successivamente delegate ad

teriale) che trattano situazioni simili nelle maggiori famiglie della tradizione europea, per poi estrapolarne principi o regole applicative comuni (*bottom up*): insomma, un approccio funzionale al diritto comparato (come i singoli ordinamenti affrontano certe situazioni concrete). Lo scopo è quello di fornire a professori, studenti, giudici ed avvocati materiali utilizzabili in tutta Europa, sì da porre le basi per un diritto comune europeo 'creato' da giudici e professori. L'iniziativa non è nuova, ma è fatta su larga scala, utilizzando la sola lingua inglese. Cfr. W. VAN GERVEN, *The Case-law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law*, in *European Review of Private Law*, 3, 1995, 376-377. V. anche: P. LAROUCHE, *Ius Commune Casebook for the Common Law of Europe: Presentation, Progress, Rationale*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 101 ss.; NOTE, *Casebook for the Common Law of Europe: a Presentation of the Project*, in *European Review of Private Law*, 4, 1996, 67.

²⁴ V. P.-C. MULLER-GRAFF, *EC Directives as a Means of Private Law Unification*, in A. HARTKAMP, *et altri* (a cura di), *Towards a European Civil Code*, cit., 71 ss.: l'A. individua quattro alternative al Codice europeo dei contratti: direttive comunitarie, trattati e raccomandazioni, *restatements*, per poi concludere che nessuna di esse, la prima in particolare, può essere considerata un sistema veramente alternativo alla codificazione; R. SCHULZE & J. STUYCK (a cura di), *Towards a European Contract Law*, Monaco, 2011.

²⁵ Tra i documenti più significativi, è utile annoverare: il Libro Verde sulla tutela dei consumatori (COM [2001] 531 def.); la *Comunicazione della Commissione – Semplificare e migliorare la regolamentazione* (COM [2001] 726 def.), in cui si denunciano la necessità ed urgenza di provvedere alla semplificazione e miglioramento dell'*acquis* comunitario; la *Strategia della politica dei consumatori* (COM [2002] 208 def.); il *Piano d'azione per un diritto europeo dei contratti con i consumatori* (COM [2003] 68 def.); *Green Paper on the Review of Consumer Acquis* (COM [2006] 744 Final), ove si ipotizzava la revisione di ben otto direttive in materia di tutela del consumatore.

²⁶ Il Consiglio è intervenuto con tre Risoluzioni: la prima risale al 14 aprile 1975 (O.J. C 92/1, 1975); la seconda è del 19 maggio 1981 (O.J. C 133/1, 1981); la terza è del 23 giugno 1986 (O.J. C 167/1, 1986).

un organo istituito appositamente (*Consumer Policy Service*) e, infine, coadiuvate dall'intervento della stessa Commissione²⁷. Il Trattato di Amsterdam ha, da ultimo, dissipato ogni dubbio sull'investitura politico-istituzionale dell'UE riguardo alla sua politica di tutela del consumatore: l'art. 129A²⁸, infatti, che ha modificato il Trattato istitutivo della Comunità Europea (art. 153 nella versione consolidata) legittima l'UE ad adottare misure minime per «tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici del consumatore», nonché «promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». L'apparizione, nel Trattato di Amsterdam, di un'investitura ufficiale delle principali istituzioni comunitarie verso il perseguimento di una politica di tutela del consumatore si esaurisce, tuttavia, in 'un'enunciazione di principio'²⁹ e nell'utilizzazione di formule vaghe e ambigue, quali «un elevato livello ... di protezione sociale», nonché «il miglioramento del tenore e della qualità della vita» (v. art. 2 del Trattato istitutivo nella versione consolidata). La vera legittimazione formale della tutela normativa dei consumatori deve essere, oggi, rinvenuta nella Carta Europea, in cui i diritti economici sono pressoché totalmente ignorati, mentre trionfano – quasi a bilanciare il tenore dei Trattati – 'nuovi diritti'³⁰ (tra i quali la protezione dei consumatori) raggruppati intorno a valori fondamentali quali (fra gli altri) dignità, solidarietà³¹ e giustizia.

²⁷ La Commissione ha adottato tre piani triennali per la politica a tutela del consumatore: 1990-92; 1993-95; 1996-98. Per una ricostruzione puntuale delle basi costituzionali della regolamentazione in tema di *consumer policy*: S. WEATHERILL, *Consumer Policy*, in P. CRAIG-GRÄINNE DE BÜRCA (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, 693 ss.

²⁸ M. GOYENS, *Consumer Protection in a Single European Market: What Challenge for the EC Agenda?* in *Common Market Law Review*, 29, 1992, 74; cfr. T. BOURGOIGNIE, *European Community Consumer Law and Policy: From Rome to Amsterdam*, in *Consumer Law Journal*, 6, 1998, 444-445; N. REICH, *European Consumer Law and its Relationship to Private Law*, in vol. 3, *European review of Private Law*, 1995, 287; H.-W. MICKLITZ-S. WEATHERILL, *Consumer Policy in the EC Before and After Maastricht*, in *Journal of Consumer Policy*, 16, 1993, 285; W. VAN GERVEN, *The Case-law of the European Court of Justice and National Courts as a Contribution to the Europeanisation of Private Law*, cit., 374. La legittimazione ad armonizzare la materia in esame deriverebbe anche da un incontro straordinario avvenuto a Tampere il 15 e 16 ottobre 1999, dove la Presidenza ha concluso per una '*greater convergence in civil law*'. V. sul punto O. LANDO, *Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law*, cit., 60. Sulla legittimazione della Comunità a redigere un Codice europeo dei contratti, cfr. J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, cit., 1186 ss., per il quale l'art. 100a potrebbe costituire una sufficiente base: in tal caso, il Codice europeo avrebbe la forma di un regolamento (1188).

²⁹ A. APOSTOLI, *La "Carta dei diritti" dell'Unione Europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, Brescia, 2000, 36.

³⁰ A. APOSTOLI, *La "Carta dei diritti" dell'Unione Europea. Il faticoso avvio di un percorso non ancora concluso*, cit., 72.

³¹ È in questo capitolo che si iscrive l'art. 38, a protezione dei consumatori: «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

L'aver annoverato i diritti dei consumatori tra i 'diritti di nuova generazione' inclusi nella Carta ha, pertanto, rappresentato lo strumento ermeneutico indispensabile, che ha consentito la definitiva individuazione e il riconoscimento di tali diritti tra i valori comuni agli Stati membri, cui è assoggettato sia il diritto comunitario (v. art. 6, commi 1 e 2 del TCE), sia il giudice comunitario o i giudici costituzionali dei singoli Stati membri³².

2. *Le debolezze del contratto europeo dei consumatori*

Le scelte comunitarie, dunque, vanno nel senso di scindere le strade dell'uniformazione del diritto patrimoniale, da una parte puntando all'unificazione del diritto patrimoniale commerciale (o dei rapporti B2B); dall'altra imboccando con più decisione la via della politica sociale e legislativa orientata verso la c.d. tutela del consumatore e l'armonizzazione della normativa concernente i contratti tra professionisti e consumatori (o contratti B2C)³³.

A distanza di più di trent'anni dalla comparsa delle prime direttive consumeristiche nel mercato europeo delle regole, si può affermare che il diritto speciale dei consumatori di fonte europea si rivela debole, per lo meno per due ragioni.

La prima concerne la frammentarietà dell'intervento comunitario. Il panorama normativo europeo dei contratti con i consumatori si presenta disordinato e non del tutto coerente, sia per la eterogeneità delle materie interessate dalla politica pro-consumatore³⁴; sia per l'imperfetta corri-

³² Sull'applicabilità in via diretta dei principi-valori comuni agli Stati europei, attraverso lo strumento ermeneutico rappresentato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cfr. E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2001, 796-797.

³³ V. G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, cit., 288: «Negli ultimi quindici anni il cosiddetto diritto comunitario dei consumatori è entrato prepotentemente nel settore del diritto *privato* nazionale, modificando regole e prassi radicate, introducendo nuovi diritti, nuove nozioni, sconfessando principi apparentemente intoccabili, sconvolgendo, più di una volta, l'assetto dei codici civili europei». Sulla distinzione tra contratti commerciali e contratti dei consumatori, cfr. V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in *Giur. it.*, IV, 1993, 93 ss.; V. BUONOCUORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, 1; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, Milano, II, 1998, 489 ss.

³⁴ La lista dei c.d. interventi verticali illustra, di per sé, l'occasionalità degli interventi normativi europei sul tema dei contratti B2C:

Contratti di credito al consumo: dir. 87/102; dir. 22 febbraio 1990, n. 90/88; dir. 2008/48/CE;

Contratti di viaggio tutto compreso: dir. 13 giugno 1990, n. 90/314; dir. 23 novembre 2015, n. 2302;

spondenza delle prescrizioni contenute nei singoli interventi comunitari; sia, infine, per lo strumento utilizzato, rimanendo la direttiva un atto normativo indiretto, suscettibile di adattamenti – al momento della loro trasformazione in legge nazionale – non sempre neutrali rispetto al loro contenuto originario.

La seconda, e più complessa, ragione di debolezza del diritto europeo dei consumatori attiene all'inevitabile frattura venutasi a creare nel diritto generale dei contratti degli Stati membri³⁵, caratterizzato oramai da un separato *corpus* di norme: un insieme di principi e regole indirizzati alla generalità dei consociati, senza delimitazioni soggettive; un gruppo di principi e regole destinati ad una categoria specifica di cittadini, quella dei consumatori. Tale dicotomia³⁶ si rivela, nel lungo periodo, artificiosa già nella proposizione dei criteri di individuazione dei destinatari di detto *corpus* speciale di norme, in quanto non solo la definizione soggettiva di consumatore, limitata alle sole persone fisiche³⁷, non trova perfetta corrispondenza rispet-

Contratti di acquisto di beni immobili in multiproprietà: dir. 26 ottobre 1994, n. 94/47; dir. 14 gennaio 2009, n. 122/2008;

Contratti conclusi fuori dei locali commerciali: dir. 20 ottobre 1985, n. 85/577;

Contratti negoziati a distanza: dir. 20 maggio 1997, n. 97/7;

Commercio elettronico: dir. 8 giugno 2000, n. 31/2000;

Contratti di vendita a distanza di valori finanziari: dir. 23 settembre 2002, n. 65/2002;

Contratti di investimenti in valori mobiliari: dir. 3 marzo 1997 n. 97/9;

Garanzie nel contratto di vendita di beni di consumo: dir. 25 maggio 1999, n. 44/1999;

Diritti dei consumatori: Dir. 25 ottobre 2011, n. 83/2011;

Azione di risarcimento del danno per violazione del diritto della concorrenza: Dir. 26 novembre 2014, n. 104/2014;

Crediti al consumatore relativi a beni immobili residenziali: Dir. 4 febbraio 2014, n. 17/2014.

³⁵ Che la frammentarietà e occasionalità degli interventi comunitari generi difficoltà interpretative e crei difficoltà di integrazione nei sistemi giuridici nazionali è opinione diffusa già da tempo. *Ex plurimis*: M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 432-433; G.B. FERRI, *Divagazioni intorno alla direttiva n. 44 del 1999 su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni al consumo*, in *Contratto e impresa/Europa*, I, 2001. Più ottimista L. NIGLIA, *Of Harmonization and Fragmentation: The Problem of Legal Transplants in the Europeanization of Private Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2010, 117 ss.

³⁶ Che, peraltro, «ripete, in senso invertito, lo schema dell'atto unilateralmente commerciale previsto dall'art. 54 del codice di commercio 1882. Come la qualità di commerciante di una parte era sufficiente per assoggettare il rapporto alla regola del diritto commerciale, derogatrice del diritto comune a protezione della sicurezza e speditezza del commercio, cioè in favore del commerciante, così, inversamente, la qualità di consumatore della controparte di un contratto stipulato da un imprenditore nell'esercizio della sua attività professionale attrae il rapporto sotto una speciale disciplina civilistica derogatrice del diritto comune in favore del consumatore»: L. MENGONI, *La disciplina delle «clausole abusive» e il suo innesto nel corpo del codice civile*, in *Rassegna giuridica Enel*, 1997, 297-298.

³⁷ V., in generale: G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977, 55 ss.; ID.; *Proposte di modifica del Trattato CEE in tema di tutela del consumatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, I, 1996, 372; V. ZENO ZENCOVICH, voce «Consumatore» (*Tutela del*), I,

to alle nozioni adottate dai singoli Stati dell'Unione³⁸; ma, soprattutto, essa definisce una categoria destinata a rimanere di difficile delimitazione, soprattutto considerando il profilo oggettivo: la definizione di consumatore, infatti, almeno nell'interpretazione retrittiva della CGUE, sembra pensata per i soli atti di consumo 'puri', poiché esclude dalla disciplina protettiva gli atti preparatori alla professione³⁹, gli atti atipici rispetto alla professionalità del consumatore⁴⁰, nonché l'uso promiscuo del bene o servizio oggetto dell'atto di consumo⁴¹. Anche nell'ultimo intervento a tutela dei consumatori, ossia la Dir. 2011/83 sui diritti dei consumatori, il consumatore viene definito: «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisca per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale». Tale definizione intanto limi-

Diritto Civile, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 2001, 2 ss. V. più di recente: M.G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali della vendita: quale riforma?*, in *Sette voci sulla direttiva comunitaria riguardante le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, cit., 453-454: alla definizione di uno status di consumatore ostano l'occasionalità del suo ruolo e la sua non appartenenza ad una collettività o ad un gruppo organizzato.

³⁸ Nello studio di H. SCHULTE-NÖLKE (a cura di), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, Università di Bielefeld, febbraio 2008, 3, 713 ss., si legge che in qualche Stato membro l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina consumeristica arriva a coprire qualsiasi atto di consumo, purché riferito ad un 'consumatore finale' (Spagna; Grecia; Lussemburgo); oppure ai lavoratori dipendenti (Germania); o gli atti preparatori all'attività imprenditoriale (Austria); o ai contratti 'atipici' (Belgio, Bulgaria, Francia, Lettonia, Lussemburgo, Polonia).

³⁹ *Francesco Benincasa v Dentalkit s.r.l.*, C-269/95, 3 luglio 1997 [1997] ECR I-3767. Diversamente: Trib. Terni, 13 luglio 1999; Trib. Ivrea, 5 maggio 1999, in *Danno e responsabilità*, 2000, 862, con nota di A. PALMIERI, *La sfuggente nozione di consumatore e le istanze di tutela del professionista vessato*. In entrambi i casi si trattava di atti preparatori alla professione, e in entrambe le decisioni è stata ritenuta applicabile la disciplina consumeristica.

⁴⁰ *Criminal Proceedings v Patrice Di Pinto*, 14 marzo 1991, C-361/89, ECR I-01189. Di ben diverso avviso il Tribunale di Roma che, in un noto caso in cui uno scultore chiedeva l'applicazione della disciplina delle clausole vessatorie al contratto di trasporto da lui stipulato per la consegna di un'opera mai giunta a destinazione entro i termini imposti per la partecipazione ad un concorso, riconosceva all'attore la qualifica di consumatore: Trib. Roma, 20 ottobre 1999, in *Foro it.*, 2000, I, 645, con nota di R. LENER, *Clausole vessatorie e nozione di consumatore*; in *Giust. civ.*, I, 2000, 2117, con nota di U. COREA, *Ancora in tema di nozione di "consumatore" e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*; in *I Contratti*, 2000, 442, con nota di D. MAFFEIS, *Ambito di applicazione degli artt. 1469-bis e seguenti c.c.* Sempre nel senso di estendere la nozione di consumatore anche agli atti preparatori alla professione: App. Torino, 5 gennaio 2004, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 1079, con nota di F. GRECO, *L'indeterminatezza dell'oggetto del contratto stipulato tra professionista e consumatore*.

⁴¹ *Johann Gruber v Bay Wa AG*, C-464/01, 2005[2005] ECR I-00439. Sulla problematicità dell'uso promiscuo di beni e servizi, ai fini dell'applicazione della normativa consumeristica, cfr.: G. MARCATAJO, *L'uso promiscuo e la tutela dei consumatori: «un buco nel cielo di carta»*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, 89 s., 127 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *La tutela del consumatore fra accertamento della non professionalità del suo agire, tutela della concorrenza e affidamento della controparte*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1533 ss.; R. CALVO, *La tutela del consumatore alla luce del principio di uguaglianza sostanziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 869 ss.

ta l'applicazione della disciplina ai soli atti di consumo del tutto distaccati dall'esercizio della professione (poiché omette l'avverbio 'prevalentemente' dalla descrizione degli atti di consumo); inoltre, conferma l'esclusione delle persone giuridiche dalla descrizione soggettiva del consumatore⁴².

Complessivamente, si può osservare che sia la creazione di un mercato comune, sia la tutela degli interessi personali degli utenti non deve necessariamente passare attraverso la separazione degli individui. Semmai, la necessaria diversificazione delle regole nei rapporti B2B e B2C dovrebbe avvenire attraverso l'ideale segmentazione del mercato in settori omogenei⁴³, all'interno dei quali si dovrebbero individuare gli aspetti di squilibrio sui quali decidere di intervenire, ricorrendo a norme di carattere imperativo e derogatorio rispetto ai principi e regole generali⁴⁴. Si dovrebbe, piuttosto, mirare a creare un *corpus* separato di principi e regole di fonte comunitaria cementato da una serie di tratti caratterizzanti, distinguibile dal diritto generale dei contratti governato da principi e regole 'locali' (nazionali) non in base a preordinate categorizzazioni soggettive (consumatori *versus* operatori professionali), ma in virtù di un criterio orientativo dominante, ossia la asimmetria contrattuale dei contraenti, applicabile all'interno di tipologie negoziali e/o di operazioni economiche preventivamente additate dal legislatore (comunitario) come possibile territorio di squilibri negoziali. Tale prospettiva richiede il chiarimento di quali possano essere gli strumenti normativi preferibilmente utilizzabili in modo da poter intervenire sulla legislazione di fonte comunitaria già esistente al fine di chiarificarla e renderla più omogenea, e al contempo procede-

⁴² I considerando 13 e 17, tuttavia, contengono aperture sia nel criterio soggettivo che oggettivo. Il primo, infatti, considera competenti gli Stati membri a decidere di estendere l'applicazione delle norme 'alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese'. Il secondo, invece, lascia all'interprete la responsabilità di estendere la disciplina protettiva anche ai contratti 'misti', per lo meno qualora lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto. Sulla nozione di consumatore nella Dir. 2011/1983, sia consentito il rinvio a C. AMATO, *Brevi osservazioni riguardo il contributo italiano alla crescita del diritto contrattuale europeo: della nozione di consumatore*, in L. ANTONIOLLI-G.A. BENACCHIO-R. TONIATTI (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Atti del Primo convegno nazionale SIRD, Trento, 2012, 315 ss.

⁴³ Parla di regole commerciali contestualizzate ed aperte, definite per settore commerciale a livello transnazionale: H. COLLINS, *Formalism and Efficiency: Designing European Law of Contract*, in *European Review of Private Law*, 8, 2000, 232-235.

⁴⁴ U. MATTEL, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, cit., 613 ss., 620: sottolinea l'A. come il regime speciale si giustifichi in termini di efficienza solo all'interno del gruppo: i non-mercanti necessitano di protezione, attraverso l'adozione di norme imperative; e precisa: «[...] in una prospettiva sostanziale il diritto imperativo dei contratti si giustifica solo quando una parte necessita una protezione paternalistica a causa dell'instabilità delle sue preferenze, di seri squilibri nelle informazioni, o di problemi connessi all'impossibilità di esprimere davvero le proprie preferenze» (644).

re verso l'obiettivo di armonizzazione europea di tipo 'orizzontale', ossia diretto alla formalizzazione di un nucleo comune di principi orientativi di immediata efficacia precettiva, che si impongano nel (nuovo) sistema delle fonti in modo da eludere l'applicazione della *lex generalis* (codificata o meno) nazionale, destinata a coprire le sole aree del diritto dei contratti e delle obbligazioni non caratterizzate da 'asimmetrie di potere contrattuale'. La stessa Commissione europea aveva, infatti, intuito l'importanza (e l'urgenza) di un intervento diretto a riordinare interamente l'intera materia dei contratti stipulati con i consumatori sotto forma di 'testo unico del consumatore'⁴⁵ che, oltre a razionalizzare, completare ed omogeneizzare tutta la legislazione europea consumeristica vigente, avrebbe dovuto anche enunciare i principi orientativi. In Italia, contestualmente, si aprivano le riflessioni sul 'contratto asimmetrico'⁴⁶ e sul 'terzo contratto'⁴⁷, entrambe mosse dalla necessità di un superamento dell'ambito applicativo di una normativa (quella consumeristica di fonte europea) legata alla qualità delle parti (consumatore e professionista), alla ricerca di un ordine si-

⁴⁵ I possibili strumenti tecnici presi in considerazione dalla Commissione nel 'Piano d'azione' del 2003 e nella Comunicazione COM (2001) 726 erano: consolidazione, codificazione e rifusione. Sulla modernizzazione del diritto dei consumatori, cfr. il testo fondamentale di G. HOWELLS-R. SCHULZE (a cura di), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Monaco, 2009. Propone i PECL come «cornice di riferimento per gli atti legislativi di origine europea»: S. MAZZAMUTO, *I principi di diritto europeo dei contratti nel canone di Carlo Castronovo*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 848. È bene ricordare che il metodo di lavoro improntato all'utilizzo del diritto (privato) europeo, e non del diritto sostanziale vigente negli ordinamenti nazionali, è stato già da tempo indicato e poi costantemente promosso da R. SCHULZE, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht*, in *ZEuP*, 1993, 442 ss.; IDEM, *Le droit privé commun européen*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1995, 7 ss.

⁴⁶ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in V. ROPPO, *Il contratto del 2000*, Torino, 2011, 65 ss. (anche in: *Riv. dir. priv.* 2007, 669 ss.); ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.; ID., *From consumer contracts to asymmetric contracts*, in *European Review of Contract Law*, 2009, 315 ss.; ID., *Contratto di diritto comune, del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 101 ss.; A. GENTILI, *I contratti di impresa e di diritto comune europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 7 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, *ivi*, 2005, 763-769; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, *ivi*, 2002, 723-726; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile*, Milano, 3, 2000, 377. Sia consentito anche il rinvio a: C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, Milano, 2003, 468 ss.; ID., *Riflessioni sulla politica comunitaria tra diritti dei consumatori ed esigenze del mercato*, in A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007, p. 55 ss.

⁴⁷ La paternità di questa categoria, *tertium genus* tra contratto di diritto comune e contratto con i consumatori, si deve a R. PARDOLESI, nella prefazione a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, soprattutto pp. XIII-XIV. Al tema è stato, poi, dedicato un intero convegno, seguito dalla pubblicazione degli atti: G. GITTI-G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

stematico più soddisfacente rispetto alla spaccatura tra contratti del Codice civile e contratti del Codice di consumo. La categoria del contratto 'asimmetrico', in particolare, è nata dalle ceneri del contratto con i consumatori per trasformare, con opportuni adattamenti, una parte speciale del diritto dei contratti in parte generale, nella quale sarebbero inclusi tutti i rapporti, anche B2B, caratterizzati da debolezza negoziale e da abuso di dipendenza economica, rispetto ai quali, dunque, il paradigma del contratto 'protettivo' troverebbe la sua collocazione naturale.

2.1. Un'occasione perduta: la Dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori

Nonostante i buoni propositi della Commissione e gli importanti contributi della dottrina europea al tema della revisione dell'*acquis communautaire*, il diritto dei consumatori ha subito un processo di declassamento e di implosione. Dopo una lunga attesa e tormentate versioni⁴⁸, la montagna ha partorito il topolino: la Dir. 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori non rappresenta una revisione completa e ragionata dell'*acquis communautaire* nella sua interezza; non codifica il diritto dei consumatori comunitario, e neanche si accontenta di rifonderne o consolidarne i contenuti. Essa si limita a proporre regole nuove per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali e per le vendite a distanza (abrogando le direttive precedenti), a ritoccare la disciplina sulle clausole vessatorie e quella concernente taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Il cuore della normativa citata riguarda gli obblighi informativi, aumentati ulteriormente a carico del professionista e a scapito del consumatore⁴⁹; il diritto di re-

⁴⁸ Sulle Proposte di direttiva sui diritti dei consumatori che hanno preceduto l'attuale Dir. 2011/83 cfr. in senso critico: K. LILLEHOLT, *Notes on the New Proposals for a Directive on Consumer Rights*, in *European Review of Private Law*, 2009, 335 ss.; M. LOOS, *Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive*, in *European Review of Private Law*, 2010, 15 ss. Esprime un parere favorevole: E. HONDIUS, *The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward*, in *European Review of Private Law*, 2010, 103 ss. Sia consentito anche il rinvio a: C. AMATO, *Brevi osservazioni riguardo il contributo italiano alla crescita del diritto contrattuale europeo: della nozione di consumatore*, in L. ANTONIOLLI-G.A. BENACCHIO-R. TONIATTI (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, cit., 310-311.

⁴⁹ Sulla razionalità del comportamento di chi non legge le troppe informazioni tecniche fornitegli: R. PARDOLESI-A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, 416-417, ove si sottolinea come le clausole vessatorie nei contratti standard, derivando da asimmetrie informative strutturali a loro volta legate a comportamenti razionali dell'aderente, non possano essere corrette mediante l'eliminazione di dette asimmetrie, bensì procedendo ad un «esame selettivo delle condizioni generali di contratto, al fine di espungere le clausole che appaiono vessatorie oltre il segno di un'accettabile distribuzione del rischio tra impresa e consumatore»; benché si tratti comunque di

cesso, finalmente uniformato nella durata per ogni tipologia contrattuale interessata, protratto fino a dodici mesi qualora gli obblighi informativi non siano stati assolti dal professionista, ulteriormente aggravato da numerosi obblighi a carico di entrambe le parti in fase di esercizio; gli oneri di forma, che appesantiscono (in versione cartacea o digitale) gli obblighi di informazione (forma-informativa), oppure mirano a realizzare gli obblighi di chiarezza imposti al professionista (forma-trasparenza). La normativa è completata da un numero più limitato di disposizioni concernenti i tempi di consegna nelle vendite di beni, il passaggio del rischio, le comunicazioni telefoniche e le modalità dei pagamenti.

Si tratta di un'occasione perduta: i punti sopra identificati come centrali nella direttiva in questione – obblighi informativi, recesso e oneri di forma – rappresentano altrettanti tratti comuni a tutto *l'acquis communautaire*, un *fil rouge* che ha attraversato negli anni gli interventi consumeristici orizzontali⁵⁰. La nuova disciplina di cui alla Dir. 2011/8/UE, pertanto, se fosse stata pensata per tutti i contratti B2C, avrebbe potuto rappresentare l'occasione giusta per conferire coerenza e sistematicità al diritto europeo dei contratti con i consumatori.

2.2. I nuovi orizzonti: dai contratti B2C alle piattaforme, e dal consumatore al prosumer. La risposta dell'UE nel Digital Single Market Strategy

Gli interventi normativi comunitari in tema di diritto privato si sono sinora ispirati a due presupposti di fondo, esplicitamente contrastanti rispetto a quanto predicato nelle codificazioni ottocentesche: la non-egualianza delle parti del rapporto negoziale; il tramonto della supremazia economica dei beni immobili, rispetto al prepotente affermarsi del valore assegnato ai beni mobili, anche immateriali. Oggi, invece, il mutamento

una scelta obbligata, un *second best* di fronte al quale si presenta un terreno impervio e scosceso per giudici e legislatori. Denuncia l'insufficienza dei sistemi di tutela del contraente debole fondati sulla correzione delle informazioni disponibili, in quanto non esiste un consumatore libero nelle scelte, poiché nelle economie capitalistiche avanzate il consumatore è irrimediabilmente influenzato nelle scelte e condizionato nei bisogni: A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. A proposito di un contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 301.

⁵⁰ Sul punto, sia consentito il rinvio a: C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione delle direttive comunitarie in Italia e nel Regno Unito*, cit., cap. IX, ove si prospetta un percorso propositivo diretto ad identificare il nuovo 'paradigma' del contratto europeo con i consumatori per estrapolarne i principi ordinanti. In estrema sintesi, il contratto disegnato dal legislatore europeo in sede di redazione delle direttive consumeristiche ruoterebbe intorno a tre istituti fondamentali: il diritto di pentimento, gli obblighi informativi a carico del 'professionista' e i rimedi soprattutto connessi agli oneri di forma.

economico dovuto all'esplosione delle tecnologie registra l'abbandono dei tradizionali protagonisti del mercato verso nuovi soggetti, nuove 'cose' e nuovi luoghi di scambio. Il diritto privato europeo 1.0 descritto nei paragrafi precedenti aveva, insomma, sostituito l'ottocentesco rapporto venditore/compratore (B2B) con le figure del professionista e del consumatore (B2C); l'economia europea contemporanea 4.0 fonde queste due figure in un unico enigmatico protagonista, il *prosumer*, metà professionista (venditore/fornitore), metà consumatore, il quale agisce in uno spazio virtuale che non è più il mercato (persino virtuale), ma un luogo definito piattaforma, retto e dominato da 'superstar della rivoluzione digitale'⁵¹ che operano in un regime oligopolistico. In questa nuova nuvola virtuale non si 'incontrano' venditori e acquirenti, ma neanche professionisti e consumatori: invece, 'agiscono' personaggi con un doppio cappello, del consumatore e del professionista; ed essi non si scambiano necessariamente beni (materiali) o opere dell'ingegno (beni immateriali), ma nuovi prodotti o servizi di contenuto e/o natura digitale. Nel mondo delle piattaforme il consumatore si trasforma in venditore di beni o fornitore di servizi⁵²; i rapporti bilaterali si celano dietro rapporti complessi, nel senso che acquirente, venditore/fornitore e gestore della piattaforma – pur non essendo tutte parti di uno stesso negozio trilaterale – subiscono in maniera indiretta le influenze e le sorti delle relazioni contrattuali che legano separatamente alla piattaforma consumatore e venditore/fornitore⁵³. In tale vertiginoso contesto di cambiamenti, il 6 maggio 2015 la Commissione ha varato la *Digital Single Market Strategy* per la UE⁵⁴, ossia un complesso pacchetto di ventinove iniziative di varia natura ed entità, ritenute indispensabili per la realizzazione della regolamentazione del mercato digitale. Tra queste, due proposte normative inscrivibili nell'ambito del diritto contrattuale europeo sono attualmente al vaglio della Commissione e del Consi-

⁵¹ ROSEN, *The Economics of Superstars*, in *American Economic Review*, 71, 1981, 845-858; D. ADAMSKY, *Lost in The Digital Platform: Europe's Legal Travails with the Digital Single Market*, in *Common Market Law Review*, 55, 2018, 725: l'A. si chiede fino a che punto l'Europa debba perseguire una politica legislativa che incoraggi – o semplicemente tolleri – la rivoluzione digitale, che si risolve nel sostituire fornitori locali inefficienti con più efficienti giganti tecnologici in grado di abbattere i costi transattivi, ma al costo di profondi mutamenti e disagi nelle comunità sociali locali, nonché di cambiamenti nelle politiche sociali del lavoro e fiscali.

⁵² Si pensi ad Amazon: dalla più grande libreria online (che semplicemente aveva trasformato il mondo reale delle librerie in un mondo virtuale, ma con identici beni e identiche modalità di scambio), si è trasformato nel più grande mercato virtuale, dove sono scambiati non solo prodotti o servizi distribuiti da Amazon, ma anche di terze persone che, in un'ideale nuvola lontana dal reale, si trasformano da consumatori a *providers*.

⁵³ Cfr. C. BUSCH-H. SCHULTE-NÖLKE-A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA-F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 1, 2016, 4.

⁵⁴ COM(2015) 192 final <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/>.

glio Europeo: la Proposta relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita (COM [2017] 637 final), e la Proposta relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale (COM [2015] 634 final). La prima, datata 31 ottobre 2017, sostituisce un'originaria bozza (COM [2015] 635 final) pensata per le sole vendite *online* e a distanza. A seguito di uno studio sollecitato dal Parlamento Europeo⁵⁵, tuttavia, la bozza originaria è stata ritirata in favore di una nuova disciplina destinata – sembra – a sostituire *in toto* la già esistente normativa sulle vendite B2C, a prescindere dalla modalità di contrattazione (in presenza, a distanza, *online*). Non è questa la sede per dilungarsi in un commento puntuale delle attuali Proposte al vaglio delle istituzioni europee: sia sufficiente qui osservare che si tratta di una normativa costruita all'interno della cornice sostanziale e rimediale già nota nell'*acquis communautaire* consumeristico, e rinvenibile in particolare nelle Dir. 2011/83 (sui diritti dei consumatori) e 99/44 (su taluni aspetti delle garanzie nei beni di consumo). Come dire che alle esigenze e pressioni dell'economia 4.0. l'Europa sembra voler rispondere con un set di regole ancorate ad una concezione del diritto privato patrimoniale 1.0⁵⁶. Solo un esempio: è lecito chiedersi se, nell'era dell'acquisto mediante *point & click* di un servizio in *streaming*, avrebbe ancora senso proporre un apparato rimediale basato sulle alternative (peraltro ancora una volta proposte in assetto gerarchico) tra riparazione e sostituzione del bene, riduzione del prezzo o risoluzione del contratto. Non resta che sperare in un ripensamento da parte delle istituzioni europee, per evitare che la montagna partorisca nuovamente un topolino, e si orienti, invece, verso una *platform directive*⁵⁷.

Recentemente, l'attenzione delle istituzioni europee si è focalizzata sugli squilibri negoziali che si registrano nelle piattaforme digitali nei c.d.

⁵⁵ *European Parliamentary Research Unit, Ex-Ante Impact Assessment Unit*, 14 July 2017. Allo studio ha contribuito la sottoscritta per l'ordinamento italiano, interpellata in qualità di esperta. Attualmente è stata avanzata dal Consiglio dell'UE un'ulteriore proposta di modifica della vendita online e offline di beni mobili: doc. n. 14951/18 del 3 dicembre 2018.

⁵⁶ Il quesito riguardo la possibile migliore politica europea per affrontare la nuova economia digitale: se stringere i nuovi modelli di scambio all'interno delle esistenti cornici normative o, al contrario, se adattare le tecniche di regolazione ai nuovi modelli economici, costituisce il terreno di indagine affrontato in più interventi da C. BUSCH, *The Sharing Economy at the CJEU: Does Airbnb pass the 'Uber test'?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 4, 2018, 172; Id., *Does the Amazon Dash Button Violate EU Consumer Law? Balancing Consumer Protection and Technological Innovation in the Internet of Things*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2, 2018, 72 ss. Sul problema specifico della fornitura dei dati a fronte della fornitura di servizi digitali, cfr.: V. CUOCCI, *Fornitura di contenuti digitali e controprestazione non pecuniaria: luci e ombre sulla tutela del consumatore nella prospettiva del diritto contrattuale europeo*, in F. DI CIOMMO-D. TROIANO, *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido. Studi in onore di Roberto Pardolesi*, Pienezza, 2018, 269 ss.

⁵⁷ Questo il consiglio di C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?*, cit., 3 ss.

rapporti P2B (*platform-to-business*), e che si risolvono in pratiche commerciali scorrette a scapito dei frequentatori delle piattaforme⁵⁸. In un recente studio dell'ottobre 2017⁵⁹, la Commissione europea ha selezionato tre opzioni per affrontare il problema delle clausole vessatorie e delle pratiche commerciali scorrette nei rapporti commerciali all'interno delle piattaforme: mentre la terza ripropone la consolidata tecnica dello strumento normativo-prescrittivo dettagliato, le prime due opzioni sollecitano entrambe la redazione di standard normativi (incluse condizioni generali di contratto) su base negoziale. In particolare, l'Opzione 2 combina l'intervento legislativo con la standardizzazione delle prassi commerciali, elaborate da enti europei di natura privata ma riconosciuti e certificati dalle istituzioni (pubbliche) europee. Si tratta di un approccio di metodo utilizzato da tempo nell'ambito della responsabilità civile del produttore per promuovere la sicurezza dei prodotti⁶⁰, e che potrebbe rivoluzionare le modalità e le finalità di intervento della Commissione nel diritto privato contrattuale.

3. I contratti di diritto comune: il fallimento dei progetti di unificazione del diritto privato patrimoniale

Come si è detto (v. *supra*, § 1), l'ideale della unificazione del diritto privato comune è stato alimentato dai progetti *soft* di codificazione, sostenuti dalle istituzioni comunitarie: PECL (1999), *Acquis Principles* (2009), DCFR (2009)⁶¹, il Codice civile europeo redatto a cura dell'Accademia dei

⁵⁸ Queste pratiche scorrette vanno dall'eliminazione dal listino di prodotti o servizi senza adeguato preavviso, alla sospensione unilaterale dell'*account*, alla mancanza di trasparenza nei criteri di classificazione o di ricerca dei prodotti o servizi ospitati dalla piattaforma.

⁵⁹ *Inception impact assessment: «Fairness in platform-to-business relations»*: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2017-5222469_en. Inoltre, la Commissione Europea ha istituito un Gruppo di Esperti come Osservatorio sulle Piattaforme Digitali: Commission Decision 26 aprile 2018 C (2018) 2393 final.

⁶⁰ Sul punto, cfr. Cfr. C. BUSCH, *Towards a "New Approach" for the Platform Ecosystem: A European Standard for Fairness in Platform-to-Business Relations*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 6, 2017, 227 ss. Sia consentito, inoltre, il rinvio a: C. AMATO, *Product Liability: Present and Future*, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno *Liability for Robotics and in the Internet of Things*, Münster, 12-13 aprile 2018.

⁶¹ Impossibile fornire una sintesi significativa della letteratura fiorita intorno alla *soft law* susseguitasi negli ultimi vent'anni. Per una soddisfacente ricostruzione dei diversi progetti, ma anche del loro ruolo nel processo di armonizzazione del diritto privato europeo, cfr. E. HONDIUS, *Fifteen Years of European Private Law*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2, 2009, Paper 5; v. anche V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2, 2009, 267. Volutamente non sono stati citati nel testo i Principi UNIDROIT, per il loro respiro più ampio (transnazionale e non europeo) e per l'ambito di applicazione più ristretto (contratti commerciali) rispetto ai progetti citati. V. anche *sub* note 11 e 12.

Giusprivatisti Europei di Pavia (sotto la direzione di G. Gandolfi)⁶², sono comparsi sul palcoscenico europeo come veicoli di armonizzazione dei contratti di diritto privato (B2B, ma anche B2C e tra parti private: C2C), e come sinopie di una futura e spesso agognata codificazione. Il tormentato processo di armonizzazione del diritto privato comune sembrava approdato ad un nuovo strumento normativo opzionale, il CESL⁶³, in origine concepito come *trait d'union* tra il diritto privato generale (i contratti B2B in particolare) e il diritto dei consumatori (i contratti B2C)⁶⁴. Di fatto, però, il CESL si presentava come l'erede del DCFR, sotto le mentite spoglie di un Regolamento, per disciplinare – ma solo in via opzionale – unicamente i contratti di vendita di beni (e prodotti digitali) e la somministrazione di servizi. Insomma, anche in questa occasione la montagna ha partorito il topolino. In questo caso, però, al contrario di quanto accaduto alla Dir. 2011/83, il CESL ha subito una dura sorte, perché sarebbe stato definitivamente ritirato dall'agenda della Commissione Europea nel 2014. Da quel giorno, sul diritto contrattuale comune sarebbe sceso il sipario, segno che viviamo nell'età dell'ansia⁶⁵, sprofondati in un momento di frantumazione di ideali e di riflessione. La consapevolezza è che non esiste un diritto europeo dei contratti⁶⁶, ma diversi interventi settoriali, e all'interno di ciascun settore ulteriori discipline specifiche. È ancora lunga la strada che porta all'unione dell'Europa.

⁶²Cfr. *sub* nota 11. Il 'Codice' di Pavia è giunto alla sua terza parte del progetto preliminare, dedicata ai singoli contratti in diversi volumi: G. GANDOLFI (a cura di), *Codice europeo dei contratti, Dei contratti di servizi*, II, Milano, 2014; *Id.*, *Codice europeo dei contratti, Dei contratti di servizi*, II/2, Milano, e *Id.*, *Codice europeo dei contratti, Dei singoli contratti*, II, Milano, 2017.

⁶³*Common European Sales Law*: COM (2011) 635 final. Sulla genesi del CESL cfr.: E. HONDIUS, *Towards an Optional European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, 709 ss. Sulla struttura e contenuti del CESL, cfr. (in senso critico): O. LANDO, *Comments and Questions Relating to the European Commission's Proposal for a Regulation on a European Sales Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, 717 ss.; AA.VV., *Atti del Convegno Internazionale Trans Europe Expert: «L'instrument de droit européen des contrats. Réflexions introductives sur les nouvelles normativités en Europe»*, Parigi, 28 novembre 2011, SDLC, Parigi, 2012; L. NIGLIA, *The Struggle for European Private Law*, Oxford Hart Publishing, 2015. V. anche: V. CUOCCI, *Passaggio del rischio e status dei contraenti: riflessioni sulla Common European Sales Law*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2013, 817 ss.

⁶⁴Anche il CESL, infatti, come tutti gli altri progetti di *soft law*, si rivolgeva sia ai rapporti tra professionisti sia a quelli tra consumatori, differenziandone la disciplina ove necessario.

⁶⁵Così ancora G. GILMORE, *The Ages of American Law*, cit., 68 ss., il quale così definisce il periodo del pensiero giuridico nord-americano tra le due Guerre Mondiali.

⁶⁶Questo *l'incipit* della nuova edizione di H. KÖTZ, *European Contract Law*, Oxford University Press, 2017, Prefazione, V.

CULPA IN CONTRAHENDO TRA MATRICE ROMANISTICA E MODELLI NORMATIVI LATINOAMERICANI

Iole Fargnoli

SOMMARIO: 1. La teoria di Jhering in caso di contratti nulli o non perfezionatisi. – 2. L'impatto della teoria nell'esperienza giuridica cilena. – 3. *Culpa in contrahendo* negli ordinamenti svizzero, italiano, portoghese e tedesco. – 4. *Culpa in contrahendo* nei tentativi di codificazione a livello europeo. – 5. *Culpa in contrahendo* nei Codici brasiliano e argentino. – 6. Conclusioni.

1. *La teoria di Jhering in caso di contratti nulli o non perfezionatisi*

A quarantadue anni e prima di avere maturato quello che è considerato il suo capolavoro¹, Rudolf von Jhering pubblicò il saggio 'Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen'². In questo suo contributo, relativamente breve, lo studioso³ derivava dalle fonti romane la responsabilità *in contrahendo*, proponendo il principio di una responsabilità nata già a partire dal mero *contrahere* e

¹Rudolf von Jhering (1818-1892) divenne celebre alcuni anni dopo soprattutto con R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, 1865, trad. it. L. BELLAVITE, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, Milano, 1921-1924. Grande successo ebbero anche *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Göttingen, 1891, trad. it. G. LAVAGGI, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954 e *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1972, trad. di R. MARIANO, *La lotta per il diritto*, Bari, 1960.

²R. JHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jahrbücher für die Dogmatik*, 4, 1860, 1 ss., ora in *Gesammelte Aufsätze*, I, Jena, 1881, 327 ss. Per la traduzione italiana del saggio con nota di lettura cfr. F. PROCCHI, *Della culpa in contrahendo. Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, Napoli, 2005; dell'autore si veda anche il successivo lavoro monografico F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat. Alle origini delle moderne teorie sulla c.d. culpa in contrahendo*, Padova, 2012, dedicato alla vivace discussione ottocentesca sulla formazione del consenso e ai suoi precedenti, da ritrovarsi anche nella scienza giuridica medioevale.

³Su Jhering quale principe ereditario della Scuola storica, si veda O. BEHREND, *Rudolf von Jhering mediatore fra diritto romano e diritto moderno in un momento di grande rottura culturale*, in *Rivista di diritto romano*, 3, 2003, 9 ss.

quindi a prescindere dalla successiva conclusione del contratto e dal destino del contratto stesso. «Der wichtigste Fund von alle (...) war mir der, dass das römische Recht selbst in zwei Fällen, dem des Verkaufs einer *res extra commercium* und einer nicht existierenden Erbschaft, die Schadenersatzverbindlichkeit ausgesprochen hatte⁴» affermava Jhering, prendendo le mosse, in particolare, da due passi del Digesto⁵. Il primo dei due è D. 18.1.62.1 (*Modest. 5 reg.*):

Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur.

Nella testimonianza viene descritta un'ipotesi di vendita di luoghi sacri, religiosi o pubblici, invalida per impossibilità giuridica della prestazione. Nonostante l'invalidità del contratto, al compratore spettava un'azione contrattuale e, in particolare, un'azione *ex empto in factum*. Modestino motiva la sua decisione con l'interesse, degno di tutela, del compratore a non venire ingannato (*ne deciperetur*).

La stessa fattispecie descritta da Modestino compare anche in una testimonianza ulpiana, citata dallo stesso Jhering⁶:

D. 11.7.8.1 (Ulp. 25 ad ed.): *Si locus religiosus pro puro venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat*⁷.

Qui è Ulpiano a prendere in considerazione la vendita di un *locus religiosus*, pur non facendo riferimento ai *loca sacra* e *publica*. Il compratore

⁴R. JHERING, *Culpa*, cit., 8.

⁵Sulle testimonianze alla base della teoria di Jhering, rinvio anche al mio contributo: I. FARGNOLI, *Culpa in contrahendo e azioni contrattuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam*, Padova, 2011, 439 ss. Si vedano anche, tra i numerosi contributi più recenti che attestano l'attenzione che negli ultimi anni l'argomento ha risvegliato, F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo nella compravendita. Considerazioni in tema di sinalagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, 2, Padova, 2007, 218 ss.; A.M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolph von Jhering sulla culpa in contrahendo*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Philia. Scritti G. Franciosi*, 3, Napoli, 2007, 2175 ss.; M.J. SCHERMEIER, *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America*, 24, 2007, 243 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, *passim*; EADEM, *La violazione degli obblighi di informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi R. Martini*, 3, Milano, 2009, 609 ss.; EADEM, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 3, 2010, 1 ss.; P. LAMBRINI, *La culpa in contrahendo e l'actio de dolo malo*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, Napoli, 2011, 277 ss.

⁶R. JHERING, *Culpa*, cit., 9.

⁷O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, 562, § 732.

può esperire l'azione contro chi gli ha venduto il luogo come se non avesse tale particolare natura. Diverso è però lo strumento riconosciuto a tutela: era il pretore a concedere l'azione contro il venditore che viene qui qualificata *quasi ex empto* e pertanto quale *actio in factum*. Il rimedio processuale spettava non solo contro il venditore, ma, in caso di morte dello stesso, anche contro il suo erede.

Il rilievo assunto da tale questione nell'ambito della giurisprudenza classica e successiva è confermato dalla menzione della stessa anche nelle Istituzioni giustiniane:

I. 3.23.5: *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quasi tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

Rispetto alle descrizioni di Modestino e di Ulpiano, Giustiniano porta due esempi concreti della fattispecie descritta: la vendita del foro o della basilica. Alla vendita di *loca* viene equiparato il caso in cui oggetto della vendita sia un uomo libero, là dove il venditore abbia fatto credere al compratore che si tratti di uno schiavo (*si hominem liberum pro servo emerit*)⁸. Esattamente come nel passo di Modestino anche qui l'azione accordata è un rimedio contrattuale; inoltre si ritrova parimenti il riferimento all'interesse del compratore a non essere ingannato (*deceptum eum non esse*).

È quest'ultimo l'elemento che – agli occhi di Jhering – è particolarmente significativo: l'interesse del compratore a non essere ingannato⁹. Per determinare l'ammontare del danno da lui subito, è necessario confrontare la situazione in cui si trova l'attore per avere creduto nella conclusione del contratto e quella in cui si sarebbe trovato se non vi avesse prestato affidamento. Tale rapporto, corrispondendo allo svantaggio che un soggetto soffre per avere prestato affidamento nel corretto comportamento della controparte, si contrappone a quello dell'esecuzione di un contratto validamente stipulato ed è pertanto da denominarsi interesse negativo¹⁰. Per calcolarlo è necessario – come per l'interesse positivo – sommare le perdite, e cioè le spese sostenute, al lucro cessante, né si può escludere che l'interesse negativo possa superare quello positivo, là dove si dimostri che le occasioni perdute erano più vantaggiose del contratto non concluso¹¹.

⁸ La presunzione di colpa del venditore è evidenziata in modo particolarmente esplicito nel passo giustiniano, sul tema si veda F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di culpa in capo al venditor*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 3, 2010, 37 ss.

⁹ R. JHERING, *Culpa*, cit., 16.

¹⁰ R. JHERING, *Culpa*, cit., 21 s. Sul punto cfr. F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat*, cit., 213 ss.

¹¹ Sulla questione se, in questa fattispecie, i giuristi abbiano veramente riconosciuto un

La seconda testimonianza è riportata in D. 18.4.8 (Iav. 2 ex Plautio):

Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimatur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur,

e risulta completata dai compilatori con D. 18.4.9 (Paul. 33 ad ed):

et si quid emptoris interest.

Il passo descrive un caso di impossibilità fisica della prestazione per inesistenza dell'oggetto del negozio. Contro il venditore, che non è l'erede e avrebbe dovuto sapere di non essere erede, il compratore può esperire un'azione. Con tale rimedio processuale il compratore è in condizione di recuperare il prezzo dell'eredità venduta e anche le spese e ciò è possibile, nonostante l'invalidità del contratto. È verosimile ritenere che, anche in questo caso, si tratti di un'*actio ex empto in factum*.

Non interessa in questa sede approfondire quale fu la reazione critica di molti autori dell'epoca¹² né in che misura una responsabilità contrattuale sia stata effettivamente concepita dai giuristi romani anche in caso di invalidità del contratto¹³. Quanto importa appurare è qui piuttosto l'eco della teoria jheringhiana nelle principali codificazioni dell'America Latina¹⁴. Si intende, al contempo, verificare in che misura i Codici europei, che per primi hanno dato voce alla *culpa in contrahendo*, abbiano contribuito alla sua diffusione oltreoceano. Allo scopo si prenderanno le mosse dall'epoca contemporanea a Jhering e quindi dagli ultimi decenni del XIX secolo per approdare via via, in ordine cronologico, a quegli ordinamenti che ne hanno accolto la scoperta¹⁵ nella rispettiva legislazione.

interesse negativo: cfr., in particolare, D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln/Graz, 1962, 163; H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, München, 1969, 107; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 549, nt. 42; F. PETERS, *Zur dogmatischen Einordnung der anfänglichen, objektiven Unmöglichkeit beim Kauf*, in *Festschrift M. Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976, 297 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 46, Milano, 1993, 334 s.

¹² Sul punto rinvio alle mie considerazioni in I. FARGNOLI, *Culpa*, cit., 444 ss. e a F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat*, cit., 240 ss.

¹³ Cfr., in particolare, F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat*, cit., 192 ss.

¹⁴ Sui fattori, come storia, civiltà, religione e praticamente anche la lingua, comuni a tutta l'America latina e sull'importanza della comunicazione tra gli ordinamenti, si vedano le pagine incisive di F. HINESTROSA, *Codici, università, scienza giuridica: una strategia per l'unificazione del diritto nell'America latina*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 26 s.

¹⁵ Di 'scoperta giuridica' parlò per primo H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen*, in *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*, II, Tübingen, 1958, 7, ora in T. HOEREN (a cura

2. L'impatto della teoria nell'esperienza giuridica cilena

Già sul finire del XIX secolo la teoria di Jhering travalicò i confini del continente europeo ed approdò in America Latina. La traduzione francese del contributo di Jhering, ben più comprensibile ai giuristi locali rispetto alla lingua tedesca, è infatti già del 1893¹⁶. Grande impatto ebbe anche il contributo dello studioso italiano Gabriele Faggella¹⁷, così come il resto della dottrina italiana che fin da subito accolse con entusiasmo l'intuizione di Jhering per cui la responsabilità poteva sorgere anche prima della proposta contrattuale.

Il Codice di Andrés Bello, che costituisce uno dei modelli legislativi di tutta l'America Latina¹⁸, entrò in vigore nel 1857, quindi prima che il saggio di Jhering fosse dato alle stampe. Di qualche anno successivo è il 'Código de comercio', promulgato nel 1865 ed entrato in vigore nel 1867. È significativo che tale Codice contenga una norma estremamente moderna per l'epoca, collocata nel libro II, dedicato ai contratti e alle obbligazioni commerciali in generale, e poi nel titolo IX sulla forma e gli effetti dei contratti e delle obbligazioni. In particolare, l'art. 100 ammette un'obbligazione di indennizzo e prevede la responsabilità del proponente in caso di recesso imprevisto dal contratto¹⁹. L'indennizzo deve tenere conto non solo delle spese, ma anche dei danni e dei pregiudizi che l'altra parte arriva a subire in conseguenza di tale recesso. È possibile che la disposizione del Codice commerciale cileno abbia accolto con tempestività, seppure con limitazione al recesso del proponente e quindi ad una fase successiva a

di), *Zivilrechtliche Entdecker*, München, 2001, 5 ss.; nella stessa silloge si veda anche, in particolare, K. KINDEREIT, *Wer fühlt nicht, dass es hier einer Schadensersatzklage bedarf – Rudolf von Jhering und die 'culpa in contrahendo'*, 107 ss.

¹⁶O. DE MEULENAERE (trad. fr.), *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860)*, in *Oeuvres choisies*, II, Paris, 1893, 1 ss.

¹⁷G. FAGGELLA, *Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, III, Napoli, 1906, 271 ss. e IDEM, *I periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale*, Roma, 1918.

¹⁸Sul ruolo trainante delle *'Institutiones de derecho romano'* del 1843 e, in generale, sul ruolo di Andrés Bello quale faro per la letteratura giuridica successiva e per il processo codificatorio in America Latina, si rinvia a AA.VV., *Estudios sobre la vida y obra de Andrés Bello*, Santiago de Chile, 1973; O. SAMBRANO ÚRDANETA (a cura di), *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, Roma. *Congreso internacional Roma 10/12 diciembre 1981*, Roma, 1981; H. HANISCH, *Andrés Bello y su obra en derecho romano*, Santiago de Chile, 1983; si veda anche A. GUZMÁN BRITO, *Mos latinoamericanus iura legendi*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 16.

¹⁹Art. 100 *Código de comercio*: «La retractación tempestiva impone al proponente la obligación de indemnizar los gastos que la persona a quien fue encaminada la propuesta hubiere hecho, y los daños y perjuicios que hubiere sufrido. Sin embargo, el proponente podrá exonerarse de la obligación de indemnizar, cumpliendo el contrato propuesto».

quella delle trattative, la teoria di Jhering. In ogni caso, alla fine degli anni Quaranta del Ventesimo secolo, la giurisprudenza cilena ha pienamente ammesso la responsabilità che deriva da violazione della correttezza commerciale, prevedendo l'indennizzo per i pregiudizi subiti dalla parte che ha confidato nella conclusione del contratto. Così ha ritenuto una sentenza della 'Corte de Apelaciones de Santiago' del 25 agosto 1948²⁰, che peraltro non ha esplicitamente ancorato l'obbligo di correttezza alla norma del Codice di Commercio, ma ne ha individuato la fonte piuttosto nei principi generali del diritto cileno²¹.

3. Culpa in contrahendo negli ordinamenti svizzero, italiano, portoghese e tedesco

Solo di qualche anno dopo è l'accoglimento esplicito dell'elaborazione di Jhering nella codificazione svizzera del diritto delle obbligazioni. L'art. 26 del Codice delle Obbligazioni, promulgato nel 1883²² e poi nel 1911 insieme al Codice civile come codificazione dell'intero diritto privato, contempla il caso dell'invalidità del contratto in presenza di errore colposo²³. Si tratta proprio della descrizione della fattispecie che Jhering ritrova nelle fonti romane sia nella vendita di cose non passibili di traffico giuridico privato come se lo fossero, sia nella vendita dell'eredità inesistente da chi presumeva di essere erede²⁴. Colui che commette colposamente l'errore, è obbligato a risarcire l'interesse negativo, se il contratto non si conclude. L'obbligo risarcitorio presuppone dunque l'errore colposo e sussiste a prescindere dal momento in cui questo errore venga commesso. Ora, la responsabilità

²⁰ *Revista de derecho y jurisprudencia*, 46, 1949, II parte, sez. 2, 48 ss.

²¹ Sulla responsabilità extracontrattuale in Cile, in generale, si rinvia qui ad alcuni lavori monografici: C. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo (tratamiento en derecho alemán y en otros ordenamientos)*, Bilbao 1989; E. ROJO ARANEDA, *El deber precontractual de información*, Concepción, 1999; I.M. ZULOAGA RÍOS, *Teoría de la responsabilidad precontractual. Aplicación en la formación del consentimiento de los contratos*, Santiago, 2006; R. CELEDÓN-P. SILBERMAN, *Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones contractuales*, Santiago, 2010; I. DE LA MAZA GAZMURI, *Los límites del deber precontractual de información*, Pamplona, 2010; R. RÍOS OSSA, *El deber precontractual de declaración del riesgo en el seguro de daños*, Santiago, 2010.

²² Si trattava, nella redazione del 1883, dell'art. 23 (cfr. U. FASEL, *Handels- und obligationenrechtliche –Materialien, zum Irrtumsrecht in der Fassung von 1881*, Bern/Stuttgart/Wien, 2000, 1280), leggermente riformulato dal punto di vista linguistico nella redazione attuale.

²³ Art. 26 Codice delle Obbligazioni: (Errore commesso per negligenza) «La parte, che prevalendosi del proprio errore si sottrae agli effetti del contratto, è tenuta al risarcimento dei danni pel mancato contratto, ove l'errore derivi da sua colpa, salvo che l'altra parte l'abbia conosciuto o dovuto conoscere».

²⁴ Cfr. *supra*, § 1.

della parte è qualificata dal Tribunale federale come responsabilità *sui generis*²⁵, ma la dottrina è unanime nel ritenere che l'art. 26 preveda una fattispecie legislativamente regolata di *culpa in contrahendo*²⁶. È merito poi della dottrina e della giurisprudenza svizzera, sulla base, più che dell'art. 26 Codice delle Obbligazioni, dell'art. 2 Codice civile, l'ampliamento della responsabilità da *culpa in contrahendo*, che prescinde da un errore colposo e discende da condotte tenute già nella fase precedente alla conclusione del contratto. Tale responsabilità rientra poi nella più estesa responsabilità da affidamento ('*Vertrauenshaftung*')²⁷. Entrambe trovano ampia applicazione nella prassi.

Procedendo nel seguire il filo del tempo, bisogna aspettare diversi decenni perché la teoria di Jhering venga codificata come nuova forma di responsabilità²⁸. È l'ordinamento italiano a contemplare per primo una normativa organica sulla *culpa in contrahendo*, dedicando alla materia due norme. La disciplina del Codice civile italiano del 1942 supera la lacuna di quello del 1865, che mancava di una regolamentazione generale della responsabilità precontrattuale²⁹. L'art. 1337 prevede una clausola generale a contenuto

²⁵ DTF 113 II 31 e 69 II 239 S.

²⁶ B. SCHMIDLIN, Art. 26, in H. HAUSHEER-H.P. WALTER (a cura di), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabchlusses, Art. 23-31 OR*, Bern, 1995, 10 ss.

²⁷ Della vastissima letteratura ci si limita qui a citare: J. FRICK, *Culpa in contrahendo – eine rechtsvergleichende und kollisionsrechtliche Studie*, Diss. Zürich, 1992; B. BERGER, *Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effekthändlers*, Diss. Bern, 2000; A. MORIN, *La responsabilité fondée sur la confiance: étude critique des fondements d'une innovation controversée*, Diss. Genf, 2002; R. FEHLMANN, *Vertrauenshaftung: Vertrauen als alleinige Haftungsgrundlage*, Diss. St. Gallen, 2002; H.P. WALTER, *Die Vertrauenshaftung: Unkraut oder Blume im Garten des Rechts?*, in ZSR, 120, 2001, 79 ss.; IDEM, *La responsabilité fondée sur la confiance dans la jurisprudence du tribunal fédéral*, in C. CHAPPUIS-B. WINIGER (a cura di), *La responsabilité fondée sur la confiance – Vertrauenshaftung, Journée de la responsabilité civile 2000*, Zürich, 2001, 147 ss.; E. BUCHER, *Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin?*, in P. FORSTMOSER ET AL. (a cura di), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, Festschrift für Hans Peter Walter zum 60. Geburtstag*, Bern, 2005, 231 ss.; P. LOSER, *Vertrauenshaftung im schweizerischen Schuldrecht: Grundlagen, Erscheinungsformen und Ausgestaltung im geltenden Recht vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklung*, Habil., Basel, 2005, Bern 2006; N. KUONEN, *La responsabilité précontractuelle. Analyse historique: étude de la phrase précontractuelle et des instruments précontractuels*, Zürich/Basel/Genf, 2007; I. FARGNOLI, *Culpa in contrahendo im Dornröschenschlaf? Zur vorvertraglichen Haftung beim zustande gekommenen Vertrag*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 107, 2011, 173 ss. Tra le sentenze più rilevanti del Tribunale federale si menzionano qui: DTF 134 III 390, c. 5; DTF 130 III 345, c. 2.1; DTF 121 III 350, c. 6c.

