

to al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme». Il problema sorto al riguardo è stato quello di come interpretare l'espressione «precedente conforme»: il legislatore intendeva riferirsi al solo precedente giudiziale, o anche al precedente dottrinale? L'idea del precedente dottrinale sarebbe stata applicabile pure alle pronunce del Consiglio di Stato, cui all'epoca non era esteso l'art. 118 delle Disposizioni di attuazione del cod. proc. civ., considerato altresì che spesso il supremo organo della giustizia amministrativa faceva spesso riferimento alle posizioni della dottrina. La possibilità che nelle sentenze del Consiglio di Stato si potesse rinviare a un precedente dottrinale costituiva un utile raccordo tra dottrina e giurisprudenza, rivitalizzando il ruolo dell'avvocato; mentre il raccordo esclusivo tra legislatore e giudice silenzia la dottrina.

Così interpretato, ha sottolineato il Relatore, l'art. 26 sarebbe inoltre risultato in linea con i codici deontologici di avvocati e giudici degli altri Paesi europei, in cui è sancito l'obbligo, per entrambe le categorie, di aggiornarsi sugli orientamenti dottrinali. Ma con la legge 18 giugno 2009, n. 69, il legislatore italiano ha modificato il primo comma dell'art. 118 delle Disposizioni di attuazione

**SCIENZA GIURIDICA,
INTERPRETAZIONE E SVILUPPO DEL
DIRITTO EUROPEO
IL CONVEGNO INTERNAZIONALE
ARISTEC A ROMA**

Presso il Centro di Eccellenza in Diritto Europeo 'Giovanni Pugliese', sito nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, tra il 9 e l'11 giugno 2011 ha avuto luogo il Convegno Internazionale ARISTEC sul tema "Scienza giuridica, interpretazione e sviluppo del diritto europeo".

Promotrice e instancabile animatrice culturale dell'iniziativa è stata ancora una volta Letizia Vacca, allieva del compianto Giovanni Pugliese, la quale, sulle orme del Maestro, sin dall'esordio del suo percorso accademico e scientifico ha dedicato specifica e puntuale attenzione ai più svariati profili di teoria generale del diritto, in una rigorosa prospettiva storico-comparatistica. È proprio su questo particolare taglio, in linea con le più recenti tendenze degli studi storico-giuridici di età greco-romana, medioevale e moderna, ormai sempre

più fittamente intrecciati sia con le discipline del diritto comparato interno e sovranazionale, sia con la filosofia e la teoria generale del diritto, che, dopo i saluti di prammatica rivolti dalle Autorità (il Rettore Fabiani e il Preside della Facoltà giuridica Benvenuti), si è soffermata Letizia Vacca nel presentare i lavori del Convegno.

Solo l'interpretazione 'scientifica' (non mera interpretazione/applicazione, dunque) può governare l'odierno processo di coordinazione dei diritti interni con il diritto europeo – che si rivela viepiù complicato nel momento in cui questi impattano – e la necessaria creazione di un nuovo diritto certamente più flessibile, ma al contempo razionale e coerente. Entrambi gli obiettivi presuppongono un approfondito ripensamento delle categorie generali dell'interpretazione, alla ricerca di strumenti condivisi: un punto, questo, che ha poi costituito il Leit-motiv dell'intero Convegno. La meditazione sulle categorie tradizionali – ha sottolineato Letizia Vacca – deve essere di tipo dialogico e non svolgersi all'interno dei soli diritti nazionali. Ma dove trovare l'*ubi consistam* della condivisione? L'indicazione fornita (nella presentazione di Vacca, così come nelle successive relazioni) è stata univoca e assai netta: nelle radici storiche della scienza giuri-

siano ancora realmente separati dalla faglia del precedente. Nonostante le numerose opinioni contrarie, il Relatore ritiene che ancora una marcata diversificazione ci sia, sebbene sia in atto un'accentuata tendenza, nel 'common law', a non abbarbicarsi più a precedenti non condivisibili, abbandonandoli, ove opportuno.

Strettamente collegata con le conclusioni di Serio e ad esse complementare è stata la relazione svolta da L. Garofalo su "Il precedente nel civil law".

Il contributo di Garofalo è stato circoscritto all'esperienza italiana, dal momento che – come ha sottolineato il Relatore – l'Italia è l'unico Paese di 'civil law' in cui, negli ultimi dieci anni, è stata presa in approfondita considerazione la tematica del precedente. Il nostro, da questo punto di vista, è dunque un laboratorio interessante.

La prima menzione legislativa del precedente risale alla legge 21 luglio 2000, n. 205 («Disposizioni in materia di giustizia amministrativa»), il cui art. 9, comma 1, ha sostituito l'ultimo comma dell'art. 26, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034; questo il contenuto del secondo periodo dell'ultimo comma (poi trasfuso nell'art. 74 del Codice del processo amministrativo): «La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimen-

cipio fondante. Solo le pronunce di carattere generale sono idonee a divenire ‘precedenti’ in senso proprio, cioè vincolanti per i giudici di grado inferiore. Ineludibile, al riguardo, il delicato problema del valore delle affermazioni non decisive (come quelle incidentali, gli *obiter dicta*), ininfluenti sulla decisione finale. Considerato che talora gli *obiter dicta* toccano principi generali, anche se non inerenti alla *res dubia*, alcuni di essi vengono ‘promossi’ al rango di precedenti, per il loro prestigio o per la loro autorevolezza.

Il Relatore ha quindi analizzato la problematica connessa con l’esame delle circostanze di fatto alla base della decisione precedente con valore precedenziale. Al riguardo, il quesito fondamentale è: l’autorità del precedente va intesa come strettamente limitata ai fatti alla base della decisione precedente? In altri termini, la questione è quella della portata decisoria del precedente. Serio ha sottolineato, sul punto, come l’attività del giudice di ‘common law’ sia polimorfa; infatti, essa ha carattere deduttivo, quando si basa sulle leggi inglesi del XX e XXI secolo, natura induttiva quando si basa sul precedente.

Sulla scorta di questi elementi, Serio ha suggerito un’ulteriore riflessione sull’interrogativo se diritti continentali e ‘common law’

dica europea, che va perciò recuperata (nelle ‘assonanze’, così come nelle differenze da armonizzare) per la realizzazione di scelte attente.

Ha quindi preso la parola Carlo Augusto Cannata, per la sua “Introduzione generale” ai temi del Convegno, incentrata sul problema de “Le fonti della regola giuridica”.

Dopo avere richiamato l’attenzione sull’importanza della valutazione del contesto all’interno del quale la norma è inserita, ai fini di una corretta interpretazione, il Relatore ha sottolineato come non sempre la norma corrisponda all’enunciato legislativo. Discostandosi da Kelsen, il quale identificava la norma in un giudizio, Cannata ritiene che essa si sostanzi in un imperativo nel momento in cui si rivolge all’individuo, in un giudizio quando viene enunciata dal giudice. Vi sono dunque almeno due modi diversi di leggere la disposizione. Ne deriva che il senso di una disposizione di legge – irriducibile a brocardo – non può prescindere dalla sua interpretazione. Affrontando, con riguardo al diritto italiano, i contenuti dell’art. 12 delle disposizioni preliminari al cod. civ. e i problemi connessi con l’*analogia legis* e l’*analogia iuris*, il Relatore ha ribadito come la disposizione non sia sufficiente a se stessa, ma necessiti dell’interpretazione

e ha inoltre ricordato che in Italia le norme codicistiche «si nutrono» del loro inserimento nel sistema codicistico.

