



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

ARCHIVIO ISTITUZIONALE DELLA RICERCA

Alma Mater Studiorum Università di Bologna Archivio istituzionale della ricerca

Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi

This is the final peer-reviewed author's accepted manuscript (postprint) of the following publication:

Published Version:

Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi / Alessandro Martinuzzi. - In: DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO. - ISSN 1720-4313. - ELETTRONICO. - XXII:4(2020), pp. 869-902. [10.17394/99305]

Availability:

This version is available at: <https://hdl.handle.net/11585/794494> since: 2021-02-03

Published:

DOI: <http://doi.org/10.17394/99305>

Terms of use:

Some rights reserved. The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>).
When citing, please refer to the published version.

(Article begins on next page)

This is the final peer-reviewed accepted manuscript of:

Alessandro Martinuzzi, Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi, in "Diritto pubblico comparato ed europeo, Rivista trimestrale" 4/2020, pp. 869-902

The final published version is available online at: <https://doi.org/10.17394/99305>

Rights / License:

The terms and conditions for the reuse of this version of the manuscript are specified in the publishing policy. For all terms of use and more information see the publisher's website.

This item was downloaded from IRIS Università di Bologna (<https://cris.unibo.it/>)

When citing, please refer to the published version.

Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi.

Abstract: Case law order and institutional facts: a comparative analysis upon the normative attitude of intermediate bodies –

In recent years, different legal systems experienced the emergence of new institutional phenomena which are characterized by a significant normative impact, even if far from the ordinary legislative pattern. Most of the times, the effectiveness of these institutions depends upon the judicial application and the direct involvement of judges, regardless to the particular tradition of the legal system.

The prevalence of intercategory compositions reveals the methodological importance of debate and confrontation in order to get acceptance without the provision of a sanction by the legislator. With the exception of the interesting experience of the Popular Republic of China, the neo-institutionalism of MacCormick provides some help in explaining these phenomena and foresee the possible development.

Keywords: Osservatori sulla giustizia; American Law Institute; neoinstitutionalism; institutional facts; normative phenomena; precedents; Chinese judicial committee; restatement

1. Introduzione: dalla crisi del legalismo all'emersione di nuovi fenomeni normativi

Nel periodo storico compreso tra la seconda metà del secolo XIX e i primi decenni del XX le dottrine socio-economiche progressiste corroborarono a tal punto l'idea di fiducia nella razionalità umana da ingenerare il falso mito del legislatore-demiurgo¹. Da tale concezione derivò, come noto, l'irrelevanza, la superfluità o, comunque, la ridondanza delle fonti normative diverse dalla legge del parlamento, giustificandosi tale marginalizzazione con l'esigenza di concentrare l'uso del potere coercitivo dello stato moderno al fine di assicurare il rispetto e l'applicazione delle norme da questo promanate².

Il formidabile strumento legislativo venne quindi investito di una immanente funzione ordinatrice delle fonti giuridiche sulla base di una presupposta preminenza delle deliberazioni parlamentari e di un'indiscutibile forza legittimante centripeta³.

Se ciò è senz'altro vero con riferimento agli ordinamenti ispirati alla tradizione europeo-continentale, anche nei sistemi di common law il pensiero positivista di

¹ P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè, 2007.

² C. Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari: Laterza, 2008, p. 43, 119.

³ P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari: Laterza, 2015, p. 22-23; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino: Einaudi, 1992, p. 22; G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione comune del vivere*, Torino: Einaudi, 2009, p. 13, 15.

Bentham e Austin incisero profondamente sulla teoria delle fonti, senza, tuttavia, riuscire a mettere in discussione la rilevanza del diritto casistico⁴.

Come ha ben evidenziato Guido Calabresi, tutti i sistemi basati sul principio di *stare decisis* non si sono sottratti a un moderno processo di c.d. “statutorification” conseguente alla espansione del ruolo dei parlamenti⁵.

Se però, da un lato, il positivismo europeo-continentale ha avuto il pregio di ambire ad una drastica semplificazione delle fonti di produzione giuridica, dall’altro, ha anche presupposto una radicale soppressione della dimensione empirica del diritto che non ha trovato riscontro negli ordinamenti anglosassoni⁶. Va sin da ora chiarito che, con tale espressione si intende far riferimento a quel diversificato complesso di regole, declinazioni interpretative e prassi emergenti dalla concreta applicazione delle norme di diritto positivo e dalla loro elaborazione da parte dei giudici e di corpi intermedi in un dato contesto sociale.

Si tratta di fenomeni di indubbia rilevanza sotto il profilo normativo ma che tendono a sfuggire allo sforzo di sistematizzazione delle fonti anche, e forse soprattutto, a causa della eterogeneità dei soggetti coinvolti e della incerta coattività.

Scopo del presente studio è quello di dimostrare che la crescente rilevanza di organismi incaricati di rilevare ed elaborare elementi di prassi tendenzialmente giurisprudenziale non è riconducibile ad una prevalenza di approcci anti-formalisti, bensì all’evoluzione di teorie positiviste che hanno aperto ad un ampliamento del proprio oggetto di studio. In particolare, la ricerca si propone di individuare il corretto inquadramento teorico di nuovi fenomeni di sicuro rilievo normativo. Sono note, infatti, le posizioni teoriche che continuano ancora oggi ad escludere aprioristicamente fenomeni come quelli esaminati dall’oggetto degli studi sulle fonti⁷. L’assunto di questo contributo è che tale esclusione non sia giustificata.

Non sono mancate autorevoli quanto risalenti riflessioni che hanno preso atto e, in rari casi, addirittura anticipato il declino del dogma “legolatrico”⁸ invocando un “ritorno” al diritto che elevasse con maggior candore la dignità della giurisprudenza e delle prassi giudiziarie⁹. Certamente, la considerazione dei fenomeni in parola trova più

⁴ M. Lobban, *The Common law and English Jurisprudence 1760-1850*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 288; J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or, The Philosophy of Law*, New York: Henry Holt and Co., 1875, p. 642.

⁵ G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1982.

⁶ C. Ghisalberti, op. cit., p. 139, 147-48.

⁷ Si vedano, a titolo di esempio, le tesi espresse in di J. Kammerhofer e J. D’Aspremont, *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge University Press, 2014; J. D’Aspremont, International legal positivism, in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Sociale Philosophy*, Springer, 2017; A.S. Greene, *Can We Be Legal Positivists Without Being Constitutional Positivists?*, 73 *Fordham L. Rev.* 1401 (2005). Si considerino altresì le interessanti riflessioni sulla sovraesposizione del ruolo giurisdizionale espresse in M. Luciani, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, 3833.

⁸ Si richiama un’espressione usata da Paolo Grossi nel suo *Ritorno al diritto*, cit., p. 23.

⁹ Cfr. S. Romano, *L’ordinamento giuridico*, Macerata: Quodlibet, 2018 (1918), pp. 33 e 37; P. Grossi, op. cit., 2015, pp. 69 ss.; F. Spantigati et al., *Manifesto dei giuristi*, in «Ritorno al diritto: i valori della convivenza», 1° gennaio 2015, pp. 15-16; U. Breccia, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in «Politica del diritto», XXXVII, 2006, pp. 361 ss. Si vedano

agevole giustificazione in conseguenza del passaggio ideologico da una concezione del diritto basata sul comando dell'autorità ad una fondata sul concetto di ordinamento giuridico teorizzata già ai primi del Novecento da Santi Romano¹⁰. Le implicazioni di tale passaggio sono risultate tanto dirompenti quanto poco confortanti per lo studioso delle fonti giuridiche, specie a seguito dell'avvento dello Stato costituzionale.

Una volta preso atto del mutamento di paradigma, la questione si complica ulteriormente laddove si noti che la tradizionale dicotomia giudice-legislatore viene del tutto superata nella pratica dall'emersione spontanea di organismi di natura ibrida e pseudo-istituzionale o, addirittura, para-governativa che sono caratterizzati da una funzione di raccolta, riordino ed elaborazione di orientamenti e prassi, al fine di riconoscere e definire regole comuni e condivise da applicarsi nelle aule giudiziarie.

Il punto da cui è dato partire ai fini della presente riflessione è, senz'altro, la perdurante marginalizzazione di questi fenomeni da parte della filosofia giuridica continentale aderente al normativismo kelseniano e la conseguente scarsa attenzione verso la natura istituzionale ed organizzativa di queste fonti di elaborazione giuridica extra-parlamentari create da corpi intermedi o da apparati dello Stato al fine di soddisfare le esigenze quotidiane e concrete dei "mulini della giustizia"¹¹.

In linea generale, può offrirsi una prima approssimativa classificazione considerando organismi collegiali tendenzialmente permanenti, con diverso grado di istituzionalizzazione e legittimazione all'interno dei rispettivi ordinamenti, e con una composizione diversificata che raramente è espressione della maggioranza politica ma, anzi, privilegia la competenza tecnica al fine di assicurare un alto grado di autonomia.

In luogo della componente politica, si riscontra di frequente la logica della rappresentanza intercategoriale o corporativa al fine di configurare una sede di contraddittorio qualificato che favorisca la condivisione e, in conseguenza, l'accettazione dei contenuti nella rispettiva comunità di riferimento, a prescindere da qualsiasi attribuzione di cogenza.

Dall'analisi comparata di ordinamenti anche, talvolta, lontani, è dato constatare la prevalenza di un triplice ordine di modelli adottati al fine di perseguire la funzione su descritta. È agevole definire un primo modello evidenziando l'affiliazione, più o meno accentuata, di taluni di questi organismi agli uffici giudiziari dello Stato che, non di rado, è fondata sul dichiarato fine di favorire il maggiore recepimento possibile da parte dell'apparato giudiziario pur in assenza di qualsiasi obbligo positivo.

anche le considerazioni di L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè, 1967.

¹⁰ S. Romano, op. cit., pp. 32-4; P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano: Giuffrè, 2006, pp. 143 ss. Il celebre saggio del 1918 di Santi Romano è stato recentemente ristampato a cura del nipote Alberto Romano entro il volume: *L'ultimo Santi Romano*, Milano: Giuffrè, 2013. Cfr. anche R. Caponi, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di G. Berti Arnoaldi Veli, Bologna: Il Mulino, 2011, p. 62.

¹¹ M. Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 16-24.

Un secondo modello si distingue, invece, per la palese derivazione di questi organismi dall'apparato politico, parlamentare o governativo che sia, nell'ottica di dare maggior peso alla funzione ausiliaria del legislatore.

Infine, un terzo modello si caratterizza per una marcata indipendenza sia dall'apparato politico che da quello giudiziario, e per un più rilevante ruolo della componente accademica che dimostra lo scopo perseguito di accreditare la maggiore autorevolezza possibile pur in mancanza di una chiara fonte di legittimazione para-normativa.

Sono stati presi in considerazione istituti appartenenti sia ad ordinamenti di civil law che di common law in quanto si è riscontrata una certa trasversalità della funzione oggetto di interesse in relazione alla generalizzata tendenza a valorizzare il dato giurisprudenziale.

Sarebbe senz'altro riduttivo assimilare le elaborazioni di questi organismi alle fonti autonome in quanto, da un lato, la loro applicazione finisce per interessare una platea ben più ampia delle categorie rappresentate e, dall'altro, vengono spesso offerte al legislatore a fini di riforma¹². D'altra parte, si tratta di un problema antico che già il Guastini aveva evidenziato nel contrapporre una concezione formale di fonte ad una materiale e rilevando come nella nostra cultura giuridica, di fatto, sia diffuso un atteggiamento eclettico¹³.