²⁸ In alcuni ordinamenti, pur mancando una normazione all'uopo, si riscontra il principio secondo cui deve essere represso ogni comportamento scorretto durante le trattative sulla base di una regola di formazione dottrinale o giurisprudenziale, come in Austria, in Francia o in Spagna.

²⁹ In tale senso cfr. C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 16. Sul tema si rinvia anche a C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO-S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 325 ss.

aperto, regolando il caso della violazione di un obbligo di buona fede nelle trattative. La disposizione impone alle parti il «dovere di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto»³⁰. Là dove ricorra tale *culpa in contrahendo*, si pone immediatamente il problema della misura della responsabilità, sebbene l'art. 1337 taccia in ordine alle conseguenze della violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede. La misura della responsabilità viene però desunta dalla norma immediatamente successiva che si pone in un rapporto di *genus ad speciem* rispetto alla precedente. L'art. 1338 obbliga infatti la parte che conosca o debba conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, e non ne abbia dato notizia all'altra parte, a risarcire il danno sofferto dalla controparte «per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto»³¹. La dottrina è concorde nel ritenere che la disposizione sia stata prevista in omaggio a Jhering³² e che esista una sorta di corrispondenza biunivoca tra *culpa in contrahendo* e interesse negativo³³. Invero la costruzione di Jhering non coincide esattamente con l'odierna disciplina italiana della responsabilità precontrattuale³⁴. Alla luce dell'art. 1337 c.c. la responsabilità contrattuale è un concetto più ampio di violazione dell'obbligo di buona fede che coinvolge non solo il caso di invalidità del contratto in presenza dell'errore di una delle parti, ma anche qualsiasi comportamento contrario alla buona fede a prescindere dalla conclusione di un contratto.

Il modello italiano sembra essere stato seguito dalla codificazione portoghese del 1966, che prevede una sola norma. L'art. 227 specifica infatti l'obbligo del risarcimento del danno già nella fase delle trattative³⁵, riprendendo parte dell'art. 1337 e parte dell'art. 1338. Perché ci sia responsabilità devono ricorrere i presupposti del fatto illecito, della colpa, del danno e del nesso di causalità, secondo la ricostruzione della dottrina³⁶.

³⁰ Art. 1337 c.c.: (Trattative e responsabilità precontrattuale) «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

³¹ Art. 1338 c.c.: (Conoscenza delle cause d'invalidità) «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa d'invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto». Al riguardo si veda C. TURCO, *Interesse negativo*, cit., 17.

³² A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto, I, Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 5.

³³ A. LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 793.

³⁴ Sul punto cfr. N. KUONEN, *La responsabilité*, cit., 136 ss.

³⁵ Art. 227 *Código civil: (Culpa na formação dos contratos)* «1. Quem negocia com outrem para conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte. (...)».

³⁶ Sul tema si vedano C.A. PINTO, *A Responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. 14, 1966, 143 ss.; D.M.F. CUNHA, *Responsabilidade pré-contratual por ruptura das negociações*, Coimbra, 2006.

In Germania la responsabilità precontrattuale trova una dettagliata disciplina nel § 311 BGB, secondo comma, collocato sotto la rubrica ‘Obbligazioni da contratto’. La recente norma è stata introdotta con la riforma entrata in vigore il 1° gennaio 2002. La revisione del diritto delle obbligazioni ha infatti inserito un’articolata disposizione nel § 311 che ammette la responsabilità precontrattuale a prescindere dalla conclusione di un contratto. La norma non utilizza l’espressione *culpa in contrahendo*, ma parla genericamente di rapporti negoziali e quasi-negoziali. Conseguenza dell’esistenza di tale responsabilità è il risarcimento del danno per avere confidato nel rapporto. La disposizione delinea in realtà tre casi in cui è da configurarsi la responsabilità. Compare innanzitutto il caso classico della rottura delle trattative, inclusa la colpevole determinazione dell’invalidità del contratto. Seconda fattispecie è quella dell’avviamento di un contratto e, quindi, dei rapporti negoziali potenziali che coinvolgono gli obblighi di informazione. Infine la responsabilità può nascere da semplici contatti negoziali³⁷. Per contatti negoziali sono da intendersi anche i rapporti di cortesia che abbiano un carattere negoziale o anche quasi negoziale, per esempio le informazioni bancarie o trattative nei confronti di più terzi. Significativa è l’ampiezza della disciplina legislativa, evidente soprattutto nel terzo caso dei rapporti di cortesia, già sufficienti a provocare responsabilità precontrattuale. La dottrina tedesca è comunque dell’opinione che la fattispecie prevista al numero 2 sia un caso particolare del numero 1 e che, a sua volta, il numero 3 rientrerebbe nel numero 2³⁸.

Tuttavia, già prima della riforma del diritto delle obbligazioni, il risarcimento del danno in caso di responsabilità precontrattuale era ricono-

³⁷ § 311 (Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse): «(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch:

1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,
2. die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder
3. ähnliche geschäftliche Kontakte.

(3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst».

³⁸ Si vedano in materia M. KELLER, *Schuldverhältnis und Rechtskreiseröffnung. Von der Lehre der culpa in contrahendo zum Rücksichtnahmenschuldverhältnis der §§ 311 Abs. 2 und Abs. 3 BGB* (= *Schriften zum Bürgerlichen Recht*. Bd. 35), Berlin, 2007; M. WOJTAS, *Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland*, Tübingen, 2017; *Münchener Kommentar zum BGB*, Band III: Schuldrecht Allgemeiner Teil II (§§ 311-432), München, 2019, *passim*.

sciuto dalla giurisprudenza e dalla dottrina e costituiva una pretesa di carattere sussidiario. Celebre è il caso della foglia di verdura della Corte suprema federale, decisa negli anni Settanta del Ventesimo secolo³⁹. Il caso del bambino che, mentre la madre è in attesa alla cassa del supermercato, scivola su una foglia di verdura e, per un danno all'articolazione del ginocchio, viene sottoposto a un intervento chirurgico, è celebre in tutta la Germania. Al figlio venne infatti riconosciuto il risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale. È peraltro da evidenziare che, nel caso di specie, non sarebbe stata individuabile la responsabilità da atto illecito, ammessa nell'ordinamento tedesco solo per il caso di lesione di un diritto assoluto⁴⁰. Pertanto la responsabilità precontrattuale assicurò, in questo caso, al danneggiato un risarcimento che non avrebbe potuto avere sul piano della responsabilità da atto illecito.

Ora, dopo la riforma del diritto delle Obbligazioni, un caso come quello dell'incidente del bambino nel supermercato troverebbe tutela nel § 311 e, in particolare, nel secondo comma di tale norma. Dunque, la nuova norma non ha fatto altro che codificare quanto era già ampiamente riconosciuto da decenni dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche.

4. Culpa in contrahendo nei tentativi di codificazione a livello europeo

Per comprendere il fascino esercitato dalla teoria di Jhering e l'importante impatto che ha avuto nelle esperienze giuridiche moderne, è utile fare riferimento alla regolamentazione nell'ambito di quegli interventi normativi volti ad 'armonizzare' il diritto dei contratti degli Stati membri dell'Unione Europea⁴¹.

Dopo la 'Convenzione sui contratti per la vendita internazionale di merci' (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods* – CISG o Convenzione di Vienna) dell'11 aprile 1980, che si applica alla vendita di beni mobili tra i commercianti e che è stata ratificata da 79 Paesi, dal 1989 il Parlamento europeo ha auspicato la formazione di un diritto privato europeo comune⁴². Nel 1994 è stata così costituita una commissione,

³⁹ Si tratta della decisione conosciuta come 'Gemüseblattfall' (BGH in BGHZ 66, 51 = NJW 1976, 712).

⁴⁰ § 823 BGB: «(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet».

⁴¹ Le considerazioni che seguono riprendono in parte i miei rilievi in I. FARGNOLI, *Diritto romano e armonizzazione del diritto europeo*, in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC, Roma 10-11 ottobre 2014*, Napoli, 2017, 145 ss.

⁴² A2-157/89 de 29.05.1989 y A3-0329/94 de 06.05.1994. Per una sintesi delle varie iniziative, si veda G. LUCHETTI-A. PETRUCCI (a cura di), *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, I, Bologna, 2010,

guidata da Ole Lando, che nel 2001 ha elaborato i 'principi del diritto contrattuale europeo' (PECL)⁴³. Tra tali principi compaiono due articoli che riguardano l'istituto della c.d. *culpa in contrahendo*, collocati nella sezione 2 sotto la rubrica '*Liability for negotiations*'. Secondo l'art. II:301, le parti sono libere di negoziare e non sono responsabili di non riuscire a concludere un contratto⁴⁴. Sono peraltro responsabili in caso di violazione della buona fede e del '*fair dealing*' nelle trattative o in caso di rottura delle trattative. Se ciò accade, la parte è tenuta a risarcire le eventuali perdite subite dall'altra parte. Infine, la stessa norma descrive un caso tipico di condotta contraria alla buona fede, cioè quella della parte che difetta della reale intenzione di raggiungere l'accordo. La disposizione successiva, l'art. II:302, sembra costituire una novità rispetto alle previsioni nazionali, obbligando le parti, anche in caso di mancata conclusione del contratto, a trattare confidenzialmente le informazioni scambiate durante le trattative e a non utilizzarle per fini propri⁴⁵.

Successivamente, i PECL furono assunti come modello per un rinnovato piano d'azione, commissionato nel 2003 dalla Commissione europea al fine di stabilire un quadro comune di riferimento (*Common Frame of Reference*) per termini, nozioni e principi. Nel 2008 il quadro comune di riferimento (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR) è stato redatto in via definitiva⁴⁶. Le due norme dei PECL si ritrovano, un po' più articolate, nel

9 ss., ma anche EIDEM, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law della Commissione Lando*, Bologna, 2006, 9 ss. e soprattutto, da ultimo, N. JANSEN-R. ZIMMERMANN ed., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018.

⁴³ Al riguardo R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law*, in HWBEuP, 1177 ss.

⁴⁴ Article II:301 *Principles of European Contract Law: (Negotiations contrary to good faith)* «(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

⁴⁵ Article II:302 *Principles of European Contract Law: (Breach of confidentiality)* «If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for its own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. The remedy for breach of this duty may include compensation for loss suffered and restitution of the benefit received by the other party».

⁴⁶ Sul progetto si vedano: G. ALPA-G. CONTE, *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Acquis communautaire*, in *Riv. dir. civ.*, 54, 2008, 141 ss. e M. W. HESSELINK, *The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, in *Tulane Law Review*, 83, 2009, 919 ss. Sul dubbio che sia una vera codificazione si vedano W. ERNST, *Zur Struktur des CFR*, in *Der Gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, München, 2009, 55 ss.; N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Was ist und wozu der DCFR?*, in *NJW*, 47, 2009, 3401 ss.; EIDEM, *A European Civil Code in All But Name: Discussing the Nature and Purpose of the Draft Common Frame of Reference*, in *Cambridge L.J.*, 69, 2010, 98 ss.; T. KADNER GRAZIANO, *Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa. Harmonisierung der alten Gesetzbüchern oder Schaffung eines neuen? Überlegungen anlässlich des 200. Jahre-*

'Draft', all'art. II.3:301⁴⁷ e II.3:302⁴⁸. Nella prima viene formulato analogamente l'obbligo di comportarsi in buona fede e 'fair dealing' e di non rompere le trattative in modo contrario a buona fede e 'fair dealing'. Nella seconda norma si ripropone l'obbligo di mantenere riservatezza sulle informazioni assunte durante le trattative e di non utilizzarle a fini propri, se così pattuito tra le parti, ma viene definito anche il significato di riservatezza. Lo spazio dedicato al tema è, in definitiva, più ampio di quanto lo sia nei PECL, soprattutto perché i riferimenti alla responsabilità precontrattuale si presentano anche in altre disposizioni e cioè negli artt. II.3:101, II.3.102-109, 3.201-202, 3.401 e 3.501.

Nonostante il DCFR abbia raccolto forti critiche in merito sia all'iniziativa in sé⁴⁹ sia ai contenuti⁵⁰, la Commissione Europea ha continuato a mostrare interesse per il progetto di unificazione del diritto dei contratti e nel 2010 ha costituito un nuovo gruppo di lavoro che, nel giro di un solo

stags des französischen Code Civil, in *ZEuP*, 13, 2005, 523 ss., al quale si rinvia per ulteriore letteratura.

⁴⁷ Art. II.3:301 *Draft Common Frame of References: (Negotiations contrary to good faith)* «Negotiations contrary to good faith and fair dealing» (1) A person is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) A person who is engaged in negotiations has a duty to negotiate in accordance with good faith and fair dealing and not to break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. This duty may not be excluded or limited by contract. (3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach. (4) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a person to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party».

⁴⁸ Art. II.3:302 *Draft Common Frame of References: (Breach of confidentiality)* «(1) If confidential information is given by one party in the course of negotiations, the other party is under a duty not to disclose that information or use it for that party's own purposes whether or not a contract is subsequently concluded. (2) In this Article, 'confidential information' means information which, either from its nature or the circumstances in which it was obtained, the party receiving the information knows or could reasonably be expected to know is confidential to the other party. (3) A party who reasonably anticipates a breach of the duty may obtain a court order prohibiting it. (4) A party who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach and may be ordered to pay over to the other party any benefit obtained by the breach».

⁴⁹ Cfr. J. BASEDOW, *Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte – Notizen zu Marktbezug. Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference*, in *ZEuP*, 16, 2008, 673 ss.; S. GRUNDMANN, *Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrechts*, in *AcP*, 212, 2012, 225 ss.; M.W. HESSELINK, *The CFR and Social Justice*, in *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Alphen, 2009, 95 ss.

⁵⁰ H. UNBERATH, *Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens*, in *ZEuP*, 16, 2008, 745 ss.; J.M. SMITS, *A European Law on Unjustified enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference*, in *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, 152 ss.; H. EIDENMÜLLER, *Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR*, in *ERCL*, 4, 2009, 109 ss.; N. JANSEN-R. ZIMMERMANN, *Vertragsschluss und Irrtum im europäischen Vertragsrecht. Textstufen transnationaler Modellregelungen*, in *AcP*, 210, 2010, 196 ss.

anno di attività, ha formulato la Proposta di Regolamento per un diritto comune europeo delle vendite o CESL (in inglese '*Common European Sales Law*'), approvata provvisoriamente nel 2011⁵¹. Il progetto disciplina la compravendita, ma include altresì una parte generale sul contratto, come sulla sua formazione, la sua interpretazione e i vizi del consenso⁵². Le compravendite alle quali si applica sono i contratti tra imprese (B2B), ma anche tra imprese e consumatori (B2C). Gli obblighi di informazione precontrattuali, la cui violazione determina un danno patrimoniale, sono disciplinati nella parte II, capitolo 2, prima delle disposizioni relative alla conclusione del contratto. Tale collocazione anticipata sorprende dal punto di vista dogmatico, ma può essere giustificata sul piano cronologico, poiché la fase precontrattuale precede ovviamente quella contrattuale. Sconcertante è poi il numero delle disposizioni dedicate al tema, un totale di 16 disposizioni nelle sezioni dalla 1 alla 5 che includono gli artt. dal 13 al 29. Come è evidente, il numero delle norme è lievitato notevolmente rispetto ai PECL e al '*Draft*'. La prima sezione è dedicata alle informazioni precontrattuali che devono essere fornite dall'imprenditore al consumatore, la seconda alle informazioni che devono essere scambiate nel caso di contratto tra due o più imprenditori, la terza alle informazioni in caso di contratti elettronici, la quarta all'obbligo di garantire che le informazioni siano corrette e la quinta ai rimedi in caso di violazione degli obblighi di informazione⁵³. Già la prima di queste 16 norme, l'art. 13, dà idea del dettaglio con cui vengono definiti gli obblighi di informazione nel caso di contratti B2C a distanza o non nella sede del commerciante, ma con la di lui presenza⁵⁴. Inoltre, nonostante l'elevato numero di disposizioni, man-

⁵¹ COM 2011 635.

⁵² Sulla natura ibrida del progetto cfr. G. D'AMICO, *Il Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *I contratti*, 2012, 611 ss.

⁵³ Si vedano E. HALL-G. HOWELLS-J. WATSON, *The Consumer Rights Directive. An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law*, in R. SCHULZE (a cura di), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Baden, 2012, 125 ss. Si vedano anche M. PIERS, *Pre-Contractual Information Duties in the CESL*, in *ZEUP*, 20, 2012, 87 ss. e S. WICHMANN, *Zustandekommen eines bindenden Vertrags*, in M. SCHMIDT-KESSEL (a cura di), *Der Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Kommentar*, München, 2014, 185 ss.

⁵⁴ Art. 13 *Common European Sales Law: (Duty to provide information when concluding a distance or off-premises contract)* «1. A trader concluding a distance contract or off-premises contract has a duty to provide the following information to the consumer, in a clear and comprehensible manner before the contract is concluded or the consumer is bound by any offer:

- (a) the main characteristics of the goods, digital content or related services to be supplied, to an extent appropriate to the medium of communication and to the goods, digital content or related services;
- (b) the total price and additional charges and costs, in accordance with Article 14;
- (c) the identity and address of the trader, in accordance with Article 15;
- (d) the contract terms, in accordance with Article 16;

ca una norma generale⁵⁵ e non è chiaro se la violazione degli obblighi di informazione possa comportare l'invalidità del contratto una volta concluso⁵⁶. Tuttavia, a seguito del grande scetticismo e degli innumerevoli dubbi che il CESL ha sollevato, il progetto nel 2015 è stato abbandonato⁵⁷.

Già da queste brevi considerazioni emerge quanto i PECL, il 'Draft', ma soprattutto il CESL dedichino una grande attenzione agli obblighi di informazione, superando in ciò senza dubbio anche la regolamentazione ita-

(e) the rights of withdrawal, in accordance with Article 17;

(f) where applicable, the existence and the conditions of the trader's after-sale customer assistance, after-sale services, commercial guarantees and complaints handling policy;

(g) where applicable, the possibility of having recourse to an Alternative Dispute Resolution mechanism to which the trader is subject and the methods for having access to it;

(h) where applicable, the functionality, including applicable technical protection measures, of digital content; and

(i) where applicable, any relevant interoperability of digital content with hardware and software which the trader is aware of or can be expected to have been aware of.

2. The information provided, except for the addresses required by point (c) of paragraph 1, forms an integral part of the contract and shall not be altered unless the parties expressly agree otherwise.

3. For a distance contract, the information required by this Article must:

(a) be given or made available to the consumer in a way that is appropriate to the means of distance communication used;

(b) be in plain and intelligible language; and

(c) insofar as it is provided on a durable medium, be legible.

4. For an off-premises contract, the information required by this Article must:

(a) be given on paper or, if the consumer agrees, on another durable medium; and

(b) be legible and in plain, intelligible language.

5. This article does not apply where the contract is:

(a) for the supply of foodstuffs, beverages or other goods which are intended for current consumption in the household, and which are physically supplied by a trader on frequent and regular rounds to the consumer's home, residence or workplace;

(b) concluded by means of an automatic vending machine or automated commercial premises;

(c) an off-premises contract if the price or, where multiple contracts were concluded at the same time, the total price of the contracts does not exceed EUR 50 or the equivalent sum in the currency agreed for the contract price».

⁵⁵ Sull'evidente anomalia si veda E.A. KRAMER, *Kommentar zu Maud Piers*, in *ZEuP*, 20, 2012, 902. Secondo PIERS, *Pre-Contractual Information Duties*, cit., 879 ss.

⁵⁶ E.A. KRAMER, *Kommentar*, cit., 902. Scettico nei confronti della regolamentazione anche H. EIDENMÜLLER-N. JANSSEN-E.M. KIENINGER-G. WAGNER-R. ZIMMERMANN, *The Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: Shortcomings of the Most Recent Textual Layer of European Contract Law*, in *JZ*, 25, 2012, 276.

⁵⁷ Il 16 dicembre 2014 la proposta CESL è stata ritirata, determinando il fallimento completo del progetto. Una nuova commissione, presieduta da Jean Claude Juncker, ha adottato il 9 dicembre dello stesso anno due proposte di direttiva, la 2015/0287 (COD), riguardante determinati aspetti dei contratti per la fornitura di contenuto digitale e la 2015/0284 (COD), relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a distanza di beni. Il futuro di queste due direttive, che costituiscono l'ultimo, lampante esempio del ridimensionamento delle aspirazioni di armonizzazione del diritto privato europeo da parte delle istituzioni comunitarie, appare ancora oggi incerto.

liana. I tre progetti a livello europeo sembrano piuttosto ispirarsi alla disciplina tedesca che peraltro, come accennato⁵⁸, compensa così il ristretto ambito applicativo della responsabilità da atto illecito.

5. Culpa in contrahendo nei Codici brasiliano e argentino

Tornando ora all'America Latina, sono i due Codici di nuova generazione ad accogliere esplicitamente la teoria di Jhering. Coerentemente all'aumento della rilevanza dell'istituto negli ultimi anni, i Codici di Argentina (2014) e Brasile (2002) prevedono la *culpa in contrahendo*.

Se il Codice del 1917, redatto sulla scorta dei lavori di Augusto Teixeira de Freitas⁵⁹, non menzionava l'obbligo di correttezza durante le trattative, la giurisprudenza si è dimostrata aperta in questo senso già negli anni Novanta del Ventesimo secolo. Famosa è la controversia decisa dal '*Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul*' nel 1991 tra i piccoli agricoltori del municipio di Canguçu e la '*Companhia Industrial de Conservas Alimentarias*'. L'impresa venne condannata a pagare il danno emergente e il lucro cessante per avere ingenerato aspettativa di acquisto del raccolto, senza avere poi comprato, in uno degli anni, lo stesso.

Tale apertura giurisprudenziale è stata ora registrata dal Codice del Brasile del 2002. L'art. 422 prevede che i contraenti sono obbligati ad osservare il principio di buona fede⁶⁰. Nella sua brevità la norma non fa peraltro riferimento alle trattative, ma solo alla conclusione del contratto e alla sua esecuzione. Nella lettera della norma sembra possibile leggere il disposto dell'art. 1337 del Codice civile italiano e di conseguenza di quello portoghese. A differenza di queste due formulazioni tuttavia, il legislatore brasiliano ha tagliato il riferimento alle trattative, indicando solo la formazione del contratto e la sua esecuzione. E mancando la menzione delle trattative, la disposizione non distingue tra *culpa in contrahendo* e *culpa post contractum finitam*.

Arrivando infine alla regolamentazione argentina, nel Codice redatto da Dalmacio Vélez Sársfield nel 1869 mancava ogni riferimento alla *culpa in contrahendo*. Vélez non sembra precisare nulla neanche nelle sue celebri note⁶¹. Pur in mancanza di una previsione legislativa, il dovere di cu-

⁵⁸ Cfr. *supra*, § precedente.

⁵⁹ Sul contributo di Freitas, modello per tutta l'America Latina, si veda S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas ed il diritto latinoamericano*, Padova, 1988.

⁶⁰ Art. 422 *Código civil*: «Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé».

⁶¹ Su questa personalità di spicco, si rinvia a S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sársfield ed il diritto latinoamericano*, Padova, 1991.

stodia, di informazione, di collaborazione e di lealtà venivano derivati dalla dottrina e dalla giurisprudenza dal principio del *neminem laedere*, presente ovviamente nel sistema. In particolare, secondo la dottrina allora maggioritaria, tale obbligo derivava dall'art. 1109, che fondava la responsabilità extracontrattuale. Secondo altri, invece, era l'art. 1198 ad imporre alle parti di comportarsi secondo buona fede⁶².

Come è ben noto, nel 2014 il Parlamento argentino ha approvato il nuovo Codice Civile e Commerciale⁶³. Nel nuovo Codice sono state introdotte le norme dall'art. 990 al 994 nella sezione dedicata alle trattative contrattuali. L'art. 990 prevede l'autonomia di contrattazione e quindi la libertà di avviare trattative per valutare se si concretizzi o meno un vincolo contrattuale⁶⁴. Tale enunciazione di libertà negoziale sembra rifarsi alla formulazione dell'art. II:301 primo comma dei PECL e dell'art. II.3:301 primo comma del 'Draft'. L'art. 991 obbliga poi le parti a comportarsi secondo buona fede per non frustrare ingiustamente le trattative contrattuali⁶⁵. Si riprende il Codice civile italiano, ma anche il 'Draft' (art II.3:301 secondo comma). Viene specificato che il comportamento in buona fede è necessario, anche se una proposta non sia stata ancora formulata. Interessante è la seconda parte della norma, che impone di risarcire il danno che l'altra parte ha sofferto «per aver confidato, senza sua colpa, nella conclusione del contratto», riprendendo le parole dell'art. 1338 del Codice civile italiano. Peraltro, nel Codice argentino il risarcimento è previsto non solo in caso di invalidità del contratto, come nel Codice italiano, ma più in generale in caso di comportamento contrario alla buona fede. Si riprende anche l'espressione che ricorre nell'art. II:301 secondo comma dei PECL e nel II.3:301 terzo comma del 'Draft', per cui la parte è responsabile per i danni e il pregiudizio causati all'altra.

L'art. 992 prevede poi il dovere di riservatezza. Il principio fondamentale in materia è che le informazioni scambiate tra le parti nel processo negoziale non sono riservate⁶⁶. Tuttavia, è possibile che le parti stabili-

⁶² Cfr. per esempio B. KOZOLCHYK, *Comparative Commercial Contracts. Law, Culture and Economic Development*, St. Paul, 2014, 1121.

⁶³ Il nuovo Codice di 2671 articoli sostituisce il Codice di Vélez del 1869 e il Codice di Commercio del 1889.

⁶⁴ Art. 990 *Código civil y comercial de la Nación: (Libertad de negociación)* «Las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento».

⁶⁵ Art. 991 *Código civil y comercial de la Nación: (Deber de buena fe)* «Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato».

⁶⁶ Art. 992 *Código civil y comercial de la Nación: (Deber de confidencialidad)* «Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufri-

scano il carattere riservato dell'intero processo negoziale. Un analogo disposto compare già nell'art. II:302 dei PECL e II.3:302 primo comma del 'Draft' che, come visto⁶⁷, prevedono che, se una delle parti fornisce informazioni riservate nel corso delle trattative, l'altra ha il dovere di non divulgarle né usarle ingiustificatamente a proprio vantaggio, indipendentemente dal fatto che il contratto si sia successivamente perfezionato o meno.

Diverso rispetto ai modelli europei menzionati, è invece l'art. 993, in cui viene previsto che il consenso espresso dalle parti nella '*carta de intención*', e cioè nel documento redatto nella fase delle trattative, deve essere interpretato in modo restrittivo⁶⁸. La norma peraltro non definisce la '*carta de intención*'. Essa sembra lasciare al giudice la discrezionalità di evitare che i confini della responsabilità contrattuale vengano troppo estesi. Nella parte finale dell'articolo si stabilisce infine la regola, secondo la quale quanto previsto in tale documento ha forza vincolante solo se soddisfa i requisiti della proposta.

6. Conclusioni

Già alla luce di queste brevi considerazioni in materia di *culpa in contrahendo*, emerge un legame delle più importanti codificazioni dell'America Latina all'esperienza giuridica europea, ma più direttamente all'eredità romanistica nell'ambito di quella comunicazione esistente tra sottosistema latinoamericano e sottosistema europeo nell'ambito del sistema romanistico⁶⁹. Risulta possibile che la teoria di Jhering abbia avuto in Cile un impatto già sulla legislazione commerciale alla fine del secolo XIX e lo ebbe poi senz'altro sulla giurisprudenza che l'ha accolta a piene mani.

Più di recente la nuova codificazione brasiliana, ma soprattutto quella argentina, con la previsione di quattro norme nel nuovo Codice, dimostrano la maggiore rilevanza assunta dalla materia della responsabilità precontrattuale negli ultimi anni. È peraltro possibile notare che le nuove discipline codicistiche si ispirano a modelli esistenti, in particolare alle disposizioni italiane del Codice civile⁷⁰ e quindi alla norma portoghese, ma anche ai ten-

do por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento».

⁶⁷ Cfr. *supra*, § 4.

⁶⁸ Art. 993 *Código civil y comercial de la Nación: (Cartas de intención)* «Los instrumentos mediante los cuales una parte, o todas ellas, expresan un consentimiento para negociar sobre ciertas bases, limitado a cuestiones relativas a un futuro contrato, son de interpretación restrictiva. Sólo tienen la fuerza obligatoria de la oferta si cumplen sus requisitos».

⁶⁹ Per questa stretta connessione tra i due sottosistemi, cfr. S. SCHIPANI, *Nota*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 1, 1996, 11.

⁷⁰ D.F. ESBORRAZ, *L'influsso del diritto italiano sul nuovo Progetto di codice civile e commerciale della Repubblica Argentina*, in S. LANNI-P. SIRENA (a cura di), *Il modello giuridico -*

tativi europei di armonizzazione del diritto dei contratti, in particolare ai PECL e al 'Draft'. Tuttavia, in questo tentativo di comparazione diacronica, persino l'Argentina appare assolutamente moderata nella previsione e regolamentazione della responsabilità precontrattuale in rapporto ai lavori a livello europeo di armonizzazione del diritto e soprattutto al CESL.

La prudenza in questo ambito appare quanto mai opportuna, in particolare, per due ragioni. Da un lato, proprio laddove gli obblighi di informazione sono regolati troppo nel dettaglio dalla legislazione, la parte contraente è portata ad esagerare nella quantità di indicazioni conferite al fine di evitare di incorrere in una responsabilità. E un aumento degli obblighi di informazione comporta il rischio di sommergere la controparte con un carico eccessivo di informazioni⁷¹, tale per cui essa non sia neanche nella condizione materiale di effettuare una lettura completa del contratto né, di conseguenza, di apportarvi variazioni.

Dall'altro lato, una regolamentazione capillare di obblighi precontrattuali moltiplica le eventualità in cui la parte debba rispondere. Già il semplice contatto può potenzialmente fare scattare l'obbligo risarcitorio. In altre parole, un'eccessiva dilatazione della *culpa in contrahendo* può mettere a rischio la libertà contrattuale stessa, portando ad un esponenziale aumento delle liti e, di conseguenza, del volume delle cause giudiziarie.

Ad ogni modo, anche nell'ordinamento argentino, quello dell'America Latina che si spinge più avanti in tema di responsabilità precontrattuale, sarà da vedere come la lettera delle norme del legislatore arriverà ad essere applicata dai tribunali e anche ad essere percepita dai destinatari⁷². Infatti, solo la considerazione pure della prospettiva del destinatario consente di cogliere l'operatività delle norme nella società. Solo il tempo potrà dunque dire se la creatura di Jhering, nata sulle fonti del diritto romano, prosperata con il passare del tempo fino a diventare un gigante, ha già raggiunto i suoi confini o, come propone l'ultimo progetto di armonizzazione della vendita a livello europeo, sia destinata ancora a crescere.

scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012, Napoli, 2013, 156. Cfr. anche V. MONSALVE-CABALLERO, *The Legal and Historical Panorama of Culpa in Contrahendo at Contractual Negotiations. An Approach from European and Latin American Law*, in *Revista de Derecho*, 39, 2013, 145.

⁷¹ Sul punto cfr. H. FLEISCHER, *Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht*, in *ZEuP*, 8, 2000, 788 e E.A. KRAMER, *Kommentar*, cit., p. 899 e nt. 7. Efficace è in lingua inglese l'espressione di 'information overload'.

⁷² Sul Codice come ossatura senza carne che necessita di essere curata e rimpolpata dalla società, con una metafora ripresa da J.F. LAE, *L'ogre du jugement. Les mots de la jurisprudence*, Paris, 2001, 215, si vedano le pagine lucide e graffianti di P. CARONI, *E se anche il Codice fosse un messaggio?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, 2018, 60 ss.

LA RESPONSABILITÀ CIVILE OGGETTIVA LIMITATA A ROMA E LA SUA PRESENZA IN AMERICA LATINA *

Gian Franco Rosso Elorriaga

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le azioni penali a responsabilità oggettiva. – 2.1. *Actio de pauperie*. – 2.2. *Actio de effusis vel deiectis*. – 2.3. *Actiones in factum adversus nautas caupones stabularios*. – 3. Azioni penali particolari. – 3.1. L'editto *de positis vel suspensis*. – 3.2. L'editto *de feris*. – 4. Gli illeciti romani a responsabilità oggettiva nei Codici latinoamericani. – 4.1. Danni cagionati dagli animali. – 4.2. Editti *de effusis vel deiectis* e *de positis vel suspensis*. – 4.3. *Actiones adversus nautas caupones stabularios*. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione

Come noto, in America Latina esiste un sottosistema giuridico latino-americano. La consapevolezza di tale circostanza appare di estremo rilievo, poiché implica che, in caso di problemi interpretativi e di lacune legislative, le soluzioni debbano essere ricercate all'interno del medesimo sottosistema o all'interno del sistema stesso. È questo l'unico modo che consente di mantenere la coerenza tra tutti gli istituti e i rispettivi effetti. Al contrario, le soluzioni importate dall'esterno, alla fine, deformano il sistema e sono causa di notevoli contraddizioni. Infatti, la recezione delle creazioni straniere, più che un sistema conduce a generare semplicemente un complesso di istituti autonomi, ognuno con i suoi principi e le sue regole: per questo motivo, risulta fondamentale leggere e rileggere le fonti romane, approfondirne ed estrarne i principi che sono alla base del sistema e del sottosistema¹. Spesso

* Il presente saggio riprende, con modifiche, il contenuto del libro G.F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, México, 2016.

¹ A. GUZMAN BRITO, *El significado histórico de las expresiones "equidad natural" y "principios de equidad" en el derecho chileno*, in *Revista de ciencias sociales de la Universidad Católica de Valparaíso*, 18-19, 1981, 142; S. SCHIPANI, *Rileggere i Digesta. Enuclerare i principii*. Pro-

questi sono un po' nascosti; in altre occasioni risultano, invece, ignorati. L'importanza di questo lavoro risulta ancora più evidente se si ha presente che il richiamo all'equità naturale, nel nostro sottosistema, comporta l'applicazione dei principi del diritto romano.

Stando così le cose, uno dei tanti compiti che abbiamo è domandarci quali siano i principi in materia di responsabilità oggettiva elaborati nel diritto romano. A mio avviso, il richiamo a questo concetto moderno non è esente da rischi di anacronismo, perché i romani non l'hanno conosciuto come tale. Tuttavia, la maggior parte della dottrina afferma che nel diritto romano i medesimi criteri che informano tale principio sono riscontrabili almeno nell'*actio de pauperie*, nell'*actio de effusis vel deiectis* e nelle *actiones adversus nautas, caupones, stabularios*. Tutti questi strumenti hanno in comune il fatto di essere costruiti su un fattore oggettivo di attribuzione dell'azione, a sua volta riconducibile a una precisa qualità giuridica del legittimato passivo: rispettivamente, proprietario, abitante (*habitor*) o *exercitor* (armatore, albergatore o stalliere). Tutto ciò nonostante i dubbi che possono emergere in virtù di qualche allusione alla colpa presente nelle fonti.

Le segnalate azioni penali a responsabilità oggettiva attengono a fattispecie in cui il danno si è concretamente realizzato: per quanto qui di rilievo, possiamo affermare che all'origine o, piuttosto, mediante sviluppi posteriori (che possono essere stati introdotti attraverso interpolazioni dei testi sopravvissuti fino ai nostri giorni), esse hanno contemplato, o ad esse sono stati collegati, strumenti che limitavano quantitativamente la responsabilità dei condannati². Ciò accadeva quando la condotta causativa del danno non era stata realizzata dal soggetto indicato come responsabile dalla regola corrispondente.

Si trattava di una soluzione molto ragionevole. Come si ricorderà, il criterio generale di imputazione stabilito dalla *lex Aquilia* (*damnum iniuria datum*) e dall'interpretazione che ne fecero i giureconsulti romani consiste nel dolo o nella colpa del legittimato passivo dell'azione. Una volta condannato, questi doveva pagare l'intera pena, cioè tutto il danno arrecato al proprietario della cosa danneggiata.

Esistono, tuttavia, alcuni casi, come le azioni penali sopra ricordate, in cui, per ragioni di sicurezza pubblica, o per tutelare i danneggiati o per rendere loro più agevole la prova, si realizzarono degli interventi finalizzati ad introdurre una responsabilità a carico di soggetti che, nonostante non fossero tecnicamente imputabili, rivestivano una determinata posizione giuridica, alla luce della quale si poteva collegare l'esigenza di attribuire loro

porli, in AA.VV. (a cura di), *Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano*, A. TRISCIUOGGIO, Napoli, 2009, 63 e 68.

²I. FARGNOLI, *Recensione* di G.F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Ciudad de México, I-XIII, 1-452, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 37, 2016, 284.

la responsabilità. Pertanto, tali interventi finirono per correggere una situazione avvertita come ingiusta.

Però, dal momento che non appare corretto rimediare alle ingiustizie con altre ingiustizie, i romani introdussero un secondo correttivo: chi deve pagare una pena in assenza di una propria condotta colposa o dolosa ha la possibilità di limitare il *quantum* degli effetti sul proprio patrimonio: ha il diritto di arginare, cioè, le conseguenze negative pecuniarie della sua responsabilità.

2. Le azioni penali a responsabilità oggettiva

2.1. Actio de pauperie

Sin dalla sua origine nelle XII Tavole, nell'*actio de pauperie* la qualità di proprietario attuale dell'animale che ha arrecato danni a cose costituiva il criterio alla luce del quale si attribuiva ad un soggetto una responsabilità oggettiva³. Infatti, il legittimato passivo era sempre il proprietario attuale, e non il *dominus* sotto il cui controllo l'animale aveva cagionato il danno. Perciò, l'azione si indirizzava contro chi avesse acquisito l'animale dopo il danno, senza che questi potesse liberarsi da responsabilità appellandosi alla mancanza di colpa da parte sua. Pertanto, non c'era spazio nel processo romano per nessuna analisi della condotta dell'imputato e il proprietario attuale doveva pagare l'importo a cui fosse stato condannato, pari al valore dei danni subiti dall'attore. Quindi, la maggior parte degli autori afferma che si tratta di una responsabilità oggettiva⁴.

D'altra parte, è molto interessante notare che la responsabilità veniva attribuita al proprietario soltanto nel caso in cui l'animale avesse agito *contra naturam*. Al contrario, se l'animale reagiva *secundum naturam* e, di conseguenza, il proprietario poteva prevedere la reazione della sua bestia, il *dominus* era assolto. Siamo così davanti a una regola totalmente diversa dalla responsabilità soggettiva, che nel diritto romano viene ancorata precisamente alla prevedibilità.

In ogni caso, il condannato aveva la facoltà di consegnare (*noxae deditio*) l'animale al vincitore della lite, trasferendone la proprietà alla vittima. Questa possibilità conferma che il criterio in base al quale veniva attribui-

³D. 9,1,1pr.

⁴M. V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli, 1995, 54, e la dottrina ulteriore *ivi* citata; L. RODRIGUEZ-ENNES, *Delimitación conceptual del ilícito edilicio de feris*, in *Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 41, 1990, 75; A. GUZMÁN BRITO, *Derecho privado romano*, II, Santiago, 2013, 300; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 514.

ta la responsabilità doveva necessariamente essere la proprietà attuale, proprio perché l'unico soggetto che avrebbe potuto effettuare simile trasferimento era il *dominus* attuale. Possiamo anche dedurne che, se l'animale presentava un valore inferiore alla condanna, il proprietario riusciva a limitare il danno patrimoniale cagionatogli dai comportamenti degli animali che non era capace di controllare o che il proprietario anteriore non era stato in grado di evitare (dal momento che risultavano imprevedibili).

2.2. Actio de effusis vel deiectis

Per quanto riguarda l'*actio de effusis vel deiectis*, in virtù di questo editto il pretore concedeva detta azione *in factum* alla vittima di un danno subito in seguito al versamento di un liquido o al lancio di una cosa da uno dei piani superiori di un palazzo verso una strada dove la gente transitava o era solita sostare⁵. Affinché si potesse applicare questo editto, non era importante chi avesse realizzato l'atto di versare o di lanciare, poiché il criterio di attribuzione della responsabilità introdotto da questo editto consisteva in una qualifica di fatto: l'essere *habitor*: pertanto, il responsabile era chi deteneva l'immobile materialmente e in maniera stabile⁶. Questo soggetto poteva coincidere con il proprietario, ma poteva anche rivestire un'altra qualifica giuridica o, semplicemente, non possederne alcuna.

Inoltre, l'editto prevedeva diverse sanzioni a seconda della natura del danno subito dalla vittima. Innanzi tutto, in caso di danni a cose, venne stabilita una pena pari al doppio del valore di queste. Tuttavia, non era necessario che il danno fosse stato causato dall'*habitor* con *iniuria*, né, tantomeno, che l'*actio* venisse concessa contro chi avesse effettivamente realizzato la condotta descritta (il versamento o il lancio), formula utilizzata, invece, dalla *lex Aquilia (damnum iniuria datum)*⁷. D'altro canto, in caso di morte di un uomo libero, la pena era pari a cinquanta auri; e, in caso di lesioni arrecate a un uomo libero, l'ammontare della pena era rimesso alla decisione del giudice, il quale doveva fissarlo nell'importo che gli sembrava equo. Anche in questi due ultimi casi non troviamo alcun riferimento alla colpa o alla *iniuria*, né si utilizzava il concetto dell'*actio iniuriarum*, che faceva riferimento a 'chi aveva' ucciso o ferito un uomo libero⁸. L'editto, quindi, descriveva la condotta in una maniera diversa dalle fattispecie delittuose generali.

⁵ D. 9,3,1pr; I. 4,5,1-2.

⁶ D. 9,3,9.

⁷ D. 9,2,2pr; D. 9,2,27,5.

⁸ D. 47,10,11pr.

Da quanto detto finora risulta chiaro che questo editto puniva unicamente l'*habitor*, e per il solo fatto di essere *habitor*; nessuna analisi sulla condotta del convenuto veniva realizzata nei processi fondati sul medesimo. Di conseguenza, la dottrina romanistica è unanime nel riconoscere qui un'ipotesi di responsabilità oggettiva⁹: come fondamento del criterio di attribuzione della responsabilità all'*habitor*, viene persino menzionato il rischio creato.

Nel caso in cui il danneggiante fosse stato uno schiavo, l'editto stabiliva che il pretore aggiungeva nella sua formula *aut noxam dedere*¹⁰: quindi, se chi aveva realizzato l'atto di versare o di lanciare era uno schiavo del legittimato passivo, l'*habitor*, in qualità di proprietario del *servus* colpevole, poteva scegliere se pagare la condanna o consegnare lo schiavo a noxa. In quest'ultimo caso, l'*habitor* poteva ridurre la sua responsabilità fino al valore dello schiavo consegnato, se il suo prezzo era inferiore alla somma per cui era stato condannato.

Il testo a noi arrivato non dice nulla sul *filius familias* che versava o gettava dall'abitazione del *pater familias*. Consideriamo che sia ragionevole la posizione di chi pensa che, originariamente, ci fosse un riferimento tanto allo schiavo quanto al figlio, soprattutto perché esistono fonti che si occupano del caso del *filius habitator*¹¹. I figli, pertanto, non sono stati ignorati; è più probabile che i compilatori abbiano cancellato il riferimento ad essi, dal momento che con Giustiniano la facoltà di dare a noxa i figli era stata abolita¹². Di conseguenza, inizialmente, il *pater familias* poteva sottrarsi alla sua responsabilità anche consegnando il proprio figlio al danneggiato.

Nonostante il riferimento esplicito alla *noxa* nelle fonti a noi pervenute, la veridicità di questa facoltà riconosciuta all'*habitor* è molto discussa in dottrina, perché la responsabilità che gli veniva attribuita era di carattere personale. Di conseguenza, dato che egli non era responsabile del fatto dannoso derivato da una sua condotta, tantomeno rispondeva per la condotta altrui. Pertanto, se fosse stato uno schiavo o un figlio a versare o gettare

⁹ G. MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 18, 1971, 548; A. GUZMÁN BRITO, *La responsabilidad objetiva por custodia en el derecho romano y en el derecho moderno, con una referencia especial a la regla periculum est emptoris*, in *Revista chilena de derecho*, 24, 179 e 180; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 516; G. FLORIS MARGADANT, *La responsabilidad objetiva en el derecho romano*, in *Juridica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 6, 1974, 264; L. RODRIGUEZ-ENNES, *Notas sobre el elemento subjetivo del «edictum de effusis vel deiectis»*, in *IURA*, 35, 1984, 91; M.T. GIMENEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990, 80; G. LONGO, *I quasi delicta: actio de effusis vel deiectis/ actio de positis ac suspensis*, in *Studi Sanfilippo*, 4, Milano, 1983, 441.

¹⁰ D. 9,3,1pr.

¹¹ D. 9,3,1,7; D. 44,7,5,5; J. 4,5,2.

¹² J. 4,8,7.

qualcosa in strada, arrecando danni ai pedoni che transitavano o alle cose che là si trovassero, un tale schiavo (o figlio) non avrebbe potuto essere considerato legittimato passivo, perché egli non aveva la qualità di *habitor*. Perciò, non avrebbe potuto essere consegnato a nozza, con il fine di fargli assumere la responsabilità per il fatto.

Non essendo possibile l'esercizio della *noxae deditio*, per la mancanza di un presupposto essenziale dell'azione nossale, Lenel ha sviluppato l'idea di una *exceptio noxalis*. Cioè, di fronte a una situazione tanto straordinaria come può essere la condanna a pagare una pena imposta ad un soggetto che non ha realizzato una condotta né dolosa né colposa, il pretore avrebbe risolto il problema attraverso il ricorso ad uno strumento altrettanto straordinario. Condividiamo tale costruzione dogmatica poiché, al di là della denominazione¹³, ciò che ci sembra veramente rilevante è la ragionevolezza della soluzione. Il pretore non può non avere colto l'iniquità cui conduceva l'applicazione della responsabilità oggettiva a carico dell'*habitor*, il quale finiva per essere condannato a pagare l'intera pena, pur non essendo colpevole del danno. Quindi, una deviazione dalle regole generali dei delitti di danno, che creava un'eccezione, doveva a sua volta essere corretta nelle sue conseguenze con un'altra eccezione alle regole generali della nossalità: la cosiddetta *exceptio noxalis*¹⁴.

Infine, nel caso in cui a versare o a gettare fosse stato un terzo (per esempio, un ospite) non soggetto al potere del *pater familias*, non sarebbe stato possibile applicare la nossalità o le azioni limitative o esimenti come quelle citate finora. Di fronte a un caso come questo, le fonti propongono almeno un'azione di regresso nei confronti di chi ha realizzato la condotta. Di certo, questo strumento non è propriamente un mezzo limitativo della responsabilità, poiché l'*habitor* in ogni caso doveva pagare la totalità della somma comminata. Tuttavia, siamo in presenza di un'azione che, sebbene avesse luogo dopo la condanna e il pagamento, era finalizzata a ridurre il detrimento patrimoniale subito dal responsabile. Da questa prospettiva, emerge chiaramente come il pretore andasse sempre alla ricerca di correttivi alle conseguenze dell'attribuzione oggettiva della responsabilità per i danni cagionati.

2.3. Actiones in factum adversus nautas caupones stabularios

È abbastanza probabile che il pretore abbia aggiunto alle azioni *ex contractu* ed *ex delicto*, che erano concesse a passeggeri o avventori che subivano furti e danni nei loro rapporti con armatori, albergatori o stallieri,

¹³ G.F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objetiva*, cit., 159.

¹⁴ O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig, 1927³, 174.

delle azioni *in factum* per i furti o per i danni arrecati dai dipendenti di questi ultimi; tutto ciò alla luce delle informazioni su cui contiamo grazie alle fonti superstiti, che comunque sono parziali¹⁵.

Queste *actiones in factum adversus nautas, caupones et stabularios* avrebbero dato origine a una responsabilità che possiamo definire oggettiva, poiché il fattore della sua attribuzione consisteva nella mera qualifica di *exercitor, caupo* o *stabularius*. Certamente, il furto o i danni ai clienti potevano essere realizzati personalmente da questi ultimi, ma anche dagli schiavi, dai figli o dagli uomini liberi che per costoro lavoravano: tuttavia, queste circostanze non rilevavano al momento della condanna. Ci troviamo di nuovo di fronte a un caso in cui non si analizzava la condotta del padrone, né veniva ricercata la colpa di questi nella commissione del delitto come presupposto della condanna. Per questo motivo, la dottrina di solito ravvisa in queste azioni l'idea alla base del moderno rischio di impresa.

Sebbene ci siano dei riferimenti alla colpa in alcuni passi¹⁶, che consentirebbero di pensare più che altro a una responsabilità soggettiva, studi approfonditi hanno permesso di chiarirne il senso. Detti riferimenti, infatti, possono essere interpretati nel senso che il padrone non è il colpevole (per avere agito personalmente con colpa), ma è il responsabile: cioè, a lui viene attribuita la responsabilità per il fatto. Di fronte alla mancanza del concetto di 'criterio di imputazione', semplicemente si è fatto ricorso alla parola 'colpa'¹⁷. Cosa diversa, invece, è affermare che, alla fine, questi riferimenti siano serviti come base della responsabilità dei padroni per *culpa in vigilando* o *in eligendo*.

È anche verosimile che, al momento della nascita di queste azioni, basate su un criterio di attribuzione oggettivo, non esistessero strumenti limitativi della responsabilità dell'*exercitor*. Però, con il passar del tempo, detti strumenti sono stati introdotti all'interno dello statuto giuridico delle rispettive azioni. Così, con il fine di limitare le conseguenze risultanti dal fatto dannoso commesso dai suoi servi (furto o danno), si sarebbe concessa all'*exercitor, caupo* o *stabularius* una *exceptio noxalis*¹⁸: cioè, il padrone aveva la facoltà di pagare la condanna o, in alternativa, se conosceva il nome dello schiavo che aveva realizzato il delitto, poteva consegnarlo all'attore.

Sull'esistenza di questa *exceptio noxalis* si è discusso parecchio in dottrina, perché presenta le stesse difficoltà già menzionate in relazione all'editto *de effusis vel deiectis*. Ma anche in questo caso ci troviamo, innanzi

¹⁵ D. 44,7,5,6; I. 4,5, 3; D. 47,5pr. (P.S. II.31,16 e 18).

¹⁶ D. 4,9,7,4; D. 47,5,1,5, D. 44,7,5,6; I. 4,5,3.

¹⁷ R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, Torino, 2002, 37 s.; G.F. ROSSO ELORRIAGA, *Los límites de la responsabilidad objetiva*, cit., 227.

¹⁸ D. 4,9,7,4; D. 47,5,1,5.

tutto, di fronte ad un riferimento esplicito nelle fonti; in secondo luogo, risulta ragionevole la creazione di uno strumento siffatto, che rimediava all'ingiustizia di condannare un soggetto non colpevole. Un correttivo pareva certamente necessario.

Le fonti tacciono a proposito del *filius familias*; ma è probabile che la medesima *exceptio* fosse concessa anche in questo caso, e che i compilatori giustiniani ne abbiano cancellato il riferimento per i motivi già indicati sopra.

Infine, il furto o il danno poteva essere commesso da un uomo libero assunto dall'*excercitor*, *caupo* o *stabularius*. Se costoro venivano condannati in virtù delle azioni *in factum* di cui trattiamo, di certo non esisteva la possibilità di scegliere tra la condanna e la consegna del colpevole, perché gli uomini liberi non erano soggetti al potere del padrone. Pertanto, in tali casi lo strumento destinato a limitare la responsabilità non poteva essere lo stesso.

Le fonti, in effetti, fanno riferimento ad una soluzione diversa. L'attore aveva l'obbligo di cedere al padrone condannato le azioni civili che lo stesso danneggiato avrebbe potuto esperire nei confronti dei dipendenti, se individuati¹⁹. Dunque, si concedeva al padrone uno strumento successivo alla condanna, che, pertanto, il legittimato passivo non poteva evitare o limitare, ma i cui effetti negativi sul patrimonio potevano quanto meno essere arginati in un momento posteriore. Benché il padrone avesse un'azione di regresso nei confronti degli uomini liberi assunti, nata dallo specifico rapporto contrattuale con essi concluso, questa cessione delle azioni civili aumentava la probabilità di riuscire a recuperare la somma versata per un fatto dannoso non da lui commesso. Pertanto, siffatto strumento cercava di ripristinare, nei limiti del possibile, l'equilibrio perduto.

3. Azioni penali particolari

3.1. *L'editto de positis vel suspensis*

Questo editto necessita di una trattazione a parte. Dal punto di vista del fondamento della responsabilità, infatti, si tratta, in diritto romano, di una responsabilità penale soggettiva, a differenza di quelle analizzate in precedenza. L'editto puniva il soggetto che appoggiasse o sospendesse un oggetto sul tetto o su un balcone di una casa, o su un altro luogo alto, creando un pericolo di danno a persone o a cose per l'eventuale caduta dell'oggetto stesso²⁰.

¹⁹D. 4,9,6,4.

²⁰D. 9,3,5,6-13.

Pertanto, il fattore di attribuzione consisteva nell'aver appoggiato o sospeso: ad essere punita, dunque, era una condotta.

Ciò nonostante, poteva succedere che l'autore materiale della condotta fosse *alieni iuris*. In questo caso, dato che la responsabilità veniva imputata sulla base di una condotta e non di una qualità (a differenza delle fattispecie prima illustrate), la vittima poteva chiedere al pretore l'azione nossale corrispondente nei confronti del *dominus* o del *pater familias*, alla luce dei principi generali del sistema. In altre parole, rispetto a questa azione la nossalità non costituiva uno strumento ad applicazione eccezionale. Ne possiamo dedurre che la responsabilità del *dominus* o del *pater familias*, il quale nulla aveva commesso, risultava oggettiva in virtù delle regole processuali, perché gli schiavi e i figli non avevano la facoltà di comparire in giudizio. In ogni caso, l'editto non si accontenta di lasciare la soluzione ai principi generali e preferisce esplicitare la concessione della facoltà nossale a favore del soggetto giuridicamente responsabile²¹.

D'altra parte, questa era un'azione preventiva popolare, che sanzionava la condotta descritta dall'editto, senza che fosse effettivamente necessaria la configurazione di un danno. Ma, se questo veniva cagionato, le fonti non indicano l'azione precisa spettante alla vittima. Tra le possibili soluzioni proposte dalla dottrina, la più probabile è che si concedesse la stessa *actio de effusis vel deiectis*. Se questo fosse vero, tutto ciò che abbiamo osservato rispetto a questa *actio* risulterebbe applicabile anche alle cose appoggiate o sospese che cagionano danno. Quindi, il legittimato passivo dell'azione sarebbe stato l'*habitor* e, di conseguenza, il *dominus* o il *pater familias* se l'oggetto fosse stato appoggiato o sospeso da uno schiavo o da un *filius familias*. In questo caso, chi fosse stato condannato avrebbe potuto utilizzare l'*exceptio noxalis*, che abbiamo già menzionato, e limitare, pertanto, la propria responsabilità.

D'altra parte, in relazione a quanto prima indicato, si può riscontrare nei passi attinenti a questo editto la tendenza a confonderlo con l'editto *de effusis vel deiectis*²²: pare che l'atto di appoggiare o sospendere venisse assimilato a quello di versare o gettare (*cui similis est is*, affermano le Istituzioni). Possiamo quindi concludere che, pur non essendo prevista in origine, è abbastanza probabile l'applicazione dell'editto *de positis vel suspensis* alla stregua di un'ipotesi di responsabilità oggettiva, con gli stessi requisiti dell'azione per le cose versate o gettate.

²¹D. 9,3,5,6.

²²I. 4,5,1; J. 4,5,2.

3.2. *L'editto de feris*

Un altro caso che presenta caratteristiche molto particolari è l'editto *de feris*²³, collegato con l'*actio de pauperie*, quanto meno per il fatto che entrambi punivano i danni causati da animali. Tuttavia, in virtù dell'editto *de feris*, si puniva il soggetto 'che volesse tenere', personalmente o per mezzo dei suoi dipendenti, un animale feroce nei luoghi adibiti al transito delle persone. In altri termini, l'editto *de feris* sanzionava chi realizzasse tale condotta senza osservare le misure di sicurezza necessarie per impedire che questo tipo di animale arrecasse danni alle persone, considerando le circostanze specifiche del caso. Quindi, il criterio di attribuzione della responsabilità corrispondeva ad una condotta colposa, e non ad una qualifica, come nell'azione *de pauperie*. Perciò, anche in questo caso, ci troveremmo dinanzi a una responsabilità soggettiva e non oggettiva.

Ciò nonostante, il convenuto non poteva esimersi da responsabilità dimostrando che non aveva realizzato alcun comportamento colposo o che il danno era dovuto ad una causa esterna. Di conseguenza, la responsabilità del legittimato passivo dell'azione *de feris* si basava più che altro su una presunzione *iuris et de iure* di colpa: cioè, cagionato il danno alla vittima da parte di un animale feroce, e individuato chi lo deteneva, il convenuto veniva condannato, senza avere la facoltà di provare il contrario. In termini moderni, siamo piuttosto davanti ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva, fondata sul rischio creato dalla cosa pericolosa.

In ogni caso, l'editto non concede al condannato la facoltà di consegnare nossalmente la bestia e, pertanto, grazie alla *noxae deditio*, di limitare la responsabilità del legittimato passivo dell'azione, come invece succedeva nell'*actio de pauperie*. Questa impossibilità può essere spiegata (in aggiunta ai dubbi che esistevano e ancor oggi sussistono in ordine alla natura della responsabilità coinvolta) alla luce di due circostanze elementari che si verificavano con l'applicazione dell'editto *de feris*.

Innanzitutto, si rispettava il principio della personalità della pena, poiché si puniva lo stesso soggetto che aveva generato il rischio causativo del danno effettivamente materializzatosi. Da questo punto di vista, a ragione sembrava inflitta la condanna.

In secondo luogo, la *noxae deditio* esigea che il condannato, per poter trasferire la proprietà all'attore, fosse, appunto, il proprietario dell'animale, mentre nell'editto *de feris* il soggetto passivo era la persona che voleva soltanto 'tenere' l'animale in un luogo pubblico; costui, dunque, non coincideva necessariamente con il proprietario della bestia. Inoltre, sarebbe sbagliato affermare che la mancata applicazione della nossalità nell'editto *de feris* costituisce una eccezione alla regola della responsabilità oggettiva

²³ D. 21,1,40,1; D. 21,1,41; D. 21,1,42; I. 4,9,1; P.S. I. 15,2.

limitata e dedurre che, nel diritto romano, non tutte le ipotesi di siffatta responsabilità prevedessero e consentissero una limitazione all'importo della condanna. Come si è detto sopra, il motivo della mancata applicazione della nossalità a questo editto risiede nel fatto che il convenuto – se non era il proprietario (sebbene normalmente lo fosse) – non aveva la facoltà giuridica di consegnare in *nox*a l'animale trasferendo il dominio all'attore.

Pertanto, si può concludere che né l'editto *de feris* è stato visto dai giuristi come un tipo di responsabilità oggettiva che apparentemente esigesse l'introduzione di un limite quantitativo a favore dei condannati (piuttosto implicava una presunzione di colpa), né la nossalità risultava lo strumento adeguato ad applicare detta limitazione.

4. *Gli illeciti romani a responsabilità oggettiva nei Codici latinoamericani*

L'evoluzione della responsabilità a partire dagli illeciti sopra esaminati rientra nello sviluppo dell'intero sistema della responsabilità civile e anche, fondamentalmente, nel processo di soggettivazione di quest'ultima. Al riguardo, possiamo ricordare come questo processo sia culminato nella costruzione, ad opera dei giusnaturalisti, di un'azione generale autonoma di danni fondata sulla colpa. A partire da questa costruzione, Domat e Pothier hanno elaborato un concetto di responsabilità civile soggettiva che, in virtù della loro influenza, è stato trasmesso al *Code civil*.

