



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE, GIURIDICHE
E STUDI INTERNAZIONALI

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
- CICLO XVIII -

**IL DIRITTO PRIVATO TRA STATO E REGIONI:
RIFLESSIONI COMPARATISTICHE**

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Supervisore: Ch.mo Prof. Filippo Viglione

Dottorando: Giovanni Cinà

IL DIRITTO PRIVATO TRA STATO E REGIONI: RIFLESSIONI COMPARATISTICHE

Riassunto

Ormai da tempo il diritto privato ha perso la sua dimensione esclusivamente codicistica e la frammentazione delle fonti che ne è conseguita ha messo in crisi il rapporto simbiotico con la sovranità statale. In seguito alla riforma costituzionale del 2001, inoltre, le Regioni si sono viste attribuire competenze molto ampie che presentano senz'altro profili privatistici la cui disciplina però sembrerebbe riservata esclusivamente allo Stato dalla clausola dell' "ordinamento civile" ex art. 117, comma 2°, lett. l), Cost. La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, esposta nel secondo capitolo, non consente di individuare un orientamento né certo né definitivo.

Per tale motivo, un raffronto con ordinamenti giuridici di maggior tradizione nel campo dei sistemi multilivello delle fonti potrebbe offrire nuovi spunti risolutivi ad un conflitto che vede contrapposte istanze di autonomia da una parte ed esigenze di uniformità dall'altra. In questo senso, l'ordinamento federale degli Stati Uniti d'America si propone, pur con le evidenti differenze, come un modello di tensione costante tra centro e periferia in cui l'interrogativo di fondo, come evidenziato nel terzo capitolo, riguarda invece il livello ottimale di normazione soprattutto in tema di diritti fondamentali.

Il campo di indagine così individuato non può prescindere da alcune premesse terminologiche e concettuali, con particolare riguardo alle nozioni di "diritto privato" e "stato" e di come esse vengano intese a seconda dell'ordinamento di riferimento. Di ciò viene dato conto nel primo capitolo del presente lavoro.

§ § § § §

PRIVATE LAW BETWEEN STATE AND REGIONAL LEGISLATURES IN ITALY: COMPARATIVE REMARKS

Abstract

Traditionally, in Italy Private Law has always been considered exclusive to the State central authority. Even after the Constitutional Reform of 2001, which gave Regions a great deal of legislative powers, they still struggle to regulate these aspects of human relationships. Nonetheless, in these recent years, we are witnessing the slow arising of Regional Private Law. Very often, such legislation is challenged by the State before the Constitutional Court for its supposed inconsistency with the Italian Constitution, but it is not unlikely to see the Constitutional Court dismiss these appeals on the grounds of irrelevance.

Moreover, it is still unclear which subjects are to be considered "private". Any distinction becomes even harder when a different legal system is involved. In fact, terms like "private law" and "state" can acquire a very different meaning not only because of merely linguistic reasons, but also on legal and cultural grounds.

For reasons duly explained in the first chapter, a significant comparison between the Italian legal system and all major European legal systems seems less meaningful than one might expect. Therefore, the focus is shifted to the common law tradition, particularly the U.S., where the distinction between private and public law has little bearing - if any - and where the federal experience can offer new solutions to a younger multi-level system of government.

INDICE

CAPITOLO I IL BINOMIO “DIRITTO PRIVATO/STATO” NELLE TRADIZIONI DI *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

1. Premessa	pag.	3
1.1. Sul perché di un’analisi comparatistica	»	6
1.2. Sul perché di un’analisi comparatistica con gli Stati Uniti d’America	»	12
2. Diritto privato e Stato nella tradizione di <i>common law</i>	»	19
2.1. L’esperienza inglese	»	21
2.2. L’esperienza americana	»	30
3. Diritto privato e Stato nella tradizione di <i>civil law</i> : l’esperienza francese	»	35
3.1. L’esperienza tedesca	»	41
3.2. L’esperienza italiana	»	46

CAPITOLO II AUTONOMIA PRIVATA, REGIONI E ORDINAMENTO CIVILE

1. Diritto privato e “ordinamento civile”	pag.	57
2. Le persone e la famiglia	»	76
2.1. Tutela della riservatezza	»	77
2.2. Consenso informato	»	80
2.3. Persone giuridiche	»	92
2.4. Nuovi modelli familiari	»	97
3. Le successioni: il maso chiuso	»	106

4. La proprietà	pag.	110
5. Le obbligazioni	»	120
5.1. Nuove ipotesi di surrogazione legale	»	123
5.2. Contratto	»	125
5.3. Responsabilità	»	132
6. La tutela dei diritti: la trascrizione	»	147

CAPITOLO III
AUTONOMIA PRIVATA, STATI
E DUE PROCESS

1. La questione del livello ottimale di normazione e l'insussistenza di una questione di uniformità	pag.	153
2. Diritti fondamentali e sovranità	»	160
3. La <i>due process clause</i> in senso sostanziale	»	165
4. Matrimonio e relazioni familiari	»	169
5. Libertà di scelta e diritto alla vita	»	180
6. Autonomia individuale e sfera sessuale	»	189
7. Autodeterminazione e diritto alla salute	»	193
 Conclusioni	pag.	 201
 Bibliografia	pag.	 211

CAPITOLO I
IL BINOMIO “DIRITTO PRIVATO/STATO”
NELLE TRADIZIONI DI *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 1.1. Sul perché di un’analisi comparatistica. - 1.2. Sul perché di un’analisi comparatistica con gli Stati Uniti d’America. - 2. Diritto privato e Stato nella tradizione di *common law*. - 2.1. L’esperienza inglese. - 2.2. L’esperienza americana. - 3. Diritto privato e Stato nella tradizione di *civil law*. - 3.1. L’esperienza francese. - 3.2. L’esperienza tedesca. - 3.3. L’esperienza italiana.

1. Premessa.

Il diritto privato tra Stato e Regioni: in altre parole, il diritto privato regionale. La criticità del tema si avverte già dal nome: c’è qualcosa che stride nell’accostare il diritto privato ad enti territoriali che non siano lo Stato; farlo sembra quasi un ossimoro. D’altra parte, in Europa, a partire dalle prime grandi codificazioni culminate con l’entrata in vigore del *Code civil* nel 1804, lo Stato estende il suo dominio anche sulla disciplina delle relazioni intersoggettive. Si tratta, in verità, di un’operazione di incorporazione del diritto privato che viene così riformulato come un’espressione della volontà legislativa del sovrano. Il “codice”, oltre a rispondere alle esigenze di organizzazione e razionalizzazione del diritto vigente, svolge anche un ruolo *quasi*-costituzionale, diventando così simbolo di identità nazionale nonché di unificazione: giuridica¹ e anche territoriale, come nel caso dell’Italia. Da lì in poi, questo binomio arriva indissolubile sino ai giorni nostri, quasi dato per scontato e assorbito acriticamente al primo anno dallo studente di giurisprudenza, perpetuando così una *Rechtsanschauung* ormai però distorta. Non

¹ È il caso della Francia pre-napoleonica dove il diritto consuetudinario *-droit coutumier*, ampiamente influenzato dal diritto germanico- era applicato nel Nord, mentre il diritto scritto *-droit écrit* di matrice giustiniana- era applicato nel Sud del Paese.

possiamo dimenticare, infatti, che non è sempre stato così e che, ormai, non è più esattamente così.

È, invero, cosa nota (e quasi banale) che, in virtù non solo del processo di integrazione europea, ma anche delle sempre più forti istanze di globalizzazione, il totem di un diritto privato di matrice esclusivamente nazionale sta mostrando delle crepe anche evidenti. L'adeguamento dell'ordinamento interno alle normative sovranazionali dimostra come il diritto privato trovi nuove fonti a cui attingere anche *oltre* lo Stato. Ovviamente, il nostro Paese, almeno in questo, non fa eccezione, ma offre pure alcuni spunti per constatare come il diritto privato si stia evolvendo anche *al di sotto* dello Stato, a livello regionale appunto.

È un'intromissione, quella delle Regioni, che sta avvenendo quasi *carsicamente*, per come esse tentino (spesso con successo) di introdursi o negli spazi lasciati sguarniti dalla legislazione privatistica statale o, più sorprendentemente, anche nelle aree tradizionali del diritto privato che si rivelano, per così dire, più *cedevoli* rispetto ad istanze territoriali. Per questi motivi, il diritto privato regionale risulta del tutto privo di caratteri di sistematicità od organicità, tant'è che gli studiosi più attenti preferiscono parlare di un "diritto privato delle Regioni", ossia di micro-norme di diritto privato di fonte legislativa regionale, emanate in quelle materie coperte da una competenza legislativa financo concorrente ai sensi dell'art. 117, comma 3°, Cost.

È certamente un problema di fonti allora, ma di fonti del diritto privato. Un problema che il civilista non può più permettersi di trascurare. Tra decodificazione e ricodificazione, è venuta ormai meno non solo l'equazione diritto privato = codice civile (con o senza leggi speciali), ma anche la centralità della legge statale che, sgretolata la piramide della gerarchia delle fonti, si ritrova assediata su più fronti: sia a livello sovranazionale che subnazionale.

Compito del costituzionalista sarà allora quello dare una visione d'insieme organizzando in maniera sistematica il variegato panorama delle fonti. Ma non gli si potrà chiedere anche di valutare la ragionevolezza di una disciplina privatistica differenziata *ratione loci*; o di distinguere una norma *propriamente* di diritto privato da una norma *apparentemente* di diritto privato; oppure ancora di individuare la diversa resistenza delle tradizionali aree del diritto privato. Tale è la natura degli interrogativi cui bisogna rispondere per affrontare il tema in parola. Un simile campo di indagine non può essere appannaggio esclusivo dei pubblicisti.

Si tratta, dunque, di un tema ormai noto, al centro di attente riflessioni, anche sistematiche, sia da parte degli studiosi (di entrambe le metà dell'ordinamento) sia da parte della giurisprudenza costituzionale che ripetutamente si è trovata a dover giudicare della legittimità di leggi regionali che compirebbero delle incursioni nella riserva statale del diritto privato.

Ciò nonostante, l'argomento continua a dimostrare una certa vivacità per vari ordini di motivi. In primo luogo, si può certamente rilevare come ancora non si siano raggiunti dei criteri stabili e determinati per delimitare le reciproche competenze legislative dello Stato e delle Regioni in questo ambito.

In secondo luogo, come accennato, risulta ancora incerta la collocazione sistematica di tale "materia", contesa tra chi la vorrebbe attrarre nella competenza esclusiva dei giuspubblicisti² e chi, invece, propugna la tesi di una *competenza concorrente*³.

² E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, 2005.

³ Cfr. per tutti, la "chiamata alle armi" di V. ROPPO, *Diritto privato regionale*, in *Politica del diritto*, 2002, 553 ss.

Infine, non può tacersi come il regionalismo “spinto” delineato dalla l. cost. 18.10.2001, n. 3 abbia creato degli squilibri che ancora oggi permeano l’architettura costituzionale⁴.

A tutto ciò deve naturalmente aggiungersi l’atteggiamento tendenzialmente inerte del legislatore statale nella tutela dei diritti civili e in una concreta implementazione del principio di non discriminazione. Molte Regioni tentano allora di trovare una “terza via” e svolgere una funzione se non suppletiva almeno di pungolo per il Parlamento (d’altra parte, la concorrenza degli enti periferici tra di loro e con lo stato centrale costituisce una delle ragioni principali di esistenza degli ordinamenti veramente federali). Non deve allora stupire che, in questo *humus*, il dibattito sulle competenze legislative delle Regioni in ambito privatistico continui a trovare terreno fertile.

1.1. Sul perché di un’analisi comparatistica.

Peraltro, il tema in argomento non manca di trovare nuovi sbocchi al di fuori dei confini nazionali nel confronto con ordinamenti stranieri. In un certo senso, è una strada forse obbligata non tanto perché in un contesto sempre più globalizzato la comparazione risulta di fatto inevitabile, ma soprattutto perché la storia costituzionale italiana è talmente breve che non sembra offrire molti termini di paragone al riguardo.

Dunque, anche se la forma di stato della nostra Repubblica non può dirsi pienamente federale, una riflessione comparatistica con ordinamenti che abbiano una maggiore esperienza con un sistema di governo multi-livello è certamente in

⁴ Si pensi, ad esempio, al c.d. federalismo fiscale ex art. 118 Cost. la cui attuazione procede “a strappi” e non può dirsi, ad oggi, pienamente compiuta.

grado di diffondere una nuova luce sui rapporti tra Stato e Regioni anche su questo tema. Ma quale ordinamento?

Rimanendo nel Vecchio Continente, le esperienze giuridiche in astratto comparabili con il nostro Paese non sembrano essere, sulla carta, più di tre: Francia, Germania e Spagna. Se la prima rappresenta l'archetipo dello Stato nazionale unitario e tuttora è connotata da un forte centralismo che la rende inidonea ad un'analisi comparatistica di questo genere, Germania e Spagna costituiscono invece ordinamenti in cui gli enti periferici svolgono un ruolo istituzionale rilevante.

La Repubblica Federale Tedesca, in particolare, presenta più di un parallelismo storico-giuridico con l'Italia: entrambi i Paesi, infatti, sorgono solo nella seconda metà del 1800 dall'unione di più staterelli mai veramente riuniti sotto un'unica bandiera prima di allora; entrambi conoscono l'orrore di una dittatura e, dopo la sconfitta nella seconda guerra mondiale, entrambi adottano una costituzione democratica con molti punti fermi già predisposti nei trattati di pace sottoscritti con le Forze Alleate.

In effetti, il federalismo tedesco sembra nascere proprio da queste circostanze, per il timore che una Germania "troppo" unita potesse nuovamente presentare una minaccia per gli equilibri politici europei⁵. Il riparto di competenze legislative tra *Bund e Länder*, dunque, dopo la riforma della *Grundgesetz* avvenuta nel 2006, si articola in tre tipologie: competenza esclusiva federale, competenza concorrente, competenza esclusiva residuale dei *Länder*. La competenza concorrente, a sua volta, è ripartita in tre categorie: di bisogno, essenziale e derogabile.

⁵ Simili preoccupazioni non sembrano riguardare l'Italia che, infatti, adotta una forma di stato formalmente regionale, ma sostanzialmente simile al centralismo istituzionale che aveva caratterizzato il periodo monarchico (pur depurato dalle incrostazioni del decaduto regime fascista). Le Regioni (escluse quelle a statuto speciale), infatti, vedranno la luce soltanto nel 1970 ovvero più di vent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione che ne prevedeva l'istituzione.

Per quello che qui interessa, ovvero la *materia* “diritto privato”, essa rientra nella competenza concorrente essenziale la cui peculiarità consiste nel consentire ai *Länder* di legiferare liberamente finché non intervenga il *Bund* con propria legge federale che, in tal caso, porrà nel nulla la normativa dell’ente periferico⁶. Purtroppo, le similitudini che hanno guidato questo brevissimo confronto tra Germania e Italia non terminano qui, nel senso che il legislatore federale ha fatto ampio uso della competenza concorrente essenziale tanto che i pur ampi spazi di manovra offerti ai *Länder* in questo ambito, ormai non risultano più degni di nota. Di fatto (ma anche di diritto) questo tipo di competenza, bloccando sul nascere qualsiasi successiva iniziativa da parte dei *Länder*, finisce con l’essere sostanzialmente uguale a quella esclusiva federale in ciò ricalcando quindi la competenza esclusiva dello Stato italiano in materia di “ordinamento civile”.

Anche la Spagna presenta più di qualche similitudine storico-giuridica con il nostro Paese. Pur avendo una storia unitaria ben più risalente⁷, infatti, il moderno stato spagnolo nasce dalle ceneri del regime franchista con l’approvazione della Costituzione democratica del 1978 che, non avendo il paese iberico preso parte al secondo conflitto mondiale, è interamente opera delle forze politiche ivi presenti in quel momento storico.

Particolarmente influenti furono le istanze autonomistiche delle comunità regionali (soprattutto di Paesi Baschi, Catalogna e, in misura minore, Galizia) che durante la dittatura erano state costantemente mortificate. Non è un caso che siano

⁶ Cfr. M.G. CUBEDDU, *La competenza legislativa dei «Länder» in Germania. Il diritto privato regionale*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2006.

⁷ La nascita di uno Stato spagnolo può collocarsi idealmente nell’anno 1492 al termine della c.d. *Reconquista* quando i regni di Castiglia e di Aragona riescono a scacciare quasi del tutto i Mori dalla penisola iberica. Tuttavia, a conferma della costante frammentarietà che permea da sempre questo Paese, il termine “*Espana*” compare per la prima volta nelle fonti ufficiali solo molti secoli più tardi durante il regno di Giuseppe Bonaparte (1808-1813): fino a quel momento, i sovrani avevano continuato ad usare i titoli dei precedenti regni peninsulari.

state proprio queste a costituirsi per prime in *Comunidades Autonomas*: le prime nel 1980, la Galizia nel 1981. L'anno seguente sarà il turno dell'Andalusia, mentre le altre tredici *Comunidades* si costituiranno nel 1983.

L'architettura costituzionale spagnola nasce certamente come regionale allora, ma comincia ben presto ad orientarsi verso una forma di Stato federale che però non può dirsi pienamente tale atteso il difetto di alcune caratteristiche essenziali: la non rappresentatività territoriale del Senato (solo 1/5 dei senatori è designato dalle assemblee legislative delle *Comunidades*, mentre il resto è eletto dal popolo a livello provinciale⁸), o la circostanza che l'autonomia non sfoci in sovranità né che le Comunità partecipino al procedimento di revisione costituzionale.

La presenza di queste forze centrifughe che incide, come detto, sulla forma di stato di questo Paese, delineandone un profilo di pregnante ambiguità⁹, rende molto appetibile una comparazione con il nostro ordinamento¹⁰.

Per quello che qui più interessa, è indispensabile menzionare il peculiare fenomeno del c.d. *derecho foral* che rappresenta forse ciò che più si avvicina al nostro diritto privato regionale¹¹. In assenza di uno stato centrale e, quindi, di una spinta aggregante e uniformatrice, infatti, l'autonomia privata¹² si era espansa nel suo massimo grado nelle varie realtà territoriali della penisola iberica al punto da

⁸ E anche in proporzione alla popolazione della *Comunidad*.

⁹ La Costituzione spagnola adotta infatti l'innovativa formula di "*Estado Autonómico*".

¹⁰ E, infatti, ciò è avvenuto, tra gli altri, con V. BARELA, *Diritto privato regionale, foral ed autonomico. Verso un diritto europeo della persona*, Giappichelli, 2009.

¹¹ I *fueros* sono quelle raccolte di consuetudini impostesi nel periodo della *Reconquista* (750-1492) a livello locale (municipale e provinciale) e che, nonostante l'opposizione del Sovrano, continuarono a svilupparsi parallelamente al diritto comune "sino ad essere acquisiti e considerati come elemento imprescindibile del sistema giuridico spagnolo attuale, caratterizzato da un regime duale (comune e particolare) della disciplina dei rapporti interprivati": così R. TORINO, *Il diritto privato regionale spagnolo. Breve introduzione a un modello di sistema giuridico multi-livello*, in F. TRAIACI, *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Esi, 2007, 317.

¹² Si badi che la portata del *derecho foral* si estende anche oltre l'ambito tradizionale del diritto privato, configurando spesso un'autonomia amministrativa quando non finanziaria.

formare dei micro-ordinamenti con propri principi, leggi e consuetudini. Naturalmente, neppure la Spagna poté sottrarsi all'influenza del movimento della codificazione, ma ormai questi diritti particolari erano talmente innervati nella società che il primo progetto di *codigo civil* unitario del 1851 naufragò in malo modo e non venne mai promulgato¹³.

Il codice poi entrato in vigore nel 1889 vide, quindi, la partecipazione alla redazione di rappresentanti delle comunità forali e fece espressamente salvi i diritti particolari, anche se soltanto “*por ahora*”¹⁴. La transitorietà del sistema doveva essere superata da una serie di leggi successive (c.d. *Apendices*) che avrebbero dovuto rielaborare e sostituire i *derechos forales*. A causa delle mai sopite resistenze territoriali, questo regime non venne sostanzialmente mai implementato¹⁵ e la “questione forale” rimase irrisolta fino alla fine del secondo conflitto mondiale quando si posero le premesse per un'attenta considerazione dei diritti locali.

La coesistenza sul territorio spagnolo di diversi sistemi giuridici civilistici viene finalmente accettata come un dato di fatto (ma soprattutto di diritto) ineliminabile e dunque il prossimo codice civile unitario ne avrebbe tenuto conto. Affinché ciò avvenisse in maniera sistematica (come si conviene ad un codice), sarebbe stato necessario però procedere preliminarmente ad un'opera di riorganizzazione e attualizzazione dei *derechos forales*¹⁶. In questo modo viene

¹³ E esso si proponeva, da un lato, di abrogare i vari *derechos forales* e, dall'altro, di estendere a tutto il territorio il diritto castigliano: in buona sostanza, un doppio affronto per le comunità regionali. Per una sintetica evoluzione storica dei *derechos forales* e del loro riconoscimento come sistemi giuridici paritari rispetto al diritto civile comune, cfr. sempre R. TORINO, *op. cit.*, 316-322.

¹⁴ Così l'art. 12, comma 2°, cod. civ. s.1889.

¹⁵ Soltanto per il territorio di Aragona fu, infatti, promulgata una *Apendice*, per altro di dubbio valore: cfr. A. BLANCO GONZALES, *La evolución de los derechos forales desde la Codificación hasta la Constitución de 1978*, Santiago de Compostela, 2002, 131, richiamato da R. TORINO, *op. cit.*, 319.

¹⁶ Sono le c.d. *Compilaciones* che, tra il 1959 e il 1973, sistematizzano e concettualizzano i vari *derechos forales*, portando così queste tradizioni nel XX secolo.

loro riconosciuta pari dignità giuridica al diritto comune, sottraendoli al rango di diritti speciali. Conseguentemente, il *codigo civil* del 1974 afferma espressamente, da un lato, il pieno rispetto dei diritti forali così vigenti e, dall'altro, la funzione meramente suppletiva del *derecho común*¹⁷.

Il cerchio si chiude, potremmo dire, con l'entrata in vigore della Costituzione nel 1978 che, pur attribuendo alle *Cortes* di Madrid una competenza legislativa esclusiva in ambito civilistico, fa esplicitamente salvi i *derechos forales* non solo quanto alla loro conservazione, ma anche con riferimento alla loro modificazione nonché al loro sviluppo che spetta dunque alle Comunità Autonome¹⁸.

Per quanto appena detto, insomma, il modello costituzionale spagnolo sembra davvero il riflesso di una realtà territoriale alquanto diversa da quella italiana dove le Regioni hanno poco in comune con le *Comunidades Autonomas* che affondano le proprie radici in una ricchissima tradizione storica, culturale, linguistica, certamente giuridica, quando non etnica¹⁹. I fatti costitutivi delle rivendicazioni autonomistiche sono proprio questi “*hechos diferenciales*”, con ciò intendendosi quell'insieme di tratti diversificanti di una Comunità Autonoma rispetto alle altre riconosciuto a livello costituzionale.

¹⁷ Così l'art. 13, comma 2°, cod. civ. sp. 1974.

¹⁸ Così l'art. 149, comma 1°, Cost. sp.: “*sin perjuicio de la conservacion, modificacion y desarrollo por las Comunidades Autonomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan*”. Cfr. sul punto R. SÁNCHEZ FERRIZ, *Lectura constitucional del artículo 149.1.8a de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 2013, secondo cui sia l'argomento letterale sia l'analisi dei lavori preparatori consentono di (e anzi dovrebbero indurre a) interpretare il sintagma costituzionale “*allí donde existan*” senza vincolarlo ad un concetto di “vigenza”. Ciò porta quindi ad affermare la potestà legislativa privatistica anche di quelle *Comunidades* “nei cui territori era stato sì presente un diritto forale antico e talora prestigioso, ma che nel 1978, anno in cui entra in vigore la Costituzione, non avevano nel frattempo intrapreso un percorso di “consolidazione” dello stesso, rimasto dunque quiescente o a livello consuetudinario”: così F. VIGLIONE, *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Giappichelli, 2016, 126.

¹⁹ Su tutti, il popolo basco.

Si rammenti poi che la stessa terminologia di “Comunità Autonoma”, invero, rappresenta il frutto di un compromesso raggiunto in sede costituente laddove si era discusso non solo di “regioni”, ma anche di “nazionalità” e financo di “nazioni”, seppur nella “indissolubile unità della nazione spagnola, patria comune ed indivisibile di tutti gli spagnoli”.

L'irriducibilità dimostrata dai *derechos forales* nel corso di secoli fa impallidire, invero, le timide incursioni delle Regioni italiane in ambito privatistico degli ultimi 45 anni ed è principalmente questo il motivo per cui una siffatta analisi comparatistica, per quanto sicuramente interessante nelle conclusioni cui potrebbe giungere, appare tuttavia viziata nelle sue premesse²⁰.

1.2. Sul perché di un'analisi comparatistica con gli Stati Uniti d'America.

Esaurito questo pur brevissimo *excursus* delle principali tradizioni giuridiche continentali, ci si rende facilmente conto che non solo l'esperienza italiana appare davvero peculiare, ma che, in verità, ogni singolo Stato europeo, in questo ambito, sembra "fare storia a sé". Dunque, pur presentando indubbiamente delle affinità, i contesti in cui esse sorgono sembrano essere molto differenti tra loro e, per questo motivo, una comparazione rischia di risultare fuorviante.