Inoltre, uno dei tratti più salienti di questi organismi consiste nel coinvolgimento attivo dell'autorità giudiziaria sia nella fase di ricognizione ed elaborazione, sia in quella di applicazione, tanto da generare un effetto "istituzionalizzante" in entrata, in virtù della particolare autorità coinvolta nel dialogo intercategoriale, così come in uscita a causa della particolare destinazione applicativa.

Queste constatazioni hanno indotto a considerare le moderne teorie neo-istituzionaliste come le più adatte ad inquadrare i fenomeni esaminati, ferme restando le ampie riserve rispetto all'esperienza della Repubblica Popolare cinese. Si è comunque ritenuto di includere nello studio le Commissioni che caratterizzano il sistema giudiziario di quel paese in quanto le recenti riforme che lo hanno interessato sono state precedute da seri studi comparatistici sulla funzione di raccolta, riordino e rielaborazione del dato giurisprudenziale.

Va, però, preliminarmente chiarito che la considerazione dell'esperienza cinese è stata fondata, come si vedrà, sul presupposto per cui l'approccio funzionalistico -seppur applicato con le dovute cautele- possa consentire di comparare fruttuosamente istituti, soluzioni normative e tendenze appartenenti a ordinamenti disomogenei¹⁴.

2. Gli organismi intercategoriale costituiti presso gli uffici giudiziari

a. *Composizione, autonomia e funzioni*

¹² Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione, L'emergere delle costituzioni civili*, trad. a cura di A. Prandini, Roma: Armando Editore, p. 122.

¹³ R. Guastini, *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, in Trattato di diritto civile e commerciale, a cura di Schlesinger P., Milano: Giuffrè, 2010, pp. 46-9.

¹⁴ G. deVergottini, *La comparazione nel diritto costituzionale. Scienza e metodo*, in *Diritto e Società*, 1986, p. 165 e ss.

Innanzitutto, occorre muovere l'analisi da quei modelli che risultano incardinati presso gli uffici giudiziari e che presuppongono un diretto coinvolgimento dei magistrati al fine di ottenere la maggiore efficacia possibile in sede applicativa.

Sono stati presi in considerazione due istituti appartenenti a ordinamenti disomogenei: l'uno, quello italiano, afferente alla tradizione giuridica a diritto codificato e fondato su di una costituzione scritta; l'altro, quello cinese, ancora ispirato al socialismo radicale di stampo autoritario.

Pur tenendo presenti le notevoli differenze valoriali e di contesto, si è notato come in entrambi i paesi, seguendo itinerari differenti e con risultati certamente non omogenei, si è arrivati a perseguire la funzione di raccolta, riordino e rielaborazione del dato normativo e giurisprudenziale nell'ambito della sede giudiziaria, per tramite della costituzione di organismi ad hoc. Nell'un caso si tratta di un organo assembleare intercategoriale con mere funzioni deliberative, sotto la supervisione della dirigenza dei tribunali; nell'altro caso, si ha un vero e proprio collegio specializzato con funzioni deliberative e giurisdizionali stabilmente inserito nella gerarchia giudiziaria.

Muovendo, innanzitutto, dall'esperienza italiana lo studio si è rivolto verso gli Osservatori sulla Giustizia che hanno preso forma successivamente al consolidarsi di iniziative volte a rilevare prassi comuni nei vari fori del paese. È su impulso di un magistrato progressista e innovatore come Carlo Maria Verardi che da occasionali incontri di confronto fra giudici, avvocati e cancellieri furono costituiti presso molti tribunali italiani, tra la fine degli anni '90 e i primi anni 2000, organismi permanenti di natura ibrida in quanto strutturati secondo le duttili forme associative del diritto privato, ma fondati su di un patto inter-istituzionale tra ordini forensi, dirigenze amministrative e uffici giudiziari¹⁵.

Proprio questo patto spontaneo, sfuggito al dominio del legislatore, ha finito per connotare l'efficacia di questi strumenti, declinando in chiave democratica il confronto intercategoriale e sancendo definitivamente il tramonto del modello solipsistico della giurisdizione.

La legittimazione degli Osservatori deriva indirettamente dalla rappresentatività dei soggetti che siedono ai tavoli di confronto laddove, da un lato, vi sono magistrati di ruolo e dirigenti degli uffici di cancelleria, e, dall'altro, esponenti degli Ordini forensi e delegati delle associazioni di categoria maggiormente rappresentative.

Le logiche del confronto intercategoriale e della deliberazione a maggioranza che ispirano l'attività di questi enti hanno condotto alcuni autori a richiamare il concetto di "democrazia giudiziaria"¹⁶. Il contributo dei partecipanti non si esaurisce sul mero piano tecnico e dialogico ma si estrinseca altresì su quello della conformazione alla regola o

¹⁵ S. Pellegrini, *Il contenzioso giudiziario in Italia tra mutamento e riforme*, Milano: Giuffrè, p. 128 ss.; G. Gilardi, *Processo e organizzazione: le riforme possibili per la giustizia civile*, Quaderni di Questione Giustizia, Milano: Franco Angeli, 2004, p. 322; G. Gilardi, *Carlo Maria Verardi, e l'attualità del suo esempio*, in *Questione Giustizia*, 16 settembre 2019, consultato da <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=2024>.

¹⁶ L. Breggia, *Crisi dei tribunali e crisi della città. Prospettive di ricostruzione nell'Europa dei diritti*, in *Gli Osservatori sulla Giustizia civile e i protocolli d'udienza*, cit., p. 267, ove si cita R. Caponi, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (in margine al Lissabon-Urteil)*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. com.*, 2010, p. 387 e ss.

soluzione elaborata. Infatti, la particolare autorevolezza o rappresentatività dei membri degli Osservatori induce una diffusa osservanza da parte di tutto il foro di riferimento che potrebbe apparire spontanea ma, in realtà, soggiace alle logiche della pressione sociale e dell'emarginazione del comportamento deviante.

Se, da un lato, è chiaro come queste fonti non siano dotate della forza vincolante propria delle norme legislative, dall'altro, è altrettanto evidente come il libero discostamento non sia ammissibile se non ad un costo sociale molto elevato. Ciò basterebbe, secondo alcuni, a configurare una forma blanda di normatività¹⁷.

L'attività degli Osservatori è ancora oggi intesa a rilevare e riformulare regole comuni e condivise¹⁸ emergenti dalle diverse prassi dei vari distretti giudiziari o da consolidati orientamenti giurisprudenziali. Generalmente, infatti, il contributo di questi enti è più ricognitivo, chiarificatore e sistematizzante che creativo, in quanto si fonda sull'elaborazione di fonti già esistenti come le consuetudini e i precedenti.

L'oggetto dell'attività degli Osservatori consiste essenzialmente nell'elaborazione di protocolli¹⁹ che possano orientare l'attività di giudici e avvocati in modo da migliorare il servizio giustizia e ad uniformare l'attività dei diversi distretti giudiziari. La scelta dello strumento del protocollo invece che di linee guida o regolamenti evidenzia la natura di patto inter-istituzionale del lavoro degli Osservatori destinato a fare appello alla collaborazione delle categorie coinvolte per assicurare una estesa e generalizzata osservanza. Infatti, quando un dato protocollo si rivela particolarmente efficace, altri uffici giudiziari tendono a adottarlo e a farlo osservare nel relativo distretto.

In effetti, gli Osservatori ed i protocolli si sono rivelati uno straordinario strumento di conoscenza, approfondimento e -nei limiti del possibile- di recupero di efficienza nel processo. L'attività di protocollazione di regole e prassi condivise costituisce, per l'ordinamento italiano, un importante fattore di innovazione e, al contempo, di stabilizzazione²⁰.

È un fattore di innovazione perché costituisce il primo tentativo di coinvolgimento di una moltitudine di uffici giudiziari a ogni livello al fine di definire, d'intesa con l'avvocatura, regole chiare e condivise destinate a connotare il sistema processuale italiano. Si tratta, in effetti, di una rivoluzione nel modo di amministrare la giustizia verso una regolamentazione pattizia di eque condotte processuali, standard, criteri e parametri di interpretazione.

Pertanto, si è ormai diffusa l'idea che questo efficace strumento possa trovare applicazione anche nelle ampie aree del diritto sostanziale²¹ dove le esigenze di innovazione sono sempre più sentite sebbene, non di rado, fraintese dal legislatore.

¹⁷ R. Caponi, *cit.*, p. 63; L. Breggia, *Per un'etica dell'organizzazione*, in *ibidem*, p. 247.

¹⁸ In origine le conferenze di avvocati, giudici, funzionari ed accademici erano intitolate "Prassi Comuni", vedi G. Berti Arnoaldi Veli, *op. cit.*, 2011, p. 31.

¹⁹ Il termine 'protocollo' è inteso in questo contesto come accordo sulle regole, patto, intesa; vedi G. Berti Arnoaldi Veli, *op. cit.*, p. 33.

²⁰ G. Costantino, *Governance e giustizia. Le regole del processo civile*, in *Governance e diritto*, 14, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, 2011, pp. 86-91.

²¹ L. Breggia, *cit.*, p. 259 e ss.

Al contempo, come si è detto, l'attività di protocollazione costituisce un fattore di stabilizzazione perché favorisce e supporta la ricezione delle innovazioni del diritto legislativo, prevenendo interpretazioni arbitrarie e conflitti nel diritto giurisprudenziale, e contribuendo alla prevedibilità nell'applicazione delle norme.

La medesima funzione si ritrova in un altro interessante quanto peculiare esempio di organismo costituito presso gli uffici giudiziari della Repubblica Popolare di Cina. Sebbene, la dottrina comparatistica non di rado esiti nel considerare l'ordinamento cinese per le evidenti divergenze negli assetti valoriali e costituzionali, il formidabile sviluppo economico degli ultimi anni ha condotto ad una notevole sofisticazione degli istituti e degli apparati statali. Quel che pare utile evidenziare preliminarmente è che le esigenze dell'economia e del mercato globale hanno favorito la ricerca di soluzioni a problemi comuni attraverso un crescente seppur limitato uso della comparazione, nonostante il permanere di una forma di governo autoritaria e tendenzialmente autoreferenziale²².

È il caso del sistema giudiziario che, proprio per i deficit di indipendenza, autonomia e competenza tecnica che lo hanno storicamente caratterizzato, è stato oggetto di seri studi ed approfondimenti con finalità di riforma già a partire degli anni '90²³.

Queste iniziative fanno parte di un piano più generale di attuazione degli obiettivi posti dai numerosi progetti internazionali di sviluppo della giustizia cinese che si trovano riaffermati sotto forma di uno specifico impegno delle autorità governative al "rafforzamento del controllo giudiziario", nell'ambito del Protocollo di adesione alla WTO (prot., I, 2, D). Di queste esigenze si sono fatti portatori gli stessi organi di vertice dell'apparato giurisdizionale cinese.

La Corte Suprema ha quindi elaborato nel 1999 un Piano di riforma quinquennale che annovera fra i propri obiettivi primari l'aumento di efficienza delle Corti e del livello tecnico del personale giudiziario²⁴. Tuttavia, pur nel contesto delle summenzionate riforme che hanno elevato il grado di professionalità ed avviato la depolitizzazione delle corti cinesi, gli obiettivi posti dai programmi della Corte Suprema sono rimasti lontani dal pieno conseguimento. Nel complesso, il sistema continua ad essere oggetto di aspre critiche – e non più solo all'estero – con particolare riferimento alla scarsa efficienza e all'inadeguata autonomia delle corti.