Simile evoluzione spiega, in sintesi, il profondo cambiamento subito dagli illeciti romani a responsabilità oggettiva, al di là dell'incidenza, in questo processo, dei richiami alla colpa presenti nelle fonti. Così, l'idea di una responsabilità nata da un'inosservanza della diligenza dovuta nella gestione di animali di cui siamo detentori, a vario titolo, o nella supervisione sui propri dipendenti o nella scelta degli stessi, ha determinato il fondamento novecentesco soggettivo della responsabilità sorta a partire dalle fattispecie oggettive del diritto romano.

Chiare manifestazioni di questa nuova concezione saranno gli artt. 1385 (sui danni cagionati da animali) e 1384 (sulla responsabilità di proprietari e committenti per il fatto compiuto dai propri commessi) del Codice civile francese, che semplicemente non fanno riferimento né alla colpa né ad alcun altro criterio di imputazione, anche perché non ne esisteva un altro. Lo stesso si può affermare rispetto agli editti *de effusis vel deiectis* e *de positis vel suspensis*, i quali non sono esattamente menzionati dal Codice francese del 1804, poiché si trattava soltanto di casi più particolari di quasi delitti e non vi era la necessità di individuare tutte le situazioni specifiche di responsabilità originata da un fatto colposo.

Di conseguenza, se il criterio di attribuzione della responsabilità era un fatto proprio colposo, né la noxa né i limiti alla responsabilità potevano essere applicati. Fa eccezione l'azione di regresso. Ciò nonostante, quest'ultima presenta una particolarità, poiché un soggetto responsabile per colpa propria non avrebbe dovuto avere diritto al regresso, ancor meno per il totale di quanto pagato.

L'evoluzione, in Spagna, è stata molto diversa da quella francese. Le fonti spagnole interne, come *Las Partidas*, avevano recepito più fedelmente gli illeciti romani, così come anche la consegna degli animali e dei servi. È stato il progetto di Codice civile del 1852 di García Goyena e il codificatore spagnolo del 1889, influenzato dal francese, a considerare gli illeciti penali romani a responsabilità oggettiva come quasi delitti civili. Tuttavia, a differenza del *Code civil*, la tradizione delle fonti spagnole ha permesso di regolamentare in maniera differente i danni arrecati da cose versate o gettate da una casa.

Praticamente in tutti i paesi latinoamericani, come parte della configurazione del sottosistema giuridico romanistico, gli illeciti penali romani a responsabilità oggettiva sono stati inclusi nel processo di codificazione. Il loro riconoscimento nelle *Partidas*, nel progetto di García Goyena e nel Codice civile spagnolo del 1889 ha controbilanciato in qualche misura l'influsso del *Code civil* nel trattamento che i Codici latinoamericani hanno riservato a questi istituti. Ciò nonostante, la loro recezione iniziale e lo stato odierno degli stessi nei Codici vigenti è molto dissimile.

Come è evidente, dunque, la responsabilità civile nel quadro del processo di codificazione latinoamericana è stata costruita in origine sulla base della regola generale secondo la quale non vi è alcuna responsabilità senza colpa.

4.1. *Danni cagionati dagli animali*

La tendenza in questa materia è stata quella di accogliere la colpa come criterio di attribuzione della responsabilità. L'idea sottostante alle disposizioni originali era che, se l'animale arrecava dei danni, ciò era dovuto alla assenza di vigilanza del proprietario o del detentore (*culpa in vigilando*). Quindi, l'attuale proprietario non è più oggettivamente responsabile, ma è sua responsabilità controllare l'animale. Su tale base, la maggior parte dei Codici del secolo XIX hanno introdotto un sistema di presunzione di colpa *iuris tantum*²⁴ per l'*actio de pauperie* e una presunzione di col-

²⁴ J. MELICH ORSINI, *La responsabilidad civil por los hechos ilícitos*, II, Caracas, 1994, 45-47; D. FRANCIULLI NETTO (a cura di), *O novo código civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, Sao Paulo, 2003, 822; R. STOCO, *Responsabilidade Civil e Sua Interpretação*

pa *iuris et de iure* per l'*actio de feris*. I Codici influenzati dal Codice civile cileno²⁵, il Codice civile argentino di Vélez Sarsfield²⁶ e altri Codici civili che hanno subito diverse altre influenze²⁷, hanno seguito essenzialmente questa linea.

Nonostante la vigenza delle *Partidas* nei territori americani, la *nox* dell'animale non era considerata, in quanto costituiva uno strumento limitativo della responsabilità che non aveva niente a che fare con una responsabilità di carattere soggettivo. Né Bello né gli altri giuristi del Novecento hanno potuto porsi il problema dei limiti quantitativi della responsabilità, giacché questa era sempre soggettiva. Ciò valeva in particolare per la responsabilità per animali feroci, poiché i romani nemmeno avevano preso in considerazione tale istituto. Di conseguenza, il colpevole per non aver custodito adeguatamente l'animale doveva pagare l'intero ammontare dei danni cagionati e, se si trattava di una bestia feroce, non si concedeva al convenuto neppure la facoltà di provare che il danno si era verificato nonostante la sua diligenza.

La situazione dei Codici civili della Louisiana e del Perù del 1852 è particolarmente degna di nota. Entrambi hanno accolto il sistema della responsabilità per danni cagionati da animali per colpa presunta. Tuttavia, paradossalmente, hanno recepito lo strumento della *nossalità* romana, concedendo al proprietario la facoltà di consegnare l'animale all'attore²⁸. L'errore è evidente, visto che hanno applicato uno strumento equitativo proprio della responsabilità oggettiva a casi di responsabilità soggettiva.

Qualche Codice ha sostituito la *nossalità* con un'azione di regresso: anche tale soluzione, però, appare inspiegabile dal punto di vista di una responsabilità basata sulla colpa del convenuto.

Malgrado ciò, la tendenza odierna è di interpretare la responsabilità per i danni arrecati da animali in senso oggettivo²⁹ o di introdurre direttamen-

Jurisprudencial, São Paulo, 1997, 494; C.R. GONÇALVES, *Responsabilidade civil*, São Paulo, 1995, 209.

²⁵ Art. 2326 Cc. Ch.; art. 2226 (ex 2253) Cc. Ec. (2005); art. 2353 Cc. Col.; art. 2077 Cc. El Sal.; art. 1328 Cc. Ur.

²⁶ Artt. 1124, 1126 e 1127 Cc.V. Sarsfield.

²⁷ Art. 1527 I Cc. Br. (1916); art. 1929 Cc. DF. Mex.

²⁸ Codice della Louisiana, art. 2301: «The owner of an animal is answerable for the damage he has caused; but if the animal had been lost, or had strayed more than a day, he may discharge himself from this responsibility, by abandoning him to the person who has sustained the injury; except where the master has turned loose a dangerous or noxious animal; for then he must pay for all the harm done, without being allowed to make the abandonment»; Cc. Per. (1852), art. 2193: «El dueño de un esclavo puede librarse de pagar los daños causados por este cediendo su dominio al perjudicado. Rige la misma regla para con el dueño de un animal doméstico que ha causado algún daño».

²⁹ Per l'*actio de pauperie*, cfr. G. MARTINEZ RAVE, *Responsabilidad civil extracontractual*, Bogotá, 1998, 223; R.D. PIZARRO, *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, Parte General, II, Buenos Aires, 2006, 426 (con bibliografia citata).

te questo regime di responsabilità nei Codici, soprattutto in quelli più recenti³⁰.

4.2. *Editti de effusis vel deiectis e de positis vel suspensis*

Siamo dinanzi a due delle fattispecie che più hanno sofferto la soggettivazione della responsabilità, in quanto queste figure sono scomparse dal testo del Codice civile francese del 1804, nonostante fossero presenti nei lavori preliminari. Il motivo dell'assenza di qualsiasi riferimento a questi editti risiede precisamente nell'idea che si trattava soltanto di applicazioni specifiche della regola generale, secondo la quale non si può attribuire una responsabilità senza colpa del convenuto. Ebbene, il riconoscimento degli stessi nelle *Partidas* fu decisivo per la loro recezione nelle codificazioni civili latinoamericane.

In ogni caso, sotto l'influsso soggettivizzante, queste figure sono state recepite nei Codici del secolo XIX, che però le hanno fuse in un *unicum*, così come esse apparivano nelle Istituzioni di Giustiniano. Così, le troviamo nell'opera di Bello e in tutti gli altri testi per i quali il Codice cileno è stato fonte di ispirazione, sorrette da una presunzione *iuris tantum* nei confronti dell'*habitor*, la quale rendeva possibile a quest'ultimo la dimostrazione dell'assenza di colpa da parte sua³¹. Nella disciplina dell'istituto, almeno secondo un'interpretazione strettamente letterale dei rispettivi articoli, l'azione di regresso non verrebbe, peraltro, nemmeno considerata³², soluzione che risulta coerente all'interno di un sistema basato sulla colpa propria e, pertanto, congruente con la scelta di adottare una responsabilità di natura soggettiva. Ciò nonostante, storicamente gli autori si sono sforzati di interpretare le disposizioni in maniera oggettiva, appellandosi – per queste fattispecie – al rischio creato quale criterio di attribuzione della responsabilità³³.

alla nt. 55). Per l'*actio de feris*, cfr. E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, 2006, 140, 213; P. RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, 2009, 203; H. CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, 200, 247; J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, XXI, 3, Montevideo, 1989, 361.

³⁰ Art. 1979 Cc. Per. (1984); art. 1192 Cc. Ven. (1982); art. 1669 Cc. Gua. (1963); art. 996 Cc. Bol. (1975); art. 936 Cc. Br. (2002); art. 1647 Cc. Pan.; art. 2239 Cc. Ho. (1906); art. 1805 Cc. P. Rico; art. 94 Cc. Cu.; art. 1853 Cc. Par.; art. 1759 (1757) Cc. Arg. (2014).

³¹ Art. 2328 Cc. Ch.; art. 2355 Cc. Col.; art. 2228 (*ex* 2255) Cc. Ec. (2005); art. 1330 Cc. Ur.; art. 2079 Cc. El Sal.

³² Dovrebbe ritenersi esclusa dall'art. 2325 Cc. Ch., giacché vi è colpa propria.

³³ E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 140, 213; P. RODRÍGUEZ GREZ, *Responsabilidad extracontractual*, cit., 203; J. GAMARRA, *Tratado de derecho civil uruguayo*, cit., 370; G. MARTINEZ RAVE, *Responsabilidad civil extracontractual*, 232.

D'altra parte, nella disciplina latinoamericana dei danni arrecati da cose versate o gettate da una casa, ha svolto un ruolo particolarmente importante il Codice spagnolo, che ha accolto l'impostazione del diritto romano, nella convinzione che si trattasse di casi di responsabilità soggettiva: ciò, tuttavia, non veniva esattamente espresso nel testo dell'articolo corrispondente³⁴. Questo ha portato a considerare, col trascorrere del tempo, che si trattasse di una responsabilità oggettiva. Il testo spagnolo, più o meno fedelmente, è stato adottato da alcuni Codici nel continente americano³⁵. Inoltre, come succede con il Codice cileno e con quelli che l'hanno seguito, non è applicabile nel sistema spagnolo l'azione di regresso, la quale viene regolata prima³⁶.

Il Codice di Vélez Sarsfield sembra aver recepito gli editti nella loro accezione soggettiva, perché, qualora fosse possibile individuare l'autore del versamento o del lancio, soltanto lui era il responsabile dei danni. Pertanto, l'*haborator* non colpevole che veniva condannato poteva esigere il regresso nei confronti del colpevole³⁷. Il nuovo Codice argentino non ha fatto altro che ratificare tutto questo, poiché non soltanto esonera chi non abbia preso parte nella produzione del danno, ma introduce altresì una responsabilità solidale tra gli *haboratores*, solidarietà che, come noto, prevede tra le sue regole il regresso nei confronti del colpevole³⁸.

Altri Codici latinoamericani che si sono occupati di questi istituti, più moderni, sono caratterizzati dalla previsione di una responsabilità oggettiva, senza avere la precauzione, però, di introdurre nemmeno l'azione di regresso³⁹.

Infine, sia per l'influenza diretta del Codice napoleonico, sia per quella dei Codici da questo ispirati (per esempio, il Codice civile italiano del 1865), in alcuni Paesi gli editti in oggetto non sono stati considerati dalla normativa di riferimento, come accade in Venezuela, Perù, Bolivia, Costa Rica, Nicaragua e Repubblica Dominicana.

4.3. Acciones adversus nautas caupones stabularios

La situazione relativa a queste azioni è più complessa, poiché il loro statuto giuridico principale è di origine contrattuale. Inoltre, la tendenza è

³⁴ Art. 1910 Cc. Es.

³⁵ Art. 1933 Cc. D.F. Mex.; art. 1652 Cc. Pan.; art. 1810 Cc. P. Rico; art. 2243 Cc. Ho. (1906).

³⁶ Art. 1904 Cc. Es.; art. 1928 Cc.D.F. Mex.; art. 1646 Cc. Pan.; art. 1804 Cc. P. Rico; art. 2238 Cc. Ho. (1906).

³⁷ Artt. 1119 e 1123 Cc. V. Sarsfield.

³⁸ Art. 1760 Cc. Arg. (2014).

³⁹ Art. 1851 Cc. Par. (1987); art. 938 Cc. Br. (2002); art. 1672 Cc. Gua. (1963).

stata quella di incorporare queste azioni nella disciplina generale della responsabilità del committente o del padrone per il fatto dei suoi commessi o domestici. Comunque, nell'ambito extracontrattuale possiamo ancora riscontrarne alcune tracce nei Codici latinoamericani.

Sotto questo profilo, il Codice più fedele al diritto romano è stato quello di Vélez Sarsfield, poiché ha stabilito esplicitamente la responsabilità dei proprietari di alberghi, capitani e padroni di navi e vettori per i danni e la perdita delle cose dei clienti cagionati dai dipendenti. Non viene consentita prova contraria⁴⁰: ciò significa che la responsabilità era semplicemente oggettiva, senza possibilità di ricorrere a una presunzione di colpa. Tuttavia, non è stato introdotto nessun limite quantitativo a detta responsabilità: l'unico strumento considerato con la finalità di ridurre la perdita patrimoniale del condannato era un'azione di regresso nei confronti del dipendente colpevole⁴¹. In Nicaragua si sono riprodotti gli articoli di Vélez Sarsfield, tranne la possibilità del regresso, soluzione che distrugge definitivamente il modello romano⁴². Anche il nuovo Codice argentino prende questa strada e dichiara il carattere oggettivo di questa responsabilità⁴³.

D'altro canto, queste azioni fondate su una presunzione di colpa (*culpa in eligendo* o *in vigilando*) vengono nuovamente accolte dall'ordinamento cileno⁴⁴ e da altri Codici⁴⁵, fatta salva la facoltà di provare il contrario. Inoltre, trattandosi di responsabilità di natura soggettiva, diversamente da quanto detto sopra, non avrebbe dovuto essere previsto nessun limite alla riparazione del danno. Ciò nonostante, in questo sistema qualche Codice concede l'azione di regresso⁴⁶, strumento discutibile perché, come già sottolineato, se c'è colpa del padrone, questi dovrebbe assumere la responsabilità per l'intero. La dottrina, ad ogni modo, si sforza di dare una interpretazione oggettiva delle disposizioni che, oltre ad essere incompatibile con i testi, non tiene conto di come tale regime di responsabilità abbia bisogno dell'imposizione di alcuni limiti⁴⁷.

Come nel caso argentino, la tendenza dei nuovi Codici latinoamericani

⁴⁰ Artt. 1118 e 1119 del Cc. V. Sarsfield.

⁴¹ Art. 1123 del Cc. V. Sarsfield.

⁴² Artt. 2518 e 2519 Cc. Ni. (1904).

⁴³ Art. 1753 del Cc. Arg. (2014).

⁴⁴ Artt. 2320 e 2322 Cc. Ch.; artt. 2220 (*ex* 2247) e 2222 (*ex* 2249) Cc. Ec. (2005); artt. 2347 e 2349 Cc. Col.; art. 2071 e 2073 Cc. El Sal. Replicano soltanto l'art. 2320, gli articoli 1645 Cc. Pan. e 1803 Cc. P. Rico. Analogamente, l'art. 1324 Cc. Ur. presenta la struttura dell'art. 2320 Cc. Ch.

⁴⁵ Artt. 1924 e 1928 Cc. D.F. Mex.; art. 1663 Cc. Gua.; art. 1048 Cc. C. Rica.; art. 1523 Cc. Br. (1916).

⁴⁶ Art. 2325 Cc. Ch.; art. 2225 (*ex* 2251) Cc. Ec. (2005); art. 2352 Cc. Col.; art. 2076 Cc. El Sal.; art. 1646 Cc. Pan.; art. 1804 Cc. P. Rico; art. 1327 Cc. Ur.

⁴⁷ E. BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, cit., 119, 184; H. CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, cit., 241 ss.

è quella di introdurre la responsabilità oggettiva dei padroni e committenti per i fatti dannosi dei loro domestici e commessi, trovando il suo fondamento nel rischio creato. Normalmente, non si prende in considerazione la necessità di un limite a favore del condannato⁴⁸. Tuttavia, un'interessante eccezione si trova nel Codice peruviano, che ha previsto una particolare responsabilità solidale tra il padrone e il dipendente, soluzione che consente al responsabile di ottenere il regresso tramite le regole della solidarietà⁴⁹.

Inoltre, non possiamo non fare riferimento ai curiosi casi dei Codici della Louisiana e del Perù del 1852⁵⁰ che, nonostante avessero introdotto una responsabilità di natura soggettiva a carico dei proprietari di schiavi, concedevano loro la facoltà di consegnare al danneggiato i 'dipendenti' colpevoli. Quest'ipotesi rappresenta un tentativo interessante di mantenere una continuità con il diritto romano, ma con un'evidente confusione tra il criterio di attribuzione della responsabilità e l'applicazione dello strumento limitativo.

Infine, è doveroso tener presente che ci sono oggi delle norme sulla responsabilità contrattuale alberghiera che hanno inserito adeguatamente il rapporto tra i limiti quantitativi alla responsabilità ed una responsabilità oggettiva⁵¹. Un esempio da evidenziare.

Quanto detto sopra, peraltro, potrebbe essere completato o modificato da un esame dei Codici commerciali, degli accordi internazionali e del diritto dei consumatori.

5. *Considerazioni conclusive*

Dall'esame degli illeciti penali romani qualificati dalla dottrina come casi che contengono ipotesi di responsabilità oggettiva emerge che, da una parte, furono retti dal principio della tipicità. Quindi, per introdurre un'eccezione alle regole generali dei delitti privati dannosi, i quali esigevano la colpevolezza, era necessario che una norma pubblica imponesse un criterio oggettivo di attribuzione.

Dall'altra parte, a tale assunto si aggiungeva almeno una vocazione li-

⁴⁸ Artt. 932 e 933 Cc. Br. (2002); art. 1191 Cc. Ven. (1982); art. 992 Cc. Bol. (1975); art. 1842 Cc. Par. (1987).

⁴⁹ Art. 1981 Cc. Per. (1984).

⁵⁰ Codice della Louisiana, art. 2300: «The masters of slave are responsible for the damage occasioned by them; the master, however, has the right as established under the title of master and servant, of abandoning his slave in discharge of that responsibility». Art. 2193 Cc. Per. (1852); vd. *supra*, *sub* nota 29.

⁵¹ Art. 864 Cc. Bol. (1975); art. 2535 Cc. D.F. Mex.; art. 1719 Cc. Per. (1984).

mitativa o, meglio, un vero e proprio principio, consistente nel circoscrivere la perdita patrimoniale del condannato. Pertanto, viene abitualmente applicato il binomio responsabilità oggettiva-limitazione quantitativa. Nei casi in cui tale binomio eccezionalmente non ricorra, ciò è dovuto alla configurazione del singolo istituto (per esempio, nell'editto *de feris*, dove la soggettività della pena sembra soddisfatta) o al mancato sviluppo di uno strumento limitativo diverso da quelli conosciuti e più adatti alla fattispecie, dinanzi ad un ordinamento ancora in costruzione.

I romani hanno fatto appello ai fattori oggettivi di attribuzione della responsabilità con l'obiettivo di introdurre dei correttivi alle ipotesi di danno in cui il mero ricorso alla colpa non permetteva di ottenere un risultato veramente giusto. Tuttavia, far pagare la totalità del danno ad un soggetto non colpevole rappresentava un'ingiustizia anche maggiore; per tali ragioni, i romani si sono altresì sforzati di elaborare dei correttivi a questo risultato iniquo. Tali correttivi erano finalizzati a limitare quantitativamente la responsabilità o, almeno, a ridurne gli effetti negativi sul patrimonio del condannato.

Da un rapido esame dei Codici civili latinoamericani è possibile constatare che, inizialmente, la tendenza è stata quella di accogliere gli illeciti romani a responsabilità oggettiva, ma basandoli su un fondamento soggettivo. Anche per questo motivo, sicuramente, la maggior parte dei Codici latinoamericani non ha avvertito la necessità di introdurre limiti quantitativi alla responsabilità, tranne l'azione di regresso, che opera dopo la condanna e non al momento dell'emanazione della sentenza. In ogni caso, nemmeno nei Codici in cui sono state recepite le fattispecie in modo oggettivo i codificatori hanno avvertito l'esigenza e la necessità di introdurre strumenti limitativi.

Ciò nonostante, la tendenza moderna generalizzata è, come abbiamo visto, quella di ritornare alla oggettivizzazione. Da questo punto di vista, ci troviamo di fronte a una ri-romanizzazione delle fattispecie analizzate in questo lavoro. Tuttavia, non mi pare si sia compreso adeguatamente che la responsabilità oggettiva ha bisogno di limiti quantitativi. Di certo non la *nox*a: ma ci sono altri strumenti odierni, come, per esempio, la fissazione di un tetto massimo alla condanna del responsabile non colpevole.

Dunque, se il legislatore elimina il fondamento soggettivo, o se si avvale di una interpretazione in senso oggettivo, riemergono le radici romane degli istituti: stando così le cose, si dovrebbe ritornare al loro statuto originario, compresa l'applicazione dei suddetti correttivi. Non è corretto tentare un semplice *revival* storico o, peggio, importare una soluzione estranea al proprio sistema. In definitiva, il giurista senza sistema, nella cultura continentale, è un non giurista⁵².

Oltretutto, come abbiamo detto all'inizio, per i diritti civili occidentali

⁵² F.D. BUSNELLI, *Il limite risarcitorio nell'ordinamento dei trasporti*, in *Atti del Convegno di Modena, 2-3 aprile 1993*, Milano, 1994, 26.

di base romanista, l'equità naturale non è un concetto astratto, che debba essere precisato e applicato secondo il caso concreto, dando luce a risultati variabili secondo le circostanze particolari. Equità naturale significa, per gli ordinamenti giuridici appartenenti al sottosistema romanista, ricorrere precisamente al diritto romano e ai suoi principi.

In questa direzione, continuano oggi ad essere valide le considerazioni operate dal diritto romano al fine di limitare la responsabilità, laddove non cambiano, sostanzialmente, i criteri di attribuzione oggettiva. Infatti, sono perfettamente applicabili alle fattispecie a responsabilità oggettiva sopra trattate nozioni elaborate ai giorni nostri, come il rischio creato o il rischio di impresa. In altre parole, le circostanze storiche sono diverse, ma non le ragioni giuridiche che giustificano la necessità di prevedere la responsabilità di certi soggetti, nonostante questi non abbiano posto in essere alcuna condotta o questa non sia passibile di reprimenda alcuna, così che non verrebbe meno la ragione giuridica per limitare la loro responsabilità.

In conclusione, considerando che il diritto latinoamericano costituisce un sottosistema del sistema giuridico romanistico, esso non può che reggersi alla luce degli stessi principi, come il principio della responsabilità oggettiva limitata. Anzi, non soltanto non ci sono problemi per la sua introduzione nelle fattispecie presenti nelle fonti sopravvissute, ma è del tutto ragionevole armonizzare con detto principio l'intero sistema, in modo che in tutti i casi specifici di responsabilità oggettiva e anche nelle generali fattispecie civilistiche di responsabilità oggettiva (ad es., responsabilità per attività pericolose), dovrebbe essere applicato il medesimo principio. Questo permetterebbe di garantire allo stesso tempo la giusta protezione delle vittime e il ripristino dell'equilibrio perso nel sistema, grazie all'attuale tendenza, in tutti gli ambiti, di oggettivazione della responsabilità.

LA 'SOPITA' REGOLA DI COMPLETEZZA O INTEGRALITÀ DELL'ESECUZIONE DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE NEL DIRITTO LATINOAMERICANO *

Catalina Salgado Ramírez

SOMMARIO: Introduzione. La regola di completezza o integralità dell'esecuzione nelle obbligazioni alternative. – 1. Il diritto romano, le obbligazioni alternative e l'ipotesi di inadempimento per esecuzione parziale. – 1.1. Considerazioni generali. – 1.2. Il caso dell'inadempimento per esecuzione parziale. – 2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano. – 2.1. Le obbligazioni alternative nel diritto latinoamericano: un problema di unità di vincolo e pluralità di prestazioni dovute o un problema di indeterminazione dell'oggetto? – 2.2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano. Una regola 'sopita' di integralità dell'esecuzione nella maggior parte delle codificazioni? – A. La prima manifestazione della regola. – B. La seconda manifestazione della regola. – C. Il destino della regola: nelle mani della dottrina. – 2.3. Conclusioni.

Introduzione. La regola di completezza o integralità dell'esecuzione nelle obbligazioni alternative

Sembrerebbe superfluo ribadire il dovere di adempimento integrale, completo, di un'obbligazione. Non equivale l'adempimento all'esecuzione della prestazione come dovuta, cioè integralmente? Perché dovrebbe rendersi necessario il riferimento ad una regola specifica, al riguardo, nell'ipotesi delle cosiddette obbligazioni alternative? Tale necessità appare evidente, peraltro, se si riflette sulla struttura delle obbligazioni alternative in alcuni ordinamenti: si tratta di un problema di indeterminatezza di una unica prestazione dovuta? O si tratta di un problema di pluralità di prestazioni dovute, benché alternativamente? Se si rispondesse affermativamente alla prima domanda, qui terminerebbe la nostra ricerca: una volta determinata la prestazione dovuta, infatti, sarà questa che si dovrà adem-

* Questo testo è destinato ad essere pubblicato in una versione più estesa nella collana *Ensayos de Derecho Privado* dell'Universidad Externado de Colombia. La autrice ringrazia specialmente Roberto de Felice.

piere, e solamente questa suscettibile d'inadempimento, mentre il carattere indivisibile o divisibile dell'obbligazione dipenderà dalla natura della prestazione una volta determinata. Per contro, la questione appare più complessa laddove si risponda affermativamente alla seconda domanda. Di fronte ad una esecuzione parziale o all'inadempimento della prestazione scelta per l'esecuzione, infatti, le altre prestazioni sono ancora dovute, almeno fino a quando il debitore non adempia quella prescelta o una qualsiasi delle altre? Una risposta affermativa a questa seconda domanda, in particolare, riflette l'applicazione della cosiddetta regola di adempimento integrale o di completezza dell'esecuzione nelle obbligazioni alternative¹.

Le pagine che seguono dedicheranno un breve spazio all'esposizione di questa regola, nonché a dare conto di come questa sia ancora operativa laddove le obbligazioni alternative siano concepite, come negli ordinamenti latinoamericani, quali obbligazioni con unità di vincolo e pluralità di prestazioni dovute. Non si tratta, peraltro, di prendere posizione a favore di una fra le diverse teorie esistenti sulla natura di questo tipo di obbligazioni², delle quali non possiamo né intendiamo occuparci in questa sede, bensì di capire come la domanda sulla natura e sull'operatività della regola di cui sopra trovi risposta in relazione alla concreta configurazione di questo tipo di obbligazioni nel singolo ordinamento di riferimento.

1. *Il diritto romano, le obbligazioni alternative e l'ipotesi di inadempimento per esecuzione parziale*

1.1. *Considerazioni generali*

Il diritto romano non concepì una categoria che comprendesse ciò che noi conosciamo come obbligazioni alternative³. La categoria ha origine,

¹ A questo proposito, sono fondamentali i lavori di G. GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione, obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, 202 ss., e di J. RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, Madrid, 1982, 18 e 121. Sulla regola dell'esatto adempimento di una delle prestazioni dovute come presupposto per la concentrazione dell'obbligazione si veda anche B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt a.M., 1887⁶, 17 ss. A questo proposito, infine, v. *infra*, sub nota 38. Tale assunto non è solitamente menzionato, peraltro, nella manualistica: cfr., ad esempio, A. BURDESE, *Manuale di diritto romano*, Torino, 1993, 565 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, 848, e M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, München, 2014²⁰, 198.

² Per una sintesi delle diverse teorie elaborate a questo proposito, v. M. ZILIO, *La fenomenologia dell'obbligazione alternativa nel diritto romano: natura e regime*, Tesi di dottorato, Università degli studi di Padova, Padova, 2008, 27-58, in <http://paduaresearch.cab.unipd.it/461/Zilio>.

³ Per tutti v. GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., *passim*.

secondo la dottrina⁴, dalla speculazione operata dai glossatori a partire dall'espressione *alternatio*, all'interno di uno dei frammenti del Digesto che fanno riferimento ad una configurazione di ciò che 'è dovuto' secondo la struttura *illud aut illud*, 'questo o questo' (D. 13,4,2,3)⁵.

Tale configurazione della prestazione ricorre altresì in materia di legati *per damnationem*, di *stipulatio* e di compravendita⁶ e, benché in assenza di un vero e proprio trattamento uniforme (come vorrebbe, invece, il giurista moderno), risulta chiaro come, per la dottrina romanistica, la natura alternativa dell'obbligazione implicasse in ogni caso una relativa omogeneità delle regole applicabili⁷, tra cui, quantomeno, il concetto di unità del vincolo e di pluralità delle prestazioni dovute⁸.

Una notevole differenza nella casistica si basava sull'effetto attribuibile alla scelta. Senza voler essere riduttivi, e ponendo in risalto l'importanza

Cfr. anche A. SMIROLDO, s.v. *Obbligazione alternativa e facoltativa*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 623.

⁴ A questo proposito v. P. ZILIO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, Padova, 2004, 2; GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., 163; RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, cit., 103 ss.; G. ASTUTI, s.v. *Obbligazioni (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 108 ss.

⁵ Il frammento di Ulpiano contiene una spiegazione di Scevola sugli effetti procedurali dell'alternativa fra cose, *rerum alternatio*, e dell'alternativa fra luoghi, *locorum alternatio*. L'alternativa fra luoghi era stata recepita dal vecchio *Código Civil* argentino di Vélez Sarsfield (art. 636), ispirato a questo stesso frammento, ed ha trovato altresì accoglimento nel nuovo *Código Civil y Comercial de la Nación* (art. 784: «Si en la obligación se autoriza la elección respecto de sus modalidades o circunstancias, se aplican las reglas precedentes sobre el derecho de realizar la opción y sus efectos legales»). Il Codice civile del Paraguay (art. 491), probabilmente influenzato dal codice di Vélez, prevede anche la possibilità di applicare le regole dettate per le obbligazioni alternative ai casi in cui siano state previste diverse modalità di adempimento di una prestazione. La dottrina brasiliana (in particolare, cfr. F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, Parte Especial*, XXII, *Direito das Obrigações*, São Paulo, 1984, 125) riconduce nell'alveo delle obbligazioni alternative non solo l'*alternativa de las cosas*, ma anche l'ipotesi di *prestación* sottoposta a diverse modalità di adempimento (in ragione della convinzione che dovuta sia un'unica prestazione, ma indeterminata): «A diversidade das prestações, a despeito de se terem de conceber como uma só, pode recair sobre lugar, tempo, ou outra circunstância (modalidade). Há obrigação alternativa se se deixa a um dos figurantes escolher que a prestação seja na cidade A, ou na cidade B, ou no dia 15 de novembro ou no dia 25 de dezembro, ou engarrafado o vinho, o em barril. O conteúdo das obrigações, em qualquer desses casos, é diferente e é alternativo». Lo stesso vale per la dottrina cubana, influenzata dalla dottrina spagnola, cfr. C. VALDÉS DÍAZ, *Las obligaciones alternativas en el Código Civil cubano*, in *Revista Cubana de Derecho*, 48, 2006, 9, disponibile in <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/17.-%20RCD%20%20No.%2048%20-%20julio%20-%20dic.%202016.pdf>.

⁶ P. ZILIO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, cit., 2; GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., 164; M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (dir. rom)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 44.

⁷ ZILIO, *Studi sulle obbligazioni alternative nel diritto romano*, cit., 2 e 7.

⁸ GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., *passim*, sp. 169-171. Si vedano Celso D. 31,27; Paul. 18,5,4; D. 44,7,44,3; D. 45,1,83,2; D. 45,1,128; Iul. D. 30,84,11.

del caso concreto nell'esperienza romana⁹, la dottrina ha constatato che, quando non s'individuava espressamente nel titolo dell'obbligazione il soggetto cui spettava la scelta¹⁰, questa apparteneva al debitore ed era priva di un effetto di 'concentrazione' dell'obbligazione¹¹. La scelta acquistava rilevanza, infatti, solo al momento dell'adempimento¹².

1.2. *Il caso dell'inadempimento per esecuzione parziale*

Uno degli esempi di non concentrazione a seguito di semplice scelta è stato trattato dalla dottrina quanto agli effetti dell'obbligazione in caso di inadempimento per esecuzione parziale della prestazione preferita dal debitore. Il romanista italiano Giuseppe Grosso, dopo un'attenta esegesi delle fonti romane, affermava che una prestazione parziale non aveva l'efficacia di concentrare l'obbligazione, così come non l'aveva una dichiarazione di scelta: infatti, se la prestazione parziale avesse estinto *pro parte* l'obbligazione, da ciò sarebbe derivato che il debitore poteva liberarsi adempiendo una parte dell'altra prestazione¹³. Il medesimo principio appare riconosciuto dalla dottrina nel diritto intermedio¹⁴.

Il testo romano più conosciuto al riguardo è il seguente, in materia di *stipulatio*, che dà conto dell'interessante discussione intercorrente, in materia, fra i giuristi dell'epoca¹⁵:

⁹ G. SCIASCIA, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e generiche*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini*, II, Milano, 1947, 263.

¹⁰ Se, però, era espressamente previsto che il debitore scegliesse quale delle due prestazioni adempiere, la dichiarazione di scelta di una delle prestazioni 'concentrava' l'obbligazione. Sopravvenuta l'impossibilità della prestazione scelta, dunque, l'obbligazione si considerava estinta. Si veda SCIASCIA, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e generiche*, cit., 255, 256 e 263.

¹¹ SCIASCIA, *Sulla irretrattabilità della scelta nelle obbligazioni alternative e generiche*, cit., 256.

¹² GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., 190; SMIROLDO, s.v. *Obbligazione alternativa e facoltativa*, cit., 625 e 626.

¹³ GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., 200-205.

¹⁴ RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, cit., 119: «[I]a elección del deudor, para Antonio Gómez' y para la generalidad de los juristas de su época y anteriores, no produce la concentración, en el sentido de que se convierta en simple, ni tan siquiera que le resulten de aplicación las normas de pago liberatorio de las simples; se pasa de la pluralidad a la liberación por pago completo de uno de los contenidos puestos *in obligatione*. Tampoco se admite con valor concentrativo, en el sentido ya dicho, la elección seguida de pago parcial ni que el pago parcial valga como elección».

¹⁵ Su questo frammento v. per tutti GROSSO, *Obbligazioni, contenuto e requisiti della prestazione*, cit., *passim*. I testi in latino e spagnolo dei frammenti del Digesto citati in questo contributo sono tratti dalla traduzione di I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano: a doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen*, 6v., Valladolid, 1989 (rist.).

Ulp. D. 12,6,26,13

Si decem aut Stichum stipulatus solvam quinque, quaeritur, an possim condicere: quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque: nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicensimo digestorum scripsit, non peremi partem dimidiam obligationis ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque aut Stichum et, si praestiterit residua quinque, videri eum et priora debita solvisse, si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur et malim ego habere quinque et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat natam esse quinque conditionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi quod vellem arbitrium daretur.

Così, i) se il debitore pagava la metà del denaro, non per questo si riteneva che l'obbligazione fosse estinta per la metà. Inoltre, ii) un'esecuzione parziale di una delle prestazioni non aveva l'effetto di concentrare su di essa l'obbligazione e renderla singolare (o 'pura e semplice', nella terminologia del *Code civil*) e continuavano ad essere dovute tutte le prestazioni alternative fino al completamento dell'esecuzione: la parte restante del denaro o l'altra prestazione. È proprio questo il punto, peraltro, che qui interessa porre in rilievo: il debitore deve tutte le prestazioni finché non adempia una di esse; l'alternativa rimane intatta, dunque, fino all'adempimento integrale di una delle prestazioni dovute. Ciò era tanto certo che iii) al debitore spettava un'azione – *condictio* – per ripetere ciò che avesse dato parzialmente.

D'altra parte, riferisce la dottrina romanistica¹⁶ analizzando questo e altri due frammenti del Digesto¹⁷ (tra cui Paul D. 45,1,2,1¹⁸, il quale conferma la regola della completezza dell'adempimento) che oggetto di discussione non era tanto se l'esecuzione parziale della prestazione scelta per l'adempimento concentrasse o meno l'obbligazione (la risposta permanendo negativa), ma piuttosto 'quando' il debitore fosse legittimato ad esercitare l'azione che gli permetteva di recuperare ciò che aveva pagato in modo incompleto: se dopo aver pagato per intero l'altra prestazione dovuta o anche precedentemente all'esecuzione integrale dell'altra prestazione dovuta.

¹⁶ A proposito dell'esperibilità della *condictio*, v. la sintesi di ZILIO, *La fenomenologia dell'obbligazione alternativa nel diritto romano*, cit., 112-120, con copiosa bibliografia.

¹⁷ Cfr. Ulp. D. 12,6,26,13.

¹⁸ Paul. D. 45,1,2,1: *et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. Eiusdem condicionis est haec stipulatio: 'Stichum aut Pamphilum dari?'*

Oltre a questi frammenti del Digesto, invero, ve ne sono altri che danno conto della regola della completezza dell'esecuzione alla quale facciamo riferimento. Si tratta, da un lato, di Paul. D. 45,1,85,4¹⁹, che, insieme a Paul D. 45,1,2,1, risultano molto interessanti per l'analogia operata con l'esecuzione nelle obbligazioni generiche; e, dall'altro, di Cels. D. 31,15²⁰ ed Ulp. D. 12,6,26,14²¹. Questi ultimi due sono un esempio di come la regola avesse grande utilità a fronte di una pluralità di soggetti (fosse attiva o passiva) e di come l'applicabilità della regola non si fosse ridotta, nel diritto romano, alla problematica della pluralità di creditori o debitori. Infine, è necessario ricordare che la regola trovava applicazione quando la scelta era del debitore (e non gli era stata attribuita esplicitamente dall'atto o dal negozio giuridico), ma non quando essa spettava al creditore, poiché nei casi di legato e di *stipulatio* si considerava che gli si dovesse una cosa e certa e in questo modo solamente a lui era lecito esigere una prestazione²².

2. Il destino della regola nel diritto latinoamericano

Come si vedrà dettagliatamente più avanti, la regola della completezza dell'esecuzione delle obbligazioni alternative può manifestarsi nelle codificazioni latinoamericane in due modi: i) quando in esse si dice che la esecuzione e/o adempimento e non la scelta di una delle prestazioni dovute è ciò che libera/esonera il debitore dal prestare una qualsiasi delle altre; o che il debitore debba pagare completamente/nella sua totalità/integralmente una delle prestazioni dovute; ii) quando in esse si dice che il debitore non può liberarsi pagando parte di una e parte dell'altra delle prestazioni dovute.

Di seguito esamineremo la struttura dell'obbligazione alternativa nelle codificazioni latinoamericane, per poi soffermarci sulle due manifestazioni della regola in ciascuna di esse. Infine, faremo menzione dell'interpretazione dottrinale della regola in alcuni ordinamenti latinoamericani.

¹⁹ Paul. D. 45,1,85: *pro parte autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti cum stipulatus sum hominem incertum: nam petitio eius scinditur, solvi vero nisi solidus non potest. Alioquin in diversis hominibus recte partes solventur: quod non potuit defunctus facere, nec quod stipulatus sum consequar. Idem iuris est et si quis decem milia aut hominem promiserit.*

²⁰ Celso D. 31,15: (...) *non potest alter heredum quinque, alter partem Stichum dare, sed necesse est utrumque aut Stichum totum aut decem solvere.*

²¹ Ulp./Celso D. 12,6,26,14: *idem ait et si duo heredes sint stipulatoris, non posse alteri quinque solutis alteri partem Stichum solvi: idem et si duo sint promissoris heredes. Secundum quae liberatio non contingit, nisi aut utriusque quina aut utriusque partes Stichum fuerunt solutae.*

²² V. Ulp. D. 45,1,75,8.

2.1. *Le obbligazioni alternative nel diritto latinoamericano: un problema di unità di vincolo e pluralità di prestazioni dovute o un problema di indeterminazione dell'oggetto?*

La prima questione è quella di stabilire a livello di 'ordinamenti' se siano normativamente dovute varie prestazioni o, piuttosto, una sola, che si considera indeterminata; ciò perché, nella definizione delle obbligazioni alternative in termini di pluralità di prestazioni dovute o di indeterminazione dell'oggetto, si 'dovrebbe' serbare una relazione diretta con gli effetti che la dottrina attribuisce alla scelta²³ e con l'interpretazione che si fa della consacrazione normativa delle manifestazioni della regola di completezza dell'esecuzione.

In America Latina, a livello normativo, la considerazione della struttura dell'obbligazione alternativa come 'unità di vincolo' e 'pluralità di prestazioni dovute' sembrerebbe generalizzata. I Codici che prendono chiaramente posizione in materia contengono una definizione dell'istituto: il Codice civile del Cile²⁴, quello dei Paesi che hanno accolto il Codice di Bello su questo punto (Ecuador, Colombia, El Salvador)²⁵ e il Codice civile dell'Uruguay²⁶. Negli altri Paesi latinoamericani tale struttura si deve dedurre dalla lettura degli articoli dei rispettivi Codici²⁷.

²³ Cioè l'effetto della scelta avrebbe rilevanza ai fini dell'irrevocabilità della scelta (concessa al creditore che si appresta a ricevere la prestazione della controparte) e dell'estinzione della obbligazione in caso di 'impossibilità sopravvenuta non imputabile della prestazione scelta' (a beneficio del debitore che abbia adottato le misure idonee per ricevere l'adempimento della prestazione), ma non ai fini della concentrazione in caso di inadempimento della prestazione scelta. Per converso, la scelta 'determinerebbe' la prestazione da soddisfare, rendendo la obbligazione 'singolare'.

²⁴ Cc. Chi. art. 1499: «Obligación alternativa es aquella por la cual se deben varias cosas, de tal manera que la ejecución de una de ellas, exonera de la ejecución de las otras».

²⁵ Ecuador (1857) artt. 1542 e 1543 = (2015) artt. 1515 e 1516; Colombia (1887) artt. 1556 e 1557; El Salvador (1859) artt. 1370 e 1371.

²⁶ Nell'art. 1349 Cc. Uru. è chiarissima l'influenza del codice cileno e dell'*Esboço* di Freitas su questo punto: «La obligación es alternativa cuando se deben varias cosas, de manera que el deudor por la entrega o la ejecución de una de ellas, se libra de dar o hacer la otra». V. *infra*, sub nota 32.

²⁷ In ordine cronologico: Cc. Hai. (1825), art. 978: «Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation ...»; Cc. Ven. (1873), art. 1216: «El deudor de una obligación alternativa se libera con la entrega de una de las cosas separadamente comprendidas en la obligación; pero no puede obligar al acreedor a recibir parte de la una y parte de la otra»; Cc. Rep. Dom. (1884), art. 1189: «El deudor de una obligación alternativa, queda libre por la entrega de una de las dos cosas que estaban comprendidas en la obligación»; Cc. C. Ric. (1886), art. 655: «Para que el deudor quede libre debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba ...»; e art. 656: «Si alguna de las cosas objeto de la obligación alternativa perece ...»; Cc. P. Ric. (1889 España), art. 1084: «El obligado alternativamente debe cumplir una de las prestaciones. (31 L.P.R.A. sec. 3081). El obligado alternativamente

Tuttavia, ci sono due chiare eccezioni in America Latina²⁸. Si tratta, da un lato, della posizione del vecchio Codice civile argentino di Vélez Sarsfield, che è stata ripresa, a sua volta, dal nuovo *Código Civil y Comercial de la Nación*, il quale accetta sì l'unità del vincolo, ma limitando la questione dell'obbligazione alternativa a un mero problema di indeterminatezza di una unica prestazione dovuta²⁹. Come spiega la dottrina argentina³⁰, Vélez Sarsfield si allontanò dalla concezione del modello del Codice civile cileno³¹

a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas»; Cc. Nic. (1904), art. 1904/ Cc. Hon. (1906), art. 1393/Cc. Pan. (1916), art. 1018: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, debe cumplir por completo una de éstas ...»; Cc. Guat. (1963), art. 1334: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, cumple ejecutando íntegramente una de ellas ...»; Cc. Bol. (1975), art. 416: «El deudor de una obligación alternativa se libera cumpliendo una de las dos prestaciones comprendidas en la obligación, pero no puede compeler al acreedor a recibir parte de la una y parte de otra»; Cc. Per. (1984), art. 1161 «Prestaciones alternativas. El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas»; Cc. Par. (1985), art. 484: «El deudor de una obligación alternativa se libera cumpliendo una de las dos prestaciones disyuntivamente comprendidas en la obligación, pero no puede constreñir al acreedor a recibir parte de la una y parte de la otra».

²⁸ Penso che per i casi di Messico e Cuba la struttura dogmatica dell'obbligazione alternativa non sia chiara. Cfr. Cc. Mex. (1928), art. 1962: «Si el deudor se ha obligado a uno de los hechos, o a una de dos cosas, o aun hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas ...»; e Cc. Cub. (1987), art. 244: «En las obligaciones en que debe cumplirse una prestación entre dos o más alternativas, si de la naturaleza de las mismas no se deduce otra cosa, la elección corresponde al obligado».

²⁹ Cc. Arg. Vél., art. 635: «Obligación alternativa es la que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas las unas de las otras en el título, de modo que la elección que deba hacerse entre ellas, quede desde el principio indeterminada». Cc. Arg., art. 779: «La obligación alternativa tiene por objeto una prestación entre varias que son independientes y distintas entre sí. El deudor está obligado a cumplir una sola de ellas». Anche se a volte la dottrina indica che le prestazioni sono tutte dovute, ma soggette alla condizione risolutiva dell'elezione di una di esse; si veda A. ALTERINI *et al.*, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1996, 487 e 488. In ogni caso, solo con difficoltà la dottrina cerca di dare una connotazione giuridica a quel che si intende per 'essere dedotto in obbligazione': ad esempio, R. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*, I, Buenos Aires, 1952⁶, 483: «El deudor [...] sólo está obligado a cumplir una de las diversas prestaciones comprendidas en la obligación alternativa; pero debe ejecutarla íntegramente».

³⁰ V., in particolare, SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, cit., 482.

³¹ Il codice di A. BELLO fu influenzato in primo luogo dal *Code civil*, che in questo aspetto obbedisce alla concezione romanista di PORTALIS (cfr. anche i lavori preparatori al *Code civil*, in cui la scelta non ha il potere di trasformare l'obbligazione in 'pura e semplice'. Le obbligazioni alternative devono essere eseguite nel modo in cui sono state concordate; v.: P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T. I-XV, Paris, 1827, Tomo II, 171, 188, 334, 589; Tomo III, 423; Tomo IV, 136, 390; Tomo V, 371, 583, 584, Tomo XIII, 183, 245, 328, 329, 424, 425). D'altra parte, ad avviso di chi scrive, il pensiero di Bello può essere stato influenzato ancora di più dalle spiegazioni di J.A. ROGRON, *Code Civil expliqué par ses motifs et par ses exemples*, Bruxelles, 1827³, 247, e di M. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, Tomo V, Bruxelles, 1827, 157. A Bello non erano sconosciute, peraltro, le discussioni in ordine alla struttura delle obbligazioni alternative, già tradizionali a quell'epoca, dato che anche R.J. POTHIER le riporta nel suo *Traité des obligations*, I, Paris, 1764, 267 ss., seguendo in gran parte Dumoulin (v. *infra*, sub nota 71). Sebbene Bello rinviò a POTHIER per la spiega-

e dalla 'definizione' dell'*Esboço* di Codice civile di A. Teixeira de Freitas³², mentre in cambio accolse, come riporta una nota stessa di Vélez all'art. 635, il pensiero di von Savigny al riguardo³³.

L'altra eccezione è quella della dottrina brasiliana³⁴, benché sia dal testo normativo del vecchio codice progettato da C. Beviláqua, sia da quello del nuovo codice del 2002³⁵ non si deduca espressamente questa posizione. Tuttavia, l'*Esboço* di Codice civile di A. Teixeira de Freitas considerava già espressamente che, una volta effettuata la scelta, risultavano applicabili le re-

zione dell'art. 1768 nel progetto inedito (sulla 'singolarità' dell'obbligazione alternativa in caso di impossibilità iniziale e sopravvenuta), questi non viene menzionato come riferimento per gli altri articoli. Cfr. *Obras completas de Don Andrés Bello*, XIII, Santiago, 1890. Credo che la definizione dell'obbligazione alternativa che Rogron e Delvincourt utilizzano, e che trova il proprio fondamento in Paul. D. 44,7,44,3 (*alterius solutio totam obligationem interimit*), sia stata adattata da Bello nel progetto inedito per il Codice civile cileno. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, cit., 158, più vicino al diritto romano di Pothier su questo punto, è uno dei pochi a non essersi contentato di ripetere il pensiero di Dumoulin e a non aver ritenuto che un atto unilaterale del debitore (la scelta) potesse modificare la natura dell'obbligazione.

³² È possibile che la definizione di A. Bello sia il fondamento diretto della formulazione dell'art. 956 dell'*Esboço*. Freitas non indica Codici o dottrina sul punto, ma è evidente il cambiamento della formulazione del Cc. Chi.: «de tal manera que la ejecución» in favore dell'espressione: «de modo que o cumprimento» nell'articolo: «Si tiver por objecto mais de uma prestação, sendo porém as prestações disjunctivas entre si, isto é, de modo que o cumprimento de uma dellas desonere ao devedor; haverá uma obrigação alternativa». Cfr. A. TEIXERA DE FREITAS, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro, 1860, 429. Si veda anche *supra*, *sub* nota 31.

³³ SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, cit., 482. Vélez «tomó la definición de von Savigny, aunque quitándole un agregado muy concreto (*) [(*) Savigny dice: "Llamamos obligación alternativa, una obligación que tiene por objeto una de entre muchas prestaciones independientes y distintas, de suerte que la elección a hacerse entre ellas quede al principio en la indeterminación" ... pero agrega "Esta elección deberá fijarse por una manifestación de voluntad en el momento en que la obligación producirá su efecto"']. [...] Más que deber todas las prestaciones del título, como en forma expresa lo indica el Código Chileno, parece claro que el legislador argentino ha insistido en precisar que el deudor nunca ha debido sino una de las prestaciones expresadas en el título».

³⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., 123 e 124: «Pode dar-se que a obrigação seja de duas ou mais prestações; mas de tal maneira que só uma seja de adimplir-se. [...] Se não è da vontade, mas de outra circunstância, que a determinação depende não há obrigação alternativa. [...] A opinião, que via na obrigação alternativa, duas ou mais prestações devidas, que a escolha reuz a uma, è totalmente de afastar-se [...] Bem assim a que recorria à concepção da obrigação sem conteúdo, que só se enche quando ocorre la escolha [...]. Ora, em verdade, já se deve uma prestação e só uma; apenas essa prestação ainda não está determinada. [...] O crédito è um só, uma só a obrigação, uma só a prestação: essa, indeterminada a princípio, se determina pela escolha pelo que pode e tem direito de escolher». Tuttavia, è difficile per il giurista brasiliano sfuggire alla nozione di 'prestazioni dovute alternativamente'. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, cit., 127: «Escolher a prestação è determinar qual a que há de ser devida, ou em obrigação ou em paga. Nas obrigações alternativas, è determinar qual das prestações, devidas alternativamente, è a que se há de pagar. Portanto, o que em verdade se determina è o objeto do cumprimento. Ambas as prestações estão no plano do dever e da obrigação, in obligatione, pôsto que uma só se possa exigir e prestar».

³⁵ Cc. Bra. 2002, art. 252.

gole dell'obbligazione di dare una cosa certa³⁶ e questa risultò essere anche l'opinione di C. Beviláqua, che sul punto seguì specificamente von Jhering³⁷.

La struttura dell'obbligazione alternativa come problema di indeterminatezza della prestazione (che comporterà quasi per inerzia un effetto di concentrazione della scelta) è radicata nelle esperienze argentina e brasiliana per una chiara influenza della letteratura tedesca³⁸, che avrebbe preferito un effetto di concentrazione della scelta e che è stata seguita dai codificatori di quei Paesi, Vélez, Freitas, Beviláqua.

Tuttavia, nonostante in molti degli altri Paesi non sembri espressamente stabilito un effetto di concentrazione per via della scelta (salvo il caso della Bolivia che, nonostante la struttura dell'obbligazione alternativa come pluralità di prestazioni dovute, lo stabilisce espressamente) e nonostante il fatto che dalla lettura degli articoli la struttura dell'obbligazione alternativa si mostri fundamentalmente in sede di adempimento dell'ob-

³⁶ V. *Esboço*, art. 957, num. 6.

³⁷ C. BEVILÁQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo, 1943, 25. Osservazione al vecchio art. 884 del Brasile: «É uma obrigação indeterminada; por isso o credor não pode pedir uma das prestações, se o título não lhe confere a escolha. O seu pedido há de ser alternativo. Feita a escolha, concentra-se a obrigação, especializa-se. A concentração não depende da aceitação da outra parte. è o devedor que, ordinariamente, escolhe. O exercício dessa facultade è um ato unilateral, que produz os seus efeitos desde que se manifesta, segundo ensina Jhering (...)». Ma Beviláqua non può evitare di considerare che entrambe le prestazioni siano dedotte *in obligatione*. Cfr. C. BEVILÁQUA, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, 1940⁵, 89: «São duas prestações distintas, independentes, das quaes una tem de ser cumprida, ficando a escolha ao arbitrio do devedor, ou, anormalmente, do credor. Essa obrigação ondulante e indeterminada em seus fundamentos è denominada *alternativa*, nome que talvez não quadre muito bem», e 90: «Se a escolha, na obrigação alternativa, fôr deixada ado devedor, terá o credor de pedir a execução das duas prestações, porque ambas se acham contidas na obrigação».

³⁸ Sull'effetto concentrativo o meno della scelta la dottrina tedesca era divisa. A questo proposito, v. V. WIESE, *Alternativität in Schuldverhältnisse*, Tübingen, 2017, 41-90. A differenza dei due autori che hanno influenzato il diritto latinoamericano in questa materia (von Savigny e von Jhering), B. WINDSCHEID ha ritenuto che l'obbligazione alternativa può diventare 'semplice' per concentrazione, ma «una tale concentrazione è possibile soltanto: 1) in caso di una prestazione effettivamente adempiuta; 2) in caso di accordo tra le parti; 3) infine, quando la concentrazione è stata stabilita nel negozio giuridico che dà origine alla obbligazione, non bastando una dichiarazione unilaterale del debitore o del creditore muniti della scelta» (cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., 19, traduzione libera). Per il primo punto si cita a fondamento, ad es., D. 12, 6, 26, 13 e 14, e D. 45, 1, 2, 1, di cui sopra. A questo proposito, così RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, cit., 115: «pone el pandectista alemán el acento técnico de esta decisión en la afirmación de que no puede aceptarse que una simple declaración de voluntad del deudor pueda operar la concentración, con los efectos que ello comporta en materia de riesgos sobre pérdida fortuita de alguno de los contenidos de la prestación alternativa, pasando el riesgo del deudor al acreedor, poniendo fin al aspecto de garantía determinante y definitiva de las obligaciones alternativas». Sulla concezione di Windscheid v. WIESE, *Alternativität in Schuldverhältnisse*, cit., 57. D'altra parte, per il modello francese la concezione secondo la quale una dichiarazione unilaterale del debitore non può modificare la natura della prestazione era difesa da Delvincourt (vd. *supra*, *sub* nota 31).

bligazione, la dottrina conclude per tutti i casi a favore di un effetto di concentrazione della scelta, che non le ha permesso di scorgere la regola espressa dell'adempimento di una delle prestazioni come fatto liberatorio del debitore. Di ciò ci occuperemo, però, in seguito.

2.2. *Il destino della regola nel diritto latinoamericano. Una regola 'sopita' di integralità dell'esecuzione nella maggior parte delle codificazioni?*³⁹

Ebbene, come già si è detto, la regola dell'integralità dell'esecuzione

³⁹ Oltre alle regole riportate sopra (vd. *supra*, sub nota 27), v. Cc. Hai., artt. 978 e 979: «Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises, mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une et une partie de l'autre»; Cc. Chi. (= Cc. Ecu., artt. 1542, 1543; Cc. El Salv., artt. 1370, 1371; Cc. Col., artt. 1556, 1447), artt. 1499 (vd. *supra*, sub 24, «Definición»), 1500: «Para que el deudor quede libre, debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba; y no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra»; Cc. Uru., art. 1349 (vd. *supra*, sub nota 26); Cc. Uru., art. 1351: «El deudor puede librarse entregando cualquiera de las dos cosas prometidas; pero no puede obligar al acreedor a recibir parte de una y parte de otra»; Cc. Ven., art. 1216: «El deudor de una obligación alternativa se libera con la entrega de una de las cosas separadamente comprendidas en la obligación; pero no puede obligar al acreedor a recibir parte de la una y parte de la otra»; Cc. Rep. Dom., art. 1191: «Puede librarse el deudor, entregando una de las dos cosas prometidas; pero no puede obligar al acreedor a que reciba una parte de una, y una parte de otra»; CCCRic, art. 655: «Para que el deudor quede libre debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba y no puede obligar al acreedor a recibir parte de una y parte de otra»; Cc. P. Ric., art. 1084: «El obligado alternativamente debe cumplir una de las prestaciones. (31 L.P.R.A. sec. 3081) El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra»; Cc. Nic., art. 1904: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, debe cumplir por completo una de éstas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de otra» = Cc. Hon. art. 1393 = Cc. Pan. art. 1018. Cc. Mex. art. 1962 «Si el deudor se ha obligado a uno de los hechos, o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, cumple prestando cualquiera de esos hechos o cosas; mas no puede, contra la voluntad del acreedor, prestar parte de una cosa y parte de otra, o ejecutar en parte un hecho»; Cc. Guat., art. 1334: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, cumple ejecutando íntegramente una de ellas. El acreedor no puede ser compelido a recibir parte de una y parte de la otra». Il Cc. Bol., art. 416: «El deudor de una obligación alternativa se libera cumpliendo una de las dos prestaciones comprendidas en la obligación, pero no puede compeler al acreedor a recibir parte de la una y parte de otra»; Cc. Per., artt. 1161: «Prestaciones alternativas. El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo debe cumplir por completo una de ellas», 1162: «[...] Quien deba practicar la elección no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra ...»; Cc. Par., art. 484: «El deudor de una obligación alternativa se libera cumpliendo una de las dos prestaciones disyuntivamente comprendidas en la obligación, pero no puede constreñir al acreedor a recibir parte de la una y parte de la otra»; Cc. Cub., art. 244 (non si fa alcun riferimento). Cc. Bra., art. 252: «[...] § 1º Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra». Il Nuovo Cc. Argentino non contiene alcuna regola, al riguardo: v. artt. 779 e 780. Il Cc. Arg. Vél. Sembrava, invece, contenerla: cfr. l'art. 636: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones, sólo lo está a cumplir con una de ellas íntegramente, sea la prestación de una cosa o de un hecho, o del lugar del pago, o de cosas, hechos y lugar de la entrega».

delle obbligazioni alternative trova manifestazione nelle codificazioni latinoamericane in due modi: i) quando si statuisce che l'esecuzione/l'adempimento (e non la scelta) di una delle prestazioni dovute è ciò che libera il debitore dall'adempimento di una qualsiasi delle altre, ovvero che il debitore deve pagare completamente/nella sua totalità/integralmente una delle prestazioni dovute per liberarsi; ii) quando si prevede che il debitore non può liberarsi pagando parte di una e parte di un'altra delle prestazioni dovute.