Quanto al ruolo del giurista, Cannata si è soffermato sulla ricerca delle *rationes decidendi* nelle decisioni giudiziali da parte dei *lawyers* del *common law*, osservando che il processo di individuazione della *ratio decidendi* coincide con la ricerca non sempre e non necessariamente della norma, quanto piuttosto della struttura concettuale utilizzata per risolvere il caso. Al giudice – di *civil law* e di *common law* – si richiede di comportarsi tanto come scienziato, tanto come pratico: il legame è costituito dalla casistica. L'enunciato normativo, per il giurista, deve essere considerato 'forma' non identificabile in 'norma' fintanto che non si verifichi il contesto (codicistico, etc.) in cui esso è inserito. È pertanto necessario un lavoro di determinazione, cui concorrano dottrina e giurisprudenza. Sul punto è paradigmatico il Codice civile svizzero, dove i vari formanti e il loro ruolo risultano enumerati e descritti in chiaro. In questa prospettiva, Cannata ritiene che lo *ius controversum* costituisca un modello e un procedimento essenziale. L'idea di un diritto controversiale è stata a lungo respinta per gli influssi del Giusnaturalismo che con forza la rifiutava, in omaggio al dogma della certez-

respinto questa prospettiva oracolare miracolistica, rappresentando piuttosto il 'common law' come una costruzione dei giudici. L'abbandono della teoria dichiaratista – ha precisato Serio – è stato anche dovuto al fatto che essa implicava le 'legal fictions', ovvero il ricorso alla tecnica finzionistica, mediante la quale si nascondevano gli effettivi mutamenti del diritto, mediante il mero mantenimento della sua forma esterna. L'asserita ipocrisia della teoria dichiaratista, con le sue 'legal fictions', ha lasciato dunque il posto alla valorizzazione del ruolo critico e creativo del giudice.

La dottrina del XX secolo ha chiarito che a nessun precedente può essere negata la qualifica di 'normativo', pure se esso si pone in contrasto con i principi tradizionali di 'common law'. A proposito della c.d. 'binding justice', Serio ha sottolineato che occorre distinguere l'applicazione pedissequa del precedente dalla creazione di una nuova regola giuridica, non fissata nei precedenti. Lord Mansfield affermava che il bello del precedente è la sua capacità di illustrare i principi cui la precedente sentenza si richiama, considerato che il diritto consiste in principi fondamentali. In altre parole, l'ermeneutica del precedente è nella tensione alla delineazione ragionata del suo prin-

mentale sia maggiormente rivolto al testo normativo, mentre nel ‘common law’ lo studio della sentenza quale possibile precedente risulti invece fondamentale. Non è vero, però, ha avvertito il Relatore, che il ‘common law’ sia avulso dall’uso della tecnica dell’astrazione’, tipica del ‘civil law’. Infatti lo studio dei precedenti giudiziari ha dato luogo a numerosi, imponenti e raffinati studi scientifici, di stampo teorico-dottrinale.

Si è richiamata in merito l’origine consuetudinaria del ‘common law’, e in particolare la teoria di Blackstone, il quale concepiva il ‘common law’ come prodotto organico e integrato di consuetudini, cioè come un corpo imbevuto di sentimenti morali, equitativi e pubblicistici; ma si è posto anche l’accento sullo strato normativo del ‘common law’, sulle prime leggi dei re, e ancora sui valori fondanti del diritto inglese, vale a dire la ragionevolezza e l’interesse pubblico. Secondo Blackstone e i suoi seguaci, la pronuncia giudiziaria aveva inizialmente una funzione solo maieutica del diritto consuetudinario preesistente (c.d. teoria dichiarativa della pronuncia giudiziaria): nulla sarebbe stato creato, dunque, nell’attività oracolare dei giudici.

Blackstone e gli altri ‘dichiaratisti’ sono poi stati duramente criticati da Austin, il quale ha

za del diritto; ma la controversia – ha ribadito il Relatore – è ineliminabile, in quanto costituisce guida insostituibile per la prassi, nonché strumento essenziale di decantazione della norma e di verifica della sua idoneità a risolvere i conflitti per i quali è stata formulata.

Nel discutere il tralaticio quesito se ‘il giudice crea o applica il diritto?’, Cannata ha affermato che nel nostro sistema italiano al potere giudiziario spetta la gestione della casistica e l’interpretazione della legge (anche se il giudice non ne può modificare la portata), mentre è compito del legislativo operare la scelta dei valori da tradurre in leggi. In ogni caso, è superata la concezione illuministica del giudice come ‘bocca della legge’: basti pensare alle *Leerformeln* (c.d. clausole generali), che non possono essere applicate se non vengono ‘riempite’ dal giudice, il quale al riguardo non trova in genere alcun soccorso nella legge. Queste problematiche hanno poi acquisito nuovi spessori e complessità da quando la giurisprudenza comunitaria vincola i giudici degli Stati membri e influenza la legislazione nazionale. I nuovi assetti ripropongono con forza il problema della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Così tracciato il solco al cui interno comporre la riflessione, si è dato inizio alla prima

sessione dei lavori, dedicata al tema “Scienza giuridica e interpretazione delle norme”.

In occasione del bicentenario dell’ABGB e della rinnovata attenzione per i precedenti e per i lavori preparatori della compilazione austriaca, M. Rainer ha proposto una densa discussione circa le “Teorie dell’interpretazione in Portalis e Von Zeiller”.

Dopo avere ricordato gli influssi esercitati dalla grande personalità e dalla raffinata formazione culturale di Martini, che il Relatore non ha esitato a definire come «il vero padre dell’idioma giuridico tedesco», cui si deve il conio dell’espressione ‘diritti innati’ (cfr. § 16 ABGB), generalmente attribuita invece a Kant, è venuto all’esame il ruolo di Von Zeiller. Rainer ha richiamato l’attenzione sulla opportunità di rileggere la Prolusione ai lavori di codificazione (anno 1801), dove Von Zeiller affermava che una buona legge si distingue per «eccellenza interna» (dovuta alla giustizia, da intendere come sinonimo di uguaglianza e libertà) ed «eccellenza esterna» (da intendersi come completezza e chiarezza, prodromiche a una comprensibilità ‘borghese’). Essenziale, poi, la precisazione del giurista secondo cui le buone leggi sono sempre poche e brevi: la pretesa di esaustività porterebbe il legislatore al fallimento dei propri intenti. Ricollegandosi

In conclusione, alla domanda se e come il giudice civile possa utilizzare il precedente, si può rispondere – secondo Dajczac – che in linea generale il precedente tranquillizza il giudice e stabilizza il diritto; ma, qualora il precedente conduca a sentenza ingiusta, il giudice può costruire una argomentazione per decidere, in via di eccezione, discostandosi dal precedente. Contro quanto asserito da McCormick, il Relatore ha sostenuto perciò che anche nella tradizione giuridica europea si è ormai radicata la regola di seguire le precedenti pronunce dei giudici di grado superiore, sebbene vi siano differenze di rilievo nella precisione e nella profondità d’argomentazione atta o ad applicare la regola del precedente o, viceversa, occasionalmente a rifiutarla; lo stile della redazione delle sentenze europee è, a tale riguardo, diverso tra i vari Paesi di ‘civil law’ e anche nei confronti del ‘common law’.

E appunto su “L’interpretazione del precedente nel common law” ha relazionato M. Serio.