Come evidenziato da Marina Timoteo, un primo elemento che ostacola lo sviluppo dell'apparato giudiziario cinese è la struttura statale in cui esso è inserito²⁵. Si tratta, in effetti, di una struttura organizzata secondo i principî costituzionali tipici della forma di

²² Cfr. sul punto J. deLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models and Legal Changes in the PostComunist World and Beyond*, in U. Pa. J. Int'l Econ. L., 20, 79, 1999; R. Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, 2002, p. 283 e ss.

²³ M. Timoteo, *La giustizia e i giuristi nella Cina contemporanea*, in Rivista degli Studi Orientali, Nuova serie, vol. 78, fasc. 3/4, 2005, Roma: Università degli Studi La Sapienza, p. 524. Per maggiori approfondimenti sul sistema giudiziario cinese il riferimento principale è S. Finder, *The Supreme People's Court of the People's Republic of China*, in Journal of Chinese Law, 7, 145, 1993.

²⁴ Il programma è stato pubblicato in *Zuigao renmin gongheguo fayuan gongbao* (Gazzetta della Corte suprema del popolo della RPC), 1999, n. 6, pp. 185-190.

²⁵ M. Timoteo, *op. cit.*, p. 525.

stato socialista, ossia l'unità del potere statale, il centralismo democratico e la doppia dipendenza.

Dalla combinazione di tali principi emerge uno schema a maglie fitte che vede gli organi giudiziari inquadrati in un articolato sistema soggetto a un duplice controllo. Innanzitutto, i tribunali dipendono orizzontalmente dall'organo rappresentativo del proprio livello territoriale e questa dipendenza orizzontale si esplica attraverso: a) la nomina e la eventuale destituzione dei giudici da parte dell'Assemblea popolare di pari livello gerarchico (artt. 62, 63, 67, 101, 104 Cost.); b) l'approvazione dei bilanci e della gestione economica delle corti da parte dei governi locali; c) ispezioni periodiche condotte sull'attività giudiziaria da parte di commissioni ad hoc costituite dall'Assemblea popolare.

Ogni tribunale, poi, dipende gerarchicamente dal tribunale di livello superiore che esercita un controllo sia sul piano amministrativo che su quello giurisprudenziale. Tale dipendenza gerarchica -che possiamo definire interna- si estrinseca innanzitutto in funzione del potere della Corte suprema del Popolo di adottare atti di natura para-normativa (i.e. *jieda* o *jieshi* e *yijian*) nel quadro di un'importante e vigorosa attività di orientamento interpretativo di tutti i tribunali del Paese²⁶.

La dipendenza gerarchica interna trova attuazione anche attraverso la funzione svolta da un ente peculiare come le Commissioni giudiziarie (i.e. «*shenpan weiyuan hui*»). Queste, ai sensi dell'art. 10 della legge organica sulle Corti del Popolo (d'ora in avanti l.o.c.p.), costituivano organi interni a ciascun ufficio giudiziario del paese, composti dal presidente del tribunale e da alcuni giudici anziani ai quali era demandato il compito di sintetizzare l'esperienza giudiziaria e discutere casi importanti o particolarmente difficili e altre questioni pertinenti all'esercizio della giurisdizione (art. 12 l.o.c.p.).

I membri delle commissioni giudiziarie delle corti del Popolo locali sono nominati e rimossi dal comitato permanente dell'Assemblea del Popolo ai livelli corrispondenti, su raccomandazione dei presidenti di tali corti. Conseguentemente, i membri della commissione giudiziaria presso la Corte suprema sono nominati e rimossi dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo, su raccomandazione del Presidente della Corte.

Le tre principali leggi procedurali aggiungono dettagli poco coerenti²⁷. Pare piuttosto curioso, infatti, che la Legge di procedura penale sia l'unica delle tre che delinea le modalità base attraverso cui le commissioni operano disponendo che «con riguardo ai casi più importanti e complessi, in relazione ai quali il collegio²⁸ ritenga difficile raggiungere una decisione, si deve rimettere la causa al presidente della corte affinché questi decida se sottoporla alla commissione giudiziaria per la discussione e la

²⁶ Pan-Han-Czoske-Otten-Fang, *Making, Enforcing and Accessing the Law*, Report upon Perspectives, tratto da Conferenza Annuale 2014 ECLS, Hong Kong, 2014.

²⁷ Questo non è inusuale nelle redazioni legislative cinesi. La Procedura penale, quella civile, e quella amministrativa (le tre leggi processuali) richiedono l'istanza di parte per richiedere che una commissione giudiziaria consideri la rimozione di un presidente di corte. Le tre leggi processuali richiedono anche che il presidente di una corte che rilevi un «chiaro errore» in un provvedimento giudiziario definitivo emesso dalla sua corte, sia tenuto a sottoporre il caso alla commissione giudiziaria affinché adotti gli ulteriori provvedimenti necessari.

²⁸ Un collegio di tre giudici che gestisce gran parte delle cause nel sistema giudiziario cinese.

risoluzione. Il collegio è tenuto a rispettare la decisione della commissione giudiziaria»²⁹.

Da questa previsione è dato constatare una certa affinità con la funzione demandata alle Sezioni unite della Corte di cassazione di tradizione europeo-continentale sia sotto il profilo della funzione sia sotto quello della vincolatività nei confronti dei giudici del rinvio. Non sfugge come la particolare funzione giurisdizionale esercitata dalle commissioni, ancorché volta ad un fine nomofilattico, le distingua nettamente dagli osservatori italiani sulla giustizia cui non è demandato il compito di emettere decisioni con valore di precedente. Ciò non di meno, le commissioni cinesi condividono oggi con gli osservatori lo svolgimento di un'attività di ricognizione e riordino delle prassi giudiziarie nel contesto di un confronto istituzionale ispirato ad uno standard di elevata competenza tecnica.

Queste commissioni caratterizzano le Corti del Popolo dai primi anni '50 e derivano da sistemi istituiti prima del 1949 in aree controllate dal regime comunista per imporre un controllo del partito sui giudici e per gestire casi critici che erano troppo difficili da risolvere per dei funzionari senza formazione giuridica³⁰.

Storicamente la funzione delle commissioni è sempre stata controversa in quanto erano considerate uno strumento del partito dominante per ostacolare l'indipendenza giudiziaria attraverso l'annullamento delle sentenze non allineate all'indirizzo politico dominante e l'imposizione di determinati precedenti guida³¹. Va considerato che, per i fondatori del sistema giudiziario cinese, l'indipendenza giudiziaria non doveva tradursi in indipendenza del singolo giudice nel processo, ma piuttosto nel più ampio concetto di indipendenza nell'amministrazione della giustizia da parte delle corti del popolo come istituzioni collettive. Sulla base di questo argomento si è giustificato il ruolo forte di questi enti nell'ambito del sistema della Repubblica popolare³².

Nel gennaio 2010, la Corte suprema del Popolo ha adottato una nuova regolamentazione³³ che ha cambiato alcune caratteristiche delle commissioni giudiziarie.

Questa nuova disciplina è stata il risultato di una elaborazione che è durata quasi dieci anni e ha richiesto l'approvazione della più alta autorità politica, il Comitato centrale del Partito, in ragione dell'importanza delle commissioni giudiziarie nel guidare il lavoro delle corti.

Fino all'introduzione della nuova regolamentazione, le disposizioni procedurali di cui si è fatto cenno erano integrate da alcune interpretazioni vincolanti della Corte

²⁹ Si veda l'articolo 149 c.p.l., consultabile all'indirizzo: www.cecc.gov/pages/newLaws/criminalProcedureENG.php.

³⁰ Si vedano le osservazioni sul modello socialista di G. Ajani, *Diritto dei paesi socialisti*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civile, UTET, 2018.

³¹ Cfr. M. Woo, *Adjudication, Supervision and Judicial Independence in the PRC*, in *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, pp. 95; 116 e ss.; M. Timoteo, op. cit., p. 526.

³² M. Woo, op. cit.

³³ *Implementing Opinion on the Reform and Improvement of the System of Judicial Committees in People's Courts, Supreme People's Court*, 11 gennaio 2010, reperibile all'indirizzo: http://www.lawlib.com/law/law_view.asp?id=312469.

suprema del Popolo e da prassi consolidate e linee guida adottate per uso interno dalle corti locali.

La nuova regolamentazione ha codificato, su base nazionale, alcune delle vecchie prassi e regole interne, per fornire maggiore coerenza e strutturazione alle commissioni. Tra le questioni più importanti innovate dalla nuova disciplina vi sono i requisiti di appartenenza, la competenza, e la procedura da seguire, così come i rapporti con le procure locali. Tuttavia, i caratteri principali delle commissioni, e la loro immanente contraddizione con i principi di autonomia e indipendenza dei giudici permangono.

Più in particolare, è ora specificato quali funzionari giudiziari sono membri della commissione, ovvero il presidente della corte, i vicepresidenti, i capi di sezione, oltre che alcuni membri specializzati che vengono indicati come giudici qualificati e con esperienza, sebbene non necessitino di alcun titolo particolare all'interno della corte stessa. Può partecipare alle riunioni delle commissioni anche il capo della procura locale.

La maggior parte di questi soggetti sono anche membri del comitato di partito della corte e sono, pertanto, investiti del potere di valutare la promozione degli altri giudici³⁴.

Inoltre, al di fuori dei casi di rinvio preliminare e di revisione su iniziativa dei giudici competenti, sono previsti casi in cui il sindacato delle commissioni è obbligatorio come quando la controversia investa questioni concernenti serie minacce alla sicurezza nazionale, la pena capitale o altre importanti questioni afferenti stranieri o cittadini di Hong Kong, Macau e Taiwan.

Quel che pare interessante della riforma introdotta è senz'altro la particolare attenzione alla specializzazione e all'esperienza professionale, rispetto al legame con gli apparati politici. Questo mutamento non è altro che il principale risvolto del perseguimento dell'obiettivo di elevare la competenza tecnica e specialistica di questi organi che hanno visto un sostanziale ampliamento del loro mandato per favorire il miglioramento dell'efficienza dei tribunali e, quindi, il recupero di una loro legittimazione.

D'altra parte, è possibile constatare che al graduale allentamento del controllo politico-autoritario sulle istituzioni giudiziarie cinesi abbia corrisposto un progressivo recupero del ruolo del giurista. Solo a partire dal 2001 l'accesso alla carriera giudiziaria richiede il conseguimento della laurea quadriennale in giurisprudenza e, non di rado, i nuovi magistrati provengono dalla professione forense³⁵. All'aumento della competenza degli avvocati ha quindi corrisposto un aumento della preparazione tecnica dei giudici e ciò si è verificato nel contesto di una generale riviviscenza della classe accademica giuridica in seguito al III Plenum dell'Assemblea Popolare³⁶.

³⁴ S. Finder, *2010 Reform in the Chinese Courts: Reforming Judicial Committees*, Vol. 3, No. 5, Edison, NJ: Bloomberg Law reports—Asia Pacific, 2010.

³⁵ *Zhonghua renmin gongheguo lushifa* in vigore dal 1° gennaio 1997. V. anche Z. Wang, *Legal Education in Contemporary China*, 36, *The International Lawyer*, 1210 (2002).

³⁶ M. Timoteo, op. cit., p. 532.

Sebbene lo stile della dottrina giuridica e della manualistica cinese sia stato per lungo tempo improntato all'astrattezza e alla analisi teorica dei testi normativi³⁷, in tempi recenti si è iniziato a dare maggiore rilevanza anche al dato giurisprudenziale favorendo un'elaborazione dottrinarina più ampia ed in linea con gli standard comparatistici³⁸.