Date queste premesse, può forse valer ben la pena di volgere lo sguardo verso ordinamenti meno vicini (geograficamente e giuridicamente) al nostro, in particolare a quelli appartenenti alla tradizione giuridica di *common law*. La cifra distintiva di questi sistemi giuridici, in virtù della funzione svolta dai giudici, può rinvenirsi proprio in un potere legislativo, per così dire, diffuso e conseguentemente meno sensibile ad esigenze di centralizzazione. L'uniformità delle regole del vivere sociale è invece ovviamente garantita, in seconda battuta, dal principio dello *stare decisis*.

²⁰ Neppure è da sottovalutare la circostanza, riferita da G. PALAO, *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea: il caso spagnolo*, in E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, cit., 160, secondo cui le rivendicazioni delle Comunità Autonome nell'ambito del *derecho foral* spesso nasconderebbero, neppure troppo velatamente, precise istanze meramente "nazionalistiche" (cfr. nt. precedente), anziché legittimi desideri di conservazione di tradizioni locali di lungo corso.

Se alle peculiarità di questa tradizione giuridica, si aggiungono le caratteristiche di una forma di stato federale, risaltano ancora di più quei tratti che rendono significativa un'analisi comparatistica.

Gli Stati Uniti d'America, in particolare, possono offrire diversi spunti in questo senso, nel momento in cui si consideri la tensione costante tra i singoli Stati e il governo federale nonché l'opera portata avanti dalla giurisprudenza della Corte Suprema nel plasmare i rapporti tra di essi. La vastissima esperienza del sistema federale statunitense nel bilanciamento di interessi periferici e centrali allora ben può servire ad illuminare il percorso del giovane "federalismo/regionalismo" italiano.

È ovvio che le evidenti differenze tra i due ordinamenti non possono essere ignorate. Non si ha dunque l'intenzione di paragonare *tout-court* le competenze legislative degli Stati federati a quelle delle nostre Regioni²¹, bensì di verificare come i giudici costituzionali dei due paesi contemperino gli interessi in gioco, quali risposte forniscano e, prima ancora, se si pongano le medesime domande.

A livello di principi, infatti, emerge chiaramente che la questione dell'uniformità delle regole di convivenza tra privati sul territorio nazionale (il perno attorno cui ruotano i giudizi della Corte costituzionale in materia) è, invece,

²¹ Anche perché qualsiasi comparazione così impostata non porterebbe a nulla, date le premesse costituzionali in gioco. Se, infatti, almeno sulla Carta, l'art. 117 Cost. esclude (ma vedremo che non è esattamente così) qualsiasi competenza legislativa delle Regioni nell'ambito del diritto privato, il X emendamento (combinato con la natura intrinseca di un ordinamento fondato sul diritto giurisprudenziale) lascia nella disponibilità dei singoli Stati la regolamentazione dei rapporti tra privati: "*The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people*". In altre parole, quelle del *Chief Justice* Marshall: "*It was neither necessary nor proper to define the powers retained by the States. These powers proceed, not from the people of America, but from the people of the several States; and remain, after the adoption of the Constitution, what they were before, except so far as they may be abridged by that instrument*" (cfr. *Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. 122, 193 (1819)). L'angolo prospettico è opposto e l'incomunicabilità tra i due ordinamenti (appare) totale.

del tutto assente nell'attività della Corte Suprema che sembra più preoccupata di individuare correttamente il livello di governo ottimale della normazione.

L'architettura istituzionale delineata dalla Costituzione federale del 1789 sembra invero molto chiara e quasi elementare. I primi tre articoli sono infatti dedicati ai massimi organi costituzionali che eserciteranno, rispettivamente, il potere legislativo, esecutivo e giudiziario, in pedissequa applicazione del principio di separazione teorizzato da Montesquieu.

Dunque, in base all'art. I, § 8, al Congresso federale sono attribuiti degli *enumerated powers* che variano dall'imposizione fiscale all'organizzazione delle Forze Armate, dalla creazione di tribunali federali alla regolamentazione del commercio interstatale, dalla politica estera al potere di spesa per la promozione del benessere generale *etc.*²². Il conflitto tra leggi federali e leggi statali è disciplinato, invece, dall'art. VI, § 2, che definisce la Costituzione e le leggi federali la legge suprema del Paese²³.

Il potere esecutivo è “*vested in a President of the United States*”²⁴ che si assicura che le leggi siano fedelmente applicate. Poco altro si dice circa la natura e l'estensione di questo potere negli affari interni degli USA, mentre maggiormente dettagliate sono le attribuzioni del Presidente in ambito di politica estera.

L'art. III è, infine, dedicato alla disciplina del potere giudiziario che risiede nella Corte Suprema e nelle corti federali di grado inferiori istituite in seguito con legge del Congresso. La competenza di questi organi giurisdizionali, secondo

²² Il nucleo centrale delle competenze del Congresso è quindi rappresentabile dalle metafore di borsa, toga, feluca e spada. A ciò si aggiungono altre funzioni che coinvolgono interessi unitari e che se lasciate alla sfera statale renderebbero molto ardua la tenuta di qualsiasi ordinamento federale.

²³ È la c.d. *supremacy clause*: “*This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof, and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every State shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding*”.

²⁴ Cfr. art. II, § 1, Cost. USA.

l'art. III, § 2, è sostanzialmente limitata a controversie tra cittadini di stati diversi o stranieri (o tra stati)²⁵ e casi aventi ad oggetto questioni di diritto federale²⁶.

Atteso che, da un lato, i *Framers*, nell'ideazione ed elaborazione della Costituzione, hanno certamente tratto ispirazione dalle costituzioni dei tredici stati originari e che, dall'altro lato, gli stati che successivamente sono entrati a far parte della federazione hanno configurato i loro ordinamenti sul modello federale, non stupisce la circostanza che a livello statale sia rinvenibile una struttura istituzionale affatto simile a quella federale. Anche gli stati dunque rispettano la tradizionale tripartizione dei poteri e sono, tra l'altro, dotati di un proprio ordinamento giurisdizionale che va dai tribunali di primo grado fino ad una corte suprema.

In conclusione, i poteri delegati al governo federale sono “pochi e definiti”, mentre quelli che rimangono in capo agli stati sono molti e indefiniti. I primi sono perlopiù rivolti verso l'estero, mentre i secondi hanno di mira le relazioni interne, avendo ad oggetto ciò che riguarda quotidianamente “la vita, la libertà e la proprietà privata degli individui”²⁷.

A questo sistema di c.d. *dual federalism*, deve aggiungersi l'ulteriore complessità tipica degli ordinamenti di *common law*, in cui il giudice non si limita ad interpretare la legge promulgata dall'assemblea legislativa in questione, ma arriva anche a creare, con la propria decisione, una norma che, in virtù del principio dello *stare decisis*, avrà un'efficacia vincolante per casi analoghi futuri²⁸. Il diritto giurisprudenziale che si forma in questo modo costituisce una

²⁵ È la c.d. *diversity jurisdiction* attivabile, però, solo se il valore della causa sia superiore a 75.000 \$.

²⁶ È la c.d. *federal question jurisdiction*.

²⁷ Così, J. MADISON, *Federalist*, 45, in http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp.

²⁸ Si può così distinguere tra una *case law* che, applicando/interpretando uno *statute*, si porrà gerarchicamente sul medesimo livello, e una *case law* di *common law*, intesa come quel *corpus* normativo sviluppatosi in via esclusivamente giurisprudenziale, che occupa il gradino più basso

vera e propria fonte del diritto separata e distinta dalla legge “formale”. È un dato ormai acquisito la supremazia del legislativo sul giudiziario quanto al potere di *law-making*²⁹, sicché l’assemblea legislativa può sempre decidere di intervenire per modificare o abrogare la regola di *common law* nel modo che ritiene più opportuno.

In maniera simile al Congresso, gli organi giurisdizionali federali hanno, come detto, una competenza limitata, mentre le *state trial courts* hanno la competenza residuale più ampia.

L’impianto così delineato, in apparenza coerente e rigoroso, tuttavia non permette di tracciare una separazione netta tra i due ordinamenti. E il motivo è “presto” detto: la visione di Madison, poc’anzi riportata, non resistette alla prova dei fatti e sin da subito andò sgretolandosi ad opera della giurisprudenza della Corte Suprema³⁰.

La realtà, in effetti, racconta la storia di un federalismo che si è evoluto lungo due direttrici: il c.d. federalismo verticale ha visto accrescere sempre di più l’importanza e il peso di un governo centrale pur di “*delegated powers*”³¹, mentre

nella gerarchia delle fonti. Ciò vale sia per le fonti federali che per quelle statali: cfr. W. BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, West, 2011, 41.

²⁹ Ciò non è stato messo più in dubbio dai tempi del *Dr. Bonham’s Case*, 77 Eng. Re646 (C.1610) (Coke, J.).

³⁰ Già con la decisione *Marbury v. Madison*, 5 US 137 (1803), la Corte Suprema innovò pesantemente l’ordinamento giuridico federale avocando a sé il potere di giudicare della legittimità costituzionale delle leggi federali instaurando il sistema di *judicial review*. Per quel che qui più rileva, la dottrina *Marbury* fu estesa, pochi anni dopo, anche alle leggi statali: cfr. *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810), in cui viene dichiarata l’incostituzionalità di una legge della Georgia che comprometteva l’adempimento delle obbligazioni contrattuali in violazione dell’art. I, § 10, Cost. USA.

³¹ Cfr. *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819), in cui la Corte Suprema formula la teoria degli *implied powers* che spettano al Congresso per poter eseguire i compiti assegnati in maniera esplicita dalla Costituzione. Il fondamento costituzionale della decisione è la *necessary and proper clause* (art. 1, § 8, cl. 18). Oppure si pensi alla *vis* espansiva dimostrata dalla *commerce clause* (art. 1, § 8, cl. 3) ad esempio in *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964), che ritenne conforme a Costituzione la legge federale (il *Civil Rights Act* del 1964) che poneva un divieto di discriminazione in base alla razza in capo alle attività di ristoro che servissero cibo o clienti di provenienza extra-statale.

il c.d. federalismo orizzontale si è evoluto verso una costante perdita di significato dei confini interstatali³².

La visione di Madison, come detto, non trovò accoglimento e la Corte Suprema permise al Congresso di ampliare lo spettro delle proprie competenze principalmente mediante un'interpretazione estensiva della *commerce clause*, dichiarando la costituzionalità della legislazione federale in tema di attività non solo economiche, ma anche non economiche purché aventi effetti economici³³.

Senza dubbio gli stati hanno mantenuto la loro sovranità originaria, ma i due ordinamenti si intersecano ormai in più punti ed è per questo motivo che lo stesso fatto può trovare disciplina sia a livello federale sia a livello statale.

In virtù della *supremacy clause*, la legge federale prevale su quella statale. È chiaro che in materie come, ad esempio, i tributi federali, le occasioni di sovrapposizione siano decisamente scarse. Quando tuttavia ciò accade, la dottrina della *federal preemption* impone la disapplicazione delle norme statali confliggenti. Per le caratteristiche connaturate della legge federale essa non sarà in grado di disciplinare tutti i profili di una materia, pertanto si verificherà un concorso con la legge statale non in contrasto con essa.

Bisogna riconoscere però che il Congresso ha comunque dimostrato molto autocontrollo sicché le tradizionali aree del diritto privato (*contract, tort, family, commercial law*) rimangono disciplinate dai singoli stati³⁴. Così nell'ipotesi di una

³² Dapprima, proprio in senso geografico: si pensi a *Crandall v. Nevada*, 73 US 35 (1867), che dichiara incostituzionale il tributo statale imposto a chi varcasse i confini dello stato, perché il *right to travel* senza restrizioni è inerente alla natura stessa di un ordinamento federale. In seguito, anche in senso più astratto, come ad esempio in *Shapiro v. Thompson*, 394US 618 (1969), dove la Corte riscontra l'incostituzionalità della legge statale nella parte in cui poneva un requisito di residenza nello stato da almeno sei mesi per poter godere di particolari benefici assistenziali.

³³ Cfr. *United States v. Lopez*, 514 US 549 (1995).

³⁴ In questi settori, peraltro, non può ovviamente sottacersi la fondamentale rilevanza dei c.d. fattori unificanti del diritto americano che ne impediscono la disgregazione. La formazione stessa del giurista, infatti, comincia con un test *nazionale* di ammissione alle *Law Schools* (LSAT) e si "conclude" con il *bar exam* che, pur se amministrato a livello statale, verte sui principi generali del diritto USA. In secondo luogo, la disordinata messe di precedenti delle Corti dei diversi stati in

compravendita immobiliare, il trasferimento del diritto di proprietà all'acquirente e le reciproche obbligazioni contrattuali con l'alienante saranno regolate dalla legge statale, così come il contratto di mutuo bancario. Ma proprio questo, con riguardo agli obblighi di informativa, sarà regolato dalla legislazione consumeristica di rango federale³⁵.

Alle criticità sul piano legislativo si aggiungono quelle sul piano giudiziario derivanti, anche qui, dalla coesistenza sul medesimo territorio di due separati ordinamenti giurisdizionali. In astratto, le Corti federali dovrebbero essere competenti nelle questioni di diritto federale, mentre le Corti statali dovrebbero essere competenti nelle questioni di diritto statale. In concreto è senz'altro così, ma la situazione è più complessa.

Trova infatti applicazione anche qui la *supremacy clause* che impone alle Corti statali di giudicare anche delle controversie di diritto federale³⁶. D'altro canto, le Corti federali, nei casi di *diversity jurisdiction* tra cittadini di stati diversi, applicheranno il diritto dello stato in cui ha sede la Corte³⁷.

Da quanto si è cercato di esporre sin qui, pur in massima sintesi, dovrebbe esser chiaro che questo decentramento normativo nonché il doppio binario

una certa materia può essere oggetto dei c.d. *Restatements*, vere e proprie opere di sistematizzazione della *case law* vigente che, in caso di tesi discordanti, indicano espressamente l'opzione preferibile. Infine, in determinati settori, viene incentivata l'implementazione, da parte degli stati, di discipline il più possibile uniformi tra loro: è il caso, ad esempio, dello *Uniform Commercial Code* che nel campo dei contratti commerciali (e della loro interpretazione) si è imposto come legge-modello adottata, con minime variazioni, dalle assemblee legislative di tutti gli stati. Sui fattori unificanti cfr. V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, 2014, 366 ss.

³⁵ Per altri rilievi sulla disciplina federale del diritto dei consumatori come ipotesi in cui le esigenze di uniformità diventano più pressanti, cfr. cap. III, § 1.

³⁶ Cfr. *Testa v. Katt*, 330 US 386 (1947) che cassa il rifiuto della Corte statale di pronunciarsi su una domanda di diritto federale, poiché la legge dello stato non consentiva di applicare la legge di un ordinamento *straniero*. In virtù della *supremacy clause*, allora, la Corte statale applicherà la norma federale di diritto *sostanziale*, e il proprio diritto processuale a condizione che questo non sia in contrasto con il diritto sostanziale federale. Cfr. W. BURNHAM, *op. cit.*, 33.

³⁷ Con ciò intendendosi il diritto *sostanziale* (di fonte legislativa e giurisprudenziale) per come interpretato dalla Corte suprema di quello stato [cfr. anche *Erie v. Tompkins*, 304 US 64 (1938)]. La Corte federale potrà invece continuare a seguire le proprie regole procedurali.

giurisdizionale, tipici della forma di stato federale, concorrono a formare un esempio paradigmatico di pluralismo giuridico. A ciò, si aggiunga pure la natura intrinsecamente giurisprudenziale di questo ordinamento, tipica dei sistemi di *common law*, che renderà forse più agevole procedere ad un confronto con il diritto privato delle Regioni. Una materia che, per quanto si dirà appresso, vive nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

Ma prima di procedere oltre, urge formulare alcune considerazioni preliminari che torneranno utili nel prosieguo di questo lavoro e si riveleranno - *si crede* - indispensabili per comporre il prisma della comparazione.

2. Diritto privato e Stato nella tradizione di *common law*.

Una volta effettuata la scelta dell'ordinamento straniero da confrontare con quello domestico, si pone in verità un problema iniziale di lingua che si articola almeno su due livelli inestricabilmente connessi tra di loro.

Innanzitutto, non si può prescindere, infatti, dal porre delle premesse terminologiche perché, ovviamente, una lingua diversa impone di tradurre il più fedelmente possibile espressioni spesso tipiche di quell'ordinamento. Sempre le medesime esigenze di fedeltà, tuttavia, possono indurre a *non* tradurre affatto formule che non riescono a mantenere la stessa pregnanza nel passaggio da una lingua all'altra³⁸.

³⁸ Si pensi, ad esempio, ad un'espressione come *due process* che anche qui come in tutta la saggistica in materia si è preferito lasciare in originale giacché "in italiano perderebbe le ricche, composite implicazioni che la sottendono": così G. SACERDOTI MARIANI, A. REPOSO, M. PATRONO, *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, 1995, 126, nt. 129.

Seppur brevemente, vale forse la pena di anticipare qui alcune di queste "implicazioni" della clausola di *due process*, atteso il ruolo fondamentale che questo parametro costituzionale gioca nel prosieguo del presente lavoro. Nata come una garanzia meramente processuale, essa estende la sua portata prima oltre i beni giuridici cui è formalmente indirizzata (vita, libertà, proprietà), poi rivolgendosi non più soltanto al Congresso (V emendamento), bensì anche ai singoli Stati (XIV emendamento). Presentandosi ora arricchita anche di contenuti sostanziali, tale tutela si "traduce" allora in un parametro di ragionevolezza che il legislatore (federale o statale) deve rispettare. Di questa "non arbitrarietà" giudica ovviamente la Corte Suprema degli Stati Uniti.

Inoltre, risultano altrettanto importanti le premesse concettuali su cui si fonderà l'analisi comparatistica. In effetti, anche nozioni apparentemente innocue come "diritto privato" (e, ad esempio, una sua traduzione *de plano* con l'espressione "private law") possono nascondere numerose insidie: invero, tali concetti assumono una molteplicità di significati anche all'interno di un medesimo ordinamento e, quando gli ordinamenti in gioco diventano più d'uno, le criticità aumentano inesorabilmente.

Volendo allora affrontare il problema posto da un diritto privato delle Regioni in una prospettiva comparatistica, si rende preliminarmente necessario, per quanto appena esposto *supra*, chiarire i concetti fondamentali sottesi: da un lato, il diritto privato; dall'altro, lo Stato. In mezzo, l'evoluzione storico-giuridica di un rapporto, se non in crisi, comunque destinato ad esser ripensato, nella consapevolezza che, come ogni teoria scientifica, anche la rappresentazione giuridica è per sua natura provvisoria e, soprattutto, rimane distinta da quel fatto che vuole descrivere. Cosicché, se vengono osservati nuovi fenomeni, anche la loro rappresentazione giuridica dovrà essere rivista.

Tradizionalmente, nell'area del diritto privato ricadono le materie oggetto della codificazione civilistica. Questo è certamente corretto, ma oltre a non offrire una visione comunque completa, non è neppure una definizione di "diritto privato", perché si limita a descrivere quali sono, a grandi linee, i suoi contenuti, senza però chiarire quali siano le sue caratteristiche essenziali o i suoi scopi primari. Ad ogni modo, è una descrizione che è generalmente accettata non solo nei Paesi di *civil law*, ma anche in quelli di *common law*. Dal punto di vista funzionale, quindi, potrebbe anche bastare.

Tuttavia, quando si cerca di individuare in via deduttiva l'oggetto del diritto privato e le sue specificità (quasi sempre in contrapposizione al diritto pubblico),

il prisma della comparazione consente di metterne in luce molteplici e diverse definizioni.

Per meglio comprendere le criticità che, con riguardo agli Stati Uniti, una tale operazione comporta, sembra doveroso porre le basi concettuali del presente lavoro interrogando quell'ordinamento in cui la tradizione di *common law* è nata e si è per secoli sviluppata.

2.1. L'esperienza inglese.

Al fine di cogliere in maniera adeguata gli esatti confini tra le due metà dell'ordinamento giuridico, può essere utile cominciare l'indagine prendendo a prestito le parole di Lord Woolf che descrive il diritto pubblico come “il sistema che garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni in capo agli enti pubblici nei confronti della cittadinanza”, mentre il diritto privato come “il sistema che protegge i diritti soggettivi degli individui nonché degli enti pubblici”³⁹. È questa una classificazione semplice e lineare che tuttavia nasconde non poche insidie.

Innanzitutto, la linea di demarcazione (ammesso che ne esista una) tra “persone private” e “persone pubbliche” è, da sempre, poco chiara⁴⁰. A ciò si aggiunge il tradizionale monismo dell'ordinamento giudiziario inglese per cui il sistema che protegge i diritti soggettivi degli individui coincide, perlopiù, con il sistema che

³⁹ Cfr. H. WOOLF, *Public Law - Private Law: Why the Divide? A Personal View* [1986] PL 220-221 (trad. mia). Per inciso, Lord Woolf non fa menzione alcuna di “diritti soggettivi”, parlando invece di “*private rights*”: sull'assenza di una teorica del diritto soggettivo negli ordinamenti di *common law*, cfr. R. HYLAND, voce «Diritto soggettivo nei paesi di common law», in *Digesto IV ed., Disc. priv. sez. civ.*, VI, Utet, 1990, 434 ss. L'a., peraltro, rileva come la questione sia preliminarmente linguistica perché laddove nell'Europa continentale esiste una sola parola per indicare l'atto di origine parlamentare (legge, *loi*, *Gesetz*) ed una sola parola per riferirsi “sia ai diritti individuali sia all'intero sistema giuridico” (diritto, *droit*, *Recht*), rendendosi così necessaria una qualificazione in senso soggettivo od oggettivo, in inglese “la parola *right* si riferisce esclusivamente ai diritti individuali mentre *law* si riferisce a quanto i giuristi continentali chiamano *diritto oggettivo*: gli atti di origine parlamentare [*a law or laws*] e la legge intesa come sistema operante [*the law or law*]”.

⁴⁰ Sui motivi, anche storici, che hanno creato questa “confusione”, v. *infra* quanto esposto sul concetto di Stato.

garantisce la corretta esecuzione delle prestazioni in capo agli enti pubblici nei confronti della cittadinanza.

Prendendo ad esempio, infatti, il bene giuridico costituito dalla libertà personale, vediamo subito che esso è tutelato sia *in habeas corpus* (che, in caso di ingiusta detenzione, porterà ad un'ingiunzione nei confronti del pubblico ufficiale) sia *in tort* (che risarcirà l'attore del danno subito a causa di questa ingiusta detenzione). Ma, posta l'unicità del sistema giurisdizionale, quanto senso può avere elaborare una dogmatica distinzione tra pubblico e privato?

Essa, invero, rimane sempre sullo sfondo, rivelando la sua presenza discreta solo a chi sa già cosa cercare, ma mai imponendosi a livello sistematico⁴¹. Solo nel secolo scorso, la dicotomia assume un significato più pregnante, da un punto di vista *giurisdizionale*, con l'istituzione di organi giudiziari deputati alla risoluzione di controversie amministrative⁴²; da un punto di vista strettamente *processuale*, con l'introduzione di un nuovo rito per giudicare tali dispute⁴³; da un punto di vista *sostanziale*, con la creazione e l'individuazione di principi di diritto pubblico. L'emersione così tardiva della distinzione ha portato parte della dottrina a vederci addirittura un trapianto giuridico⁴⁴.

Essa, allora, è certamente estranea a questo ordinamento, ma solo se la si voglia usare come un approccio categorico perché, in verità, possono rinvenirsi

⁴¹ In questo vi è chi parla di una "definizione senza una distinzione": cfr. C. HARLOW, "Public" and "Private" Law: Definition Without Distinction (1980) 43 MLR 241-265.

⁴² Al vertice si trova la *Administrative Court* che comunque non corona una giurisdizione speciale e separata da quella ordinaria di *common law* (sul modello dei tribunali amministrativi di molti ordinamenti del Continente), bensì non è altro che una sezione della *Queen's Bench* (che a sua volta è una *division* della *High Court*). Perfettamente integrata, dunque, nel modello monistico proprio dell'ordinamento giudiziario inglese.

⁴³ È la c.d. (*application for*) *judicial review* che consente di chiedere una revisione, a chiunque abbia un interesse "sufficiente" a farne dichiarare l'illegittimità, di una decisione presa da un organo giudiziario di grado inferiore, da una pubblica amministrazione, da un pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni o da qualunque altra pubblica autorità.

⁴⁴ È questa la tesi propugnata da J.W.F. ALLISON, *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford University Press, 2000.

molti indizi disseminati qua e là nella storia giuridica inglese. Ad esempio, come si legge in *O'Reilly v. Mackman*⁴⁵, i *prerogative remedies* possono essere considerati come dei precursori del rito di *judicial review*. Per secoli, dunque, questi rimedi sono stati concessi dalla *King's Bench* e non da giudici specializzati in materia di diritto amministrativo, né la distinzione tra *prerogative* e *ordinary remedies* ha per ciò solo comportato una distinzione tra corti.

Similmente, anche nel diritto sostanziale, può notarsi⁴⁶ come la distinzione pubblico/privato, pur presente, non comporti una rigida divisione sistematica, anzi. Esempio il caso della responsabilità per fatto illecito fondata sul *writ of trespass* che richiedeva al danneggiato di allegare che il fatto dannoso fosse stato commesso *contra pacem regis*; per altro verso, quando nel 1947 è stata introdotta la responsabilità *in tort* della Corona, essa fu assimilata a quella di una persona fisica maggiorenne e capace⁴⁷. Cosicché, appare certamente fondata l'opinione secondo cui il sistema di responsabilità civile inglese debba considerarsi un'estensione del regime pubblicistico in ambito privatistico, ma anche la posizione opposta trova solide argomentazioni a sostegno.