A. La prima manifestazione della regola

Possiamo raggruppare le codificazioni latinoamericane, quanto alla prima regola, nel seguente modo:

1) Il modello flessibile del codice di A. Bello e le codificazioni influenzate dalla visione ampia della vecchia regolamentazione del *Code civil*⁴⁰ (Haiti, Cile, Ecuador, El Salvador, Uruguay, Venezuela, Repubblica dominicana, Costa Rica, Colombia, Guatemala e Paraguay)⁴¹.

In alcuni Codici l'esecuzione integrale è sottolineata come un 'dovere', precisazione che potrebbe sembrare ultronea. Ma questo 'dovere' o il riferimento a 'come opera la liberazione del debitore' non risulta superfluo e, anzi, rende viva la regola nei Codici in cui la struttura della obbligazione alternativa è quella della 'pluralità di prestazioni dovute', nonché in quelli nei quali non esiste una norma relativa a un effetto di concentrazione della scelta su una prestazione per l'adempimento.

È il caso dei Codici del Cile, Ecuador, El Salvador, Venezuela, Costa Rica, Colombia, Guatemala e Paraguay. In pochi altri Codici, in cui si parla di un 'potere' di liberazione e non di un 'dovere', si è seguita la vecchia redazione dell'art. 1191⁴² del *Code civil*, che, tuttavia, si deve leggere alla

⁴⁰ In effetti, l'originaria disciplina del *Code civil* menziona esplicitamente i casi in cui la prestazione è considerata 'pura e semplice' (artt. 1191 e 1192). Una concentrazione ('la prestazione diventa pura e semplice') era prevista solo per i casi di impossibilità sopravvenuta di uno qualsiasi degli oggetti, ma non a seguito dell'esercizio del potere di scelta. La nuova disciplina, pur mantenendo la prima manifestazione della regola, ha ricondotto la concentrazione, invece, all'esercizio della scelta e, coerentemente, ha eliminato la seconda manifestazione. Tuttavia, una concentrazione per scelta rende la figura rigida e non consente al giudice di considerare gli aspetti del caso specifico.

⁴¹ Cfr. *supra*, *sub* note 27 e 39.

⁴² Cc. Fr. Nap., art. 1191: «Le débiteur peut se libérer en délivrant l'une des deux choses promises; mais il ne peut pas forcer le créancier à recevoir une partie de l'une, et une partie de l'autre». A mio parere, la redazione primigenia del Codice civile francese conteneva un regime ampio, nel senso di non stabilire esplicitamente che la scelta 'concentra' l'obbligazione. In questo, Portalis non avrebbe seguito Pothier (il quale riteneva che la scelta avesse l'effetto di concentrare l'obbligazione), rimanendo, quindi, vicino alla tradizione romana. Il

luce dell'originario art. 1189⁴³ del medesimo Codice, ove si stabilisce che la 'liberazione' del debitore avviene mediante la consegna di una delle due cose originariamente comprese nell'obbligazione. Questo è il caso dei Codici di Haiti, dell'Uruguay e della Repubblica dominicana.

Il modello più antico in America Latina a partire dal Codice di Haiti (che ha ripreso la redazione del *Code civil*) e, successivamente, a partire dal Codice di Bello, non conferisce alla scelta il potere di trasformare un'obbligazione in una obbligazione singolare, effetto riservato solamente, e in modo espresso, all'ipotesi di perdita di una delle prestazioni dovute⁴⁴.

La mancata previsione di un effetto di concentrazione mediante scelta può avere la sua origine nell'assenza del medesimo nella originaria regolamentazione del *Code civil*, che ha influenzato in una maggiore o minore misura molte codificazioni latinoamericane al riguardo. D'altro canto, si può sostenere che nel Codice di Bello e in quelli seguenti l'enunciazione del principio di completezza sia espressa in modo più enfatico⁴⁵ che nel Codice civile francese: 'solo l'esecuzione di uno degli oggetti della obbligazione esonera dall'esecuzione degli altri'⁴⁶.

Risulta molto particolare il caso del Codice civile del Paraguay⁴⁷, il quale, già preceduto dalle codificazioni boliviane e peruviane, a sua volta influenzate dal Codice civile italiano, tace circa l'effetto della scelta e si mantiene, così, all'interno di un modello ampio di obbligazione con alter-

progetto di PORTALIS (v. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, T. II, 171) è molto più ricco dei tre che l'hanno preceduto: v. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, cit. T. I, 67, *I Progetto di Cambacères*: «celui qui s'est obligué à livrer de deux choses l'une, est maître du choix; si l'une des deux périt, il doit livrer l'autre»; 124, *II Progetto* e 279, *III Progetto* (simile al primo).

⁴³ Cc. Fr. Nap., art. 1189: «Le débiteur d'une obligation alternative est libéré par la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation».

⁴⁴ Cc. Fr. Nap., art. 1193: «L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur. Le prix de cette chose ne peut pas être offert à sa place ...»; Cc. Chi., art. 1503: «Si una de las cosas alternativamente prometidas no podía ser objeto de la obligación o llega a destruirse, subsiste la obligación alternativa de las otras; y si una sola resta, el deudor es obligado a ella».

⁴⁵ Anche se L. CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, De las obligaciones*, I, Tomo X, rist. Santiago, 278, affermerà al num. 285: «esta definición no es más feliz que la del Código francés».

⁴⁶ V. gli artt. 1499 e 1550 Cc. Chi. rispetto al Cc. Fr. Nap., art. 1189. In nessuno dei progetti di Bello c'è indicazione alcuna circa l'effetto della scelta.

⁴⁷ Sebbene in alcuni articoli appaia una netta influenza del Codice civile italiano, in particolare in merito all'esercizio della facoltà di scelta (Cc. Par., art. 485), il Codice civile del Paraguay non fa menzione delle 'conseguenze' della scelta (come invece avviene nei Codici che lo precedono, i quali seguono la redazione del Codice civile spagnolo del 1889: Porto Rico, Nicaragua, Honduras, Panama) né dell'irrevocabilità, contrariamente al Codice civile italiano e al Codice boliviano.

nativa di prestazioni, come quello adottato dal Codice di Bello e rappresentato dall'originaria formulazione del *Code civil*⁴⁸.

2) Un secondo modello (in generale mediante l'influenza del Codice civile spagnolo del 1899), meno flessibile ma aperto all'interpretazione (Portorico, Nicaragua, Honduras, Panama, Messico, Cuba e Perù)⁴⁹.

Questa tendenza inizia in America Latina con il Codice civile di Portorico, che ha adottato nel 1889 il Codice civile spagnolo. Nonostante appaia in quest'ultimo il principio della completezza dell'esecuzione (art. 1131)⁵⁰, finì per acquisire rilevanza fondamentale la menzione dell'effetto della scelta del debitore (senza che però si dica quale sia o siano gli effetti della scelta del debitore, a differenza di ciò che si statuisce per la scelta del creditore). Nella regolamentazione del Codice civile spagnolo, l'effetto della scelta sembra diverso in due articoli (1133 e 1136, corrispondenti agli artt. 1086 e 1089 del Codice civile di Portorico)⁵¹. L'uno prevede, in particolare, che la scelta del debitore produca effetti dalla sua notifica e l'altro, specifico per la scelta del creditore, statuisce che l'effetto della notifica della scelta è di trasformare in semplice l'obbligazione. Che questo sia detto a fronte della scelta del creditore non deve sorprendere. Come abbiamo visto, infatti, non si tratta d'altro se non dell'applicazione del principio di diritto romano secondo il quale, quando la scelta appartiene al creditore, a seguito dell'esercizio di tale potere di scelta l'obbligazione diviene semplice. Ma la domanda continua ad essere quale sia l'effetto in caso di scelta spettante al debitore. Ad una prima interpretazione, del resto, gli artt. 1133 del Codice civile spagnolo e 1086 del Codice di Portorico parrebbero inutili se da essi non si concludesse che la scelta del debitore trasforma a tutti gli effetti l'obbligazione in semplice⁵².

⁴⁸ Qui siamo interessati solo agli antecedenti di tale regolamentazione e alla regolamentazione in sé e non possiamo soffermarci, dunque, su come l'istituto sia stato interpretato dalla dottrina francese, che, sicuramente, ne ha anche limitato l'applicazione, come si può dedurre dalla stessa sua nuova disciplina dopo la riforma. Dei commentatori del *Code civil* cui i codificatori latinoamericani del XIX secolo avevano accesso, possiamo dire che, sebbene molti 'ripetessero' la posizione di Dumoulin, non tutti lo fecero. DELVINCOURT, *Cours de Code Civil*, cit., è l'esempio più chiaro di ciò.

⁴⁹ Cfr. *supra*, sub note 27 e 39.

⁵⁰ Cc Esp., art. 1131: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de éstas».

⁵¹ Cc. Esp., art. 1133: «La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada (...)»; art. 1136: «Cuando la elección hubiere sido expresamente atribuida al acreedor, la obligación cesará de ser alternativa desde el día en que aquélla hubiese sido notificada al deudor (...)».

⁵² Per parte della dottrina spagnola sembra essere molto chiaro che l'effetto è quello della concentrazione dell'obbligazione: cfr. J.L. MOREU BALLONGA, *En defensa del criterio de especificación unilateral notificada*, in *Anuario de Derecho Civil*, España, 1985, 25, disponibile in: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1985-10000300042_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_En_defensa_del_criterio_de_especificaci%F3n_unilateral_

Nel 1904 il Nicaragua recepisce alcuni articoli del Codice civile cileno e alcuni articoli di quello spagnolo, tra cui, precisamente, quelli riferiti all'effetto della scelta⁵³. La medesima disciplina sulla scelta verrà accolta dall'Honduras⁵⁴ nel 1906. Panama⁵⁵ farà lo stesso nel 1916, distaccandosi chiaramente, sul punto, dal modello di Bello. Il Messico, nella sua codificazione federale del 1928, ridurrà ad un solo articolo l'effetto della scelta del debitore e del creditore⁵⁶, senza specificarne gli effetti. La codificazione cubana del 1987, che limita la disciplina dell'obbligazione alternativa all'art. 244, prevede soltanto come la scelta spetti, in difetto di altra indicazione, al debitore, sempre senza disciplinarne le conseguenze.

All'interno di questo gruppo di Codici che non specificano l'effetto della scelta del debitore rientra anche la codificazione peruviana, sulla quale si dirà qualcosa in seguito.

3) Le codificazioni influenzate dalla redazione del Codice civile italiano.

Successivamente ai Codici centroamericani eserciterà influenza sulle nuove codificazioni il Codice civile italiano del 1942⁵⁷. Nonostante si trovino ancora alcune manifestazioni della regola di completezza dell'esecuzione⁵⁸, la scelta del debitore acquista un ruolo più rilevante e, nel caso

notificada. Tuttavia, tale chiarezza non sembrava così evidente in un primo momento: «El problema estaba claramente planteado en la doctrina del siglo XIX, aunque no en la española, y cabe pensar que nuestro legislador, acaso sin perfecta consciencia del mismo, lo resolvió suficientemente introduciendo, desde el Proyecto de 1882-1888, los actuales artículos 877 y 1133. Este último tenía un precedente inmediato en el anteproyecto belga de Laurent, y respondía mediatamente a la teoría inicialmente defendida por Jhering. [...] Es muy significativa de cuanto queda dicho la considerable dificultad que ha supuesto para la doctrina, dada la inercia en ella del planteamiento romano tradicional, la interpretación del artículo 1133, hasta llegar a ver claramente que dicho precepto zanjaba resueltamente, para las obligaciones alternativas, la polémica sobre el carácter revocable o no de la elección del deudor. También la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1923 [...] exigió, contra el evidente sentido del artículo 1133, que la elección notificada del deudor tuviera que ser aceptada por el acreedor» (28, 29).

⁵³ Cc. Nic., art. 1907 = C. Esp., art. 1133; Cc. Nic., art. 1912=Cc. Esp., art. 1136.

⁵⁴ Cc. Hon., art. 1396 = Cc. Esp., art. 1133; Cc. Hon., art. 1399=Cc. Esp., art. 1136.

⁵⁵ Cc. Pan., art. 1020 = Cc. Esp., art. 1133; Cc. Pan., art. 1023 = Cc. Esp., art. 1136.

⁵⁶ Cc. Mex., art. 1964: «La elección no producirá efecto sino desde que fuere notificada».

⁵⁷ Cc. Ita., art. 1286: «La scelta spetta al debitore, se non è stata attribuita al creditore o ad un terzo. La scelta diviene irrevocabile con l'esecuzione di una delle due prestazioni, ovvero con la dichiarazione di scelta, comunicata all'altra parte, o ad entrambe se la scelta è fatta da un terzo. Se la scelta deve essere fatta da più persone, il giudice può fissare loro un termine. Se la scelta non è fatta nel termine stabilito, essa è fatta dal giudice».

⁵⁸ Vd. *supra*, sub note 27 e 39. Nel codice peruviano (e già nell'argentino), l'apparente riferimento alla regola della completezza potrebbe voler sottolineare, piuttosto, che il debitore è solo tenuto a completare il pagamento di una, e non di tutte le prestazioni, in modo simile al Progetto di Codice civile spagnolo di García Goyena (art. 1051). In ogni caso, il progetto non prevedeva la concentrazione a seguito della scelta (artt. 1051-1055). V. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, III, Madrid, 1852, 87 ss.

della Bolivia, un ruolo del tutto determinante. Il Codice civile boliviano del 1975⁵⁹ recepirà in sé parte dell'art. 1286 del Codice civile italiano sulla facoltà di scelta, che stabilisce come effetto 'irrevocabilità' della stessa. D'altra parte, la struttura dell'obbligazione verrà inquadrata in un problema di 'indeterminatezza dell'oggetto', recependo parte del § 236 del Codice civile tedesco, il quale stabilisce come la prestazione scelta si consideri l'unica dovuta sin dall'inizio⁶⁰. Questo fa sì che la regola di completezza dell'esecuzione dell'obbligazione risulti non operante o non necessaria, poiché la scelta del debitore concentrerà l'obbligazione a tutti gli effetti.

Successivamente, il Codice civile del Perù del 1984⁶¹, il quale considera come dovuto sin dall'inizio solamente l'oggetto della prestazione scelta, eliminerà la previsione dell'"irrevocabilità" della scelta e opererà per l'abbandono dell'effetto retroattivo della stessa, invece previsto nella versione del 1936⁶². Di conseguenza, in ragione dell'eliminazione di questi due aspetti e a fronte del silenzio circa l'effetto prodotto dalla scelta, chi scrive opterebbe per un'interpretazione che 'risvegli', con riferimento a questo Codice in particolare, l'applicazione della regola⁶³.

Per comprendere la rigidità dell'art. 1286 del Codice civile italiano quanto alle obbligazioni alternative e la sua successiva influenza sulle codificazioni boliviana e peruviana è probabilmente illuminante il riferi-

⁵⁹ Cc. Bol., art. 418: «(Forma y término de la elección) (I) La elección se hace irrevocable, sea por haberse cumplido una de las prestaciones, o sea por haberse declarado y comunicado la elección a la otra parte, o a ambas, si la elección corresponde a un tercero. (II) La elección se hace en el término establecido o el que, a falta de él, señale la autoridad judicial; y, si no se realiza pasa a la otra parte, o al juez, si la elección debía hacerla un tercero. (III). La prestación elegida se considerará como la única debida desde el principio».

⁶⁰ Questo paragrafo è tratto dal § 263, num. 2, del BGB: «§ 263 Esercizio del diritto di elezione. Effetto (1) L'elezione produce effetti con la dichiarazione alla controparte. (2) Il vantaggio scelto è considerato come l'unico dovuto dall'inizio» (traduzione libera).

⁶¹ CCPer., art. 1163: «Formas de realizar la elección. La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones, o con la declaración de la elección, comunicada a la otra parte, o a ambas si la practica un tercero o el juez».

⁶² In questi termini viene riportato da parte della dottrina peruviana: F. OSTERLING PARODI, *Las obligaciones*, Lima, 2007⁸, 83: «El artículo 1163, por otra parte, acogiendo la doctrina de Laurent y de Giorgi, ha suprimido el principio de la retroactividad consagrado por el citado artículo 1194 del Código de 1936, que se inspiró en el segundo párrafo del artículo 263 del Código Alemán. La retroactividad es un principio excepcional en el derecho que no tiene cabida en las obligaciones alternativas. Todas las teorías aducidas para justificar la tesis de la retroactividad – desde la utilización de ficciones jurídicas hasta la circunstancia de que la prestación escogida sea la única que se halle desde un principio *in obligatione* – son deleznable. Como ha expresado Staudinger, “no se puede pasar por alto el hecho de que hasta el momento de la elección exista una obligación de carácter eleccional y que sólo desde ese momento, en su lugar, surge una obligación simple”. La materia reviste singulares alcances prácticos por las consecuencias en el destino de los frutos o rentas de las prestaciones y el régimen de gastos y mejoras».

⁶³ Tuttavia, la dottrina ha sempre considerato che l'elezione concentra la obbligazione a tutti gli effetti. Vd. *supra*, *sub* nota 62.

mento alla flessibile disciplina contenuta nel progetto italo-francese delle obbligazioni del 1927. In questo progetto, la scelta non ha un effetto di concentrazione e un cambiamento della natura dell'obbligazione deriva non dal mero atto della comunicazione della scelta, ma dall'eventuale 'accordo' delle parti sulla prestazione che dovrà essere adempiuta⁶⁴. Ciò significa che, nel progetto italo-francese, l'obbligazione si ritiene concentrata sulla prestazione scelta a seguito della sua effettiva esecuzione (o in caso di diniego del creditore a ricevere una delle prestazioni), ma in ogni modo esiste la possibilità che le parti convengano dall'inizio o successivamente che la scelta concentrerà l'obbligazione sulla prestazione scelta per l'adempimento.

4) I Codici influenzati dalla dottrina giuridica tedesca o dal Codice civile tedesco (BGB).

Questo è il caso dei Codici dell'Argentina e del Brasile (quanto alla dottrina tedesca) e della Bolivia (quanto al Codice civile tedesco), come abbiamo già avuto occasione di ricordare. Se la struttura dell'obbligazione alternativa è un problema di indeterminatezza dell'oggetto nel Codice di riferimento, come nel caso dell'Argentina (per espresso dettato normativo) e del Brasile (per ricostruzione storica dell'intenzione del codificatore), una volta scelta la prestazione, se la scelta concentra l'obbligazione⁶⁵, allora le manifestazioni della regola di completezza dell'adempimento risultano del tutto inutili all'interno di tali codificazioni. Difatti, nelle ipotesi di possibilità di pagamento parziale e di pluralità di soggetti, si seguirebbero le regole delle obbligazioni divisibili e indivisibili, conformemente alla natura della prestazione che è stata scelta per l'adempimento⁶⁶.

La stessa conclusione si applicherebbe ai Codici che, ancorché persi-

⁶⁴ Cfr. il progetto italo-francese delle obbligazioni del 1927, *ex art.* 122: «(...) la scelta non diviene irrevocabile che per la effettiva prestazione o per l'accordo delle parti sull'oggetto che deve essere prestato», nonché l'art. 1286 del Codice civile italiano: «(...) La scelta diviene irrevocabile con l'esecuzione di una delle due prestazioni, ovvero con la dichiarazione di scelta, comunicata all'altra parte, o ad entrambe se la scelta è fatta da un terzo (...)». Certamente, nel Codice civile italiano del 1942 vi è uno spostamento verso la concentrazione derivante dalla comunicazione dell'elezione e una scomparsa della rilevanza dell'adempimento effettivo.

⁶⁵ È così che la dottrina lo capisce. Nel caso dell'Argentina, ad esempio, ALTERINI, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, cit., 487 e 488: «La obligación alternativa es de objeto plural disyunto. [...] La definición del Código Civil anticipa la naturaleza jurídica de la obligación alternativa. [...] En realidad, hay un solo vínculo referido a varias prestaciones, todas las cuales son debidas desde un principio, pero sujetas a la condición resolutoria de que sea elegida alguna de las otras; cumplido ese hecho condicionante, las no elegidas desaparecen con efecto retroactivo al tiempo de haberse contraído la obligación como si nunca hubiesen sido debidas». Per il caso del Brasile, *vd. supra*, *sub* note 34 e 37.

⁶⁶ E in questo modo, se la prestazione scelta è divisibile, l'obbligazione si estingue per quella parte (cfr. D. 46,3,9,1).

stano nel collegare la regola di liberazione del debitore al compimento di una delle prestazioni dovute (prima manifestazione), considerano che la scelta del debitore concentri l'obbligazione: questo è il caso del Codice civile boliviano (artt. 416 e 418, numero 3).

B. La seconda manifestazione della regola

Quanto alla seconda manifestazione della regola, cioè la proibizione di pagare parte di una e parte dell'altra prestazione, essa è la più comune e uniforme in tutte le codificazioni latinoamericane⁶⁷.

La conseguenza, secondo il diritto romano, è che il pagamento di parte di una delle prestazioni non estingue l'obbligazione per tale ammontare, per cui resta intatta la struttura alternativa dell'obbligazione. In generale, del resto, la dottrina latinoamericana non pare capace di un'analisi soddisfacente, sia che superi ciò che è superfluo di questa seconda manifestazione della regola (nelle codificazioni in cui il problema si è posto come indeterminatezza dell'oggetto)⁶⁸, sia che la intenda nel suo vero significato in connessione diretta con la struttura dell'obbligazione alternativa come pluralità di prestazioni dovute⁶⁹.

⁶⁷ Vd. *supra*, *sub* note 27 e 39.

⁶⁸ Per quanto riguarda il Codice civile e commerciale della nazione argentina, la seconda manifestazione della regola è scomparsa, in modo coerente con la struttura dell'obbligo alternativo nel sistema giuridico di riferimento (v. Cc. e comm. Arg., art. 779 ss.).

⁶⁹ Un chiaro esempio di ciò lo si può trovare in uno dei più importanti giuristi della tradizione del Codice civile di Bello, CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., 2, il quale non ha considerato l'effettiva portata della regola e non è riuscito a rifuggire dalla semplificazione cui questa viene ridotta, laddove è interpretata, come nel Codice di Bello, nel senso che l'obbligazione diventa 'semplice'. D'altra parte, Claro Solar non è stato in grado di spiegare la necessità della regola in caso di adempimento parziale di una prestazione scelta che fosse 'divisibile' (283): «§ 294. La ejecución de una de las cosas debidas alternativamente exonera de la ejecución de las otras; pero, por lo mismo, es necesario que la cosa sea ejecutada en su totalidad, porque determinada por la elección que de ella se ha hecho, la obligación debe ser cumplida a su respecto como si fuera una obligación simple. En la obligación alternativa, se debe en definitiva una de las dos o más cosas comprendidas en la alternativa; y no una parte de una de las cosas y una parte de la otra u otras; elegida una de las cosas debidas, las demás dejan de existir para la obligación del deudor, quien queda exonerado de la ejecución de las otras. Por eso el artículo 1500 dice que, "para que el deudor quede libre, debe pagar o ejecutar en su totalidad una de las cosas que alternativamente deba, y no puede obligar al acreedor a que acepte parte de una y parte de otra". Cada una de las cosas comprendidas en la alternativa es una prestación independiente de las otras, y la que es elegida debe ser ejecutada en su totalidad, e indivisiblemente, no pudiendo el deudor dividir el pago y obligar al acreedor a recibir solamente una parte».

C. Il destino della regola: nelle mani della dottrina

La regola di integralità dell'esecuzione, come si è illustrato nel primo paragrafo, dedicato brevemente al diritto romano, sembra eclissata nel diritto latinoamericano dalla importanza che ha acquistato, a livello legislativo e dottrinale (non sempre, dunque, con un fondamento normativo), l'effetto di concentrazione della scelta.

Nella maggior parte delle codificazioni, la regola nella sua prima manifestazione (cioè che il debitore non si libera se non fino a che dia effettivo adempimento a una delle prestazioni) non è sparita, ma si trova 'addormentata' in attesa di un risveglio. È la dottrina medesima, del resto, ad averne promosso il letargo, indotto dalla lettura delle norme degli stessi Codici⁷⁰ alla luce o, meglio, all'ombra di autori che hanno posto fine all'applicazione della regola (come Dumoulin⁷¹ e coloro che lo hanno seguito in tale interpretazione)⁷², ovvero all'ombra della letteratura giuridica di or-

⁷⁰ La dottrina non si sofferma, il più delle volte, su un'analisi specifica dell'impatto delle regole contenute nei Codici stessi (a volte sembra ignorarle o addirittura distorcerle), né cerca i suoi precedenti storici (eccezion fatta per la dottrina argentina, poiché questi furono segnalati dallo stesso Vélez nelle note al Codice, o per la dottrina brasiliana, grazie alle spiegazioni dello stesso Beviláqua nei suoi *Direito das obrigações*, cit., e *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado por Clovis Bevilacqua*, cit.). Cfr. altresì le eccezioni rappresentate da VALDÉS DÍAZ, *Las obligaciones alternativas en el Código Civil cubano*, cit., 11 ss., per il diritto cubano (il quale, tuttavia, non riesce a riferirsi in modo soddisfacente al significato della regola nel diritto romano), e da OSTERLING PARODI, *Las obligaciones*, cit., 79, per il diritto peruviano.

⁷¹ Spiega RAMS ALBESA, *Las obligaciones alternativas*, cit., 121, come, successivamente a Dumoulin (il quale lasciò in un «oscuro segundo plano la inicial prestación plural alternativa» ed il quale è altresì praticamente arrivato alla «negación del *in obligatione*» [...]), «el tema de la indivisibilidad pierde progresivamente importancia hasta el punto que no lo encontramos tratado ni en Pothier ni en los pandectistas, ocupando el lugar central dejado por él en cuanto al estudio de la estructura de las alternativas el problema de la determinación o indeterminación de la prestación inicialmente plural». In effetti, R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, I e II, Paris, 1764, non affronta la questione della regola quando tratta in modo specifico le obbligazioni alternative (non dedica una esposizione sulla non conformità o il pagamento parziale), ma fa riferimento a ciò che dirà sull'indivisibilità del pagamento in generale. Tratterà il pagamento parziale nell'obbligazione alternativa in caso di pluralità di creditori e debitori al momento di esporre le obbligazioni divisibili e indivisibili (T. I, num. 312, 377) e là dove si occupa dell'effetto del pagamento parziale (T. II, num. 525, 76). In quest'ultima sede, peraltro, Pothier sembra non poter sfuggire alla regola con cui ha a che fare, dal momento che considera l'esercizio della *condictio indebiti*.

⁷² Sono più che chiare le seguenti parole dell'illustre autore cileno CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno*, cit., 280 (si avverte il lettore che il giurista cileno comprende erroneamente l'effetto della scelta del debitore nel diritto romano, poiché non sempre rende l'obbligazione singolare): «en la obligación alternativa, aunque se deben varias cosas, el pago de una de ellas libra al deudor de todas las demás (...). La singularidad de esta condición de la obligación alternativa dio lugar en la escuela a una discusión que ha dividido las opiniones. Se ha disputado sobre la manera como debían ser consideradas las dos o más pres-

dinamenti in cui la regola, al contrario, è del tutto sparita⁷³ e dalla quale si perviene più o meno a desumere una teoria generale delle obbligazioni alternative applicabile a tutti gli ordinamenti⁷⁴. A volte anche la dottrina non offre alcun fondamento dottrinale o normativo⁷⁵; solo di quando in

taciones alternativamente debidas: si las prestaciones estaban todas ellas en la obligación, *in obligatione*; o si más bien debía considerarse sólo *in obligatione* la que fuese designada en definitiva para dar cumplimiento a la obligación. Contra la doctrina generalmente enseñada por los antiguos juriconsultos de que las dos prestaciones alternativamente debidas deberían comprenderse estimadas *in obligatione*, debiendo ser solamente incierta o indeterminada cuál debería ser en definitiva la prestación a que la obligación debía quedar reducida mediante la elección que el deudor o el acreedor habría de efectuar, se levantó virtualmente Dumoulin, quien se empeñó en demostrar que sólo debía estimarse *in obligatione* la prestación sobre la cual recaía la elección que fijaba el derecho del acreedor. Cuando la opción haya tenido lugar, la obligación se concentrará, en efecto, en la prestación elegida y por lo mismo, no se referirá más a las otras: *ergo non utrumque sed alterutrum tantum est in obligatione* (15) [(15) Palabras de Dumoulin reproducidas por Baudry-Lacantinérie y Barde, t.2, n° 1044, nota 2, pág.194, quienes estiman verdadera esta proposición]».

⁷³ Questo è il caso del diritto argentino o tedesco, la cui dottrina è ripresa da autori di Paesi in cui la regola, al contrario, è ancora enunciata. Come esempio, in Colombia (che segue il modello di A. Bello) ci sono autori che interpretano le norme del proprio ordinamento sulla scorta di un'indubbia influenza degli ordinamenti tedesco (come G. OSPINA FERNÁNDEZ, *Régimen general de las obligaciones*, Bogotá, 1998⁶, 262, che si riferisce all'effetto retroattivo della scelta; o come C. BARRERA TAPIAS, *Las obligaciones en el derecho moderno: Libro I. Concepto y Clasificaciones*, Bogotá, 1995, 65, il quale, seguendo l'autore argentino LLAMBIAS, sostiene come l'effetto principale della scelta sia la concentrazione del debito, perfino alludendo ad una natura retroattiva di essa) o italiano (cfr. F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá, 2007³, 374, chiaramente influenzato dalle riflessioni di Rubino e Bianca).

⁷⁴ Nonostante il chiaro senso dell'art. 1499 del Cc. Chi., sottolinea il giurista cileno D. PEÑAILLO ARÉVALO, *Obligaciones, teoría general y clasificaciones, la resolución por incumplimiento*, Santiago, 2003, 211 e 212, che «mientras no se elija, todas las cosas están debidas, todas están *in obligatione*. Efectuada la elección, respecto de las que no son elegidas, es como si nunca hubieren sido debidas y la obligación se hubiere referido siempre únicamente a la elegida. La doctrina extranjera ha discutido con bastante atención la naturaleza jurídica de esta obligación, proponiéndose diversas respuestas [...]. Algunas enfatizan el momento original, concibiéndola con pluralidad de prestaciones, y otras el de cumplimiento, concibiéndola con unidad de prestación. Así, p. ej. las doctrinas de las obligaciones condicionales, de las varias obligaciones modales, etc. Actualmente, parece tener destacada aceptación una noción unitaria, que la considera como una obligación perfecta desde su nacimiento, con una prestación única, integrada por varias posibilidades concretas, de modo que la concentración no elimina otras prestaciones, sino que dirime la duda entre las varias posibilidades de concreción». Esempi di questo tipo di considerazioni generali possono rinvenirsi nella dottrina argentina, per esempio in ALTERINI, *Derecho de las obligaciones civiles y comerciales*, cit., 488, e in L.M. BOFFI BOGGERO, s.v. *Obligaciones Alternativas*, in *Enciclopedia Jurídica Omeba*, XX, Buenos Aires, 1954, 675-677. Nel caso di Cuba, cfr. VALDÉS DÍAZ, *Las obligaciones alternativas en el Código Civil cubano*, cit., 10, notevolmente influenzato dalla dottrina spagnola. Tuttavia, nel caso di Cuba e del Messico, e a differenza del Cc. Chi., la struttura dell'obbligazione alternativa sembra più di indeterminatezza dell'oggetto. A questo riguardo, cfr. *supra*, *sub* nota 28.

⁷⁵ Questo è il caso, in Colombia, di J. CUBIDES CAMACHO, *Obligaciones*, Bogotá, 2005⁵, 136 ss., dove non viene fornito fondamento giuridico alcuno per la concentrazione per scelta.

quando offre possibili interpretazioni che permettono di rendere elastica la disciplina di fronte al caso concreto⁷⁶: un problema di indeterminazione della prestazione e un effetto di concentrazione della scelta sembrerebbero esser diventati fondamentali, senza che si deducano dalla maggior parte delle codificazioni.

Per ciò che riguarda la seconda manifestazione della regola, l'opera della dottrina si limita molte volte a parafrasare ciò che è scritto nei Codici, ma sembra trascurare – scientemente o meno – il 'potere' della prima manifestazione. La seconda manifestazione della regola ha gradualmente acquisito un ruolo non necessario o superfluo. Difatti, se la dottrina la interpreta nel senso che la scelta concentra l'obbligazione, o che la prestazione dovuta non è che una sola, la regola manca di senso poiché il discorso circa la divisibilità o indivisibilità della prestazione scelta per l'adempimento dipenderà dalla sua natura indivisibile o indivisibile e sarà retta, pertanto, dalle regole generali di questo tipo di obbligazioni⁷⁷.

Oltre alle informazioni *supra* richiamate in nota, vediamo, a mo' di esempio, il caso di alcuni ordinamenti. Ometteremo di riferirci all'Argentina, al Brasile e alla Bolivia, perché in questi Paesi è chiara la struttura dell'obbligazione (o la sua interpretazione codicistica) come indeterminazione di una unica prestazione dovuta, e perciò crediamo che le manifestazioni della regola finiscano per essere di troppo o che, coerentemente, siano sparite. Con riguardo al modello del Codice del Cile⁷⁸, a differenza di ciò che abbiamo notato nella prima parte di questo testo, e benché dall'insieme degli articoli di Bello non si deduca in alcun luogo il potere di concentrazione della scelta del debitore, l'esponente della dottrina cilena classico più letto in America Latina, Claro Solar, ha ridotto a ciò la regola:

⁷⁶In Colombia, ad opera di un solo autore: cfr. F. VÉLEZ, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*, VI, París, 1926², 129: «Cuando el deudor tiene la elección, él puede convertir su obligación en pura y simple cuando quiera, concretándola a una de las cosas, para que el acreedor corra los riesgos fortuitos de ésta. Sin embargo, a esto puede objetarse razonable y equitativamente que el deudor, así como el acreedor, no puede hacer uso del derecho de elegir sino en el mismo momento de pagar; porque de lo contrario se aumentarían los riesgos del acreedor que es claro son mayores cuando el objeto de la obligación es una sola cosa en vez de varias».

⁷⁷La menzione della regola nella sua seconda manifestazione risultava completamente inutile nell'ordinamento argentino con il Codice di VÉLEZ, anche se alcuni autori sembravano ritenere che si trattasse di diverse prestazioni dovute. Questo sarebbe il caso di SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino*, cit., 483: «El deudor [...] sólo está obligado a cumplir una de las diversas prestaciones comprendidas en la obligación alternativa; pero debe ejecutarla íntegramente. [...] El deudor no podría, por consiguiente, ejecutar parte de una prestación y parte de otra». È evidente che la seconda affermazione ha senso solamente se viene inteso che tutte le prestazioni sono dovute, ma alternativamente. Tuttavia, questo non è il caso dell'ordinamento argentino, in cui una volta scelta o pagata parzialmente una delle prestazioni, l'obbligazione si concentra.

⁷⁸Per la dottrina colombiana vd. *supra*, *sub* note 73, 75 e 76.

§ 300 L'opzione deve considerarsi esercitata per il solo fatto che il debitore a cui spetta abbia eseguito parzialmente una delle prestazioni; o, se l'opzione è stata lasciata al creditore, per il solo fatto che questi abbia accettato un'esecuzione parziale. Così se Pietro deve consegnare a Giovanni una casa o € 20.000 a scelta di Giovanni, e questi accetta la consegna di € 10.000 in acconto dei 20.000, non potrebbe poi richiedere la casa ma solo gli altri € 10.000; se la scelta spetta a Pietro, e questi offre e paga a Giovanni € 10.000 non potrebbe poi offrirgli la casa e chiedere la restituzione dei € 10.000 che gli aveva consegnato. Fa parte dell'essenza dell'obbligazione alternativa che il pagamento cada sulla totalità di uno degli oggetti della prestazione che comprende; per la stessa ragione, si dovrà supporre che la parte, che ha effettuato o accettato la sua esecuzione parziale, intendesse che doveva essere completata. Per questo il debitore non può obbligare il creditore ad accettare parte di una e parte dell'altra delle prestazioni; né il creditore può esigere dal debitore che paghi parte di una e parte dell'altra, ma solo una delle prestazioni nella sua totalità, e se ha pagato parte di una con l'accettazione di entrambi i contraenti, si deve completare l'adempimento di essa per intero. Non si potrebbe in tal caso lasciare senza valore il pagamento fatto e adempiere a un'altra prestazione, pentendosi il creditore che ha l'opzione dell'adempimento che gli è stato fatto in virtù della sua richiesta e il debitore dell'adempimento che ha effettivamente realizzato in virtù della sua scelta⁷⁹.

Benché un giurista più moderno, il professor Peñailillo Arévalo⁸⁰, ponga in risalto il tema dell'assenza di norme specifiche nella codificazione cilena, ci si attesterà comunque su una posizione secondo la quale l'effetto della scelta è quello di 'determinare' la prestazione, rendendo semplice l'obbligazione, conclusione che non si trae in nessun modo dalla codificazione cilena e che pare contraria alla struttura stessa dell'obbligazione alternativa in quell'ordinamento. Vi sono anche autori⁸¹ che giungono a de-

⁷⁹ CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, cit., 290. Il caso dell'analisi del giurista cileno è piuttosto indicativo, dal momento che si occupa della stessa ipotesi che abbiamo visto sopra in Ulp. D. 12,6,26,13. Sembra, però, che si stia trattando di una regola completamente diversa.

⁸⁰ Cfr. PEÑAILLILLO ARÉVALO, *Obligaciones, teoría general y clasificaciones*, cit., 216 e 217: «Observaciones generales en cuanto a la elección. (...). El Código omitió reglas al respecto (muchos contienen algunas, pero son tantas las que pueden generarse, que tampoco se puede pedir que todas sean legalmente abordadas; ni es necesario). [...] Puede efectuarse (expresamente) mediante una declaración emitida en tal sentido o (tácitamente) mediante una actitud inequívoca (si la elección es del deudor, cumpliendo u ofreciendo cumplir con una de las cosas; si es del acreedor, demandando una o aceptando un pago que espontáneamente le efectúa el deudor). [...] Este derecho de elegir se ejercita mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia; para su eficacia se necesita el conocimiento del destinatario, pero no su consentimiento. [...] Estrictamente, la elección viene a separar las dos fases de la obligación alternativa: la primera, en que existe aquella indeterminación relativa del objeto, y la segunda, en que se está en la absoluta determinación. (La elección produce lo que alguna doctrina denomina "concentración" por la cual se determina cuál de las alternativas debidas pasa a convertirse en la única debida».

⁸¹ R. ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, I, Santiago, 2014, 486 e 487; H. TRONCOSO

scrivere l'effetto retroattivo della scelta di origine tedesca, estraneo al complesso degli articoli di Bello. Al contrario, è la dottrina romanistica cilena⁸² quella che sembra comprendere la struttura dell'obbligazione alternativa nel diritto nazionale, occupandosi di una delle funzioni dell'obbligazione alternativa, cioè quella di valutazione o di garanzia, che permette di salvaguardare l'interesse del creditore in caso di perdita sopravvenuta di una cosa certa, oggetto dell'altra prestazione, funzione che può operare nella concezione delle obbligazioni alternative come pluralità di prestazioni dovute e che ovviamente risulta incompatibile con la concezione riduttiva della concentrazione mediante scelta a tutti gli effetti. Una parte minoritaria della dottrina non fa riferimento a un effetto di concentrazione mediante la scelta, né al carattere retroattivo di origine tedesca della scelta; tuttavia, non approfondisce gli effetti dell'obbligazione in caso di inadempimento o di esecuzione parziale della prestazione preferita per l'adempimento⁸³.

In Venezuela succede qualcosa di simile a ciò che accade in seno ad una parte della dottrina cilena. Con il sostegno di una numerosa bibliografia si analizza il problema delle obbligazioni alternative quasi al livello di una teoria generale delle stesse, che fa sì che si perda di vista la differenza di struttura in ciascuno degli ordinamenti e nell'ordinamento nazionale. Si è considerato che la scelta concentra l'obbligazione a tutti gli effetti, nonostante ciò non si deduca dal dettato del Codice⁸⁴.

Vediamo il caso di uno dei Paesi centroamericani influenzato dalla redazione del Codice civile spagnolo. La dottrina nicaraguense continua a considerare la struttura dell'obbligazione alternativa come pluralità di prestazioni dovute, tuttavia non si sofferma ad esaminare l'ipotesi dell'inadempimento: il che sembrerebbe risultare non necessario, a fronte di un'interpretazione della scelta quale 'concentrazione' dell'obbligazione⁸⁵. Nondimeno, è dubbio se la dottrina consideri in tutti i casi una concentrazione mediante scelta, poiché, da un lato, è chiara nell'affermare che l'adem-

LARRONDE, *De las obligaciones*, Santiago: 2011⁷, 52; R. MEZA BARROS, *Manual de Derecho Civil, De las obligaciones*, Santiago 2007¹⁰, 69. Anche la dottrina colombiana è caduta sul riferimento all'effetto retroattivo della scelta, di influenza tedesca (vd. *supra*, sub nota 73).

⁸² A. GUZMÁN BRITO, *La estimación de una cosa recibida y debida*, in M. BARRÍA PAREDES (a cura di), *Estudios de Derecho Civil*, XI, Santiago, 2015, 603.

⁸³ Questo è il caso di R. RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, Santiago, 2008³, 68 e 69.

⁸⁴ Nonostante l'ampia bibliografia consultata per il suo rigoroso lavoro, è il caso di M.C. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Curso de Derecho Civil, III, Obligaciones*, in *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2017, 93 e 94, disponibile in http://rvlj.com.ve/?page_id=665. La autrice considera nella struttura un problema di indeterminatezza di una prestazione dovuta.

⁸⁵ J.J. GUZMÁN GARCÍA, *Apuntes de derecho civil: derecho de obligaciones*, Managua, 2007, 65 e 66. La dottrina non si chiede se l'art. 1907 (scelta del debitore) meriti una diversa interpretazione rispetto all'art. 1912 (scelta del creditore). Solo nel secondo è chiaro, infatti, come la scelta concentri l'obbligazione.

pimento di una prestazione è ciò che esonera il debitore dall'adempimento delle altre prestazioni, mentre, dall'altro, non si sofferma mai ad analizzare l'ipotesi dell'inadempimento⁸⁶.

Nel caso di Cuba vi è un orientamento simile. L'ordinamento in questione presenta profili d'interesse, poiché la regolamentazione dell'obbligazione alternativa si limita ad un solo articolo. Benché la dottrina faccia riferimento alle due manifestazioni del principio, si riduce la questione ad una proibizione, per il debitore, di offerta di adempimento parziale con diverse prestazioni dedotte⁸⁷. Dall'altra parte, si considera che l'effetto della scelta è quello di concentrare l'obbligazione, seguendo la dottrina spagnola⁸⁸. Tuttavia, secondo la nostra opinione, in questo Paese potrebbe darsi un'interpretazione che ammetta operatività alla regola.

Nel caso del Perù, la regola, nella sua seconda manifestazione, è stata intesa da alcuni autori come una regola di 'unità di prestazione al momento della scelta'⁸⁹, conformemente all'art. 1162, che disciplina ciò che riguarda la scelta e contiene la seconda manifestazione della regola. Pare evidente come nel Codice si sia spostato il problema del momento dell'adempimento al momento della scelta. Altri autori parlano, invece, della 'unicità nell'adempimento'⁹⁰, il che solo apparentemente rende centrale l'adempimento

⁸⁶ I. ESCOBAR FORNOS, *Derecho de obligaciones*, Managua, 1996, 202: «Todas las prestaciones forman parte de la obligación, pero con el cumplimiento de una se exonera el deudor»; (203) «El deudor se libera cumpliendo íntegramente una de las prestaciones estipuladas, no pudiendo obligar al acreedor a recibir parte de una y parte de otra». L'autore (204) aggiunge, però: «Hecha la notificación, la obligación deja de ser alternativa y sus efectos son los de la simple». V'è da chiedersi se ciò sia vero a tutti gli effetti, compresa l'ipotesi di inadempimento.

⁸⁷ VALDÉS DÍAZ, *Las obligaciones alternativas en el Código Civil cubano*, cit., 9.

⁸⁸ VALDÉS DÍAZ, *Las obligaciones alternativas en el Código Civil cubano*, cit., 10: «La individualización de la prestación con que ha de cumplirse la obligación alternativa se denomina concentración, a partir de la cual la obligación pasa a ser de objeto único [...]. Así, *plures res sunt in obligatione, una autem in solutione*. No obstante, advierte Albaladejo que ello debe entenderse no en el sentido de que sean debidas varias prestaciones, de las que baste con ejecutar una, sino en el sentido de que se debe solo una prestación a escoger entre varias». Ciò benché l'art. 1131 spagnolo presenti una struttura che chiaramente contempla una pluralità di prestazioni dovute.

⁸⁹ F. OSTERLING PARODI-M. CASTILLO FREYRE, *Compendio del Derecho de las obligaciones*, Lima, 2008, 224: «Sea quien fuere el que deba practicar la elección, no podrá elegir parte de una prestación y parte de otra. Este es el principio de unidad de la prestación y debe ser cumplido. Así lo prevé el segundo párrafo del artículo 1162 del Código Civil. El precepto tiene por objeto la preservación del principio de identidad de la prestación, ya que en la obligación alternativa se debe pagar con cualquiera de las prestaciones de tal carácter, pero completamente, lo que equivale a decir que se tiene que ejecutar íntegramente una u otra, pero nunca parte de una y parte de otra, porque de esta forma se estaría violentando el principio citado».

⁹⁰ R. GELDRES CAMPOS, *Un estudio sistemático sobre las obligaciones alternativas*, in *Gaceta Civil y Procesal Civil*, n. 44, Perù, 2017, 92: «Unicidad en el cumplimiento. Si bien en el contenido de la obligación alternativa debe existir una pluralidad de prestaciones, no obs-

in luogo della scelta, perché, benché possa sembrare che la dottrina veda nell'obbligazione alternativa una struttura di pluralità di prestazioni dovute⁹¹, questa considera come la scelta abbia l'effetto di mutare la natura del vincolo obbligatorio e di concentrare l'obbligazione a tutti gli effetti⁹².

A dispetto di questo panorama, crediamo che il 'risveglio' della regola continui ad essere nelle mani della dottrina. 1) Mediante una 'mera rilettura' si può risvegliare la regola dei Codici in cui si fa riferimento ad un dovere di adempimento integrale e alla liberazione del debitore attraverso tale adempimento⁹³ (Codici del primo gruppo). 2) Tramite 'interpretazione' si potrebbe risvegliare la regola nei Codici in cui si fa riferimento sia ad un dovere di adempimento integrale e alla liberazione del debitore tramite tale adempimento, sia ad un effetto della scelta, benché non si menzioni espressamente che tale effetto sia quello di concentrare l'obbligazione⁹⁴.

In una interpretazione che risvegli la regola, un effetto di concentrazione della scelta del debitore potrebbe ben essere ridotto, grazie al principio del *favor debitoris*, all'ambito della perdita sopravvenuta della prestazione scelta per l'adempimento e, per il tramite del principio di buona fede (legittimo affidamento), all'impossibilità dell'esercizio di uno *jus variandi* da parte del debitore, cioè ritenendo l'irrevocabilità della scelta del debitore 'in favore del creditore' che si è preparato a ricevere la prestazione scelta; ed, infine, in consonanza con le manifestazioni normative della regola di completezza dell'adempimento, quest'interpretazione potrebbe non estendere l'effetto della concentrazione ai casi di 'inadempimento' o di 'adempimento parziale' della prestazione scelta per il pagamento.

Questa rilettura e questa interpretazione più funzionali della obbliga-

tante, solo una de ellas se destina al cumplimiento, de modo que el deudor se liberará del vínculo obligatorio ejecutando una de ellas, aquella que ha sido elegida ...» Tuttavia, l'autore non fa riferimento al caso di inadempimento della prestazione scelta: se, dunque, ci si liberi o meno da un vincolo obbligatorio connotato da una pluralità di prestazioni.

⁹¹ OSTERLING PARODI, *Las obligaciones*, cit., 80: «El artículo 1161 consagra la naturaleza jurídica de la obligación alternativa, al estatuir que quien asuma tal obligación sólo deberá cumplir por completo una de las diversas prestaciones. Como expresa De Ruggreiro [...] en las obligaciones alternativas "son debidas varias prestaciones, de modo que realizada una prestación la obligación quede cumplida y se extingue"».

⁹² OSTERLING PARODI, *Las obligaciones*, cit., 83. Cfr. *supra*, sub nota 62; GELDRES CAMPOS, *Un estudio sistemático*, cit., 94: «La elección constituye un presupuesto imprescindible de las obligaciones alternativas [...] la elección supone una pluralidad de prestaciones *in obligación* entre las que cuales solo una se destina al cumplimiento: la prestación elegida es la única que debe ser cumplida, por lo que las demás resultan ser ajenas a la pretensión del acreedor». Sembra che l'autore abbia visto nella struttura un problema di indeterminatezza della prestazione dovuta, piuttosto che una pluralità di prestazioni 'dovute', cioè 'in obbligazione'. E, in effetti, nel prosieguo farà Egli riferimento alla determinabilità. Per l'autore, dunque, la 'concentrazione' «cambia de fisionomía la obligación alternativa» (96).

⁹³ Cfr. *supra*, sub 1).

⁹⁴ Cfr. *supra*, sub 2).

zione alternativa sarebbero possibili, corrispondentemente, tanto per i Codici del primo modello di Bello, influenzati dalla originaria vecchia redazione del *Code civil*⁹⁵ (Haiti, Ecuador, El Salvador, Uruguay, Venezuela, Repubblica Dominicana, Costa Rica, Colombia, Guatemala, Paraguay), quanto per i Codici di Cuba (nonostante si menzioni qui il solo adempimento), del Messico (che non specifica l'effetto di concentrazione mediante scelta), Portorico, Nicaragua, Honduras e Panama (i quali non prevedono espressamente l'effetto di concentrazione della scelta del debitore, mentre stabiliscono positivamente un effetto di concentrazione della scelta quando si tratta di scelta del creditore⁹⁶). Da ultimo, l'interpretazione potrebbe essere praticabile anche per il caso della codificazione peruviana (che non specifica l'effetto della scelta). Al contrario, non la crediamo praticabile nelle legislazioni argentina, brasiliana e boliviana.

2.3. Conclusioni

L'esposizione che si è appena realizzata non è altro che un invito a rileggere e a dare un senso rinnovato all'istituto dell'obbligazione alternativa nelle nostre codificazioni. In molte di esse, in cui 'ciò che è dovuto' non è qualcosa di indeterminato, ma di radicato nei termini di varie prestazioni dovute benché non insieme, è presente, 'sopito', un principio coerente con tale struttura e con la funzione di stima o garanzia che tali obbligazioni inizialmente assolvevano: il principio di adempimento di una delle prestazioni dovute esime dall'adempimento delle altre. In materia contrattuale, ciò che vollero le parti è una domanda che precede un effetto di concentrazione della scelta, la quale 'trasformi' la prestazione in obbligazione 'singolare' a tutti gli effetti. Un'interpretazione che dia rilevanza all'offerta di adempimento, in sede di rischi e di irrevocabilità della scelta, non è incompatibile con una che privilegi il fatto dell'adempimento effettivo, pieno, integrale, completo di una delle prestazioni come quello liberatorio dell'obbligazione. La dottrina o si attesta sul punto estremo della mutevolezza della natura dell'obbligazione mediante scelta o, semplicemente, non approfondisce le conseguenze dell'inadempimento conformemente alla struttura dell'obbligazione nell'ordinamento di base.

⁹⁵ Si ricorda che il *Code* stabiliva i casi in cui l'obbligazione era considerata 'pura e semplice', all'interno dei quali non esisteva la scelta del debitore per l'adempimento. Cfr. Cc. Fr. Nap., art. 1189-1195.

⁹⁶ Come nel diritto romano.

LA TEORIA GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI COME ELEMENTO DI UNITÀ E DI RESISTENZA DEL SUBSISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

David Fabio Esborraz

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il Subsistema giuridico latinoamericano e l'unificazione del diritto delle obbligazioni. – 3. La funzione paradigmatica dell'obbligazione nella tradizione romano-iberico-americana. – 3.1. La 'obbligazione' (*obligatio*) romana come schema giuridico per salvaguardare l'intangibilità del debitore. – 3.2. L'abbozzo' di una teoria generale delle obbligazioni nelle Istituzioni gaiane-giustinianee. – 3.3. La centralità dell'obbligazione nella sistematica dei Codici civili latinoamericani. – 4. La convenienza di un «Código marco de las obligaciones» per l'America Latina.

1. *Introduzione*

L'esistenza o la configurazione di un 'subsistema giuridico latinoamericano' (come sviluppo interno proprio del sistema giuridico romanistico) fu messo in evidenza dal giurista brasiliano Clóvis Beviláqua (1859-1944)¹, che già alla fine del XIX secolo giunse ad individuare e sistematizzare, per la prima volta nell'ambito delle scienze giuridiche, una serie di elementi (di unità) volti a riconoscere la specificità degli ordinamenti dell'America Latina nel quadro dei grandi sistemi giuridici comparati.

Tale acquisizione scientifica è stata corroborata in studi successivi sia da giuristi del Nuovo Mondo (Cândido Luiz María de Oliveira, Abelardo Saraiya da Cunha Lobo, Enrique Martínez Paz) che da giuristi del Vecchio Continente (Tullio Ascarelli, René David, Felipe Solá de Cañizares, José Castán Tobeñas, Pierangelo Catalano, Sandro Schipani, José M. Castán Vázquez, Giovanni Lobrano, ecc.)².

¹ L'opera fondamentale di C. Beviláqua in materia è *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Recife, 1893, 73 s.; 2^a ed. modificata e ampliata del 1897, San Salvador de Bahía, 101 ss.

² Sul subsistema giuridico latinoamericano si rimanda, in generale, al nostro *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (I) La labor de la Ciencia jurídica brasileña entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 21,

Il fatto che gli ordinamenti dell'America Latina appartengano alla medesima tradizione giuridica, la cui base socio-culturale è stata individuata nel blocco 'romano-iberico-indigeno', facilita la comunicabilità diacronica degli stessi con il sistema giuridico di riferimento (il sistema giuridico di diritto romano) e, sincronicamente, degli stessi tra di loro e con gli altri ordinamenti appartenenti ad altri subsistemi del sistema giuridico romanistico (e.g. gli ordinamenti europei, ma anche quelli euroasiatici). La suddetta caratteristica facilita altresì l'individuazione di 'elementi di unità e di resistenza' del diritto latinoamericano all'ingerenza di istituti di altre esperienze giuridiche presenti nel Continente americano (vale a dire il *common law*)³.

Pertanto, da alcuni anni la dottrina latinoamericana (spesso in sinergia con quella europea e, principalmente, con quella italiana) ha cominciato a valutare la possibilità di 'ricodificare' lo *ius commune* latinoamericano (che è alla base di ciascuna delle legislazioni nazionali del Subcontinente) mediante l'elaborazione di «Códigos marco» (adottando la terminologia raccomandata dal Parlamento Latino Americano – PARLATINO per la realizzazione di studi di armonizzazione legislativa⁴) con i quali riaffermare i principi comuni e consolidare l'unità del Subsistema giuridico latinoamericano.

2. Il Subsistema giuridico latinoamericano e l'unificazione del diritto delle obbligazioni

Come avviene anche nell'ambito dell'Unione Europea, le materie che hanno suscitato maggior interesse al fine di una loro unificazione sono state

2006, 5 ss. e anche a *La individualización del Subsistema jurídico latinoamericano como desarrollo interno propio del Sistema jurídico romanista: (II) La contribución de la Ciencia jurídica argentina en la primera mitad del siglo XX*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 24, 2007, 34 ss.

³ Si veda, in generale, P. CATALANO, *Diritto e persone*, Torino, 1990, 96 ss.; ID., *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina*, in AA.VV., *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI (= in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 18, 2004), Roma, 2005, 22 ss. e 31; ID., *Choque de sistemas jurídicos en la perspectiva romana latinoamericanista. A propósito del "bloque romano-indígena": de Xalapa 1974 a Morelia 2006*, in AA.VV., *Estudios en homenaje a Mercedes Gayosso y Navarrete*, a cura di J.L. CUEVAS GAYOSSO, Xalapa, 2009, 23 ss.; S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, ristampa accresciuta del 1999, 180 ss., e ID., *Riconoscimento del Sistema giuridico latinoamericano e sue implicazioni*, in AA.VV., *Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, cit. (= in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 19-20, 2005), 722 ss.

⁴ Sul punto si veda *Lineamientos metodológicos para la realización de estudios de armonización legislativa* (versione riveduta del 2003), il cui testo può essere consultato in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 21, 2006, 331 ss. L'elenco completo dei progetti di «leyes marco» approvate dal PARLATINO può consultarsi in: <http://www.parlatino.org/es/temas-especiales/proyectos-de-leyes-marco.html>.

quelle connesse al diritto privato patrimoniale e, più precisamente, il diritto delle obbligazioni e dei contratti (nonostante anche altri rami del diritto siano stati oggetto di analisi, portando sino all'elaborazione di «Códigos marco», come è il caso, tra gli altri, dei Codici di diritto processuale civile, di diritto del lavoro, di diritto processuale penale e di diritto dell'Impresa⁵).

In materia di obbligazioni e contratti, i tentativi di armonizzazione del diritto latinoamericano sono stati numerosi e costanti (anche se, finora, non hanno avuto successo). Basti qui citare, tra le altre, l'iniziativa proposta negli anni '80 del XX secolo dal prof. Mario Rotondi (allora Direttore dell'Istituto di Diritto comparato 'Angelo Sraffa' dell'Università Bocconi di Milano), il quale, in una prospettiva marcatamente 'eurocentrica', proponeva l'unificazione del diritto dei Paesi di origine latina prendendo come punto di riferimento il progetto (franco-italiano) del Codice delle Obbligazioni e dei contratti del 1927⁶ e, più recentemente, l'iniziativa del prof. Sandro Schipani (fondatore e direttore sino al 2007 del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'/CNR), il quale, insieme ad altri colleghi dell'America Latina e ispirandosi alle raccomandazioni maggiormente 'latinoamericanocentriche' dei «Congresos Latinoamericanos de Derecho romano»⁷, istituì il cosiddetto «Gru-

⁵ Si veda AA.VV., *Un 'codice tipo' di procedura civile per l'America Latina*, a cura di S. SCHIPANI-R. VACCARELLA, Padova, 1990, *passim*; AA.VV., *Principi per un 'codice tipo' di diritto del lavoro per l'America Latina*, a cura di G. PERONE-S. SCHIPANI, Padova, 1993, *passim*; AA.VV., *Un 'codice tipo' di procedura penale per l'America Latina*, a cura di M. MASSA-S. SCHIPANI, Padova, 1994, *passim*; AA.VV., *Statuto dell'Impresa e Mercosur*, estratto da *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena, 1, 1996, 153-247.

⁶ Si veda AA.VV., *Inchieste di diritto privato*, a cura di M. ROTONDI, 8 (*Il Progetto franco-italiano di codice civile delle obbligazioni e dei contratti*), Padova, 1980, *passim*. A onor del vero, dobbiamo ricordare che già alcuni decenni prima il giurista italiano Francesco Cosenzini (1870-1946) aveva proposto come modello per un Codice internazionale delle obbligazioni – in seno all'*Institut American de Droit & de Legislation Compareé* di Berna – il testo di questo progetto (si veda *Code International des Obligations en 3115 articles. Perfectionnement et Ampliation du Projet franco-italien de Code des Obligations et des Contrats [1927] en vue de l'unification des législations civiles et commerciales sur des bases internationales*, Parigi, 1937, *passim*).

⁷ Soprattutto quelle del II Congresso, svoltosi a Xalapa (Messico) il 24-28/07/1978, nelle cui conclusioni si rilevava: «*Considerando*: 1. Que el derecho romano es el 'elemento común' de todas las legislaciones de los países latinoamericanos, 2. Que el derecho romano es el elemento diferencial del derecho latinoamericano frente a otros sistemas extraños a nuestro ancestro cultural jurídico, 3. Que el derecho romano subsiste dentro del derecho latinoamericano, por el paso de fórmulas e instituciones jurídicas netamente romanas al derecho aplicado vigente. 4. Que no es la historia solamente lo que le da validez al derecho romano sino la vigencia de sus principios transfundidos en el derecho moderno y que iluminan el derecho comparado, 5. Que el derecho romano, como ciencia formativa 'tiene una base trascendente y viviente' en todos los países latinoamericanos que obedecen a una tradición legal romana, 6. Que es una necesidad imperiosa la creación de un derecho latinoamericano uniforme en materia obligacional y, 7. Que esta unificación jurídica propendería al desarrollo y fortalecimiento de los vínculos que unen a los pueblos latinoamericanos, lo que nos permitiría presentarnos como un bloque de naciones ante otros países poderosos de la

po para la armonización del Derecho privado latinoamericano» (Rosario, Argentina, 22-23 settembre 2008⁸), con la finalità di elaborare strumenti normativi che – tenendo conto delle basi romanistiche comuni dei diversi ordinamenti nazionali e al contempo rispettando le loro peculiarità – costituissero modelli giuridici da offrire ai Paesi della Regione⁹.