Premesso un accenno alle ben note differenze sussistenti tra i formanti dell’ordinamento nei sistemi di ‘civil law’ e di ‘common law’, Serio si è soffermato sul precedente giudiziario, sottolineando come il giurista conti-

Delicate questioni pone l'ipotesi di abbandono del precedente, quando esso porti a una sentenza ingiusta. Dajczac ha richiamato al riguardo, per il diritto inglese, la tecnica del 'distinguishing', atta ad evidenziare le differenze tra i casi: quando non sussiste una delle condizioni di applicazione del precedente, il giudice inglese, nella motivazione della sentenza, sottolinea le differenze rispetto al caso deciso in precedenza ('distinguishing'). In Germania, attesa l'importanza riconosciuta ai valori della certezza del diritto e della tutela della buona fede, l'abbandono dei precedenti viene ammesso in via di eccezione, quando i motivi per farlo sono palesi; d'altra parte, come già segnalato, le sentenze del giudice tedesco di grado superiore non producono gli stessi effetti vincolanti della legge in vigore. Ne consegue che in Germania il giudice non è tenuto a motivare diffusamente quando si discosta dal precedente. In Francia, invece, le modalità di abbandono del precedente (la giurisprudenza della Corte di Cassazione) sono legate al connesso discorso politico e scientifico: quello del mutamento del giudizio comune su un dato problema, considerato anche che l'art. 5 cod. civ. fr. proibisce di giudicare i casi tramite la formulazione di regole generali.

agli accenni contenuti nella "Introduzione" di Cannata, Rainer ha ricordato come Von Zeiller non intendesse affatto precludere ai giudici l'interpretazione, perché una limitazione alla interpretazione letterale li avrebbe trasformati in 'macchine giudicanti'. Von Zeiller auspicava al contrario la nomina di giudici colti, capaci di 'ragionare' e di enucleare i principi universali del diritto (naturalmente, i poteri dei giudici venivano variamente limitati: si pensi all'obbligo di trasmettere ogni anno alla commissione legislativa gli atti relativi ad eventuali 'allontanamenti' dal dettato normativo). Lo spessore culturale di Von Zeiller – ha ricordato Rainer – si palesò ancora una volta nel 1808, quando, nel presentare la stesura definitiva del Progetto, vi allegò una fine comparazione giuridica fra Codice Napoleone, Codice prussiano e ABGB.

Rainer è quindi passato all'esame delle convinzioni di Portalis in materia di ermeneutica giuridica. In apparenza, ha sottolineato il Relatore, nel codice civile francese sono assenti regole sull'interpretazione in generale e sull'analogia, circostanza che venne criticata da Savigny in modo talmente feroce da indurlo poi a chiedere scusa ai legisti francesi nella seconda edizione del 'Beruf'. In realtà, la disattenzione per i problemi interpretativi fu so-

lo apparente. Portalis affidava infatti ai giudici colti ed eruditi (sottinteso: ai concetti giusnaturalisti) il compito di applicare e di interpretare le leggi incomplete, secondo l'equità che si ritrovava nelle leggi naturali. Attraverso queste citazioni, Michael Rainer ha inteso dimostrare come sia da abbandonare il luogo comune, che attribuisce a Portalis la concezione del giudice-automa. Resta piuttosto da chiarire a quale 'diritto naturale' si riferisse Portalis: non certo a quello teorico di Wolff e Thomasius – ha asserito Rainer – ma piuttosto allo *ius naturae* del diritto romano studiato da Domat, da cui Portalis derivava il richiamo attento alle fonti giustiniane.

Anche il dogma della completezza sfuma considerevolmente, nella ricostruzione di Rainer: Portalis sapeva e apertamente dichiarava che il Code era incompleto, fino al punto da affermare che sta al giudice colto, intriso dello spirito della legge, ricorrere alla ragione naturale – e dunque all'equità, intesa nell'accezione domatiana, mutuata dal diritto romano – per interpretare le leggi, e dove occorra, per integrarle. Savigny non comprese del tutto la raffinatezza del ragionamento di Portalis, per il quale il giudice non era affatto un automa, bensì il personaggio centrale del sistema-codice, che Portalis «prende per ma-

La giurisprudenza precedente – ha sottolineato il Relatore – è fonte di sicurezza e di pace per il giudice e di stabilità del diritto. Ma sussiste il problema dell'abbandono dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza precedente, se il senso di giustizia del giudice non avverte l'opportunità di accogliere il precedente. Nel diritto inglese la legittimità e la stabilità della sentenza sono collegate alla giurisprudenza precedente. Tuttavia, quando la soluzione non è ovvia la prospettiva cambia e tutto si incentra sulle differenze ravvisabili tra le fattispecie concrete: quando i fatti non sono somiglianti, non si può invocare il precedente. La difficoltà è nel fatto che tra i casi concreti vi sono sempre alcune somiglianze e alcune diversità, perciò sussiste sempre una certa libertà interpretativa dei giudici, nel valutare se sono dominanti le somiglianze o le diversità. In Germania il giudice ha l'obbligo di citare la legge e la facoltà di invocare sentenze precedenti, dunque non si può basare sui soli precedenti, perché la decisione deve fondarsi sulla legge. I giudici francesi scrivono sentenze sintetiche, dove è possibile trovare citazioni dei precedenti della Corte di Cassazione, se i casi sono simili; in Francia, non vi è obbligo, per il giudice, di giustificare diffusamente l'uso di precedenti giudiziari.

za consapevole della scienza», altrimenti essa rischia di fare danni, con la imprevedibilità della decisione, minando la certezza del diritto. Attualmente sussiste una molteplicità di ‘diritti’. La Corte di Cassazione, per esempio, applica un ‘diritto’ diverso da quello di cui scrive la dottrina. Occorre, perciò, leggere il fatto alla luce del diritto, non applicare il diritto al fatto. Ed è sempre utile quanto, al riguardo, ci hanno insegnato i giuristi romani.

W. Dajczak ha discusso su “L’interpretazione della sentenza: il panorama europeo”.

Se e come servirsi delle sentenze precedenti: questo, più precisamente, l’oggetto della relazione. Dajczak ha preso le mosse da una affermazione di Papiniano, il quale identificava il diritto in una catena di letture interpretative. Di qui, il Relatore ha sviluppato la sua analisi sui metodi per l’uso delle sentenze precedenti nel processo civile. Dopo avere definito il ‘precedente’ come «sentenza anteriore che possa fare da modello per le sentenze successive», Dajczak ha ribadito le differenti concezioni e utilizzazioni del precedente nei sistemi di ‘civil law’, rispetto al ‘common law’, richiamando anche l’attenzione sulla opportunità di fissare le categorie fondamentali del «pensiero precedente».

no» (questa la colorita espressione del Relatore), indicandogli i percorsi da seguire in caso di lacune legislative. Il Relatore ha concluso sottolineando come alla base della ragguardevole cultura filosofica e pratica di Domat e Portalis per la Francia, e di Martini e Von Zeiller per l’Austria, vi fosse un elemento comune: la solida formazione romanistica.

‘L’interpretazione delle clausole generali’ è stato il tema trattato da Salvatore Patti.

Il titolo della relazione, ha esordito Patti, potrebbe sembrare un controsenso, dal momento che le clausole generali servono ‘per’ interpretare. E non è un caso se molto poco ci dice la dottrina tradizionale circa le leggi che richiamano le clausole generali, e quindi sulla loro interpretazione (in Italia, Mengoni si esprime in termini di ‘concretizzazione’ delle clausole generali, e non diversamente gli autori tedeschi parlano di ‘concretizzazione’ o ‘precisazione’ di esse). Eppure, le clausole generali sono previste da leggi, che vanno interpretate. Si tratta di norme in bianco (‘Leerformeln’), dal contenuto flessibile, ma ciò non significa che esse non sollevino problemi. La dottrina si è fino ad ora generalmente limitata a soffermarsi sulla interpretazione storica di tali norme, al fine di seguire il ‘percorso’ (origini, *ratio*) della clausola generale, soprattutto

con riguardo a ‘Treu und Glauben’. Ma il criterio storico – ha rilevato Patti – non è l’unico utilizzabile, anzi può solo fungere da base, dal momento che i contenuti della clausola generale non sempre restano immutabilmente fissati in quelli consegnati dalla storia. Occorre perciò operare una ‘fusione’ tra il significato storico della clausola e le caratteristiche riscontrabili nel singolo caso concreto all’esame. Ineludibile, qui, il richiamo alla dottrina della ‘precomprensione’ (‘Vorverständnis’) che, nella formulazione di Esser, postula un pluralismo delle possibili *rationes legis* e la conseguente necessità di una continua ‘riformulazione’ della norma da parte dell’interprete, il quale viene così a determinare il contenuto della legge, la cui interpretazione consiste in un ‘conferimento di significato’ (‘Sinnggebung’).