⁴⁵ *O'Reilly v. Mackman* [1983] 2 AC 237. Interpretando l'*Order 53* delle *Rules of the Supreme Court*, la *House of Lords* stabilisce che un'azione volta ad ottenere la revisione della legittimità di un atto, decisione, condotta (attiva o omissiva) relativi ad una pubblica funzione sia ammissibile solo in sede di *judicial review*; un'azione ordinaria con questo *petitum*, dunque, dovrebbe essere rigettata in quanto costituirebbe un "abuso del processo". Il precetto appena espresso subisce due importanti eccezioni: quando sia in gioco un diritto soggettivo dell'attore oppure quando vi sia il consenso di controparte al rito, per così dire, ordinario.

Dal momento che il ricorso alla tutela giurisdizionale amministrativa è soggetto non solo a brevi termini di decadenza (generalmente tre mesi da quando è sorto l'interesse), ma anche all'ottenimento della c.d. *permission* (una sorta di valutazione sul *fumus boni iuris* in cui viene soppesato l'interesse individuale con quello generale, rigettando così le richieste manifestamente infondate), l'azione ordinaria costituiva la scappatoia ideale mancando queste due condizioni. La decisione di *O'Reilly* nasce dunque dall'esigenza di limitare queste elusioni ai danni del sistema giudiziario individuando il c.d. *Exclusivity Principle*. Cfr. D. FELDMAN (ed.), *English Public Law*, Oxford University Press, 2004, 877 e 898.

⁴⁶ Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, 5.

⁴⁷ Cfr. Crown Proceedings Act 1947, section 2(1): "(...) as if it [the Crown] were a private person of full age and capacity". Cfr. anche D. FELDMAN, *op. cit.*, 365.

A livello dottrinale, se il *civil lawyer* non può che cominciare la propria riflessione dal celebre passo di Ulpiano⁴⁸, non è così in Inghilterra dove la tradizione romanistica ha svolto un ruolo ben diverso⁴⁹. Infatti, anche quando nello studio del *common law* viene tentato un approccio sistematico, le categorie ordinanti utilizzate non sono quelle astratte ulpianee, bensì le più concrete suddivisioni di Gaio⁵⁰ e, particolare molto interessante, le *public relations* (tra governo e cittadini) vengono esaminate come parte del diritto delle persone.

La classificazione del “diritto pubblico” nel diritto delle persone, in effetti, viene poi accettata anche da Austin⁵¹ il quale, invece, rifiuta la distinzione tra *public* e *private wrongs* ritenendo comunque sempre presente un interesse pubblico e preferendo allora una distinzione fondata sulla legittimazione ad agire per la tutela del bene giuridico violato⁵².

⁴⁸ ULPIANO, Digesto, 1.1.1.: “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”.

⁴⁹ E quando influenza c'è stata, essa è stata fraintesa, come nel caso di Bracton - riportato da F.W. MAITLAND (ed.), *Select Passages from the Works of Bracton and Azo* (8 Selden Society, 1985) 27-33 - che sostiene l'esistenza di infinite distinzioni del diritto perché infinite sono le persone e le cose, basando questo suo convincimento su un passo di Azzone, ma non cogliendone la *reductio ad absurdum* ivi contenuta: “*hac enim ratione infinitae essent species iuris, quia infiniti sunt homines et infinitae sunt res. Nam et sic diceretur ius aliud equinum, aliud asinum, aliud vineae, aliud agri, aliud Petri aliud Iohannis*”; infatti, poco più avanti il glossatore bolognese continua riprendendo proprio Ulpiano: “*Est autem ius publicum quod ad statum rei Romanae pertinet (...). Ius autem privatum est, quod ad singulorum pertinet utilitatem*”.

⁵⁰ I quattro tomi dell'opera principale di W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, University of Chicago Press, 1979, infatti, sono dedicati a *Persons, Things, Private Wrongs* e *Public Wrongs*, ampliando così l'originaria tripartizione gaiana in *Personae, Res, Actiones*. Questa maggior aderenza alla realtà è notata anche da F. POLLOCK, *Divisions of Law* (1894) 8 *Harvard Law Review* 197: “*It seems to be closely related to the practical questions which arise or may arise when a man feels aggrieved and thinks of seeking redress. Persons between whom there is a dispute; a thing which is the subject of a dispute; some form of action for resolving the dispute by process of law (...)*”.

⁵¹ J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Murray, 1885, 750.

⁵² Così, si tratterà di *private law* se legittimato ad agire è il privato cittadino, mentre si tratterà di *public law* se il diritto di azione spetta ad una pubblica autorità (perlopiù in funzione di “accusa”: cfr. sempre ID., *op. cit.*, 752).

Si scorge qui la disinvoltura con cui il giurista anglosassone passa dalla distinzione diritto privato/diritto pubblico a quella diritto civile/diritto penale: la *forma mentis* continentale, saldamente radicata nelle categorie e sottocategorie di cui si compone l'ordinamento giuridico, non permette di fare altrettanto. Peraltro, questo criterio distintivo basato sulla legittimazione ad

Invero, anche quando la dottrina inglese sembra riprendere confidenza con la “tradizionale” dicotomia pubblico/privato, al tempo stesso o ne esclude la rilevanza⁵³ o il rigore scientifico oppure la considera addirittura incompatibile con il regolare funzionamento di uno stato di diritto.

Così, se la distinzione viene data per generalmente accettata e fondata, alternativamente, sulla predominanza di un interesse pubblico o privato⁵⁴ ovvero sulla presenza o meno dello Stato nell’atto o nel procedimento in esame⁵⁵, non per questo si ritiene di doverne trarre ulteriori conseguenze a livello sistematico. Anzi.

Da un lato, infatti, viene rilevato come l’interesse dietro la norma non sia mai puramente pubblico o puramente privato ed è per questo motivo che i loro campi di applicazione, nella maggior parte dei casi, si sovrappongono⁵⁶. Dall’altro lato, anche quando un diritto faccia capo allo Stato, ed in questo senso possa considerarsi proprietario, debitore o creditore *etc.*, esso può certamente utilizzare le regole del diritto privato, anche se per fini pubblici, e diventare, per l’occasione, un privato cittadino⁵⁷. Sullo sfondo, dunque, rimane sempre il rischio che, ragionando altrimenti, lo Stato possa essere considerato al di sopra della

agire lo si ritrova anche in tempi più recenti in R. BARNETT, *Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction* (1986) 9 Harvard Journal of Law and Public Policy 267.

⁵³ Così F. POLLOCK, *op. cit.*, 187 ss., in generale: “*it is not possible to make any clear-cut division of the subject-matter of legal rules. (...) The divisions of law (...) are in truth divisions (...) of the legal aspects of facts. (...) Thus rules of law can no more give us a classification of human acts or affairs than the rules of arithmetic can give us a classification of numerable things*”.

⁵⁴ Con ciò intendendosi, quasi apoditticamente, da una parte gli “*interests of the commonwealth*” e dall’altra “*those of its individual members*”: cfr. sempre ID., *op. cit.*, 193.

⁵⁵ In questo modo: “*Only dealings between subject and subject (...) form the province of private law*”: ID., *op. cit.*, 194.

⁵⁶ ID., *ibidem*.

⁵⁷ ID., *op. cit.*, 195: “*Now the rights attaching to the State in this respect [i.e. il diritto di proprietà] (...) need not differ from those of any private owner (...). They can be and are dealt with by the ordinary courts in the same way as the rights of any citizen, and according to the ordinary rules of the law of property*”. È questo, in sintesi estrema ma efficace, il pensiero dominante nella cultura giuridica inglese dalla nascita del sistema di *common law*; un principio scalfito solo in tempi recenti da *O’Reilly v. Mackman: v. supra*.

legge e che i diritti e doveri ad esso attribuiti non siano della stessa natura di quelli riconosciuti in capo agli individui.

Il rigore scientifico della distinzione è poi messo in discussione da chi, pur considerandola “*the most fundamental division of the corpus juris*”⁵⁸, non la ritiene (assieme ad ogni altra possibile classificazione) idonea ad essere adottata come misura di un ordinamento giuridico. Tali suddivisioni, infatti, risultano significative solo in quanto consentano una più lucida illustrazione della materia.

Esclusivamente a tal fine⁵⁹, dunque, può individuarsi un diritto pubblico, in via esplicita, e un diritto privato, in via residuale⁶⁰. Questa maggior “tolleranza del caos”⁶¹ tipica del *common lawyer* può, forse, imputarsi alle nefaste conseguenze che si produssero durante il rigido sistema dei *writs* in cui le rigorose formule impedirono, per molto tempo, lo sviluppo dell’ordinamento almeno fino ad una loro interpretazione estensiva, prima, e al ricorso alla giurisdizione di *equity* e allo strumento legislativo, poi.

Addirittura di una inconciliabilità della distinzione con la natura stessa dello Stato di diritto, parla Dicey⁶² che all’identificazione del concetto di “*rule of law*”⁶³

⁵⁸ Cfr. J.W. SALMOND, *Jurisprudence*, Stevens & Haynes, 4th ed., 1913, 482, dove il riferimento al *corpus iuris* non è evidentemente da intendersi all’opera giustiniana, bensì all’ordinamento giuridico nel suo complesso.

⁵⁹ Infatti, “[i]n the classification of legal principles the requirements of practical convenience must prevail over those of abstract theory”: ID., *op. cit.*, 482.

⁶⁰ ID., *op. cit.*, 484: “Public law comprises the rules which specially relate to the structure, powers, rights, and activities of the State. Private law includes all the residue of legal principles”. L’autore, alla pagina seguente, riconosce comunque che il primo presuppone una conoscenza del secondo.

⁶¹ ID., *op. cit.*, 482.

⁶² Cfr. A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund Inc., 1982.

⁶³ In particolare, con “rule of law” può intendersi: i) “the absolute supremacy or predominance of regular law as opposed to the influence of arbitrary power”; ii) “equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary Law Courts”; iii) una formula per descrivere il fatto che in Inghilterra “the law of the constitution (...) [is] not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts (...); thus the constitution is the result of the ordinary law of the land”. Cfr. ID., *op. cit.*, 153.

con quello di uguaglianza di tutti di fronte alla legge ordinaria, fa conseguire come corollario imprescindibile l'impossibilità anche solo di concepire l'esistenza di un *corpus* normativo diverso da quello cui devono obbedire gli altri consociati e applicabile qualora sorgano interessi particolari dello Stato. L'idea che questo genere di controversie possa essere sottratto alla giurisdizione dei tribunali ordinari è “*fundamentally inconsistent*”⁶⁴ con la tradizione giuridica inglese.

Questo modo, per certi versi estraneo, di intendere il diritto (privato, ma non solo) è dovuto certamente alle ragioni sin qui esposte, ma a ciò deve aggiungersi anche una visione profondamente diversa dell'altro termine del binomio che stiamo considerando, ossia lo Stato.

In Inghilterra, così come nel resto del Regno Unito d'altra parte, il concetto di Stato non è un molto usato per ragioni storiche. Infatti, se nel Continente e in Francia in particolare, il passaggio dal sistema feudale allo Stato inteso in senso moderno, fu lento e graduale, lo stesso non può dirsi per l'Inghilterra.

Invero, il trapasso del sistema feudale, almeno a livello politico, avvenne attraverso accesi conflitti (su tutti, la rivolta dei baroni del 1215 - che terminò con la “concessione” della *Magna Charta* - e la Gloriosa Rivoluzione degli anni 1688-1689 - che culminò con il *Bill of Rights*) che ebbero come risultato la distruzione della burocrazia reale: la sovranità era ora riconosciuta in capo al *Parliament* e la *rule of law* era assicurata dalle corti giudiziarie.

Al posto dello Stato, dunque, in Inghilterra troviamo altri termini come, ad esempio, la Corona. Essa rappresenta da sempre il simbolo dell'ufficio del Re, ulteriore rispetto al suo territorio o al suo corpo; ma dopo poco cominciò ad

Sul perché nel Continente si parli di “Stato di diritto”, mentre nei Paesi di *common law* si preferisca fare uso del concetto di “*rule of law*”, v. *infra*.

⁶⁴ ID., *ibidem*.

indicare anche tutto quel corpo politico sviluppatosi attorno alla persona del Re, con compiti di consigliarlo nelle sue decisioni⁶⁵.

In ogni caso con il termine “Corona” non ci si riferisce ad un apparato di governo, bensì a molteplici soggetti: il Re, il Re in quanto capo del consiglio reale, il consiglio reale, i diritti inalienabili di cui questi soggetti godevano⁶⁶. Come si vede, i contorni della questione appaiono frastagliati quando non del tutto incerti: alla maggiore “tolleranza del caos” di cui si è già dato conto, può aggiungersi, in questo caso, anche quell’aura mistica che richiederebbe riverenza e non certo impertinenti tentativi di sistematizzazione.

A complicare ulteriormente il quadro così delineato non può sfuggire lo smottamento di potere dal versante del Re a quello del Parlamento che però, per ovvi motivi, non godeva degli stessi privilegi. Ai primi del ‘900, il Re ormai “è nudo” e allo stesso modo la Corona non è altro che un conveniente velo di ignoranza che consente di non rispondere ad interrogativi complessi poiché “In Inghilterra, quella astrazione che chiamiamo Stato, almeno in teoria, non sembra neppure esistere”⁶⁷.

Uno dei principali architravi del sistema costituzionale inglese, dunque, è rappresentato da una “entità dotata di solenne capacità di persuasione senza potere esecutivo”⁶⁸. La Corona, in verità, sembra svolgere la funzione di tenere insieme i fili invisibili che collegano i suoi funzionari (ciascuno responsabile per i propri

⁶⁵ È questo un esempio di applicazione giuspubblicistica di un principio privatistico: *quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*. Principio tuttora vigente anche nel nostro ordinamento ex art. 1108, comma 3°, cod. civ. che impone il consenso di tutti i partecipanti alla comunione “per gli atti di alienazione, costituzione di diritti reali oppure locazione per durata superiore a 9 anni” della cosa comune.

⁶⁶ È, in ultima analisi, un concetto astratto ancora connesso ad una concezione feudale della società. Sotto la Corona trovano posto il monarca e i suoi feudatari, il Re e il regno, uniti contro le ingerenze papali: cfr. W. ULLMANN, *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Penguin, 1965, in part. 153.

⁶⁷ F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England: A Course of Lectures*, Cambridge, 1908, 418.

⁶⁸ H.J. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, 32 Harvard Law Review, 1919, 447.

atti) in quel *viluppo* che ben può descrivere il profilo esecutivo dello stato inglese⁶⁹. Proprio il concetto di funzionario è l'altro termine che di solito si trova nel pensiero politico-giuridico inglese. Il riferimento alla c.d. *public person* sta ad indicare che l'apparato governativo non è Stato, bensì *rule of men*. Infatti l'embrione di diritto pubblico che si stava creando era catalogato nel diritto delle persone⁷⁰.

Non mancano le voci critiche a questa impostazione le quali tuttavia pur utilizzando il termine Stato si riferiscono ad esso comunque come ad una persona (giuridica) con diritti e doveri equiparabili a quelli di un individuo⁷¹. Ma d'altra parte, è estremamente significativo che nella definizione più completa del principio fondante il costituzionalismo inglese⁷², si riesca ad evitare di menzionare la parola "stato" o anche solo di evocarne il concetto.

Al suo posto si trovano invece termini come "*Crown, officials, political superiors, officers of the Crown, and public or political persons*"⁷³ perché "*'State' is not an easy word*"⁷⁴, ma soprattutto perchè "non si può fare causa allo Stato, perchè non c'è uno Stato a cui fare causa. Non c'è nulla di più che una Corona che nasconde le sue imperfezioni sotto un mantello di presunta infallibilità. La Corona è irresponsabile, salvo quando, di grazia, allenta un atteggiamento così rigido"⁷⁵.

L'unico riferimento concettuale rimane allora la *persona* e non deve stupire che i giudici inglesi attribuiscono con disinvoltura i suoi tratti tipici anche agli enti

⁶⁹ Così E. BARKER, *The Discredited State: Thoughts on Politics Before the War*, Pol. Quat., 1915, 101.

⁷⁰ R. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London, 1989, 77.

⁷¹ Così T.E. HOLLAND, *The Elements of Jurisprudence*, 13a ed., Oxford, 1972, 387.

⁷² È la c.d. *rule of law*: cfr. nt. 56.

⁷³ Cfr. J.W.F. ALLISON, *op. cit.*, 79.

⁷⁴ Cfr. *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1964] AC 763.

⁷⁵ Cfr. H.J. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, 1919, 32 *Harv. LRev.*, 450.

che costituiscono la pubblica amministrazione: “*in an adversarial system such as exists in the United Kingdom, a party is free to withhold information that would help his case if he wishes -perhaps for reasons of delicacy or personal privacy*”⁷⁶.

L’esigenza di un *corpus* normativo distinto, da applicare quando in gioco vi siano interessi non privati, non è in alcun modo avvertita. Così facendo però, diventa molto più arduo rendersi conto della potenziale minaccia posta, per natura, dal pubblico potere e dai suoi agenti.

2.2. L’esperienza americana.

Questo timore è invece ben presente nella riflessione giuridica dei Padri fondatori degli Stati Uniti che proprio per tale motivo optarono per una forma di stato federale che per di più potesse vantare solo pochi e definiti poteri.

Questa scelta inoltre ha avuto il pregio di impedire al governo federale di instaurare un monopolio normativo sulla *common law* statale: l’idea di una codificazione privatistica fu oggetto di dibattito per un certo periodo, ma non trovò terreno fertile e venne ben presto accantonata. In questo senso, la *common law* rimase un elemento di democraticità del sistema e non venne mai associata ad una nozione di sovranità.

Anzi, proprio la maggiore indipendenza dei giudici di *common law* (una categoria professionale in cui si entra per cooptazione o con una legittimazione popolare) potrebbe aver giocato un ruolo determinante. Infatti, laddove, in Europa e in Francia particolarmente, la corruzione del sistema giudiziario fu una delle cause scatenanti della Rivoluzione⁷⁷, negli Stati Uniti era il governo (inglese) ad essere corrotto.

⁷⁶ Cfr. *Air Canada v. Secretary of State for Trade*, [1983] 2 AC 394.

⁷⁷ Nonché una delle spinte propulsive del processo di codificazione che, nelle parole di Montesquieu, avrebbe reso il giudice niente di più che la “*bouche de la loi*”. Sul ruolo dei giudici

La scelta quindi di darsi una Costituzione scritta, oltre a voler rimarcare una pesante differenziazione con la Madrepatria, ha come conseguenza quella di incorporare *in essa* i diritti fondamentali dell'individuo; al contrario, in Europa, ciò avviene con l'emanazione dei *codici*⁷⁸. Sin da subito, allora, nella storia degli Stati Uniti, la fonte formale dei diritti fondamentali è una (la) legge di diritto pubblico; mentre il codice rappresenta il cuore del diritto privato che garantisce tali diritti dall'ingerenza indebita dello Stato. La circostanza non è di scarso rilievo se si considera che, anche per questo motivo, la dicotomia pubblico/privato negli USA non ha mai caratterizzato il dibattito sul rapporto tra l'individuo e lo Stato; laddove invece in Europa si assistette ad un rafforzamento di questa bipolarità⁷⁹ che contribuì alla creazione del dualismo giurisdizionale tipico di Francia, Germania e Italia⁸⁰.

Laddove, in Europa, il diritto privato rappresenta il cuore dell'ordinamento (mentre tutto il resto è più politico che giuridico)⁸¹, negli Stati Uniti, è il diritto pubblico ad essere al centro della riflessione giuridica (mentre il diritto privato non è tanto un *corpus* separato di leggi, quanto una sfera privata in cui lo Stato non interferisce in ossequio a principi costituzionali o addirittura di diritto naturale). Così, ad esempio, considerando⁸² il fascio di relazioni informali tra vicini di casa, il diverso angolo prospettico porterà il giurista europeo a vedervi

nell'*Ancien Regime*, cfr. L. GERSHOY, *The French Revolution and Napoleon*, Prentice-Hall, 1964, 18 ss.

⁷⁸ Che, si dice, svolgano un ruolo quasi-costituzionale appunto.

⁷⁹ Cfr. J.H. MERRYMAN, *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 *Journal of Public Law* 3 (1968), 14.

⁸⁰ Un'altra causa è da rinvenire nella già menzionata sfiducia nei confronti del sistema giudiziario dell'*Ancien Regime* da cui la nascente pubblica amministrazione doveva essere difesa.

⁸¹ È d'accordo P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, 2009, 171 ss., secondo cui: "nel 1814 il diritto si identifica ancora nel diritto privato; il "pubblico" è una realtà extra-giuridica di cui facevano bene ad occuparsi politologi e sociologi, mentre il giurista doveva soltanto preoccuparsene per le eccessive invadenze del potere politico".

⁸² Come fanno R. MICHAELS-N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 56 *AmJCompL* 852 ss.

“diritto senza coazione” (in altre parole, che questi rapporti di vicinato non si fondino su provvedimenti giudiziari o accordi specifici, non vuol dire che non siano disciplinati dal diritto privato); il giurista americano, invece, si troverà di fronte ad un “ordinamento senza legge”.

Nell’area di *civil law*, l’esecuzione del precetto di diritto privato non è, appunto, un elemento necessario del diritto privato che, in tal senso, risulta separato dallo Stato. Al contrario, nell’area di *common law*, termini come *law* e *enforcement*, *rights* e *remedies* formano quasi un’endiadi che sembra innervare il diritto privato con un profilo pubblicistico: la sua esecuzione forzata⁸³.

All’indipendenza dei giudici di *common law* corrisponde poi l’indipendenza di un diritto giurisprudenziale che non ha bisogno di trovare al di fuori di sé una legittimazione della propria validità. Tant’è vero che quando, in seguito alla Dichiarazione di Indipendenza, la volontà del Re non poté più dispiegare alcuna efficacia nelle ormai ex colonie, non si avvertì il bisogno di trovare un altro fondamento al nuovo ordinamento giuridico⁸⁴. Ad ogni modo, quando ciò avvenne, e si ricondusse la *common law* all’idea di sovranità⁸⁵, non vi furono particolari risvolti traumatici perché questa nozione non era in rapporto con uno Stato astratto, bensì con il popolo americano il cui consenso era visto come un

⁸³ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, 853.

⁸⁴ Affermare che in Inghilterra il potere giudiziario fosse indipendente dal Re potrebbe sembrare contraddittorio, se si pensa che i giudici di *common law* esercitavano la propria funzione in nome del Re che, tra l’altro, partecipava attivamente all’amministrazione della giustizia. Tuttavia, non solo si riteneva che la norma fosse da trovare e non creata dal Re (per la teoria dichiarativa del precedente); non solo le decisioni giudiziarie vincolavano anche il Re (per il principio della *rule of law*); ma lo stesso Re, quando intendeva *superare* la legge, doveva rivolgersi ad un altro *corpus* normativo al di fuori di essa: l’*equity*. Cfr. R. SACCO, voce «Diritto privato», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVII, Utet 1998, 680, secondo cui nel diritto inglese: la pubblica “amministrazione è sottoposta da sempre al controllo giudiziario. Il re e i collaboratori ch’egli si sceglie non potevano modificare il diritto se non in limiti ristretti”.

⁸⁵ Cfr. N. JANSEN-R. MICHAELS, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, 71 *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht* (2006), 39.

elemento essenziale non solo per la Costituzione⁸⁶, ma anche per quel diritto giurisprudenziale formulato dalle Corti come rappresentanti di quel popolo⁸⁷.

In maniera analoga, il principio affermato in *Swift v. Tyson*⁸⁸, secondo cui le Corti federali sono libere di formulare un giudizio indipendente su quale sia (o dovrebbe essere) la *common law* dello stato in cui hanno sede, è evidentemente influenzato da una concezione di questa libera da qualsiasi idea di sovrano, sia esso statale o federale⁸⁹. Ci vorrà quasi un secolo per vedere un'inversione di rotta, inizialmente nel *dissent* del Justice Holmes: “*The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified*”⁹⁰; poi nel vero e proprio *overruling* di *Swift* in cui si stabilì che le Corti federali devono invece applicare la legge statale, con ciò intendendosi sia gli *statutes* che la *case law*⁹¹. Ma anche in questo caso la decisione non può essere interpretata come un tentativo di dare una legittimazione statale al diritto giurisprudenziale: la sovranità infatti continua ad appartenere al popolo, solo che ora si deve far riferimento al popolo del singolo stato e non a quello dello stato, per così dire, nazionale⁹².

In Europa, siamo ancora affezionati ad una concezione hegeliana dello Stato, un'istituzione collettiva che tutto include (anche la legge) e al di fuori della quale nulla può esistere, neppure la società di cui esso è, appunto, un prerequisito. Al

⁸⁶ D'altronde, così recita il preambolo della Costituzione federale: “*We the People (...)*”. In questo senso, pure paradigmatico è il noto *Gettysburg Address* del 19.11.1863 in cui il Presidente Lincoln descrive la forma di stato degli USA come “*a government of the people, by the people, for the people*”.

⁸⁷ Cfr. R. SACCO, *op. cit.*, 681: “Finché il diritto privato è consuetudinario non ha bisogno di giustificazione, bastando al fine il consenso di coloro che lo praticano”, nonché più in generale M.J. HOROWITZ, *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1979.

⁸⁸ *Swift v. Tyson*, 41 US 1 (1842).

⁸⁹ N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, 38.

⁹⁰ Cfr. *Southern Pac. Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting).

⁹¹ Cfr. *Erie R.R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

⁹² N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. loc. ult. cit.*

contrario, negli Stati Uniti, per indicare questo soggetto si preferisce parlare di *government* (mentre il Governo è indicato come *administration* o *executive officelbranch*), un ente senz'altro distinto dalla società (che potrebbe esistere senza di esso), così come dalla legge (e da essa vincolato alla pari di un privato cittadino). Proprio per questo motivo, il *government* e i suoi membri possono essere citati in giudizio, allo stesso modo e di fronte alla stessa autorità giudiziaria dei privati cittadini⁹³.