La realizzazione di questo obiettivo è stata proseguita da alcuni allievi del prof. Schipani (dei Corsi di Perfezionamento, Master e Dottorato da lui diretti dal 1991 al 2012 presso l'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'), i quali, in occasione della presentazione del *Liber Discipulorum* in suo onore (Lima, 27-28/10/2013)¹⁰, hanno istituito il «Gruppo para la armonización del derecho en América Latina» (GADAL)¹¹, che sta progredendo nella stesura di un progetto di «Código marco de las obligaciones para América Latina»¹², il cui punto di partenza è costitui-

tierra. *Acuerda*: en el aspecto formativo, propender al desarrollo de una doctrina común en materia obligacional, por medio del estudio del Derecho Romano y del Derecho Comparado, lo que permitiría la unificación de criterios, que más tarde se materializará en la formación de códigos uniformes» (si veda *Externado. Revista de la Universidad Externado de Colombia*, [Memoria del II° Congreso Latinoamericano de Derecho romano], Bogotá, 2, 1985, 439 ss.).

⁸ Il testo dell'atto istitutivo del Gruppo e gli atti della 1ª riunione furono pubblicati in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 26, 2008, *passim*. Tra gli antecedenti più importanti di tale iniziativa possono citarsi i Colloqui su «El contrato en el Sistema jurídico latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo», organizzati dall'*Universidad Externado de Colombia* negli anni 1996, 1998 e 2001 e di cui si sono pubblicati gli atti dei primi due: AA.VV., *El Contrato en el Sistema Jurídico Latinoamericano. Bases para un Código latinoamericano tipo*, a cura di F. HINESTROSA, I, Bogotá, 1998, *passim* e II, Bogotá, 2001, *passim*.

⁹ Detto Gruppo organizzò poi altre tre riunioni di lavoro, ossia: i) la 2ª, organizzata dall'*Universidad Externado de Colombia*, fu tenuta a Bogotá nei giorni 28-30/09/2009, ii) la 3ª fu convocata dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'/CNR nei giorni 20-22/05/2010 e iii) la 4ª ebbe luogo a Lima, nei giorni 21-22/06/2011, sotto l'egida della *Pontificia Universidad Católica del Perú*. Gli atti di questi incontri furono pubblicati, rispettivamente, in AA.VV., *Obligaciones – Contratos – Responsabilidad. Grupo para la armonización del Derecho privado latinoamericano. Memoria*, Bogotá, 2011, *passim*; in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 30, 2010, 77-208 e in AA.VV., *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo (Lima 21 y 22 de julio de 2011)*, a cura di G. PRIORI POSADA-R. MORALES HERVÍAS, Lima, 2012, *passim*.

¹⁰ Si veda AA.VV., *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani*, a cura di É. CORTÉS MONCAYO-D.F. ESBORRAZ-R. MORALES HERVÍAS-S. PINTO OLIVEROS-G. PRIORI POSADA, Bogotá, 2013, *passim*.

¹¹ Oltre a quello della sua istituzione, il GADAL ha già tenuto altri incontri di lavoro a Città del Messico (29-30/1/2014 e 27-30/06/2016), a Bogotá (1-3/12/2014 e 11-14/12/2017), a Concepción/Cile (9-11/12/2015), a Lima (14-16/11/2016 e 29-30/11 e 1/12/2018) e a Santiago del Cile (27-30/06/2017). Per quanto concerne gli antecedenti, gli obiettivi, i membri e gli atti del GADAL, così come per la consultazione del testo provvisorio dei primi articoli del Progetto preliminare di Codice quadro delle obbligazioni per l'America Latina, si rinvia al sito: <http://gadal.uexternado.edu.co/>.

¹² La possibilità e l'utilità dell'unificazione del regime delle obbligazioni in America Latina e, conseguentemente, dell'elaborazione di un Codice latinoamericano delle obbligazioni

to dalla teoria generale delle obbligazioni¹³.

Esistono anche altri due gruppi di lavoro, che però si sono concentrati sull'unificazione del diritto dei contratti: i) quello dei cosiddetti «Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales» del 2015 (incaricato da un'associazione composta dai Paesi caraibici, alcuni dei quali di tradizione romanistica, mentre altri appartenenti all'esperienza di *common law*, e sotto l'egida dell'*Association Henri Capitant*)¹⁴ e ii) quello dei cosiddetti «Principios latinoamericanos de derecho de los contratos» del 2017 (elaborati da un gruppo di giuristi dell'Argentina, dell'Uruguay, del Cile, della Colombia e del Venezuela sotto l'egida della *Fondation pour le droit continental*)¹⁵.

Non è un caso, se teniamo in considerazione il diverso peso della tradizione romanistica nell'uno e nell'altro Paese dell'Europa e la conseguente

erano già state evidenziate, a metà del secolo scorso, da E. CORDEIRO ÁLVAREZ, *La unificación de las obligaciones en América Latina*, in *Boletín del Instituto de Derecho civil*, anno VIII, n. 4, Cordoba (Argentina), 1943, 273 ss.; ID., *La unificación de las obligaciones en América Latina: fuentes*, in *Boletín del Instituto de Derecho civil*, anno IX, n. 1, Cordoba (Argentina), 1944, 47 ss.; ID., *La unificación de las obligaciones en América Latina. Clasificación: I) Obligaciones civiles y naturales*, in *Boletín del Instituto de Derecho civil*, anno IX, n. 2, Cordoba (Argentina), 1944, 165 ss.; ID., *La unificación de las obligaciones en América Latina. Clasificación: II) Obligaciones convencionales*, in *Boletín del Instituto de Derecho civil*, anno IX, n. 4, Cordoba (Argentina), 1944, 319 ss.; ID., *La unificación de las obligaciones en América Latina. Clasificación: III) Obligación a plazo*, in *Boletín del Instituto de Derecho civil*, anno X, n. 1, Cordoba (Argentina), 1945, 7 ss. e E. GALLI, *Contribución al estudio de la unificación del Derecho de las obligaciones en América Latina*, in *Boletín del Instituto de Derecho civil*, anno IX, n. 2, Cordoba (Argentina), 1944, 153 ss. Un'idea simile era stata avanzata anche dall'*Instituto de Derecho comparado iberoamericano y filipino* (istituito a Madrid nel 1955), per la quale si rinvia a F. CASTEJÓN, *Anteproyecto de Código único de obligaciones. Trabajo del Instituto de Derecho comparado iberoamericano y filipino*, in *Anuario jurídico y económico escuarialense*, San Lorenzo de El Escorial, 6, 1965, 9 ss. In senso analogo può citarsi anche il giurista paraguaiano L. DE GÁSPERI, *El régimen de las obligaciones en el Derecho latinoamericano*, Buenos Aires, 1960, *passim*.

¹³ Si tenga presente che la teoria generale delle obbligazioni contraddistingue il diritto dell'America Latina e, pertanto, costituisce un elemento di unità e resistenza che permette di far fronte alla 'penetrazione' asistemica dell'esperienza giuridica di *common law* – nella sua componente nordamericana – nel Subcontinente latinoamericano. In questa prospettiva, l'armonizzazione del diritto privato latinoamericano può inscrivere concretamente nella cosiddetta 'globalizzazione con capacità di resistenza', volta all'elaborazione di una sorta di *ius gentium* 'comune a tutti gli uomini' (Gai. 1,1) del Subcontinente (si veda, in tal senso, S. SCHIPANI, *Armonización y unificación del derecho: derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina*, in AA.VV., *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del derecho*, a cura di D.F. ESBORRAZ, Messico, 2006, 209 ss. e, soprattutto, M.L. NEME VILLARREAL, *Del ius gentium al derecho globalizado: una reflexión sistemática a partir de principia iuris permite la construcción de una categoría de 'obligación' sustancialmente humana*, in *Pensar. Revista de Ciências Jurídicas*, 22, n. 2, Fortaleza, maggio/agosto 2017, 621 ss.).

¹⁴ Si veda <http://www.ohadac.com/textes/2/anteproyecto-de-los-principios-ohadac-sobre-los-contratos-comerciales-internacionales.html?lang=es>.

¹⁵ Si veda <http://fundacionfueyo.udp.cl/proyecto-sobre-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-los-contratos/>.

maggior o minor matrice romanistica del *Codice civile* italiano e del *Code civil* francese (v. infra parr. III.3), che il gruppo patrocinato da romanisti italiani sia impegnato nell'elaborazione di un 'Codice' delle 'obbligazioni' e che gli altri due, promossi da civilisti francesi, si proponano l'elaborazione di alcuni 'principi' in materia di 'contratti'.

3. *La funzione paradigmatica dell'obbligazione nella tradizione romano-iberico-americana*

3.1. *La 'obbligazione' (obligatio) romana come schema giuridico per salvaguardare l'intangibilità del debitore*

La tradizione romano-iberico-americana è stata contrassegnata da una concezione dell'obbligazione di stampo umanistico, come si evince da varie sue caratteristiche e come si andrà di seguito a evidenziare.

Nessuno può oggi dubitare che la 'obbligazione' (*obligatio*) costituisca uno dei frutti più significativi del genio romano nel campo del diritto e che l'individuazione delle diverse categorie di obbligazioni sia uno dei maggiori apporti del diritto romano agli ordinamenti che fanno parte del Sistema giuridico romanistico¹⁶.

Secondo le ricostruzioni più recenti¹⁷, l'archetipo sul quale la giurispru-

¹⁶ Si veda, tra gli altri, M. TALAMANCA, s.v. *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, Milano, 1979, 1 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1997, *passim* e, più recentemente, S. SCHIPANI, *Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las obligaciones latinoamericano*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 26, 2008, 49 ss.; ID., *Problemas sistemáticos en el Derecho romano: la obligación*, in AA.VV., *Obligaciones, contratos, responsabilidad. Memoria de la segunda reunión del «Grupo para la Armonización del Derecho privado latinoamericano»*, Bogotá, 2011, 19 ss.; ID., *Relectura de las fuentes sobre algunos problemas de la obligación*, in AA.VV., *De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta Reunión de Trabajo (Lima 21 y 22 de julio de 2011)*, cit., 37 ss.; ID., 'Obligaciones' e sistemática. *Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, in AA.VV., *Linguaggio e sistemática nella prospettiva di un romanista. Atti della giornata in onore del professor Lelio Lantella (Torino, 3 marzo 2013)*, a cura di S. MASUELLI-L. ZANDRINO, Torino, 2014, 123 ss.; ID., *Obligaciones y sistemática. Apuntes sobre el rol ordenador de la categoría*, in ID., *El Sistema jurídico romanístico y los Códigos modernos*, Lima, 2015, 217 ss., e AA.VV., *Obligatio-Obbligazione: un confronto interdisciplinare. Atti del convegno di Roma, 23-24 settembre 2010*, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI-M.F. CURSI, Napoli, 2011, *passim*.

¹⁷ Ci si riferisce qui alle idee di R. CARDILLI, *Considerazioni 'storico-dogmatiche' sul legame tra contratto e obbligazione*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli, 2006, 14 ss.; ID., *La struttura "nascosta" dell'obbligazione romana*, in AA.VV., *De las Obligaciones en General. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta Reunión de Trabajo (Lima 21 y 22 de julio de 2011)* cit., 61 ss.; ID., *Garantías personales y obligación*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 36, 2015, 79 ss., e ID., *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 61 ss. e 269 ss.

denza pontificale avrebbe elaborato ('inventato') lo schema obbligatorio (presumibilmente un secolo prima delle XII Tavole, ossia nel VI e V secolo a.C.) sarebbe rappresentato dall'introduzione di un (*certum dari oportere ex sponsione*) all'interno dello schema giuridico della *sponsio* (ossia del negozio formale verbale consistente in una domanda formulata dal futuro creditore e una risposta ad essa conforme data dal futuro debitore¹⁸); esso permetteva di assumere un impegno per il futuro, ossia non produttivo di un effetto giuridico immediato (come accadeva nei *gesta per aes et libram*).

Questo era l'unico schema giuridico idoneo (nell'ambito di una società agricola e aristocratica com'era quella romana del VI e V secolo a.C.) a creare tra due soggetti (o, per meglio dire, tra due *pater familias*) che per definizione si trovavano formalmente su di un piano di uguaglianza formale (ossia, in una posizione di uguaglianza all'interno della *civitas* per essere cittadini romani, liberi e non sottoposti alla potestà altrui) un vincolo giuridico che imponeva all'uno un determinato comportamento in favore dell'altro (avente un contenuto suscettibile di valutazione economica) senza che il debitore fosse soggetto alla potestà del creditore. (Sotto questo punto di vista la *sponsio* è stata percepita come un negozio molto più adatto a costituire una relazione giuridica creditoria rispetto agli altri schemi giuridici esistenti, come, per esempio, il *nexum*, perché non esponeva lo *sponsor/promissor* all'esecuzione immediata sulla sua persona nel caso di mancato adempimento della promessa).

Lo schema giuridico della *sponsio*, adoperato nella Roma arcaica con la finalità di salvaguardare l'intangibilità dello *status libertatis, civitatis e familiae* dei *patres familias* (in particolare, dello *sponsor* o debitore rispetto allo *stipulator* o creditore), la cui condizione ontologica di uguaglianza all'interno della *civitas* nasceva *in re ipsa*, ha poi mostrato una spiccata vocazione universale ad essere esteso a tutti gli uomini: i) ai peregrini/stranieri, quando Roma comincia a espandersi per il Mediterraneo, mediante la trasformazione dell'antica *sponsio* nella *stipulatio* (ossia in un tipico negozio dello *ius gentium* per il cui perfezionamento si ammetteva l'impiego di altre lingue, oltre al latino)¹⁹ e, successivamente, mediante la tipizzazione (approssimativamente nei secoli III e II a.C.) dei contratti consen-

¹⁸ Gai. 3,92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMETTIS? PROMETTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM*.

¹⁹ Gai. 3,93: *Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria ciuium Romanorum est; ceterae uero iuris gentium sunt, itaque omnes homines, siue ciues Romanos siue peregrinos, ualent. Et quamuis ad Graecam uocem expressae fuerint, uelut hoc modo < >, etiam hae tamen inter ciues Romanos ualent [tamen], si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamuis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos ualent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria ciuium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamuis dicatur a Graeca uoce figurata esse.*

suali (come le *emptiones*, *venditiones*, *locationes*, *conductiones*, *mandata*, *societates*) attraverso il collegamento della clausola *ex fide bona* all'*oportere* (*l'oportere ex fide bona*)²⁰; ii) *in omne aevum*, in conseguenza dei successivi sviluppi del Sistema giuridico romanistico, su questo schema sarà strutturata la teoria generale delle obbligazioni e dei contratti²¹, che giungerà sino alle codificazioni moderne, le quali *a fortiori* – in quanto eredi dirette del giusnaturalismo – concepiscono le relazioni intersoggettive come relazioni tra soggetti formalmente uguali e respingono – anche da un punto di vista formale – qualsiasi idea di soggezione di una persona rispetto a un'altra (da qui la consacrazione – sebbene con carattere sussidiario – del *favor debitoris*, come applicazione del *favor libertatis*, quale regola ermeneutica²²).

Una contraria tendenza parrebbe, invece, avvertirsi negli attuali processi di unificazione del diritto, tanto a livello globale (come nel caso della Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci o dei Principi di UNIDROIT del 1994-2010) quanto a livello europeo (con i Principi di Diritto europeo dei contratti del 1999-2005, il Codice europeo dei contratti del 2000, il Quadro Comune di Riferimento del 2007-2009²³ e

²⁰ Gai. 3,137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius promitat et in nominibus alius expensum obliget alius abligetur.*

²¹ Si veda, al riguardo, A. GUZMÁN BRITO, *De la stipulatio romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos Códigos civiles*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 22, 2006, 43 ss.

²² A tal proposito si veda, tra gli altri, B. BIONDI, *Diritto romano cristiano*, III (*La famiglia – rapporti patrimoniali – Diritto pubblico*), Milano, 1954, 217 ss.; C. MOREIRA ALVES, *As normas de proteção ao devedor e o favor debitoris do direito romano ao direito latinoamericano*, in AA.VV., *Debito internazionale. Principi generali del diritto*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1995, 77 ss.; P. RESCIGNO, *Favor debitoris, ambiguità di una formula antica*, *ibidem*, 131 ss. e S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino, 1999, 185.

²³ Anche se lo stesso, nella sua versione del 2009, ha incorporato una rubrica (quella del *Book III*) riferita esplicitamente alle obbligazioni in generale (*Obligations and corresponding rights*) e che non era presente nei Principi di Diritto europeo dei contratti del 1999-2005, che le servirono da modello. Tale rubrica si apre con una disposizione secondo cui «This Book applies, except otherwise provided, to all obligation within the scope of these rules, whether they are contractual or not, and to corresponding rights to performance» (III-1:101). Si veda, in merito, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition* predisposti dallo STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE e il RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), a cura di CHR. VON BAR-E. CLIVE, I, Monaco, 2009, 14 e 669 ss. Nel mettere in dubbio i diversi (e vani) tentativi di 'inventare' un diritto civile europeo 'originale' (lontano dalle sue radici culturali), A. ZACCARIA, *Prefazione*, in Id., *Obligatio est iuris vinculum ... Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2015, XVIII, ha recentemente osservato: «... perché mai, si dovrebbe collocare in soffitta, nel baule dei ricordi, una disciplina delle obbligazioni che già nel secondo secolo successivo a Cristo si presentava come un "sistema" sufficientemente compiuto, e che in seguito, senza soluzione di continuità è stata perfezionata, fino al punto di assumere quell'aspetto di sorprendente naturalezza che è proprio delle cose più raffinate, uniche ed irripetibili?/Perché mai ...?».

la Proposta per un diritto comune europeo della vendita del 2011), i quali, oltre a privilegiare la regolamentazione dei contratti (e non delle obbligazioni in generale, prevalendo dunque in essi la prospettiva anglosassone del *Contract* e del *Breach of Contract* quali figure contrapposte ai *Torts*²⁴), continuano a essere concepiti (come nel giusnaturalismo, che tanto ha influenzato il processo di codificazione del diciannovesimo secolo) come atti giuridici regolati quasi esclusivamente dal principio dell'autonomia privata delle parti; evidenziando o sopravvalutando, pertanto, tra i diversi elementi, il consenso o scambio di volontà delle parti e, invece, tendendo a minimizzare o sminuire la funzione della causa (che molte volte funge da limite a ciò che sarebbe consentito dall'accordo delle parti).

Pertanto, si ritiene che il contratto costituisca solo un 'contenitore' che può essere riempito con il contenuto più vario e che, essendo stato 'concordato' dalle parti, rimane per questo semplice fatto legittimato, obbligando al suo adempimento anche in quei casi in cui attraverso lo stesso si giunga all'assoggettamento di una parte contrattuale all'altra²⁵. Ciò ha inoltre conseguenze sul ruolo della buona fede (anche se la maggior parte dei citati strumenti internazionali si riferivano retoricamente ad essa) poiché, quando tale principio viene disgiunto dall'obbligazione, perde la capacità di integrare il contenuto delle obbligazioni sorte (in questo caso) da contratto²⁶.

Da quanto qui esposto, si comprende dunque l'importanza di partire dalla nozione generica di obbligazione per una 'ricodificazione' del diritto privato patrimoniale dell'America Latina, metodologia, questa, fortemente radicata nella tradizione giuridica romano-iberico-americana.

3.2. *L'abbozzo' di una teoria generale delle obbligazioni nelle Istituzioni gaiane-giustiniane*

L'obbligazione, elaborata unitariamente attraverso l'azione *in personam*, fu più tardi inserita nelle Istituzioni di Gaio (Gai. 3,88 ss.) e succes-

²⁴ Si veda, a tal proposito, G. CIAN, *La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti*, in *Riv. dir. civ.*, Milano, 2002, 505 s.

²⁵ In tal senso si possono citare anche i «Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales» del 2015, i quali dispongono che «Un contrato queda perfeccionado, modificado o extinguido por el mero acuerdo de las partes, sin ningún requisito adicional» (art. 3.1.1), escludendo così, tra gli altri, l'elemento 'moralizzatore' della causa del contratto.

²⁶ Come fanno anche i cosiddetti «Principios latinoamericanos de derecho de los contratos» del 2017, che estromettono dalle loro disposizioni ogni riferimento alla funzione integrativa della buona fede, riducendone la funzione unicamente a parametro per valutare il comportamento delle parti (art. 7). Diversamente, nel «Código marco de las obligaciones para América Latina» del GADAL, la buona fede trova ampia accoglienza in tutte le sue applicazioni (artt. 7 e 8).

sivamente in quelle di Giustiniano (I. 3,13 ss.) quale uno degli istituti sistematici essenziali per l'organizzazione delle materie nel campo dei rapporti privati patrimoniali (*res corporales-incorporales*). In esse si incontra già precocemente delineata una regolamentazione generale delle obbligazioni, che – come vedremo più avanti – continuò costantemente a perfezionarsi nel corso dei successivi sviluppi del Sistema giuridico romanistico²⁷.

Così, infatti, già nelle Istituzioni di Gaio incontriamo – pur senza un apparente ordine – alcuni riferimenti alle obbligazioni in generale (il che dimostra l'intenzione di apertura verso un'elaborazione unitaria della materia)²⁸, vale a dire: i) il requisito della possibilità della prestazione (Gai. 3,97 ss.) e che quest'ultima debba corrispondere a un interesse del creditore (Gai. 3,103); ii) che le obbligazioni possono essere sottoposte a condizione e termine (Gai. 3,97a); iii) che le stesse presentano talvolta caratteristiche particolari come la solidarietà attiva (Gai. 3,110 ss.) e passiva (Gai. 3,115 ss.), l'accessorietà e la possibilità di essere 'naturali' (Gai. 3,119a); iv) la possibilità che le obbligazioni possano essere 'assunte' per il tramite di altre persone che sono sotto la potestà delle parti (Gai. 3,163-167) e v) il trattamento unitario dei modi di estinzione delle obbligazioni (Gai. 3,168-181)²⁹.

La riscrittura delle Istituzioni ad opera di Giustiniano accentua questa tendenza unificatrice e il ruolo ordinatore dell'obbligazione nel sistema del diritto privato patrimoniale, a cominciare dall'introduzione di una definizione della stessa (I. 3,13 pr.), sulla cui origine la dottrina discute (essendosi ipotizzato che la stessa possa farsi risalire alle opere di Florentino, Modestino o Papiniano)³⁰.

Tutto ciò dimostra che la 'obbligazione' fu forse una delle poche figure giuridiche già concepite dai giureconsulti romani in termini generali e astratti (nonostante costoro fossero, generalmente, maggiormente proclivi all'elaborazione di soluzioni pratiche e concrete), caratteristica che si conservò negli ordinamenti giuridici di base romanistica con le medesime proprietà essenziali originarie.

²⁷ Si veda, in tal senso, S. SCHIPANI, *Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las obligaciones latinoamericano*, cit., 57 ss.

²⁸ Sebbene la maggior parte degli aspetti che con i successivi sviluppi della tradizione romanistica giungeranno a integrare la teoria generale delle obbligazioni e/o quella dei contratti siano stati formulati nella trattazione della *stipulatio* (si veda, al riguardo, A. GUZMÁN BRITO, *De la stipulatio romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos Códigos civiles*, cit., 49 ss.).

²⁹ Si veda in generale, ancora, S. SCHIPANI, *Problemas sistemáticos en el Derecho romano: la obligatio*, cit., 49 s. e ID., *'Obligaciones' e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, cit., 138 ss.

³⁰ Per ulteriori informazioni si rinvia, tra gli altri, a G. FALCONE, *"Obligatio est iuris vinculum"*, Torino, 2003, 20 ss.

3.3. La centralità dell'obbligazione nella sistematica dei Codici civili latinoamericani

I Codici civili del Subsistema giuridico latinoamericano hanno la particolarità di attribuire alla teoria generale delle obbligazioni – con alquanto autonomia dai fatti e atti che la generano – un ruolo centrale nell'ambito del diritto privato, trattando in tale sede alcuni temi che la maggior parte dei loro pari europei sono soliti regolare all'interno della teoria generale del contratto o in quella dell'atto o del negozio giuridico (ossia, solo relativamente alle obbligazioni di fonte convenzionale); così accade – per esempio – per la disciplina della condizione, del termine o, persino, del modo e anche per la generalizzazione della funzione integrativa del principio di buona fede, il quale, essendo regolato nell'ambito della teoria generale delle obbligazioni, si estende anche a quelle nate da fatto illecito (come prevedono i Codici di alcuni degli Stati Federati del Messico³¹).

Infatti, nei Codici dell'America Latina, già a partire dal XIX secolo, la proprietà non deteneva il ruolo assorbente che le aveva attribuito il Codice civile francese del 1804 (e i Codici che da quello discendevano), anzi – frutto di una matrice romanistica più intensa accolta dalla tradizione iberica (soprattutto attraverso le opere degli 'istituzionalisti' e dei 'pratici' spagnoli) –, in essi le obbligazioni e i contratti sono istituti che si ergono come categorie di rilievo primario e svolgono un ruolo importantissimo per ordinare e orientare dogmaticamente le materie proprie del diritto privato patrimoniale.

Tale centralità delle obbligazioni – fortemente radicata nella tradizione romanistica – era già implicita nel Codice civile peruviano del 1852 (la «primera codificación iberoamericana endógena»³²) e fu riaffermata – più tardi – dai progetti di Codice civile elaborati dai 'padri fondatori del diritto privato latinoamericano': il venezuelano Andrés Bello (1781-1865), il brasiliano Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) e l'argentino Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875)³³; costoro hanno generalizzato la disciplina delle obbligazioni a cominciare dalla metodologia impiegata per trattare questa materia, invertendo i termini della rubrica all'epoca usata

³¹ Questo è ciò che succede nei Codici civili di Sonora del 1949 (1906²), di Zacatecas del 1986 (art. 971²), di Tamaulipas del 1987 (art. 1029) e di Morelos del 1993 (art. 1257), anche se il loro modello è rappresentato, comunque, dal § 242 del BGB/1896.

³² Si veda, in tal senso, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago del Cile, 2000, 329. L'originalità del Codice civile peruviano del 1852 era già stata messa in luce da R. DE LA GRASSERIE, *Code civil peruvien*, Parigi, 1896, 8.

³³ Sui quali si rimanda, rispettivamente, a AA.VV., *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Caracas, 1987, *passim*; AA.VV., *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1988, *passim* e AA.VV., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano*, a cura di S. SCHIPANI, Padova, 1991, *passim*.

nella codificazione europea «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général» (Codice civile francese del 1804)³⁴⁻³⁵ o della variante «Dos contractos e obrigações em geral» (Codice civile portoghese del 1867)³⁶, sostituendola con «De las obligaciones y contratos» (Codice civile peruviano del 1852)³⁷ o «De las obligaciones en general y de los contratos» (Codice civile cileno del 1855)³⁸ o, persino, con la più ampia «Das obrigações» (*Esboço do Código civil [brasileiro]* del 1860-1865)³⁹ o con

³⁴ È interessante notare che mentre il *Primier projet du Code civil* del 1793, elaborato da Jean-Jacques Régis de Cambacérès (1753-1824), intitolava il libro III «Des contrats», il *Deuxième projet* del 1794 e il *Troisième projet* del 1796 sostituirono questa rubrica con «Des obligations». Sarà il denominato *Projet de l'an VIII* del 1800 a introdurre la rubrica «Des contrats, ou des obligations conventionnelles en général». (Si veda *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ... par P.A. Fenet*, Parigi, 1827 [rist. Osnabrück, 1968], I, 125 e 277 e II, 156). Si dovrà attendere il 2008 perché il *Projet [pour une réforme du droit des contrats] du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques* proponga nuovamente di impiegare la rubrica «Des obligations» per il titolo del libro III del Codice civile francese del 1804 e perché il *Projet de réforme du droit des obligations de la Chancellerie* faccia lo stesso con l'espressione «Les obligations» per la rubrica del titolo III del libro III.

³⁵ Questa rubrica fu anche impiegata, in Europa, dai Codici italiani preunitari (il Codice civile del Regno delle Due Sicilie del 1819, il Codice civile del Ducato di Parma e Piacenza del 1820, il Codice civile per gli Stati di S. M. il Re di Sardegna del 1837 e il Codice civile del Ducato di Modena e Reggio Emilia del 1851) e, in America Latina, sia da quei codici che rappresentavano una mera 'traduzione' del Codice civile francese del 1804 (il Codice civile haitiano del 1825 e il Codice civile dominicano del 1845) sia da quelli che sono stati qualificati come un 'adattamento' dello stesso (il Codice civile boliviano del 1830 e la parte civile del Codice generale costaricano del 1841).

³⁶ L'impiego della congiunzione 'e' in luogo della disgiunzione 'o' e la soppressione dell'aggettivo qualificativo 'convenzionali', con il quale si generalizzava il secondo elemento del binomio impiegato nella rubrica del Codice civile francese del 1804, erano stati proposti già dal Progetto di Codice civile spagnolo del 1832 redatto da Pablo de Gorosabel (1803-1868), seguito poi da Florencio García Goyena (1783-1855) nel suo Progetto del 1851, che servirà da modello al Codice civile portoghese del 1867 (si veda, su quest'ultimo, tra gli altri, M.J. DE ALMEIRA COSTA, *História do Direito português*, Coimbra, 2005³, 438). Il *Código civil português* del 1967 intitolò – per contro – il libro II «Direito das obrigações» e il suo titolo I «Das obrigações em geral», essendosi potuto ispirare – questa volta – al Codice civile brasiliano del 1916 (la cui influenza sulla codificazione portoghese è stata evidenziata – in generale – da A. SANTOS JUSTO, *O Código de Napoleão e o Direito Ibero-Americano*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 71, 1995, 63, nt. 142).

³⁷ Questa rubrica troverebbe la sua fonte nell'espressione impiegata nel titolo IV «De las obligaciones, pactos y contratos» dell'opera del 'pratico' spagnolo E. DE TAPIA, *Febrero Novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método*, II, Valencia, 1828, 136. Sull'influenza di quest'opera sul Codice civile peruviano del 1852 si veda A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 338 ss.

³⁸ Il testo del Codice civile cileno del 1855 fu adottato con pochissime modifiche anche dalle Repubbliche dell'Ecuador nel 1858 e nel 1859 da quelle della Colombia ed El Salvador e influenzò notevolmente i Codici dell'Honduras del 1906 e di Panama del 1916 (circa la circolazione del Codice di Bello si rinvia, nuovamente, a A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 374 ss., 420 ss., 423 ss., 607).

³⁹ La rubrica «De las obligaciones» era stata adoperata già nel Progetto di Codice civile

l'ancor più generica «De las obligaciones en general» (Codice civile argentino del 1869)⁴⁰.

Si tratta di un'operazione ponderata, come si evince chiaramente dalla *Nota*⁴¹ posta dal Codificatore argentino all'ultima delle rubriche citate⁴², nella quale lo stesso così asseriva: «Todos los códigos de Europa e América, imitando el código francés, al tratar de las obligaciones ponen la inscripción "De los contratos o de las obligaciones convencionales" equivocando los contratos con las obligaciones, lo que causa una inmensa confusión en la jurisprudencia, y produce errores que no pueden corregirse. Zacharie al llegar a esta parte del cód. francés, dice así: "Nada más vicioso que el método seguido por los redactores del código": Hay cinco fuentes de las obligaciones: 1ª Los contratos; 2ª Los cuasicontratos; 3ª Los delitos; 4ª Los cuasidelitos y 5ª La ley. Era evidente que para proceder con orden, debieron abrazar en un solo título todas las obligaciones en general pero los redactores del código, al contrario, han comenzado por dividir la materia de las obligaciones en general en dos títulos: el uno de las obligaciones convencionales, y el otro de las obligaciones que se forman sin convención, y como para desimular la unidad natural de la materia que sometían a esta división ilógica, han aceptado reservar el nombre de obligación para las que resultan de los contratos, dando a las otras el nombre de "engagement" como si no fuesen palabras sinónimas. Este primer vicio

per l'Uruguay del 1851 redatto da Eduardo Acevedo (1815-1863) e fu conservata senza variazioni nel vigente Codice civile uruguayano del 1867, elaborato dall'argentino Tristán Narvaja (1819-1877) sulla base dei Progetti di E. Acevedo, D. Vélez Sarsfield, A. Teixeira de Freitas e A. Bello (sulle fonti di questo Codice si veda, in generale, S.D. CESTAU, *Semblanzas de Eduardo Acevedo, Andrés Bello, Augusto Teixeira de Freitas, Dalmacio Vélez Sarsfield y Tristán Narvaja*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, XI, Montevideo, 1960, 317 ss. e, in particolare, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 464 ss.).

⁴⁰ Il testo del Codice civile argentino del 1869 fu adottato anche dalla Repubblica del Paraguay nel 1876 (dove è stato sostituito, nel 1987, da un proprio codice approvato nel 1985) e influenzò anche il Codice civile del Nicaragua del 1904 (si veda, nuovamente, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 455 ss. e 470).

⁴¹ Circa le *Notas* al Codice civile argentino del 1869, si rinvia a L. MOISSET DE ESPANÉS, *Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino*, in *Studi Sassaresi*, V, Milano, 1981, 445 ss.; M.O. COBAS-J.A. ZAGO, *La influencia de las 'Notas' del Código Civil en la ciencia del Derecho argentino y latinoamericano*, in AA.VV., *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto latinoamericano*, cit., e S. LANNI, *Le Notas del Codice civile di Vélez Sarsfield*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena-Bogotá, 13, 2007, 69 ss.

⁴² Forse ispiratosi all'opera del giurista guatemalteco J.M. ÁLVAREZ [1777-1820], *Instituciones de Derecho real de Castilla y de Indias* in cui già era presente una generalizzazione del regime delle obbligazioni e la cui edizione argentina (Buenos Aires, 1834, con il titolo *Instituciones de Derecho real de España*), che lo stesso D. Vélez Sarsfield aveva curato e commentato. Riguardo all'influenza che quest'opera avrebbe esercitato sul Codificatore argentino, per la materia che qui si sta trattando, si rinvia a M.U. SALERNO, *El pensamiento jurídico de Vélez Sarsfield sobre las obligaciones en general*, in AA.VV., a cura dell'ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*, II, Córdoba, 2000, 361 ss.

que causa una mezcla de las ideas más incoherentes, nace de haber olvidado que una cosa es el contrato que da nacimiento a las obligaciones, y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato. Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas, y que, al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trate únicamente de los efectos y causas de los contratos, que sólo son una de las fuentes de las obligaciones»⁴³.

In maniera simile sembrerebbe aver ragionato il Codificatore cileno, che, dopo aver conservato nei Progetti del 1842, 1847 e 1853 la rubrica adottata dal *Code civil*, la sostituì con quella definitivamente impiegata nel Codice civile cileno del 1855, a partire dal cosiddetto 'Progetto Inedito' del 1854, quasi certamente con la finalità di esprimere più esattamente il contenuto del relativo libro (che idealmente si divide in due parti: una, la prima, concernente la teoria generale delle obbligazioni e l'altra, successiva, relativa ai contratti in particolare)⁴⁴. A. Bello si sarebbe qui direttamente ispirato a Robert-Joseph Pothier (1699-1772)⁴⁵, che già aveva delineato una teoria generale delle obbligazioni e dei contratti nel *Caput Septimum* (intitolato: *De ultima rerum incorporalium specie; scilicet de jure Crediti, seu de Obligationibus*) della sua opera *Pandectae Justinianae, in novum ordinem Digestae, cum legibus Codicis, et Novellis, quae jus pandectarum confirmant, explicant aut abrogant* (ed. princeps Parigi 1748-52)⁴⁶, sistematizzando le regole del libro 50 del Digesto di Giustiniano nel suo volume V (*Libri L ultimique seires, et tabulae generalis*), in una *Sectio I^a* (*De obligationibus in genere, et specialiter de contractibus*) comprensiva di un *Articulus II* (*De conventionibus et contractibus*)⁴⁷.

⁴³ Si veda al riguardo, tra gli altri, L.M. BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, I, Buenos Aires, 1988², 73 ss.; A.A. ALTERINI-O.J. AMEAL-R.M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, 1995, 46 ss.; R.D. PIZARRO-C.G. VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones*, I, Buenos Aires, 1999, 126 ss. e L. MOISSET DE ESPANÉS, *Curso de obligaciones*, con la collaborazione di M. CORNET-J.F. MÁRQUEZ, I, Buenos Aires, 2004³, 55 ss.

⁴⁴ Si veda A. GUZMÁN BRITO, *Historia literaria del Código civil de la República de Chile*, Santiago del Cile, 2005, 61.

⁴⁵ Come affermato da P. LIRA URQUIETA, *Introducción y notas*, in *Obras completas de Andrés Bello*, XV (*Código civil de la República de Chile*), Caracas, 1981, 377.

⁴⁶ Quest'opera era presente nella biblioteca del Codificatore cileno nella sua edizione del 1818 (si veda B.L. VELLEMAN, *Andrés Bello y sus libros*, Caracas, 1995, 239) e del suo autore lo stesso A. Bello aveva elogiato il metodo in un articolo pubblicato con il titolo: *Orden lógico de los códigos*, in *El Araucano*, n. 484 del 06/12/1839 (si veda *Obras completas de Andrés Bello*, cit., XVIII [*Temas jurídicos y sociales*], 79).

⁴⁷ Si veda, a tal proposito, A. GUZMÁN BRITO, *De la stipulatio romana a la doctrina general de las obligaciones en los modernos Códigos civiles*, cit., 57 ss., il quale osserva che, prima che in R.-J. Pothier, l'idea di dedicare un Trattato alle obbligazioni in quanto tali – indipendentemente dalle loro fonti – appare per la prima volta nel *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (ed. princeps Francoforte & Lipsia 1740-49) di CHRISTIAN WOLFF (1679-1754).

Tra i Codici europei che funsero da modello per la Codificazione latinoamericana, seguì questo stesso orientamento il Codice civile del Regno d'Italia del 1865⁴⁸, che, ispirandosi anche a R.-J. Pothier – che lo stesso Codificatore italiano considerava un maestro in materia⁴⁹ – riunì in un unico titolo («Delle obbligazioni e dei contratti in generale») tutto ciò che concerneva le obbligazioni e il contratto in generale, trattando invece separatamente, in altri titoli, le norme relative ai contratti in particolare. Questo modello fu approfondito dal Codice civile italiano del 1942, che generalizzò alcune disposizioni contenute nella parte speciale del Codice civile italiano del 1865 e prevede un primo titolo nel quale furono collocate le norme comuni sulle obbligazioni, un secondo titolo sul contratto in generale e un terzo titolo sui contratti in particolare, collocando successivamente le norme sulle promesse unilaterali, sui titoli di credito, sulla gestione di affari altrui, sul pagamento indebito, sull'arricchimento senza causa e sui fatti illeciti⁵⁰.

Una sistemática diversa da quella della codificazione francese era stata proposta in Europa anche dal Codice civile spagnolo del 1889, che intitolò il libro IV «De las obligaciones y contratos», occupandosi poi in un ampio tito-

A onor del vero, già SAMUEL VON PUFENDORF (1632-1694) aveva delineato una disciplina applicabile in generale alle obbligazioni, distinta da quella del contratto, nel suo *De jure naturae et gentium libri octo*, ed. princeps Lund 1672, lib. III, cap. IV.

⁴⁸ Tuttavia, il primo Codice che si discostò dalla sistemática del *Code Napoléon* – anche se in generale lo seguiva da vicino – fu il *Code civil du Canton de Vaud* del 1819, che intitolò la parte seconda del suo libro III “Delle obbligazioni e delle loro conseguenze” (*Des obligations et des leurs suites*), seguito poi dal *Civil code of Louisiana* del 1824, che rubricò il titolo III del suo libro III “Delle obbligazioni” (*Of Obligations*) e dal *Burgerlijke Wetboek* dei Paesi Baltici del 1837, che adottò nel suo libro III la rubrica “Delle obbligazioni” (*Van verbindtenissen*) e il titolo I “Delle obbligazioni in generale” (*Van verbindtenissen in het algemeen*); Codici che, tuttavia, hanno influenzato solo in modo indiretto la Codificazione latinoamericana, tramite l'opera di DE SAINT JOSEPH (1794-1853), *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, Paris, 1840, 62 s. (proprio come, in generale, già sottolineato da K.H. NADELMANN, *Kritische Notiz zu den Quellen der Rechte Süd- und Mittelamerikas. Anthoine de Saint Josephs Tabellen*, in *Rabels Zeitschrift*, Berlino-Tubinga, 20, 1955, 500 ss.).

⁴⁹ Si veda la *Relazione sul Progetto del terzo libro del Codice civile presentata in iniziativa al Senato dal Ministro Guardasigilli [Pisanelli] nella tornata del 26 novembre 1865*, n. 45, 37. Questo Codice è il modello seguito dalla Codificazione civile venezuelana dal Codice del 1873 (come ricorda A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 328 e 472 ss.).

⁵⁰ Si veda *Codice civile. Libro delle obbligazioni, con la relazione ministeriale alla Maestà del Re Imperatore*, Roma, 1941, 24 s. Questo Codice influenzò le codificazioni civili della Bolivia del 1976, del Perù del 1984 e del Paraguay del 1985 (si veda, nuovamente, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 524, 526 e 527), così come anche quelle del Brasile del 2002 e dell'Argentina del 2014 (si vedano, rispettivamente, C. DE SOUSA ZANETTI, *Il modello giuridico italiano in Brasile: obbligazioni e contratti*, in AA.VV., *Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*, a cura di S. LANNI-P. SIRENA, Napoli, 2013, 179 ss. e il nostro *Nuovo Codice civile e commerciale della Repubblica Argentina [circolazione del modello giuridico italiano nel]*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, X Aggiornamento, Torino, 2016, 562 ss.).

lo I «De las obligaciones» in generale⁵¹ e, più chiaramente, dal *Bürgerliches Gesetzbuch* tedesco del 1896, che utilizzò nella rubrica del libro II l'espressione "Diritto dei rapporti obbligatori" (*Recht der Schuldverhältnisse*)⁵², occupandosi di regolare i rapporti obbligatori indipendentemente dalla fonte da cui sorgono (con l'unica eccezione della sezione II sulle condizioni generali di contratto, della sezione III [dopo la riforma del 2002] dedicata ai rapporti obbligatori derivanti da contratto e della sezione VIII, che si occupa della disciplina applicabile ad alcuni rapporti obbligatori particolari: contratti tipici, promessa di ricompensa, gestione di affari altrui, titoli al portatore, arricchimento senza causa e atti illeciti)⁵³.

Il Codice civile spagnolo del 1889 ha direttamente influenzato in questa materia il Codice civile portoricano del 1902 e il Codice civile cubano del 1987 (sul quale ha inciso anche, mediatamente, il Codice civile tedesco del 1896). Il Progetto preliminare portoricano del Codice civile del 2004 intensifica questa sistematica dividendo l'attuale libro IV (intitolato «Obligaciones y contratos») in due libri autonomi: il libro IV «De las obligaciones [en general]» e il libro V «De los contratos y las otras fuentes de las obligaciones»⁵⁴.

Orbene, sia per l'influenza del Codice civile peruviano del 1852, del Codice civile cileno del 1855, dell'*Esboço do Código civil [brasileiro]* del 1860-1865 o del Codice civile argentino del 1869, sia per quella del Codice civile italiano del 1865, del Codice civile spagnolo del 1889, del Codice civile te-

⁵¹ La rubrica «De las obligaciones y contratos» utilizzata dal Codice civile spagnolo del 1889 troverebbe il suo antecedente in quella contenuta nel libro III del Progetto di Codice civile spagnolo del 1836; invece, i progetti privati di José María Fernández de la Hoz (1812-1887) del 1843 (libro IV) e di José Sánchez de Molina Blanco del 1871 (libro III) hanno preferito adoperare la rubrica «De las obligaciones» (si veda, a tal proposito, J. BARÓ PAZOS, *La Codificación del Derecho civil en España [1808-1889]*, Santander, 1993, 37, nt. 81; 39, nt. 87, e 81).

⁵² La stessa sistematica era già stata adottata dal *Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch* del 1863 (si veda, in merito, R. MICHAELS, commentario al § 241 [*Systemfragen des Schuldrechts*], in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, diretto da M. SCHOMOECKEL-J. RÜCKERT-R. ZIMMERMANN, II [*Schuldrecht: Allgemeiner Teil. 1. Teilband §§ 241-304*], Tubinga, 2007, 12 ss.).

⁵³ Come già osservava H. COING, *Europäisches privatrecht. 1800 bis 1914*, II (19. Jahrhundert), Monaco, 1989, 434.

⁵⁴ Un orientamento simile è stato seguito anche, in Argentina, dal Progetto preliminare del 1926 redatto da Juan Antonio Bibiloni (1860-1933), dal Progetto del 1936 («Derecho de las obligaciones»), dal Progetto preliminare elaborato tra il 1950 e il 1954 sotto la direzione di Jorge Joaquín Llambías (1911-1981) e dal Progetto del 1993 della Commissione designata dal P.E.N. («De las obligaciones») nonché dal Progetto di riforma al Codice civile del 1998 («De las obligaciones en general»); in Colombia, dal Progetto elaborato da Arturo Valencia Zea (1913-1993) nel 1960 («De las obligaciones») e dal più recente Progetto di Codice civile e commerciale del 2017 («Obligaciones en general»); in Paraguay, dal Progetto preliminare di Luis De Gáspari (1890-1975) del 1964 («De las obligaciones en general») e, a Panama, dal Progetto del 1970 («Derecho de las obligaciones»).

desco del 1896 o del Codice civile italiano del 1942, questo modo di sistematizzare la materia delle obbligazioni fu accolto all'unanimità dalle Codificazioni civili latinoamericane⁵⁵, vale a dire: dal Codice civile venezuelano del 1873 («De las obligaciones y de los contratos en general»), dal Codice civile costaricano del 1886 («De las obligaciones»), dal Codice civile portoricano del 1902 («De las obligaciones y contratos»), dal Codice civile del Nicaragua del 1904 («De las obligaciones y contratos»), dal Codice civile honduregno del 1906 («De las obligaciones y contratos»), dal Codice civile brasiliano del 1916 («Do direito das obrigações»), dal Codice civile panamense del 1916 («De las obligaciones en general y de los contratos»), dal Codice civile messicano per il Distretto Federale del 1928 («De las obligaciones»), dal Codice civile peruviano del 1936 («Del derecho de obligaciones»), dal Codice civile venezuelano del 1942 («De las obligaciones»), dal Codice civile guatemalteco del 1963 («Del derecho de obligaciones»), dal Codice civile boliviano del 1975 («De las obligaciones»), dal Codice civile peruviano del 1984 («Las obligaciones»), dal Codice civile paraguaiano del 1985 («De las obligaciones»), dal Codice civile cubano del 1987 («Derecho de las obligaciones y de los contratos»), dal Codice civile brasiliano del 2002 («Do direito das obrigações») e dal nuovo Codice civile e commerciale argentino del 2014 («Obligaciones en general»)⁵⁶.

Analogamente, come ulteriore manifestazione della posizione centrale che la disciplina delle obbligazioni assume nel campo del diritto privato latinoamericano, vale la pena sottolineare la particolarità che alcuni Codici dell'America Latina hanno di definire esplicitamente l'obbligazione (assumendo come modello – con maggiore o minore fedeltà – la definizione di I. 3,13 pr.), tra i quali possono citarsi i Codici civili del Guatemala del 1877 (art. 1395), del Nicaragua del 1904 (art. 1830) e, più recentemente, i Codici degli Stati Federati del Messico di Sonora del 1949 (art. 1906), di Quintana Roo del 1980 (art. 2216), di Zacatecas del 1986 (art. 971), di Tamaulipas del 1987 (art. 1023), di Morelos del 1993 (art. 1256), di Tabasco del 1997 (art. 1872), di Cohauila del 1999 (art. 2199) e dello Stato del Messico del 2002 (art. 7.1) e, ora, il nuovo Codice civile e commerciale dell'Argentina del 2014 (art. 724)⁵⁷.

⁵⁵ Si veda, sulla circolazione in America Latina dei menzionati modelli giuridici, A. GUZMÁN BRITO, *La codificación civil en Iberoamérica*, cit., 418 ss., 458 ss. e 515 ss.

⁵⁶ Tale generalizzazione si accentuò ulteriormente in quelle codificazioni latinoamericane che – seguendo il modello del Codice civile italiano del 1942 – hanno optato per unificare il regime delle obbligazioni civili e commerciali, com'è il caso del Codice civile peruviano del 1984, paraguaiano del 1985, brasiliano del 2002 e del nuovo Codice civile e commerciale argentino del 2014 (sul quale si rinvia al nostro *Significado y consecuencias de la unificación de la legislación civil y comercial en el nuevo código argentino*, in AA.VV., *Nuovo codice civile argentino e Sistema giuridico latinoamericano*, a cura di R. CARDILLI-D.F. ESBORRAZ, Milano, 2017, 91 ss.).

⁵⁷ Siffatto orientamento è stato seguito dal diritto civile latinoamericano anche nei pro-

4. *La convenienza di un «Código marco de las obligaciones» per l'America Latina*

In un subsistema come quello latinoamericano (appartenente al Sistema giuridico romanistico⁵⁸), l'uso di figure generali e astratte, come per l'istituto della 'obbligazione', e l'elaborazione e codificazione di una 'teoria generale' delle obbligazioni offrono i seguenti indiscutibili vantaggi⁵⁹:

i) Sotto il profilo del cosiddetto 'sistema estrinseco', ossia della funzione espositiva e didattica dell'intera elaborazione sistematica, ragionare con una categoria generale e astratta come quella della 'obbligazione' consente una semplificazione delle materie trattate, rendendole più chiare e comprensibili ed escludendo ripetizioni inutili (anche in ambito legislativo, evitando che il legislatore reiteri norme uguali per i diversi tipi di fonti delle obbligazioni e i diversi tipi di rapporti che nascono da esse).

ii) Sotto il profilo del cosiddetto 'sistema intrinseco', ossia delle connessioni che collegano tra loro le disposizioni normative in base a determinati principi, la teoria generale delle obbligazioni fornisce all'interprete criteri di coerenza che consentono di ricondurre le parti speciali a un'unità razionale. Così, ad esempio, la teoria generale delle obbligazioni ha fornito alla dottrina la possibilità di superare alcune delle distinzioni esistenti tra la responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale – che talvolta appaiono arbitrarie – in materia di presupposti per l'attribuzione della responsabilità, di estensione del risarcimento, di prescrizione, ecc.

iii) In quest'ultima prospettiva, l'elaborazione di una teoria generale costituisce anche un ottimo strumento per la realizzazione del fondamentale principio della 'giustizia sostanziale', consistente nell'offrire un trattamento uguale a situazioni considerate tra loro equivalenti secondo valori e interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento.

iv) Infine, la codificazione di una parte generale conferisce al diritto delle obbligazioni una forza espansiva che lo erge a diritto comune a tutti i rapporti obbligatori che hanno a oggetto una prestazione patrimoniale e, pertanto, non solo rispetto a quelli che nascono dalla circolazione di beni

getti di Codice civile, in particolare: in Paraguay, dal Progetto preliminare del 1964 (art. 795); a Panama, dal Progetto del 1970 (art. 403); in Argentina, dal Progetto del 1993 della Commissione designata dal P.E.N. (art. 714) e dal Progetto di Riforma al Codice civile del 1998 (art. 671) e, in Colombia, dal recente Progetto di Codice civile e commerciale del 2017 (art. 1443).

⁵⁸ Questo è l'unica esperienza giuridica comparata che merita di essere qualificata come 'Sistema' perché dalle sue origini si è configurato come «un conjunto de conceptos, principios, reglas, instituciones y normas armónicamente enlazados entre sí» (si veda, in tal senso, S. SCHIPANI, *Nota introductiva* al nostro *Contrato y Sistema en América Latina*, Buenos Aires-Santa Fe, 2006, 18 ss.).

⁵⁹ In tal senso si esprime L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, Roma, 521 ss.

e dalla protezione degli stessi dai danni prodotti dalla vita di relazione, bensì anche in relazione alle obbligazioni patrimoniali connesse ai diritti reali, ai rapporti di famiglia e alle successioni a causa di morte (alle quali si applicherebbe in via sussidiaria).

Quanto sin qui esposto dimostra l'opportunità e la convenienza di non limitare la portata di un 'Codice quadro per l'America Latina' solo al campo dei contratti, ma di estenderla anche – fin dall'inizio – alle obbligazioni in generale, qualunque sia la loro fonte. Tutto ciò senza pregiudizio per il riconoscimento, in aggiunta, di principi e regole propri delle diverse fonti delle obbligazioni (contratti, fatti illeciti, gestione di affari altrui, arricchimento senza causa, dichiarazione unilaterale di volontà, ecc.), cercando di conciliare così le esigenze di unità nelle diversità⁶⁰.

Questa è la linea seguita dal «Grupo para la armonización del derecho en América Latina» (GADAL) nella stesura del Progetto del «Código marco de las obligaciones para América Latina».

⁶⁰ Potendosi distinguere anche, in materia di contratti, tra il regime applicabile a quelli bilaterali e onerosi e quello applicabile ai contratti unilaterali e gratuiti. Su quest'ultimo particolare si rinvia al nostro *La conveniencia de distinguir entre obligaciones correspectivas o sinalagmáticas y obligaciones simples o unilaterales en un Código Marco para América Latina*, in AA.VV., *De las obligaciones en general. Coloquio de iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo (Lima 21 y 22 de julio de 2011)*, cit., 107 ss.

OBLIGACIÓN, CONTRATO, DAÑO Y REPARACIÓN EN LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO

Manuel Grasso

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Las categorías ordenantes del Derecho de las obligaciones en el nuevo Código argentino. – 2.1. La obligación, su concepto y sus ‘causas’. – 2.2. La obligación y el contrato. – 2.3. La obligación, el daño y el deber de reparar. – 2.4. Obligación, contrato, daño y reparación: una mirada integral y una propuesta de articulación sistemática. – 3. Observaciones conclusivas.

1. Introducción

Contratos y hechos ilícitos privados son las dos regiones más importantes del actual Derecho de las obligaciones; a ellas corresponde sumar, como figuras relevantes, el enriquecimiento injustificado y la *negotiorum gestio*¹.

Es necesario propiciar una visión conjunta y coordinada que pondere las múltiples interrelaciones que se verifican entre esas regiones del Derecho de las obligaciones, y entre ellas y el continente. De manera muy esquemática, esas relaciones, recíprocas y con la totalidad, reconocen al menos dos momentos de fuerte elaboración dogmática: la obligación como elemento ‘aglutinante’ y la emersión del daño como categoría central.

En el Sistema jurídico romanístico, el modelo de la centralidad de la obligación como elemento ‘aglutinante’ de las distintas figuras que constituyen su fuente², encuentra un momento fuerte de elaboración dogmática

¹R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact*, en H. KOZIOL-B.C. STEININGER (eds.), *European Tort Law 2003*, Wien-New York, 2004, 4. Pese a no formalizar una clasificación, Zimmermann agrupa las cuatro figuras (contrato, delitos, enriquecimiento injustificado y *negotiorum gestio*) en tres categorías: a) obligaciones contractuales; c) obligaciones no contractuales provenientes de delitos; b) otras obligaciones no contractuales (donde incluye las últimas dos figuras) (*ibid.*).

²Sobre este argumento *vid.* S. SCHIPANI, *Obligaciones e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categoria*, en *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti della*

en la bipartición gayana de las fuentes de las obligaciones: ... *summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (Gai. 3,88) [... la partición mayor las divide en dos especies: en efecto, toda obligación nace de contrato o de delito]³. Con posterioridad, las *Institutiones* imperiales agregan a esa sistematización de las fuentes otras dos categorías, dando origen a la famosa clasificación cuatripartita: ... *aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio* (I. 3,13,2) [... pues, en verdad, o surgen de un contrato, o como de un contrato, o de un delito, o como de un delito].

En cualquier caso, contratos y delitos aparecen como modos en que se ‘contraen’ las obligaciones, unidos – en definitiva – por el efecto que producen. Asimismo, madura durante el período clásico el concepto de *obligatio*, junto a ciertos caracteres y reglas, lo que termina configurando un esquema jurídico unitario. Ello no impide que corran por líneas paralelas las figuras que le dan origen, es decir: a) los contratos, como forma de cooperación para la producción y el intercambio de bienes y servicios entre personas libres y jurídicamente independientes; y b) los delitos, como supuestos de hecho que originan el deber de pagar una pena pecuniaria por la comisión de un ilícito privado⁴.

Otro modelo metodológico importante en el devenir del Sistema jurídico romanístico es el que deriva de la sistematización de Hugo Grocio. Agregando a la ley como fuente, el autor mantiene en sustancia el esque-

Giornata di studi in onore del Professor Lelio Lantella (Torino, 22 marzo 2013), Napoli, 2014, 123-196 (= *Obligaciones y sistemática. Apuntes sobre el rol ordenador de la categoría*, en Id., *El sistema jurídico romanístico y los códigos modernos*, Lima, 2015, 217-290).

³ Sabemos que el propio Gayo (*aur. D.* 44,7,1 pr.) añadió otra categoría en la sistemática de las fuentes de las obligaciones: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* [Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas].

⁴ S. SCHIPANI, *Obligaciones e sistemática*, cit., 148. Empero, hay autores que han advertido ciertas aporías en la colocación nivelada de contrato y delito. Entre ellos C.A. CANNATA, *Sulle fonti delle obbligazioni*, en G. VISINTINI (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale*, I. *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 66 s., advierte el siguiente inconveniente en esa nivelación: mientras que «el devenir de una obligación contractual se compone de dos elementos (a-b): a) el momento de la conclusión del contrato, que constituye el momento de (1) la verificación del hecho fuente de obligación y (2) de la formación misma de la obligación, y a su vez (3) del surgimiento de la acción contractual que tutela esa obligación; b) el momento del incumplimiento, que constituye el momento (1) del hecho ilícito consistente en la violación de la obligación que se formó en la primera fase y (2) en el cual se torna accionable la acción que surgió también ahí», el devenir de una obligación extracontractual «se reduce a un solo momento, que es, al mismo tiempo, el momento de la verificación del hecho fuente de obligación (que coincide con la realización del ilícito), del nacimiento de la obligación, del surgimiento de la acción que tutela esa obligación y de la posibilidad de incoar la acción». De esta verificación extrae el autor algunas consecuencias sistemáticas: «la obligación que surge de hecho ilícito extracontractual debería ser colocada no al mismo nivel que la obligación que surge de contrato, sino al nivel del incumplimiento de la obligación que surge del contrato» (*ibid.*, p. 67).

ma gayano en lo que se refiere a la colocación ‘nivelada’ del ‘pacto’ y el ‘delito’: *supra diximus eius quod nobis debetur fontes esse tres, pactionem, maleficium, legem*⁵.

Empero, Grocio agrega al ‘daño’ como elemento aglutinante. De hecho, bajo la rúbrica *De damno per injuriam dato, et obligatione quae inde oritur*⁶, trata el *maleficium* y enuncia así el principio general: *Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur*⁷.

Además, al definir ‘daño’, el autor cumple una importante labor sistemática: *Damnum forte a demendo dictum est (...) cum quis minus habet suo, sive illud suum ipsi competit ex mera natura, sive accedente facto humano, puta dominio, aut pacto, sive ex lege. Natura homini suum est vita, non quidem ad perdendum, sed ad custodiendum, corpus, membra, fama, honor, actiones propriae. Dominio & pactis quomodo suum quid cuique sit, superior tractatio docuit, tum quoad res, tum ius in actiones alienas. Simili modo ex lege ius suum cuique oritur, quia idem aut plus lex potest quam in se ac sua singuli. Sic pupillus ius habet exactam quandam diligentiam exigendi a tutore (...)*⁸.

En la construcción de Grocio, el hecho ilícito privado (*maleficium*) está caracterizado por un daño y éste consiste en la privación de algo que nos pertenece por naturaleza, en virtud de la ley o por un hecho del hombre: entre estos últimos Grocio ubica aquello nos ‘pertenece’ en virtud de un *pactum*.