In questo contesto hanno finito per assumere un ruolo chiave gli studi ed i pareri delle commissioni giudiziarie che, da un lato, contemplan ed elaborano i filoni giurisprudenziali emergenti dalle raccolte disponibili e, dall'altro, allineano l'orientamento del rispettivo distretto riformando le sentenze divergenti. Il lavoro della commissione giudiziaria presso la Corte suprema ha costituito un fattore chiave per la stesura delle linee guida adottate in ambito processuale.

È possibile quindi comprendere il mutamento del ruolo di questi istituti laddove, per una singolare eterogenesi dei fini, al maggior rilievo della funzione nomofilattica ha corrisposto un ridimensionamento del controllo politico da parte del partito dominante.

b. Il valore dell'elaborazione giuridica qualificata e il sistema delle fonti

Occorre, quindi, proseguire l'analisi rivolgendo l'attenzione alla natura e alle caratteristiche del lavoro degli enti su descritti. Innanzitutto, si pone il tema del valore dei c.d. protocolli elaborati dagli Osservatori italiani sulla giustizia.

In particolare, la compatibilità della natura normativa di questi documenti rispetto a un contesto democratico a diritto codificato basato sulla separazione dei poteri è stata affrontata dalla maggioritaria dottrina italiana attraverso l'attribuzione di una mera autorità persuasiva³⁹.

Le regole protocollari, infatti, non sono norme tecnicamente cogenti e non intendono sostituirsi al dato normativo, ma semmai affiancarlo con una serie di accorgimenti pratici condivisi, la cui forza risiede esclusivamente nella loro capacità, e in quella dei soggetti ed enti coinvolti, di porsi e di imporle quali regole di buon senso e di utilità comune, come tali riconosciute dalla comunità di operatori che le ha adottate.

Come si è già rilevato, i protocolli, in quanto tali, sono caratterizzati da una natura convenzionale, pattizia o pseudo-contrattuale che beneficia della forza istituzionalizzante della giurisdizione. L'efficacia contrattuale di regole siffatte tende, infatti, ad essere amplificata da riconoscimenti positivi di vincolatività generale.

Ne rappresenta un esempio la sentenza n. 12408 del 2011 della Corte di cassazione, che ha riconosciuto l'applicabilità su base generale delle più note regole protocollari varate da un osservatorio sulla giustizia civile italiano, vale a dire le tabelle per la liquidazione dei danni alla persona adottate dal Tribunale di Milano⁴⁰.

³⁷ S. Lubman, *Studying Contemporary Chinese Law: Limits, Possibilities and Strategy*, 39 Am. J. Comp. L., 309, 1991. Sul ruolo della giurisprudenza nella prima fase delle riforme v. N. Liu, *Legal Precedents with Chinese Characteristics: Published Cases in the Gazette of the Supreme People's Court*, in *Journal of Chinese Law*, 1991, p. 107 e ss.

³⁸ M. Timoteo, op. cit., p. 532.

³⁹ R. Caponi, cit., pp. 57- 64.

⁴⁰ Sulle tabelle predisposte dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano si veda D. Spera, *Tabelle milanesi 2013 e danno non patrimoniale*, Milano, 2013.

Per verità, la giurisprudenza che ha accolto le tabelle di Milano come indefettibile strumento volto a «garantire l'intima coerenza dell'ordinamento, assicurando che casi uguali non siano trattati in modo diseguale»⁴¹ è a tal punto cospicua da costituire ormai sicuro diritto vivente.

Non di meno, nella gran parte dei casi i giudici di cassazione trascendono le considerazioni sulla natura della fonte tabellare per valorizzarne il profilo funzionale. Come si legge in un recente arresto della Cassazione «[l]e tabelle, siano esse giudiziali o normative, sono uno strumento idoneo a consentire al giudice di dare attuazione alla clausola generale posta all'art. 1226 c.c. (v. Cass., 19 maggio 1999, n. 4852), non già di derogarvi; e di addivenire ad una quantificazione del danno rispondente ad equità, nell'effettiva esplicazione di poteri discrezionali, e non già rispondenti ad arbitrio [...]»⁴².

Tuttavia, va rilevato che l'esigenza di giustificare il fondamento del sindacato di legittimità su di una valutazione di equità compiuta dal giudice di merito ha inevitabilmente condotto il giudicante di Cassazione a prendere posizione sui limiti di efficacia della fonte tabellare sì da consentirne la riconduzione ad una natura giurisprudenziale, invece che normativa.

In effetti, per lungo tempo la Cassazione ha escluso la necessità per il giudice di motivare in ordine all'applicazione della fonte tabellare in uso presso il suo ufficio giudiziario, essendo essa fondata sulla media dei precedenti del medesimo, e avendo la relativa adozione la finalità di uniformare, quantomeno nell'ambito territoriale, i criteri di liquidazione del danno⁴³, dal momento che, per converso, era richiesto di motivare adeguatamente la scelta di avvalersi di tabelle in uso presso altri uffici⁴⁴.

In ragione di ciò, l'attività di quantificazione del danno non poteva ritenersi di per sé soggetta a controllo in sede di legittimità, se non sotto l'esclusivo profilo del vizio di motivazione ex art. 360, 1° comma, n. 5, c.p.c. (poi emendato) in presenza di totale mancanza di giustificazione a sostegno della statuizione del giudice di merito o di macroscopico scostamento da dati di comune esperienza⁴⁵. In altri termini, se l'adesione alla fonte protocollare da parte del giudice di merito fosse stata meramente frutto della sua persuasione, il sindacato di Cassazione avrebbe dovuto ritenersi precluso.

Più recentemente, a prescindere dalla riforma del codice di procedura intervenuta con D. Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, la Corte di cassazione si è orientata nel senso di ritenere che l'inosservanza delle tabelle milanesi da parte del giudice di merito costituisca, più che un vizio di motivazione, una vera e propria violazione di norma di diritto

⁴¹ Così si legge in C. Cass. civ. 7 giugno 2011, n. 12408 ove si trova anche scritto che: “equità non vuol dire arbitrio, perché quest'ultimo, non scaturendo da un processo logico- deduttivo, non potrebbe mai essere sorretto da adeguata motivazione. Alla nozione di equità è consustanziale l'idea di adeguatezza e di proporzione. Ma anche di parità di trattamento”. La medesima impostazione è stata più recentemente ed integralmente accolta anche in C. Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 10263.

⁴² C. Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 10263.

⁴³ Si veda C. Cass. civ. 2 marzo 2004, n. 418.

⁴⁴ Si veda al riguardo le sentenze C. Cass. civ. 21 ottobre 2009, n. 22287, C. Cass. civ. 1° giugno 2006, n. 13130, C. Cass. civ. 20 ottobre 2005, n. 20323, C. Cass. civ. 3 agosto 2005, n. 16237.

⁴⁵ C. Cass. 19 maggio 2010, n. 12918; C. Cass. 26 gennaio 2010, n. 1529.

censurabile ex art. 360, 1° comma, n. 3 c.p.c.⁴⁶. Da questo mutamento di paradigma deve trarsi la conclusione che il necessario sindacato di cassazione sull'applicazione della fonte protocollare si fonda ora sulla sua natura normativa e non più su quella giurisprudenziale.

Si legge ancora nella decisione del maggio 2015: «[e]ssendo l'equità il contrario dell'arbitrio, la liquidazione equitativa operata dal giudice di merito è sindacabile in sede di legittimità (solamente) laddove risulti non congruamente motivata, dovendo in essa “darsi una giustificazione razionale a posteriori” (v. Cass. civ. 7 giugno 2011, n. 12408)»⁴⁷.

Si comprende, pertanto, come la natura della fonte tabellare-protocollare discenda, più che dalla qualifica degli autori, dalla disciplina della sua efficacia dal momento che essa si estende fino alla ragionevole dimostrazione della inopportunità/iniquità derivante dalla sua applicazione.

In altre parole, al giudice non è in alcun caso consentito di ignorare la fonte protocollare, sebbene possa in determinati casi ritenere di derogarvi offrendone adeguata motivazione.

Da questo irretito senso di cogenza o, per meglio dire, da questa “persuasività presuntiva” discende il valore della fonte protocollare così come elevato dalla forza istituzionalizzante della giurisdizione.

In altri casi alcune regole nate come protocollari sono state fatte proprie dal legislatore nell'ambito di progetti di riforma processuale: ne sono esempi la nuova disciplina delle esecuzioni immobiliari che è stata dichiaratamente ispirata alle prassi adottate dai Tribunali di Bologna e Monza, oppure l'introduzione della calendarizzazione del processo⁴⁸ o la regolamentazione del contraddittorio endoperitale nelle c.t.u.⁴⁹. Pertanto, riconoscere alle regole protocollari una mera autorità persuasiva non è più sufficiente ad inquadrare correttamente il fenomeno.

Inoltre, il rapporto tra il valore dei protocolli ed il diritto legislativo è stato oggetto di alcune considerazioni da parte della Corte costituzionale in un caso relativo alla legittimità dell'art. 139, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (i.e. Testo Unico delle Assicurazioni Private)⁵⁰.

Nelle motivazioni dell'ordinanza di inammissibilità i giudici costituzionali sembrano qualificare le tabelle adottate dai tribunali per il risarcimento del danno come “fonti di diritto giurisprudenziale” senza chiarire se si deve ritenere che le regole protocollari siano rilevanti nella misura in cui sono ufficialmente adottate ed applicate dai vari distretti giudiziari o in quanto rappresentino una riformulazione di regole giurisprudenziali già esistenti. Pare quindi di trovarsi davanti all'imperituro dilemma sulla nascita dell'uovo e della gallina.

⁴⁶ Si veda C. Cass. civ. 30 giugno 2011, n. 14402; C. Cass. 7 giugno 2011, n. 12408.

⁴⁷ C. Cass. civ. 20 maggio 2015, n. 10263.

⁴⁸ Vedi nuovo art. 81bis disp. att. c.p.c., destinato a essere ancora più incisivo, in forza di quanto recentemente stabilito dalla Corte costituzionale, con la sent. 18 luglio 2013, n. 216.

⁴⁹ Vedi nuovo art. 195 c.p.c.

⁵⁰ Corte cost., ordinanza di inammissibilità 20 aprile 2011 n. 157.

Per verità, la Consulta non ha risolto esplicitamente il nodo del conflitto tra diritto legislativo e norma protocollare, in quanto ha ritenuto di decidere la questione sulla base di argomenti relativi ad aspetti formali.

Questo profilo appare senza dubbio meno problematico nell'ordinamento cinese in quanto i distretti giudiziari e, in particolare, la Corte suprema del popolo sono esplicitamente abilitati ad adottare normative secondarie di attuazione.

Inoltre, le commissioni giudiziarie adottano decisioni che sono vincolanti nei confronti dei giudici che hanno in precedenza esaminato il caso, perché sono esplicitamente qualificati come «gli organi giudiziari di vertice» all'interno di un determinato tribunale e sono incaricati di dare attuazione al principio di “centralismo democratico”.

La commissione è, perciò, l'organo più autorevole all'interno di una struttura giudiziaria in quanto attrae nella sua giurisdizione i casi di contrasto giurisprudenziale ed è tenuta a dare indirizzi di politica giudiziaria e pareri preliminari ai magistrati della struttura nonché a sintetizzare l'«esperienza giurisprudenziale» del particolare distretto giudiziario cui fa riferimento⁵¹.

Ciò significa che le commissioni raccolgono e analizzano la giurisprudenza locale e nazionale al fine di riorganizzarla e di selezionare i casi guida ignorando le sentenze ripetitive-confermative.

Da questo complesso lavoro, la commissione elabora regole e codifica prassi, portandole a conoscenza di tutti i giudici della relativa corte i quali, a loro volta, sono tenuti ad osservarle. Sotto questo profilo, le affinità con l'attività degli osservatori paiono più evidenti per quanto non sia possibile assimilare il controllo gerarchico esercitato dalla commissione giudiziaria presso la Corte suprema del popolo al più blando coordinamento degli osservatori demandato alla Fondazione Verardi.