Questa distinzione non è meramente filologica. Pensiamo ad un'espressione come "Stato di diritto": anche se "Stato" e "diritto" non sono sinonimi, il diritto ideale, la stessa idea di ordinamento giuridico è correlata strettamente allo Stato. Negli Stati Uniti, invece, questo concetto si manifesta ad un livello molto più concreto nelle nozioni (intraducibili) di *rule of law* e *due process* che rispondono, rispettivamente, a queste due domande: a) lo Stato è vincolato dalla legge? b) gli individui possono agire per la tutela giurisdizionale dei loro diritti? La prima nozione, infatti, è collegata al *ruler*, ossia al sovrano che governa appunto; mentre la seconda si riferisce inequivocabilmente alla protezione dell'individuo contro ogni forma di potere e non ha nulla a che fare con lo Stato⁹⁴.

In Europa, la società trova il suo compimento nello Stato e così la sfera privata e la sua estensione sono definite dallo Stato e dentro lo Stato. Negli USA lo Stato dipende dalla società ed è in opposizione ad essa: la Rivoluzione americana servì a sbarazzarsi di uno Stato che violava i diritti dei coloni per fondare diversi Stati (nonché l'Unione) che, in virtù di un sistema di *checks and balances*, non fossero in grado di reiterare simili soprusi. In Europa, la validità del diritto privato è connessa allo Stato che garantisce l'autonomia delle parti, ma che protegge altresì

⁹³ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, 854, nonché R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁴ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *ibidem*.

dagli effetti collaterali di questa autonomia se le parti non hanno la stessa forza. Negli USA, invece, il diritto privato è quel ramo del diritto che si è sviluppato indipendentemente dallo Stato, anzi al di fuori di esso nelle aule giudiziarie e nella società; perciò lo Stato è visto come una potenziale minaccia a questa autonomia se va oltre il suo ruolo di tutore della legge⁹⁵.

L'assenza di questa connessione tra diritto privato e Stato favorisce poi una spinta centrifuga che allarga gli orizzonti dell'autonomia privata portandola a creare norme la cui effettività non sarà garantita dalle istituzioni statali, bensì dalla medesima comunità che aveva raggiunto un accordo in tal senso⁹⁶. L'assenza di strutture centralizzate⁹⁷ permette allora di scoprire l'altra faccia del *diritto privato*, caratterizzata da una spontaneità che disgrega e che, per converso, non ha aspirazioni sistematiche né di coerenza interna⁹⁸.

3. Diritto privato e Stato nella tradizione di *civil law*: l'esperienza francese.

La dicotomia tra diritto privato e diritto pubblico, ben nota ai giuristi romani, non sopravvive alla caduta dell'impero. O meglio, entra in uno stato di quiescenza dal quale riemergerà solo alcuni secoli dopo. In effetti, durante l'età del feudalesimo, essa non trova senz'altro un terreno fertile atteso che le relazioni tra i vari signori locali erano esclusivamente di natura personale, reciproche e su base

⁹⁵ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, 856.

⁹⁶ È il concetto di "*private ordering*" (cui spesso, nel pensiero giuridico anglosassone, si fa corrispondere anche la nozione di "*private law*") che forse, più che una evoluzione, segna un ritorno al passato come ai tempi della *lex mercatoria*. Cfr. S.L. SCHWARCZ, *Private Ordering*, in *Northwestern University Law Review*, 97, 2002, 319 ss. La norma privatistica si afferma quindi indipendentemente da qualsivoglia positivismo e in virtù della sua forza intrinseca che trova generalmente fondamento nella sua razionalità.

⁹⁷ Singolare che il termine "Stato" acquisti significato in ambito internazionale, ovvero nel campo delle relazioni *esterne* che il governo federale intrattiene con i suoi *pares* mediante, appunto, il *Secretary of State*.

⁹⁸ La faccia che invece mostra tradizionalmente nell'Europa continentale (ma che si affaccia timidamente nell'attività legislativa delle Regioni. Sull'ambivalenza del diritto privato della tradizione giuridica occidentale, cfr. D. CARUSO, *Private Law and State-making in the Age of Globalization*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 39:1, 2006, 1 ss.

(in senso lato) volontaria⁹⁹. Così il vassallo poteva certamente essere soggetto anche a diverse autorità, ma non in base ad una norma giuspubblicistica, bensì in virtù di diversi obblighi (legali o consuetudinari) derivanti da prerogative reali oppure di diritto canonico o curtense¹⁰⁰. In ogni caso, in assenza di un vero e proprio stato, la distinzione cade in disuso.

Dopo la Guerra dei Cent'anni, le molteplici autorità feudali della Francia confluirono in una amministrazione centralizzata che aveva il suo fulcro nella persona del Re.

La principale funzione amministrativa era così svolta non più dal feudatario, ma dagli *officiers* prima e dai *commissaires* poi¹⁰¹. La *commission*, concessa dal Re e sempre revocabile, divenne ben presto un formidabile istituto per gestione quotidiana della *res publica*. Nella seconda metà del 1500 i commissari erano ormai chiamati *Secrétaires d'Etat*, con compiti di redigere e far rispettare gli ordini del Re, quando non i propri. La struttura periferica del potere poteva contare sugli *Intendants*¹⁰², a capo di ogni Provincia, il cui incarico dipendeva direttamente dai *Secrétaires* ai quali dunque essi mostravano incrollabile fedeltà¹⁰³.

Pur continuando a coesistere con diverse altre autorità (si pensi ai *Parlements* locali e alle commissioni giudiziarie), la centralizzazione amministrativa così

⁹⁹ Per R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*, "Il feudalesimo mette a dura prova la dicotomia diritto pubblico/diritto privato. Le promesse scambiate fra il sovrano e il vassallo smembravano il potere politico centrale e creavano diritti e poteri, patrimoniali e politici ad un tempo, a favore di individui decisi a servirsene per il proprio interesse. «Feudo e potere giudiziario sono una cosa sola» si diceva in Francia".

¹⁰⁰ Cfr. A.E. TAY-E. KAMENKA, *Public Law-Private Law*, in S.I. BENN-G.F. GAUS (eds.), *Public and Private in Social Life*, London, 1983, 69.

¹⁰¹ Cfr. E. LE ROY LADURIE, *The Royal French State 1460-1610*, Oxford, 1994, 22.

¹⁰² Con funzioni in ambito fiscale, militare, di opere pubbliche, di amministrazione della giustizia *etc.*

¹⁰³ E, di riflesso, al nucleo originario di quella che sarebbe diventata l'amministrazione centralizzata dello Stato francese: cfr. J. BRISSAUD, *A History of French Public Law*, London, 1915, 411.

raggiunta portò ad una rilevante evoluzione concettuale: il concetto di Stato non era più identificabile *tout-court* con la persona del Re, ma neppure con una particolare forma di governo né con l'idea di sovranità (anche popolare)¹⁰⁴.

Tuttavia, questo Stato-apparato *in nuce* non riconosceva al suo interno distinzioni di funzione: *gubernatio* e *jurisdictio* erano ancora confuse¹⁰⁵, anche perché quello che diventerà il tradizionale principio di separazione dei poteri non era ancora stato formulato per la prima volta¹⁰⁶ e, anzi, bisognerà attendere la Rivoluzione¹⁰⁷ per una sua prima concreta applicazione.

Nel pensiero giuridico di Montesquieu, pur notoriamente influenzato dal costituzionalismo inglese, l'ordinamento francese è comunque analizzato con il giusto distacco, rendendosi cioè conto che “il potere corrompe, il potere assoluto corrompe assolutamente”. In altre parole, l'assolutismo monarchico dei Borboni costringe non solo a definire in maniera chiara e netta le tre distinte funzioni pubbliche (perché solo il potere può limitare il potere); ma anche ad individuare una, pur evanescente, categoria di poteri intermedi¹⁰⁸ in grado di fare da ulteriore *contrappeso* alla volontà del Sovrano¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Nella teorica di J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, Utet, 1988, lo Stato in sé è un apparato di governo distinto dai suoi cittadini, dai suoi governanti e da qualsivoglia forma specifica di governo.

¹⁰⁵ Cfr. H.E. LOYD, *The State, France and the Sixteenth Century*, London, 1983, 52.

¹⁰⁶ È del 1748 la prima edizione de *Lo spirito delle leggi* di Montesquieu, la cui teoria di separazione di poteri, però, sarebbe stata applicata rigorosamente solo negli Stati Uniti.

¹⁰⁷ Si può rilevare qui che se la *Glorious Revolution* del 1688 rappresentò una reazione *preventiva* all'instaurazione di uno Stato patrimoniale, la Rivoluzione francese, un secolo dopo, costituì invece il rovesciamento di esso. Le conseguenze furono opposte: rappresentatività e decentralizzazione in Inghilterra, burocrazia e centralizzazione in Francia: cfr. K.H.F. DYSON, *The State Tradition in Western Europe*, Oxford, 1980, in part. 63.

¹⁰⁸ “I poteri intermedi, subordinati e dipendenti, costituiscono la natura del governo monarchico, cioè di quello in cui uno solo governa per mezzo di leggi fondamentali. Ho detto i poteri intermedi, subordinati e dipendenti: in effetti, nella monarchia, il principe è la fonte di ogni potere politico e civile. Queste leggi fondamentali presuppongono necessariamente dei canali medianti per i quali scorre il potere: poiché, se non vi fosse nello Stato che la volontà momentanea e capricciosa di uno solo, nulla potrebbe essere fisso, e per conseguenza non vi sarebbe nessuna legge fondamentale”: cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, II, cap. 4.

¹⁰⁹ La mente non può fare a meno di andare alle c.d. comunità intermedie ossia alle formazioni sociali entro cui, *ex art. 2 Cost.*, si svolge la personalità dell'individuo che dunque trova tutela non

Tali rischi sono forse ancor più presenti nel pensiero di Rousseau e di conseguenza il concetto di *governo* viene più nitidamente spiegato come un “nuovo corpo all’interno dello Stato, distinto dal popolo e dal Sovrano, e posto nel mezzo”¹¹⁰, con il compito di dare attuazione alla volontà generale. Tuttavia, la *confusione* concettuale tra “volontà generale”, per definizione infallibile perché prende in considerazione solo l’interesse comune, e “volontà di tutti”, che consiste nella mera somma di volontà particolari¹¹¹, porta ben presto a considerare l’assemblea legislativa come depositaria della volontà legislativa e la legge come un precetto infallibile. Il rischio, pur preconizzato, di un potere senza contrappesi, è allora minimizzato, ma esclusivamente a livello intellettuale, in quanto il governo è visto soltanto come mero esecutore di una volontà che non può sbagliare. La premessa su cui si fonda questo ragionamento è, come detto, errata, ma è sufficiente per non rendere palese l’esigenza di un corpo normativo idoneo a delimitare il pubblico potere¹¹².

In seguito agli eventi della Rivoluzione¹¹³ e all’instaurazione del regime napoleonico, era ormai chiaro che la supremazia della volontà generale aveva prodotto soltanto altre forme di despotismo. L’accento posto sull’uguaglianza a scapito delle istanze di libertà nonché la scomparsa di quei corpi intermedi (tipici

soltanto nell’ambito dell’ordinamento statale. Trattasi di comunità costituite da un vincolo familiare, religioso, politico, solidaristico, economico, a cui è riconosciuta tutela costituzionale, per estendere all’interno di esse la protezione della personalità dell’individuo.

¹¹⁰ Cfr. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, III, cap. 1.

¹¹¹ Incapaci, quindi, di perseguire il bene comune.

¹¹² La *loi* 16-24.8.1790, tit. 2, art. 13, in materia di organizzazione giudiziaria, formula il principio della sottrazione del contenzioso amministrativo alla giurisdizione dei tribunali ordinari: “Le funzioni giudiziarie sono distinte e devono rimanere sempre separate dalle funzioni amministrative. I giudici non potranno, a pena di prevaricazione, turbare, in qualunque modo, le attività degli organi amministrativi, né convenire in giudizio davanti a loro gli amministratori per motivi concernenti le loro funzioni”. Non esiste ancora quindi un sistema di giustizia amministrativa: soltanto l’amministrazione può, anzi deve, giudicare se stessa.

¹¹³ Tra cui, per quello che qui interessa, l’istituzione del *Consiglio di Stato* ad opera della costituzione del 22 frimaio dell’anno VIII (13.12.1799): “Sotto la direzione dei consoli, un *Conseil d’État* è incaricato di redigere i progetti di legge e i regolamenti della pubblica amministrazione e di risolvere le vertenze che sorgono in materia amministrativa” (art. 52).

dell'*Ancien Regime*, ma in grado di limitare l'assolutismo monarchico) avevano permesso a Napoleone di ricostituire, raffinare e centralizzare ancor di più la precedente amministrazione reale¹¹⁴.

In questo contesto, si comincia allora a sottolineare l'importanza dei diritti individuali, la necessità di una sorveglianza costante dei rappresentanti eletti e l'istituzione di mezzi legali, ordinari e straordinari, per il controllo dell'operato dei ministri e, più in generale, della pubblica amministrazione¹¹⁵.

Ed è esattamente ciò che avviene nella seconda metà del XIX secolo con l'istituzione¹¹⁶ del *Tribunal des Conflits*¹¹⁷ e la riassegnazione della c.d. giustizia delegata¹¹⁸ al Consiglio di Stato che ben presto abbandona la dottrina del *movente politico*¹¹⁹ di cui si era avvalso nelle sue decisioni precedenti¹²⁰ per sostenere la sua incompetenza a pronunciarsi su taluni atti dell'amministrazione.

Solo un paio di anni prima¹²¹, inoltre, il *Tribunal* aveva affermato che il giudice competente per le controversie in materia di *service public* non era il

¹¹⁴ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America, Introduzione*. Sembra peraltro che questa centralizzazione amministrativa affondi le sue radici nell'alleanza tra la Corona e la borghesia contro la nobiltà feudale. Viceversa, in Inghilterra l'alleanza fu tra la nobiltà e la borghesia contro la Corona, con il risultato di una centralizzazione legislativa a Westminster: cfr. L. SIEDENTOP, *Two liberal traditions*, in A. RYAN (ed.), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, 1979, 163.

¹¹⁵ B. CONSTANT, *La libertà degli Antichi paragonata a quella dei Moderni*, Einaudi, 2001.

¹¹⁶ Cfr. *loi* 24.5.1872.

¹¹⁷ Con la funzione di dirimere i «*conflits d'attribution entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire*» e composto pariteticamente da «*membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*» (art. 1 *loi* 24.5.1872).

¹¹⁸ Con questa espressione, in tale contesto, si intende il *contenzioso amministrativo* che rimaneva di competenza dei singoli organi della pubblica amministrazione. La riassegnazione della delega al Consiglio di Stato crea un sistema di *giustizia amministrativa* in cui l'amministrazione non giudica più se stessa.

¹¹⁹ CONSEIL D'ETAT, 19.2.1875, *Prince Napoléon* (Racc. 155).

¹²⁰ CONSEIL D'ETAT, 1.5.1822, *Laffitte*; e CONSEIL D'ETAT, 9.5.1867, *Duc d'Aumale*.

¹²¹ TRIBUNAL DES CONFLITS, 8.2.1873, *Blanco*: «*Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier;*

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître (...)».

giudice ordinario, bensì il giudice amministrativo. Esiste allora un *diritto* che regola i rapporti fra i privati, ed un diritto *speciale* che regola i rapporti fra i privati e lo Stato. Le regole di questo *corpus* normativo contemperano gli interessi della pubblica amministrazione con i diritti soggettivi dei privati cittadini: è nato ufficialmente il diritto amministrativo e il criterio della *funzione pubblica* serve ora da *discrimen* tra le due metà dell'ordinamento.

Con la fine del secolo lungo, si assiste anche al trapasso dello Stato liberale di diritto e il sorgere del *Welfare State*. Il ruolo dello Stato diventa senz'altro più attivo e la sua ragion d'essere comincia ad essere individuata nel *servizio pubblico*¹²² che arriva addirittura a sostituire il concetto di sovranità¹²³. Ma questi nuovi compiti richiedono una struttura più sofisticata e capillare, con ciò riproponendosi il dilemma di come limitare tale potere.

Questa apparentemente insanabile aporia viene risolta con la creazione di una serie di istituzioni ibride pubblico/private, delle agenzie periferiche dell'amministrazione centrale che, seppur con vari gradi di autonomia, vi rientrano comunque a pieno titolo. La dicotomia rinvenuta pochi decenni prima nell'*arrêt Blanco* già comincia a farsi più sfumata e così il diritto pubblico trova una sua funzione solo in via sanzionatoria di ciò che il pubblico ufficiale dovrebbe fare ma non fa e di ciò che fa ma non dovrebbe fare¹²⁴.

Nonostante la distinzione in parola appaia sempre meno netta, la *forma mentis* del giurista francese continua ad accettarla: da un parte, in effetti, il dualismo giurisdizionale non consente di deporre con facilità concetti che seguitano ad

¹²² Cfr. E. DURKHEIM, *Politics and the State*, A. GIDDENS (ed.), W.D. HALLS (tr.), Stanford, 1986, 41 ss.

¹²³ Cfr. L. DUGUIT, *Law in the Modern State*, F. LASKI-H. LASKI (tr.), New York, 1970, xlv.

¹²⁴ Cfr. ID., *op. cit.*, 26. Peraltro, La nozione di *service public* non trova requie nella giurisprudenza amministrativa che la estende anche a settori tradizionalmente privatistici come associazioni professionali (CONSEIL D'ÉTAT, 2.4.1943, *Bouguen*) o enti sportivi (TRIBUNAL DES CONFLITS, 7.7.1980, *Peschaud v. Groupement du Football Professionnel*).

avere un'utilità quantomeno funzionale; dall'altra, rimane viva la visione teoretica di uno Stato fortemente centralizzato, potenzialmente irresponsabile, che deve essere limitato in questo suo potere¹²⁵ e ciò a garanzia delle libertà individuali.

3.1. L'esperienza tedesca.

L'individuo è al centro della riflessione politico-giuridica anche nell'area germanica, ma gli esiti di questo pensiero divergeranno non poco da quelli francesi.

Se infatti l'Illuminismo francese rappresentò, tra l'altro, una reazione all'oscurantismo della religione in generale e del Cattolicesimo in particolare, in Germania si cercò invece di conciliare il pietismo protestante con la ricerca della razionalità¹²⁶. Questa tensione tra ragione e religione si tradusse, in un paradosso solo apparente, nel Romanticismo tedesco secondo cui l'individuo poteva trovare la sua realizzazione soltanto attraverso la ricerca interiore della propria verità personale¹²⁷. Questa *ritirata* dalla realtà porta verso forme di riflessione sempre più pure e astratte ed in questo contesto si inserirà il pensiero di Savigny che vede nella storia (nel processo storico) l'unico prisma in grado di restituire a chi osserva tutti i profili di un particolare fenomeno.

Dunque, in contrapposizione al razionalismo livellatore dei Lumi francesi, si riaccende l'interesse per le specificità dell'individuo che possono facilmente rinvenirsi, all'ennesima potenza, nel *Volk* che, a sua volta, trova la sua massima

¹²⁵ Così il sintagma *puissance publique* (o *puissance étatique*) trova una corrispondenza nel tedesco *Staatsgewalt*, ma non nell'inglese *public power* che rimane un'espressione molto vaga.

¹²⁶ In altre parole, mentre in Francia Cartesio fondava l'essenza stessa dell'individuo esclusivamente sulla sua capacità di pensare, in Germania Leibniz tentava di conciliare l'anima con il corpo mediante la teoria dell'*armonia prestabilita*: cfr. G.G. LEIBNIZ, *Monadologia*, in *Scritti filosofici*, a cura di D.O. BIANCA, Utet, 1967, in part. 291-92. Questa ambiguità si ritrova anche nella sua visione del giusnaturalismo che trova il suo fondamento sì nel divino, ma deve ricercare i suoi principi nel diritto romano comune.

¹²⁷ È il concetto di *Innerlichkeit* che dunque non consentirebbe all'individuo di occuparsi della vita politica, per potersi dedicare alla propria formazione personale (*Bildung*).

espressione nello Stato. Assumendo su di sé le caratteristiche dell'individuo, lo Stato diventa egli stesso una persona e ben presto l'unica *persona* in cui il soggetto può trovare la piena realizzazione di sé¹²⁸. Esso rappresenta una forza vivente, un individuo storico con una propria personalità ed una propria volontà, un *intero* personificato che incarna il proprio spirito¹²⁹.

Nella dialettica hegeliana lo Stato rappresenta allora la sintesi di *famiglia* e *società civile* e, anche si colloca successivamente, invero è già presente in esse che infatti perderebbero di significato e di realtà se non avessero sin da subito questo fine. Lo Stato dunque non nasce da un contratto stipulato fra gli individui, poiché non sono gli individui a formare lo Stato, ma è lo Stato stesso a formare gli individui¹³⁰.

Che la famiglia sia considerata la pietra angolare dello Stato non è comunque un'innovazione hegeliana. Anzi, da sempre essa è vista come una rappresentazione in miniatura della comunità statale e anche da ciò scaturiscono alcuni equivoci circa la sua classificazione come diritto privato o diritto pubblico¹³¹.

Nella prospettiva tedesca, però, il riferimento culturale non sembra esser tanto il modello della *familia* di età romana, in base a cui il Sovrano (il *pater familias*) dispone a piacimento dei beni e delle persone sotto la sua *potestas*. Invero, nella ricerca di quelle caratteristiche primigenie del *Volk*, diventa irresistibile la fascinazione con il mondo greco e il modello della *polis*¹³². Così rimane senz'altro

¹²⁸ Questa concezione organica dello Stato è quanto di più lontano si possa immaginare dall'idea di contratto sociale à la Rousseau, unico strumento idoneo a creare una collettività che altrimenti rimarrebbe allo stato di natura.

¹²⁹ Cfr. K.H.F. DYSON, *op. cit.*, 103.

¹³⁰ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello Spirito*, Bompiani, 2000.

¹³¹ Cfr. W. MULLER FREIENFELS, *The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, 28 J. Fam. Hist. 31 (2003).

¹³² Che per Hegel rappresenta "il paradiso dello spirito umano": cfr. G. VECCHI, *Il concetto di pedagogia in Hegel: Dalla educazione estetica alla formazione filosofica dell'uomo*, Mursia, 1975,

valida l'analogia tra due pluralità unificate per mezzo del capo, ma "riferendo l'autorità politica all'autorità paterna, si riduce lo Stato alla famiglia, la quale si pone come paradigma assiologico"¹³³. In questo senso, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, nell'antica Grecia, non si pone; così come non sembra porsi nel pensiero giuridico tedesco, anche ben prima di arrivare alla stagione dell'Idealismo¹³⁴.

Già con Althusius, in effetti, la piramide della società trova nella famiglia il primo indispensabile gradino e nel contratto, il più tipico strumento privatistico, l'espedito giuridico su cui fondare tutte le strutture associative. Non solo la famiglia, dunque, ma anche corporazioni, comuni e province, fino ad arrivare allo Stato che però non stipula il proprio contratto direttamente con gli individui, bensì risulta dall'accordo federativo delle province¹³⁵.

Successivamente, un altro istituto tipico del diritto privato viene usato per trovare la corretta collocazione sistematica della famiglia: il possesso¹³⁶. È qualificata in questo modo la relazione che l'individuo instaura con le cose (diritti reali), con le persone (diritti di obbligazione) e con le persone come se fossero cose (diritti personali di specie reale, cioè i rapporti giuridici interni alla società domestica). Nel sistema kantiano la persona è al centro e dunque il diritto privato

20. Già in questo si nota una prima, fondamentale, differenza dell'individualismo francese con quello tedesco: nel primo esso rappresenta l'unità originaria da cui si dipana la trama della storia; nel secondo, in verità, l'individuo è subito *nascosto* dalla famiglia che rappresenta quindi il primo fenomeno sociale.

¹³³ Cfr. R. DE STEFANO, *Il problema del potere*, Giuffrè, 1962, 37.

¹³⁴ In linea con questa tradizione, Hegel, infatti, qualifica la famiglia come organismo *etico*, ossia la stessa qualità riservata allo Stato.

¹³⁵ Un contratto molto diverso, quindi, da quello stipulato con la Costituzione federale degli Stati Uniti. Per questo e i successivi riferimenti alla posizione giuridica della famiglia nella storia, cfr. S. PUGLIATTI, voce «Diritto pubblico e privato», in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 707 ss.

¹³⁶ Il riferimento è a I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, 2005. Proprio al filosofo di Königsberg si deve la prima concettualizzazione tedesca dell'uomo come essere razionale (nella Critica della Ragion Pratica, 1788) poiché in grado di conoscere la legge morale: più di un secolo dopo Cartesio e i suoi *Principia Philosophiae* (1644), ma il Romanticismo è ormai alle porte.

è un *prius* logico rispetto al diritto pubblico: in altre parole, l'individuo viene prima del cittadino; ma ciò presuppone una condizione di libertà difficilmente conciliabile con lo Stato del XIX secolo. L'unificazione politica della Germania sotto il secondo Reich richiede infatti anche un'unificazione giuridica che diviene oggetto di due differenti correnti di pensiero.

La già menzionata scuola storica di Savigny concentra i propri sforzi sulla creazione di una *scientia iuris* in grado di elaborare un diritto insito nel corpo sociale come prodotto naturale del *Volksgeist*, un concetto bioculturale che ben presto si identificherà con lo Stato *tout-court*. Dall'analisi *organica* dei singoli istituti giuridici si può cogliere la loro unità fondamentale e coordinarli così in un sistema¹³⁷. Il sistema vede quindi il diritto *politico* che “ha per oggetto lo Stato ossia l'organica manifestazione del popolo”, mentre il diritto privato pertiene all'insieme dei “rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la propria sua vita”¹³⁸.