En suma, el *maleficium* supone un daño y hace nacer una obligación; a

⁵ GROTIUS, *De jure belli et pacis*, Cambridge, 1853, III, 188 (§ II,17,1) [Arriba dijimos que hay tres fuentes de lo que se nos debe: el pacto, el delito y la ley].

⁶ GROTIUS, *De jure belli et pacis*, cit., 188 ss. [Del daño inferido por injuria y de la obligación que de ahí nace].

⁷ GROTIUS, *De jure belli et pacis*, cit., 188 s. (§ II,17,1) [Llamamos aquí *maleficium* a toda culpa, ya en el hacer, ya en el no hacer, que pugna con aquello que los hombres deben hacer comúnmente o por razón de cierta cualidad. De tal culpa nace, naturalmente, obligación, si se hizo el daño, de que se resarza].

⁸ GROTIUS, *De jure belli et pacis*, cit., 189 (§ II,17,2) [Daño tal vez es dicho así de ‘*demendo*’ (quitando), pues por él tiene uno menos de lo suyo; ya que aquello le corresponda por la mera naturaleza, ya por algún hecho humano sobreviniente, por ejemplo, el dominio o el pacto, ya por la ley. Por naturaleza le es al hombre cosa suya la vida, no ciertamente para perderla, sino para guardarla; el cuerpo, los miembros, la fama, el honor, las acciones propias. Cómo por el dominio y los pactos se hace de cada cual algo suyo lo enseñan los tratados anteriores, ya en cuanto a las cosas, ya en cuanto al derecho sobre las acciones ajenas. Del mismo modo, por la ley nácele a cada cual un derecho, porque lo mismo o más puede la ley que cada uno sobre sí y sus cosas. Así, el pupilo tiene derecho de exigir cierta exacta diligencia del tutor].

su vez, el daño puede provenir de la privación de lo que tenemos gracias a un contrato. Hay allí, pues, un reacomodamiento de las categorías. Por un lado, la construcción sistemática de Grocio evoca la de Gayo, toda vez que reconoce al contrato y al delito (a las que agrega la ley, lo que ya de algún modo estaba insinuado en la clasificación tripartita de Gayo⁹) como fuentes de las obligaciones. Con todo, por otro lado se aleja de aquella en la medida en que amplía la figura del *damnum iniuria datum* a supuestos de incumplimiento de obligación de origen contractual.

Concepto y elementos de la obligación, contrato y daño antijurídico¹⁰, incumplimiento de una obligación preexistente, reparación y resarcimiento, son piezas del derecho de las obligaciones cuya ordenación o ensamble resulta difícil, pero también imperioso, realizar. Intentaremos armar este rompecabezas combinando las piezas que nos presenta el Código civil y comercial argentino [CccArg/2014].

2. Las categorías ordenantes del Derecho de las obligaciones en el nuevo Código argentino

Ante todo, conviene identificar la ubicación y el contenido de categorías jurídicas fundamentales del Derecho de las obligaciones en el reciente texto legal argentino.

Las definiciones de obligación, contrato, daño y la fijación de una norma general en materia de deber de reparar, representan un punto de partida ineludible para realizar esa tarea. Deviene necesario examinar los respectivos dispositivos legales para extraer los elementos definitorios de esas categorías y, al mismo tiempo, captar las consecuencias sistemáticas que de allí derivan¹¹. Después de todo, también es tarea de la dogmática jurídi-

⁹D. 44,7,1 pr.; sobre el cual *supra*, nt. 3.

¹⁰Esta es la denominación que, bajo el imperio del nuevo Código civil y comercial, corresponde reconocerle al hecho generador de responsabilidad civil, tal como parecería surgir de la lectura combinada de los arts. 1716 y 1717 del texto legal. El Código derogado (CcArg/1869) empleaba la denominación «actos ilícitos» (arts. 1066 y ss.), categoría que englobaba los «delitos» (arts. 1073 y ss.) y los «hechos ilícitos que no son delitos» (arts. 1107 y ss.).

¹¹Resalta la necesidad de revalorizar el 'sistema', A. CAUMONT, *La recodificación contemporánea del derecho privado argentino. El valor del sistema central y de las reglas jurídicas de anticipación*, en *Reformas legislativas. Debates doctrinarios. Código civil y comercial*, 1, 2004, 10-11: «frente al disvalor técnico de la creciente dispersión legislativa, se impone el valor de la completitud racional de la recodificación como reconstrucción de la centralidad sistémica, organizada sobre ejes armónicos erigidos a partir de la consistencia y la sustentabilidad derivadas de la cohesión y de la congruencia trazable entre sus elementos y el conjunto por ellos formado con normas racionalmente estructuradas y organización en sistema, la totalidad de los fenómenos respecto de los cuales posee aptitud regente y que son el objeto de su

ca no sólo analizar el derecho vigente a la luz de sus fuentes legales, jurisprudenciales y doctrinarias, sino también proponer un marco conceptual que permita discernir el derecho como un ordenamiento comprensible y relativamente coherente, poniendo sobre aviso de las inconsistencias lógicas y de sus compromisos valorativos, además – por supuesto – de proponer innovaciones doctrinarias allí donde se descubran vacíos, contradicciones o aberraciones lógicas o valorativas¹².

2.1. *La obligación, su concepto y sus 'causas'*

El nuevo Código argentino contiene una definición normativa de obligación en el art. 724: «relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés»¹³.

La norma prescribe¹⁴ efectos frente a dos situaciones, una fisiológica y otra patológica. La primera, aunque no expresamente enunciada, es la del cumplimiento de la prestación debida por el deudor¹⁵. El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento, lo que hace suponer, aunque no se lo expre-

incumbencia». Adhiere expresamente: M.J. LÓPEZ MESA, *El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil (de intenciones, realidades, concreciones y mitologías)*, en *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP*, año 13, n. 46, 2016, 61 nt. 4.

¹²E. BARROS, *La responsabilidad civil como Derecho privado*, en *Estudios Públicos*, 112, 2008, 317.

¹³Para una interpretación de este dispositivo legal, *vid.*, entre otros, P. AGUIRRE, *Comentario al art. 724*, en M. HERRERA-G. CAMELO-S. PICASSO, *Código civil y comercial de la Nación comentado*, III, Buenos Aires, 2015, 1-3; R.H. COMPAGNUCCI DE CASO, *Comentario al art. 724*, en A.J. BUERES (dir.), *Código civil y comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3.A, Buenos Aires, 2017, 27-29.

¹⁴Se trata de una definición 'normativa', por lo que claramente cuenta con valor prescriptivo. De todos modos, hay que reconocer que «en el discurso jurídico todo resultado es por sí mismo prescriptivo» (S. SCHIPANI, *Armonización y unificación del Derecho: Derecho común en materia de obligaciones y contratos en América Latina*, en AA.VV., bajo la coordinación de D.F. ESBORRAZ, *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho*, Ciudad de México, 2006, 223).

¹⁵En los *Fundamentos del Anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación elaborados por la comisión redactora* (se pueden leer en *Proyecto de Código civil y comercial de la Nación*, Buenos Aires, 2012, 606), se resalta que «[l]a definición propuesta pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el débito y la responsabilidad como tramos de una misma relación obligatoria. Tiene implicancia normativa en cuanto conduce a descartar el carácter obligacional de las denominadas obligaciones naturales, categoría cuya supresión se propone, por considerar que no son verdaderas obligaciones por defecto de exigibilidad».

se, que sobre el deudor pesa un deber¹⁶. La situación patológica está expresamente disciplinada y es la respuesta que el ordenamiento jurídico predispone frente al incumplimiento del deudor y consiste en conferir al acreedor una serie de herramientas destinadas a obtener forzosamente¹⁷ la satisfacción del interés lícito que estaba destinado a satisfacer la prestación incumplida¹⁸. En suma, la virtualidad de esa relación jurídica denominada obligación es la de asegurar a un sujeto la satisfacción de un interés lícito: satisfacción que se logra gracias al cumplimiento espontáneo o forzado.

La figura queda así conectada con una serie de conceptos jurídicos. Por un lado, el codificador la ha incluido dentro del género próximo «relación jurídica»¹⁹ y, más específicamente, ha optado por definirla desde la perspectiva activa como «derecho» del acreedor²⁰. Por otro lado, ha quedado asociada a las nociones de prestación y de interés²¹.

En cuanto al ‘nacimiento’²² de las obligaciones, el texto emplea a veces la palabra ‘causa’ y otras el término ‘fuente’. El Código no contiene una enumeración, pero establece que «no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico» (art. 726). Por otro lado, emplea el término

¹⁶ La presencia de esta necesidad jurídica de cumplir es el elemento distintivo y originario de la obligación en sentido propio; en este sentido, *vid.* S. SCHIPANI, *Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las obligaciones latinoamericano*, en *Roma e America. Diritto romano comune*, Modena, 26/2008, 49 ss.

¹⁷ Forzosamente se contraponen a espontáneamente: en una primera fase el deudor está llamado a cumplir voluntariamente, mientras que durante una segunda fase, patológica y eventual (esto es, no necesaria), el deudor padece o soporta la satisfacción del interés del acreedor.

¹⁸ Estas herramientas están disciplinadas como «efectos [de las obligaciones] con relación al acreedor». El acreedor puede: «a) emplear los medios legales para que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes (...)» (art. 730).

¹⁹ Para un estudio sobre los orígenes de esta categoría, *vid.* A. GUZMÁN BRITO, *Los orígenes del concepto de “relación jurídica”* (“Rechtliches Verhältnis” – “Rechtsverhältnis”), en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 28, 2006, 187-226.

²⁰ En este sentido, desde la perspectiva creditoria, encontramos en el Sistema jurídico romanístico un reconocimiento de la *substantia* de la obligación en el notorio pasaje de Paul. 2 *inst.* D. 44,7,3 pr.: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* [la sustancia de las obligaciones no consiste en que se haga nuestra una cosa, o una servidumbre, sino en que otro se constriña hacia nosotros, a darnos, a hacernos o a prestarnos alguna cosa]. Para un análisis de esta fuente *vid.* R. CARDILLI, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, 2016, 306 ss.

²¹ El art. 725 enuncia algunos requisitos que deben reunir prestación e interés del acreedor: «La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor».

²² La metáfora del ‘nacimiento’ para aludir al origen de las obligaciones está presente en el mencionado pasaje de Gai. 2 *aur.* D. 44,7,1 pr.: *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*.

‘fuente’ en dos ocasiones. En materia de solidaridad pasiva hay una norma que habilita al deudor que ha efectuado el pago a repetirlo contra los demás codeudores: en este supuesto las cuotas de contribución se determinarán en primer lugar por lo pactado y, sucesivamente, por «la fuente y la finalidad de la obligación o, en su caso, la causa de la responsabilidad» (art. 841). La restante – y con seguridad más importante – alusión al término «fuente» está presente en el título V «Otras fuentes de las obligaciones» del Libro Tercero referido a los «Derechos personales». La disposición interna de este libro es la siguiente: a) Título I «Obligaciones en general»; b) Título II «Contratos en general»; c) Título III «Contratos de consumo»; d) Título IV «Contratos en particular»; e) Título V «Otras fuentes de las obligaciones». Este título se divide, a su vez, en seis capítulos: 1. Responsabilidad civil; 2. Gestión de negocios; 3. Empleo útil; 4. Enriquecimiento sin causa; 5. Declaración unilateral de voluntad; 6. Títulos valores.

Una lectura rápida sugiere la siguiente sistemática de las fuentes de las obligaciones en el ordenamiento jurídico argentino vigente: las obligaciones nacen de contrato, o de otras fuentes. Otra versión, más analítica, podría ser la siguiente: «Las obligaciones nacen de los contratos, o de otras figuras no contractuales: la violación del deber general de no dañar, el incumplimiento de una obligación preexistente, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores».

Por último, resta señalar que el Código ha mantenido la centralidad que el Sistema jurídico romanístico, y en particular el Subsistema jurídico latinoamericano, le ha reconocido a la obligación, toda vez que regula una parte general (arts. 724-956), cualquiera sea la fuente de la que aquella derive.

2.2. La obligación y el contrato

El art. 957 da una definición amplia²³ de contrato: «es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales».

²³ Es incluso más amplia que la definición de contrato presente en el Código civil francés tras la *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (Ordonnance n° 2016-131 de febrero de 2016): «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations» (art. 1101) [El contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones]. E.C. MÉNDEZ SIERRA y M. C. QUAGLIA, *El nuevo derecho de las obligaciones y de los contratos en Francia. Segunda parte: régimen general de los contratos*, en *El Derecho*, 2 de mayo de 2017, 1, consideran que la reforma ha modernizado la noción de contrato y la ha distinguido «de la noción más amplia de convención, que incluye todo acuerdo de voluntades destinado simplemente a producir efectos de derecho». Los mismos autores prefieren, sin embargo, la formulación del art. 957 del CccArg/2014, pues brindaría una definición más amplia de contrato y «de mayor rigor técnico» (*ibid.*, p. 1 nt. 7).

La figura queda incluida dentro del género próximo «acto jurídico» bilateral o plurilateral, y la diferencia específica está dada por el objeto: crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. En línea con la patrimonialidad exigida por la definición, el art. 1003, relativo al objeto de los contratos, dispone que «[d]ebe ser lícito, posible, determinado o determinable, susceptible de valoración económica y corresponder a un interés de las partes, aun cuando éste no sea patrimonial».

Pese a parecer bastante evidente, en este análisis cabe preguntarse si la obligación es una relación jurídica patrimonial susceptible de ser creada, regulada, modificada, transferida o extinguida mediante esa especie de acto jurídico bilateral que es el contrato. Por el art. 724 se sabe que la obligación es una relación jurídica y por el art. 725 que ha de tener carácter patrimonial²⁴. Empero, entre relación jurídica patrimonial y obligación, hay una relación de género y especie: toda obligación es una relación jurídica patrimonial, pero no es válido lo inverso.

En este sentido, vale la pena notar que el art. 957 no se refiere a derechos patrimoniales, sino a «relaciones jurídicas patrimoniales». Tradicionalmente, la expresión derechos patrimoniales alude a los derechos personales (obligaciones) y a los reales, y precisamente esos nombres llevan los Libros Tercero y Cuarto del Código, respectivamente. Pues bien, de manera dispersa, y sin elevarla a categoría ordenante, el Código emplea la expresión «derechos patrimoniales» (arts. 34²⁵, 576 y 712²⁶, 739²⁷, 1644²⁸, y 1907²⁹).

²⁴ Art. 725: «Requisitos. La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor».

²⁵ En materia de procesos en los que se resuelve la restricción al ejercicio de la capacidad jurídica, el artículo prescribe que «durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona». La expresión «derechos personales» no alude aquí a la categoría regulada en el Libro Tercero del Código, que integraría precisamente el conjunto de los derechos patrimoniales; más bien debe interpretarse aquí la expresión alude a los derechos sin contenido patrimonial, es decir, los extrapatrimoniales.

²⁶ El primero en materia de acción de filiación («el derecho a reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción»), el segundo en general sobre acciones de estado de familia («las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca./Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción»).

²⁷ En materia de «acción subrogatoria» se establece que «el acreedor de un crédito cierto, exigible o no, puede ejercer judicialmente los derechos patrimoniales de su deudor, si éste es remiso en hacerlo y esa omisión afecta el cobro de su acreencia».

²⁸ Sobre transacción, dispone que no podrán «ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos».

²⁹ En materia de extinción de derechos reales dispone que «[s]in perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales,

Pese a que el Código emplea esa categoría, la definición de contrato no parece referirse a ella y entonces cabría preguntarse si los derechos reales (que sin dificultad pueden incluirse dentro de la tradicional categoría de derechos patrimoniales) integran el género «relaciones jurídicas patrimoniales». El Código presenta una definición normativa de derecho real en su art. 1882: «es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código» (art. 1882). En el fondo, resulta entonces problemático incluir a los derechos reales dentro de la categoría relación jurídica, pues ésta, al fin y al cabo, es bastante imprecisa.

Por su parte, el Código contiene dentro del Libro Cuarto sobre los «Derechos reales», Título I «Disposiciones generales», un capítulo relativo a la «Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad» (arts. 1892-1907). El art. 1892 establece que «la adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes./Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real./La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión (...)», estableciendo luego reglas específicas sobre el modo en diversas situaciones.

Así, el acto jurídico por antonomasia que hace las veces de título será precisamente el contrato. Pero en ningún caso podrá él hacer adquirir o transmitir un derecho, pues se requeriría siempre el modo.

2.3. *La obligación, el daño y el deber de reparar*

La función resarcitoria de la responsabilidad civil se conecta sistemáticamente con la obligación gracias a su colocación. En efecto, el título V «Otras fuentes de las obligaciones», regula en su primer capítulo la «responsabilidad civil», cuyas reglas son aplicables a la prevención del daño y a su reparación (art. 1708). Con todo, la cuestión debe ser analizada en detalle.

De hecho, la Sección 2ª («función preventiva y punición excesiva») establece el alcance del «deber de prevención del daño» (art. 1710): «Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le

éstos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena».

reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo». En rigor, no parece constituir una 'obligación', en el sentido técnico de la expresión, ni el 'deber' de evitar la causación de un daño, ni el de adoptar medidas para evitarlo, ni el de abstenerse de agravarlo. En cambio, el punto de contacto parecería verificarse en el supuesto de que alguien adopte medidas para evitar o disminuir el daño provocado por otro, pues en este caso surge a cargo de este último la 'obligación' de reembolsar los gastos: la fuente aquí quedaría incluida dentro del supuesto de enriquecimiento sin causa.

Distinta, aunque no menos problemática, se presenta la conexión entre obligación y daño en el ámbito de la restante 'función' de la responsabilidad civil, esto es, la resarcitoria (arts. 1716 y ss.). En realidad, y si se atiende a los términos empleados, la conexión no es del todo clara o, al menos, no parece necesaria. De hecho, la reparación es el contenido de un deber. Así se desprende de la rúbrica «deber de reparar» y del contenido del art. 1716: «La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código».

Sin daño³⁰ no hay reparación. Empero, el doble origen del deber de reparar se manifiesta diversamente, pues en el caso de la violación del deber general de no dañar, el daño integra la figura, mientras que en el supuesto de incumplimiento de una obligación preexistente, el daño es un elemento externo y eventual. Estas serían, en definitiva, las 'causas' que hacen nacer el deber de reparar.

Hay que examinar algunas cuestiones y sus eventuales implicancias a nivel sistemático: ¿la reparación es objeto de un 'deber' o de una 'obligación'?; ¿es lo mismo 'reparación' y 'resarcimiento'?; ¿se relacionan de manera análoga daño contractual y extracontractual con la obligación?

En cuanto al primer interrogante, el Código emplea la palabra 'deber'. Sería necesario identificar allí un supuesto de metonimia para dar por sentada la identificación del 'deber' de reparar con la 'obligación' de reparar. La obligación es un deber jurídico, pero calificado por los requisitos de los arts. 724 y siguientes. Ahora bien, la calificación de la obligación en términos de 'deber jurídico' podría derivarse de la distinción con el 'deber moral', regulado en el art. 728: «Lo entregado en cumplimiento de deberes morales o de conciencia es irrepentible». De modo que, pese a que el Código incluye la obligación en el género próximo «relación jurídica» (art. 724; *vid. supra*, § II.1), no sería difícil incluirla dentro del género deber jurídico.

Con respecto a la segunda cuestión, se advierte en el Código una cierta

³⁰ El art. 1737 fija un concepto de daño: «Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva». Derecho o interés cuyo objeto es la persona o el patrimonio.

vacilación en el uso de los términos: a veces se refiere a la reparación, a veces a resarcimiento, como si en el fondo ambos fueran sinónimos intercambiables. El art. 1716, el primero de la Sección 3ª relativa a la «función resarcitoria», regula el «deber de reparar», «son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño» (art. 1726); la Sección 4ª disciplina el «daño resarcible»; los arts. 1738 y 1739 regulan el contenido de la indemnización y sus requisitos, respectivamente; sin embargo, el art. 1740 vuelve a la idea de reparación³¹ y el art. 1743, en materia de dispensa anticipada de la responsabilidad, dispone que «[s]on inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas (...)». Por último, y para citar sólo algunos ejemplos de estos vaivenes terminológicos, el art. 1747 se refiere al «resarcimiento del daño moratorio».

En cuanto a la tercera cuestión, para cierta posición doctrinaria no tiene sentido distinguir, pues en cualquier caso lo que importa es la presencia del daño y si hay daño es porque se ha violado el deber de no dañar y poco importaría si eso se produce como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente o como violación de un deber general. Hay algo que, al menos provisoriamente, parece ser cierto e incontestable: el daño y el consiguiente resarcimiento es una fase eventual de la obligación contractual, pero es elemento constitutivo de la obligación de origen extracontractual. Además, hay normas que tienen razón de ser cuando el deber de reparar surge de la violación del deber de no dañar, como aquella que ordena la «restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso» (art. 1740). En efecto, poco se condice este principio con muchos supuestos de responsabilidad contractual (*rectius*, responsabilidad que deriva del incumplimiento de una obligación preexistente), donde lo que se pretende es colocar al acreedor insatisfecho en la situación en que encontraría si la obligación hubiese sido efectivamente satisfecha ('interés positivo')³².

³¹ Regula el principio de la «reparación plena» (art. 1740): «La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero (...)». El artículo contiene una directiva central que da forma a toda la disciplina del daño y su resarcimiento. ¿Qué significa que «la reparación del daño debe ser plena»? La respuesta parece surgir de la oración subsiguiente: es decir, la reparación será plena cuando el 'pago' en dinero o en especie coloque al damnificado en la situación en la que se encontraba antes de que se produjera el hecho dañoso.

³² Para una crítica dogmática del modelo unitario del resarcimiento del daño en materia contractual y extracontractual, *vid.* C. CASTRONOVO, *Il risarcimento del danno*, en *Riv. dir. civ.*, LII, 2006, 82 ss. En sentido similar, con argumentos romanísticos, *vid.* S. SCHIPANI, *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 2009, 131 ss., para quien la responsabilidad extracontractual, que deriva de delitos y figuras afines, ha de

Una última consideración. Conforme se ha resaltado más arriba, la obligación, al igual que el contrato, tiene contenido patrimonial pero puede responder a un interés extrapatrimonial. A su vez, el daño es la lesión a un derecho o interés de contenido personal o patrimonial (art. 1737). El punto de contacto, desde este punto de vista, entre obligación y contrato, por un lado, y daño, por el otro, se daría (*prima facie*) tanto en el ámbito de los daños patrimoniales como en el de los no patrimoniales.

2.4. *Obligación, contrato, daño y reparación: una mirada integral y una propuesta de articulación sistemática*

La disposición sistemática de las categorías y los elementos que provienen de las definiciones normativas, permiten trazar este cuadro.

1) La obligación, como esquema jurídico aglutinante, asume una posición central en el Derecho privado patrimonial argentino y cuenta con una regulación general, independientemente de su fuente.

2) Contrato y daño antijurídico son las principales fuentes de las obligaciones y asumen carácter paradigmático. Pese a no contener una norma expresa que enumere taxativamente las fuentes de las obligaciones, el Código deja entrever la siguiente ordenación: las obligaciones nacen de los contratos o de otras fuentes. En este último contenedor quedan incluidas las siguientes figuras: la violación del deber general de no dañar, el incumplimiento de una obligación preexistente, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores.

3) Ni el contrato ni la responsabilidad civil, pese a su ubicación sistemática, se conectan con la obligación. En otros términos: puede haber supuestos de responsabilidad civil sin obligación (los supuestos de función preventiva), y ello es así pese a que aquella está ubicada sistemáticamente dentro del título «otras fuentes de las obligaciones»; puede haber contrato sin obligación, y ello es así pese a que la alusión a 'otras' fuentes, hace inferir que el contrato es una de ellas.

4) El contrato no se conecta necesariamente con ninguna de las tres categorías: obligación, daño, reparación. No se conecta con la obligación, ya que puede tener otro contenido, otros efectos; no se conecta con el daño, pues éste es un efecto externo y eventual, que se presenta en un horizonte

distinguirse de la responsabilidad contractual, que es consecuencia del incumplimiento de obligaciones, porque «esta última se realiza dentro del específico vínculo obligatorio existente entre las partes (...) surgido en virtud de una fuente que ha ello se halla destinada, y produce la sustitución de tal vínculo con otro cuya prestación está constituida por una suma de dinero del valor de la misma prestación incumplida y del daño previsible» (*ibid.*, p. 145).

patológico; por ende, no se conecta necesariamente con la reparación, pues ésta presupone un daño.

5) El daño, si es relevante desde el punto de vista jurídico, genera un deber, el deber de reparar. Una especie de este deber de reparar sería la obligación resarcitoria.

6) La unificación³³ de las órbitas contractual y extracontractual de la responsabilidad, aún con la subsistencia de ciertas particularidades propias de la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones³⁴, ha generado profundos cambios en el seno del Derecho privado patrimonial argentino³⁵. Pese a que la decisión metodológica del nuevo Código ha sido elogiada por haber eliminado reiteraciones, suprimido contradicciones y actualizado algunas instituciones³⁶, por la economía de normas y la mayor coherencia de las soluciones³⁷, deben presentarse algunos reparos³⁸. En efecto, si bien hay figuras y conceptos comunes a las

³³ El Código derogado diversificaba el régimen de la responsabilidad: contractual, arts. 519 y 522, extracontractual, arts. 1066 y ss. (CcArg/1869). Sin embargo, la doctrina venía solicitando un cambio. En 1989 un prestigioso grupo de juristas propone «eliminar cualquier diferencia que medie entre las órbitas contractual y extracontractual, suprimiendo cualquier obstáculo que dificulte la efectiva reparación de todo daño que se halle en relación de causalidad adecuada, y resulte injustamente sufrido por la víctima» (conforme el despacho 'unánime' de la Comisión 2: «Unificación de los regímenes de responsabilidad civil», de las «XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil» [Bariloche, 1989]; citado por R.M. PIZARRO-C.G. VALLESPINOS, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, 2, Buenos Aires, 1999, 472).

³⁴ S. PICASSO, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, 2014, 17/11/2014, 151 (cita Online: AR/DOC/3926/2014).

³⁵ Esta decisión colocaría, según S. PICASSO, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, cit., a la Argentina a la altura de una «legislación de avanzada en esta materia, dado que son muy escasos los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la tradición romano-germánica que han alcanzado un grado tal de unificación de las dos esferas».

³⁶ F.A. OSSOLA, *Arts. 955/956*, en A.J. BUERES (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 3B, Buenos Aires, 2017, 609.

³⁷ F.A. OSSOLA, *Arts. 955/956* cit., 611.

³⁸ Esto ha impactado en la relación daño/obligación. Pero también la relación contrato/reparación ha variado. El artículo 1082 del Código civil y comercial establece: «Reparación del daño. La reparación del daño, cuando procede, queda sujeta a estas disposiciones: a. el daño debe ser reparado en los casos y con los alcances establecidos en este Capítulo, en el Título V de este Libro, y en las disposiciones especiales para cada contrato (...)». M.J. LÓPEZ MESA, *El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil*, cit. 64 ha calificado esta norma en términos de confesión de asistematicidad, toda vez que el «Título V, que incluye tanto la responsabilidad civil, como los cuasicontratos – que nada tienen que ver en la regulación de la responsabilidad contractual, lo que constituye un serio error –, se reconoce que la responsabilidad se rige, en cuanto al incumplimiento contractual, por normas de tres fuentes normativas diversas, lo que da una muestra de la carencia de asidero de la pretensión de los propagandistas del nuevo Código sobre la sistematicidad regulatoria del mismo» (las cursivas son del autor).

dos grandes causas causas de la obligación resarcitoria³⁹, esto no implica negar que «existen también algunos desajustes normativos – e incluso metodológicos –, que motivan una interpretación especial, pero siempre a la luz de los lineamientos generales del nuevo sistema», lo que ha permitido concluir que se trata de una «eliminación “relativa” de la dualidad existente entre responsabilidad por daños contractual y extracontractual»⁴⁰.

3. *Observaciones conclusivas*

La labor de identificación de la ubicación sistemática, junto al estudio del contenido, de las categorías jurídicas fundamentales en el reciente texto legal (obligación, contrato y daño antijurídico, incumplimiento de una obligación preexistente, reparación y resarcimiento), ha permitido reflexionar sobre el acomodamiento de las piezas formantes del Derecho de las obligaciones en el nuevo panorama normativo argentino.

Ante todo, hay que reconocer que el Código civil y comercial argentino coloca en el centro de un capítulo importante del Derecho privado patrimonial a la obligación, estableciendo un concepto normativo, prescribiendo sus elementos, sus clases y demás aspectos, en el ámbito de un régimen general de las obligaciones.

En cuanto al sistema de fuentes de las obligaciones, el Código evoca parcialmente el modelo gayano, toda vez que coloca (en el mismo nivel) a los contratos y a los hechos ilícitos (*rectius*, daño antijurídico) como las fuentes más importantes y paradigmáticas del esquema jurídico obligacional. Sin embargo, la sistemática del Código acoge el aporte grociano, toda vez que le otorga un rol aglutinante al daño, unificando de esa forma las dos tradicionales esferas de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual.

Con todo, se aleja de ambos modelos en cuanto atribuye al contrato un alcance más amplio. En efecto, si bien el contrato aparece regulado en el Libro relativo a los «derechos personales» y la alusión a «otras» fuentes de las obligaciones en el Título V (donde se regula la responsabilidad civil, la gestión de negocios, el empleo útil, el enriquecimiento sin causa, la declaración unilateral de voluntad y los títulos valores) permiten inferir que el contrato es considerado una de las fuentes de obligaciones, lo cierto es

³⁹ Incumplimiento de una obligación preexistente y transgresión de otros deberes jurídicos no obligacionales (F.A. OSSOLA, *Arts. 955/956 cit.*, 611).

⁴⁰ F.A. OSSOLA, *Arts. 955/956 cit.*, 612. Según M.J. LÓPEZ MESA, *El nuevo Código Civil y Comercial y la responsabilidad civil*, 62-64, hay al menos 47 supuestos de responsabilidad desparramados en el Código que constituyen «ensambles normativos sueltos, por fuera del sistema de responsabilidad».

que esta asociación es contingente, mas no necesaria. De hecho, podría haber contrato sin obligaciones como objeto; o bien contratos que modifiquen y extingan obligaciones, pero que no las hagan nacer. El contrato, según la definición del Código argentino, debe tener por objeto relaciones jurídicas patrimoniales, aunque no necesariamente obligacionales.

En resumidas cuentas, el Código ha eliminado el nexo necesario entre contrato y obligación y ha debilitado la especificidad de la responsabilidad contractual como forma de tutela del interés del acreedor, prefiriendo señalar como horizonte y límites de la responsabilidad contractual al daño, y no propiamente a la obligación (lo repetimos: ya no necesariamente asociada al contrato) y a la buena fe.

Contrato y daño se han convertido así en 'megacategorías' del derecho privado en desmedro de otras categorías que tradicionalmente venían organizando el sistema. Lo mismo vale para el concepto de reparación, cuya fuerza expansiva parece no reconocer límites en las tendencias actuales. En cuanto a la unificación de la responsabilidad civil (contractual y extracontractual), el sistema que fija el Código parece inteligible y coherente con las más recientes tendencias doctrinarias. Con todo, a poco que uno revisa, van asomando algunas incoherencias no sólo a nivel terminológico, sino también dogmático.

SOCIO D'OPERA E SOCIO INDUSTRIAL: INFLUSSI ROMANISTICI SULLA LEGISLAZIONE ARGENTINA

Stefano Liva

SOMMARIO: 1. Brevi cenni introduttivi. – 2. La disciplina romanistica. – 3. Il *Código civil* 'velezano'. – 4. La legislazione commerciale. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Brevi cenni introduttivi*

La legislazione commerciale argentina attualmente in vigore disciplina ancora – fatto come vedremo non comune¹ – quale forma societaria distinta ed autonoma la *sociedad de capital y industria*, la società cioè, a norma dell'art. 435 del *Código de Comercio para el Estado de Buenos Aires* del 1859 (dal 1862 *Código de Comercio* dell'Argentina unificata), «la que se contrae por una parte entre una o más personas que suministran fondos para una negociación en general, o para alguna operación mercantil en particular – y por la otra, uno ó mas individuos que entran á la asociación con su industria solamente».

Questo specifico tipo societario ha ricevuto compiuta ed ordinata regolamentazione, con pari dignità legislativa rispetto agli altri tipi di società, muovendo da una riflessione intorno alla figura del *socio industrial*: il riguardo e l'attenzione ad esso riservati, alla luce della «istintiva diffidenza ad applicare ai fenomeni associativi di capitale e lavoro la disciplina propria della società»² e dell'«irresistibile tentazione a costruire la figura del socio di lavoro alla stregua di un socio 'meno uguale' degli altri»³, credo possano meglio essere compresi guardando al diritto romano.

¹ Cfr. *infra*, § 5.

² Cfr. U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, 8.

³ *Ibidem*.

2. La disciplina romanistica

La *societas consensu contracta* rappresenta senza dubbio una delle figure contrattuali più complesse tra quelle elaborate nell'ambito del diritto privato romano.

Nella ricostruzione della sua disciplina attraverso il pensiero dei giuristi romani emerge con evidenza come al centro dei più interessanti e fecondi dibattiti sviluppatasi a partire dal I secolo a.C. ricorra la figura del 'socio d'opera', del *socius* che conferisce nell'intrapresa comune non *pecunia* (diremmo oggi il socio capitalista) bensì un'attività che spesso si rivela decisiva per il raggiungimento dell'obiettivo per il quale è stata costituita la società, e che ha certamente, come si avrà modo di verificare, più di un tratto in comune con il *socio industrial*.

Proprio alla riflessione giurisprudenziale sul peculiare contributo fornito dal socio d'opera si deve l'introduzione della responsabilità colposa del socio inadempiente (e di colui che abbia receduto prematuramente, *intempestive*, dalla società)⁴, ma ancor prima, ed è questo l'aspetto per noi più interessante, il *socius* conferente *opera* fu protagonista della celeberrima disputa tra Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo, nota come *magna quaestio*, in tema di ripartizione fra i soci dei profitti e delle perdite.

Il contrasto tra i due grandi giuristi nacque infatti in ordine all'individuazione dei criteri cui attenersi nel determinare le *partes lucri et damni* spettanti a ciascun socio.

A tal proposito, in via preliminare, va chiarito come nessun dubbio sia sorto in merito alla possibilità di prevedere quote di utili e di perdite diverse tra socio e socio purché di pari entità tra loro, né sul fatto che in mancanza di specifiche convenzioni i soci avessero diritto a quote uguali: limpido è sul punto l'insegnamento delle Istituzioni di Gaio⁵, confermato in termini ancora più espliciti nelle Istituzioni giustiniane⁶.

Il problema che alimentava la polemica tra Mucio e Servio concerneva invece un'ipotesi differente e specifica, ben descritta ancora una volta dalle preziose parole di Gaio.

⁴ Sul punto mi permetto di rinviare a S. LIVA, 'Elegantem Pomponius scripsit frustra hoc convenire'. *Riflessioni sul 'pactum ne intra certum tempus societate abeat'*, in *RDR*, 16-17, 2016-2017, 4 ss. ed ivi ulteriore bibliografia.

⁵ Gai. 3,150: *Et illum certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*

⁶ I. 3,25,1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia; I. 3,25,3: Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari.*

Gai. 3,149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius <contra naturam societatis esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius etiam prevaluit sententia>, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

La possibilità per un socio di vedersi riconoscere una parte di utili superiore a quella di perdite eventualmente da sopportare, la diversità cioè della *pars lucri* e della *pars damni*, è ritenuta inammissibile da Mucio, e la sua posizione, ove riferita a contratti di società caratterizzati da conferimenti in sola *pecunia*, non solo appare condivisibile, ma non vi è ragione di ritenere che fosse oggetto di discussione.

La seconda parte del testo offre tuttavia la chiave interpretativa per comprendere la *ratio* sottesa alla differente opinione di Servio, che finì per prevalere.

Il giurista più giovane individua nel conferimento d'opera la variabile capace di stravolgere i canoni di ripartizione delle quote sin lì affermati, e di giustificare finanche l'esonero dalle perdite di un socio che pure partecipa alla divisione degli utili, *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*⁷.

La soluzione della *magna quaestio* è dunque strettamente legata alla valorizzazione dell'opera, alla sua autonoma valutazione rispetto al capitale.

Servio riconosce al conferimento d'opera pari dignità⁸ ed ammette che possa rappresentare per un socio l'unico apporto fornito per il raggiungimento dello scopo sociale⁹: in altri termini, *saepe enim opera pro pecunia valet*¹⁰.

Ciò posto, nelle società commerciali dirette al compimento di un singo-

⁷ Sulla tendenza di Servio a discutere, talvolta con asprezza, talune idee di Q. Mucio, cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 97; F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969, 165.

⁸ Sulle posizioni 'progressiste' e 'filo-lavorative' di Servio cfr. F. HORAK, *Etica e giurisprudenza*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del seminario di San Marino*, 7-9 gennaio 1993, Torino, 1996, 181.

⁹ Quinto Mucio dal canto suo, giurista ancorato alla tradizione, «doveva concepire la società questuaria alla stregua del modello rappresentato dal *consortium ercto non cito* (meglio diremmo già, per il suo tempo, dalla *s. omnium bonorum*), in cui le forze di lavoro del socio non avevano una rilevanza autonoma rispetto al patrimonio che costituiva la base economica della *societas*»: così F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1978, 27.

¹⁰ Giova precisare che l'espressione è unanimemente attribuita dalla dottrina a Servio.

lo affare (*unius rei*) o allo svolgimento di una determinata attività (*unius alicuius negotii*)¹¹, il conferimento del 'socio-lavoratore' può talvolta essere di tale importanza da garantirgli una posizione privilegiata in sede di liquidazione della società: *plerumque enim tanta est industria socii ut plus societati conferat quam pecunia. Item si solus naviget, solus peregrinetur, solus pericula subeat*¹².

Non stupisce dunque che un socio possa essere esentato dal rischio di doversi accollare eventuali perdite, se ciò appaia equo in relazione all'elevato valore dell'*opera* conferita.

3. Il Código civil 'velezano'

Se si volge lo sguardo alla disciplina del contratto di società nel Codice civile argentino 'velezano' (Lib. II, Tit. VII «*De la sociedad*»), si scorgono i segni di quel fenomeno che Díaz Bialeto ha efficacemente definito di 'trasfusione' del sistema del diritto romano in America Latina¹³.

Pur non mancando infatti talune differenze anche significative rispetto

¹¹ Diverso è il discorso per la *societas omnium bonorum*: ancora ai tempi della giurisprudenza severiana lo schema di questa società era da intendersi con identiche *partes lucri et damni* tra i soci: cfr. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997, 58. Interessante in tal senso è un frammento ulpiano tratto dal trentunesimo libro *ad edictum*: D.17,2,5,1 Ulpianus 31 *ad edictum*: *Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest*. Dall'espressione '*et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus*' si può ragionevolmente dedurre che nell'ottica ulpiana la *societas omnium bonorum* si concludesse tra soci dotati di medesima capacità patrimoniale, e dunque mediante conferimenti della stessa entità; il giurista considera valida la società costituita tra soci dotati di patrimoni di differente consistenza purché il socio *pauperior* colmi con la propria *opera* il *deficit*: in questo genere di *societas* l'*opera* '*supplet*', e sembra porsi in un rapporto di subordinazione rispetto al capitale non riuscendo in tal modo a dispiegare tutto il suo potenziale.

¹² D. 17,2,29,1 Ulpianus 30 *ad Sab.* Emblematica in tal senso anche la vicenda riferita da Cicerone nella *Pro Roscio comoedo*: Fannio Cherea ha costituito una società con l'attore Roscio. Fannio ha messo in comune lo schiavo Panurgo, Roscio ha prestato la propria *opera* necessaria ad addestrare il servo nell'arte scenica: l'utile della società è rappresentato dai proventi ricavati dall'esibizione dello 'schiavo-attore'. Qui, l'enorme importanza del conferimento di Roscio, mirabilmente sottolineata da Cicerone (*Pro Rosc. com.*, 10,28), si ravvisa non solo nella sua *opera*, atta a fare di uno schiavo un attore, ma anche nel suo *nomen*, nella sua fama di celebre artista capace di assicurare alle prestazioni teatrali di Panurgo favore ed approvazione presso il popolo. Cfr. su questi aspetti J. STROUX, *Römische Rechtswissenschaft und Retorik*, Potsdam, 1949, 103; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 164 ss.

¹³ Cfr. A. DÍAZ BIALETO, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX) y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil Argentino*, in *StSS*, 251 ss. Sul punto si vedano diffusamente S. SCHIPANI, *Codici civili nel sistema latinoamericano*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.* (Agg.), Torino, 2011, 307 e A. GUZMÁN BRITO, *La Codificación Civil en Iberoamérica (Siglos XIX-XXI)*, Lima, 2017², 585 ss.

alle scelte operate dalla giurisprudenza romana, emerge con evidenza, alla luce delle numerose norme riferite al *socio industrial*, la consapevolezza dell'importanza talora decisiva del conferimento di sola 'opera'.

Fondamentale in tal senso, per cogliere appieno il contributo fornito dal diritto romano, è certamente Dalmacio Vélez Sársfield, grande conoscitore del *Corpus iuris civilis* e considerato, a buon diritto, uno dei principali giuristi latino-americani del XIX secolo.

Vélez, come noto, ricevette nel 1864, dal Presidente della Repubblica Mitre, l'incarico di dotare l'Argentina di un *Código civil*.

Entrato in vigore il primo gennaio del 1871, il Codice venne corredato da preziosissime *Notas*, capaci di esplicitare la rete di riferimenti e ragionamenti posti alla base delle scelte del legislatore e di fungere da chiaro indicatore della solidarietà tra l'articolato del codice e il sistema e la dottrina di cui era espressione.

Proprio grazie a queste annotazioni, possiamo avere conferma diretta della forte influenza esercitata sul giurista dal diritto romano, influenza peraltro molto spesso evidente già dalla lettura del puro e semplice dato normativo.

Assai significativa è infatti, come anticipato, la notevole attenzione dedicata dal titolo «de la sociedad» al *socio industrial*, a colui cioè «cuya prestación consista en obligaciones de hacer» (art. 1649).

Sebbene non vi sia totale coincidenza con il socio d'opera, né con le potenzialità a quest'ultimo ricondotte dalla disciplina romanistica, v'è tuttavia un indubbio riconoscimento della peculiarità del *socio industrial*, di cui peraltro, come vedremo, non manca puntuale e più esplicito riscontro nelle norme speciali dedicate alla regolamentazione delle società commerciali.

In questa veloce panoramica è opportuno prendere le mosse dall'art. 1652, che considera nulla, tra le altre, la società nella quale qualcuno dei soci sia esentato dalle perdite: «Será nula la sociedad que diese á uno de los socios todos los beneficios ó que le libertase de toda contribucion en las pérdidas, ó de prestación de capital, ó que alguno de los socios no partecipe de los beneficios».

Vélez, a testimonianza della riflessione e del dibattito su un aspetto certamente delicato, rende noto il percorso che ha condotto alla formulazione di questa previsione normativa, che si discosta dalla soluzione prospettata dal diritto romano¹⁴.

Il grande giurista argentino dà conto infatti dell'opinione di Pothier¹⁵,

¹⁴ Cfr. *supra*, § 2.

¹⁵ «Pothier, N. 20, fundado en la ley 29, Dig., *pro socio*, considera válida la cláusula por la qual se libren de toda contribucion en las pérdidas, los objetos ó capital aportado por uno de los socios, en el caso que este dé á la sociedad alguna ventaja particular, con la cual la dispensa de contribuir en las pérdidas puede compensarse. Aubry y Rau impugnan esta opinion, § 377, nota 8» (*Notas del Código Civil de la República Argentina tales como fueron publicadas por el Dr. D. Dalmacio Velez Sarsfield*, Buenos Aires, 1872).

incline ad ammettere, sulla scorta della disciplina restituita dal Digesto, la facoltà di escludere il socio d'opera dalla partecipazione ai debiti societari, ma finisce per accogliere il parere contrario di Aubry¹⁶, che sappiamo essere, insieme a Savigny e Teixeira de Freitas, tra coloro che più ispirarono Vélez, contribuendo a dare al Codice un aspetto più moderno¹⁷.

Ciò nondimeno, la scelta viene immediatamente temperata, prevedendo la possibilità di privilegiare la posizione di un qualche socio in sede di determinazione delle quote di profitti e perdite.

In particolare, si statuisce la validità del patto con il quale «cualquiera de los socios no soporte las pérdidas en la misma proporción en que participa de las ganancias» (art. 1654, n. 6): nonostante la formulazione generica, è agevole intuire come il legislatore intendesse riferirsi al *socio industrial*, e se ne ha espressa conferma nelle annotazioni di Vélez, dove il giurista cita non a caso, tra le fonti prese in esame, D. 17,2,29¹⁸ e D. 17,2,30¹⁹.

Ancora, del *socio industrial* si occupano l'art. 1709²⁰, dal quale emerge la sua centralità rispetto alla sopravvivenza della società²¹, l'art. 1727, l'art. 1736, che ne conferma la specificità²², e soprattutto gran parte delle norme del *capítulo XI* («de la liquidación de sociedad, y de la partición de los bienes sociales»), significativamente dedicato a disciplinare la liquidazione della società e la relativa spartizione dei beni sociali.

¹⁶ Ancora Aubry (C.A. AUBRY-F.C. RAU, *Cours de droit français*, Paris, 1856-58, § 377) nello stesso senso, ispira la scelta di considerare nullo il contratto di società quando un socio si limitasse a conferire «crédito ó influencia» (art. 1650), prestazioni cioè che nella disciplina romanistica rientravano entro l'ampio ambito del conferimento d'opera: cfr. *supra*, nt. 12.

¹⁷ Così R. ZOARRAQUÍN BECÚ, *La formación intelectual de Vélez Sarsfield*, in *Estudios de historia del derecho*, III, Buenos Aires, 1992, 429 s.

¹⁸ Cfr. *supra*, nt. 12.

¹⁹ Paulus 6 ad Sabinum: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur*. Sul passo cfr. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 41 ss. Sui rapporti e le divergenze tra Mucio e Servio si veda anche *supra*, note 8 e 9.

²⁰ Art. 1709: «No prestando el socio industrial el servicio prometido, sin culpa por su parte, la sociedad podrá disolverse. Si el servicio prometido se interrumpiese sin culpa suya, los socios tendrán derecho únicamente para exigir una disminución proporcional en las ganancias. Si no prestare el servicio por su culpa, los otros socios podrán disolver la sociedad ó continuar en ella con exclusion del socio industrial».

²¹ Nello stesso senso si veda l'art. 1759: «La sociedad puede disolverse exigiéndolo alguno de los socios, si muere el administrador nombrado por el contrato, ó el socio que pone su industria, ó alguno de los socios que tuviese tal importancia personal, que su falta hiciere probable que la sociedad no pueda continuar con buen éxito».

²² Art. 1736: «La incapacidad por hallarse fallido el socio, no causa su exclusión de la sociedad, si fuese sólo socio industrial».

Dopo una prima disposizione sulla ripartizione di profitti e perdite (art. 1778)²³ che ricalca la disciplina romanistica²⁴, il dettato normativo ruota interamente intorno alla figura del *socio industrial*.

Nello specifico, meritano un cenno l'art. 1781, che ispirato – come sottolineato da Vélez – all'art. 1193 del Codice austriaco del 1811, ribadisce la necessità di valutare l'importanza effettiva dell'opera prestata dal *socio industrial* per stabilire correttamente la sua *pars lucri*, e soprattutto l'art. 1779, che ne limita la responsabilità in caso di perdite: «Si el socio industrial se hubiese obligado como los otros socios a dividir las ganancias o pérdidas, se entenderá que su pérdida es sólo de la industria que puso».

La norma offre l'opportunità di ampliare l'orizzonte di questa breve indagine, volgendo lo sguardo all'indietro: l'origine della disposizione va ricercata nelle legislazione commerciale, come espressamente previsto dall'articolo di apertura del *capítulo XI*, che sul punto rinvia alla disciplina del *Código de Comercio*²⁵.

4. La legislazione commerciale

Il collegamento è particolarmente interessante poiché Vélez Sársfield fu attivamente coinvolto anche nelle vicende che portarono all'adozione di un Codice di commercio.

Nel 1856, in qualità di Ministro del governo e delle relazioni estere, incaricò infatti il giurista uruguayano Eduardo Acevedo di redigere, sotto la sua supervisione²⁶, un progetto di Codice per lo Stato di Buenos Aires che, entrato in vigore nel 1859²⁷, fu applicato a partire dal 1862 a tutta la Nazione²⁸.

²³ Art.1778: «Las pérdidas y ganancias se repartirán de conformidad con lo pactado. Si sólo se hubiere pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas. A falta de convenio, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas, será en proporción á lo que hubiere aportado á la sociedad».

²⁴ Cfr. I. 3,25,3; D. 17,2,29pr.

²⁵ Art.1777: «En la liquidación de la Sociedad se observará lo dispuesto en el Código de Comercio, sobre la liquidación de las sociedades comerciales».

²⁶ Sull'effettivo coinvolgimento di Vélez nella redazione del Codice di commercio, e sull'importanza del suo lavoro fatto di pareri, osservazioni e suggerimenti, cfr. M. ROSTI, *Il contributo di Vélez Sársfield al diritto dell'Argentina indipendente*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2003, 476-477 e nt. 45.

²⁷ Già nel 1857 il progetto fu presentato al Congresso, ma il suo esame passò attraverso due Commissioni che fecero slittare l'approvazione all'ottobre 1859: cfr. in proposito M. ROSTI, *Il contributo di Vélez Sársfield*, cit., 476.

²⁸ Con la legge n. 15 del 12 settembre 1862, in linea con quanto già disposto nel maggio del 1859 dalle provincie di Entre Rios, Santa Fe, Córdoba e San Juan. Vale la pena di sottolineare

Come detto²⁹, il *Código de Comercio* (art. 435-443) prevedeva e regolamentava una forma particolare di società, la società di capitali e di industria, e lo stesso avvenne nella versione del 1889, resasi necessaria alla luce dell'approvazione del *Código civil*, ove le *habilitaciones o sociedades de capital y industria* furono disciplinate, mantenendone invariato l'assetto, dagli artt. 383-391³⁰.

Si tratta di una società formata da uno o più soci che apportano capitale e da un socio che fornisce la propria opera per far fruttare il capitale stesso – nell'attività commerciale in generale ovvero in una singola operazione – in cui, alla responsabilità solidale ed illimitata dei soci capitalisti (art. 438), si contrappone la responsabilità limitata del socio d'industria, il quale non è responsabile né con la persona né con il suo patrimonio personale nei confronti dei creditori (art. 440).

Venendo alla disciplina vigente, torna ad occuparsi della società di capitali e di industria la *Ley* n. 19.550 del 3 aprile 1972, che nel provvedere al riassetto normativo delle società commerciali, finisce per assorbire tanto il Codice di commercio quanto il titolo sulle società del *Código civil*.

La *Seccion III* della legge, «De la Sociedad de Capital e Industria» si apre con l'art. 141, che ricalca nella sostanza la disciplina pregressa: «El o los socios capitalistas responden de los resultados de la obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva [ovvero con responsabilità sussidiaria, illimitata e solidale per le obbligazioni sociali]; quienes aportan

come questo Codice fosse considerato dallo studioso Segovia il migliore del suo tempo: cfr. C.C. MALAGARRIGA, *Tractado elemental de derecho comercial*, I, Buenos Aires, 1963, 21.

²⁹ Cfr. *supra*, § 1.

³⁰ La società di capitali e di industria, quale 'tipo' caratterizzato dal beneficio della responsabilità limitata riservato al socio d'industria, fa la sua apparizione nei progetti di Codice commerciale del Regno d'Italia (cfr. A. SCIUMÈ, *I tentativi per la codificazione del diritto commerciale nel Regno Italico [1806-1808]*, Milano, 1982, 105 ss.). Tale forma societaria sembra derivare dalla 'commendata', una specie di contratto marittimo, utilizzato fino al XVIII secolo, con il quale un contraente consegnava una somma di denaro o una quantità di beni al socio affinché questi li trasportasse via mare e avesse in cambio una quota di utili secondo quanto pattuito (cfr. A. PADOA SCHIOPPA, *Saggi di storia del diritto commerciale*, Milano, 1992, 120 ss.); a sua volta la 'commendata', anche per l'adozione di uno schema disomogeneo di distribuzione degli utili e delle perdite, vanta più di un'analogia con la *societas* romana in cui era coinvolto un socio d'opera. In tal senso è particolarmente significativo il già citato frammento ulpiano (D. 17,2,29,1, cfr. *supra*, nt. 12) in cui il socio industriale è descritto come colui che conferisce alla società più del socio capitalista '*si solus naviget, solus peregrinetur, pericula subeat solus*'. Nel solco dell'esempio italiano, una forma societaria chiamata *sociedade de capital e indústria* è stata prevista nel *Código Comercial* portoghese del 1833, e da lì 'trapiantata' nel *Código Comercial* brasiliano del 1850, che peraltro fu una delle fonti utilizzate per la redazione del Codice commerciale argentino del 1859, ma tanto in Portogallo quanto in Brasile, è bene sottolinearlo, la società di capitali e di industria come forma autonoma non ha avuto seguito né nella legislazione commerciale né in quella civilistica. Cfr. sul punto D. BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAUJO, *La società di capitali e d'industria come tipo societario autonomo nel sistema giuridico romanistico*, in questa rivista, 36/2015, 265 ss.

exclusivamente su industria responden hasta la concurrencia de las ganancias no percebidas».

5. Osservazioni conclusive

Se, come visto³¹, la *sociedad de capital e industria* è stata in passato legislativamente prevista e regolamentata anche in altri ordinamenti, l'Argentina è oggi l'unico Paese³² in cui essa conserva una sua identità e una propria autonomia normativa, giustificata dal peculiare ruolo riconosciuto al *socio industrial*, e dalla conseguente volontà di tener conto della specifica posizione in cui si trova colui che contribuisce al raggiungimento dell'obiettivo sociale con il conferimento della sola 'opera'.

Si tratta di un dato certamente interessante e curioso, e non è forse irragionevole pensare che la scelta del legislatore argentino possa essere stata in qualche modo influenzata dall'esempio fornito dal diritto romano, che ha avuto in Vélez Sársfield un formidabile interprete e testimone.

³¹ Cfr. *supra*, nt. 30.

³² Insieme a Uruguay e Paraguay, che hanno mutuato la disciplina argentina, recependo il *Código de Comercio* del 1862.

LA TUTELA DEL CONSUMATORE IN AMERICA LATINA

Sheraldine Pinto Oliveros

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il fondamento costituzionale. – 3. Ordine pubblico e norme imperative. – 4. Concetti cardini: relazione di consumo, consumatore e fornitore. – 5. Diritti fondamentali del consumatore. – 6. Qualche osservazione conclusiva.

1. *Introduzione*

In numerosi ordinamenti giuridici, la tutela del consumatore è considerata uno dei fenomeni giuridici di maggior rilevanza della più recente storia del diritto privato e, in particolare, del diritto contrattuale. Negli ordinamenti latinoamericani¹, la normativa a tutela del consumatore non solo ha inciso sul diritto privato, ma ha anche influenzato (o, quanto meno, ha interagito ed interagisce con) il diritto pubblico, penale e processuale, determinando importanti mutamenti nei diversi ordinamenti in una prospettiva di effettiva tutela dei diritti fondamentali del consumatore, riconosciuti dalla maggior parte delle Costituzioni latinoamericane.

Un primo passo verso l'attuazione di tali diritti è stata, senza dubbio, l'approvazione di specifiche legislazioni in materia, influenzate da modelli stranieri e, in particolare, da quelli di matrice comunitaria europea. Tuttavia, questi ultimi sono stati trapiantati in sostrati normativi le cui peculiarità hanno portato a distinguere le soluzioni adottate in America Latina da quelle attuate in ambito europeo, consentendo al sistema latinoamericano di protezione del consumatore di sviluppare alcuni profili di originalità.

Di conseguenza, appare necessario indirizzare l'attenzione verso alcuni aspetti essenziali emergenti dal sistema latinoamericano, là dove le diffe-

¹ Le legislazioni latinoamericane in materia di tutela di consumatore sono leggi speciali e, in alcuni casi, come quello ecuadoregno, di carattere organico; pertanto, le stesse prevalgono rispetto alla legislazione ordinaria e ai diversi Codici civili e di commercio. Questo elemento insieme all'ampio ambito di applicazione delle suddette legislazioni determinano la *vis attractiva* del diritto del consumatore in America Latina.

renze che lo contraddistinguono in materia di tutela del consumatore diventano più evidenti, al fine di rilevare non solo le sue potenzialità, ma anche le problematiche ad esso connesse.

2. *Il fondamento costituzionale*

La tutela del consumatore ha trovato riconoscimento a livello costituzionale in quasi tutti i Paesi dell'America Latina². In alcune Costituzioni latinoamericane, essa rileva in quanto principio di ordine economico³; in altre, come diritto⁴ e, in altre ancora, sia come principio di ordine econo-

²Le uniche eccezioni al riconoscimento costituzionale dei diritti del consumatore in America Latina sono il Cile e l'Uruguay. Nel caso cileno, J. LÓPEZ CAMARGO (*Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica*, in *Revist@ e-Mercatoria*, 2, 2003, 14 e 23) ricorda che l'economia di mercato è influenzata dai valori costituzionali quali l'eguaglianza – che è stata, più volte, interpretata in senso sostanziale – e il benessere collettivo. Diversamente, secondo l'autore, la situazione uruguaiana sembra maggiormente orientata al principio di eguaglianza formale, senza che siano rintracciabili richiami alla giustizia o solidarietà sociale nel testo costituzionale.

³Nella Costituzione peruviana, l'unico espresso riferimento alla tutela del consumatore è ravvisabile all'interno dei principi generali del regime economico, dove è stato precisato, *ex art. 65*, che «El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población». Questa disposizione, insieme al regime di economia sociale di mercato, previsto dalla *magna charta* peruviana, costituisce il fondamento costituzionale, *ex art. 1°*, del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano (*Ley n° 29571*, 14 agosto 2010).

⁴In Argentina, la tutela del consumatore è espressamente riconosciuta dall'art. 42 della Costituzione, che è stato inserito all'interno del capitolo secondo, parte prima, del testo costituzionale, relativo ai 'nuovi diritti e garanzie'. La Costituzione boliviana, invece, prevede una specifica sezione sui diritti del consumatore che si sostanzia in due norme, di cui l'art. 75 concede particolare rilievo alla sicurezza dei prodotti e all'informazione al consumatore. Questa sezione sui diritti del consumatore è stata posizionata all'interno del Titolo relativo ai diritti fondamentali e, più specificamente, nel Capitolo sui diritti sociali ed economici del testo costituzionale boliviano. Parimenti, la Costituzione ecuadoriana prevede un'intera sezione sui diritti del consumatore, la quale è stata inserita nel Titolo relativo ai diritti e, più specificamente, nel Capitolo intitolato 'diritti delle persone e gruppi di attenzione prioritaria'. Invece, la Costituzione paraguaiana prevede la tutela del consumatore, *ex art. 27*, in riferimento alla protezione contro la pubblicità e, *ex art. 38*, in relazione all'accesso alla giustizia al fine di tutelare gli interessi individuali e collettivi del consumatore. Queste disposizioni sono comprese nel Titolo relativo ai diritti e, più specificamente, nel capitolo delle libertà della *magna charta* paraguaiana. In Venezuela, la tutela del consumatore ha trovato riconoscimento costituzionale quale diritto economico, *ex art. 117* della Costituzione venezuelana. Questa norma è inserita all'interno del Titolo relativo ai diritti umani. Nel testo costituzionale venezuelano è possibile altresì individuare qualche riferimento ai diritti del consumatore tra le potestà del *defensor del pueblo* (*ex art. 281*, n. 6) e in relazione alla sicurezza alimentare – intesa come disponibilità di alimenti per la popolazione – e lo sviluppo sostenibile (*ex art. 305*). Sull'incidenza dell'art. 117 della Costituzione venezuelana nello svi-

mico che in quanto diritto⁵. Nonostante ciò, nella maggior parte delle carte costituzionali latinoamericane, la tutela del consumatore emerge dal riconoscimento dei diritti di quest'ultimo nell'alveo dei diritti della persona consacrati nei diversi testi costituzionali.