Inoltre, l'attività istruttoria delle commissioni non viene resa conoscibile al di fuori dell'ufficio giudiziario di riferimento, rendendo di fatto poco agevole una spontanea adesione da parte della comunità di riferimento. Gli stessi casi oggetto di revisione o rinvio pregiudiziale interno sono trattati in camera di consiglio, prevalentemente su base documentale e con scarso coinvolgimento delle parti⁵². Ciò non di meno, le ricostruzioni giurisprudenziali e l'individuazione dei precedenti guida da parte delle commissioni sono, non di rado, richiamate nelle sentenze emesse dal relativo ufficio giudiziario che, ormai, sono oggetto di sistematica pubblicazione. Inoltre, alcune commissioni rendono accessibili i pareri resi in via astratta su contrasti giurisprudenziali.

La nuova regolamentazione introdotta nel 2010 ha peraltro disposto che una corte collegiale possa, su propria valutazione, sottoporre una causa al presidente affinché questi disponga la remissione degli atti alla commissione quando: a) le valutazioni all'interno del collegio sono divergenti e vi è una certa difficoltà a raggiungere una decisione condivisa; b) la normativa applicabile non è chiara o ci sono difficoltà

⁵¹ Articolo 177 del Codice di procedura civile; Articolo 63 della Legge sulla Procedura amministrativa; e Articolo 103 del Codice di procedura penale.

⁵² X. He, *Black Hole of Responsibility: The Adjudication Committee's Role in Chinese Court*, *Law & Society Review*, Vol. 46, N. 4, 2012, p. 682.

nell'applicare la legge; c) la risoluzione del caso può avere serie implicazioni sulla società; d) si tratta di una questione sostanzialmente nuova che può costituire un esempio per i casi futuri. Queste previsioni avrebbero dovuto rendere più indipendente il sistema giudiziario limitando l'ingerenza politica e inducendo motivazioni più articolate ed estese delle sentenze.

A ben vedere, l'ingerenza del partito non è scomparsa, ma il potere di sindacare le sentenze è ora maggiormente correlato alla autorevolezza e alla competenza dei membri del comitato. In altre parole, il ruolo di questi organi sembra stia diventando più coerente con l'esercizio diffuso di una funzione nomofilattica dal momento che tendono a configurarsi come articolazioni della commissione giudiziaria costituita presso la Corte suprema del popolo. In effetti, la rigida gerarchia che caratterizza il sistema giudiziario cinese si riflette nel rango delle decisioni guida e nelle regole di indirizzo elaborate dalle diverse commissioni.

Tuttavia, come ha rilevato Xin He, se, da un lato, è riscontrabile un minore controllo da parte del partito centrale, dall'altro il sistema di nomine su base locale ha favorito uno strapotere dei presidenti di tribunale ed una diversificata influenza da parte di esponenti della politica e dell'economia del territorio⁵³. Dagli studi svolti dall'Autore emergerebbe come la gran parte dei casi in cui le commissioni riformano le sentenze è di natura penale anche se non di difficile soluzione, mentre nelle controversie civili ad elevata complessità il contributo che viene offerto non è significativo. In altri termini, secondo He, se la situazione delle commissioni pre-riforma ne faceva auspicare l'abolizione, oggi neppure vi sono particolari ragioni di ottimismo.

Di diverso avviso è Suli Zhu, ex preside della Facoltà di Legge dell'Università di Beijing, secondo il quale le commissioni svolgono attualmente funzioni indispensabili nel contesto locale e costituiscono utili strumenti per contrastare la corruzione e tutelare l'indipendenza giudiziaria⁵⁴.

Nel prevedibile futuro dell'ordinamento giudiziario cinese, le commissioni giudiziarie continueranno ad operare secondo i principi direttivi imposti dal partito comunista, decidendo casi che risultino particolarmente difficili od importanti per un giudice ordinario e sforzandosi di assicurare l'uniformazione al diritto nazionale.

Ciò non di meno, il ruolo consultivo ed interpretativo di questi organi sembra destinato ad espandersi laddove la presa del partito si allenti ulteriormente e sia rigidamente normata la selezione dei casi da affrontare. La combinazione della funzione giurisdizionale, attraverso la quale vengono generati precedenti guida, con il compito di riorganizzare la giurisprudenza ed il potere di fornire interpretazioni autoritative del diritto si è dimostrata particolarmente utile per i giudici ed è destinata a svilupparsi ulteriormente se il lavoro delle commissioni verrà reso maggiormente accessibile.

3. Gli organismi costituiti presso gli enti politici

⁵³ X. He, cit., p. 632-633.

⁵⁴ S. Zhu, *Bring the Law to the Countryside*, in China's Univ. of Political Science and Law Press, 2000, p. 112.

Proseguendo la panoramica dei modelli rilevati, occorre ora rivolgere l'attenzione agli enti incardinati presso l'apparato politico-legislativo.

Le esperienze più significative di questo tipo sono risultate tre sebbene presentino caratteristiche formalmente e sostanzialmente diverse. La prima e l'ultima appartengono alla tradizione giuridica di *common law*, mentre la seconda è propria di un ordinamento dell'Europa continentale.

Tutti e tre gli organi considerati sono stati istituiti su iniziativa governativa o parlamentare e svolgono un'attività prevalentemente di ausilio alla legislazione senza interferire con il sistema delle fonti. Il grado di elaborazione tecnico-accademica tende ad essere elevato ma la concreta efficacia del lavoro svolto è molto variabile anche a seconda del coinvolgimento e dell'attenzione prestata dall'autorità politica. Al di fuori del recepimento legislativo, l'efficacia esterna del lavoro di questi enti sembra scarsa per quanto oggetto di attenzione da parte della dottrina.

La selezione dei membri tende a privilegiare la competenza ma di rado prevede espliciti requisiti. Ciò non ostante, emerge in tutti e tre i casi la notevole consapevolezza del valore attribuito al confronto intercategoriale e alla rilevazione del dato giurisprudenziale.

Innanzitutto, la Law Commission inglese, derivata dall'originario modello di commissione ministeriale, è stata istituita, insieme all'omologa Scottish Law Commission, nel 1965 con un provvedimento legislativo del parlamento ed è chiamata a svolgere una funzione tecnica con un certo grado di indipendenza, sebbene la sua affiliazione all'organo legislativo emerga da alcune caratteristiche peculiari, ovverosia: a) la nomina quinquennale dei commissari da parte del Lord Cancelliere (Art. 1, Law Commission Act – d'ora in avanti l.c.a.); b) il consenso obbligatorio del Lord Cancelliere per l'avvio di qualsiasi progetto di lavoro (Art. 3 l.c.a.); c) la determinazione del compenso dei commissari da parte del Lord Cancelliere, con il consenso del Ministro del Tesoro (Art. 4 l.c.a.).

In termini teorici, le caratteristiche fondamentali di questo modello si rinvergono anche nella International Law Commission istituita nel 1947 dalle Nazioni Unite per favorire "il progressivo sviluppo del diritto internazionale e la sua codificazione" (Art. 13 dello statuto adottato con Risoluzione 174(II) da parte dell'Assemblea Generale in data 2 novembre 1947)⁵⁵.

Alla Law Commission britannica è demandato esplicitamente il compito di "sottoporre a costante revisione tutte le leggi [di Inghilterra e Galles] ... tenendo presente le prospettive di sviluppo sistematico e di riforma, con particolare attenzione alla consolidazione di tale diritto, alla eliminazione delle anomalie, all'abrogazione degli atti obsoleti o non necessari, alla riduzione del numero degli atti isolati, e, in generale, la semplificazione e la modernizzazione del diritto..." (Sec. 3 l.c.a.).

Nell'idea dei suoi teorizzatori, la natura parapolitica della Commissione avrebbe rappresentato un fattore importante ai fini della sua credibilità per due ragioni sostanziali: a) comporta un rapporto di responsabilità verso i cittadini (c.d. *accountability*); b) non interferisce con il principio della separazione dei poteri.

⁵⁵ B.G. Ramcharan, *The International Law Commission. Its approach to the codification and progressive development of international law*, L'Aia: Martinus Nijhoff, 1977, p. 1-6.

I report e i progetti predisposti dalla Law Commission non possono in alcun modo costituire una fonte normativa senza l'approvazione del Parlamento, ancorché la loro particolare autorevolezza sia non di rado considerata dalla dottrina. Shona Wilson Stark ha bene messo in evidenza la difficoltà di trovare un equilibrio tra le esigenze di indipendenza della Commissione e i fattori di condizionamento politico⁵⁶.

Ciò non di meno, l'indiscusso successo della Commissione è dimostrato dalle statistiche: più di duemila leggi sono state completamente abrogate e molte altre migliaia solo parzialmente; più di due terzi dei progetti di riforma della Commissione sono stati approvati ed attuati dal Parlamento inglese. Inoltre, come la stessa Wilson Stark ha rilevato, il modello della Law Commission britannica trova nel mondo diversi esempi come la South African Law Reform Commission del 1973, e quella australiana del 1975, la Law Commission irlandese sempre del 1975, quella neozelandese del 1986 e quella dell'Irlanda del Nord del 2008⁵⁷.

Un'affiliazione all'organo legislativo decisamente più intensa caratterizza il Comitato per la Legislazione istituito presso la Camera dei Deputati del Parlamento italiano. Questo comitato permanente è stato introdotto con la riforma dei regolamenti parlamentari del 1997 ed avrebbe lo scopo di razionalizzare il processo legislativo al fine di migliorare la qualità della legislazione⁵⁸.

Va detto, però, che secondo il regolamento della Camera⁵⁹, il Comitato, a differenza della Law Commission, svolge la sua funzione esclusivamente rilasciando pareri tecnici ed analitici sulla qualità dei disegni di legge di conversione per quel che attiene alla loro omogeneità, specificità e ai limiti di contenuti ex art. 15 L. n. 400/1988, nonché sui disegni di legge contenenti deleghe legislative o norme di delegificazione. In altre parole, il Comitato è chiamato a fornire alle commissioni legislative del Parlamento alcuni parametri tecnici al fine di migliorare la formulazione e la sistematicità di leggi che non sono ancora entrate in vigore. Inoltre, quest'organo elabora una copiosa mole di dati sullo stato reale della legislazione in Italia anche alla luce del dato giurisprudenziale⁶⁰.

Benché costituisca un organo interno al Parlamento, il Comitato svolge la sua funzione con un certo grado di indipendenza derivante da una equilibrata composizione bipartisan e da una presidenza a rotazione.

⁵⁶ S. Wilson Stark, *The Work of the British Law Commission: Law Reform... Now?*, Cambridge: Hart, 2017, p. 3

⁵⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁸ Report n. 1/2002, Comitato per la Legislazione del Parlamento italiano. Primo Presidente, 21 giugno 2001- 25 aprile 2002.

⁵⁹ Art. 16- bis, § 2, Regolamento della Camera dei Deputati del Parlamento italiano. Il Comitato si sostituisce al c.d. *Servizio di drafting* costituito in seno alla Camera tra il 1989 e il 1991. Questa istituzione non ha un corrispondente al Senato, dove nel 2001 è stato costituito però il *Servizio per la qualità degli atti normativi*. V. E. Longo, *La legge precaria: le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino: Giappichelli, p. 244.