Esigenze di sistemazione muovono anche la scuola filosofica del diritto di Thibaut che però si fa carico dell'istanza illuministica di una codificazione generale, sul presupposto dell'universalità del diritto, in quanto fondato nel cuore e nella ragione dell'uomo¹³⁹. Naturalmente anche una simile raccolta di leggi doveva rappresentare lo spirito del popolo tedesco, ma il BGB, com'è noto, vedrà la luce soltanto un secolo dopo.

In entrambe le prospettive però il *Volksgeist* non può che esprimersi attraverso il Legislatore, segnando dunque il primato del diritto pubblico che assorbe così il

¹³⁷ Con Puchta l'istanza sistematica viene posta al di sopra della Storia privilegiando così la costruzione di una piramide concettuale composto da massime giuridiche sempre più astratte. Questo formalismo verrà poi elevato alla massima potenza da Kelsen che infatti riduce l'ordinamento giuridico al sistema normativo.

¹³⁸ Il diritto politico è una sottocategoria del diritto pubblico che non comprende il diritto processuale civile e il diritto penale: cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, I, Utet, 1886, 35 e 49.

¹³⁹ Cfr. A.J. THIBAUT, *La necessità di un diritto generale per la Germania*, Heidelberg, 1814.

privato, infatti: “il rapporto di diritto privato non può intendersi che nello Stato, tra individui che rivestono la qualità di cittadini e come tali riconoscono un ordine politico sovrastante ai loro privati interessi e alle loro particolari finalità”¹⁴⁰.

Da queste premesse concettuali, si potrà successivamente affermare che “tutti i diritti privati si collegano con una pretesa di diritto pubblico ed essere riconosciuti e protetti; e perciò l’intero diritto privato si poggia sulla base del diritto pubblico”¹⁴¹. Ciò ha come corollario una radicale riduzione del diritto allo Stato, e dello Stato al diritto. Non può esistere uno Stato senza diritto, e viceversa. Una volta ridotto l’ordinamento giuridico ad un sistema di norme, il diritto non può che coincidere con la volontà statale¹⁴².

Nell’area germanica, in ultima analisi, il rapporto tra diritto (privato, ma non solo) e Stato, nella più ampia accezione del termine, sembra sempre essere stato molto stretto: dall’ordine dell’imperatore Lotario II nel 1135 di osservare il Digesto in tutto il territorio dell’Impero¹⁴³, alla codificazione del codice civile tedesco del 1900, la legittimazione del diritto privato sembra davvero inestricabilmente legata alla volontà del Sovrano, in una continua rivisitazione del principio *sic volo sic iubeo*¹⁴⁴, fino a non poter immaginare l’uomo al di fuori dello Stato perché questo rappresenta la totalità degli interessi degli individui¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Cfr. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, 1940, 2.

¹⁴¹ Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, 1949, 2.

¹⁴² Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1999.

¹⁴³ Di scarso rilievo che questa circostanza sia probabilmente una *fictio* ideata successivamente nel XV secolo per fondare la validità dello *ius commune* sulla volontà del Sovrano. Anzi, ciò dimostra ulteriormente che il problema della legittimazione della norma giuridica si pone molto presto nei territori di area germanica forse proprio perché sotto l’egida imperiale. Cfr. N. JANSEN-R. MICHAELS, *op. cit.*, 28.

¹⁴⁴ Baldo riferisce l’espressione alla validità degli statuti delle città medievali che trovano fondamento nella volontà del Sovrano: cfr. BALDO, *Super usibus feudalibus*, cit. da H. COING, *Zur Romanistischen Auslegung von Rezeptionsgesetzen: Fichards Noten zur Franfurter Reformation von 1509: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte/Romanistische Abteilung* 56 (1936), 269.

¹⁴⁵ Cfr. R. ARIS, *Die Staatslehre Adam Müllers*, Mohr, 1929.

3.2. L'esperienza italiana.

Se sin dalla sua nascita nel 1861 lo Stato italiano adotta la *forma* di stato francese¹⁴⁶, la *concezione* dello stato è quella tedesca poiché “in quanto la società si concepisce organizzata politicamente per la tutela del Diritto sorge la nozione di Stato (...) questo Stato costituisc[e] un organismo *sui generis*, dotato di volontà propria, di propri organi e soggetto a determinate leggi: e da tutti questi criteri sorgerà completo il concetto della personalità giuridica dello Stato, presupposto anch'esso essenziale della scienza nostra”¹⁴⁷.

D'altra parte, l'adattamento del modello centralista napoleonico aveva incontrato non poche resistenze soprattutto a livello locale. Questo centralismo debole, aveva costretto il prefetto a svolgere un ruolo «di integrazione al centro delle domande della periferia»¹⁴⁸ in una continua trattativa con i notabili locali. In questo contesto istituzionale, allora, il nascente diritto pubblico italiano si sviluppa in una funzione per così dire suppletiva la cui metodologia è “così strettamente connessa con la nozione di Stato che non si può avere una piena e scientifica intelligenza dell'una, senza aver prima determinata l'altra”¹⁴⁹.

Anche in questo caso, la costruzione di questa nuova scienza trova nel diritto romano una aspirazione sistematica e le sue fondamenta, a cominciare dalle idee «di personalità giuridica dello Stato» e «dei diritti pubblici subiettivi» e quindi di rapporto giuridico¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ossia una forma di stato unitario, centralizzato e altamente burocratizzato. E difficilmente poteva essere altrimenti date le origini della Casata regnante nonché la vicinanza geografica del Regno di Sardegna con la Francia.

¹⁴⁷ Ovvero la scienza del diritto pubblico intesa quale corollario della nozione di Stato liberale nazionale, al contempo Stato di diritto e persona giuridica sovrana: cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, 1889, Barbera, 15-16.

¹⁴⁸ G. MELIS, *La nascita dell'amministrazione nell'Italia unita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 457.

¹⁴⁹ Cfr. V.E. ORLANDO, *op. cit.*, 13.

¹⁵⁰ ID., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, Prolusione ai Corsi di Diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889*, in *Archivio giuridico*, XLII, 1, 1889.

La nozione di Stato come persona giuridica comporta quella di sovranità come affermazione della propria capacità giuridica in una definizione che fonde insieme sovranità e diritto. Sovranità e limite giuridico al suo esercizio, dunque, pongono le basi dello Stato liberale di diritto, uno Stato-persona giuridica sovrana che si autolimita per permettere il godimento delle basilari libertà individuali negative¹⁵¹.

Ricalcando la distinzione privatistica tra soggetto e negozio, tra individuo e volontà, diventa poi possibile separare “l’organizzazione soggettiva dei poteri pubblici e l’attività di questi soggetti”: la volontà dello Stato si manifesta allora attraverso una serie di soggetti artificiali, i suoi organi¹⁵². Corollario di questa personificazione dello Stato è da una parte “l’impersonalità del potere pubblico” cioè dei suoi agenti¹⁵³; dall’altra, l’assorbimento della società in esso. Lo Stato-persona si pone in antitesi al (*rectius*: sintesi del) pluralismo sociale e al conflitto politico in quanto “istituto giuridico, ed è un subietto capace di Diritto; nei quali termini è già compresa la nozione di personalità giuridica dello Stato. In mezzo dunque alla varietà dei rapporti sociali, alle manifestazioni indefinitamente multiformi delle forze e delle tendenze così degli individui come delle classi sociali, lo Stato appare come la integrazione di esse in una poderosa unità”¹⁵⁴.

Avviandoci alla conclusione di questo capitolo introduttivo, sembra di poter affermare che, da quanto emerso finora, la nozione di “diritto privato” non rappresenti un concetto univoco e possa assumere numerosi significati¹⁵⁵:

¹⁵¹ È evidente l’influenza dell’insegnamento di Jellinek, su cui v. anche *infra*.

¹⁵² Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Barbera, 1891, 46.

¹⁵³ Cfr. S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, 1990, 382 s.

¹⁵⁴ Cfr. V.E. ORLANDO, *Principii di diritto costituzionale*, cit., 16.

¹⁵⁵ Cfr. R. MICHAELS-N. JANSEN, *op. cit.*, *passim*.

a) con riguardo agli *interessi* tutelati, se nell'area di *civil law*, il diritto privato protegge quelli degli individui, mentre il diritto pubblico quelli dello Stato¹⁵⁶, nell'area di *common law* la definizione di Ulpiano è nota, ma non degna di nota;

b) con riguardo al concetto di *giustizia*, in entrambe le tradizioni giuridiche, la giustizia correttiva sorregge l'impianto normativo privatistico, mentre quella distributiva fa da sfondo a quello pubblicistico; tuttavia, in questo senso, se la responsabilità civile, fondata sul risarcimento del danno, fa parte del diritto privato, il *Tort Law*, invece, fondato sulla distribuzione del rischio, rientra nel diritto pubblico;

c) con riguardo alla funzione dell'*autonomia privata*, nei sistemi di *civil law* il diritto privato è quell'area del diritto tipicamente aperta all'autoregolamentazione che si esplica nel diritto dei contratti, a nulla rilevando l'inderogabilità di alcune norme; al contrario nei sistemi di *common law* il diritto privato è il diritto delle regole individuali che si compie nel contratto in sé, ovvero tutto ciò che può essere regolato dall'autonomia privata: in quest'ottica, il carattere imperativo di alcune norme le fa ricadere nel campo del diritto pubblico¹⁵⁷.

Da tutto ciò dovrebbe esser chiaro non solo che sono possibili diversi concetti di diritto privato, ma anche che questi spesso presuppongono un diverso modo di intendere il diritto in generale. Ma un'altra ragione per cui il diritto privato ha significati e funzioni così diversi risiede nel fatto che anche lo Stato ha significati e funzioni diversi. In effetti, il pensiero politico angloamericano, quasi dando per scontata l'esistenza delle proprie istituzioni, non sembra essere molto interessato ad approfondirne la conoscenza teoretica, come invece è accaduto in Europa.

¹⁵⁶ Tra coloro che accolgono questo criterio distintivo, S. PUGLIATTI, *op. cit.*, 739.

¹⁵⁷ Sembra riecheggiare la definizione di PAPINIANO, *Digesto*, 2, 14, 38: "*Ius publicum quod privatorum pactis mutari non potest*".

Da tali pur notevoli differenze culturali (il cui riflesso nella realtà giuridica abbiamo appena analizzato), non discende però un'assoluta incomunicabilità tra queste due tradizioni giuridiche. È notoria, anzi, la crescente importanza degli *statutes*, da una parte, e la sempre maggior forza persuasiva del precedente giurisprudenziale, dall'altra.

Ma prendiamo in considerazione nuovamente l'endiadi di *law and enforcement*¹⁵⁸: davvero l'enunciazione di un diritto soggettivo, in un ordinamento di *civil law*, può prescindere dalla sua effettività?

In effetti, nelle parole della Corte costituzionale, “al riconoscimento della titolarità dei diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi ad un giudice in procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione dinanzi alla quale possano essere fatte valere”¹⁵⁹.

Non è una novità, d'altra parte, che la tradizionale dicotomia “manifesta i segni di una crisi irreversibile”¹⁶⁰ le cui ragioni si possono ritrovare nella crisi che ha determinato il trapasso dallo Stato liberale di diritto allo Stato sociale di diritto.

Con l'avvento dell'era della codificazione, lo *jus* si appiattisce sulla *lex* e la razionalizzazione comporta l'eliminazione del pluralismo giuridico e il conseguente accentramento normativo nello stato; l'autonomia privata viene esaltata, ma al tempo stesso diluita *legislativamente*¹⁶¹. La dicotomia rimane, ma più nell'apparenza che nella sostanza.

¹⁵⁸ Con cui si vuole indicare la *commistione* pubblico/privato riscontrata negli USA: cfr. § 2.2.

¹⁵⁹ Cfr. CORTE COST., 8.2.1999, n. 26, in *Giur. cost.*, 1999, 183.

¹⁶⁰ Cfr. G. ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, Giuffrè, 2000, 413.

¹⁶¹ Infatti, “il diritto privato trascorre da diritto della società civile, esterno allo Stato, a partizione del diritto statale. Le vecchie definizioni del diritto soggettivo, del negozio giuridico

Con il passaggio al *Welfare State*, invece, “i due piani si sovrappongono, a partire dalla Legge fondamentale”¹⁶² dove trovano accoglienza i diritti fondamentali del codice, ma anche su altri livelli dell’ordinamento. Da un lato, si riconosce l’esistenza di enti pubblici non statali; dall’altro, alcuni servizi pubblici possono essere svolti anche da privati. Infine, con l’istituzione delle autorità amministrative indipendenti¹⁶³ si assiste al cambio di marcia decisivo dell’ente statale che da compiti di erogazione *scala* a funzioni di controllo e garanzia¹⁶⁴.

Di conseguenza, anche a voler considerare i diritti come staccate erette per difendersi dall’autorità del Leviatano, non si può fare a meno di rilevare la pregnante esigenza dell’intervento della medesima autorità alla realizzazione e alla protezione di tali staccate. Il fatto che, in ultima analisi, la tutela dei diritti (di tutti i diritti) si risolva in una *prestazione* a carico dello Stato (finanziata peraltro tramite il prelievo fiscale), è di per sé sufficiente a determinare la reviviscenza del concetto di *diritto soggettivo pubblico*¹⁶⁵?

sono sottoposte a severa critica [così come] la stessa distinzione fra diritto privato e diritto pubblico, giacché contratto e legge sono parimenti fonti di norme, e la validità delle norme poste dai privati deriva dall’osservanza delle procedure di produzione stabilite dalla legge”: cfr. N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Laterza, 2007, 86 s.

¹⁶² Cfr. E. MINNEI, *Il turismo tra diritto pubblico e diritto privato*, in L. DE GRASSI-V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Giuffrè, 2010, 453, nonché più in generale, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Esi, 1991.

¹⁶³ Estranee quindi sia alla pubblica amministrazione sia alle strutture ministeriali, con l’autonomia decisionale tipica degli enti pubblici, ma costretta ad agire secondo il modello privatistico: cfr. E. MINNEI, *op. cit.*, 451.

¹⁶⁴ Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2001, 522.

¹⁶⁵ S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *The cost of Rights*, Norton & Co. Inc., 2013, invero, sostengono l’illusorietà di fondo di una distinzione tra diritti soggettivi privati -positivi- (ad es. l’azione per inadempimento) e diritti soggettivi pubblici -negativi- riconosciuti dalla Costituzione federale degli Stati Uniti e dal *Bill of Rights* (ad es. diritto di parola). Tuttavia, alla dottrina nordamericana fa sicuramente difetto, soprattutto per ragioni storico-politiche, un approfondimento dettagliato della tematica dei diritti pubblici soggettivi (anzi, come si è visto, è addirittura assente la concezione stessa di Stato-persona). Infatti, lo spirito dei Padri Fondatori è stato sempre interpretato unanimemente nel senso di aver voluto porre dei limiti al potere non solo del Congresso federale nei confronti degli Stati e degli individui (cfr. I e X emendamento), ma anche degli Stati nei confronti degli individui (cfr. XIV emendamento). Emblematico anche il caso del Presidente F.D. Roosevelt che, ancora secoli dopo, l’11.1.1944, in un discorso sullo Stato dell’Unione, per dare maggior enfasi al suo programma di riforme sociali, sentì l’esigenza di dover elencare un *Second Bill of Rights* (quasi una sorta di *captatio benevolentiae*).

La risposta più istintiva al quesito, certamente, sarebbe negativa. E non a torto: di sicuro, non sarebbe condivisibile l'intenzione di leggere la realtà dello Stato liberal-democratico contemporaneo con le lenti realizzate per affrancare, in qualche misura, l'individuo dallo Stato assolutista del XVII secolo. Questa nozione, infatti, dà per presupposta e ineluttabile una disparità giuridica tra Stato e individuo, impostazione ormai non più accettabile, tant'è vero che è stata ripudiata dalle Costituzioni sorte nel secondo dopoguerra, anche in Paesi (come la Germania e l'Italia stessa) dove aveva trovato terreno alquanto fertile.

Senz'altro, non si può più sostenere che i diritti del singolo derivano dallo Stato, come farebbe Hobbes, o che ogni situazione soggettiva, anche di diritto, del singolo è ammissibile solo entro i limiti in cui lo Stato la conceda, come farebbe Gerber¹⁶⁶. Tutta la teorica dei diritti pubblici soggettivi, in effetti, mostra evidentemente i segni dell'usura di un tempo che fu e che ci sembra difficile possa ritornare.

Eppure, nonostante le riflessioni dottrinali sul tema siano sostanzialmente ferme al secolo scorso¹⁶⁷, ancora non sembra possibile abbandonare del tutto questa categoria. Se, da una parte, l'ordine borghese tipico dello Stato liberale di diritto si risolve non solo in un acceso individualismo, ma altresì in un acceso statalismo "giacché l'individuo proprietario non può fare a meno di una

¹⁶⁶ Oltretutto, sempre secondo l'autore tedesco, lo Stato non potrebbe tollerare situazioni giuridiche individuali per esso svantaggiose, suscettibili di minare la sua sovranità o addirittura di negarla, quindi, le posizioni giuridiche soggettive sarebbero sempre molto precarie: cfr. E. CASSETTA, *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, 1964, 793. In questo senso, il diritto pubblico soggettivo non sarebbe altro che un "effetto riflesso" delle norme che limitano le competenze statali": cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Treccani, 1989, così illustrando la dogmatica di Gerber.

¹⁶⁷ Cfr. S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Sel, 1900, per il quale il diritto soggettivo pubblico si contraddistingue come rapporto giuridico in cui lo Stato, o altro ente pubblico, entri in qualità di sovrano, non importa se dal lato passivo o attivo, oppure come potere di agire in un concreto rapporto giuridico connesso ad una pubblica funzione.

protezione possente”¹⁶⁸; dall’altra, non è comunque più dubitabile che “gli stessi diritti di libertà non sottendano sempre e semplicemente un negativo *non facere* o un *pati* da parte dei pubblici poteri, ma, anch’essi, presuppongano interventi positivi diretti a porre in essere quanto di fatto è previamente necessario al loro esercizio e al loro godimento”¹⁶⁹. In altre parole, al riconoscimento di un diritto soggettivo fa da contraltare o una (aspettativa di) prestazione oppure l’attivazione di una tutela giudiziaria, entrambe a carico dello Stato¹⁷⁰.

Tralasciando i casi di invincibile inerzia intellettuale, allora, si possono rilevare dei tentativi di utilizzare l’assunto in parola, alternativamente, come genere comprensivo delle *species* dei diritti fondamentali e dei diritti sociali¹⁷¹ oppure come sinonimo di diritto soggettivo nei rapporti di diritto pubblico¹⁷².

Tuttavia, entrambe queste tesi sono da scartare. Il rilievo più semplice che si può fare alla prima è che, una volta riconosciuta inattuale la concezione dello Stato-persona¹⁷³, non si ha più ragione di tenere in gioco la distinzione tra diritti soggettivi pubblici e privati, dato che sia gli uni che gli altri sorgono in capo a soggetti in posizione di parità giuridica tra loro. Un’altra obiezione a questo pensiero (che vale anche contro la seconda tesi) muove dalla constatazione che se tali diritti trovano fondamento nella Costituzione (e non nella sola volontà della maggioranza, ovvero nella legge ordinaria o in una costituzione flessibile), sin da

¹⁶⁸ Cfr. P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, cit., 221.

¹⁶⁹ Cfr. E. MINNEI, *op. cit.*, 457, nt. 61: “ad esempio, la libertà di manifestazione del pensiero non potrebbe in concreto esplicarsi in mancanza di una disciplina positiva sui mezzi di comunicazione, la libertà di domicilio se non ci fossero case, la libertà di circolazione sul territorio se mancassero strade, mezzi di trasporto o quant’altro e così via”.

¹⁷⁰ Cfr. R. FERRARA, voce «Salute (diritto alla)», in *Digesto, Disc. pubbl.* XIII, Utet, 1997, 530.

¹⁷¹ Cfr. C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, V ed., Utet, 1982; nonché E. SPAGNA MUSSO, *Diritto costituzionale*, II, Cedam, 1981.

¹⁷² Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989.

¹⁷³ Da alcuni chiamata addirittura l’“ipostatizzazione” della collettività sociale nello Stato-persona: cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di V.E. Orlando*, I, Cedam, 1957, 422.

subito dispiegheranno i loro effetti allo stesso tempo sia verso i privati sia verso lo Stato.

Vale la pena, però, di prendere pur brevemente in considerazione anche il contributo di chi ha dato il contributo forse più proficuo all'argomento¹⁷⁴. Seguendo questa impostazione¹⁷⁵, i rapporti che l'individuo può instaurare con lo Stato lo collocano in posizioni giuridiche dalle quali scaturiscono pretese giuridiche che prendono il nome di diritti pubblici soggettivi. Ciò perché l'individuo e lo Stato si integrano vicendevolmente (lo Stato è il soggetto che solo attraverso la creazione dell'altro da sé -la comunità- e la sua relazione inversa a questo può affermare la propria giuridicità) dando luogo a prestazioni allo Stato, a libertà dallo Stato, a pretese verso lo Stato e a prestazioni per conto dello Stato. Si parte, dunque, da uno *status subiectionis* dell'individuo¹⁷⁶ per finire, via via, ad una sua progressiva affermazione in virtù di una auto-limitazione dello Stato.

Il primo frutto di questa dialettica è lo *status libertatis* (diritti di libertà), ossia la pretesa puramente negativa alla non ingerenza statale. Il secondo è lo *status civitatis* (diritti civili) che, invece presuppone una prestazione a carico dello Stato. Infine, si arriva allo *status activae civitatis* (diritti politici), dato che per esercitare le sue competenze, lo Stato deve per forza servirsi di alcuni individui ai quali affidare i pubblici uffici e la titolarità dei suoi organi.

Questi *status* non palesano di per loro né diritti né poteri¹⁷⁷. Ad es. lo *status libertatis* è elevato a diritto soggettivo essenzialmente per effetto della pretesa

¹⁷⁴ Cfr., in particolare, la seconda edizione di G. JELLINEK, *Il sistema dei diritti pubblici soggettivi*, SEL, 1912.

¹⁷⁵ Sempre secondo E. CASETTA, *op. cit.*, 794.

¹⁷⁶ Si scrive "individuo", ma si legge "cittadino": la persona in quanto tale non esiste, anzi, l'unica persona è lo Stato. Anche nella tradizione di *common law*, come si è visto, lo Stato viene in qualche modo personificato, ma esclusivamente per portarlo al livello dell'individuo: in questo senso lo Stato è una persona *privata*.

¹⁷⁷ Gerber parlerebbe di "effetti riflessi" delle norme che limitano il potere dello Stato: cfr. A. BALDASSARRE, *op. cit.*

giuridica spettante all'individuo di poter esigere il riconoscimento del suo *status* negativo: un *agere posse* (non *licēre*¹⁷⁸) concesso dallo Stato. Il diritto soggettivo, quindi, non sarebbe altro che “il potere di attivare al proprio individuale vantaggio le norme giuridiche”¹⁷⁹.

Ma, allora, si deve anche ammettere che questa pretesa (*Ansprüche*) possa essere avanzata, positivamente, nei confronti dello Stato. In tal modo, tuttavia, l'*agere posse* finisce per coincidere con lo *ius persecuendi iudicio*, ovvero con l'*actio* che l'ordinamento giuridico riconosce a tutela di una qualsiasi posizione giuridica soggettiva: l'azione, quindi, non nasce più dal diritto, bensì è il diritto a nascere dall'azione¹⁸⁰.

Si rivela anche in questo passaggio un'ambiguità che, invero, permea un po' tutto il pensiero dello Jellinek, sempre in bilico tra statalismo teutonico e liberalismo anglosassone (comunque con un'evidente predilezione per il primo). L'inversione del rapporto di causa-effetto tra diritto e azione è un “male necessario” per salvare il sistema statalistico da lui elaborato. Dal momento che, in tale sistema, gli unici rapporti giuridici configurabili sono tra soggetti in posizioni di disparità¹⁸¹, e nonostante due entità non possano dominarsi reciprocamente¹⁸², viene ora a configurarsi una relazione giuridica nella quale è l'individuo a porsi al di sopra dello Stato: ciò in virtù di un potere dei singoli verso lo Stato (e solo verso di esso) di agire a tutela dei propri diritti.

¹⁷⁸ Com'è, invece, configurato nella definizione accettata da E. CASSETTA, *op. cit.*, 795, che, poi, lo qualifica ulteriormente come il potere sul comportamento altrui in ordine ad un determinato bene. In particolare, sarebbe pubblico quando esso è elemento di un rapporto giuridico nel quale uno dei soggetti (Stato o ente pubblico) si pone in posizione di supremazia come soggetto attivo o passivo.

¹⁷⁹ Cfr. G. JELLINEK, *op. cit.*, 56.

¹⁸⁰ Non più quindi *ubi jus, ibi remedium*, bensì *ubi remdium, ibi jus* ovvero *remedies preceed rights*, in un rovesciamento completo delle prospettive che, almeno in teoria, contraddistinguono genericamente le tradizioni di *civil law* e di *common law*.

¹⁸¹ I rapporti tra privati, infatti, pur di diritto, non hanno comunque importanza giuridica per lo Stato che, infatti, si limita ad astenersi da qualsiasi attività al riguardo.

¹⁸² Cfr. G. JELLINEK, *La dottrina generale*, cit.

Rileggendo ora la sentenza citata dianzi con metodo, per così dire, dialettico (ossia procedendo dagli elementi che differenziano le *species* agli elementi che invece le accomunano in un genere), sembrerebbe che qualche lontana eco della teorica dello Jellinek sia ancora presente.