Alla teoria della precomprensione è strettamente connesso il quesito se le clausole generali siano mera espressione del ‘ragionevole’ e del ‘corretto’. Al riguardo, Josef Esser osservava che nella interpretazione delle clausole generali non si ricorre ai tradizionali canoni ermeneutici, piuttosto domina il percorso verso la decisione, la cui meta è costituita dalla ‘giustizia’. A balzare in primo piano sono dunque le circostanze di fatto, alla cui luce

il danno esistenziale sono stati sanzionati perché, sulla base dei principi generali dell’ordinamento giuridico, si sono considerati i casi concreti, i ‘fatti’, come ingiusti. Si è dunque partiti dalla configurazione del caso concreto (induzione), che è stato valutato con criteri tecnici, anche se rapportati a valori metagiuridici (valori sociali). Al giurista si affida oggi il ruolo di ‘filtro’ di tali valori sociali metagiuridici. Ma allora – ha ribadito Letizia Vacca – bisogna essere certi che il giudice operi secondo criteri scientifici (cioè controllabili sul piano della coerenza), per evitare che si sconfini nell’arbitrio. Occorre in primo luogo una consapevolezza scientifica che nasca dalla cultura giuridica, servono giudici capaci di maneggiare strumenti inseparabili dalla conoscenza approfondita della storia e della teoria generale del diritto. Al tempo stesso, però, è necessario che la teoria del diritto cominci ad occuparsi della pratica. È infatti vero che giudici e avvocati non leggono più la dottrina – ha asserito Vacca con toni forse troppo generalizzanti –, ma è altrettanto vero che quest’ultima ormai formula solo elucubrazioni sul diritto positivo e non offre elementi utilizzabili per la pratica legale.

La scienza giuridica, oggi, secondo la studiosa, deve essere intesa come «giurispruden-

mergeva la soluzione (la selezione dei fatti poteva variare da giurista a giurista e in base ad essa poteva variare la decisione). Così, lo *ius controversum* approdava non solo a divergenze meramente interpretative, bensì a diverse soluzioni operative. Mario Talamanca – ha ricordato la Relatrice – aveva scritto che nel ‘sistema aperto’ dello *ius controversum* ogni caso risultava potenzialmente diverso dagli altri, per la costante possibilità di nuove ‘Wertungen’: l’esistenza di una nuova circostanza poteva dare luogo a una nuova ‘Wertung’ e quindi approdare a una soluzione diversa. La diagnosi del fatto era dunque determinante per la soluzione.

È chiaro che la decisione si fonda sull’analisi del fatto, ma è altrettanto chiaro che questa può variare, per esempio per il ‘racconto del fatto’ (Taruffo). Sul punto, soccorre la teoria generale del diritto: basti considerare che il ‘racconto’ dell’avvocato dell’attore è diverso dal ‘racconto’ dell’avvocato del convenuto.

Nei sistemi di ‘common law’ il giudice prima esamina il fatto e poi decide quale norma applicare. Nei sistemi di ‘civil law’, invece, si usa la deduzione: il giudice ‘conosce tutte le leggi’ e valuta quale di esse applicare al caso concreto. Eppure, il danno ambientale e

deve valutarsi la correttezza del comportamento e la giustizia della decisione.

L’ulteriore questione meritevole di approfondimento, secondo Patti, è quella del numero e della precisa identificazione delle clausole generali. Premesso che nei trattati più diffusi se ne enuncia un numero variabile tra quattro e venti, il Relatore si chiede innanzitutto se esse siano tutte tra loro effettivamente eterogenee e, inoltre, quale differenza si possa eventualmente ravvisare tra le clausole generali e i principi generali dell’ordinamento giuridico. Con riguardo all’art. 1175 cod. civ., per esempio, parte della dottrina reputa correttezza e buona fede un’unica clausola generale.

Tornando alle modalità di interpretazione della clausole generali alla luce delle considerazioni preliminarmente svolte, Patti ha ribadito che il significato storico della clausola generale va concretizzato alla luce del caso di specie e serve da modello per casi futuri; sarebbe pertanto erroneo assegnare alle ‘Leerformeln’ un significato oggettivo e preesistente al caso concreto, in quanto il significato storico va sempre rapportato alla fattispecie concreta. Di qui la conclusione di Patti: la clausola generale deve rinnovarsi ad ogni sua applicazione, alla luce delle caratteristiche del caso. Il Relatore adduce come esempio il con-

petto di ‘buon costume’ e pone il quesito: per capirne il significato occorre andare ‘fuori’ dall’ordinamento giuridico, travasandovi poi i valori acquisiti all’esterno? Ulteriori riflessioni sono state stimulate da Patti in ordine alla ‘buona fede’, di cui in Italia si è fatto scarso uso, fino a tempi recenti: più in particolare, la giurisprudenza italiana ricorre alla clausola della buona fede, per governare l’assetto degli opposti interessi, a far data da Cass. 20 luglio 1977, n. 3250. Anche la categoria dell’‘abuso del diritto’ in Italia non è stata invocata anteriormente agli anni Settanta del secolo scorso, mentre la prima sentenza che rileva l’esistenza del principio dell’abuso del diritto è Cass. sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

In definitiva, secondo lo Studioso le clausole generali consistono in «indicazioni di valori», espressi dal legislatore con termini generici al fine di creare un ‘sistema aperto’, in quanto tale idoneo a consentire agli interpreti una continua attualizzazione del diritto e ai giudici, in particolare, di «creare il diritto», attraverso l’individuazione di sempre nuovi interessi degni di tutela.

Nel volgere lo sguardo al panorama mitteleuropeo, Patti ha citato il § 242 BGB (ove si enuncia il principio secondo cui il debitore è tenuto ad effettuare la prestazione secondo

mento che l’interpretazione del giudice si rapporta alla legge, Letizia Vacca ha sottolineato come il ‘sillogismo giudiziario’ sia una formulazione ideologica ingannevole e oggi largamente superata, in quanto relega il giudice in un ruolo di mero applicatore delle leggi. Occorre piuttosto approfondire la riflessione da un lato sul meccanismo decisorio (o «interpretazione decisoria», secondo la terminologia di Guastini), e dall’altro lato sui meccanismi di utilizzazione della decisione precedente.

A tal fine, la Studiosa si è soffermata sul diritto giurisprudenziale casistico (cui soccorre la competenza del romanista), che consente di comprendere come funziona un diritto che procede ‘from case to case’. Si tratta innanzitutto di affrontare l’analisi del fatto, la cui tecnica è utilizzata dalla Corte di Giustizia europea; solo in un secondo momento si può passare all’utilizzazione del precedente. Naturalmente, la ‘lettura del fatto’ cambia sensibilmente nei sistemi di ‘civil law’, rispetto ai sistemi di ‘common law’. Nei secondi si bada alla correlazione del fatto con la decisione (diagnosi del fatto), nei primi è evidente la suggestione del diritto romano. I giuristi romani non riportavano i fatti dettagliatamente, ma solo quelli qualificanti, in altri termini li selezionavano; ma già dalla selezione dei fatti e-

za – o sa come utilizzare – le sentenze, che peraltro si conoscono solo in parte e in una versione massimata, dove spesso risultano scarsamente precisati il percorso e la *ratio decidendi*.

Il vocabolo ‘giurisprudenza’ – ha proseguito Letizia Vacca – nell’arco dell’esperienza storica è stato variamente inteso: come attività del giudice che decide, come prodotto di giuristi colti che studiano scientificamente il diritto, come raccolta di sentenze. Oggi in un certo senso si tende a costruire un raccordo tra queste diverse significazioni. E ciò perché il nuovo ruolo creativo del giudice impone il ricorso a criteri scientifici. Entrata di forza nel sistema di produzione del diritto, l’attività del giudicante si deve attenere a criteri di scientificità, organicità e razionalità, al fine della prevedibilità della decisione e dunque della certezza del diritto. Posto che la legge non è più esaustiva, la giurisprudenza dei giudici deve diventare scientifica: la decisione non può costituire il prodotto occasionale della emotività del giudice.