⁶⁰ Sul punto sono interessanti gli Appunti e le Relazioni periodiche del Comitato disponibili per ogni legislatura a partire soprattutto dalla XVI (www.camera.it). Si veda sul punto L. Duilio, *L'esperienza del Comitato per la legislazione e la cooperazione tra le assemblee legislative*, in *Il linguaggio e la qualità delle leggi*, a cura di R. Libertini, Padova: Cleup, 2011, pp. 27 e ss.

Tuttavia, l'impatto reale del lavoro del Comitato sulla legislazione risulta poco significativo. Infatti, i pareri del Comitato non sono obbligatori (fatta eccezione per il caso della legislazione delegata)⁶¹ e le commissioni parlamentari non sempre motivano la scelta di non conformarsi alle osservazioni riportate nei pareri. Peraltro, le statistiche relative al lavoro del Comitato dimostrano ulteriormente la sua scarsa rilevanza: meno del 30% dei pareri del Comitato sono stati positivamente recepiti nel processo legislativo⁶². Per queste ragioni, pare abbastanza chiaro che i pareri del Comitato per la Legislazione non abbiano alcun valore di utilità rispetto al lavoro che sono chiamati a svolgere giudici ed avvocati.

Un modello intermedio tra la Commissione inglese e il Comitato per la Legislazione italiano è rappresentato dalla New York State Law Revision Commission istituita nel 1934 presso il parlamento dello Stato di New York⁶³.

Questa Commissione è composta dai presidenti dei 'Committees on the Judiciary and Codes' delle due camere del parlamento statale, in qualità di membri di diritto, e da altri cinque membri nominati dal Governatore per un periodo di cinque anni⁶⁴. Questa composizione mista fa di questa Commissione un modello intermedio.

Il Governatore designa il presidente della Commissione e lo statuto prevede che almeno quattro dei cinque membri nominati siano avvocati o consulenti giuridici ammessi ad esercitare nello Stato di New York, dei quali almeno due devono anche essere professori universitari in materie giuridiche in un istituto accademico dello Stato.

Anche in questo caso, come per il modello inglese, lo scopo della Commissione è la rielaborazione/riformulazione del diritto giurisprudenziale, l'individuazione delle leggi obsolete o cadute in desuetudine e la predisposizione di proposte di riforma o di codificazione/consolidazione. Il lavoro della commissione si concentra su questioni particolarmente controverse, di diritto sostanziale e procedurale, che possono essere portate alla sua attenzione non solo dal Governatore, ma anche dalle due camere del parlamento, da pubblici funzionari, da ordini forensi, da esponenti della magistratura, da gruppi di interesse e, financo, da singoli cittadini.

La composizione mista è intesa a facilitare i rapporti con il parlamento; infatti, i membri di diritto, in quanto membri dell'assemblea legislativa, hanno la responsabilità di introdurre in parlamento le proposte della Commissione, così come di riferire alla stessa delle osservazioni sollevate nel corso dell'esame parlamentare delle proposte.

Proprio in virtù della sua peculiare composizione, i documenti prodotti dalla Commissione sono esclusivamente destinati alla sede parlamentare e non costituiscono contributi scientifici meritevoli di pubblicazione anche se vengono frequentemente considerati da giudici ed avvocati per il livello di approfondimento dei contenuti.

⁶¹ F. Bientinesi, *Il Comitato per la legislazione e le riforme regolamentari della Camera dei deputati*, Dir. Pubbl., 1998, pp. 527 e ss.; L. Lorello, *Il Comitato per la legislazione e l'effettività del suo ruolo*, in Osservatorio sulle fonti, 2007, a cura di P. Caretti, Torino, 2009, p. 186 e ss.

⁶² Report n. 1/2002, Comitato per la legislazione del Parlamento italiano. Primo Presidente, 21 giugno 2001- 25 aprile 2002.

⁶³ Si veda per un inquadramento generale: <http://lawrevision.state.ny.us/>.

⁶⁴ Capitolo 597 delle Leggi del 1934 che anno dato attuazione all'articolo 4-A del Legislative Law, §§70-72.

Sotto il profilo dell'efficacia, inoltre, va osservato che l'alto numero di recepimenti parlamentari delle raccomandazioni e delle bozze proposte dimostra come la Commissione newyorkese abbia contribuito in maniera significativa a rinnovare e a migliorare il diritto positivo dello Stato statunitense⁶⁵.

4. I modelli intercategoriaли autonomi e l'esperienza statunitense

Il terzo modello da considerare nella presente analisi si distingue dai precedenti per un accentuato grado di autonomia e indipendenza sia dall'apparato giudiziario che da quello politico. Tendenzialmente, è in grado di darsi un proprio indirizzo e di determinare obiettivi e metodi a prescindere dalle esigenze di altri poteri dello stato e senza condizionamenti di rappresentanti di categoria.

Anche in questo caso si riscontra la notevole importanza del confronto intercategoriale data da composizioni miste di accademici, magistrati, avvocati e funzionari che condividono prospettive diverse.

Sebbene le forme adottate siano quelle del diritto pubblico, la prevalente fonte di legittimazione risiede nella particolare autorevolezza dei soggetti coinvolti e nella qualità del lavoro svolto. L'efficacia di questi enti tende ad esplicarsi in molteplici direzioni, dal recepimento parlamentare a quello in sede giudiziaria, dall'alimentazione del dibattito accademico al coinvolgimento dell'opinione pubblica.

Il prototipo di questo modello è senza dubbio l'American Law Institute teorizzato da Benjamin Cardozo.

Infatti, al tempo in cui venne iniziata la prima grande impresa codificatoria statunitense, il giudice Cardozo immaginò un organismo non governativo composto da esperti giuristi ed incaricato del compito di riformulare il diritto, come migliore soluzione alla c.d. «*statutorification*», nonché alla obsolescenza e alla complessità crescenti della legislazione⁶⁶

Secondo Kristen David Adams, l'American Law Institute rappresenta la migliore concretizzazione del modello proposto dal giudice Cardozo⁶⁷. È noto, infatti, che l'Istituto venne fondato nel 1923 (a distanza di soli due anni dalla pubblicazione dell'articolo del giudice) dopo che una commissione di esperti ebbe raccomandato la costituzione di un'organizzazione indipendente composta da autorevoli avvocati, giudici ed accademici cui affidare il compito generale di rendere il diritto più semplice e più certo⁶⁸.

Secondo le valutazioni del *Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law*, l'incertezza derivava in buona parte dalla

⁶⁵ J.W. MacDonald & S. Rosenzweig, *Law Revision Commission of the State of New York Its Organization Procedure Program and Accomplishment*, 20 Cornell L. Rev. 415 (1935).

⁶⁶ B.N. Cardozo, *A Ministry of Justice*, 35 Harv. L. Rev., 1921, 2, 113-128.

⁶⁷ K.D. Adams, *The American Law Institute: Justice Cardozo Ministry of Justice?*, 32 S. Ill. L. Rev., 173, 2007, pp. 176- 177.

⁶⁸ Si veda l'atto costitutivo dell'American Law Institute dove viene affermato chiaramente che lo scopo dell'istituto è: «promuovere la chiarificazione e la semplificazione del diritto e il suo migliore adattamento alle esigenze sociali, al fine di assicurare la migliore amministrazione della giustizia, e di incoraggiare e portare avanti un lavoro giuridico di natura scientifica e di rilievo accademico».

manca di accordo sui principi fondamentali della *common law*, mentre la complessità veniva imputata alle numerose divergenze riscontrabili nelle diverse giurisdizioni⁶⁹.

In conseguenza, si ritenne che i compiti principali dell'Istituto dovessero essere, da un lato, quello di esprimere chiaramente i principi generali, e, dall'altro, quello di redigere progetti volti ad uniformare il diritto nei diversi distretti giudiziari⁷⁰.

a. *Restatements e progetti codificatori*

Il primo e più noto progetto dell'American Law Institute furono i c.d. *restatements* (i.e. riformulazioni). Essi sono essenzialmente 'codificazioni' di diritto giurisprudenziale e di dottrine accolte dalla maggioranza dei giudici che si sono progressivamente affermati per tramite del principio di *stare decisis*⁷¹.

Sebbene non si tratti di documenti vincolanti di per sé stessi, finiscono per risultare altamente persuasivi per la qualità e l'utilità del loro contenuto dal momento che tendono a riflettere il consenso della comunità giuridica, non dissimilmente da quanto si è visto con riferimento ai protocolli degli Osservatori sulla Giustizia italiani.

Con il passare del tempo, le citazioni giudiziali dei *restatements* si sono moltiplicate con una certa rapidità in quanto sono risultate come più chiari parametri di conoscenza del diritto⁷². Già nel 1934, i *restatements* dell'American Law Institute avevano trovato

⁶⁹ G.E. White, *The American Law Institute and the Triumph of Modernist Jurisprudence*, 15 Law and History Review, 1997, 1. Cardozo riferisce che, secondo gli studi preliminari dell'American Law Institute, le cause dell'incertezza nell'ordinamento americano sarebbero state otto, ovvero: «la mancanza di accordo sui principi fondamentali della *common law*; la mancanza di precisione nell'uso dei termini giuridici; previsioni legislative contraddittorie e mal redatte; tentata distinzione tra casi in cui i fatti non presentano distinzioni in punto al principio di diritto applicabile; il grande volume di decisioni archiviate; l'ignoranza dei giudici e degli avvocati; il numero e la natura delle nuove questioni giuridiche», cfr. B.N. Cardozo, *A Ministry of Justice*, cit., p. 3.

⁷⁰ Nel sistema italiano, il secondo compito è esplicitamente attribuito alla suprema Corte di cassazione dall'art. 65 r.d. n. 12/1941, con l'appellativo di "funzione nomofilattica".

⁷¹ La più accurata definizione dei *restatements* non poteva che essere fornita da Benjamin Cardozo: «Il restatement consisterà, in primo luogo, in una sintesi di principi esplicitati con una tale chiarezza da consentire un'adeguata presentazione del soggetto, non dissimilmente dal *Conflict of Laws* di Dicey o dal *Digest of the Law of Evidence* di Stephen; e, in secondo luogo, esso consisterà nell'approfondimento, nell'illustrazione e nella spiegazione che si rendano necessari per la completa comprensione e per la pratica applicazione dei principi, lo stesso lavoro che ho menzionato già fornendo un esempio approssimativo. Ciascun *restatement* sarà accompagnato da un trattato che deve consistere in una completa esposizione dell'attuale condizione del diritto comprensiva di appropriate citazioni dottrinali. Si analizzerà e discuterà tutti i problemi giuridici presentati, e si offrirà una giustificazione della formulazione del diritto avanzata nei principi. [...] La formulazione proposta dal redattore, all'inizio in forma solo provvisoria, sarà oggetto di suggerimenti e revisione per opera dei membri dell'associazione, tutti autorevoli esponenti del pensiero giuridico. Sarà poi sottoposto al Consiglio e ai membri dell'Istituto. Una volta emerso dal loro scrutinio, la bozza sarà o accettata come adeguata o rinviata ai suoi autori. Quando finalmente uscirà con l'approvazione dell'Istituto, dopo tutto questo lavoro di verifica e controverifica, sarà qualcosa di meno di un codice e qualcosa di più di un trattato dottrinario. Sarà investito di un'autorità distinta ed unica, non per comandare, ma per persuadere. Incarnerà un pensiero composito e sarà formulato in linguaggio composito. Università, corti e ordini forensi avranno tutti preso parte nella sua creazione», cfr. B.N. Cardozo, *The Growth of the Law*, Yale University Press, 1924, p. 6; K.D. Adams, *The Restatements and the Common law: Blaming the Mirror*, 40 Ind. L. Rev., 2007, 205. Ne parla anche l'Ascarelli in *Idea di codice e la funzione dell'interpretazione*, in *Saggi Giuridici*, di AA. VV., 41-81. Milano, 1949, p. 80, nota 147, con riferimento alla tendenza a adottare un approccio più sistematico nel considerare la *common law*.