La manifesta propensione a considerare i diritti del consumatore tra i diritti fondamentali della persona – come è stato riconosciuto dalle Costituzioni argentina, boliviana, brasiliana, colombiana, ecuadoriana, paraguayana e venezuelana – risponde, da un lato, alla «lunga tradizione dei paesi latinoamericani di includere nelle proprie Costituzioni una dichiarazione molto ampia di diritti umani, dove vengono compresi non solo i diritti civili e politici, ma anche quelli sociali, culturali, economici e ambientali»⁶ e, dall'altro lato, è in linea con l'impostazione generale del sistema giuridico latinoamericano, ove la tutela della persona è intesa come il cardine dell'ordinamento giuridico.

A quella tradizione si affiancano altri elementi del sistema di tutela dei diritti costituzionali in America Latina, come l'incorporazione nell'ordinamento giuridico – frequentemente con gerarchia costituzionale – dei diritti riconosciuti dalle Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo⁷, nonché la previsione di una 'clausola aperta di diritti' nelle diverse carte costituzionali⁸.

luppo della tutela del consumatore in questo paese, si permetta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *La protección del consumidor en el derecho venezolano*, in *Revista de Direito do Consumidor*, 21, 81, 2012, 179-238.

⁵In Brasile, la tutela del consumatore è espressamente riconosciuta nel Capitolo I del Titolo II della Costituzione, relativo ai diritti individuali e collettivi, nonché nel Capitolo I del Titolo VII, relativo ai principi reggenti dell'attività economica. Inoltre, tra le disposizioni transitorie del testo costituzionale brasiliano, è stato specificato l'obbligo per il *Congreso Nacional* di elaborare il *Código de defensa do consumidor*. Sull'origine costituzionale della tutela del consumatore nel Brasile, si veda C. LIMA MARQUES, *O Código brasileiro de defesa do consumidor e o Mercosul*, in *Investigación y docencia*, 23, 1994, 78 ss.; EAD., *Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, 2004, n 7, 32 s., e EAD., *Il codice brasiliano di protezione e difesa del consumatore*, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 6, 559 s.; nonché, S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore*, Giuffrè editore, Milano, 2005, 56 ss. Invece, la Costituzione colombiana consacra, ex art. 78, la tutela del consumatore quale diritto collettivo. A questa norma si affianca l'art. 334 del testo costituzionale, che prevede l'intervento dello Stato nell'economia e, in particolare, nella produzione, distribuzione, uso e consumo di beni e servizi al fine di migliorare la qualità di vita dei suoi abitanti. Sul fondamento costituzionale della tutela del consumatore nell'ordinamento colombiano, si veda, J. LÓPEZ CAMARGO, *Derechos del consumidor*, cit., 13.

⁶(Trad. libera) A. BREWER-CARÍAS, *The Latin American "Amparo". A general Overview*, disponibile in <http://www.allanbrewercarias.com>, 4.

⁷Chiaramente, l'incorporazione riguarda le Convenzioni Internazionali in materia di diritti dell'uomo, sottoscritte e ratificate dai relativi Stati.

⁸La 'clausola aperta di diritti' si sostanzia nell'affermazione secondo cui i cataloghi dei diritti consacrati nei diversi testi costituzionali non esauriscono i diritti fondamentali della persona, dal momento che sono altresì riconosciuti quei diritti inerenti alla persona umana, oppure quelli che discendono dalla dignità della persona umana. Questa clausola è prevista

Questi meccanismi, da un lato, consentono di estendere progressivamente i diritti consacrati a livello costituzionale e, dall'altro, permettono di integrare ulteriormente i contenuti dei diritti riconosciuti dalla Costituzione.

Nel contesto della tutela del consumatore, l'ampliamento dei diritti costituzionali ad opera di questi strumenti autorizza a riconoscere rilevanza costituzionale ad alcuni diritti del consumatore (in particolare, al diritto alla tutela della salute del consumatore e alla sicurezza dei prodotti), perfino in quegli ordinamenti dove la tutela del consumatore non trova alcun espresso richiamo a livello costituzionale, come nel caso cileno ed uruguayano⁹, o in quei Paesi dove essa rileva in quanto principio di ordine economico, com'è il caso del Perù¹⁰. Invece, l'integrazione dei diritti costituzionali, mediante i suddetti meccanismi, permette di arricchire il dettato della norma costituzionale, specialmente, negli ordinamenti dove il riconoscimento costituzionale dei diritti del consumatore è stato circoscritto soltanto ad alcuni diritti fondamentali.

In ogni caso, la rilevanza costituzionale dei diritti del consumatore – anche in via 'indiretta' – comporta una serie di effetti di gran rilievo nel sistema latinoamericano di tutela del consumatore.

Innanzitutto, essendo i diritti dei consumatori diritti costituzionali, la loro tutela può essere assicurata non soltanto attraverso gli strumenti (giurisdizionali e non) ordinari, e quelli predisposti dalle specifiche legislazioni in materia, ma anche mediante quei meccanismi ordinari e straordinari volti ad assicurare il rispetto della supremazia costituzionale. In altri termini, qualsiasi disposizione normativa che si ponga in contrasto con i diritti del consumatore – costituzionalmente riconosciuti – può essere disapplicata per violazione della norma costituzionale. Parimenti, può essere dichiarata l'illegittimità costituzionale di qualsiasi atto che si ponga in contrasto con tali diritti¹¹ e, altresì, può essere inibita qualsiasi azione o omis-

da tutte le Costituzioni latinoamericane, con la sola eccezione della *magna charta* cilena. Sulle caratteristiche del sistema di tutela dei diritti costituzionali in America Latina, si veda A. BREWER-CARIAS, *The Latin American "Amparo"*, cit., 4 ss.

⁹ Nel caso uruguayano, J. ALFARO BORGES *Protección del depositante en cuenta corriente bancaria como consumidor*, in <http://www.derechocomercial.edu.uy/PonenciaAlfaro.htm> afferma che, nonostante l'assenza di una specifica disposizione costituzionale, la tutela del consumatore trova fondamento in altre norme costituzionali relative ai diritti inerenti alla persona e nelle Risoluzioni delle Nazioni Unite, sottoscritte dall'Uruguay, in materia di tutela del consumatore.

¹⁰ A prescindere da questi strumenti, dalla previsione costituzionale peruviana è possibile ricavare alcuni diritti fondamentali del consumatore, come il diritto alla tutela della salute del consumatore e alla sicurezza dei prodotti, nonché all'informazione.

¹¹ Uno degli elementi che contraddistingue gli ordinamenti giuridici latinoamericani è la supremazia della Costituzione, la quale è garantita, tra altri meccanismi, dalla presenza di diversi modelli di controllo di legittimità costituzionale. L'Argentina ha sviluppato un controllo diffuso, seguendo il modello di giustizia costituzionale d'ispirazione statunitense a partire della celebre decisione *Marbury vs. Madison*. Altri Paesi, come Bolivia, Cile e Uru-

sione – sia che essa provenga dai pubblici poteri, sia che provenga dai privati¹² – che leda o minacci di ledere i diritti fondamentali del consumatore costituzionalmente riconosciuti¹³.

Per tali ragioni, la rilevanza costituzionale dei diritti del consumatore determina una interpretazione costituzionalmente orientata dell'intero quadro normativo e, in particolare, delle disposizioni contenute nel Codice civile, nel Codice di commercio, o di qualsiasi atto normativo che si relazioni, anche in modo indiretto, con le problematiche che interessano la tutela del consumatore; e, inoltre, impone il bilanciamento degli altri diritti e valori costituzionali con i diritti fondamentali del consumatore.

Ne discende che, in quegli ordinamenti dotati di una specifica normativa in materia di tutela del consumatore¹⁴, la relativa portata è ulteriormente rafforzata dal testo costituzionale. Invece, in quei sistemi privi di un'organica e specifica normativa, come in Bolivia¹⁵, il riconoscimento costituzionale dei diritti del consumatore permette di assicurare un – pur minimo ed indiretto – livello di protezione attraverso gli strumenti volti a garantire la supremazia costituzionale.

guay, hanno adottato un sistema di controllo accentrato di costituzionalità, le cui origini sono ravvisabili nella Costituzione venezuelana del 1858, dove è stata consacrata la potestà della Suprema Corte di dichiarare la nullità degli atti normativi delle province – e, a partire dal 1893, della legislazione nazionale – per contrarietà alla Costituzione. Altri Paesi, come Brasile, Colombia, Perù e Venezuela, hanno combinato il controllo diffuso con il modello di controllo accentrato di costituzionalità (c.d. sistema misto oppure integrale). Sul punto, si veda, A. BREWER-CARIAS, *Judicial Review and Amparo Proceeding in Latin America. A general Overview*, in <http://www.allanbrewercarias.com>.

¹² Con la sola eccezione del Brasile e con qualche restrizione in Colombia ed Ecuador, l'*amparo* costituzionale può essere esercitato contro i privati in pressoché tutti i Paesi latino-americani. Sul punto, A. BREWER-CARIAS, *Nota sobre la situación general de la acción de amparo contra particulares en el derecho latinoamericano*, in <http://www.allanbrewercarias.com>.

¹³ Sebbene sia evidente che, in quanto rimedio straordinario di tutela dei diritti costituzionali, l'*amparo* svolge anche la funzione di tutelare i diritti fondamentali del consumatore riconosciuti a livello costituzionale, il costituente argentino ha ritenuto opportuno prevedere espressamente la sua procedibilità, *ex art.* 43 primo comma della Costituzione, al fine di tutelare i diritti del consumatore.

¹⁴ Nel caso brasiliano, C. LIMA MARQUES, *O Código brasileiro de defesa do consumidor e o Mercosul*, cit., 80 afferma che «a origem constitucional do mandamento de proteção ao consumidor no Brasil concede ao Código, como lei protetora, uma inegável força. Em caso de conflito do hoje disposto no CDC com a legislação eventualmente oriunda do legislador do MERCOSUL, a origem constitucional da lei brasileira poderá garantir sua manutenção pelo judiciário brasileiro».

¹⁵ Benché il Decreto Supremo boliviano n. 65, del 3 aprile 2009 fornisca una prima piattaforma normativa, le sue disposizioni non riescono neppure ad affrontare le 'principali' problematiche riconducibili alla tutela del consumatore, poiché esso è circoscritto soltanto ad alcuni aspetti basilari della materia. Sulla politica di tutela del consumatore in Bolivia, si veda E. TINAJEROS ARCE, *Políticas e iniciativas de la protección del consumidor en la Comunidad Andina de Naciones*, in T. BOURGOIGNIE (a cura di), *Intégration Économique Régionale et la Protection du Consommateur*, Édition Yvon Blais, Montreal, 2009, 232 ss.

3. Ordine pubblico e norme imperative

Negli ordinamenti latinoamericani, la rilettura del quadro normativo alla luce delle istanze di protezione del consumatore è stata determinata anche dal carattere inderogabile delle norme contenute nelle leggi speciali a tutela del consumatore.

Diverse legislazioni latinoamericane in materia – come quella argentina¹⁶, colombiana¹⁷, ecuadoriana¹⁸, uruguaiana¹⁹, venezuelana²⁰ e il Codice del consumatore brasiliano²¹ – hanno seguito la strada di qualificare le proprie disposizioni come norme di ordine pubblico, confermando l'interpretazione secondo cui quest'ultimo costituirebbe un limite all'autonomia negoziale distinto dalle norme inderogabili e dal buon costume²² e, più specificamente, un limite all'autonomia contrattuale²³ in quelle situazioni

¹⁶ Art. 65 della *Ley n° 24.240 de defensa del consumidor* (riformata dalle leggi nn. 24.568, 24.787, 24.999 e 26.631). Una raccolta giurisprudenziale sul carattere di ordine pubblico della normativa argentina è fornita da J.M. ALTERINI (con la collaborazione di S. OSADO VIRUEL), *Comentario sobre el art. 65 de la Ley de Defensa al Consumidor*, in C.A. GHERSI-C. WEINGARTEN (a cura di), *Defensa del Consumidor*, Nova tesis, Santa Fe, 2005, in http://www.jmalterini.com/publicacion_9.html.

¹⁷ Art. 4 della *Ley 1480*, del 12 ottobre 2011, *Estatuto del consumidor*.

¹⁸ Art. 1 della *Ley 2000-21*, del 4 luglio 2000, *Ley Orgánica de defensa del consumidor*.

¹⁹ Art. 1° della *Ley n° 17.250*, del 11 agosto 2000, *de relaciones de consumo*.

²⁰ Cfr. art. 2 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*, G.O., n. 39.358 del 1° febbraio 2010. Sebbene questa legge sia stata derogata dal *Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica de precios justos* (G.O. n. 40.340 del 23 gennaio 2014. Successivamente, modificato in G.O. n. 40787 del novembre 2015), che elimina l'impianto normativo a tutela del consumatore in Venezuela, si è ritenuto opportuno esaminare l'abrogata normativa venezuelana in quest'analisi comparativa al fine di offrire un quadro più esauriente delle linee portanti della tutela del consumatore negli ordinamenti latinoamericani.

²¹ Le disposizioni del *Código de proteção e defesa do consumidor* (*Ley n° 8.078*, 11 settembre 1990), ex art. 1, sono di ordine pubblico ed interesse sociale. Per C. LIMA MARQUES, *O Código brasileiro de defesa do consumidor e o Mercosul*, cit., 81, pertanto, «As relações de consumo no mercado brasileiro e seu novo controle estatal através dos direitos e deveres positivados no Código de Defesa do Consumidor são exemplo claro deste fenômeno de publicização do direito privado».

²² Sulla differenziazione dell'ordine pubblico dalle norme imperative e dal buon costume, si veda M. PETZOLD RODRIGUEZ, *La noción de orden público en el derecho civil venezolano – doctrina y jurisprudencia*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, 110, 1998, 210 s. Per una visione delle problematiche relative all'ordine pubblico, alle disposizioni imperative e all'uso indifferenziato di questi termini, si veda B. FAUVARQUE-COSSON-D. MAZEAUD (a cura di), *Terminologie contractuelle commune*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008, 145 ss.

²³ In Venezuela, l'estensione dell'ordine pubblico al fine di limitare l'autonomia contrattuale è stata messa in evidenza da G. KUMMEROW, *Algunos problemas fundamentales del contrato por adhesión en el derecho privado*, UCV, Facultad de derecho, Sección Publicaciones,

dove, dinanzi alla (piena) vigenza del principio di autonomia contrattuale, lo squilibrio strutturale tra le parti favorisce gli abusi del contraente forte su quello debole²⁴.

Tuttavia, la restrizione dell'autonomia contrattuale non avviene attraverso il collegamento dell'ordine pubblico all'illiceità della causa o dell'oggetto del contratto e, di conseguenza, alla nullità del contratto, bensì mediante l'imposizione di doveri alla parte forte – specialmente, doveri di informazione che, frequentemente, si sostanziano nella prescrizione di un contenuto minimo contrattuale o nella forma scritta del contratto²⁵ – e attraverso la nullità delle clausole contrattuali che contravvengano alla normativa a tutela del consumatore, in particolare, delle clausole abusive identificate dalle diverse legislazioni.

Infatti, le citate legislazioni latinoamericane a tutela del consumatore rappresentano una manifestazione di quell'«ordine pubblico di protezione»²⁶ o, per alcuni autori, «ordine pubblico sociale»²⁷ – di carattere positivo – diretto a ripristinare l'equilibrio nei rapporti (contrattuali) dove sussista uno squilibrio strutturale tra le parti, attraverso la predisposizione di una disciplina normativa applicabile in relazione alla condizione soggettiva di una delle parti o, più specificamente, in funzione alla sua posizione di vulnerabilità²⁸ o debolezza.

Alcune di queste normative – è il caso del Codice del consumatore brasiliano²⁹ e la *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana³⁰ – non

XVI, Caracas, 1956, 53 ss. Sul punto, si veda anche J. MELICH ORSINI, *La ley israelita sobre contratos uniformes y la cuestión del contrato por adhesión en el derecho venezolano*, in *Revista de la Facultad de derecho*, 1967, 35, 145 (estratto).

²⁴ S. PINTO OLIVEROS, *El consumidor en el derecho comparado*, ARA Editores, Lima, 2011, 32 s.

²⁵ Sul punto, si veda, S. PINTO OLIVEROS, *La información como instrumento de protección al consumidor en el contrato*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, 126, Caracas, 2006, 110.

²⁶ Sul tema, J. MOSSET ITURRASPE, *El orden público y la tutela del consumidor y usuario*, in *Revista Latinoamericana de derecho*, 9-10, 2008, 223 ss.; F. TERRÉ-P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Paris, 2005, 39, e B. FAUVARQUE-COSSON-D. MAZEAUD (a cura di), *Terminologie contractuelle commune*, cit., 198 ss.

²⁷ L'espressione appartiene a T. ADRIÁN HERNÁNDEZ, *La protección jurídica del consumidor y los criterios objetivos que determinan la aplicación de dicha protección*, Trabajo de Ascenso para optar a la categoría de Profesor Asistente ante la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, UCV, Caracas, 1996, 45.

²⁸ Il Codice del consumatore brasiliano non fa riferimento alla debolezza, bensì alla vulnerabilità del consumatore. Per il legislatore brasiliano, infatti, tutti i consumatori sono *vulneráveis*, ma non tutti sono *hiposuficientes*. Su questo tema, si veda, S. LANNI, *América Latina e Tutela del Consumatore*, cit., 73. Sulla vulnerabilità del consumatore, C. LIMA MARQUES (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, in *Revista dos Tribunais*, 1999, 147 s.) afferma esistano tre tipologie di vulnerabilità: tecnica, giuridica e di fatto.

²⁹ Art. 1 del *Código de proteção e defesa do consumidor*.

³⁰ Art. 1 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor*.

solo definiscono le proprie disposizioni come norme di ordine pubblico, ma anche come norme di interesse sociale³¹. In Brasile, la dottrina più qualificata ha sottolineato come l'attribuzione di 'interesse sociale' alle disposizioni del Codice del consumatore risponda alla nuova funzione sociale del diritto privato – delineata dalla Costituzione – e, pertanto, persegua diverse finalità, tra cui determinare la natura delle norme del Codice; garantire la loro efficacia (anche attraverso l'emersione di nuovi limiti a principi tradizionali come la libertà contrattuale e la libertà di iniziativa economica, che denotano il carattere interventista della normativa); e assicurare l'accesso alla giustizia, in particolare, in relazione al (problema del)la legittimazione ad agire a tutela degli interessi diffusi³².

Nonostante ciò, alcune legislazioni latinoamericane non hanno qualificato le proprie disposizioni come norme di ordine pubblico, né tanto meno di interesse sociale. Infatti, la *Ley sobre protección de los consumidores* cilena³³, la *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana³⁴ e il *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano³⁵ si limitano, da un lato, ad elencare i diritti essenziali del consumatore e, dall'altro, a specificare il carattere indisponibile di tali diritti. La legge cilena lascia, tut-

³¹ La qualifica di interesse sociale della tutela del consumatore – in particolare, al fine di limitare la libertà di iniziativa economica – è stata anche sottolineata dalla giurisprudenza venezuelana a partire dell'interpretazione sullo Stato sociale fornita dalla Sala Costituzionale del *Tribunal Supremo de Justicia* venezuelano, nella celebre decisione sui 'créditos indexados' (SC, TSJ, 24 gennaio 2002, *Asociación Civil Deudores Hipotecarios de Vivienda Principal [ASODEVIPRILARA] vs. Superintendencia de Bancos y otras instituciones financieras y Consejo directivo del Instituto para la defensa y educación del consumidor y el usuario [INDECU]*).

³² C. LIMA MARQUES, *O Código brasileiro de defesa do consumidor e o Mercosul*, cit., 81 s.

³³ Conformemente all'art. 4 dalla *Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena (riformata dalla *Ley 19.659/99*, *Ley 19.955/04*, *Ley 20.416*, *Ley 20.543/11* e *Ley 20.555/11*), i diritti del consumatore da essa riconosciuti sono irrinunciabili anticipatamente.

³⁴ I diritti del consumatore riconosciuti dalla *Ley 1.334 de defensa del consumidor y del usuario* (riformata dalla legge n. 2340/2003), ex art. 2, sono irrinunciabili, non possono essere oggetto di transazione o restrizione per volontà delle parti, e prevalgono su qualsiasi regolamentazione normativa o convenzionale. La stessa legge, ex art. 7, sottolinea che i diritti da essa consacrati non escludono altri diritti che discendano da Convenzioni internazionali, sottoscritte e ratificate dal Paraguay, o da altri atti normativi e regolamentari. Una simile disposizione è contenuta nel *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano.

³⁵ Sebbene l'art. 1 del Codice del consumatore peruviano preveda che i diritti elencati non escludono altri riconosciuti dallo stesso Codice, l'indisponibilità dei diritti del consumatore sembrerebbe riguardare soltanto quelli consacrati nel suddetto articolo, poiché la stessa disposizione precisa che è invalida la rinuncia ai diritti riconosciuti da 'questa' norma. In ogni caso, i diritti del consumatore (ex art. 1) sono irrinunciabili ed è nulla qualsiasi convenzione in contrario. Questa previsione è ulteriormente rafforzata dalla inclusione nella lista nera delle 'clausole abusive di inefficacia assoluta' (ex art. 50) delle clausole che trasgrediscono l'ordine pubblico o le norme imperative, anche laddove il Codice non qualifichi le proprie disposizioni come norme di ordine pubblico.

tavia, aperta la possibilità di rinuncia del consumatore ai diritti da essa riconosciuti; dal momento che, *ex art. 4*, «los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores». Per argomento *a contrario*, il consumatore potrebbe rinunciare ai diritti riconosciuti dalla legge *a posteriori*, ad es. nell'ambito dei meccanismi alternativi di risoluzione di conflitto, oppure attraverso una transazione.

Una soluzione simile è rinvenibile nella legge colombiana che, sebbene qualifichi le proprie disposizioni come norme di ordine pubblico e, pertanto, indisponibili per le parti³⁶, riconosce la validità degli accordi raggiunti – sui diritti patrimoniali – mediante qualsiasi meccanismo alternativo di risoluzione di conflitti³⁷.

4. Concetti cardini: relazione di consumo, consumatore e fornitore

In America Latina, la tutela del consumatore è improntata sulla protezione della parte debole di una peculiare relazione giuridica, designata espressamente da alcune legislazioni come 'relazione di consumo'³⁸, ovvero il rapporto intercorrente tra il consumatore ed il fornitore, avente ad oggetto l'acquisto, il consumo o l'uso di un prodotto o di un servizio³⁹.

In pressoché tutte le legislazioni latinoamericane⁴⁰, la relazione di con-

³⁶ L'art. 4, primo comma, della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano precisa che le sue disposizioni sono di ordine pubblico e, pertanto, non possono essere disapplicate per accordo delle parti, tranne nei casi previsti dalla legge.

³⁷ Cfr. art. 4, secondo comma, *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor*.

³⁸ Cfr. art. 3 della *Ley n° 24.240 Ley de defensa del consumidor* argentina; art. 2, primo comma, e art. 4 del *Código de protección e defesa do consumidor* brasiliano; art. 2 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano; art. 5 della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana; art. III.1 e IV num. 1.5 del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano; e art. 4 della *Ley n° 17.250 de relaciones de consumo* uruguayana. Sul tema, nel diritto brasiliano, cfr. C. LIMA MARQUES, *Relações de consumo na pós-modernidade: En defesa de uma interpretação finalista dos artigos 2° e 29 do CDC*, in *Revista de Faculdade de Direitos de Campos*, I, 1, 2000, 81 ss.

³⁹ Alcune legislazioni, pur non designandolo come 'relazione di consumo', fanno espresso riferimento al rapporto intercorrente tra il consumatore ed il fornitore, avente ad oggetto l'acquisto, il consumo o l'uso di un prodotto o di un servizio, al fine di determinare il loro ambito di applicazione. Cfr. l'art. 1 della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena; l'art. 1 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana; e art. 3 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana. Per un approfondimento sulla nozione di 'relazione di consumo' nel diritto cileno, A.R. VIDAL OLIVARES, *Contratación y consumo. El contrato de consumo en la Ley n° 19.496 sobre protección a los derechos de los consumidores*, in *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXI, 2000, 230 s.

⁴⁰ L'unica eccezione alla previsione della relazione di consumo è il Decreto Supremo n° 65/2009 boliviano, che si limita a definire il 'consumatore' e ad alludere implicitamente al

sumo è concepita in senso lato, vale a dire, non è limitata alle problematiche inerenti al contratto di consumo, né a quelle che sollevano specifiche modalità di contrattazione, ma comprende anche la condotta delle parti al di là del rapporto contrattuale⁴¹, al fine di consentire la protezione sia di quei soggetti che propriamente non farebbero parte del contratto di consumo⁴², sia in quelle situazioni che, pur non essendo strettamente riconducibili al rapporto contrattuale, incidono sulla scelta del consumatore⁴³. In altri termini, la relazione di consumo è un rapporto basato sul semplice contatto sociale, a prescindere da specifici accordi contrattuali.

In questo senso, il sistema latinoamericano di tutela del consumatore mira a regolare gli interessi delle parti nella relazione di consumo e, pertanto, i concetti di consumatore e di fornitore sono speculari alla nozione di relazione di consumo⁴⁴.

fornitore nella delimitazione del suo ambito di applicazione, senza fare riferimento alla relazione di consumo.

⁴¹ In America Latina, le diverse legislazioni in materia di tutela del consumatore disciplinano la condotta delle parti e, specialmente, quella del fornitore. Nonostante ciò, alcune legislazioni prevedono obbligazioni – è il caso della legge ecuadoregna (ex art. 5) – o doveri – come l'*Estatuto* colombiano (ex art. 3.2) – per il consumatore, i quali permettono di affermare che questi legislatori intendono tutelare il consumatore medio. Questa interpretazione è anche in linea con l'impostazione del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano di privilegiare la vulnerabilità (anziché la debolezza) del consumatore.

⁴² La *Ley de defensa del consumidor* argentina, ex art. 1, primo comma, consente l'applicabilità della normativa di tutela del consumatore ai c.d. *bystanders*, ovvero al terzo estraneo al rapporto contrattuale o, nella dicitura della legge argentina, alla relazione di consumo. In questo senso, A.A. ALTERINI, *Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después*, in *La Ley*, 2008, 3 afferma che «La reforma amplía la incumbencia de la ley al asimilar al consumidor o usuario: a) A quien no es parte en una relación de consumo, pero "como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios"; b) "A quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", vale decir, el denominado *bystander*». Una simile estensione della normativa ai c.d. *bystanders* è riconoscibile nel *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano, ex art. 29, in relazione alla disciplina delle pratiche commerciali.

⁴³ Alcune legislazioni, come il *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano e la *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana, includono l'accesso ai beni e servizi tra gli aspetti regolati dalle proprie disposizioni. Nel caso venezuelano, in realtà, l'oggetto della legge – ovvero, la tutela del consumatore nell'accesso ai beni e servizi – comportava una sensibile riduzione dell'ambito di applicazione della stessa, che poteva essere sconfitto mediante una interpretazione sistematica della normativa. Sul punto, si veda, S. PINTO OLIVEROS, *El sistema venezolano de protección de la salud del consumidor: entre objetivos políticos y riesgo de underdeterrence*, in *Berkeley Program in Law & Economics. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers*, Paper 060409-8, in <http://repositories.cdlib.org/hple/alacde/060409-8>.

⁴⁴ Secondo J.G. BRITO FILOMENO, *sub art. 2*, in *Código de defensa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, 1999, 28, citato da S. LANNI, *América Latina e tutela del consumatore*, cit., 391, «la dottrina latinoamericana per grandi linee ritiene che tutte le relazioni di consumo: a) coinvolgono tendenzialmente ma non necessariamente due parti definite, ossia da un lato, l'acquirente o utente di un prodotto o servizio (*consumidor*)

Sul concetto di consumatore, tutti i Paesi latinoamericani hanno elaborato una definizione che risulta univoca nelle sue linee portanti. Infatti, in tutte le legislazioni del sub-continente, il consumatore è «qualsiasi persona fisica o giuridica che acquista, usa⁴⁵ o usufruisce di un prodotto o servizio come destinatario finale»⁴⁶.

Da questa definizione si evince che, diversamente dalla soluzione adottata nell'ordinamento italiano (conforme alla nozione contenuta nelle direttive comunitarie e seguendo l'interpretazione restrittiva ripetutamente enunciata dalla Corte di Giustizia europea, che ha più volte escluso possa essere considerato consumatore un soggetto diverso dalla persona fisica), in America Latina, la nozione di consumatore non è limitata alle singole persone fisiche, bensì è estesa alle persone giuridiche⁴⁷ e, in alcuni casi, alle collettività di persone⁴⁸, purché le stesse siano le destinatarie finali dei beni o dei servizi oggetto della relazione di consumo. In altri termini, purché il prodotto o servizio non venga ad essere ricollocato, sebbene attraverso una trasformazione, nel mercato⁴⁹.

e, dall'altro lato il fornitore o venditore di un prodotto o servizio (*provedor/fornecedor*); b) tale relazione viene destinata esclusivamente alla soddisfazione di una necessità privata del consumatore; c) il consumatore non dispone del controllo sulla produzione dei beni di consumo o sulla prestazione dei servizi che gli sono destinati, o meglio è sottomesso al controllo ed al potere dei produttori ed all'accettazione delle condizioni dagli stessi impostegli».

⁴⁵ In tutte le legislazioni latinoamericane, il consumatore è affiancato da un'altra figura, quella dell'utente, conformemente alla possibilità che il prodotto cui il soggetto si rapporta sia non un bene, ma un servizio.

⁴⁶ Sulla vicinanza concettuale del consumatore nei paesi del Mercosur, R. GUIDRY, *The need for MERCOSUL Harmonization: Brazil's Consumer Protection Law as the Focal Point*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 24, 2002, 369 afferma che «the similarities between the Brazilian 1990 Code and the statutes of other Mercosul countries are considerable, since the subjects addressed in the codes closely parallel the subjects presented in the (United Nations) Guidelines for Consumer Protection». Sul punto, si veda anche R. GRASSI NETO, *La politique de protection du consommateur dans le système d'intégration régionale du Mercosur*, in T. BOURGOIGNIE (a cura di), *Intégration Économique Régionale et la Protection du Consommateur*, cit., 334 s.

⁴⁷ Infatti, il problema della configurabilità o meno delle persone giuridiche come consumatore non riveste alcun interesse pratico nell'America Latina.

⁴⁸ Paradigmatico, a tale riguardo, è l'art. 1, primo comma, del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano.

⁴⁹ La *ratio iuris* di questa impostazione è da individuare nel presupposto che il rapporto diseguale e, specialmente, la contrattazione diseguale non debba riguardare necessariamente le persone fisiche, ma che un'analoga situazione di debolezza possa coinvolgere anche le persone giuridiche o altre organizzazioni non personificate che vengano a contatto con il fornitore. Per S. LANNI, *America Latina e Tutela del Consumatore*, cit., 389, la *ratio iuris* «si spiega laddove si abbia in considerazione che tanto le singole esperienze nazionali, quanto la prospettiva sovranazionale della disciplina a tutela del consumatore, tendono parimenti a proteggere una 'categoria' di soggetti ritenuta 'vulnerabile' nei molteplici rapporti sottesi al vasto ambito della 'relazione di consumo'».

Infatti, nella legge argentina⁵⁰, colombiana⁵¹, cilena⁵², ecuadoriana⁵³, paraguaiana⁵⁴, uruguaiana⁵⁵ e venezuelana⁵⁶, nel Decreto Supremo boliviano⁵⁷, e nei Codici del Consumatore brasiliano⁵⁸ e peruviano⁵⁹ è la destinazione finale del bene e/o del servizio a concedere la qualifica di consumatore ad un soggetto.

In questo senso, l'impostazione latinoamericana s'impenna interamente sulla natura della finalità dell'atto, ovvero sulla nozione di «consumo

⁵⁰ Art. 1 della *Ley n° 24.240 Ley de defensa del consumidor*. Sul concetto di consumatore in Argentina, R. STIGLITZ-G. STIGLITZ, *La ley argentina de defensa del consumidor*, in *EC*, 25, in http://www.consumo-inc.gov.es/Publicac/EC/1994/EC31/EC31_02.pdf. Per una critica alla nozione, si veda A. ALTERINI, *Las reformas a la ley de defensa del consumidor*, cit., 2.

⁵¹ Art. 5 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor*. Sulla nozione di consumatore nella pratica applicativa e nella precedente legislazione colombiana, si veda J.C. VILLALBA CUELLAR, *La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano*, in *Vni-versitas*, 119, 2009, 327 ss.; e anche F. MONTOYA MATEUS-F. NAVIA ARROYO, *Les contrats du consommateur au Colombie*, in AA.VV., *Le consommateur* (Journées Colombiennes, LVII, 2007), Collection des Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Bruylant, Bruxelles et LB2V, Paris, 2010, 90.

⁵² Art. 1.1 della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*. Secondo R.H. DOMINGUEZ AGUILA, *Les contrats du consommateur au Chili*, in AA.VV., *Le consommateur*, cit., 81, «la définition se focalise sur le fait d'acquérir des biens ou des services et non sur le fait de satisfaire un besoin individuel». Sulla nozione di consumatore in Cile, si veda A.R. VIDAL OLIVARES, *Contratación y consumo*, cit., 233.

⁵³ Art. 2 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor*.

⁵⁴ Art. 4.a della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario*.

⁵⁵ Art. 2 della *Ley n° 17.250 de relaciones de consumo*.

⁵⁶ Art. 4 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*. La legge venezuelana aveva sostituito il termine 'consumatore' con il vocabolo 'persona'. Nonostante le critiche che potevano sollevarsi a questa scelta del legislatore venezuelano, in particolare per l'uso disordinato ed irragionevole dei termini 'persona', 'consumatore' ed 'utente' all'interno della legge, la definizione venezuelana coincideva con l'impostazione latinoamericana. Sulla nozione del consumatore nel diritto venezuelano, si veda, S. PINTO OLIVEROS, *La protección del consumidor en el derecho venezolano*, cit., 188-192; e EAD., *Les contrats du consommateur au Venezuela*, in AA.VV., *Le consommateur*, cit., 262.

⁵⁷ Art. 3 del Decreto Supremo n° 65 del 3 aprile 2009.

⁵⁸ Art. 2 del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano. Nella dottrina brasiliana, è possibile individuare due orientamenti sul significato dell'espressione 'destinatario finale'. Da un lato, i *finalistas* che propongono una interpretazione restrittiva, secondo cui, è necessario non solo essere destinatario di fatto del prodotto, ma anche destinatario economico; e, dall'altro lato, i *maximalistas* che propendono per un'interpretazione estensiva e, di conseguenza, identificano il destinatario finale con quello di fatto. Per un ulteriore approfondimento del tema e sul concetto di consumatore, C. LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., 141 s.; e EAD., *Relações de consumo na pós-modernidade*, cit., 81. Sulla nozione di consumatore nel diritto brasiliano, si veda anche M.A. ZANELLATO, *Noção jurídica de consumidor*, in *Justitia*, 197, 2007, 255 ss., in http://biblioteca.mp.sp.gov.br/PHL_IMG%5CJUSTITIA/197_255-276.pdf.

⁵⁹ Art. IV del *Código de protección y defensa del consumidor*.

finale privato»⁶⁰, senza che, peraltro, l'utilizzo «misto» del prodotto risulti, anche dal punto di vista pratico, del tutto esente da profili di problematicità. Infatti, nell'ipotesi di atto di consumo compiuto dal commerciante o dal professionista, l'"integrazione" del bene e/o servizio nel processo di produzione, trasformazione o commercializzazione, oppure l'uso del prodotto nell'esercizio della propria attività professionale, è sufficiente per escludere la qualifica di consumatore all'acquirente o utente dello stesso⁶¹.

Sebbene questa interpretazione sia condivisa dai diversi ordinamenti latinoamericani, le più recenti legislazioni del sub-continente – ovvero, la legge colombiana n. 1480 '*Estatuto del consumidor*' ed il '*Código de protección y defensa del consumidor*' peruviano – hanno sottolineato l'esigenza di agire per scopi extraprofessionali o extraimprenditoriali⁶² al fine di essere reputato consumatore.

Al consumatore si contrappone, per i suoi diversi interessi, un'altra figura nella relazione di consumo, il fornitore; che, però, non è inteso come il prestatore di un servizio, bensì come la persona fisica o giuridica che svolge una qualsiasi attività nella catena di produzione, distribuzione e commercializzazione del bene o servizio.

Sulla nozione di fornitore (*proveedor* o *fornecedor*), la simmetria tra le diverse normative latinoamericane non è così perfetta.

⁶⁰ Si è, infatti, in presenza di un consumatore solo quando la destinazione del bene sia diretta alla soddisfazione di una necessità privata o familiare, indipendentemente dal fatto che si tratti di una persona fisica o giuridica. Sul punto, si veda C. LIMA MARQUES-E. TURKINICZ, *En defensa de la teoría finalista para la interpretación del artículo 2 del código de defensa del consumidor*, in *Revista de responsabilidad civil y seguros*, VI/2000, 16 ss.

⁶¹ Per T.M. ADRIÁN HERNÁNDEZ, *La multiplicidad de regímenes jurídicos obligatorios y la causa subjetiva como uno de los criterios esenciales de determinación de la ley aplicable a tales relaciones*, in I. DE VALERA (a cura di), *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2007, 58 «la noción de 'integración' de los bienes y servicios en los procesos de producción, transformación y comercialización debe entenderse en sentido estricto y no lato». Sul tema nel diritto brasiliano, si veda V. JACOB DE FRADERA, *Les contrats du consommateur au Brésil*, in AA.VV., *Le consommateur*, cit., 58.

⁶² Altre differenze di rilievo tra le diverse nozioni latinoamericane di 'consumatore' sono: a) il carattere oneroso dell'atto richiesto dall'art. 1 della Ley n° 19.496 *sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena (che però non si allontana dalla impostazione generale di alcune legislazioni: infatti, l'onerosità dell'atto di consumo può rintracciarsi anche nella definizione di relazione di consumo delle leggi paraguaiane ed uruguaiana e nel concetto di fornitore delle legislazioni cilena, ecuadoriana e paraguaiana); e b) l'espresso richiamo, quale categoria di consumatore, al «piccolo imprenditore che evidenzia una situazione di asimmetria informativa in relazione a prodotti che non appartengano alla propria attività imprenditoriale» da parte del Codice del consumatore peruviano. Questa previsione, da un lato, solleva una serie di interrogativi, ad es., se il piccolo imprenditore, pur agendo per scopi privati, verrà unicamente tutelato laddove 'dimostri' di trovarsi in una situazione di asimmetria informativa; e, dall'altro, rivela confusione tra le diverse debolezze che affliggono il consumatore ed il piccolo imprenditore.

Le legislazioni argentina⁶³, cilena⁶⁴, ecuadoriana⁶⁵, paraguaiana⁶⁶ uruguaiana⁶⁷ ed il Codice del Consumatore brasiliano⁶⁸ costruiscono una macro-categoria⁶⁹ che effettivamente coinvolge tutti i soggetti – sia persona fisica o giuridica e, in alcuni casi, perfino gli enti privi di personalità giuridica⁷⁰, sia soggetto pubblico o privato⁷¹ – che svolgano una qualsiasi attività di produzione, trasformazione, distribuzione, importazione e commercializzazione del bene o servizio.

Le scelte operate da tutti i legislatori nazionali permettono di ritenere che il fornitore debba svolgere, in modo professionale, una delle attività inerenti alla catena di produzione, distribuzione e commercializzazione del bene o servizio. Nonostante ciò, soltanto le normative argentina e uruguaiana fanno espresso riferimento al carattere professionale dell'attività del fornitore. La *Ley de defensa del consumidor* argentina, specificamente, richiede che il fornitore svolga in modo professionale, anche se occasionalmente, qualsiasi attività inerente alla catena di produzione, importazione, distribuzione e commercializzazione del bene e/o servizio destinato al consumatore.

Malgrado ciò, il riferimento alla professionalità dell'attività svolta dal fornitore può ricavarsi dal carattere abituale della suddetta attività richiesto dalla *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena, dall'*Estatuto del consumidor* colombiano⁷² e dal *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano⁷³.

Alcune legislazioni, allontanandosi dall'impostazione maggioritaria in America Latina, hanno privilegiato un'altra soluzione, che affianca alla macro-categoria di fornitore⁷⁴ la figura del produttore nel caso colombiano, e

⁶³ Art. 2 della *Ley n° 24.240, Ley de defensa del consumidor*.

⁶⁴ Art. 1.2 della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*. Sulla nozione di fornitore nel diritto cileno, si veda, A.R. VIDAL OLIVARES, *Contratación y consumo*, cit., 234 s.

⁶⁵ Art. 2 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor*.

⁶⁶ Art. 4. b della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario*.

⁶⁷ Art. 3 della *Ley n° 17.250 de relaciones de consumo*.

⁶⁸ Art. 3 del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano.

⁶⁹ Nel caso boliviano, la macro-categoria di fornitore può dedursi dall'ambito di applicazione previsto dall'art. 2 del Decreto Supremo n. 65/2009.

⁷⁰ Cfr. art. 3 del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano.

⁷¹ Alcune normative sudamericane, come il *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano, la *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana e la *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana, hanno precisato che il fornitore può essere (persona fisica) cittadino o straniero, oppure (persona giuridica) nazionale o estera.

⁷² Cfr. art. 5. 11 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano.

⁷³ Art. IV. 2 del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano.

⁷⁴ Cfr. Art. 5. 11 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano e art. 4 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

le figure dell'importatore, produttore, fabbricante, distributore e commerciante o prestatore del servizio nella *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana⁷⁵.

Il legislatore colombiano ha tuttavia sottratto dal concetto di fornitore l'attività di produzione, appartenendo quest'ultima più propriamente alla nozione di produttore. Invece, il legislatore venezuelano non aveva circoscritto il concetto di fornitore in relazione alle altre figure contenute nella *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*. Questa scelta aveva creato non pochi problemi interpretativi – in particolare, nell'ambito della responsabilità⁷⁶ – non solo per le critiche che potevano sollevarsi in ordine ad alcune (delle nomenclature e definizioni) di queste figure, ma anche per l'uso disordinato delle stesse nella legge venezuelana.

A questa impostazione si avvicina il *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano⁷⁷ che, da un lato, contiene e definisce – rispettando, parimenti alle legislazioni colombiana e venezuelana, le linee portanti del concetto in America Latina– la macrocategoria di fornitore e, dall'altro, concettualizza le (sotto-)figure di distributore o commerciante, produttore o fabbricante, importatore e prestatore (di servizio), quali specie – elencate a titolo enunciativo – del genere 'proveedor'. Nonostante l'inesattezza (nella definizione) di alcune di queste figure, la loro inclusione nel Codice peruviano potrebbe cagionare meno problematiche a livello applicativo, dal momento che il legislatore ha evitato l'uso di queste sotto-figure all'interno del Codice, con l'unica eccezione del termine 'prestador' (di servizio).

Sebbene tutte le legislazioni latinoamericane condividano le linee portanti della nozione di fornitore, esistono alcuni elementi di diversità come l'esigenza dell'onerosità dell'atto di consumo⁷⁸, ricavabile dal concetto di fornitore cileno, ecuadoriano, paraguaiano⁷⁹, e l'esclusione delle professioni liberali⁸⁰

⁷⁵ Art. 4 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

⁷⁶ Sul punto si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *El sistema venezolano de protección de la salud del consumidor*, cit., 1; e, anche in relazione alla responsabilità contrattuale e alle garanzie dei beni di consumo, EAD., *La protección del consumidor en el derecho venezolano*, cit., 221-226.

⁷⁷ Art. IV del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano.

⁷⁸ Il carattere oneroso dell'atto di consumo può anche ricavarsi dal concetto di consumatore della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena e dalla definizione di relazione di consumo della legge uruguayana.

⁷⁹ Invece, il legislatore colombiano esplicita che il fornitore può avere o meno fini di lucro.

⁸⁰ Il Codice peruviano, invece, include le professioni liberali nel suo ambito di applicabilità, come può ricavarsi dalla nozione di servizio che racchiude «qualsiasi attività di prestazione di servizio sul mercato, incluso i servizi di natura bancaria, finanziaria, creditizia, assicurativa, previdenziali, nonché servizi tecnici e professionali». Infatti, sono soltanto esclusi dall'ambito di applicabilità del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano,

dal concetto di fornitore nella legge argentina⁸¹, dalla nozione di servizio nella legge paraguayana⁸² e dalle regole sulla responsabilità oggettiva per danni da servizio⁸³ difettoso nel *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano⁸⁴.

Questa esclusione del Codice brasiliano ha consentito, da un lato, di mantenere ancorata al requisito della colpa la responsabilità del medico; e, dall'altro, di sottoporre la responsabilità della struttura sanitaria a un regime di responsabilità oggettiva⁸⁵.

5. Diritti fondamentali del consumatore

In America Latina, è possibile tralasciare le riflessioni relative alla qualifica impropria dei diritti del consumatore elencati dalle diverse legislazioni come 'diritti fondamentali'⁸⁶, dal momento che soltanto la *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana⁸⁷ impiega l'espressione 'diritti fondamentali' rispetto all'enumerazione di diritti del consumatore da essa riconosciuti.

ex art. IV.4, i servizi forniti da soggetti in relazioni di dipendenza. Sebbene, nello specifico ambito sanitario, il Codice peruviano rinvii alla *Ley General de Salud*, esso prevede anche alcune regole in materia di responsabilità sanitaria. Invece la *Ley de relaciones de consumo* uruguayana, *ex art. 35*, prescrive che la responsabilità dei liberi professionisti è per colpa oppure oggettiva, a seconda della natura della prestazione. Sull'inclusione dei liberi professionisti nell'ambito dei soggetti passivi delle leggi che disciplinano le relazioni di consumo nei paesi del Mercosur, si veda S. LANNI, *America Latina e tutela del consumatore*, cit., 468 ss.

⁸¹ Art. 2 della *Ley n° 24.240 Ley de defensa del consumidor*.

⁸² Art. 4.d. della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario*.

⁸³ Nel caso cileno, la prestazione del servizio sanitario è – in linea di principio – esclusa dall'ambito di applicabilità della legge, anche in relazione alla tipologia del servizio prestato. Tuttavia, *ex art. 2.f* della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*, gli atti stipulati o eseguiti in occasione della contrattazione di servizi sanitari (tranne le precitate esclusioni) sono sotto l'ambito di applicabilità della legislazione a tutela del consumatore.

⁸⁴ Cfr. art. 14 § 4 del *Código de proteção e defesa do consumidor*.

⁸⁵ Sul tema, si veda l'approfondita analisi di C. LIMA MARQUES-C. HEINECK SCHMITT, *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de defesa do consumidor*, in <http://www.gesan.ndsr.org/docmanualespecializacao10PlanosdesaudeprivadaeCDC.pdf>.

⁸⁶ Non è questa la sede per affrontare il complesso tema dei diritti fondamentali che nascono quando la Costituzione viene riconosciuta come fonte superiore ad ogni altra, come accade in tutti gli ordinamenti latinoamericani, dove soltanto alcuni testi fondamentali – come quello venezuelano, *ex art. 23* della Costituzione – riconoscono rilevanza sopra-costituzionale alle Convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, sottoscritte e ratificate dallo Stato, nella misura in cui le loro previsioni siano più favorevoli rispetto a quelle contenute nel testo costituzionale.

⁸⁷ Cfr. art. 4 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor*.

Il Codice del Consumatore brasiliano⁸⁸, il Decreto Supremo boliviano⁸⁹ e le legislazioni cilena⁹⁰, paraguaiana⁹¹ e uruguaiana⁹² hanno privilegiato l'espressione '*derechos básicos*' o '*derechos básicos*'. Invece, l'*Estatuto del Consumidor* colombiano⁹³ ha prediletto l'espressione '*derechos generales*'; mentre il Codice del Consumatore peruviano⁹⁴ e la *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana⁹⁵ hanno optato per non qualificare in alcun modo (l'elenco de)i diritti riconosciuti al consumatore.

Soltanto la *Ley de defensa del consumidor* argentina è sprovvista di una lista di diritti del consumatore⁹⁶. Nonostante ciò, è possibile ricavare, ex art. 42 della Costituzione della Repubblica Argentina, i 'diritti fondamentali del consumatore alla tutela della salute e alla sicurezza dei prodotti, alla protezione degli interessi economici, all'informazione, alla libertà di scelta e al trattamento degno ed equitativo'⁹⁷.

Infatti, in quegli ordinamenti latinoamericani dove la tutela del consumatore ha valenza in quanto diritto costituzionale, i diritti riconosciuti dalle diverse Costituzioni sono effettivamente 'diritti fondamentali' del consumatore, che svolgono una funzione di guida per lo sviluppo dell'ordinamento giuridico a tutti i livelli e, pertanto, orientano anche l'interpretazione dei diritti del consumatore riconosciuti a livello legislativo. Questi ultimi, invece, agiscono come principi di chiusura del sistema di tutela che integrano o completano quanto previsto dal legislatore – funzione che acquista particolare rilievo in quegli ordinamenti che omettono qualsiasi riferimento alla tutela del consumatore nelle proprie Costituzioni⁹⁸ – e che,

⁸⁸ Art. 6 del *Código de protección e defensa do consumidor*.

⁸⁹ Art. 4 del Decreto Supremo n. 65/2009.

⁹⁰ Art. 3 della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores*. Sui '*derechos básicos*' del consumatore nella legislazione cilena, si veda, A.R. VIDAL OLIVARES, *Contratación y consumo*, cit., 247 ss.

⁹¹ Art. 6 della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario*.

⁹² Art. 6 della *Ley n° 17.250 de relaciones de consumo*. Sui '*derechos básicos*' del consumatore nella legislazione uruguaiana, si veda E. BIASCO, *Análisis de los denominados derechos básicos del consumidor. Ley n° 17.250 de 11.VIII.2000, regulación de las relaciones de consumo*, in <http://www.ccee.edu.uy/ensenian/catderpu/material/consumidor.PDF>.

⁹³ Art. 3 della *Ley n° 1480, Estatuto del consumidor*.

⁹⁴ Art. 1 del *Código de protección y defensa del consumidor*.

⁹⁵ Art. 8 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*.

⁹⁶ In relazione all'assenza di un elenco di diritti nella legge argentina, R. GRASSI NETO, *La politique de protection du consommateur*, cit., 339 afferma che il legislatore argentino aveva «*plutôt choisi de les traiter en filigrane dans la loi n° 24.240/93*».

⁹⁷ Sul trattamento degno ed equitativo nel diritto del consumatore argentino, si veda A. IMBROGNO, *Derecho del consumidor: La obligación de un trato equitativo y digno*, in *Cartapacio de Derecho*, 8, 2005, 1; e A.A. ALTERINI, *Las reformas a la ley de defensa del consumidor*, cit., 8 s.

⁹⁸ È il caso del Cile e dell'Uruguay. In principio, le stesse considerazioni potrebbero applicarsi al Perù che, a livello costituzionale, riconosce la tutela del consumatore in quanto

inoltre, consentono di adattare il sistema di tutela del consumatore anche a future esigenze, o qualora le misure ed i rimedi riconosciuti dal legislatore risultino insufficienti o inadeguati a tutelare la situazione concreta.

I 'diritti fondamentali' del consumatore, riconosciuti a livello costituzionale, divergono tra i diversi ordinamenti latinoamericani⁹⁹. Invece, sul piano legislativo, le previsioni normative nazionali riflettono notevolmente i 'tradizionali' diritti del consumatore riconosciuti a partire del celebre messaggio del presidente Kennedy al Congresso statunitense nel 1962¹⁰⁰ e, successivamente, consacrati dal Programma preliminare della CEE per una

principio di ordine economico. Nonostante ciò, dalla previsione del testo costituzionale peruviano è possibile ricavare il diritto alla tutela della salute del consumatore e alla sicurezza dei prodotti, nonché all'informazione.

⁹⁹Nel caso boliviano, la salute del consumatore e la sicurezza dei prodotti, nonché l'informazione al consumatore sono, *ex art.* 75 della Costituzione, diritti fondamentali del consumatore. In Brasile, sebbene la Costituzione faccia riferimento alla tutela del consumatore sia in quanto diritto sia in quanto principio di ordine economico, l'unico espresso riconoscimento di un diritto fondamentale del consumatore riguarda, *ex art.* 24. VII, la riparazione dei danni. Nell'ordinamento colombiano, è possibile individuare – *ex art.* 78 della Costituzione – il diritto alla tutela della salute del consumatore e alla sicurezza dei prodotti, all'informazione, alla riparazione dei danni e alla libertà di associazione. In Ecuador, *ex art.* 52 del testo costituzionale, sono 'diritti fondamentali' del consumatore: la tutela della salute del consumatore e la sicurezza dei prodotti, l'informazione, la libertà di scelta e la riparazione dei danni (anche in relazione ai servizi pubblici, *ex art.* 53) ed altresì, *ex art.* 55, la libertà di associazione e l'accesso alla giustizia. Nel caso paraguaiano, la protezione contro la pubblicità e l'accesso alla giustizia sono, conformemente agli artt. 27 e 38 della Costituzione, diritti fondamentali del consumatore. In Venezuela, *ex art.* 117 della Costituzione, l'informazione, la libertà di scelta, il trattamento degno ed equitativo, l'accesso alla giustizia ed il risarcimento dei danni sono 'diritti fondamentali' del consumatore. In questo Paese, la giurisprudenza della *Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo* (sentenza, 13 luglio 2010, Banesco Banco Universal, C.A. vs. Indecu e Sentenza, 12 agosto 2008, Banco Exterior vs. Indecu) ha affermato «se consagra en el ordenamiento constitucional un derecho a la protección del consumidor y del usuario cuyo desarrollo implica (...) (a) asegurar que los bienes y servicios producidos u ofrecidos por los agentes económicos sean puestos a disposición de los consumidores y usuarios con información adecuada y no engañosa sobre su contenido y características; (b) garantizar efectivamente la libertad de elección y que se permita a los consumidores y usuarios conocer acerca de los precios, la calidad, las ofertas y, en general, la diversidad de bienes y servicios que tienen a su disposición en el mercado; y, (c) prevenir asimetrías de información relevante acerca de las características y condiciones bajo las cuales adquieren bienes y servicios y asegurar que exista una equivalencia entre lo que pagan y lo que reciben; en definitiva, un trato digno y equitativo (...) (y, además,) en criterio de esta Corte aunque en la Constitución no se hubiese consagrado expresamente (...) la obligación de tutelar los intereses legítimos de los consumidores y usuarios se podría deducir de los postulados del Estado democrático y social de Derecho y de Justicia».

¹⁰⁰Come è noto, il presidente Kennedy sostenne la percezione dei diritti del consumatore come 'diritti civili nel mercato' al fine di sollecitare il legislatore statunitense a garantire i diritti fondamentali del cittadino alla sicurezza, all'informazione, alla libertà di scelta, alla partecipazione e consultazione. Sul punto, si veda G. GHINDINI-C. CERASANI, *s.v. Consumatore (tutela del) (Diritto Civile)*, in *Enciclopedia del Diritto. Aggiornamento*, V, Giuffrè, Milano, 2001, 264; e G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 1999, 5.

politica di protezione e d'informazione del consumatore che, come è noto, costituisce la base della normativa comunitaria europea in materia di tutela del consumatore.

Infatti, il diritto alla tutela della salute del consumatore e alla sicurezza (e alla qualità¹⁰¹) dei prodotti e dei servizi¹⁰²; alla protezione degli interessi economici¹⁰³; alla riparazione dei danni¹⁰⁴, all'informazione¹⁰⁵ ed edu-

¹⁰¹ Oltre alle diverse previsioni sulla qualità e sicurezza dei prodotti, alcune normative latinoamericane contengono anche il diritto all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza. Cfr. art. 6.X del *Código de protección e defensa do consumidor* brasiliano, art. 3.3 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana, e art. 6.h della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana.

¹⁰² Cfr. art. 6.I del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano, artt. 3.1.1.1 e 3.1.1.2 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano, art. 3.d della *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena, art. 4. 1 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana, art. 6.b della *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana, art. 1.1.1.a del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano, art. 6.a della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana, e art. 8.1 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

¹⁰³ Cfr., art. 1.1.1.c del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano e art. 8 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana. Sebbene soltanto le legislazioni peruviana e venezuelana impieghino l'espressione 'protezione degli interessi economici', le restanti normative latinoamericane contengono una serie di diritti riconducibile a questo diritto. Così, l'art. 6.IV del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano, l'art. 3.1.1.6 della *Ley n° 1480, Estatuto del consumidor* colombiano, l'art. 4.6 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana, l'art. 6.e della *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana, l'art. 6.d della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana e l'art. 8.8 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana prevedono la protezione contro le clausole abusive. Nello specifico caso venezuelano, la *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* contemplava anche la protezione nel contratto d'adesione (ex art. 8.13). Invece, il Codice brasiliano prevede, ex art. 6.V, il diritto alla modifica delle clausole sproporzionate o alla loro revisione nell'ipotesi di eccessiva onerosità sopravvenuta.

¹⁰⁴ Cfr. art. 4.h del Decreto Supremo n° 65/2009 boliviano (che, tuttavia, allude impropriamente a 'resarcimiento del derecho infringido'), art. 6.VI del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano (che coinvolge anche la prevenzione del danno), art. 3.1.1.5 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano, art. 3.e della *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena, art. 4.8 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana, art. 6.f della *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana (che, tuttavia, si riferisce soltanto alla prevenzione, dimenticando la riparazione), art. 1.1.1.e ed i del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano, art. 6.f della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana ed art. 8. 6 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

¹⁰⁵ Cfr. art. 4. c del Decreto Supremo n° 65/2009 boliviano, art 6.III del *Código de protección e defensa do consumidor* brasiliano, art. 3.1.1.3 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano, art. 3.b della *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena, art. 4.4 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana, art. 6.d della *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana, art. 1.1.1.b del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano, art. 6.c della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana e art. 8.3 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios*. Alcune di queste legi-

cazione¹⁰⁶ e, infine, all'associazionismo tra i consumatori¹⁰⁷ o all'accesso alla giustizia¹⁰⁸ sono consacrati in pressoché tutte le legislazioni latinoamericane.

Questi diritti 'tradizionali' vengono arricchiti da altri individuati dalle diverse legislazioni. Tra questi, sono condivisi in larga misura la libertà di scelta del consumatore¹⁰⁹, che potrebbe essere ricondotta all'alveo del diritto alla protezione degli interessi economici, la tutela effettiva dei diritti del consumatore¹¹⁰ che, similmente, potrebbe rapportarsi all'accesso alla

slazioni, come il Codice del consumatore brasiliano (*ex art. 6 IV*), l'*Estatuto* del consumatore colombiano (*ex art. 3.1.1.4*), la *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana (*ex art. 4.6*), la *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana (*ex art. 6.e*), la *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana (*ex art. 6.d.*), e la *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana (*ex art. 8.8*) completano la previsione del diritto all'informazione del consumatore con la protezione contro la pubblicità ingannevole e abusiva. Tutte queste legislazioni, tranne la colombiana, estendono altresì la protezione non solo contro la pubblicità ma anche contro le pratiche commerciali sleali e le pratiche (e clausole) abusive.

¹⁰⁶ La portata del diritto all'educazione varia nelle diverse legislazioni latinoamericane. Così, l'art. 4.d del Decreto Supremo n° 65/2009 boliviano e l'art. 3.f della *Ley n° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena lo strumentalizzano al consumo responsabile. L'art. 3.1.1.11 dell'*Estatuto del consumidor* colombiano orienta l'educazione verso i diritti del consumatore e le modalità per renderli effettivi. Invece, l'art. 6.II del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano e l'art. 6.b della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana l'indirizzano all'adeguato consumo, al fine di assicurare la libertà di scelta e l'equilibrio nella contrattazione. Similmente, l'art. 6.c della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana lo orienta verso l'educazione ad assicurare la libertà di scelta e l'equità nelle operazioni.

¹⁰⁷ Cfr. gli artt. 3.1.1.8 e 3.1.1.9 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano, art. 6.g della *Ley de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana, art. 1.1.1.j del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano, art. 6.e della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana e art. 8.10 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

¹⁰⁸ Cfr. art. 6.VII del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano, art. 3.1.1.5 della *Ley n° 1480 Estatuto del consumidor* colombiano, art. 3.e della *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena, artt. 4.10 e 11 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* equadoregna, art. 1.1.1.h del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano, art. 6.g della *Ley de relaciones de consumo* uruguaiana, e art. 8.9 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

¹⁰⁹ Cfr. art. 4. a del Decreto Supremo n° 65/2009 boliviano, art. 3.1.1.7 della *Ley n° 1480, Estatuto del consumidor* colombiano, art. 3.a della *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores* cilena, art. 4. 2 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana, art. 6.a della *Ley n° 1.334 de defensa del consumidor y del usuario* paraguaiana, e art. 1.1.1.f del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano. Invece, il *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano, *ex art. 6.II*, evoca la libertà di scelta in relazione al diritto all'educazione del consumatore.