Ecco allora il quesito posto dalle Relatrice: come si può pervenire a una ‘scienza del diritto giurisprudenziale’? Premesso che l’interrogativo si pone con riguardo a un sistema che non è puramente giurisprudenziale, dal mo-

‘Treu und Glauben’), osservando che nei suoi oltre cento anni di storia l’enunciato non ha subito alcuna modifica. Chiaramente posta sulla scia del diritto romano, la buona fede del § 242 BGB è stata intesa come regola di comportamento. Nei primi anni del Novecento è prevalso in dottrina il richiamo alla presunta volontà delle parti, che ha basato la clausola su una finzione. Poi si è affermato il parametro oggettivo di valutazione, con funzione correttiva di eventuali ingiustizie del contratto. Di seguito, la clausola in parola ha assunto significati sempre più ampi, al punto che il giurista tedesco non ha più avuto bisogno dell’analogia. Già negli anni Trenta la buona fede fondava gli obblighi di informazione e il divieto di abuso del diritto. Purtroppo, non sono mancati usi distorti di questo canone: nella fase del nazismo, la clausola di buona fede – colorita di nuovi toni pubblicistici – è stata invocata a sostegno della pretesa giusta causa di licenziamento di lavoratori di razza ebraica. Poi, negli anni Cinquanta, attraverso i ‘Fallgruppen’ il campo di applicazione della buona fede si è ampliato, ma in altre, e più corrette, direzioni.

Oggi anche il giurista europeo guarda alla clausola ‘Treu und Glauben’ come a un efficace strumento di armonizzazione del diritto

privato in Europa, sebbene i risultati concreti siano modesti, perché, come ha osservato la Corte di Giustizia europea, ogni giudice continua ad applicare la clausola di buona fede con le stesse modalità con cui essa è stata tradizionalmente interpretata all'interno del proprio ordinamento giuridico. Occorre pertanto impegnarsi più a fondo nella materia, specie considerato che attualmente, pur essendosi radicata la convinzione secondo cui le norme contenenti clausole generali costituiscono oggetto di interpretazione, si contendono il campo due contrapposte teorie: per la prima, la norma contenente clausole generali è uguale alle altre norme, anche se è denotata da un carattere 'aperto'; per la seconda tale norma è diversa, perché conferisce al giudice il potere di trovare la regola del caso concreto.

Ha poi preso la parola T. Rübner per svolgere la sua relazione su "Il ruolo del giudice nell'interpretazione della legge".

Lo Studioso ha preso le mosse dalla considerazione dell'assai limitata importanza che le teorie dell'interpretazione e dell'ermeneutica giuridica rivestono nella corrente prassi giurisprudenziale, sebbene le norme vigenti in materia di responsabilità (penale, civile, disciplinare) dei giudici influenzino non poco il loro atteggiamento di fronte al quesito se e in qua-

le misura discostarsi dalla lettera della legge e quindi favorire una evoluzione o un perfezionamento del diritto ('Rechtsfortbildung') *contra legem*. Rübner ha quindi esaminato la discussa figura del giudice-legislatore nella tradizione giuridica europea attraverso una serie di riflessioni sui principi romani (Marcian. 14 *inst.* D.48.10.1.3), su alcune disposizioni normative (§ 253 BGB, § 339 Strafgesetzbuch), su pronunce giurisdizionali.

In stretta connessione con queste problematiche si è posta la seconda sessione dei lavori, dedicata a "Scienza giuridica e interpretazione giurisprudenziale". La prima relazione, svolta da Letizia Vacca, si è incentrata appunto su "*Interpretatio* e caso concreto".

Talvolta – ha esordito la Studiosa – si conoscono superficialmente i meccanismi che producono la decisione giudiziale e la sua utilizzazione successiva. Una volta smantellata la tradizionale gerarchia delle fonti, la giurisprudenza è divenuta una 'fonte del diritto' in senso proprio. In questo senso, si può affermare che i 'formanti' dell'ordinamento, individuati da Sacco, si sono evoluti. E pertanto il ruolo indubbiamente creativo della giurisprudenza impone di riflettere su come si produce il diritto. Il giurista continentale, la cui visione è condizionata dal 'civil law', non sempre utiliz-

del cod. proc. civ. (rubricato “Motivazione della sentenza”) come segue: «La motivazione della sentenza di cui all’art. 132, secondo comma, n. 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi»; in tal modo – stante immutato il 3° comma – è stata chiaramente preclusa l’idea di un ‘precedente dottrinale’, rimanendo possibile la sola interpretazione di «precedente» come precedente giudiziale. Nell’anno successivo è entrato in vigore il nuovo Codice del processo amministrativo, approvato con d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, il cui art. 88, secondo comma, lettera d, stabilisce che la sentenza deve contenere «la concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto della decisione, anche con rinvio a precedenti cui intende conformarsi». Al comma 3, lo stesso art. 88 dispone che «si applica l’art. 118, comma 3, delle disposizioni per l’attuazione del codice di procedura civile». In tale modo, il giudice amministrativo ha perso la possibilità di citare se stesso, quando fa dottrina.

Nel frattempo, nel 2009 il legislatore ha modificato il codice di procedura civile, introducendo l’art. 360 bis, in cui si sancisce che il ricorso in Cassazione è inammissibile quando

la sentenza da impugnare è basata sui precedenti della Cassazione, a meno che dalla sentenza non si desumano motivi per cambiare giurisprudenza. Sul punto, Luigi Garofalo si chiede cosa debba intendersi per ‘giurisprudenza’, in connessione con il precedente. Se si segue la ormai ‘classica’ definizione di Gorla, l’accezione preferibile sembrerebbe quella di ‘decisioni giudiziali precedenti su casi simili’, ma occorre ricordare che il termine ‘giurisprudenza’ ha una semantica assai ampia: solo a partire dal XIX secolo esso ha smesso di significare – come era nel passato – ‘scienza giuridica’, per passare ad indicare, invece, i tribunali o l’attività giurisdizionale delle corti (prodotti, decisioni), o ancora il precedente.

Qual è allora, verosimilmente, il significato cui nel 2009 pensava il legislatore? Prendendo le mosse da un ragionamento di tipo teorico, lo Studioso ha richiamato l’attenzione sul fatto che, negli ordinamenti in cui il precedente è centrale, esso si identifica in pochi, selezionati precedenti. ‘Giurisprudenza’, per contro, sta ad indicare tutte le pronunce – anche su casi eterogenei – purché riconducibili a indirizzi consolidati e conformi (sebbene sia assai discutibile il significato di giurisprudenza consolidata o conforme, per esempio quando essa ha contro tutta la dottrina). Inoltre, ha osser-

creativa di un nuovo diritto europeo, propri dell'ARISTEC.

Il prossimo appuntamento è fissato per l'autunno 2012 a Trier, su un tema di estremo interesse, anche per il suo indiscutibile rilievo pratico: il principio di sussidiarietà nello sviluppo del diritto europeo.

LAURA SOLIDORO

Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano
Università degli Studi di Salerno
E-mail: lsolidor@unisa.it

vato il Relatore, la giurisprudenza tende a risolversi nell'insieme delle massime che privilegiano il riferimento normativo (il che finisce per identificare la 'giurisprudenza' in una sorta di 'sovracodice'). Attraverso questi percorsi, il rapporto con il caso svanisce; del resto, dal tenore delle sentenze il caso si ricostruisce a fatica e neppure le riviste hanno cura di riprodurre in dettaglio le fattispecie.