⁷² Cfr. G. Calabresi, op. cit., p. 84.

applicazione in centinaia di sentenze e ben presto divennero un riferimento imprescindibile anche per l'insegnamento universitario⁷³.

Come è stato bene evidenziato da Guido Calabresi, i più ambiziosi sostenitori dei *restatements* ritenevano che questi strumenti avrebbero potuto raggiungere il loro scopo solo se fossero stati recepiti come diritto dagli organi politici, sulla falsa riga di quanto si è visto con riferimento alla Law Commission del Regno Unito.

Tuttavia, l'implementazione di dettagliate riforme legislative avrebbe esposto questi strumenti innovativi al pericolo della rapida obsolescenza, mentre, dopotutto, essi godevano del vantaggio di essere altamente conoscibili nel mondo normativo americano.

La soluzione proposta da coloro che insistevano nel pretendere il recepimento legislativo dei *restatement* fu quella di considerarli equivalenti a un consolidato orientamento giurisprudenziale⁷⁴. La forza istituzionalizzante della giurisdizione, quindi, non sarebbe dovuta derivare solo dalla applicazione *ex post* dei *restatements*, ma anche dalla preventiva assunzione che si trattasse di uno strumento dei giudici per i giudici⁷⁵.

Nelle parole dello stesso Cardozo, il *restatement* era destinato ad essere «qualcosa di meno di un codice e qualcosa di più di un trattato dottrinario. Sarà investito di un'autorità distinta ed unica, non per comandare, ma per persuadere. Incarnerà un pensiero composito e sarà formulato in linguaggio composito. Università, corti e ordini forensi avranno tutti preso parte nella sua creazione»⁷⁶.

Ed ancora, sempre secondo il giudice statunitense, non si deve pensare al *restatement* «come ad un codice, munito della forza vincolante della legge. L'unica forza che possiederà, almeno all'inizio, sarà il suo proprio potere di persuasione. Il processo giudiziario deve essere attivato di nuovo, ma con un nuovo punto di partenza, un nuovo impeto, una nuova direzione. Nel rompere un vincolo, non dobbiamo sostituirvene un altro. Dobbiamo piuttosto rendere il giudice più libero. Gli storici ci insegnano che nei tempi antichi le corti germaniche tendevano ad osservare l'uso di inviare la documentazione relativa a un caso alla facoltà di giurisprudenza delle università dell'epoca -Halle, Greifswald, Jena- al fine di ottenere un parere sulla decisione più appropriata da adottare».

Quindi, nella sua originaria concezione, il *restatement* avrebbe dovuto costituire il frutto di una elaborazione dottrinarica sulla falsa riga della tradizione universitaria europeo-continentale e, in conseguenza, avrebbe dovuto essere munito di un'autorità non dissimile da quella del giureconsulto⁷⁷. Secondo Nils Jensen, i *restatement* sono in effetti lo strumento attraverso il quale si sta realizzando uno *ius commune* statunitense.

⁷³ ALI, *Restatements in the Courts*, 1934; v. N. Jensen, *The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, New York: Oxford University Press, 2010, p. 54

⁷⁴ *Ibidem*, p. 54; ALI, Report of the Committee Proposing the Establishment of an American Law Institute, p. 25; J.H. Beale, *Conflict of Laws*, I, p. 43.

⁷⁵ G. Calabresi, op. cit.; v. anche N. Jensen, cit. p. 54.; K. Gutman, *The Constitutional Foundations of European Contract Law: A Comparative Analysis*, New York: Oxford University Press, 2014, p. 123.

⁷⁶ B.N. Cardozo, *The Growth of the Law*, cit., p. 6 (traduzione a cura dell'Autore).

⁷⁷ N. Jensen, cit. p. 56.

È interessante notare che il primo progetto sui principi generali è emerso come significativo sviluppo del lavoro sui *restatements*. Infatti, quando l'Istituto iniziò ad occuparsi della materia relativa all'amministrazione societaria, divenne presto evidente che la riformulazione del diritto era solo una parte di quello che avrebbe dovuto essere fatto e che una sistemazione prudente di tale materia avrebbe richiesto anche mutamenti sostanziali, ben al di là di quello che i giudici sarebbero stati in grado di raggiungere attraverso la fisiologica evoluzione della *common law*.

Per tale ragione si riteneva che i principi dovessero essere indirizzati, oltre che ai giudici e agli avvocati, comunque anche al legislatore e alle agenzie governative in una forma che esprimesse il diritto per come avrebbe dovuto essere, indipendentemente dal fatto che tale forma riflettesse o meno il diritto vigente.

b. Ulteriori applicazioni del modello statunitense

Sulla falsa riga dell'Istituto statunitense, è stato più recentemente creato lo European Law Institute con sede in Austria.

L'Istituto europeo condivide gran parte delle caratteristiche principali dell'omologo statunitense. Infatti, si tratta di una organizzazione indipendente e senza scopo di lucro che raccoglie eminenti giuristi al fine di elaborare documenti utili allo sviluppo del diritto europeo e alla progressiva uniformazione dei diritti nazionali.

L'attività dell'Istituto europeo ha ad oggetto tutte le branche del diritto, sostanziale e processuale, pubblico e privato, ed è diretta, in particolare, ad elaborare proposte e raccomandazioni per lo sviluppo dell'*aquis* e per il miglioramento dei meccanismi di implementazione del diritto europeo all'interno degli ordinamenti nazionali. Inoltre, l'Istituto ha anche tra gli obiettivi la predisposizione di modelli regolatori e di bozze per nuovi strumenti di diritto internazionale, oltreché la costituzione di un forum per il dialogo e la cooperazione dei giuristi europei sul modello della International Law Commission⁷⁸.

Anche in questo caso, l'ente si caratterizza per una accentuata autonomia resa possibile da accordi di partenariato oneroso con l'Università di Vienna e l'Unione Europea. L'ente coopera stabilmente con altri organismi quali l'American Law Institute, lo European Network for Councils for the Judiciary e l'UNIDROIT.

Essendo trascorsi solo pochi anni dalla sua fondazione (2011), non pare sia ragionevole trarre conclusioni sulla efficacia dello European Law Institute, specie se messa a confronto con l'omologo americano. Tuttavia, secondo Erik Vermeulen, vi sono delle differenze di contesto che non consentono di fare previsioni ottimistiche⁷⁹. È ben vero, infatti, che, se, da un lato, le magistrature europee hanno da tempo promosso iniziative efficaci di coordinamento, non esiste ancora in Europa una organizzazione unitaria degli avvocati e ciò, secondo l'Autore, ostacola la formazione di un impulso decisivo per l'efficace funzionamento dell'ente europeo con particolare riferimento ai progetti di uniformazione del diritto privato commerciale.

⁷⁸ D.J. Huang, *Interregional Recognition and Enforcement of Civil and Commercial Judgments: Lessons for China from US and EU Law*, Londra: Bloomsbury, 2014, p. 274.

⁷⁹ E.M. Vermeulen, *The Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States: Venture Capital, Joint Venture and Partnership Structures*, Kluwer Law International B.V., 2003, p. 173.

Ciò non di meno, lo stesso Vermeulen ipotizza che l'ascesa a livello europeo delle associazioni di categoria possa consentire di superare le differenze fra i diversi ordinamenti forensi e favorire l'instaurazione di un confronto intercategoriale a livello sovranazionale. In ogni caso, il forte impulso dell'Unione Europea ha consentito il completamento di importanti progetti come la proposta per un diritto europeo comune sulle compravendite, le regole UE sul copyright, gli standard europei per i richiedenti asilo e le model rules sulle piattaforme online.

5. Conclusioni: istituzionalismo del ritorno al diritto.

L'analisi svolta in questa sede si è proposta di descrivere alcuni fenomeni istituzionali, più o meno recenti, al fine di consentirne un corretto inquadramento all'interno di una teoria delle fonti. Si è rilevato, infatti, che l'attività svolta da diversi organismi a vario titolo investiti della funzione di riordinare e riformulare il diritto esplicasse una efficacia normativa non sempre dipendente dall'intermediazione del legislatore.

Tuttavia, le reiterate rassicurazioni della dottrina circa una mera autorità persuasiva per escludere possibili interferenze con il sistema delle fonti sono parse in tutti i contesti considerati, sia di civil law che di common law, inadeguate e insufficienti a descrivere questi fenomeni. Neppure l'orizzonte delle fonti autonome, a ben vedere, si presta a esaurire detto inquadramento.

Certamente, è dato constatare un elemento comune nel superamento del paradigma normativo basato sulla minaccia della sanzione e sul formale conferimento di autorità vincolante. Tale passaggio trova già nelle riflessioni di Santi Romano un maturo compimento, aprendo l'analisi concettuale ai fenomeni sociali e, in particolare, alle strutture istituzionali di contesto⁸⁰. In particolare, l'Autore siciliano, già ai primi del Novecento, aveva escluso che l'istituzione in sé fosse fonte di diritto, e "che quindi questo sia un effetto, un prodotto della prima", ma era fermamente convinto "che fra il concetto di istituzione e quello di ordinamento giuridico, unitariamente e complessivamente considerato, ci [fosse] perfetta identità. Ma a questo risultato non si poteva pervenire, se non superando la dottrina tradizionale che concepisce il diritto solo come norma o complesso di norme."⁸¹

Le notevoli difficoltà di accantonare le consolidate teorie normativiste hanno favorito, molti anni più tardi, l'affermazione -pur eterogenea- di una corrente di pensiero che, sulla base di presupposti sostanzialmente differenti, assume di considerare, a fianco delle tradizionali norme di condotta, anche regole *extra ordinem*, ovverosia regole di origine prevalentemente informale che producono vincoli effettivi per i consociati pur essendo generate al di fuori degli schemi sulla produzione legale del diritto (o anche in contrasto con questi).

⁸⁰ S. Romano, op. cit., pp. 38-47; Cfr. anche F. Viola, *H.L.A. Hart e la struttura aperta del diritto*, in *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica* (a cura di Viola, Villa e Urso), Palermo: CELUP, 1974, pp. 105-107.

⁸¹ S. Romano, op. cit., p. 43.

Si tratta del neo-istituzionalismo giuridico di Neil MacCormick e Ota Weinberger che si è distinto dall'istituzionalismo classico di Santi Romano, Maurice Hauriou e Léon Duguit proprio per avere tentato di individuare la radice delle vicende umane non nella sola forza conformativa delle istituzioni incaricate della produzione ed applicazione delle norme, ma piuttosto nell'azione combinata di pulsioni individuali e condizionamenti (formali e informali) collettivi⁸².

In particolare, MacCormick ha avanzato una proposta teorica in base alla quale il diritto è prevalentemente (anche se non esclusivamente) un insieme di fatti istituzionali. Con queste espressioni, il filosofo scozzese intende riferirsi, sulla scorta delle riflessioni costruttiviste della Anscombe⁸³ e di Searle, a entità che dipendono “dalla volontà, dalle convenzioni o dal disegno dell'uomo” e sono, perciò, distinte dai fatti empirici o bruti, dai meri accadimenti naturali, dalle realtà indipendenti dall'attività di attribuzione di senso da parte degli esseri umani⁸⁴.

In altri termini, si tratta di costruzioni artificiali alle quali la collettività dei consociati riconosce determinate funzioni il cui adempimento ne fonda la legittimazione e, di conseguenza, la forza conformante⁸⁵. Si comprende, perciò, la sostanziale differenza dalle istituzioni di Santi Romano che, anche dietro l'influenza del Hauriou⁸⁶, erano definite in funzione meno sociologica e più giuridica evidenziando la forma organizzata e la strutturazione secondo un ordine proprio di regole⁸⁷.