¹¹⁰ Cfr., Art. 1.1.1.g del *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano. Da parte sua, la *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana precisava, *ex art. 8.7*, che si tratta della tutela sia degli interessi individuali sia di quelli collettivi; mentre l'art. 4.b del Decreto Supremo n. 65/2009 boliviano allude alla tutela nell'uso

giustizia, ed il diritto a non essere discriminato. Quest'ultimo acquista particolare rilievo in quanto la sua portata varia nelle diverse legislazioni latinoamericane – che gli concedono riconoscimento – fino a racchiudere l'equità nei rapporti (contrattuali).

Infatti, il Decreto Supremo boliviano¹¹¹ e le legislazioni cilena¹¹² e venezuelana¹¹³ alludono genericamente al principio di non discriminazione. Nonostante ciò, nel caso venezuelano, la previsione del legislatore deve essere interpretata (ed integrata) alla luce dell'art. 117 della Costituzione che – similmente al testo costituzionale argentino – riconosce, tra gli altri 'diritti fondamentali' del consumatore, il tratto degno ed equitativo¹¹⁴.

L'*Estatuto del consumidor* colombiano¹¹⁵ ha, invece, optato per il riferimento al principio di eguaglianza, che si sostanzia nel trattamento equitativo e non discriminatorio; mentre la *Ley Orgánica de defensa del consumidor* ecuadoriana¹¹⁶ consacra il diritto ad un trattamento trasparente, equitativo, non discriminatorio o abusivo e, infine, il *Código de protección y defensa del consumidor* peruviano¹¹⁷ prevede il diritto ad un trattamento giusto, equitativo e non discriminatorio.

Sebbene le legislazioni brasiliana, paraguaiana ed uruguaiana non riconoscano un simile diritto, è possibile ricavare qualche riferimento ad esso negli altri diritti da esse consacrati, specialmente nel diritto all'informazione al consumatore che, in tutte le menzionate normative, è orientato ad assicurare la libertà di scelta e l'equilibrio nella contrattazione. Nello specifico caso del Codice del consumatore brasiliano, è possibile altresì rintracciare un altro richiamo all'equità nei rapporti dal diritto alla modifica delle clausole contrattuali sproporzionate, o alla loro revisione nell'ipotesi eccessiva onerosità sopravvenuta¹¹⁸.

e consumo del bene e servizio, anziché nella tutela dei diritti. Invece, l'art. 6.VIII del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano fa riferimento ad «agevolare la difesa dei diritti del consumatore, anche attraverso l'inversione dell'onere della prova, quando la loro denuncia è reputata verosimile dal giudice, oppure quando si tratti di un consumatore *hiposuficiente*».

¹¹¹ Art. 4.f del Decreto Supremo n° 65/2009.

¹¹² Art. 3.c della *Ley sobre protección de los derechos de los consumidores*.

¹¹³ Art. 8.9 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana.

¹¹⁴ Oltre che con la Costituzione, l'art. 8.9 della *Ley para la defensa de las personas en el acceso a los bienes y servicios* venezuelana interagisce con i diritti a: a) l'acquisto nelle migliori condizioni di qualità e prezzo (*ex art. 8.2.*); b) la protezione nei contratti di adesione svantaggiosi, o che ledano i diritti e gli interessi del consumatore (*ex art. 8.13*); e c) la protezione nelle operazioni di credito (al consumo) (*ex art. 8.14*).

¹¹⁵ Art. 3.1.1.12 della *Ley n° 1480, Estatuto del consumidor*.

¹¹⁶ Art. 4.5 della *Ley Orgánica de defensa del consumidor*.

¹¹⁷ Art. 1.1.1.d del *Código de protección y defensa del consumidor*.

¹¹⁸ Art 6.V del *Código de proteção e defesa do consumidor*.

I precedenti indici normativi delle diverse legislazioni del sub-continente sembrano rivelare che l'equità nei rapporti contrattuali sia uno dei valori di fondo del sistema latinoamericano di tutela del consumatore¹¹⁹. Tuttavia, la scelta d'impiegare un valore di portata estremamente ampia ed ambigua, come l'equità, può rivelarsi pericolosa¹²⁰.

È chiaro, infatti, che le previsioni in esame siano destinate ad incidere sulla disciplina dell'equilibrio contrattuale e, inevitabilmente, incrementino i poteri del giudice – anche, in modo incisivo, poiché il ricorso all'equità richiede un esame delle circostanze concrete – fino ad attribuirgli il potere di adottare misure idonee a correggere il contenuto di un contratto concluso in violazione dei principi in parola. Nonostante ciò, intervenire sull'autonomia privata sulla base di criteri eccessivamente elastici, e prescindendo dai presupposti che attivano un vaglio sul contenuto contrattuale, può condurre ad invalidare la vincolatività dell'impegno e l'attitudine della dichiarazione contrattuale a generare un affidamento.

Pertanto, si rende necessario approfondire, da un lato, il problema dell'asimmetria di potere contrattuale, delle sue tipologie e, di conseguenza, delle (diverse) ragioni della debolezza del consumatore e di altre categorie di contraenti deboli. In questo contesto, deve prestarsi maggiore attenzione al problema delle asimmetrie informative¹²¹ – apparentemente non pienamente compreso in diversi ordinamenti latinoamericani – e al ruolo

¹¹⁹ Sul tema si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Notas sobre la protección (contractual) del consumidor en América del Sur*, in E. CORTÉS-D.F. ESBORRAZ-R. MORALES-S. PINTO OLIVEROS-G. PRIORI (a cura di), *Sistema jurídico romanista y sub-sistema jurídico latinoamericano*. Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 417-463.

¹²⁰ A tale riguardo è paradigmatica la giurisprudenza venezuelana e, in particolare, quella della *Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo* che, sull'interpretazione delle clausole abusive che «impongano condizioni ingiuste di contrattazione o siano gravose per il consumatore, producano la sua incapacità di difendersi o siano contrarie all'ordine pubblico e la buona fede», sembra identificare l'equilibrio contrattuale con l'equilibrio economico del contratto. A partire dall'interpretazione sullo 'Stato sociale di diritto' nella celebre decisione della Sala Costituzionale del *Tribunal Supremo de Justicia* venezuelano sui 'créditos indexados', la giurisprudenza venezuelana è esemplificativa del rischio d'impiegare criteri talmente elastici da diventare arbitrari o, quanto meno, suscettibili d'introdurre valori non espressi nell'ordinamento giuridico. Per un approfondimento sulle problematiche appena accennate, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Dal Buon Selvaggio al Buon Rivoluzionario: Populismo, modelli di sviluppo e ricadute nel diritto privato*, in A. DI MININ-M. GAGLIARDI-A. PIRNI (a cura di), *Crisi, Equità e Modelli di Sviluppo. Atti del I Seminario dei ricercatori della Classe di Scienze Sociali della Scuola Superiore Sant'Anna*, Aracne Editrice, Roma, 2012, 129-145; e, sulla giurisprudenza della *Corte Segunda en lo Contencioso Administrativo* in materia di clausole abusive, EAD., *La protección del consumidor en el derecho venezolano*, cit., 206-228.

¹²¹ Per una ricostruzione del tema in ambito europeo, si consenta il rinvio a S. PINTO OLIVEROS, *Eguaglianza sostanziale e riduzione delle asimmetrie informative nel diritto contrattuale europeo del consumatore*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Diritti fondamentali e diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2004, 149, e a EAD., *El consumidor en el derecho comparado*, ARA Editores, Lima, 2011, 55 ss.

dell'informazione¹²², quale strumento di tutela del consumatore diretto a rafforzare la sua posizione e, di conseguenza, a ridurre la disparità di potere negoziale tra il consumatore ed il fornitore¹²³. Dall'altro lato, è imprescindibile analizzare il tema dei presupposti che attivano un vaglio sul contenuto contrattuale al fine di non svalutare la portata innovatrice del diritto 'al trattamento equitativo e non discriminatorio' riconosciuto, nelle sue diverse versioni, dalle legislazioni latinoamericane.

A tale riguardo, bisogna ricordare che lo squilibrio tra contraenti non è rilevante in sé negli ordinamenti latinoamericani. Infatti, esistono sufficienti indici normativi – come la disciplina della clausola penale, della cessione del credito e dell'usura – che consentirebbero di negare rilevanza autonoma all'ingiustizia contrattuale. Nonostante ciò, quando manchino i presupposti della contrattazione corretta o quando non esista una sostanziale parità nell'esercizio dell'autonomia privata, l'ordinamento deve entrare nel merito del regolamento di interessi per valutare se la maggiore forza contrattuale sia stata utilizzata in maniera scorretta, tale da imporre un regolamento di interessi gravemente svantaggioso per la controparte¹²⁴.

Ciò non significa, tuttavia, prescindere dal presupposto dall'asimmetria di potere tra le parti o, in generale, dai presupposti che attivano un vaglio sul contenuto del contratto. Al contrario, s'impone l'accertamento di questi presupposti anche al fine di non svuotare di significato gli altri valori altrettanto fondamentali negli ordinamenti latinoamericani.

6. *Qualche osservazione conclusiva*

Se tornassimo alle origini, la tutela del consumatore potrebbe essere rappresentata come un cavaliere errante, apparso all'improvviso – sotto la scia della pressione sociale e, specialmente, del più recente movimento di consumatori, in un periodo di rivoluzione sociale¹²⁵ – che prosegue la sua

¹²² Sebbene l'informazione sia uno degli strumenti cardine di tutela del consumatore e nonostante alcune legislazioni richiedano che l'informazione sia adeguata e non solo sufficiente a consentire al consumatore di effettuare la sua scelta, la sua regolamentazione nelle diverse legislazioni latinoamericane presenta notevoli aspetti di criticità, essendo spesso circoscritta alla pubblicità e all'etichettatura dei prodotti, o alla fase iniziale del rapporto di consumo.

¹²³ Se è vero che l'imposizione di un contenuto minimo contrattuale, o della forma scritta, può essere considerata una (minima) riduzione della libertà contrattuale del fornitore, è altrettanto vero che un intervento del giudice diretto a vagliare l'equità del rapporto, specialmente se sprovvisto dell'accertamento dei presupposti che attivano un vaglio sul contenuto del contratto, limita fortemente l'autonomia privata e la libertà contrattuale.

¹²⁴ Cfr. E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforme*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Cedam, Padova, 2010, 1762.

¹²⁵ Gli anni '60 sono stati, infatti, un periodo caratterizzato da disordini esterni ed inter-

strada senza avere consapevolezza del proprio destino, né tanto meno dell'impatto che avrebbe esercitato sull'intero sistema giuridico. Il nostro cavaliere è semplicemente guidato dagli eventi, senza strategia né organizzazione, ma inaspettatamente diventa il fenomeno di maggior rilevanza nella più recente storia del diritto privato e, in particolare, del diritto contrattuale.

A dire il vero, non poteva essere altrimenti, dal momento che ciascuno di noi è potenzialmente un consumatore, in particolare, in ordinamenti come quelli latinoamericani che prevedono una nozione ampia di consumatore. Pertanto, una volta presa consapevolezza dei propri diritti, in quanto consumatore, nonché della strumentalità di quella tutela al funzionamento del mercato, sarebbe stato impossibile tornare indietro.

Nell'America Latina, tra le esigenze di tutelare il consumatore in quanto parte debole della relazione di consumo e la strumentalità di questa tutela al funzionamento del mercato sembrerebbe prevalere la prima esigenza, anche se la seconda è sempre rimasta presente e, talvolta, è stata snaturata al fine di giustificare un (energico) intervento dello Stato nell'economia.

La prevalenza della necessità di tutelare il consumatore, in quanto parte debole della relazione di consumo, è stata chiaramente espressa nell'opposizione al progetto di *Protocolo de Defensa del Consumidor* nel Mercosur¹²⁶ da parte di tutti i settori brasiliani interessati – e, specialmente, dalla dottrina – stante il timore di un effetto *race to the bottom*¹²⁷ nei livelli di protezione offerti dall'ordinamento brasiliano¹²⁸.

ni, che hanno interessato le radici stesse della società e che, tra gli altri effetti, hanno condotto al consolidarsi di diversi movimenti di tutela delle minoranze, organizzate per la difesa dei propri interessi, nonché del più recente movimento di consumatori.

¹²⁶ Sullo sviluppo della tutela del consumatore nel Mercosur, si veda S. PINTO OLIVEROS, *Potencialidades y límites de la protección de los intereses económicos de los consumidores en el MERCOSUR*; C. LIMA MARQUES, *Consumer Protection Policy in Mercosur: an Evaluation*; R. GRASSI NETO, *La politique de protection du consommateur dans le système d'intégration régionale du Mercosur*, e R. CASTELLANOS PFEIFFER, *Consumer Defence in Mercosur: A Balance and Recent Challenges*, (tutti) in T. BOURGOIGNIE (a cura di), *Intégration Économique Régionale et la Protection du Consommateur*, cit., 297 ss., 319 ss., 355 ss. e 401 ss. (rispettivamente).

¹²⁷ L'opposizione della dottrina brasiliana rispondeva, principalmente, a due ragioni: da un lato, al fatto che, effettivamente, il Brasile possiede (cfr. R. GUIDRY, *The need for MERCOSUL Harmonization*, cit., 361 s.) la legislazione più sofisticata ed esaustiva in materia di tutela del consumatore in America Latina; dall'altro lato, alla distanza tra la normativa a tutela del consumatore degli altri paesi del Mercosur ed il Brasile. Il divario era ancora più evidente all'epoca di discussione del progetto di *Protocolo*, poiché il Paraguay e l'Uruguay erano sprovvisti di una normativa specifica in materia. Perciò, le preoccupazioni brasiliane versavano principalmente sulle concessioni che avrebbero dovuto fare pur d'individuare un livello comune tra i diversi Stati Membri del Mercosur.

¹²⁸ Per una panoramica dell'eventuale incidenza del diritto *mercasureño* nel Codice del consumatore brasiliano, si veda C. LIMA MARQUES, *O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL*, cit., 75 ss., e F. GOMES DA SILVA, *Código de Defesa do Consumidor e Mercosul: Vicissitudes em sua Coexistência*, in *Ciências Humanas e Sociais*, 23, 2002, 37 ss.

Tale impostazione latinoamericana, tuttavia, non deve sollevare il consumatore né dalle proprie responsabilità¹²⁹, né dal proprio ruolo di arbitro del mercato. A tale riguardo, è imprescindibile comprendere la *ratio* sottostante ai valori e agli strumenti introdotti nel sistema dalle normative a tutela del consumatore e, in particolare, la *ratio* di quegli strumenti diretti a sottrarlo dalla conclusione prematura e irrazionale di un contratto, ovvero l'informazione e il diritto di recesso, senza trascurare di rivolgere la stessa attenzione alle discipline sulle pratiche commerciali sleali e alle clausole abusive nei contratti con il consumatore.

In diverse legislazioni latinoamericane, questi strumenti sono stati indubbiamente ispirati dalla normativa comunitaria europea, ma le loro previsioni riflettono l'assenza di una sufficiente analisi riguardo alle loro *rationes* e alla loro criticità nel diritto comunitario europeo¹³⁰. Ciò spiega l'inadeguatezza della loro regolamentazione in alcuni ordinamenti del sub-continente che, in ultima istanza, conduce a svilire la tutela offerta al consumatore da questi strumenti o, in alcuni casi, porta ad un'applicazione pratica che insinuerebbe l'ombra del paternalismo.

In realtà, alcune previsioni delle diverse legislazioni latinoamericane – come quelle del diritto all'educazione, dei doveri del consumatore, della vulnerabilità (anziché debolezza) del consumatore, della speciale attenzione verso alcune categorie di consumatori particolarmente vulnerabili o

¹²⁹ Gli strumenti di tutela contrattuale del consumatore, nell'assicurare che esso adotti una decisione in piena consapevolezza, intendono pienamente avvalersi dei principi del diritto contrattuale. Pertanto, rendono il consumatore responsabile della propria scelta.

¹³⁰ A tale riguardo è sufficiente evocare, da un lato, l'inefficacia delle clausole abusive nelle normative argentina, cilena, ecuadoregna e nelle più recenti normative peruviana e colombiana (quest'ultima fa, tra l'altro, riferimento allo squilibrio in detrimento del consumatore, senza circoscriverlo allo squilibrio normativo); e, dall'altro, l'inadeguata previsione del diritto di recesso in Brasile, Cile, Paraguay e Venezuela che consentirebbe la preclusione del termine per il suo esercizio, anche prima della consegna del prodotto nei contratti a distanza. Se l'insufficienza della normativa brasiliana risponde all'epoca della sua approvazione, non può dirsi lo stesso riguardo alle restanti regolazioni. Simili considerazioni possono avanzarsi all'altrettanto criticabile regolazione di questo diritto, denominato '*derecho de restitución*' (delle prestazioni), nel Codice del consumatore peruviano. Altre critiche potrebbero sollevarsi in merito all'ambito di applicabilità del diritto di recesso nelle legislazioni cilena, colombiana, uruguaiana e venezuelana. Per una sintesi degli elementi di criticità del diritto di recesso nell'ordinamento venezuelano, si veda S. PINTO OLIVEROS, *Prácticas Comerciales Agresivas de los Operadores Comerciales en sus relaciones con los Consumidores en el Derecho Comunitario Europeo y en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, in A. MORALES HERNÁNDEZ-I. DE VALERA (a cura di), *Bicentenario del Código de Comercio Francés*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos, n. 25, Caracas, 2008, 308 ss.; e EAD., *Les contrats du consommateur au Venezuela*, cit., 268 ss. Per un'analisi critica del rimedio dell'inefficacia nel progetto (dell'ormai) Codice del consumatore peruviano, si veda R. MORALES HERVIÁS, *Los anteproyectos del Código de Consumo: Hacia una codificación coherente o una legislación especial asistemática?*, in *Revista Jurídica del Perú*, Gaceta Jurídica, 2010, 319 ss. Invece, sulle clausole abusive nel diritto del consumatore argentino, cfr. R. STIGLITZ, *Contrato de consumo y cláusulas abusivas*, in *Contexto*, 1999, 4, 32 ss.

hiposuficientes, della responsabilità e, pur con le sue criticità, dell'informazione – permettono di superare questo rischio e, al contempo, consentono di affermare che il sistema latinoamericano di tutela del consumatore prende come parametro, al fine di dispiegare i propri strumenti di protezione, il consumatore medio¹³¹, anche se manca una concettualizzazione di questo modello, come quella fornita dalla Corte Europea di Giustizia a partire della decisione nel caso «*Gut Srpingenheide GmbH y Rudolf Tusky*»¹³².

Diventa, allora, evidente che sono molteplici gli aspetti di interesse della tutela del consumatore in America Latina, così come sono numerosi i profili di originalità delle sue soluzioni. A questo riguardo sia sufficiente pensare ai danni punitivi, introdotti dalla *Ley de defensa del consumidor* argentina¹³³, agli strumenti di tutela processuale¹³⁴ ed all'applicabilità della teoria del '*piercing the corporate veil*' nelle ipotesi previste dal Codice del consumatore brasiliano¹³⁵, alla disciplina della responsabilità da servizi (difettosi) e al ricorso a meccanismi alternativi di risoluzione di conflitto¹³⁶ previsti da diverse legislazioni del sub-continente.

Come evidenziato, la normativa consumeristica latinoamericana presenta altresì non pochi elementi di criticità; proprio questi ultimi nel loro complesso, uniti a quei profili di originalità e alla portata innovativa della giurisprudenza, costituiscono, tuttavia, un invito a prestare maggiore attenzione agli sviluppi della tutela del consumatore in America Latina.

¹³¹ Sul tema, nell'ordinamento peruviano e sotto l'approccio dell'analisi economica del diritto, A. BULLARD, *Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario*, in *Revista de la competencia y la propiedad intelectual*, 10, 5 ss., in <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recomp/castellano/articulos/otonio2010/AlfredoBullard.pdf>.

¹³² ECJ, 16 luglio 1998, C-210/96 (*Gut Srpingenheide GmbH y Rudolf Tusky vs. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*). Parametro del 'consumatore medio' che, come è noto, è stato attenuato con il filtro dei fattori sociali, culturali e linguistici, introdotti nella giurisprudenza comunitaria dalla decisione *Estée Lauder* (ECJ, 13 gennaio 2000, C-220/98 [*Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG y Lancaster Group GmbH*]).

¹³³ Art. 52-bis della Ley n° 24.240 *Ley de defensa del consumidor*.

¹³⁴ Titolo III del *Código de proteção e defesa do consumidor* brasiliano.

¹³⁵ Art 28 del *Código de proteção e defesa do consumidor*.

¹³⁶ Per una prima ricostruzione del tema, si veda R. VINUESA, *Enforcement of Mercosur Arbitration awards within the Domestic Legal Orders of Members States*, in *Texas International Law Journal*, 40, 2005, 425 ss.; e C. LIMA MARQUES, *O "Direito do Mercosul": Direito oriundo do Mercosul, entre Direito Internacional Clásico e Novos Caminhos de Intégração*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 35, 2001, 83 ss.

INTERVENTO CONCLUSIVO

Aldo Petrucci

1. Non è certamente un compito facile quello di trarre le fila dei risultati di un incontro tanto proficuo tra giuristi italiani e latinoamericani, protrattosi per una settimana, a stretto contatto con studenti e dottorandi di vari Paesi e con intensi scambi di vedute fra partecipanti.

Le sollecitazioni e gli spunti emersi sono stati tanti e tutti ugualmente meritevoli di una trattazione adeguata, che non è possibile compiere qui. Proverò, perciò, ad esporre sinteticamente alcuni argomenti che hanno di più colpito la mia attenzione, accorpandoli per materia, sulla falsariga dell'ordine seguito nel programma generale della *Summer School* bresciana. Si tratta, come è logico, di scelte puramente soggettive, che nulla intendono togliere al valore di ogni singola lezione svolta.

All'esito, formulerò poche e brevi considerazioni personali.

2. Negli interventi della parte introduttiva, Antonio Saccoccio, ancora una volta, ha opportunamente sottolineato come la dottrina giuridica del Vecchio Continente sia affetta, ormai da decenni, da un 'euro-nordamericano-centrismo', che l'ha portata a trascurare gli ordinamenti del sistema giuridico latinoamericano, ritenuto, a torto, di scarso interesse. Al contrario, sono proprio le sue specificità, che lo rendono meritevole di particolare attenzione, soprattutto in un panorama proiettato sempre più alla globalizzazione anche nel settore giuridico. Si tratta, infatti, di specificità derivanti da molti fattori comuni (origini storiche, lingua, religione, usi e tradizioni, valori di base delle classi dominanti, permanente resistenza contro invasioni e pressioni provenienti da Paesi economicamente più forti), che hanno determinato una forte unitarietà di fondo su valori, quali l'universalità, il pluralismo giuridico, il riconoscimento dei diritti delle minoranze, connessi all'uso delle proprie tradizioni giuridiche (*suis legibus uti*).

Una tale identità di valori – come ha puntualizzato Saccoccio – è stata veicolata nel sistema latinoamericano dal diritto romano giustiniano, attraverso il filtro del diritto comune, mediante un'opera di trasfusione e compenetrazione di reciproche influenze, saldandosi con i diritti dei popoli indigeni in un blocco coeso ed unitario (il c.d. *bloque romano – ibérico – precolombino*). Se ne vedono significative applicazioni concrete proprio nel ruo-

lo della consuetudine e dei diritti indigeni, nel rinvio ai principi generali del diritto, nella centralità della persona umana nel settore civile e nella maggiore facilità di realizzare l'esperienza dei 'Codici tipo'.

In una linea di perfetta coerenza, si è voluta mettere in luce la funzione insostituibile rivestita dalla scienza giuridica nella redazione dei Codici civili latinoamericani anche nei casi più recenti. Emblematico è apparso quello del Codice brasiliano del 2002, sul quale ha richiamato l'attenzione Fábio Siebeneichler de Andrade. La redazione di esso, infatti, era stata preceduta da vivaci discussioni circa l'opportunità di realizzarla, in quanto, ad avviso di molti, sarebbe stata un anacronismo in un'epoca post-moderna, in cui non vale più il pensiero liberale e razionalista alla base delle codificazioni del XIX e XX secolo ed i fattori economici, sociali e politici risultano estremamente instabili ed accelerati. Come l'Autore ci ha fatto chiaramente vedere, a tali argomenti si è replicato, con successo, da parte di autorevoli dottrine della scienza giuridica nazionale: 1) che il fenomeno codificatorio non solo è esistito in epoca antica (dove è fondamentale la codificazione di Giustiniano), ma continua tutt'oggi a orientare le scelte di molti Paesi, che hanno attualizzato anche di recente i propri Codici civili, adottandone dei nuovi (come Québec, Paesi Bassi e Russia) o rinnovandoli profondamente, incorporando settori ed istituti, che ne erano restati fuori (come la legge tedesca del 2001 sulla modernizzazione del diritto delle obbligazioni); 2) che gli elementi di una codificazione, grazie ad una tecnica legislativa plasmabile, possono essere ampiamente permeabili alle esigenze dei nuovi tempi.

Si è così invertita quella tendenza alla 'decodificazione', che aveva investito, in misura maggiore o minore, tutti i Paesi di tradizione romanistica, portando alla ricodificazione del diritto civile brasiliano, con un indubbio beneficio alla sua razionalità e una più semplice conoscenza dei suoi nuovi principi e figure.

Sempre sulla stessa linea si può collocare anche la riflessione in chiave storica effettuata da Giovanni Turelli sull'importanza, ai fini della regolazione delle persone giuridiche, delle *Notas al Código civil* di Dalmacio Vélez Sarsfield, da lui redatte in funzione esplicativa del contenuto dei vari articoli. La solida formazione romanistica del grande giurista argentino e la sua grande capacità di rilettura delle fonti antiche, della tradizione iberica, e in particolare della Seconda Scolastica, delle moderne codificazioni e delle dottrine giuridiche europee e latinoamericane trovano una concreta espressione proprio in questa materia, dove si coniugano dati dei testi del Digesto, articoli di Codici (austriaco, prussiano, cileno) ed insegnamenti di Savigny.

Sono seguite una serie di lezioni in varie branche del diritto, nelle quali hanno trovato puntuali verifiche le peculiarità del sistema giuridico latinoamericano sopra evidenziate. Cominciando dal diritto privato e da un tema di ampio respiro, particolarmente significativo è risultato l'apporto di David Fabio Esborraz sulla teoria generale delle obbligazioni, vista co-

me elemento di unità e resistenza di tale sistema nei confronti delle influenze del *common law* nordamericano.

A suo avviso, infatti, i Codici civili del subsistema latinoamericano attribuiscono ad essa un ruolo centrale, trattando in tale sede alcuni temi che la maggior parte di quelli europei sono soliti regolare all'interno della teoria generale del contratto o dell'atto o del negozio giuridico, come la disciplina della condizione, del termine o, persino, del modo e la generalizzazione della funzione integrativa del principio di buona fede, il quale si estende così anche a quelle nate da fatto illecito (come prevedono i Codici di alcuni degli Stati Federati del Messico: ad es., Sonora, Zacatecas e Morelos).

Ciò si spiega, secondo Esborraz, perché nei Codici dell'America Latina, già a partire dal XIX secolo, la proprietà non deteneva il ruolo assorbente che le aveva assegnato il Codice civile francese (ed i Codici che da quello discendevano): in essi, grazie ad una matrice romanistica più intensa accolta dalla tradizione iberica (soprattutto attraverso le opere degli 'istituzionalisti' e dei 'pratici' spagnoli), le obbligazioni e i contratti sono istituti che si ergono come categorie di rilievo primario e svolgono una funzione importantissima per ordinare e orientare dogmaticamente le materie proprie del diritto privato patrimoniale.

Innestare su tali basi un'elaborazione e codificazione unitaria di una teoria generale delle obbligazioni arrecherebbe agli ordinamenti latinoamericani ulteriori e indiscutibili vantaggi:

1) sotto il profilo del cosiddetto 'sistema estrinseco', ossia della funzione espositiva e didattica dell'intera elaborazione sistematica, ragionare con essa consente una semplificazione delle materie trattate, rendendole più chiare e comprensibili ed escludendo ripetizioni inutili;

2) sotto il profilo del cosiddetto 'sistema intrinseco', ossia delle connessioni che collegano tra loro le disposizioni normative in base a determinati principi, essa fornisce all'interprete criteri di coerenza che permettono di ricondurre le parti speciali ad un'unità razionale. Così, ad esempio, la teoria generale delle obbligazioni ha fornito alla dottrina la possibilità di superare alcune delle distinzioni esistenti tra la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale – che talvolta appaiono arbitrarie – in materia di presupposti per l'attribuzione della responsabilità, di estensione del risarcimento, di prescrizione, e così via;

3) in quest'ultima prospettiva, l'elaborazione di una teoria generale costituisce anche un ottimo strumento per la realizzazione del fondamentale principio della 'giustizia sostanziale', consistente nell'offrire un trattamento uguale a situazioni considerate tra loro equivalenti secondo valori e interessi ritenuti meritevoli di tutela dall'ordinamento;

4) infine, la codificazione di una parte generale conferisce al diritto delle obbligazioni una forza espansiva che lo erge a diritto comune a tutti i rapporti obbligatori che hanno a oggetto una prestazione patrimoniale e,

pertanto, non solo rispetto a quelli che nascono dalla circolazione di beni e dalla protezione degli stessi dai danni prodotti dalla vita di relazione, bensì anche in connessione alle obbligazioni patrimoniali collegate ai diritti reali, ai rapporti di famiglia e alle successioni a causa di morte (alle quali si applicherebbe in via sussidiaria).

Esborraz propugna dunque l'opportunità e la convenienza – secondo la linea seguita dal *Grupo para la armonización del derecho en América Latina* (GADAL) nella stesura del Progetto del *Código marco de las obligaciones para América Latina* – di non limitare la portata di un futuro 'Codice quadro' al solo campo dei contratti, ma di estenderla anche – fin dall'inizio – alle obbligazioni in generale, qualunque sia la loro fonte. Tutto ciò senza pregiudizio per il riconoscimento, in aggiunta, di principi e regole propri delle diverse fonti delle obbligazioni (contratti, fatti illeciti, gestione di affari altrui, arricchimento senza causa, dichiarazione unilaterale di volontà), cercando di conciliare così le esigenze di unità nelle diversità.

Sempre in campo privatistico, ma in settori più circoscritti, si sono confrontate le esperienze latinoamericane ed europee in tema di tutela del consumatore (Sheraldine Pinto Oliveros), di esecuzione delle obbligazioni alternative (Catalina Salgado Ramírez), di responsabilità precontrattuale (Iole Fargnoli), di limiti alla responsabilità civile oggettiva (Gian Franco Rosso Elorriaga), di riparazione e risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale (Manuel Grasso) e di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (Simona Cacace).

Nell'America Latina – ha osservato Sheraldine Pinto – tra le esigenze di tutelare il consumatore in quanto parte debole della relazione di consumo e la strumentalità di questa tutela al funzionamento del mercato sembrerebbe prevalere la prima, anche se la seconda è sempre rimasta presente e, talvolta, è stata richiamata al fine di giustificare un (energico) intervento dello Stato nell'economia.

Tale impostazione latinoamericana, tuttavia, non deve sollevare il consumatore né dalle proprie responsabilità, né dal proprio ruolo di arbitro del mercato. A tale riguardo, è imprescindibile comprendere la *ratio* sottostante ai valori e agli strumenti introdotti nel sistema dalle normative che lo proteggono e, in particolare, la *ratio* di quegli strumenti diretti a sottrarlo alla conclusione prematura e irrazionale di un contratto, ovvero, l'informazione e il diritto di recesso, senza trascurare di rivolgere la stessa attenzione alle discipline sulle pratiche commerciali sleali e sulle clausole abusive nei contratti con il consumatore.

In diverse legislazioni latinoamericane, questi strumenti sono stati indubbiamente ispirati dalla normativa comunitaria europea, ma le loro previsioni riflettono l'assenza di una sufficiente analisi riguardo ai loro fondamenti e criticità nel diritto comunitario europeo. Ciò spiega l'inadeguatezza della loro regolamentazione in alcuni ordinamenti del sub-continente che, in ultima istanza, conduce a svilire la tutela offerta al consumatore da

questi strumenti o, in alcuni casi, porta ad un'applicazione pratica che insinuerebbe l'ombra del paternalismo.

In realtà, alcune previsioni delle diverse legislazioni latinoamericane – come quelle del diritto all'educazione, dei doveri del consumatore, della vulnerabilità (anziché debolezza) del consumatore, della speciale attenzione verso alcune categorie di consumatori particolarmente vulnerabili o *hiposuficientes*, della responsabilità e, pur con le sue criticità, dell'informazione – permettono di superare questo rischio e, al contempo, di affermare che il sistema latinoamericano di tutela prende come parametro il consumatore medio, anche se manca una concettualizzazione di questo modello, come quella fornita dalla Corte Europea di Giustizia a partire dalla decisione nel caso «*Gut Springenheide GmbH y Rudolf Tusky*».

Diventa, allora, evidente che sono molteplici gli aspetti di interesse della tutela del consumatore in America Latina, così come sono numerosi i profili di originalità delle sue soluzioni. A questo riguardo basterebbe pensare ai danni punitivi, introdotti dalla *Ley de defensa del consumidor* argentina, agli strumenti di tutela processuale ed all'applicabilità della teoria del '*piercing the corporate veil*' nelle ipotesi previste dal Codice del consumatore brasiliano, alla disciplina della responsabilità da servizi (difettosi) e al ricorso a meccanismi alternativi di risoluzione di conflitto previsti da diverse legislazioni del sub-continente.

L'analisi delle disposizioni dei Codici civili latinoamericani relativi all'adempimento delle obbligazioni alternative si configura, secondo Catalina Salgado, come un invito a rileggere e a dare un senso rinnovato a questo tipo di rapporto obbligatorio. In molti di essi, dove 'ciò che è dovuto' non è qualcosa di indeterminato, ma radicato nei termini di varie prestazioni da compiersi ancorché non insieme, è presente, 'assopito', un principio coerente con la 'struttura alternativa' e con la funzione di stima o garanzia che tali obbligazioni assolvono fin dall'inizio: il principio di adempimento di una delle prestazioni esime dall'adempimento delle altre. In materia contrattuale ciò che hanno voluto le parti è una domanda che precede la concentrazione della scelta, che 'trasforma' la prestazione in obbligazione 'singola' a tutti gli effetti. Un'interpretazione che dia rilevanza all'offerta di adempimento, in sede di rischi e di irrevocabilità della scelta, non è incompatibile con una che privilegi il fatto dell'adempimento effettivo, pieno, integrale, completo di una delle prestazioni come quello liberatorio dall'obbligazione. La dottrina o si attesta sul punto estremo della mutevolezza della natura dell'obbligazione mediante scelta o semplicemente non approfondisce le conseguenze dell'inadempimento in conformità alla struttura dell'obbligazione nell'ordinamento di base.

Iole Fargnoli, in materia di *culpa in contrahendo*, evidenzia un legame di alcune importanti codificazioni dell'America Latina all'esperienza giuridica europea, ma più direttamente all'eredità romanistica nell'ambito di

quella comunicazione esistente tra sottosistema latinoamericano e sottosistema europeo all'interno del sistema romanistico. A suo avviso, appare possibile che la teoria di Jhering abbia avuto in Cile un impatto già sulla legislazione commerciale alla fine del secolo XIX, mentre è certo che lo ebbe in seguito sulla giurisprudenza che l'ha accolta a piene mani.

La nuova codificazione civile brasiliana, ma soprattutto quella argentina, con la previsione di quattro norme nel nuovo Codice, dimostrano la maggiore rilevanza assunta dalla materia negli ultimi anni. È peraltro possibile notare che le norme dei due Codici si ispirano a modelli esistenti, in particolare alle disposizioni del Codice civile italiano e quindi alla norma di quello portoghese, ma anche ai tentativi europei di armonizzazione del diritto dei contratti, in particolare ai *PECL* e al *Draft Common Frame of Reference*.

Ad ogni modo, conclude Fagnoli, anche in tali ordinamenti, sarà da vedere come la lettera delle norme arriverà ad essere applicata dai tribunali e percepita dai destinatari. Infatti, solo così si potrà dire se la creatura di Jhering, nata sulle fonti del diritto romano, prosperata con il passare del tempo fino a diventare un gigante, abbia già raggiunto i suoi confini oppure sia destinata ancora a crescere.

Gli illeciti penali romani qualificati dalla dottrina come casi che contengono ipotesi di responsabilità oggettiva sono esaminati da Gian Franco Rosso, il quale coglie in essi un duplice principio: della tipicità e della limitazione della perdita patrimoniale del condannato, rendendo così operativo il binomio responsabilità oggettiva-limitazione quantitativa, per ottenere risultati di vera giustizia sostanziale.

Attraverso un confronto con i Codici civili latinoamericani egli constata che gli illeciti romani a responsabilità oggettiva sono stati recepiti, ma basandoli su un fondamento soggettivo, senza introduzione di limiti quantitativi alla responsabilità, tranne l'azione di regresso. Tuttavia, nelle più recenti scelte legislative e nelle interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali emerge una chiara tendenza a ritornare alla loro oggettivizzazione, mancando però un'adeguata riflessione parallela sulla necessità di introdurre limiti quantitativi.

Ciò porta Rosso a propugnare in questo campo una piena riaffermazione dell'equità naturale non come un concetto astratto, ma come un richiamo ai principi comuni del sistema giuridico romanistico, con la conseguenza che continuano ad essere valide le considerazioni romanistiche per limitare la responsabilità, laddove non cambino sostanzialmente i criteri di attribuzione oggettiva. Infatti – così conclude – sono perfettamente applicabili alle fattispecie romanistiche a responsabilità oggettiva nozioni elaborate ai giorni nostri, come il rischio creato o il rischio di impresa, risultando diverse le circostanze storiche, ma non le ragioni giuridiche di fondo.

L'intervento di Manuel Grasso si è concentrato, invece, su alcune categorie giuridiche fondamentali (obbligazione, contratto, danno antiggiuridici-

co, inadempimento di un'obbligazione preesistente, riparazione e risarcimento) nel nuovo Codice civile e commerciale argentino, commentandone l'ubicazione sistematica ed il contenuto.

Così facendo, si mettono in luce i punti di contatto del regime codicistico con il diritto romano e la tradizione romanistica, come avviene nel campo delle fonti delle obbligazioni, dove il modello gaiano-giustiniano viene integrato dall'apporto di Grozio sul ruolo agglutinante della categoria del danno, che unifica le sfere tradizionali della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Ma, allo stesso tempo, se ne sottolineano alcune rilevanti novità. Tra di esse, ad avviso di Grasso, spicca l'attribuzione al contratto di margini di applicazione più ampi rispetto al ruolo tradizionale di fonte delle obbligazioni, in quanto con tale atto le parti possono far sorgere, modificare ed estinguere relazioni giuridiche patrimoniali, che non hanno necessariamente la natura di obbligazione; inoltre, eliminando il nesso necessario tra quest'ultima ed il contratto, si viene a fissare come orizzonte e limite della responsabilità contrattuale il danno subito. E la stessa applicazione espansiva pervade il concetto della sua riparazione. Tutto ciò – non si nasconde l'Autore – è, però, causa di non poche incoerenze a livello terminologico e dogmatico, che dottrina e giurisprudenza sono chiamate ad appianare.

In riferimento al delicato tema del consenso informato e delle disposizioni di trattamento anticipato, Simona Cacace puntualizza che, in Italia come in Argentina, l'intervento del legislatore riveste anzitutto un significato valoriale forte ed inequivoco, rivolto agli operatori sia sanitari sia giuridici; declina e specifica l'egida della Carta fondamentale; rinsalda e conforta gli orientamenti e le evoluzioni della giurisprudenza ordinaria, amministrativa, costituzionale degli ultimi decenni. Il risultato, dunque, a suo avviso, è quello di sollevare il Codice deontologico da inopportune funzioni di supplenza e di creare istituti giuridici *ad hoc* per la risoluzione delle problematiche in argomento. Volontà del legislatore, conseguentemente, non è la previsione e la disciplina di una responsabilità *ex post*, in un'ottica anche o solo sanzionatoria, bensì d'incentivare quanto più possibile l'adozione di decisioni consensuali medico/paziente, ricostruendone ed umanizzandone la relazione, distendendone i toni, chiarendo i reciproci diritti e doveri. È il ruolo stesso del giudice, peraltro, ad uscirne modificato, laddove il suo intervento è unicamente richiesto, quale *extrema ratio*, nell'ipotesi di altrimenti irresolubile conflitto fra scienza e volontà.

Per contro, la *vacatio legis* dell'ordinamento venezuelano crea uno stato d'incertezza quanto all'estensione della posizione di garanzia del medico e dell'autonomia del paziente: il paternalismo impera nelle poche decisioni giurisprudenziali e viene avallato dal dettato costituzionale, senza che la normativa, pur intervenuta, sia stata in grado di segnare una svolta o una «rottura» rispetto alle scelte valoriali e giuridiche del passato.

Se dal campo civilistico ci rivolgiamo a quello più propriamente commerciale, si è compiuta da parte di Stefano Liva una feconda comparazione diacronica tra la figura del 'socio d'opera', trattata nelle fonti romane, e quella del *socio industrial*, prevista dai vecchi *Código de comercio* e *Código civil* argentini e riprodotta dalla legge n. 19.550 del 1972, tuttora vigente. L'Argentina è oggi l'unico Paese (insieme ad Uruguay e Paraguay, che ne hanno mutuato la disciplina), in cui la *sociedad de capital e industria* conserva una sua identità e una propria autonomia normativa, giustificata dal peculiare ruolo riconosciuto al *socio industrial*, e dalla conseguente volontà di tener conto della specifica posizione in cui si trova colui che contribuisce al raggiungimento dell'obiettivo sociale con il conferimento della sola 'opera'.

A giudizio di Liva, non è forse irragionevole pensare che la scelta del legislatore argentino possa essere stata in qualche modo influenzata dall'esempio fornito dal diritto romano, che ha avuto in Vélez Sársfield un formidabile interprete e testimone.

Altrettanto significative sono state le osservazioni condotte in ambito costituzionale nel corso delle lezioni tenute da Adriana Apostoli sulle tendenze del *nuevo constitucionalismo* latinoamericano e da Susanna Pozzolo sul costituzionalismo regolativo.

All'esito di un'indagine in chiave storico-comparatistica sugli ordinamenti costituzionali dell'America Latina, la prima Autrice ha sottolineato che, nella maggior parte di essi, a garanzia dei diritti riconosciuti, sono stati previsti strumenti i quali, in virtù di concessioni ai trattati e ai patti internazionali e di un loro riconoscimento con forza normativa superiore alle norme interne, nonché di formule per l'interpretazione degli atti che riguardano i diritti umani, impongono la necessaria conformità con la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e con i trattati internazionali sugli stessi. Da qui la tendenza a concedere alle norme del diritto internazionale, del diritto comunitario e pattizio una gerarchia costituzionale e, quindi, la supremazia sul resto dell'ordinamento giuridico.

In tale contesto si evocano l'approvazione della Convenzione americana dei diritti dell'uomo di San José de Costarica e l'istituzione della Corte interamericana dei diritti umani, organo deputato a proteggere i diritti ivi sanciti in relazione alle responsabilità assunte dagli Stati membri.

La Corte svolge due funzioni, l'una consultiva e dunque diretta all'interpretazione e all'applicazione della Convenzione; l'altra contenziosa, direttamente i ricorsi presentati dagli Stati membri circa le denunce alle violazioni dei diritti iscritti nella Convenzione da parte di altri Stati membri. Si occupa, inoltre, di analizzare la compatibilità delle leggi con le dichiarazioni internazionali poste a tutela dei diritti e di predisporre per l'Assemblea Generale dell'OSA (Organizzazione degli Stati Americani) un rapporto annuale, nel quale si indicano gli Stati che si sottraggono all'adozione delle misure indicate dalla Corte per la tutela dei diritti umani.

Siffatti compiti sono complementari a quelli affidati alla Commissione interamericana – organo politico – che si contraddistingue per il fatto che ad essa possono rivolgersi anche singoli individui o gruppi di individui, al fine di far valere le proprie istanze. Dinanzi alla Commissione il ricorso individuale è lo strumento generale per attivare le funzioni di indagine, mentre è eccezionale l'istituto del ricorso interstatale; alla Corte, invece, possono rivolgersi solo gli Stati.

A differenza dell'Unione europea – conclude Apostoli – all'interno di un sistema così delineato, dove non ci sono organi politici idonei a produrre un diritto derivato dai trattati che la Corte è successivamente chiamata ad applicare, il potere (giudiziario) che viene esercitato non si caratterizza per la ripartizione dei poteri. Il solo rimedio previsto – che oltretutto ha dimensione esclusivamente statale – è, infatti, la facoltà di proporre una denuncia contro il Trattato da parte degli Stati che non reputano corretta l'ottemperanza alle sentenze della Corte; sentenze che possono arrivare addirittura a chiedere la modifica delle leggi e delle Costituzioni ritenute in contrasto con il diritto convenzionale.

Susanna Pozzolo ha preso le mosse dalle forme di costituzionalismo 'denso', cioè attraverso documenti ricchi di diritti, il cui grande successo a livello planetario ha investito anche il continente latinoamericano. Questo, se, da un lato, ha rafforzato il costituzionalismo stesso, contribuendo alla sua diffusione, dall'altro, ha finito anche per incidere profondamente sull'originario assetto delle funzioni del potere. In particolare, le Corti e i Tribunali, soprattutto costituzionali, si sono rivelati sempre più centrali nella determinazione significativa dei documenti fondamentali e del diritto infracostituzionale. Perciò, la diffusione del modello democratico – che ha accompagnato l'affermazione di questi documenti nel corso degli ultimi due secoli – è, invero, andata di pari passo al relativo indebolimento della funzione legislativa, in favore di quella giudiziaria.

Questo fenomeno è connesso al 'tipo' delle costituzioni dense di diritti. La democrazia costituzionale, oggi considerata il miglior sistema politico, oltre alle regole 'più tecniche' del funzionamento democratico, implementa i diritti per cui il controllo delle attività umane attraverso le regole giuridiche deve essere funzionalmente diretto alla protezione di certi beni e valori fondamentali ivi individuati. Ne deriva che, essendo il legislatore soggetto alla costituzione, la sua attività risulta 'indirizzata' dal testo fondamentale e il controllo di costituzionalità sulle norme del sistema acquista una (forse inattesa) centralità.

In questo quadro complesso si è innestato il nuovo costituzionalismo, che fonda un ordine artificiale arricchito di un apparato valoriale potente finalmente giustiziabile. Pozzolo rileva perciò come in tale contesto il legislatore democratico abbia perduto la sua centralità, perché le sue decisioni sono divenute oggetto di valutazione dei giudici, anche se risulta difficile immaginare che le Corti possano risolvere problemi di effettività del di-

ritto. Comunque, la possibilità stessa, di cui dispone il cittadino, di impugnare le scelte legislative richiamandosi alla Costituzione viene percepita quasi come una cura ai problemi sociali di molti Paesi latinoamericani, dal momento che alle norme costituzionali si assegna il compito di creare contrappesi e non solo di difendere la democrazia. Le momentanee maggioranze – termina dicendo l'Autrice – rappresentano centri di potere contro cui il costituzionalismo dei diritti è chiamato in azione contro l'oppressione delle minoranze.

Da ultimo, Luca Passanante ha affrontato la delicata e stimolante tematica del rapporto tra potere e massime giudiziarie, in cui si racchiude in un breve enunciato il contenuto delle decisioni delle più alte giurisdizioni, operando un istruttivo raffronto fra esperienze italiana e brasiliana.

Se la loro redazione, da un lato, rende più agevole intendere quale sia la questione che la pronuncia ha risolto e come l'abbia risolta, dall'altro, può comportare il rischio di perdere quasi completamente contatto con il 'caso' deciso, fino a divenire proposizioni generali ed astratte che, senza troppo sforzo, possono definirsi veri e propri enunciati normativi.

Italia e Brasile hanno sistemi di giustizia civile che, pur affondando le proprie radici nella comune tradizione culturale di *civil law*, sono tra loro assai diversi, ma accomunati dal carattere bulimico della propria Corte suprema (nel caso brasiliano è più corretto discorrere di due Corti supreme), nonché dalla prassi di ridurre le sentenze delle Corti di vertice in quei brevi enunciati, che in Italia chiamiamo *massime* e in Brasile chiamano *súmulas*.

Questa operazione, normalmente sottostimata e non di rado derubricata a mero espediente pratico, volto ad agevolare la consultazione della giurisprudenza, ha in realtà, nel giudizio di Passanante, una grandissima rilevanza, fino ad integrare l'esercizio di un vero e proprio potere. Se ciò in Brasile è ormai un dato acquisito anche *in iure*, avendo l'ordinamento riconosciuto – in presenza di determinate circostanze – la vincolatività delle *súmulas*, in aderenza ad una ormai ben nota teoria del precedente vincolante, in Italia le cose stanno diversamente, poiché in esso viene costantemente negato alla giurisprudenza lo *status* di fonte del diritto.

In entrambi gli ordinamenti, però, è indubbio che l'attività di massimazione delle sentenze attribuisce a chi la compie un potere non indifferente. Esso si traduce in una funzione di selezione delle sentenze e si attua in modo pluridirezionale, in quanto può esprimersi nella direzione che va dalla Cassazione ai giudici di merito, ma anche nella direzione opposta e implicare in tal caso l'esercizio di un potere che proviene da un soggetto privato, ove, ad es., la Cassazione utilizzi, al fine di rilevare orientamenti giurisprudenziali delle Corti inferiori, pronunce giurisprudenziali massimate dalle riviste o da banche dati private.

Al termine della propria serrata analisi, l'Autore esprime il timore che, ove questo potere si esercitasse in una dimensione non solo sociale, ma

anche giuridica, dovrebbero adottarsi antidoti di natura incisiva e le riflessioni dovrebbero spostarsi dal piano di fatto a quello di diritto e suscitare l'intervento dei giuristi più sensibili e attenti alla conservazione degli equilibri costituzionali, che sono posti a garanzia dell'irrinunciabile carattere democratico dello Stato.

3. Infine, mi siano consentite alcune brevi riflessioni personali.

Con il trascorrere del tempo mi sono sempre più convinto della necessità, per un giurista italiano ed europeo attuale, di prendere confidenza e conoscere il sistema (o, a seconda delle interpretazioni, il sottosistema) giuridico latinoamericano. Limitandomi al campo del diritto privato per la maggior vicinanza ai miei interessi, esistono molte ragioni che sono alla base di questa mia convinzione.

Innanzitutto, ragioni di carattere storico, sulle quali non occorre però soffermarci a lungo, data la loro evidenza e notorietà. Le radici comuni, rappresentate essenzialmente dal diritto romano – canonico e dalla scienza giuridica che su di esso si sviluppa, ne facilitano la reciproca conoscenza. L'importanza di questa eredità è ovvia in Europa, dove sono nati e si sono evoluti tali ordinamenti, con tutti i connessi fenomeni di contrapposizione fra diritto ufficiale e diritto volgare – prima – e *ius commune* e *iura propria* – successivamente – ma altrettanto vale per i Paesi dell'America Latina, che, pur avendoli ricevuti al seguito dei colonizzatori europei, sono stati capaci di declinarli alla propria situazione contingente, dando vita alla ricchissima esperienza del diritto indiano (inteso come diritto europeo adattato alle Indie) e del suo incontro con le tradizioni giuridiche indigene. Siamo perciò ben lontani da meri ed asettici trapianti, dimostrando l'infondatezza di certe affermazioni, che negano ogni originalità agli ordinamenti latinoamericani.

Vi sono, poi, ragioni di ordine sistematico. Conoscere come una tradizione giuridica comune si sia diversamente trasfusa nelle codificazioni moderne non può che costituire un arricchimento culturale e professionale in un mondo proiettato irreversibilmente alla globalizzazione. E non solo, perché si toccano anche scelte di politica legislativa, che meritano più attente riflessioni. Ai modelli di codificazione civile europea, infatti, riducibili, in modo un po' semplicistico, ai due grandi tipi (francese e tedesco), con interessanti soluzioni intermedie (come il Codice delle Obbligazioni svizzero ed il Codice italiano del 1942) ed innovative (il Codice olandese del 1970-2012), si contrappongono modelli alternativi di matrice latinoamericana, in una prospettiva sia storica che attuale.

Basterebbe richiamare le sistematiche del Codice civile peruviano del 1984 (*libro 1: personas; libro 2: acto jurídico; libro 3: familia; libro 4: sucesiones; libro 5: derechos reales; libro 6: obligaciones, libro 7: fuentes de las obligaciones; libro 8: prescripción y caducidad; libro 9: registros públicos; libro 10: derecho internacional privado*); del Codice civile brasiliano del

2002 (Parte general: *livro I: das pessoas, livro II: dos bens, livro III: dos fatos jurídicos*; parte especial: *livro I: do direito das obrigações; livro II: do direito de empresa; livro III: do direito das coisas; livro IV: do direito de família; livro V: do direito das sucessões*), che ricalca le orme di una lunga tradizione precedente rappresentata dall'*Esboço* di Texeira de Freitas e dal Codice di Clóvis Beviláqua del 1916, ma che presenta anche importanti profili innovativi, quali l'unificazione di istituti civili e commerciali; e del recentissimo Codice civile e commerciale argentino del 2014 (*libro 1, parte general: personas, bienes, hechos y actos jurídicos; libro 2: relaciones de familia; libro 3: derechos personales; libro 4: derechos reales; libro 5: transmisión de derechos por causa de muerte; libro 6: disposiciones comunes a los derechos reales y personales*), anch'esso figlio di un'autorevole tradizione nazionale risalente alla codificazione di Dalmacio Vélez Sarsfield, ma aperto alle novità soprattutto in ambito del diritto di famiglia e dell'unitarietà – quanto meno parziale – del diritto civile e commerciale.

Siffatti confronti risultano tutt'altro che anacronistici per un giurista europeo, proprio perché si trova oggi di fronte a profondi cambiamenti, che hanno investito gli ordinamenti privatistici continentali, con l'approvazione di nuovi Codici civili (a parte il già citato caso dei Paesi Bassi, la Romania nel 2011, la Repubblica ceca nel 2012 e l'Ungheria nel 2013), con le sensibili modifiche di quelli vigenti (Germania nel 2001 e Francia nel 2016-2018) e con i progetti, più o meno avanzati, di una loro riforma (Spagna e Italia).

Circoscrivendo il nostro discorso alle codificazioni nuove, le sistematiche scelte dai Paesi europei non sono identiche: il Codice rumeno risulta influenzato dal modello francese del Québec del 1994 (persone, famiglia, proprietà, successioni, obbligazioni, prescrizione, diritto internazionale privato), mentre gli altri due appaiono maggiormente ispirati ai modelli olandese e tedesco (Codice ungherese: persone fisiche, persone giuridiche comprese le società commerciali, famiglia, diritti reali, obbligazioni, successioni; Codice ceco: persone fisiche e giuridiche, incluse le società commerciali, cose, atti giuridici, famiglia, diritti reali, trust, successioni, obbligazioni). Malgrado ciò, si colgono in tutti e tre questi Codici alcune tendenze univoche, quali l'unificazione della materia civile e commerciale, che caratterizzano anche gli ordinamenti brasiliano e, in parte, argentino, oppure orientamenti molto spiccati, come l'inclusione delle relazioni di consumo all'interno del Codice civile (Repubblica ceca ed Ungheria) sulla scia olandese ed ora anche argentina. E la comparazione fra sistematiche si rivela particolarmente proficua in un'epoca di così grandi trasformazioni.

Infine, non vanno dimenticate le ragioni teorico – pratiche, legate al ruolo dei giuristi contemporanei non solo nell'adozione delle nuove normative, ma anche nel difficile compito di armonizzarle all'interno del complesso sistema attuale delle fonti. Sia in Europa che in America Latina, infatti, il diritto privato è prodotto da convenzioni ed organismi inter-

nazionali, costituzioni nazionali, leggi e norme a vari livelli (federale, statale, regionale) e si deve confrontare con le decisioni delle Corti di giustizia internazionali e degli organi giudicanti nazionali. Gli ordinamenti si sovrappongono ed intrecciano e l'azione del legislatore si rivela assolutamente insufficiente.

La situazione latinoamericana è resa ancor più complessa dal fenomeno dei diritti indigeni e dal ruolo sempre più costruttivo e penetrante delle sentenze della *Corte interamericana de derechos humanos de Costa Rica*, alla quale si riconosce ormai una funzione fondamentale nella formazione di un *ius commune* latinoamericano a protezione degli stessi. Parallelamente, in ambito europeo si deve affrontare l'intreccio fra disposizioni della Convenzione europea dei Diritti Umani, dei Trattati della Unione europea, di Nizza e di Lisbona e la loro applicazione concreta da parte delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

Di fronte a tale panorama – per certi versi desolante – di difficoltà attuative e di incertezza del diritto, va recuperata e valorizzata la funzione del giurista, indispensabile al coordinamento ed all'armonizzazione del sistema. Pertanto, i contatti e gli scambi di esperienze fra la scienza giuridica delle due sponde dell'Atlantico, operanti all'interno di uno stesso sistema giuridico, che storicamente sono sempre esistiti, non solo non debbono essere persi, ma vanno costantemente incrementati, al fine di evitare che siano sacrificati alle logiche mercantili e finanziarie, nelle quali si traducono gli aspetti più deleteri dell'attuale globalizzazione.

Hanno collaborato:

CRISTINA AMATO, *Professoressa ordinaria nell'Università di Brescia*

ADRIANA APOSTOLI, *Professoressa ordinaria nell'Università di Brescia*

SIMONA CACACE, *Ricercatrice nell'Università di Brescia*

IGNAZIO CASTELLUCCI, *Ricercatore nell'Università di Teramo*

FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Professore nella Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul de Porto Alegre (Brasil)*

DAVID FABIO ESBORRAZ, *Ricercatore ISGI-CNR-CSGLA Università di Roma 'Tor Vergata'*

IOLE FARGNOLI, *Professoressa ordinaria nell'Università di Milano e nell'Università di Berna*

MANUEL GRASSO, *Professore nell'Universidad Católica de Temuco (Chile)*

STEFANO LIVA, *Ricercatore nell'Università di Brescia*

PIETRO ONIDA, *Professore associato nell'Università di Sassari*

ALDO PETRUCCI, *Professore ordinario nell'Università di Pisa*

LUCA PASSANANTE, *Professore associato nell'Università di Brescia*

SHERALDINE PINTO OLIVEROS, *Professoressa nell'Universidad Central de Venezuela*

SUSANNA POZZOLO, *Professoressa associata nell'Università di Brescia*

GIAN FRANCO ROSSO, *Professore nell'Universidad de los Andes (Santiago de Chile)*

ANTONIO SACCOCCIO, *Professore Ordinario e Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università di Brescia*

CATALINA SALGADO RAMÍREZ, *Professoressa nell'Universidad Externado de Colombia*

SANDRO SCHIPANI, *Professore emerito nell'Università Sapienza di Roma*

GIOVANNI TURELLI, *Professore associato nell'Università di Brescia*

Finito di stampare nel mese di marzo 2019
nella Stampatre s.r.l. di Torino – via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

Per i tipi Giuffrè:

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" absburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I - L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III - Guerra giusta? - Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*
- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro.*
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo.*

- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità.*
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale.*
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale.*
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo.*
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico.*
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza.*
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali.*
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzi e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, «*La causa della conservazione del bello*». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento.*
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie.*
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali.*
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione».*
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto.*
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici.*
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali.*
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali.*
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata.*
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo.*
- GIOVANNI TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci.*
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione.*
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*
- MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*
- CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*
- VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*
- ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), «*Afferrare ... l'inafferrabile*». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUÈ (a cura di), *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*.

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*.

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*.

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie*.

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi*.

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit*.



Per i tipi Giappichelli:

Seconda Serie

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso*, 2015.
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective*, 2016.
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto*, 2016.
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata*, 2016.
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, 2017.
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, 2017.
7. SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in Salute*, 2017.
8. CHIARA MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli*, 2017.
9. STEFANO LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie*, 2017.
10. FABIO RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele*, 2018.
11. LUCA PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, 2018.
12. VERONICA MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, 2018.
13. LUCA MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, 2018.

Terza Serie

14. ANTONIO SACCOCCIO-SIMONA CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano. Summer School (Brescia, 9-13 luglio 2018)*, 2019.