Di certo, non l'idea che i diritti soggettivi siano il frutto di una graziosa concessione del sovrano (l'art. 2 Cost. it. è cristallino: "La Repubblica *riconosce* e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo...", ovvero si limita a prendere atto della pre-esistenza di alcune situazioni giuridiche che non essendo state create dallo Stato, non possono da questo essere conculcate in alcun modo). E nemmeno l'idea che lo Stato si trovi sempre e comunque in posizione di supremazia rispetto all'individuo, poiché questi esiste anche al di fuori e prima di esso, non più solo come cittadino, ma come persona¹⁸³.

Senza dubbio alcuno, le premesse da cui muovono i due ragionamenti, della Corte e dello Jellinek, sono indiscutibilmente antitetici (e non poteva essere altrimenti), eppure le conclusioni alle quali arrivano non sono poi così dissimili come ci si potrebbe legittimamente aspettare. Entrambe, infatti, sembrano riconoscere l'indissolubilità del binomio diritto-azione (o azione-diritto) ed entrambe, quindi, mettono l'accento sulla insopprimibile e necessaria presenza di un sistema di tutela giurisdizionale.

In buona sostanza, un diritto (riconosciuto o concesso) senza garanzia non esiste in *rerum naturae* perché "la sua portata è determinata dall'interpretazione giudiziaria, cioè da una prestazione dello Stato"¹⁸⁴. In tal senso, dunque, tutti i diritti sarebbero pubblici: non perché concessi da un ente superiore (il che sarebbe

¹⁸³ È sempre l'art. 2 Cost. it. a porre, oltre al principio personalista, anche quello pluralista per il quale è riconosciuta la rilevanza giuridica anche delle c.d. comunità intermedie tra la Repubblica e i singoli (così: L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Cedam, 1998, 561 e ss.).

¹⁸⁴ E si tratta sempre di diritti da far valere nei confronti delle forze di polizia, della pubblica accusa, oltre che, naturalmente, dei giudici: cfr. sempre S. HOLMES-C. R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 87.

palesemente antistorico), ma perché, alla fine dei conti, è l'autorità che garantisce la libertà. Si capisce, quindi, come mai "erodere un diritto -piaccia o no- spesso equivale a circoscrivere l'azione di controllo di organi pubblicamente finanziati"¹⁸⁵.

In conclusione, sembrerebbe potersi affermare che, se anche con riferimento ad una nozione come quella di "diritto soggettivo"¹⁸⁶, riescono a trovarsi numerosi punti di contatto tra le due tradizioni giuridiche occidentali, forse allora la bontà di un'analisi comparatistica potrà iniziare da premesse ben più salde di quelle magari inizialmente immaginate.

¹⁸⁵ Cfr. S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *op. cit.*, 86.

¹⁸⁶ La cui elaborazione concettuale è stata, come visto, rigorosissima negli ordinamenti di *civil law*, ma pressoché nulla in quelli di *common law*: cfr. R. HYLAND, *op. cit.*, 433 ss.

CAPITOLO II

AUTONOMIA PRIVATA, REGIONI E UNIFORMITÀ DELLE REGOLE

SOMMARIO: 1. Diritto privato e “ordinamento civile”. - 2. Le persone e la famiglia. - 2.1. Tutela della riservatezza. - 2.2. Consenso informato. - 2.3. Persone giuridiche. - 2.4. Nuovi modelli familiari. - 3. Le successioni: il maso chiuso. - 4. La proprietà. - 5. Le obbligazioni. - 5.1. Nuove ipotesi di surrogazione legale. - 5.2. Contratto. - 5.3. Responsabilità. - 6. La tutela dei diritti: la trascrizione.

1. Diritto privato e “ordinamento civile”.

L’esame del variegato panorama legislativo, ma soprattutto giurisprudenziale, offerto dall’attività normativa regionale nel campo del diritto privato¹⁸⁷, sarà

¹⁸⁷ Possono ricordarsi, tra le sole opere monografiche e collettanee, A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, Il Mulino, 2008; S. GIOVA, «*Ordinamento civile*» e *diritto privato regionale*, Esi, 2008; R. TORINO, *Il diritto privato regionale in Spagna*, Cedam, 2008; F.P. TRAISCI (a cura di), *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*, Esi, 2007; E. CALZOLAIO (a cura di), *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Atti del convegno internazionale di Macerata 30.9-1°10.2005, Milano, 2006; G. FINOCCHIARO, *Il diritto privato regionale dopo la riforma del Titolo V*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Esi, 2006, 107 ss.; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, 2005; AA.VV., *L’ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Atti del seminario 30.11.2002, Milano, 2003.

A livello di singoli contributi, invece, il diritto privato regionale ha riscosso un interesse ancora più vasto. Si menzionano soltanto: G. ALPA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale. Un aggiornamento sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Vita notarile*, 2009, 1279 ss.; ID., «*Ordinamento civile*» e «*principi fondamentali*» nella recente giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni, in *Rassegna forense*, 2004, 11 ss.; ID., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Quaderni regionali*, 2002, 5 ss.; A.M. BENEDETTI, *Il “diritto privato delle Regioni” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studium iuris*, 2011, 253 ss.; ID., *L’autonomia privata di fronte al “diritto privato delle Regioni”*, in *I contratti*, 2010, 120 ss.; A. CERRI, *L’autonomia regionale in tema di organizzazione e l’esclusiva competenza statale in tema di ordinamento civile: spunti e riflessioni a partire dalla sentenza n. 339 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2012, 1361 ss.; G. DI ROSA, *L’ordinamento italiano e lo spazio giuridico europeo: dal rapporto con l’ordinamento comunitario alla competizione tra ordinamenti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, 1102; A. MUSIO, voce «Diritto privato regionale», nel *Digesto italiano, discipline privatistiche, sezione civile*, Utet, 2012, 354 ss.; V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 11 ss.; ID., *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *Corriere giuridico*, 2003, 5 ss.; F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati: quali spazi per la legislazione regionale?*, in *Le Regioni*, 2012, 192 ss.; ID., *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, *ivi*, 2013, 387 ss.

condotto, per così dire, *sinotticamente* con i libri del codice civile. Un approccio “neutro” con cui si intende mettere, almeno per il momento, tra parentesi la questione di quale sia la *substantia* di ciò che chiamiamo “diritto privato”¹⁸⁸, e che permetterà, forse, di evidenziare i tratti distintivi della normazione privatistica regionale¹⁸⁹ che rendono arduo qualsiasi tentativo di sistemazione¹⁹⁰. Una nozione, quella di “diritto privato”, che deve affrontare anche una serie di ostacoli interpretativi peculiarmente connessi alla configurazione, tutta italiana, del decentramento normativo di cui ci si vuole occupare¹⁹¹.

In particolare, la visione del civilista è per così dire *offuscata* innanzitutto da un retaggio storico, certamente fondato, ma che fatica a conservare la sua piena attualità. Il riferimento è ovviamente al *Code Napoléon* e all’influenza che esso ebbe nelle opere di codificazione avvenute negli staterelli dell’Italia preunitaria. Da ciò è conseguita una sostanziale omogeneità dei vari “diritti privati” che rese più agevole la redazione (e l’accettazione sul territorio) di un codice civile unitario.

¹⁸⁸ Ad ogni modo affrontata al capitolo I, §§ 2-3, pur senza alcuna pretesa di essere arrivati ad una definitiva risposta.

¹⁸⁹ Già menzionati nel capitolo precedente al § 1.

¹⁹⁰ In effetti, un pregevolissimo sforzo in tal senso è stato compiuto da A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., in part. 119 ss. L’Autore individua così le diverse aree del diritto privato che, in ossequio al principio di uguaglianza, risulterebbero caratterizzate da un differente livello di resistenza alle istanze regionali: in questo senso, possono distinguersi aree a resistenza elevata (persone, famiglia e successioni), media (responsabilità, professioni, impresa e società, obbligazioni e contratti) e bassa (proprietà). Trattasi necessariamente di un approccio empirico che tenta di trovare un filo conduttore nella invero ondivaga giurisprudenza di legittimità costituzionale, ma che sembra forse mettere a postulato ciò che vorrebbe invece dimostrare: tale “scomponibilità” del diritto privato, infatti, è messa a dura prova dal carattere magmatico del contesto in esame. D’altra parte, anche l’Autore ne sembra perfettamente conscio quando ammette che “l’individuazione concreta del grado di resistenza all’autonomia pubblica regionale, nelle varie aree del diritto privato, potrebbe dunque rilevare sorprese in un senso [aree che paiono molto resistenti; ma che in realtà offrono zone esposte all’autonomia regionale] o nell’altro [aree che paiono poco resistenti; ma che presentano in realtà aree che sfuggono all’autonomia regionale]” (122). In altre parole, la diversa sensibilità dell’interprete sembra giocare un ruolo determinante.

¹⁹¹ Parla proprio di “pregiudizi” (in senso strettamente etimologico però), A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 17 ss.

D'altra parte, tale impostazione non sembra più stare al passo coi tempi che cambiano e con essi la Costituzione. Se, infatti, rimangono ferme l'unità e l'indivisibilità della Repubblica di cui all'art. 5 Cost., la riforma costituzionale del Titolo V¹⁹², muta l'angolo prospettico secondo cui inquadrare la forma di Stato del Paese¹⁹³; opera una nuova ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni in un'ottica (almeno in apparenza) federalista¹⁹⁴; e dà ampia attuazione al citato art. 5 nella parte in cui già prevedeva il decentramento amministrativo¹⁹⁵ declinandolo secondo ora secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza¹⁹⁶.

Nel confrontarsi con una normativa privatistica di fonte regionale, allora, il civilista fa fatica a liberarsi dell'*imprinting* ricevuto e tenderà, più o meno inconsciamente, a non riconoscere gli spazi di operatività legislativa che ora possono (devono) essere riconosciuti alle Regioni. D'altro canto, non è solo la realtà costituzionale ad essere cambiata, ma soprattutto è la realtà fattuale di una

¹⁹² Cfr. l. cost. 18.10.2001, n. 3.

¹⁹³ Cfr. art. 114 Cost. secondo cui "La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città Metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato". Adesso quindi la prospettiva è dal basso verso l'alto, dall'ente territorialmente più vicino al cittadino a quello più lontano (lo Stato) che inoltre non rappresenta più lo *stadio finale* del nostro ordinamento, ma anzi concorre con gli altri enti territoriali a formare la Repubblica.

È chiaro che qui la "forma di Stato" è intesa come l'articolazione territoriale degli enti dello Stato e il loro rapporto (e non dunque come la descrizione del rapporto tra il Sovrano e i cittadini).

¹⁹⁴ Cfr. art. 117 Cost. in cui, sulla falsariga delle Costituzioni di Stati federali, si prevedono competenze espressamente e tassativamente attribuite alla potestà legislativa statale e competenze residuali delle Regioni su tutte le materie non riservate. Nel mezzo, com'è noto, la competenza concorrente tra Stato (cui è riservata la determinazione di principi fondamentali) e Regioni (cui spetta la normativa di dettaglio). La "rivoluzione copernicana" è evidente se si pone mente al fatto che in precedenza erano le materie di competenza regionale ad essere espressamente previste nel testo costituzionale, mentre tutto il resto spettava *tout court* allo Stato.

¹⁹⁵ Cfr. art. 118 Cost.

¹⁹⁶ Proprio il principio di sussidiarietà, sia in senso verticale (rivolto quindi, per ciò che qui più interessa, alle Regioni) sia in senso orizzontale (rivolto ai cittadini), sembra poter offrire diversi *appigli* costituzionali idonei ad una valorizzazione di una normativa regionale di stampo privatistico, potendo concedere riparo, rispettivamente, a tale produzione legislativa e all'autonomia privata delle parti.

società sempre più multiculturale che richiede, alle volte, un approccio differenziato¹⁹⁷.

E proprio da questa riforma costituzionale discende il secondo fattore di *offuscamento* della visione del civilista. Il federalismo all'italiana presenta, infatti, due peculiarità¹⁹⁸ che invero incidono l'essenza stessa di un ordinamento autenticamente federale.

In primo luogo, l'Italia "federale" nasce per *disgregazione* del precedente Stato unitario¹⁹⁹ e non, come avviene solitamente, dall'unione di più Stati (o altri enti territoriali "minori" comunque denominati) che decidono di dare vita ad un governo centrale che non sia comunque in grado di comprimere i poteri dei governi locali.

In secondo luogo, e come corollario di quanto appena esposto, tra le competenze legislative che i diversi Stati continuano a conservare gelosamente anche dopo l'avvenuta (con)federazione, vi rientra certamente il diritto privato. Nulla di tutto ciò avviene in Italia dove con la clausola di cui al riformato art. 117 Cost., comma 2°, lett. l), si prevede che lo Stato abbia competenza legislativa esclusiva nella materia dell'"ordinamento civile", con ciò volendosi, forse, preservare l'unitarietà del diritto privato nazionale²⁰⁰, in totale controtendenza rispetto alle linee evolutive seguite da altri ordinamenti giuridici e di cui si è già dato conto nel capitolo precedente. Peraltro, a questa contraddittorietà per così dire esterna, se ne aggiunge una interna alla riforma stessa che, tra le competenze

¹⁹⁷ Cfr. P. RESCIGNO, *Pluralità di culture e unicità dell'ordinamento giuridico: i problemi di una società multirazziale*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Cedam, 1999. Peraltro, ormai da tempo, non solo di tensioni razziali si è costretti a parlare, bensì anche religiose, economiche, se non proprio culturali.

¹⁹⁸ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 21.

¹⁹⁹ Che pure prevedeva le Regioni, anche se con un ruolo per così dire "ancillare" rispetto allo Stato che addirittura si identificava (come detto: cfr. nt. 7) nella Repubblica stessa.

²⁰⁰ Nonostante l'ultima sentenza pre-riforma della Corte costituzionale sul punto avesse in realtà ammesso la configurabilità di ampi spazi per la potestà legislativa privatistica delle Regioni (cfr. CORTE COST., 5-6.11.2001, n. 352, e *infra*, § 4.

di potestà legislativa concorrente, annovera invero molte materie che presentano profili distintamente privatistici che però, a rigore, non potrebbero essere nemmeno sfiorati dall'attività legislativa regionale²⁰¹.

L'ultimo ostacolo interpretativo è rappresentato dal rapporto causale che si è soliti individuare tra uniformità delle regole di diritto privato e rispetto del principio di uguaglianza. E come potrebbe essere altrimenti se il codice civile continua ad essere visto²⁰² come l'opera definitiva dell'Illuminismo giuridico, esempio unico della razionalità umana? È evidente che, allora, tutte le norme privatistiche che non possono accomodarsi lì diventano necessariamente irragionevoli non perseguendo interessi meritevoli di tutela.

Ma il contesto giuridico e istituzionale impone quantomeno di aggiornare la propria *Weltanschauung* e di rammentare che il principio di uguaglianza non solo non può essere considerato un monolito inscalfibile (e anzi può declinarsi secondo il canone della ragionevolezza²⁰³), ma esso trova uno spazio davvero risibile nel campo del diritto privato.

Anche seguendo una simile impostazione (valutazione in concreto della norma regionale per soppesare la *ragionevolezza* di una disciplina privatistica differenziata *ratione loci*), tuttavia, un fastidioso rumore di fondo sembra comunque rimanere ovvero l'assioma secondo cui l'unitarietà delle regole dei rapporti intersoggettivi sarebbe la *condicio sine qua non* dalla quale dipenderebbe

²⁰¹ Si pensi a tutela e sicurezza del lavoro, professioni, tutela della salute, fondazioni, istituti di credito di rilievo regionale (cfr. art. 117, comma 3°, Cost.); oppure, tra le materie di competenza residuale *ex art.* 117, comma 4°, Cost., al turismo.

²⁰² Senz'altro a ragione, ma in maniera comunque non critica di fronte alla nuova realtà di fatto e di diritto.

²⁰³ Ovvero una tecnica interpretativa con cui si verifica, in primo luogo, se le differenziazioni introdotte in sede di disciplina legislativa siano compatibili con il principio di uguaglianza, "se cioè il legislatore abbia trattato in modo diseguale soggetti (*e/o fattispecie*) uguali o in modo uguale casi diversi. In particolare, partendo dall'uguaglianza come presunzione di non arbitrarietà, il giudice costituzionale ha iniziato a parlare, a seconda dei casi, di ragionevolezza o di irragionevolezza della disciplina legislativa": cfr. voce «Ragionevolezza delle leggi», in *Enc. Treccani online*.

l'uguaglianza dei *cives*. E certamente se il principio di uguaglianza è inverato dall'omogeneità delle regole, allora qualsiasi difformità *ratione loci* del diritto privato non potrà che tradursi in un *vulnus* a tale principio.

Ma stando così le cose, come si concilia allora una simile inferenza con ciò che dovrebbe essere il motore immobile di quest'area del diritto, ossia l'autonomia privata la cui funzione primaria ed essenziale è proprio quella di discriminare, escludere, distinguere? Come trascurare il fatto che l'obiettivo perseguito dagli istituti di diritto privato è la diversità delle regole, il cui unico limite è costituito da norme imperative, ordine pubblico e buon costume (ma non dall'uguaglianza)?

L'aporia cui conduce un simile ragionamento trova la sua composizione in una concezione dinamica del principio di uguaglianza che non operi più in modo assoluto, ma relativo, permettendo così una calibrazione territoriale della norma privatistica laddove ciò risulti ragionevole. In effetti, esplorare questo sentiero sembra consentito (anzi, quasi doveroso) anche in considerazione del nuovo assetto costituzionale del 2001 che conferisce a Stato e Regioni (e agli altri enti locali) pari dignità istituzionale: "Le difformità di trattamento legislativo sono, quindi, conseguenze naturali e fisiologiche dell'adozione dell'ordinamento regionale, né contrastano con il principio costituzionale di uguaglianza"²⁰⁴. Utilizzare questo principio per vagliare la costituzionalità di una norma regionale di stampo privatistico è un approccio intrinsecamente contraddittorio.

A tutto ciò può aggiungersi l'opacità della formula *ex art. 117, comma 2°, lett. l), Cost.*, laddove è stabilito che lo Stato abbia legislazione esclusiva nelle materie ivi elencate, tra cui il c.d. "ordinamento civile"²⁰⁵. Per comprendere esattamente il

²⁰⁴ S. BARTOLE, *In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 670.

²⁰⁵ Che peraltro non compare in altri testi legislativi né prima né dopo la riforma costituzionale del 2001, con ciò configurando un vero e proprio *hapax legomenon* di cui si dovrà comprendere a fondo il significato.

significato di questa espressione²⁰⁶, risulta imprescindibile ripercorrere le tappe raggiunte dalla giurisprudenza della Corte costituzionale non solo negli anni successivi alla riforma del 2001, ma anche anteriormente, in modo da poter comprendere a fondo i diversi orientamenti che si sono susseguiti contribuendo così al clima di incertezza attorno alla produzione legislativa delle Regioni in ambito privatistico.

Dalle primissime sentenze, in assoluto, emesse dalla Consulta sono sin da subito instaurati i divieti per le Regioni di legiferare sull'attività e i poteri processuali dei giudici²⁰⁷, su situazioni giuridiche soggettive di rilevanza penale²⁰⁸ e sui rapporti tra privati²⁰⁹. In particolare, “i limiti della competenza regionale (...) vanno ricercati, più che nella natura delle norme da emanare, nelle *finalità per cui l'Ente regione è stato creato*. E poiché non è da dubitare, che il decentramento regionale è in funzione del soddisfacimento di interessi pubblici, le finalità che la Regione deve perseguire *qualificano la competenza legislativa attribuitale*; la quale quindi deve limitarsi alla disciplina della materia dell'agricoltura per quanto attiene a detti interessi. Conseguo che le leggi regionali non possono disciplinare rapporti nascenti dall'attività privata rivolta alla terra,

²⁰⁶ Su cui si sono confrontati numerosi autori, sia pubblicisti sia privatisti, giungendo alle più diverse conclusioni: cfr. G. ALPA, *Il diritto costituzionale sotto la lente del giusprivatista*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, 34, proponeva una equiparazione con l'“ordinamento dello stato civile”; suggestione non più coltivata in seguito; ad esempio, in ID., *Ordinamento civile e diritto privato regionale*, cit., ove la formula viene riferita all'area “dei rapporti che ineriscono in generale al diritto privato, alle categorie e agli istituti del diritto privato, alle modalità di percezione e di applicazione del diritto privato, riservata alla produzione normativa esclusiva dello Stato”; N. IRTI, *Sul problema delle fonti del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 702, fa collimare la clausola *de qua* con l'“ordinamento giudiziario”, spalancando così le porte ad una normazione regionale di diritto privato sostanziale; V. ANGIOLINI, *Ordinamento civile e competenza regionale*, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2004, II, 26 ss.; P. STANZIONE-A. MUSIO, *L'ordinamento civile quale limite alla potestà legislativa regionale*, in *Iustitia*, 2004, 509 ss.; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, 2005; S. GIOVA, *Ordinamento civile e diritto privato regionale: un difficile equilibrio nell'unitarietà del sistema*, Esi, 2008; N. LIPARI (a cura di), *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Giuffrè, 2003.

²⁰⁷ Cfr. CORTE COST., 26.6.1956, n. 4.

²⁰⁸ Cfr. CORTE COST., 26.6.1956, n. 6.

²⁰⁹ Cfr. CORTE COST., 26.6.1956, n. 7.

quale bene economico, sia nella fase organizzativa, che in quella produttiva; *rapporti che devono essere regolati dal codice civile*. Possono, invece, occuparsi dei problemi attinenti alla organizzazione anche tecnica e allo sviluppo agricolo e forestale dell'isola alla cui soluzione è interessata la collettività". La norma privatistica regionale viene quindi dichiarata incostituzionale²¹⁰ per violazione di una sorta di criterio teleologico che deve orientare l'attività legislativa dell'ente territoriale e, in questo caso, ne restringe la portata²¹¹. Il diritto privato è dunque inteso come un *limite*, evidentemente implicito, all'autonomia pubblica della Regione e non come una materia a sé stante per ciò solo riservata alla competenza residuale statale.

Si pongono qui le premesse di quello che diventerà il *modus decidendi* della Corte, pur con alterni ondeggiamenti: le materie di competenza esclusiva delle Regioni non possono considerarsi come oggetti nella loro piena disponibilità; viceversa diventano rilevanti le modalità con cui questi oggetti vengono disciplinati, sicché dovranno essere attribuiti allo Stato o alla Regioni a seconda che siano o meno "suscettibili di considerazione autonoma (...) oppure secondo il carattere locale o generale degli interessi coinvolti"²¹².

Una prima fase della giurisprudenza costituzionale è all'insegna dell'invalidità del limite del diritto privato, se non per esigenze eccezionali o comunque temporanee ovvero a tutela di peculiari situazioni locali. Siamo proprio agli albori del regionalismo italiano in cui sono sorte soltanto le Regioni a statuto speciale che in virtù di alcune disposizioni ivi contenute²¹³ cominciano le prime

²¹⁰ Trattasi dell'art. 1 l.r. Sardegna 24.2.1950, n. 9, che derogava illegittimamente alle norme contenute negli artt. 1635-1636 cod. civ., disponendo una riduzione dei canoni convenuti in misura superiore a quella consentita discrezionalmente al giudice dallo stesso codice, nel caso di perdita fortuita dei frutti per gli affitti pluriennali o annuali dei fondi rustici.

²¹¹ Cfr. E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., 29 ss.

²¹² Cfr. L. PALADIN, *Diritto regionale*, Cedam, 1973, 87.

²¹³ Di rango costituzionale, quindi.

incursioni nel territorio giusprivatistico. Incursioni che però spesso si salvano da una declaratoria di incostituzionalità proprio per le ragioni appena menzionate: “É stato da tempo chiarito che l'inclusione, nell'art. 14, lett. d, dello Statuto siciliano, del divieto, per la Regione, di estendere ai rapporti di diritto privato la legiferazione, statutariamente riconosciuta, in materia di industria e commercio, non importa che nelle altre materie rientranti nella sua competenza la Regione possa senz'altro legiferare nel campo dei rapporti di diritto privato. Questa Corte ha anzi avuto ripetute occasioni di affermare il principio che, per norma, solo in presenza di situazioni straordinarie, nelle quali la disciplina comune dei rapporti privati sarebbe in grado di incidere sostanzialmente in modo sfavorevole sui settori di diritto pubblico ai quali la Regione è preposta, questa può, nelle materie di sua competenza, dettar norme destinate a operare, entro i limiti strettamente necessari, nel campo del diritto privato (...). *La disciplina uniforme dei rapporti di diritto privato attiene all'unità dell'ordinamento statale; e, in via di principio, non può ammettersi che essa sia intaccata dalle autonomie regionali, il cui ambito naturale è costituito dai rapporti di diritto pubblico*”.

E, se da una lato, la disposizione impugnata “ha, indubbiamente inciso nel campo dei rapporti di diritto privato (...) occorre tener presente che” essa si è resa “necessaria ad assicurare a un ente di diritto pubblico operante in vista di obiettivi ai quali è preposta statutariamente la Regione e aventi fondamentale importanza per l'economia della collettività regionale”²¹⁴.

Non solo il criterio teleologico, ma anche la necessità, riconosciuta altresì dalla normativa statale, di far fronte alla ricostruzione del Mezzogiorno mediante “misure straordinarie destinate, nella situazione storica contingente, a stimolare la

²¹⁴ Cfr. CORTE COST., 12.7.1965, n. 72. Conformi CORTE COST., 24.6.1961, n. 37; CORTE COST., 10.4.1962, n. 34 e CORTE COST., 14.6.1962, n. 53.

rinascita economica dell'isola, in armonia con un più vasto disegno che abbraccia le analoghe forme di finanziamento, a mezzo di altri consimili istituti appositamente costituiti, previste dalla legislazione straordinaria per il Mezzogiorno. È lo stesso legislatore statale a dar atto dell'esigenza, in materia, nell'attuale fase storica, di interventi di politica economica di carattere particolare”.