Al contrario – ha affermato lo Studioso – gli elementi concreti che connotano il caso andrebbero valorizzati. Il Relatore ha quindi ricordato come sia stato merito di Gino Gorla avere prodotto una esauriente rassegna dell'uso di precedenti giudiziari nei tribunali europei del XVII e XVIII secolo: il precedente ha dunque avuto rilievo nel 'civil law' prima ancora che nel 'common law'. Eppure, il giudice italiano (così come, in generale, il giudice di 'civil law') usa il precedente con limiti e metodi assai diversi rispetto al giudice di 'common law'. Il nostro legislatore – ha suggerito Garofalo – dovrebbe occuparsi in modo specifico della materia, dal momento che ha preso a citare con una certa frequenza il precedente. Inoltre non è più ammissibile fare riferimento a una giurisprudenza strutturata in massime: sebbene la composizione del massimario spetti al Consiglio Superiore della ma-

gistratura, nei fatti questo sistema, realizzato secondo criteri molto discutibili, si è rivelato deleterio e deviante. Urge pertanto un'approfondita revisione dell'organizzazione e della metodologia fino ad ora utilizzata.

In conclusione, secondo Garofalo, con le norme illustrate e con l'attuale concezione assai generica di 'giurisprudenza' in Italia viene assegnata ai giudici una funzione latamente legislativa, normativa, nonché una autoreferenzialità massima, complessivamente atte a dare forma a una «scienza giuridica giudiziale impermeabile alla dottrina». Ecco perché né giudici né avvocati studiano più la dottrina. Tutto ciò – si è chiesto il Relatore – non si pone in contrasto con il principio della divisione dei poteri? In ogni caso, va constatato che ora sono sul palco solo giudici e avvocati, la scienza giuridica ne è fuori. E non è un caso se il diritto non presenta più quei caratteri di scientificità e di organicità che gli sono necessari. Anche la semplificazione e la brevità delle sentenze, verso cui propende il nostro legislatore, sono nemiche della scientificità. Tutto ciò – ha concluso lo Studioso – non vale a perseguire obiettivi di semplificazione, unificazione e snellimenti, piuttosto nasconde la tendenza a lasciare in campo solo il legislatore e i suoi giudici.

ze umane. In secondo luogo, secondo Gambaro, punti forti della scienza del diritto devono continuare ad essere la discussione aperta e pubblica e la trasparenza. La dottrina, dal canto suo è ormai meno ascoltata rispetto alle sentenze, anche se scritte e pensate male. Occorre irrobustirla coltivando meglio il carattere pubblico e razionale della *scientia iuris*, collegata con l'interpretazione.

Per i saluti e le comunicazioni finali hanno poi preso la parola Letizia Vacca e, a seguire, Michael Rainer.

La Studiosa italiana ha rilevato come nel corso del Convegno, inteso a verificare se vi fosse ancora una *scientia iuris*, sia emersa la netta percezione della persistenza e vitalità di una scienza del diritto, pur nella indefinitezza del suo statuto metodologico, in costante mutamento, ma comunque consistente nella sapienza dei giuristi.

Michael Rainer ha invece voluto ricordare brevemente il ventennale dell'ARISTEC e la figura di Giovanni Pugliese, le cui convinzioni circa il modo di intendere la *scientia iuris* – come valutazione e riunione di tutti i filoni pratici e metodologici del diritto privato in un contesto di dialogo e di discussione critica – hanno influenzato in modo determinante lo statuto, la piattaforma teorica e la funzione

costituito la fonte principale della razionalità europea, per il carattere pubblico del suo insegnamento. La trasparenza e la pubblicità della *scientia iuris* romana sono rimaste immuni dalle contaminazioni con la filosofia ermetica e la tradizione magica. Così, il diritto di ‘civil law’ si è distinto per una tradizione impermeabile all’ermetismo.

Eppure attualmente – ha denunciato Gambaro, con riferimento ad alcune affermazioni di Zagrebelsky – qualche contaminazione il nostro diritto la sta subendo: occorre diffidare di ogni pur avvincente rigurgito di trazioni sciamaniche e della teoria della magia, che ricorrono nel frequente rinvio alla saggezza e alla capacità risolutiva del giudice (senza riflettere adeguatamente sugli odierni, poco soddisfacenti meccanismi di selezione dei giudici). La capacità di reagire a questi nuovi fermenti può nascere e svilupparsi – ha affermato il Relatore – su due piani. Innanzitutto l’interpretazione può essere ‘interpretazione di testi’, come fu nel Medioevo, ma con la differenza che oggi occorre interpretare anche dati extratestuali, per esempio la casistica. Già nell’opera di Lord Mansfield lo studio del caso si presentava alquanto scientifico, e in questo campo attualmente certo gioverebbe una maggiore apertura del giurista alle altre scien-

La terza sessione dei lavori ha avuto per oggetto “Scienza giuridica e interpretazione delle sentenze delle corti europee”.

M. Garcia Garrido e F. de Bujan si sono impegnati nell’illustrare “I principi generali comuni della tradizione giuridica nella Unione Europea”.

I Relatori hanno esordito ricordando che i trattati europei definiscono i principi fondamentali comuni agli Stati membri. Dal canto loro, le conclusioni degli avvocati generali espongono i principi da applicare. Il metodo adoperato per dedurre l’esistenza dei principi fondamentali è lo stesso: la Corte di Giustizia effettua uno studio comparato e verifica la condivisione del principio, che spesso deriva dalla tradizione romanistica (si pensi a *nemini licet venire contra factum proprium, impossibilia nulla obligatio est, qui tacet consentire videtur*). Il diritto dell’Unione Europea, attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ha anche dato ampio riconoscimento ai principi di buona fede e di abuso del diritto.

Naturalmente, occorre tenere conto delle diverse possibili accezioni del concetto di ‘principio’ e specie di ‘principio generale del diritto’ (a tale riguardo, sono state citate le ricerche di Bobbio e di Guastini), espressioni e nozioni peraltro ignote al linguaggio giuridico

romano, dove compare piuttosto il vocabolo *regula*. Nella Unione Europea è invalsa la nozione di ‘principio’ come ‘contenuto di norma ineludibile’ o ‘obiettivo irrinunciabile’. L’odierna giurisprudenza europea ha assunto come propri i principi generali del diritto, comuni agli Stati membri: tra questi, la compensazione dei crediti, *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, *res iudicata pro veritate habetur*. La Corte di Giustizia europea in qualche caso fa riferimento all’evoluzione storica del principio, per sottolineare che le sue origini sono nel diritto romano. Molto rilievo hanno le citazioni dei principi nelle conclusioni degli avvocati generali, anche se in molti casi l’origine romana degli aforismi e delle regole non viene messa in evidenza, oppure per imprecisione si attribuisce al diritto romano un principio (è stato questo il caso di *cuius commoda, eius incommoda*), che invece non risulta mai espresso in questi termini nelle fonti; sporadicamente il diritto romano è citato addirittura a sproposito, come è accaduto per il principio *in dubio pro libertate*, sorto in materia di schiavitù e addotto invece per sostenere la libertà imprenditoriale.

“L’interpretazione delle sentenze delle Corti europee” è il titolo della relazione svolta da P. Cerami.

Riccardo Orestano avesse ben messo in luce l’evoluzione dei modi di essere della *scientia iuris*, tra evo antico, medio e moderno. Il rapporto tra *scientia iuris* e *interpretatio* è variato nel corso del tempo. Nell’evo antico e medio il carattere fondante della *scientia iuris* si poneva accanto a quello delle altre scienze, ma dopo la nascita della meccanica classica, dovuta a Newton, i paradigmi della scientificità sono mutati, risultando inidonei a quelli propri della scienza del diritto.

«La scienza è la fisica, il resto è collezionismo di francobolli», disse scherzosamente ai suoi studenti il premio Nobel Ernest Rutherford. Questa celebre battuta racchiude un messaggio molto chiaro alle orecchie dei giuristi: la giurisprudenza è sì una scienza storica, ma ciò non la esonera più dall’enunciare i suoi paradigmi. La filosofia della scienza si è affannata nella ricerca dei paradigmi della scientificità, ma attualmente si sta verificando una inversione di tendenza. Se assumiamo che i paradigmi della scientificità sono il rigore logico, la misurabilità, il rispetto del principio di non contraddizione, la pubblicità dei metodi, l’accessibilità delle conoscenze, possiamo concludere che tali principi risultano antitetici rispetto alla tradizione ermetica e magica. E appunto sotto questo profilo la *scientia iuris* ha

soluzione, suggerita dalla «consideration of international sources».