Il neo-istituzionalismo di MacCormick è, invece, una forma di normativismo⁸⁸ che prende chiaramente le distanze dalla prospettiva giusnaturalistica così come dal giusrealismo⁸⁹. Per il filosofo scozzese, infatti, è corretto intendere il diritto come un insieme di entità fattuali, purché con tale termine si faccia riferimento a fatti di natura specifica e particolare sia sotto il profilo ontologico (i fatti istituzionali, pur avendo un'esistenza temporale, sono privi di esistenza spaziale, non hanno estensione) sia sotto quello epistemologico (essi sono conoscibili attraverso un'indagine di tipo comprensivo piuttosto che esplicativo)⁹⁰.

Tuttavia, secondo MacCormick, la considerazione del fenomeno giuridico come un insieme di norme non è sufficiente a cogliere la complessità degli ordinamenti

⁸² N. MacCormick & O. Weinberger, *Il diritto come istituzione*, trad. a cura di M. La Torre, Milano: Giuffrè, 1990, pp. 10-15; F. Pallante, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, in Università di Torino – Memorie del Dipartimento di Scienze Giuridiche – serie V – memoria XXXV, Napoli: Jovene, 2008.

⁸³ G. E. M: Anscombe, *On Brute Facts*, in «Analysis», vol. 18/3, 1958, pp. 69-72.

⁸⁴ N. MacCormick & O. Weinberger, op. cit., p. 13, ove si riprende la definizione di J. R. Searle, , *The Construction of Social Reality*, New York: Free Press: 1995, p. 7; S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002, p. 131.

⁸⁵ N. MacCormick & O. Weinberger, op. cit., p. 14; J. R. Searle, *The Construction of Social Reality*, 1995, p. 40.

⁸⁶ S. Romano, op. cit., pp. 41 e ss.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 49-50.

⁸⁸ Tale constatazione emerge chiaramente dall'Autore stesso in N. MacCormick & O. Weinberger, op. cit., p. 59.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 9-12.

⁹⁰ Su questi aspetti si soffermano MacCormick e Weinberger in *Ibidem*, pp. 20-21.

positivi⁹¹. Infatti, per quanto l'Autore ritenga che le norme occupino una posizione centrale nei sistemi giuridici, egli sostiene altresì che il diritto non può essere interamente raffigurato come un ordinamento normativo⁹². Di conseguenza, la dottrina neo-istituzionalistica del diritto da lui elaborata può essere intesa, come osservano Berteza e Pallante, non soltanto come completamento, ma anche come ampliamento del normativismo proprio della teoria giuridica hartiana⁹³.

In questa declinazione, quindi, il neo-istituzionalismo costituisce un originale tentativo di analizzare aspetti del fenomeno giuridico che hanno ricevuto poca o nessuna tematizzazione nell'ambito del giuspositivismo. Conseguentemente, MacCormick considera parte del diritto anche una serie di elementi diversi dalle norme: "L'ordinamento giuridico non è composto soltanto da norme di condotta e di competenza espressamente emanate. È rilevante anche lo sfondo teleologico dell'ordinamento giuridico, così come la politica generale perseguita dalle norme giuridiche, o i postulati istituzionalizzati di giustizia e gli scritti dottrinari dei giuristi in quanto fanno parte tutti della 'morale istituzionale' espressa dal diritto"⁹⁴.

Per tale ragione, come lo stesso Autore ha sottolineato, questa "versione del positivismo giuridico (se è tale) estende la frontiera del giuridico oltre ciò di cui si sono occupati tradizionalmente i giuspositivisti"⁹⁵.

Si tratta di un aspetto centrale che emerge con maggiore chiarezza nella trattazione che MacCormick dedica al tema delle fonti giuridiche. Nella prospettiva neo-istituzionalistica, le componenti fondamentali del diritto sono i principî generali, le regole, i precedenti, intesi sia come le decisioni giudiziarie, sia come le argomentazioni che le supportano, i valori giuridici e le elaborazioni della dottrina. Questi elementi non soltanto presentano caratteristiche diverse e distinzioni interne, ma assumono anche un'importanza e una funzione differenti nella determinazione dei contenuti del diritto, di modo che il peso di ciascuna di esse non è il medesimo.

Secondo Berteza, con queste teorizzazioni MacCormick si mostra chiaramente consapevole della complessità strutturale dei sistemi giuridici contemporanei e di fatto supera l'immagine dell'ordinamento come unione di norme primarie e secondarie proposta da Hart. Infatti, sebbene l'elaborazione hartiana fosse volta a cogliere gli elementi essenziali del concetto di diritto e non intendesse costituire una proposta di definizione dello stesso, in una prospettiva istituzionalistica appare eccessivamente semplificata e inadeguata a rappresentare anche soltanto i caratteri fondamentali dei sistemi giuridici positivi⁹⁶.

⁹¹ Cfr. S. Romano, *op. cit.*, p. 43.

⁹² N. MacCormick (in MacCormick & Weinberger, 1990, p. 93), infatti, afferma che "molti aspetti importanti del diritto possono essere considerati con profitto come fatti istituzionali in senso filosofico, ma non possiamo costringere tutto il diritto in questa categoria".

⁹³ S. Berteza, *op. cit.*, p. 132; F. Pallante, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, in Università di Torino – Memorie del Dipartimento di Scienze Giuridiche – serie V – memoria XXXV, Napoli: Jovene, 2008.

⁹⁴ N. MacCormick & O. Weinberger, *op. cit.*, pp. 12 e 26.

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 11-12.

⁹⁶ H.L.A. Hart, *op. cit.*, p. 247; S. Berteza, *op. cit.*, p. 134.

Pertanto, a differenza di Hart, MacCormick avverte l'esigenza di sottolineare che sia l'attività di ricostruzione razionale del materiale normativo ad opera della dottrina, sia i principi generali e i valori fondamentali dell'ordinamento sarebbero componenti rilevanti del diritto. Tali rilievi implicano l'accettazione di una rappresentazione non positivista e non oggettualistica del fenomeno giuridico dal momento che negano in radice la possibilità di concepire il diritto come un sistema autonomo, costituito esclusivamente di elementi prodotti da soggetti a ciò istituzionalmente deputati⁹⁷.

In questi termini, lo studio del neo-istituzionalismo giuridico, ancorché per molti insufficiente ad esaurire l'orizzonte delle fonti giuridiche, si è dimostrato utile per inquadrare in prospettiva sistematica i soggetti istituzionali o pseudo-istituzionali investiti formalmente della ricostruzione razionale del materiale normativo e giurisprudenziale.

Si evidenzia ancora una volta che tale profilo di utilità non postula necessariamente una piena adesione a tale proposta teorica, ma rappresenta l'esito della constatazione di una idoneità intrinseca a giustificare i fenomeni oggetto di osservazione.

È parso quindi opportuno procedere dall'analisi del fenomeno istituzionale per comprendere i profili di legittimazione e il complesso sistema di rapporti con l'autorità politica e giudiziaria oltre che con l'opinione pubblica. Da tale esame è stato possibile poi comprendere il grado e le cause dell'efficacia di questi strumenti all'interno di ciascun ordinamento.

Si è incluso nello studio l'interessante esperienza istituzionale della Repubblica Popolare cinese, nonostante le note peculiarità di contesto, proprio in quanto si è rinvenuto il sostanziale e progressivo mutamento di funzione delle commissioni giudiziarie in una ottica più affine agli altri istituti considerati. Ciò detto, non si può non constatare come tale fenomeno istituzionale mal si presti ad essere descritta nell'ambito della costruzione teorica di MacCormick a causa delle anomalie del sistema delle fonti che derivano dall'autoritarismo consolidato della forma di governo. È quanto meno dubbio, infatti, che in quel sistema si possa formare una 'morale istituzionale' al di fuori dell'indirizzo politico dominante e ciò basta per escludere l'esempio cinese dall'assunto neo-istituzionalista. Non di meno, pare sensato, in un'ottica funzionalista, confermare l'inclusione della Repubblica popolare nella classificazione proposta, in considerazione delle peculiarità dell'istituto e dei non pochi profili di convergenza.

In alcuni casi, è stata constatata la prevalenza della funzione di ricognizione e riordino degli orientamenti giurisprudenziali e delle prassi applicative con, eventualmente, prospettive di riformulazione a scopo di chiarimento e consolidazione (i.e. Osservatori italiani, commissioni giudiziarie cinesi, American Law Institute). In altri casi, a questa funzione è risultata associata anche quella di revisione ed emendamento con la necessaria partecipazione dell'organo politico (i.e. Comitato italiano per la Legislazione, New York State Law Revision Commission, Law Commission britannica).

⁹⁷ *Ibidem*, p. 134.

In gran parte delle esperienze considerate, la forza istituzionalizzante della giurisdizione si è dimostrata più efficace dell'intermediazione del legislatore e, in quest'ottica, il diretto coinvolgimento dei magistrati rappresenta un fattore necessario.

D'altra parte, se si considera l'obiettivo di sistematizzazione e semplificazione, le iniziative di consolidazione su vasta scala sono state più facilmente recepite dal legislatore, mentre i contributi su singole iniziative di riforma tendono ad aggravare il processo normativo senza output positivi sufficienti.

In tutte le esperienze esaminate, la particolare competenza tecnica richiesta ai membri di questi enti e l'accessibilità degli elaborati ha suscitato il dibattito accademico arricchendo notevolmente il confronto intercategoriale. Altrettanto utile e necessario è parso poi l'input proveniente dalla classe forense per indirizzare l'attività di questi enti, rispetto all'orientamento più incerto fornito dal decisore politico.

Più in generale, l'indiscutibile e crescente rilievo degli istituti esaminati e l'impatto riscontrato sul sistema delle fonti in ordinamenti anche molto diversi tra loro, consente di apprezzare la loro idoneità ad esprimere la "morale istituzionale" in un dato contesto, con le eccezioni di cui si è detto.

Peraltro, appare interessante il ricorso alle duttili forme istituzionali del diritto privato pur con il proposito di perseguire finalità eminentemente di natura pubblica. Il fine di questa scelta pare riconducibile all'intenzione di avvalersi delle proprietà delle fonti autonome in un contesto pseudo-democratico ove il confronto fra esponenti di varie categorie genera legittimazione funzionale in entrata e in uscita inducendo la massima osservanza possibile senza la minaccia della sanzione.

Ne deriva come questi fenomeni trovino piena giustificazione nell'ambito del neo-istituzionalismo razionale proposto da MacCormick e Weinberger. Infatti, la sede di confronto intercategoriale rappresenta pienamente quel fatto istituzionale idoneo a generare un condizionamento collettivo più o meno informale senza l'adesione ad un *pattern* normativo costituzionalizzato.

In questi termini si offre una rappresentazione del fenomeno più corretta e completa, pur nella consapevolezza che interverranno ulteriori sviluppi. D'altra parte, uno dei punti di forza degli istituti esaminati è rappresentato proprio dalla loro attitudine a controllare flussi normativi extra parlamentari in rapida evoluzione.

Tuttavia, se un corretto inquadramento consente di comprendere meglio la portata del fenomeno in parola, restano numerosi interrogativi che vanno dalla sindacabilità costituzionale alle ipotesi di mera "abrogazione". Ciò detto, le funzioni che accomunano le esperienze esaminate hanno acquisito una crescente importanza negli ultimi anni tanto da giustificare una costante attenzione dei commentatori che, si prevede, non perderà vigore in futuro.