Una seconda fase si apre con l'avvento delle Regioni a statuto ordinario ed è inequivocabilmente connotata da una “chiusura totale” nei loro confronti²¹⁵. In una sorta di “crisi di rigetto”, infatti, viene abbandonata l'impostazione del *limite* e sposato l'approccio materiale che preclude qualsiasi attività normativa regionale nel campo del diritto privato *in toto*.

Infatti, se da una parte si faticerebbe a giustificare, in astratto, una discriminazione tra le diverse Regioni (quelle speciali con competenza legislativa privatistica; quelle ordinarie no), “occorrerebbe ammettere che tutte le Regioni, nelle materie ad esse assegnate, abbiano potestà di legiferare, in presenza di situazioni eccezionali e sia pur nei limiti innanzi ricordati, su rapporti privatistici”.

Ma questa sarebbe una conseguenza inaccettabile poiché “di fronte al generalizzarsi di questo tipo di competenza, all'indubbia difficoltà di esercizio del sindacato giurisdizionale sulla effettiva sussistenza di eccezionali situazioni locali, all'estrema elasticità del limite della temporaneità, con l'inevitabile conseguenza che ciascuna Regione potrebbe dettare un regime differenziato (giacché la diversità dei fatti sociali regionalmente localizzati sarebbe, ad un tempo, giustificazione della potestà legislativa e della varietà delle singole discipline), di fronte a tutto ciò è lecito immaginare che la competenza dello Stato a legiferare in

²¹⁵ Così M. MALO, *Il limite del diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, 879 ss.

tema di diritto privato inevitabilmente finirebbe col trasformarsi in competenza a porre solo principi fondamentali, mentre per converso la competenza regionale, da eccezionale e temporaneamente derogatoria, tenderebbe ad istituzionalizzarsi in un tipo di competenza concorrente. E con ciò si rinnegherebbe il principio secondo il quale allo Stato e solo ad esso spetta la legislazione privatistica; principio che tradotto in termini diversi significa, e non può non significare che il diritto privato costituisce una materia a sé stante e non compresa, quindi, nelle varie materie che Statuti e Costituzione in vari gradi e con vari limiti attribuiscono alle potestà regionali”.

In buona sostanza, il principio della statualità del diritto privato, da *obiter dictum* delle sentenze della fase precedente, diventa *ratio decidendi* delle decisioni di questa.

Similmente, i principi di unità e indivisibilità della Repubblica (riflessi nell’unitarietà del diritto su tutto il territorio nazionale), sono tutelati abbandonando anche il criterio teleologico, infatti “é innanzi tutto da escludere che a stabilire la legittimità costituzionale della legge possa essere determinante la considerazione del *fine*, che essa si é proposto, di dare incremento nella Regione all'agricoltura, al turismo, all'industria e al commercio”. D’altra parte, “la tassativa elencazione di materie contenuta negli Statuti pone un limite alla competenza legislativa delle Regioni, che non consente l’emanazione di provvedimenti legislativi fuori dell’ambito di esse, anche se preordinati al conseguimento di finalità inerenti alle dette materie (sent. n. 124 del 1957, nn. 2 e 32 del 1960). Occorre, dunque, aver riguardo all’*oggetto* della legge regionale e al contenuto delle sue norme, per rapportarli alla sfera di competenza legislativa attribuita alla Regione nelle singole materie indicate nello Statuto. (...) Non rientra, invece, nella potestà legislativa della Regione modificare, in relazione alle singole attività

di cui é stata affidata ad essa la disciplina, la regolamentazione di istituti e di rapporti giuridici, che hanno nell'ordinamento giuridico generale una loro propria, unitaria disciplina, che trascende l'ambito delle singole materie attribuite alle Regioni e si ispira a propri principi e a individuate esigenze generali. Se così non fosse, la competenza legislativa delle Regioni si estenderebbe, potenzialmente, a tutto l'ordinamento giuridico, in quanto, salvo i principi, ogni norma di esso potrebbe essere modificata in relazione alle dette materie; e, per converso, tutta la potestà legislativa dello Stato sarebbe limitata dalla potestà della Regione di regolare qualunque rapporto giuridico, nel campo delle attività attribuite alla competenza regionale, in modo diverso dalla legislazione statale”²¹⁶.

Successivamente, compare in scena per la prima volta un nuovo attore, la ragionevolezza, che consente di inaugurare una fase di rinnovata apertura nei confronti dell’attività legislativa delle Regioni, a condizione che la norma giusprivatistica contenga un “bilanciamento *non irrazionale* (nell’ambito del potere che ogni comune ha di utilizzare opere abusive non demolite a fini di soddisfazione dei bisogni di edilizia residenziale pubblica) tra l’esigenza di disciplinare il grave problema dell’abusivismo edilizio e l’esigenza (di rilievo anche costituzionale: v. sentenza n. 49 del 1987) di assicurare un’abitazione ai bisognosi”²¹⁷.

In altre parole, viene sconfessato l’approccio materiale tornando a considerare il diritto privato come un *limite* che può essere superato a condizione che ciò avvenga in modo ragionevole. Il principio della statualità del diritto privato ora

²¹⁶ CORTE COST., 22.12.1961, n. 66.

²¹⁷ CORTE COST., 5.5.1994, n. 169, che fa salvi gli artt. 4-5 d.d.l. Sicilia 14.10.1993, n. 524-249-324-343-545, che prevedono la concessione del diritto di abitazione sulle opere edilizie abusive acquisite, impugnate preventivamente dal Commissario dello Stato, per interferenza in materia penale e di diritto privato, per violazione della l. 28.2.1985, n. 47, in relazione ai limiti posti dall’art. 14, lett. f), statuto Sicilia, nonché degli artt. 3, 5, 9 e 97 Cost.

non si fonda più sull'art. 117 Cost.²¹⁸, bensì sull'art. 3 Cost.: l'unicità della fonte legislativa (quella statale) è l'unica condizione che assicura l'uguaglianza dei cittadini su tutto il territorio²¹⁹. Nelle parole della Corte, "il limite del diritto privato si basa sull'esigenza che sia assicurata in tutto il territorio nazionale una uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra i soggetti privati, i quali attengono allo svolgimento delle libertà giuridicamente garantite e sono dunque legati al correlativo requisito costituzionale del godimento di tali libertà in condizioni di formale eguaglianza"²²⁰.

Per questo motivo, qualora tali condizioni siano rispettate, "deroghe alla legislazione di diritto privato - sempreché queste non comportino una violazione, ancorché indiretta, dei principi civilistici e non risultino *manifestamente irragionevoli* - sono, invece, ammesse nell'area dei rapporti intercorrenti tra la società privata e l'amministrazione regionale, nella misura in cui prevale la connotazione relativa alla *strumentalità* della società stessa alle finalità pubbliche che la regione persegue nei campi rientranti nelle competenze ad essa costituzionalmente attribuite"²²¹.

Se la ragionevolezza certamente non consente di inficiare i principi fondanti della disciplina, essa permette comunque alla norma privatistica regionale di sopravvivere se a supporto di un'altra norma (generalmente di diritto pubblico/amministrativo) da cui non potrà *allontanarsi* senza perdere la propria efficacia.

²¹⁸ Che nella vecchia formulazione aveva portato a considerare il diritto privato una materia di competenza residuale statale perché non compresa ovviamente tra le materie espressamente attribuite alle Regioni.

²¹⁹ Ma se questa è la *ratio*, allora la legge regionale giusprivatistica non potrà essere dichiarata incostituzionale se non vulnera il principio di uguaglianza.

²²⁰ CORTE COST., 26.10.1995, n. 462.

²²¹ CORTE COST., 5.2.1992, n. 35.

Oppure ancora essa potrà limitarsi a disciplinare l'azione di enti pubblici o a fondare il presupposto della loro azione che, legittimamente, si servirà degli strumenti messi a disposizione dal diritto privato. L'importante sarà non toccare i profili civilistici degli istituti in gioco. Ovvero, in ultima analisi, potrà non essere altro che una norma di diritto pubblico con riflessi privatistici²²².

È evidente che l'approccio materiale si era rivelato insoddisfacente portando ad esiti sostanzialmente aporetici. Da un lato, infatti, il diritto privato non può essere senz'altro assimilato a materie in senso proprio come "turismo" o "polizia locale" o "artigianato"; dall'altro, le materie regionali (ante e post-riforma) presentano inevitabilmente profili privatistici potenzialmente rilevanti, atteso che in una *categoria* come il diritto privato possono rientrarvi almeno metà delle norme che compongono un ordinamento giuridico²²³.

Risalgono a questa fase i primi tentativi di sistematizzazione del "diritto privato regionale" ad opera della Corte che vale forse la pena di analizzare più approfonditamente²²⁴.

La questione di legittimità costituzionale aveva ad oggetto due leggi della Regione Piemonte che istituivano e disciplinavano un Parco naturale e due riserve includendovi terre quasi tutte di uso civico, in asserita violazione degli artt. 42, comma 1°, e 117, comma 1°, Cost. La sentenza dichiara non fondata la questione con riferimento ad entrambi i parametri, atteso che:

a) i provvedimenti di inclusione delle terre nel Parco non modificano gli assetti proprietari, ma impongono soltanto alcuni limiti al godimento dei beni in funzione dell'interesse generale; queste limitazioni non incidono eccessivamente sul

²²² Parla di "diritto privato ancillare" A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 47.

²²³ Così, ma in modo certamente più raffinato, ID., *op. cit.*, 70.

²²⁴ CORTE COST., 11.7.1989, n. 391, il cui estensore, forse non a caso, è Luigi Mengoni, come nota ID., *op. cit.*, 79.

contenuto dei diritti di uso civico né risultano sproporzionati rispetto alle esigenze di conservazione della natura prospettate dalla legge regionale; peraltro, la funzione sociale della proprietà può giustificare anche limiti ablatori di certe utilità economiche purché in assenza di carattere espropriativo e in ossequio al canone di ragionevolezza;

b) la preclusione al legislatore regionale di interferire nella disciplina dei diritti soggettivi riguarda i profili civilistici dei rapporti, ma non il loro contenuto: così alla legge statale spetterebbe, ad esempio, regolamentare modi di acquisto, estinzione, accertamento dei diritti soggettivi, adempimento delle obbligazioni, responsabilità contrattuale ed aquiliana ecc.; alla legge regionale, invece, il compito di conformarne il contenuto, adattandolo ad esigenze locali, specialmente laddove è la stessa Costituzione ad individuare una riserva di legge (non del Parlamento)²²⁵.

Purtroppo questa decisione ha avuto poca fortuna e solo saltuariamente la Corte ha saputo fare tesoro dell'insegnamento ivi contenuto, riuscendo a coniugare autonomia ed uguaglianza in maniera armoniosa attraverso il canone della ragionevolezza²²⁶. Spesso, infatti, il Giudice delle leggi ha preferito adottare

²²⁵ La riserva di legge, infatti, è pienamente soddisfatta anche dalla legge regionale: cfr. L. CARLASSARE, «Legge (riserva di)», in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Ed. Enc. it., 1990; P. VIPIANA, *Riserva di legge e legge regionale*, in *Quaderni Regionali*, 1988, 589; R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, voce «Riserva di legge», in *Enc. del dir.*, XI, Giuffrè, 1989, 1220.

²²⁶ Così è avvenuto in CORTE COST., n. 462/1995, cit., secondo cui “è la stessa destinazione già impressa ai beni in oggetto a determinare il regime giuridico cui essi devono essere sottoposti, allo scopo conservativo della loro strumentalità, attraverso l'assoggettamento a quelle "regole particolari" ammesse dall'art. 828, primo comma, del codice civile. Del resto, la verifica della permanenza di tali fini è implicita nella possibilità per l'ente cessionario di ottenere dalla regione il consenso alla vendita: previsione, questa, che circoscrive temporalmente il relativo divieto e impedisce il contrasto con l'art. 1379 del codice civile, la cui mancata evocazione da parte della ricorrente appare come riprova dell'oggettiva inadeguatezza di una lettura in termini squisitamente privatistici di un complesso di prescrizioni aventi al contrario natura pubblicistica. Talché, anche la paventata limitazione del diritto dominicale ravvisata nella possibilità di riacquisto del bene, sancita per il caso di mutamento di destinazione rappresenta solo un corollario del vincolo a fini pubblici che costituisce la ratio della cessione e ne conforma il titolo traducendosi in un obbligo di conservazione per l'ente proprietario. Ragion per cui l'eventuale vicenda risolutiva non può essere vista nella prospettata ottica di una espropriazione senza indennizzo, ricollegandosi invece,

una visione monolitica del principio di uguaglianza confondendola con una automatica impermeabilità ad elementi di differenziazione; con risultati, non di rado controproducenti.

La fase in esame, ad ogni modo, culmina con una decisione²²⁷ che rappresenta il maggior grado di apertura della Corte nei confronti del diritto privato delle Regioni che risulterà legittimo se si configuri come un ragionevole adattamento della norma privatistica in connessione con una materia di competenza regionale.

Il limite del diritto privato attraversa le competenze legislative regionali, per assicurare il rispetto del fondamentale principio di eguaglianza.

Ed è proprio la ragionevolezza a far sì che la *digressione* regionale non importi una violazione di tale principio, perché se da un lato “l’ordinamento del diritto privato si pone quale *limite* alla legislazione regionale, in quanto fondato sull’esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l’uniformità della disciplina dettata per i rapporti fra privati”; e se, quindi, esso “identifica un’area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e comprendente i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione, tra i quali, (...) i rapporti di condominio (...); tuttavia, deve precisarsi che “l’incidenza sulla competenza regionale del limite del diritto privato non opera però in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di *ragionevolezza*, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza (sentenze n. 441 del 1994 e n. 35 del 1992)”²²⁸.

esclusivamente, ad una condotta inadempiente del soggetto onerato, della quale vengono sanzionati gli effetti”.

²²⁷ CORTE COST., 6.11.2001, n. 352.

²²⁸ Per un maggiore approfondimento sui contenuti della sentenza *de qua*, cfr. § 4.

Questa sentenza era depositata giusto due giorni prima che entrasse in vigore la riforma costituzionale del 2001, ma la Consulta ha ben presto l'occasione di chiarire che il limite del diritto privato, così come era stato individuato in precedenza, continua a sopravvivere nella nuova clausola dell'"ordinamento civile", come "un limite alla potestà legislativa regionale (...) fondamentalmente invariato nel passaggio dal vecchio al nuovo testo dell'art. 117: vale a dire il limite, individuato dalla costante giurisprudenza di questa Corte (ed oggi espresso nella riserva alla potestà esclusiva dello Stato della materia "ordinamento civile", ai sensi del nuovo art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione), consistente nel *divieto di alterare le regole fondamentali che disciplinano i rapporti privati*"²²⁹.

Se da un lato si parla di "emersione testuale del *limite* del diritto privato applicato dalla Corte costituzionale nel corso dei quarantacinque anni della sua attività che precedono la riforma costituzionale del 2001"²³⁰, dall'altro la successiva giurisprudenza della Consulta²³¹ sembra smarrire gli insegnamenti così accumulati riabbracciando l'approccio materiale²³².

La clausola di cui al riformato art. 117, comma 2°, lett. l), Cost., inoltre, non comporta, come visto, soltanto la sopravvivenza del limite del diritto privato, ma continua ad impedire la formazione di un diritto privato regionale sistematico²³³,

²²⁹ Cfr. CORTE COST., 28.7.2004, n. 282, e *infra*, § 2.

²³⁰ Così E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, cit., 213.

²³¹ Che verrà affrontata nei §§ seguenti.

²³² Nonostante si sia visto come non solo tale approccio si sia rivelato fallace e contraddittorio, ma come soltanto la concezione del diritto privato come *limite* sia stata in grado di coniugare con esiti soddisfacenti le istanze di autonomia e uguaglianza. D'altro canto, il riformato art. 117 Cost. è pieno di "materie trasversali", in altre parole, di limiti, e attribuisce alle Regioni diversi titoli per emanare norme privatistiche che spesso si rivelano corollari impliciti di queste competenze concorrenti o residuali.

²³³ Può essere tracciato già qui un primo parallelo (ovviamente a parti invertite) con gli Stati Uniti laddove non esiste una *general federal common law* [cfr. USSC, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 US 64 (1938)], ma le Corti federali hanno comunque il potere di creare una *common law* in determinate aree di interesse tipicamente federale: cfr. USSC, *Texas Industries Inc. v. Radcliff Materials*, 451 US 630640 (1981).

in quanto frutto di quell'“immagine”²³⁴ unitaria del diritto privato che sarebbe irrimediabilmente rovinata da un pluralismo delle fonti in questo ambito. Infatti, “la realizzazione di un mercato unico auspica una disciplina il più possibile armonica (sperabilmente nel futuro anche unitaria) che sarebbe irrimediabilmente compromessa se si volesse accedere all’idea che il sistema unitario nazionale potesse essere spezzettato (e quindi dilaniato) da tante normative regionali”²³⁵.

Un simile presagio, tuttavia, se non sembra certamente auspicabile, appare però anche poco realistico se si considera che la riforma ha mantenuto saldamente nella competenza esclusiva statale l’ordinamento civile che potrà così certamente fungere da valvola di sfogo del sistema per consentire alle istanze di autonomia di essere calibrate, volta per volta, con il principio di uguaglianza. Con ciò si creerà non già un micro-sistema di diritto privato regionale, bensì un sistema di micro-norme regionali di diritto privato²³⁶, di adattamento, integrazione, supporto al diritto privato nazionale, qualora, all’interno di una competenza concorrente o residuale, ciò risulti ragionevole.

In fin dei conti, l’autonomia è un valore che permea tutto il diritto privato i cui istituti la proteggono e perseguono, agevolando l’emersione della *regula* diversa come effetto naturale delle scelte dei soggetti, nel rispetto di norme imperative, ordine pubblico e buon costume nonché della buona fede, ma non del principio di uguaglianza. Per questo motivo, questa dovrà essere intesa²³⁷ in maniera flessibile che certamente potrà percorrere in misure e modalità diverse i territori del diritto privato, ma al tempo stesso ne dovrà rispettare l’intima essenza.

²³⁴ Così U. BRECCIA, *L’immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 191.

²³⁵ Cfr. G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Quaderni regionali*, 2002, 5.

²³⁶ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 99.

²³⁷ Non tanto in omaggio ai caratteri essenziali del diritto privato, quanto piuttosto in attuazione dei principi costituzionali già menzionati nelle pagine precedenti.

Più facile a dirsi che a farsi senz'altro, ma per fortuna la stessa Corte costituzionale ha messo a punto un *test di ragionevolezza* (poi raffinato dalla dottrina più accorta)²³⁸. Tale meccanismo valutativo opera su due livelli: sul primo è esaminato il rapporto tra l'adattamento locale del diritto privato e la suddivisione costituzionale della potestà legislativa (c.d. ragionevolezza intrinseca). In altre parole, questa analisi permette di stabilire se la norma "sospetta" sia: *a*) connessa a materie di competenza regionale (residuale o concorrente); *b*) congrua e adeguata rispetto agli scopi perseguiti e/o agli strumenti utilizzati. Superato positivamente il primo livello, l'indagine si sposta sulla tollerabilità (o meno)²³⁹, per il diritto privato nazionale, di una norma regionale privatistica differenziata *ratione loci*. Ovvero si tratterà di distinguere una norma *propriamente* di diritto privato da una norma *apparentemente* di diritto privato²⁴⁰ oppure di individuare la diversa resistenza delle tradizionali aree del diritto privato²⁴¹ e, all'interno di queste, di identificare i principi fondanti da dettagli tecnici.

Da quanto appena esposto, sembra che la *verifica* di ragionevolezza utilizzata dalla Corte in questo ambito si configuri diversamente rispetto a quando essa

²³⁸ Il riferimento è, da una parte, a CORTE COST., 6.11.2001, n. 352, cit., e, dall'altra, ovviamente, a V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, cit., spec. 580 ss., nonché a A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 129 ss.

²³⁹ Pur costretta da una serie di parametri oggettivi, non ci si può nascondere il fatto che una simile analisi non potrà non risentire della sensibilità del singolo interprete, come infatti conferma V. ROPPO, *op. cit.*, 582.

²⁴⁰ Con le parole di ID., *op. cit.*, 571: "conviene distinguere fra norme che regolano direttamente posizioni, attività, rapporti privatistici, da un lato; e, dall'altro lato, norme che solo indirettamente e secondariamente toccano posizioni, attività, rapporti siffatti, perché l'oggetto diretto e primario della disciplina è altro: è l'azione o l'organizzazione di un determinato soggetto o di una determinata categoria di soggetti pubblici; oppure è la definizione dei presupposti di qualche azione pubblica".

²⁴¹ Nel senso precisato da A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit. 119 s., che parla del diritto privato come un "territorio variamente scomponibile (...) usando il righello del principio di uguaglianza" ed individuando così aree più attente ad istanze di uguaglianza come persone, famiglia e successioni ed aree più sensibili, invece, ad istanze di autonomia (privata) come proprietà e diritti reali. Nell'area a c.d. resistenza media andrebbero infine ricondotti il contratto, le obbligazioni, impresa e società nonché la responsabilità civile.

assurge a *principio* decisionale nei giudizi di bilanciamento dei diritti²⁴² o degli automatismi legislativi²⁴³. In questi casi, infatti, il parametro costituzionale di cui si assume la violazione è *tout-court* l'art. 3 Cost. e i diritti fondamentali sono direttamente in gioco. Viceversa, nella giurisprudenza che si andrà subito ad esaminare, la norma costituzionale invocata è, come detto, l'art. 117, comma 2°, lett. l), Cost. Si tratta cioè di una questione di ripartizione delle competenze legislative tra differenti livelli di governo, e la questione dell'uguaglianza rimane, almeno in un primo momento, sullo sfondo, venendo richiamata surrettiziamente come il fine raggiungibile grazie all'uniformità delle regole giusprivatistiche. Un'accezione di ragionevolezza quindi che potrebbe dirsi *atecnica*, se non fosse che anche la sua versione *canonica*, essendo sostanzialmente un istituto di natura giurisprudenziale, ha tuttora dei contorni comunque non troppo definiti.

2. Le persone e la famiglia.

Nell'alveo dei diritti della persona, le istanze di uguaglianza, specie con riguardo ai preminenti profili non patrimoniali, hanno senz'altro un peso decisivo. Se ciò risulta vero anche solo avendo riguardo all'impostazione data dal codice civile, con l'avvento della Costituzione, essi vengono ammantati di un carattere di

²⁴² Corollario di una Costituzione pluralista ove "(...) i diritti fondamentali non sono mai affermati in termini assoluti, ma fanno parte di un tessuto costituzionale complesso in cui altri diritti e altri interessi e beni costituzionalmente protetti possono legittimamente limitarne la portata": cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma 24-26.10.2013, 9.

²⁴³ Ovvero "(...) quelle previsioni che al verificarsi di una data evenienza ricollegano una conseguenza giuridica predeterminata e inderogabile. Sempre più frequentemente la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale delle disposizioni legislative che contengono tali "automatismi", in particolare quando esse sono formulate in modo tale da non permettere al giudice (o eventualmente alla pubblica amministrazione) di tenere conto delle peculiarità del caso concreto e di modulare gli effetti della regola in relazione alle peculiarità della specifica situazione": cfr. ID., *op. cit.*, 12.

inviolabilità che la Repubblica, da un lato, si limita a riconoscere e garantire²⁴⁴; dall'altro, si impegna a favorirne la realizzazione concreta in maniera effettiva²⁴⁵.

La valvola di sfogo dell'ordinamento civile allora difficilmente potrà lasciare spazio ad esigenze di autonomia, ma d'altronde le Regioni dispongono di titoli legislativi, concorrenti o residuali, che anche in questo ambito potrebbero consentire qualche apertura.

2.1. Tutela della riservatezza.

Un primo caso è offerto dalla l.r. Emilia-Romagna 24.5.2004, n. 11, in tema di tutela della riservatezza, dichiarata incostituzionale l'anno successivo²⁴⁶. In particolare, la Corte si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale degli artt. 12, 13 e 14 della legge sollevata dallo Stato in relazione all'art. 117, comma 2°, lett. *l*), *m*) e *r*), e comma 6°, Cost., ed in riferimento ai principi della legislazione statale in materia di protezione dei dati personali.

La principale criticità rilevata consisteva nella cedibilità a terzi, anche privati, dei dati raccolti dagli enti pubblici operanti sul territorio regionale²⁴⁷. L'art. 12 l.r. cit., infatti, così recitava: “ferma restando l'applicazione delle norme a tutela della privacy, l'insieme delle informazioni acquisite o prodotte nell'esercizio di pubbliche funzioni costituisce patrimonio comune per le attività istituzionali delle pubbliche amministrazioni e degli enti, o associazioni o soggetti privati che operano in ambito regionale per finalità di interesse pubblico”. Inoltre, era previsto che tale patrimonio fosse aperto al libero utilizzo di soggetti terzi, con

²⁴⁴ *Ex art. 2 Cost.*, i diritti fondamentali non sono dunque attribuiti o addirittura concessi dal Sovrano, ma preesistono ad esso che non può far altro che accoglierli nel proprio ordinamento in quanto inviolabili.

²⁴⁵ *Ex art. 3, comma 2°, Cost.*, che esprime il principio di uguaglianza c.d. sostanziale.

²⁴⁶ Cfr. CORTE COST., 7.7.2005, n. 271.