Dopo la discussione finale sulle relazioni, ha preso la parola A. Gambaro per le ‘*Conclusions?*’.

Lo Studioso ha rilevato che nel corso del Convegno il rapporto tra scienze giuridiche, interpretazione e costruzione del diritto europeo è stato sviscerato sotto molteplici prospettive, tuttavia l’incontro è stato deficitario in alcuni aspetti. Non vi è dubbio che ci collochiamo oggi all’interno di un sistema ‘multi-level’ (quanto a fonti del diritto) e ‘aperto’ (quanto ai rapporti con i diritti dei Paesi vicini). Ma in quale senso usiamo l’espressione ‘scienza del diritto’? Nel corso del Convegno tale locuzione è stata adoperata in funzione demarcativa, per alludere cioè alla *scientia iuris* e ai criteri ermeneutici ‘ammissibili’, atteso che alcune interpretazioni non sono ‘scientifiche’.

Non è un caso – ha osservato Gambaro – che *scientia iuris* sia una terminologia intraducibile in inglese e in arabo: se manca la parola è perché manca l’oggetto. Con la locuzione *scientia iuris* si rappresenta infatti una entità ideale, collegata con la sola tradizione giuridica romanistica, che nel globo è attualmente quella dominante. Il Relatore ha ricordato come

Le giurisprudenze delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo – ha osservato preliminarmente lo Studioso – sono ormai formalmente considerate fonte del diritto europeo. Esse sono particolarmente incisive sulla tematica dei diritti fondamentali. Urge però affrontare e risolvere lo spinoso problema del coordinamento tra tribunali nazionali e Corte europea, problema che in linea teorica è già stato risolto nel senso del necessario adeguamento al diritto UE. Il tema è di notevole rilievo, attesa la forte tutela dei diritti fondamentali, da parte della Corte europea. Emblematici sono, al riguardo, gli interventi della Corte di Strasburgo sui ‘danni punitivi’ (discussa figura giuridica, che si colloca in una zona grigia, tra risarcimento e punizione), sulla definizione della differenza tipologica tra diritto al processo e diritto al giusto processo, sul danno non patrimoniale come conseguenza dell’irragionevole durata dei processi, sul bilanciamento tra immunità parlamentare e tutela della persona offesa, e ancora sul bilanciamento tra diritto di informazione e diritto alla ‘privacy’.

Il Relatore ha soffermato la sua attenzione in particolare sui ‘danni punitivi’ (brutta traduzione italiana di una figura giuridica di origine statunitense), altresì detti ‘risarcimento

sanzionatorio'; espressione eloquente, questa, di una nuova concezione del danno, per la quale in un caso esso è stato risarcito nella misura del 380/100. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto tutti gli altri tipi di danno, ma non i danni punitivi, e ha respinto con fermezza le richieste di risarcimenti sanzionatori, mentre la Corte di Lussemburgo in materia si è mostrata ondivaga. Quando il surplus (relativo ai danni punitivi) è stato oggetto di una ordinanza di un giudice turco che richiamava esigenze di deterrenza, la Corte di Strasburgo ha negato il diritto a tale tipo di risarcimento. Secondo Cerami, il problema è che nel diritto comunitario la figura in oggetto – si ripete, di origine statunitense – è priva di principi comuni, condivisi, di riferimento; ecco perché la Corte di Lussemburgo ha assunto un atteggiamento oscillante.

A tale riguardo Cerami ha illustrato un caso esemplare, concernente alcune società assicurative, che in Italia si sono accordate per 'eliminare la concorrenza', in aperta violazione, oltre che delle norme italiane, dell'art. 81 del Trattato CE. Il giudice di rinvio (di Bitonto) ha posto la questione del danno punitivo e la Corte di Lussemburgo ha affermato che per un singolo caso nulla osta, purché il giudice nazionale di rinvio vigili affinché vengano ri-

verso, rispetto al 'common law' del Regno Unito e dell'Irlanda?

Attualmente, ha sottolineato Ardenas, il 'common law' si reputa caratterizzato dai seguenti elementi: 1) flessibilità e libertà contrattuale; 2) ruolo centrale della buona fede ('good faith', concetto di antica tradizione inglese, che, secondo la definizione di Lord Mansfield, «looks to good standards of commercial morality and practice»); 3) applicazione di regole proprie sulla responsabilità precontrattuale (ispirate al principio *caveat emptor*). Ma il 'common law' si sta rapidamente evolvendo, in ragione degli stretti contatti con i sistemi di 'civil law'. Così, in linea generale si comincia a sentire la mancanza di principi generali del diritto privato, e, nei trattati di diritto civile, di una parte generale sulle tassonomie giuridiche. Queste sono appunto percepite come le differenze più radicali tra le due esperienze giuridiche. Un nuovo elemento di riflessione è dovuto al fatto che le corti di 'common law' non esitano a usare il diritto straniero, attraverso un canale di ingresso indiretto: se il giudice è convinto che una soluzione della lite in esame ispirata ai principi di 'common law' offenderebbe il senso elementare di giustizia, può propendere per una diversa e più accettabile

Nell'introdurre il tema dell'ingresso del 'common law' nell'Unione Europea, lo Studioso ha avvertito che i giudici inglesi si stanno confrontando con le sentenze francesi, italiane e tedesche, incontrando non poche difficoltà. In linea generale, si registra un sensibile movimento verso concetti e principi generali comuni, considerata anche la tendenziale prevalenza, nella formazione del nuovo diritto comune europeo, della tradizione di 'civil law'. È tuttavia difficile prognosticare l'eventuale fine di false dicotomie (come la distinzione tra diritto pubblico e privato, tra diritto civile e commerciale) con la elaborazione dei sistemi legali aperti. La giurisdizione privatistica offrirà verosimilmente le maggiori difficoltà, almeno per due ragioni: 1) i giudici di 'common law' sono privi di codici (in UK e Ireland) e hanno a disposizione poche leggi ('statute law'); 2) in ogni caso il 'common law' prevale sullo 'statute law', in quanto la legge ha un valore molto diverso, rispetto ai sistemi di 'civil law'.

Ed ecco il quesito posto da Ardenas: il diritto europeo infrangerà la tradizionale unità del 'common law'? In altri termini, considerato che il 'common law' va ben oltre l' 'english law', il 'common law' americano diventerà di-

spettati i principi di equivalenza e di effettività. Dunque, la Corte di Lussemburgo, se da un lato ha preso atto dell'assenza di un principio condiviso tra gli Stati membri (secondo quanto ribadito dal Relatore la tradizione romanistica non conosce commistioni tra il *civilliter agere* e il *criminaliter agere*), ha però ammesso la possibilità di una eccezione, a certe condizioni.

È stata poi la volta di L. Kofanov, il quale ha discusso "Le radici dell'azione di rivendica nel diritto romano e nella prassi della Corte Suprema di Arbitrato della Federazione Russa".

Il Relatore ha sottolineato come a seguito della Rivoluzione del 1917 l'azione di rivendicazione sia stata ancora molto usata, anche se naturalmente solo per la tutela della proprietà statale, sacra e intangibile. Poi, a partire dagli anni Ottanta, avviatosi il processo di privatizzazione della proprietà statale, si è tornati a un ricorso alla rivendica per la protezione della proprietà privata.

A seguire, A. Rudovkas ha esaminato "L'influsso della giurisprudenza europea sulla prassi dei tribunali civili russi e sulla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale della Federazione Russa".

Lo Studioso si è soffermato sull'analisi dell'art. 1106 del cod. civ. russo ("Le conse-

guenze del trasferimento ingiustificato del diritto ad altra persona”) e sulle altre disposizioni ivi contenute agli artt. 453 e 1102. Rudovkas ha poi sottolineato che già nel maggio del 2007 il Presidente della Corte Europea per i diritti dell'uomo, Jaen-Paul Coste, nella relazione svolta davanti alla Corte Costituzionale della Federazione Russa, ha segnalato come, fino a quel momento, da parte di tale organo istituzionale in più di 90 casi fossero stati fatti riferimenti, nelle motivazioni delle sentenze, a precedenti decisioni della Corte Europea di Strasburgo; si confermava così il valore delle decisioni della Corte Europea quale fonte di diritto interno.

Attualmente, la Corte Costituzionale della Federazione Russa è impegnata nel tentativo di armonizzare la sua attività giurisdizionale con quella della Corte Europea. Emblematico, al riguardo, è l'atteggiamento assunto nei confronti del particolare concetto giuridico-costituzionale del diritto di proprietà formato nella prassi della Corte Costituzionale russa; esso risulta ben più ampio della corrispondente nozione civilistica, in quanto è ispirato all'orientamento della Corte Europea, la quale nella causa *Jatridis* (57) e nella causa *Beyeler* (100), con riferimento all'art. 1 del primo protocollo della Convenzione, ha ribadito che il

zionali e la concomitante ricerca dovrebbe vertere sia su tali problemi del tutti nuovi, come la bioetica, e sulle nuove figure giuridiche (tra cui causalità naturale/adequata), sia sui concetti già operanti e presenti nello *ius commune* e nei codici.

Tornando, per concludere, al tema dei rapporti tra giudice e 'diritto del vicinato', lo Studioso ha ricordato che nel Settecento un giudice ginevrino, non trovando leggi e giurisprudenza pertinenti al caso da risolvere, andò a consultare le sentenze e le dottrine in Savoia. Perché – si è interrogato Winiger – escludere che i giudici vadano a cercare le soluzioni (quando il diritto patrio non soccorre) negli ordinamenti dei Paesi vicini? È necessario avvicinare, armonizzare, unificare i concetti giuridici fondamentali dei vari Paesi europei, come si verificò nella fase dello *ius commune*. Il lavoro di avvicinamento tra dottrine e giurisprudenze certamente non sarà facile, perché i francesi hanno una impostazione più pratica, mentre i tedeschi hanno una dottrina ipertrofica. Occorrerebbe – ha suggerito il Relatore – individuare una via mediana, accettando reciproche rinunzie.

M. Ardenas ha infine trattato della “Compatibilità delle norme nazionali con il diritto europeo: l'esperienza del common law”.

propri; 3) conoscere bene gli oggetti da analizzare; 4) anziché andare alla ricerca della ‘causalità naturale’, che è una categoria logica ignota a molti Paesi europei, fare ricorso alla dottrina della *condicio sine qua non*, che di fatto sta invece emergendo in tutte le nazioni; 5) concentrarsi su quei grandi concetti dello *ius commune* che hanno lasciato traccia nei codici, ma anche su quei pochi che i legislatori hanno trascurato (e ciò perché, se i concetti della tradizione non sono transitati nei codici, pure giurisprudenza e dottrina li hanno persi di vista).

Quanto all’ultimo punto, il Relatore ha sottolineato come, nella materia all’esame, i concetti tradizionali di origine romana siano il danno, l’atto dannoso, la causalità, l’illiceità, la colpa (ripresi con valenze e sfumature diverse nei vari codici europei). L’atto dannoso a tutt’oggi non è ancora chiaramente definito, mentre del danno, come si è segnalato, abbiamo già ventisette categorie. In qualche caso, è bene anche interessarsi di categorie non presenti né nei codici né nella pregressa esperienza dello *ius commune*. È questo il caso – secondo Winiger – della ‘causalità adeguata’: per i progressi della scienza medica nel campo della nascita e della morte, assistiamo a una fioritura di sentenze delle Corti supreme na-

concetto di proprietà possiede un contenuto autonomo, non limitato alla proprietà di cose corporali e non dipendente dalle qualifiche del diritto interno.

La IV sezione dei lavori è stata dedicata a “Scienza giuridica e interpretazioni giurisprudenziali del diritto europeo”.

Ha preso per primo la parola J. Chorus, sul tema “Interpretazione e integrazione giurisprudenziale delle norme del diritto europeo nella giurisprudenza nazionale”.

Attraverso l’esame di numerosi casi, lo Studioso ha esaminato le problematiche legate all’obbligo, incombente sui giudici nazionali, di rilevare d’ufficio le regole del diritto europeo, secondo la Corte di Giustizia dell’Unione europea. Di particolare interesse, con riguardo a una lite in materia contrattuale del 2010, le argomentazioni di un avvocato generale (per cui il diritto comunitario non impone che il principio di passività del giudice nel processo civile sia abbandonato e rimpiazzato dal principio inquisitorio) non accolte dalla Corte, la quale ha ribadito l’obbligo del giudice nazionale di effettuare indagini di sua iniziativa, al fine di acquisire gli elementi necessari di fatto e di diritto, al fine di conseguire una efficace tutela del consumatore.

La seconda parte della relazione si è articolata in un'analisi di diritto comparato sulla rilevanza d'ufficio delle regole giuridiche, da parte del giudice, nei vari diritti nazionali europei. In particolare, Chorus ha illustrato la disciplina vigente al riguardo nei Paesi Bassi, dove si osserva il principio della passività del giudice, nonché quello connesso dell'autonomia delle parti (*judex secundum alligata et probata judicat*), qualora la legge non disponga diversamente (artt. 24, 25, 149 cod. proc. civ. olandese).

B. Winiger ha quindi esaminato “Il difficile dialogo fra giurisprudenze nazionali”.

«Il giudice del vicino è matto?» con questa citazione di un lavoro ispirato a una ricerca sulla nozione di danno svolta e curata da Zimmermann, Koziol, Koch e Winiger (*Essential cases on natural causation*, in *Digest in European Tort Law*, Wien–New York, 2007), il Relatore ha introdotto le sue riflessioni sulla controversa nozione di ‘causalità naturale’, ovvero sul nesso di causalità tra azione (o omissione) ed evento (danno), alla cui base si pone il quesito: se l'autore non avesse agito, il danno si sarebbe prodotto? Dalla risposta si fa dipendere la sussistenza o meno della causalità naturale; dunque, per verificare se c'è causalità si ricorre alla dottrina della *condicio sine*

qua non. Tuttavia, alcuni ordinamenti giuridici (tra cui, quelli di: Paesi Bassi, Norvegia, Spagna, Estonia, Lettonia) non conoscono tale teoria. E allora si ripropone la domanda: i giudici di questi Paesi sono ‘matti’?

Nel Settecento – ha precisato Winiger – la dottrina non distingueva tra causalità naturale e causalità adeguata; tale differenziazione si è profilata solo nel XIX secolo. Le ricerche sull'attuale nozione di danno in Europa sono giunte a suddividere il danno in ben ventisette categorie, ma ad alcuni Paesi, tra cui la Francia, tutto ciò è estraneo; qui il giudice semplicemente si chiede se esiste un rapporto di causalità tra condotta ed evento e in caso di risposta affermativa si pronuncia per l'obbligo al risarcimento. Nell'area germanica i giudici ‘complicano’ la questione a oltranza, rapportando l'obbligo di risarcimento a svariate categorie di danni (per alcune di esse il risarcimento è escluso).

Quali sono le possibili soluzioni per superare questa babele concettuale e terminologica? Il Relatore ha proposto al riguardo ben cinque linee-guida: 1) potenziare gli studi di diritto comparato; 2) rinunciare al ‘linguaggio concettuale’ in favore di un ‘linguaggio fattuale’, cioè atecnico e descrittivo, dal momento che ogni ordinamento giuridico usa termini