²⁴⁷ Cfr. S. FOÀ, *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*, in *www.federalismi.it*, 3, 2006.

forme e modalità di carattere tecnico disciplinate dalla Giunta regionale. La disposizione in esame stabiliva, quindi, che con regolamento regionale fosse disciplinata la “cessione a privati ed enti pubblici economici dei dati costitutivi del patrimonio informativo pubblico”, stabilendo altresì un obbligo sia delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici, sia delle associazioni e dei soggetti privati che operano in ambito regionale per finalità di interesse pubblico, di “fornire la disponibilità dei dati contenuti nei propri sistemi informativi nei limiti previsti dal decreto legislativo n. 196 del 2003”.

Innanzitutto, l'*iter* argomentativo della Corte esclude la riconducibilità della disciplina censurata alla determinazione dei livelli essenziali di cui all'art. 117, comma 2°, lett. m), Cost., per la semplice ragione che la legislazione sui dati personali non concerne prestazioni, ma riconosce diritti agli interessati di controllo sulle modalità del trattamento dei loro dati personali.

In secondo luogo, con riguardo agli altri due parametri costituzionali invocati, pur non potendo disconoscere la sussistenza dell'esclusivo potere legislativo statale, si ragiona sulla possibilità di riconoscere un ruolo normativo alle Regioni. Pertanto, con particolare riferimento alla *materia* “ordinamento civile” può senz'altro prevedersi un tale ruolo normativo, seppur meramente integrativo, per i soggetti pubblici chiamati a trattare i dati personali, per la necessità che i principi posti dalla legge a tutela dei dati personali siano garantiti nei diversi contesti normativi ed istituzionali.

Infatti, è lo stesso d. legis. 30.6.2003, n. 196, a prevedere, all'art. 19, che norme di legge o di regolamento possano modulare nelle diverse materie il trattamento dei dati comuni, per ciò che riguarda la loro comunicazione ai soggetti pubblici o privati o la loro diffusione, e all'art. 20, comma 2°, che l'integrazione delle prescrizioni legislative statali che siano incomplete in relazione al trattamento di

dati sensibili da parte di pubbliche amministrazioni (poiché non determinano “i tipi di dati sensibili e di operazioni eseguibili”) sia operata tramite appositi regolamenti “a cura dei soggetti che ne effettuano il trattamento”, ancorché “in conformità al parere espresso dal Garante ai sensi dell'art. 154, comma 1, lettera g), anche su schemi tipo”.

L'art. 12 della legge regionale è stato ritenuto interamente illegittimo sotto tre distinti profili.

Innanzitutto, con riferimento alla previsione che delega ad apposito regolamento regionale la “cessione dei dati costitutivi del patrimonio informativo pubblico a privati ed enti pubblici economici”: essa, infatti, è formulata in maniera così generica da poter essere riferita ad ogni tipo di dato personale. L'istituto della “cessione” dei dati personali, poi, è sconosciuto alla legislazione statale in materia di *privacy*. Ma anche qualora la si volesse intendere riferita alla “comunicazione” dei dati personali da parte di un soggetto pubblico a privati o ad enti pubblici economici, essa violerebbe comunque la legislazione statale di cui all'art. 19, comma 3°, d. legis. n. 196/2003²⁴⁸.

Inoltre, l'art. 12, comma°, presenta un'intrinseca contraddittorietà laddove, da un lato essa si auto-impone di rispettare il codice della *privacy*, ma dall'altro richiama espressamente solo il divieto di cui all'art. 18 del medesimo codice, quando i limiti ai trattamenti effettuati da soggetti pubblici, sono ben di più e individuati nel Capo II del Titolo III del codice.

Infine, sempre la stessa disposizione imponeva un obbligo per “le associazioni e i soggetti privati che operano in ambito regionale per finalità di interesse pubblico” di fornire “la disponibilità dei dati contenuti nei propri sistemi

²⁴⁸ Tale disposizione regola la comunicazione dei dati personali diversi da quelli sensibili e giudiziari, mentre gli artt. 20, 21 e 22 del decreto disciplinano in maniera restrittiva il trattamento dei dati sensibili e di quelli giudiziari.

informativi”, comunque “nei limiti previsti dal decreto legislativo n. 196 del 2003”. Tuttavia, il decreto non prevede affatto un simile obbligo, anzi. La prospettiva, infatti, è radicalmente opposta ed opera in favore dell’interessato la volontà del quale risulta sempre determinante. Insufficiente, quindi, la supposta garanzia prevista dalla legge regionale che contemplava un onere di informazione adeguata nonché la richiesta di un consenso specifico ove previsto dalla legge statale.

Nel ragionamento della Corte, la valvola dell’ordinamento civile, allora, sembra potersi schiudere ammettendo la legittimità di una normativa regionale integrativa di quella statale o di attuazione della medesima, se sia quest’ultima a prevederla²⁴⁹. D’altra parte, sembra di avere a che fare qui con norme solo *apparentemente* di diritto privato che invece sembrano più disciplinare l’azione pubblica.

2.2. Consenso informato.

La criticità del consenso informato si innesta sul rapporto tra salute (diritto fondamentale inviolabile *ex artt.* 2-3 e, soprattutto, 32 Cost.) e integrità fisica (*ex art.* 5 cod. civ.). Un rapporto quindi intrecciato per natura tra diritto pubblico e diritto privato, a cui si aggiunge l’ulteriore dato normativo costituito dalla competenza concorrente in materia *ex art.* 117, comma 3°, Cost., e sarà pertanto interessante soffermarvisi brevemente.

Se l’integrità fisica è stata, senza dubbio, un bene già tutelato nel periodo monarchico con un divieto di atti di disposizione del proprio corpo e con sanzioni

²⁴⁹ Nota E. MINNEI, *Il turismo tra diritto pubblico e diritto privato*, in L. DE GRASSI-V. FRANCESCHELLI (a cura di), *Turismo. Diritto e diritti*, Giuffrè, 2010, 475, un’impostazione quasi anacronistica delle Corte che sembra essere tornata a considerare la legge regionale quasi alla stregua di una fonte di rango regolamentare. Secondo A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 135: “Talvolta le maglie dell’«ordinamento civile» si aprono, e la «materia» torna ad essere un «limite», com’era sempre stato”.

penali volte a punirne le lesioni²⁵⁰, l'entrata in vigore della Carta ne ha, inevitabilmente, influenzato la concezione, dal momento che l'art. 32 Cost. pone al centro del suo fuoco la persona umana e il suo benessere non solo fisico, ma anche mentale, l'uno inscindibile dall'altro.

Anche per l'integrità fisica, allora, non si potrà più parlare di un potere di disporre di parti del proprio corpo, ma al massimo di una libertà²⁵¹. Al riguardo, si formarono due orientamenti dottrinali contrapposti tra loro. Quello maggioritario riteneva che i due concetti non potessero in alcuno modo essere interscambiabili, anche in considerazione del fatto che “talora, la diminuzione dell'integrità fisica si pone come condizione per il mantenimento o il recupero della salute”²⁵².

L'indirizzo opposto, invece, reputava che l'enunciazione di un diritto costituzionale alla salute non avesse fatto altro che ampliare la sfera di tutela di un bene (l'integrità fisica) che già in precedenza era garantito dalle disposizioni codicistiche menzionate *supra*²⁵³.

Invero, sembra di dover credere²⁵⁴ che entrambi gli schieramenti sottovalutino la *poliedricità* del diritto alla salute. Già nella sua formulazione costituzionale, si incontrano disposizioni indiscutibilmente eterogenee: diritti della persona (salute come fondamentale interesse dell'individuo) che, d'altra parte, si pongono alla base di obblighi personali (e interesse della collettività); diritti a prestazioni (garanzia di cure gratuite agli indigenti) e libertà negative (da trattamenti sanitari obbligatori, se non per legge); e, infine, principi vincolanti per il legislatore

²⁵⁰ Cfr. artt. 581-582 cod. pen.

²⁵¹ Sulla base di un superamento della concezione patrimonialistica che può rinvenirsi nell'art. 5 cod. civ.: cfr. B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983, 25.

²⁵² Ad es. l'amputazione di un arto per evitare il diffondersi di un'infezione: cfr. M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del proprio corpo*, in F. BUSNELLI-U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, 1978, 254 ss.

²⁵³ Cfr. A. DE CUPIS, voce «Integrità fisica», in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it., 1989.

²⁵⁴ Con R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, *sub* art. 32, 655 ss.

(rispetto della persona umana). Dunque, il rapporto che dovrà instaurarsi tra salute ed integrità fisica non potrà essere impostato né in termini di antitesi né di analogia, bensì in termini di relazione tra *genus* e *species*. Ergo, anche all'integrità fisica dovrà essere riconosciuta quella poliedricità che contraddistingue la salute e ad entrambe dovranno ricondursi caratteristiche di indisponibilità, in trasmissibilità e, soprattutto, opponibilità *erga omnes*.

Non deve stupire allora che questa “doppia anima” del diritto alla salute, la cui tutela è per di più posta tra le competenze di potestà legislativa concorrente, crei non poche frizioni tra lo Stato e le Regioni, per così dire, più intraprendenti.

Un primo esempio è offerto dalla l.r. Piemonte 6.11.2007, n. 21 che prevedeva che nel territorio regionale il trattamento con sostanze psicotrope su bambini e adolescenti potesse essere praticato solo quando i genitori o tutori nominati avessero espresso un consenso scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto.

La normativa viene impugnata dallo Stato²⁵⁵ le cui censure ritenevano la disciplina del consenso informato esorbitante rispetto alla materia di competenza concorrente regionale della tutela della salute, *ex art. 117, comma 3°, Cost.* Tale istituto infatti non sarebbe stato previsto nella legislazione “di cornice” di livello statale né di portata generale, né nel particolare settore della disciplina degli stupefacenti.

Inoltre, l'introduzione di una disciplina regionale derogatoria e limitativa della prescrizione di psicofarmaci a minori, avrebbe comportato, oltre ad una situazione di “difformità” sul territorio nazionale, una ricaduta negativa sul diritto alle cure, garantito dall'art. 32 Cost., nonché inciso sulla determinazione dei livelli essenziali spettanti in via esclusiva al legislatore statale *ex art. 117, comma 2°, lett. m), Cost.*

²⁵⁵ Cfr. CORTE COST., 15.12.2008, n. 438.

Veniva altresì lamentato il fatto che il consenso informato avrebbe finito per assegnare ai genitori, sprovvisti delle necessarie conoscenze scientifiche, un ruolo preponderante nella fase decisionale rispetto alla valutazione discrezionale del medico²⁵⁶.

Secondo la Corte, la legge regionale è incostituzionale perché il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, ponendo così in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative.

Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale. Le norme oggetto di scrutinio devono essere dichiarate pertanto costituzionalmente illegittime, in quanto con esse la Regione Piemonte non si è limitata a fissare una disciplina di dettaglio in ordine alle procedure di rilascio del suddetto consenso. Invero, l'art. 3, comma 1°, impugnato, allorché individua i soggetti legittimati al rilascio del consenso informato (genitori o tutori

²⁵⁶ Non si vede come quest'ultimo punto possa costituire una valida argomentazione, in quanto spetterebbe proprio al ruolo del medico, compatibilmente con la capacità di comprensione, riequilibrare il *deficit* informativo dei genitori, rendendoli edotti delle migliori scelte terapeutiche da perseguire per il bene dei figli, scelte che devono rientrare nell'ambito di un rapporto che si impronta ad un' "alleanza terapeutica", e che veda medici e genitori collaborare per un fine comune: la salute del bambino e dell'adolescente. Inoltre si ricordi che nel caso in cui i rappresentanti legali rifiutino il consenso ad un trattamento terapeutico ritenuto necessario, il medico potrà rivolgersi all'Autorità giudiziaria, come previsto dall'art. 37 del Codice di deontologia medica: il terzo comma dell'art. 37 statuisce: "In caso di opposizione da parte del rappresentante legale al trattamento necessario e indifferibile a favore di minori o di incapaci, il medico è tenuto a informare l'autorità giudiziaria; se vi è pericolo per la vita o grave rischio per la salute del minore e dell'incapace, il medico deve comunque procedere senza ritardo e secondo necessità alle cure indispensabili".

nominati), nonché le modalità con le quali esso deve essere prestato (scritto, libero, consapevole, attuale e manifesto), disciplina aspetti di primario rilievo dell'istituto nell'ambito considerato, sempre in assenza di analoga previsione da parte del legislatore statale.

La legge in commento si proponeva non solo di dare attuazione ad una serie di disposizioni statutarie²⁵⁷, ma altresì a principi vigenti in ambito internazionale²⁵⁸. In particolare, lo scopo della normativa regionale era quello di impedire l'abuso di psicofarmaci in soggetti minori d'età o quantomeno di disciplinarne l'utilizzo necessario con opportune accortezze. A questo preciso scopo, era stabilito innanzitutto un divieto preliminare di somministrare, all'interno delle scuole dell'obbligo di ogni ordine e grado della Regione, test o questionari relativi allo stato psichico ed emozionale degli alunni se non finalizzati ad uso interno ed esclusivamente didattico (art. 4). In secondo luogo, erano predisposte delle azioni di monitoraggio, sorveglianza e valutazione sui trattamenti di natura psicofarmacologica in corso (art. 5)²⁵⁹. Ad ogni buon conto, il punto cruciale della normativa consisteva appunto nella disciplina del consenso informato per l'adozione di trattamenti a base di farmaci psicostimolanti, antipsicotici,

²⁵⁷ Cfr. l.r. 4.3.2005, n. 1: *ex art. 4*, comma 1°, le funzioni legislative, regolamentari e amministrative perseguono “obiettivi di progresso civile e democratico”; *ex art. 9*, la Regione si pone come garante per la tutela del diritto alla salute, predisponendo *ex art. 11* forme di protezione effettiva dei c.d. “diritti sociali”, specialmente con riguardo a minori, anziani e diversamente abili.

²⁵⁸ Nella relazione illustrativa della legge sono infatti richiamati sia l'art. 5 della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948, sia l'art. 33 della Convenzione sui Diritti del Bambino delle Nazioni Unite del 1989.

²⁵⁹ Ciò al fine di evitare l'insorgere di fenomeni già riscontrati in altri paesi europei. Sempre nella relazione illustrativa infatti si può leggere che: “(...) in Gran Bretagna il numero di bambini cui è stato prescritto un farmaco stimolante è salito dai 200 del 1992 ai 186.200 del 2000. In Danimarca il consumo di uno stimolante è aumentato del 16,8% tra il 1997 ed il 1998 e circa il 48% di questo mercato è costituito da minorenni, di cui l'88% di età compresa tra i 7 ed i 9 anni. In Francia tra il 1989 ed il 1996 il numero di bambini considerati iperattivi era aumentato del 600%. In Germania tra il 1995 ed il 1999 il numero delle pillole a base di metilfenidato (principio attivo del Ritalin) è aumentato del 400% passando da 7 a 31 milioni. Secondo le stime del 2001, un bambino tedesco su tre di età compresa tra i 5 ed i 9 anni assumeva regolarmente psicofarmaci. In Svezia dal 1990 al 2000 il numero di bambini che facevano uso di uno stimolante è aumentato di circa 100 volte”.

psicoanalettici, antidepressivi e ipnotici. Una regolamentazione che peraltro non ha, a livello statale, alcun carattere di uniformità²⁶⁰.

Invero, non si può fare a meno di osservare come quasi tutte le modalità di espressione del consenso previste dalla legge regionale siano inerenti al concetto stesso di consenso. In qual altro modo potrebbe aversi un consenso se non liberamente e consapevolmente? Lo stesso dicasi per il carattere “manifesto” e “attuale”, a maggior ragione se si rammenta poi che la disciplina in commento riguarda la somministrazione di farmaci molto peculiari e nei confronti di soggetto considerati intrinsecamente deboli. In ultima analisi, la portata realmente innovativa della disposizione regionale è limitata alla previsione della forma scritta. Peraltro, ciò non sembra violare alcun principio fondamentale in materia e, anzi, disciplina le modalità concrete di esercizio di un diritto di rango costituzionale. Del resto, è la stessa Consulta ad affermare che il consenso informato rientra tra quelle forme di tutela del paziente con riguardo alle quali “nulla vieta (...) che le Regioni, responsabili per il proprio territorio dei servizi sanitari, dettino norme di organizzazione e di procedura”²⁶¹. Da tali considerazioni, dunque, e constatando anche l’“assenza di analogo previsione da parte del legislatore statale”, la questione di legittimità costituzionale sul punto avrebbe dovuto essere rigettata²⁶².

²⁶⁰ Cfr. B. LELLI, *Consenso informato e attitudini garantistiche delle regioni*, in *www.giurcost.org*. La normativa statale che disciplina il consenso informato in campo sanitario è la seguente: art. 33 l. 23.12.1978, n. 833 “Istituzione del servizio sanitario nazionale”; art. 1 l. 13.5.1978, n. 180 “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”; art. 5 l. 22.5.1978, n. 194 “Norme per la tutela sociale della maternità e sull’interruzione volontaria della gravidanza”; art. 2, lett. I), e artt. 3 e 5 d. legis. 24.6.2003, n. 211 “Attuazione della direttiva 2001/20/CE relativa all’applicazione della buona pratica clinica nell’esecuzione delle sperimentazioni cliniche di medicinali per uso clinico”; art. 4 l. 19.2.2004, n. 40 “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”; art. 3 l. 21.10.2005, n. 219 “Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati”.

²⁶¹ Si tratta di CORTE COST., 14.11.2003, n. 338.

²⁶² Cfr. C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 627 ss.

Infine, dalla circostanza che la Corte non spenda una parola sull'individuazione, operata dalla legge regionale, dei soggetti legittimati ad esprimere il consenso (genitori o tutori), con ciò non innovando in alcun modo il diritto privato nazionale, sembra potersi avere un'ulteriore conferma di dell'atteggiamento ondivago che caratterizza la giurisprudenza costituzionale sul punto²⁶³.

La mente va subito infatti alla sentenza 4.7.2006, n. 253 che ha giudicato della legittimità costituzionale della l.r. Toscana 15.11.2004, n. 63 (*Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere*)²⁶⁴, nella parte in cui sanciva il diritto dell'individuo maggiorenne di designare la persona cui gli operatori sanitari avrebbero dovuto rivolgersi per ricevere il consenso ad un determinato trattamento terapeutico, tutte le volte in cui l'interessato versasse in condizione di incapacità naturale ed il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustificasse l'urgenza e l'indifferibilità della decisione. Era quindi stabilito l'obbligo degli operatori sanitari di verificare l'avvenuta manifestazione della dichiarazione e di darvi attuazione. La persona così designata acquisiva il diritto a "prestare assistenza al malato in ogni fase della degenza, nel rispetto delle modalità definite dai regolamenti delle strutture di ricovero e cura".

Un'altra disposizione impugnata prevedeva che la richiesta di un trattamento sanitario, che avesse ad oggetto la modificazione dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere per persona maggiore degli anni diciotto, sarebbe dovuta provenire personalmente dall'interessato, il quale avrebbe dovuto

²⁶³ *Contra* B. LELLI, *op. cit.*, che vi ravvisa una conferma del principio, già espresso dalla Corte nella sentenza che verrà commentata appresso, secondo cui un siffatto intervento regionale incide *per forza di cose* la competenza esclusiva statale in tema di disciplina della rappresentanza "rientrante nella materia dell'ordinamento civile".

²⁶⁴ Successivamente oggetto di "overruling" da parte di CORTE COST., 21.3.2011, n. 94: v. § 5.2.

preventivamente ricevere un'adeguata informazione in ordine allo scopo e natura dell'intervento, alle sue conseguenze ed ai suoi rischi.

La medesima legge, infine, vietava a pubblici esercenti, nonché agli “esercenti di professioni turistiche e di imprese commerciali”, di rifiutare le loro prestazioni, o di erogarle a condizioni deteriori rispetto a quelle fornite alla generalità degli utenti, senza un motivo legittimo che non poteva comunque consistere in ragioni legate all'orientamento sessuale o all'identità di genere.

La decisione di incostituzionalità consegue ad un ragionamento della Corte costituzionale davvero *tranchant* che si può così riassumere:

- l'individuazione dell'individuo legittimato ad esprimere il consenso incide sulla disciplina dell'istituto della rappresentanza;

- imporre un'adeguata informazione a chi vuole modificare la propria identità sessuale appartiene all'area degli atti di disposizione del proprio corpo che “pur determinando una diminuzione permanente della propria integrità fisica, sono eccezionalmente ammessi dall'ordinamento - in deroga al divieto di cui all'art. 5 del codice civile - nei limiti fissati dal legislatore statale con la legge del 14 aprile 1982 n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso)”;

- imporre agli operatori commerciali di fornire la propria prestazione senza discriminare sull'orientamento sessuale influisce sulla disciplina degli obblighi legali a contrarre ossia sull'autonomia negoziale dei privati.

Appare di tutta evidenza l'approccio “materialistico” adottato dalla Corte in quest'occasione. Un approccio più volte sconfessato in favore di una nozione di “ordinamento civile” nel senso di un più dinamico “limite”, ma che continua a riemergere ostinatamente a causa, forse, di quei pregiudizi che tuttora costringono il diritto privato a confinarsi nell'alveo della produzione legislativa statale.

In effetti, anche in questo caso una sentenza interpretativa di rigetto avrebbe potuto “smussare” l’esito decisorio, ad esempio, concependo la norma come un obbligo procedimentale del medico di “sentire” il designato. Una sorta di parere obbligatorio non vincolante, per poi adottare *in piena autonomia* la migliore decisione nell’interesse del paziente²⁶⁵. D’altra parte, non sembra così lontano dalla realtà supporre che il medico, unico legittimato ad esprimere il consenso ad un trattamento terapeutico in caso di impossibilità del soggetto interessato, proprio per formulare un giudizio il più inerente possibile a quella che potrebbe essere la volontà del paziente, si confronti con le persone che maggiormente lo conoscono.

Quante alle altre due disposizioni dichiarate incostituzionali, la stringatissima motivazione, che si risolve nell’equazione “atti di disposizione del proprio corpo (o obbligo legale a contrarre)” = “ordinamento civile” *ex art. 117, comma 2°, lett. l), Cost.*, lascia comunque qualche perplessità.

Si fatica, invero, a comprendere la portata *disgregante* della norma regionale che imponga l’esclusività della provenienza del consenso dell’individuo maggiorenne (quindi non anche tramite una persona “designata”) al trattamento sanitario che abbia ad oggetto la modificazione dell’orientamento sessuale o dell’identità di genere e il suo diritto di ricevere preventivamente un’adeguata informazione in ordine allo scopo e natura dell’intervento, alle sue conseguenze ed ai suoi rischi.

Simili considerazioni possono valere anche per la previsione dell’obbligo degli operatori commerciali di fornire la propria prestazione senza discriminare sull’orientamento sessuale o sull’identità di genere. Pur con qualche *caveat*²⁶⁶,

²⁶⁵ Così A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 150.

²⁶⁶ Per i quali, cfr. F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati*, cit., nonché *infra*, § 5.2.

infatti, non sembra più opinabile che il principio di non discriminazione operi anche in ambito contrattuale. Ad ogni modo, se la Corte costituzionale ritiene che l'uniformità delle regole privatistiche sia il *mezzo* per raggiungere il *fine* del rispetto del principio di uguaglianza, perché dichiarare incostituzionale una norma che implementa proprio questo principio?

Sempre la Regione Toscana poco tempo dopo promulga una legge²⁶⁷ che subordina l'esecuzione di *piercing* al padiglione auricolare di minori di anni 14, all'ottenimento del consenso informato dei genitori o del tutore, in (parziale) contrasto con la normativa precedente che poneva un divieto assoluto, in ossequio ai principi generali del diritto civile in tema di atti di disposizione del proprio corpo e soggetti incapaci di agire.

Se dunque prima, con riguardo a quegli interventi che possano essere considerati di lieve incidenza sul corpo era riconosciuto al minore, capace di discernimento, la possibilità di esprimere valido consenso all'intervento, indipendentemente dalla volontà del genitore²⁶⁸, ora si introduce a livello regionale una differenziazione rispetto alla situazione giuridica dei c.d. "grandi minori" di età compresa tra i 14 e i 18 anni²⁶⁹.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri in questo caso ritenne di non impugnare la normativa regionale, non ravvisandovi elementi di incostituzionalità.

²⁶⁷ Cfr. l.r. Toscana 7.12.2007, n. 63 che modifica la l.r. Toscana 31.5.2004, n. 28, inserendo all'art. 4 un comma 2-*bis*.

²⁶⁸ Cfr. M. PICCINNI, *Le attività di piercing e tatuaggio tra libertà di autodeterminazione e limiti alla disponibilità del proprio corpo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 513 ss.

²⁶⁹ Diversamente la l.r. Marche 18.11.2013, n. 38, all'art. 4, pone il divieto di "eseguire tatuaggi e piercing ai minori di anni diciotto senza il consenso informato reso personalmente secondo le modalità previste dal regolamento regionale indicato all'articolo 5 da tutti i soggetti che su di essi esercitano la potestà genitoriale", nonché il divieto di "eseguire tatuaggi e piercing ai minori di anni quattordici".

E a ragione. Infatti, nonostante l'intreccio delle competenze sia davvero fitto (tutela della salute, professioni, capacità di agire, atti di disposizione del proprio corpo), la norma in esame non sfora il limite dell'ordinamento civile perché si limita, appunto, a rafforzare un divieto già vigente a livello nazionale²⁷⁰ con delle sanzioni amministrative.

Di più. In caso di violazione di tale divieto il professionista convenuto in giudizio per aver eseguito sul minore di anni 14 un *piercing* senza il consenso dei genitori, potrà vedersi condannato a risarcire il danno eventualmente cagionato per la colpa specifica prevista dalla legge regionale.

Nulla di tutto ciò può avere un effetto disgregante dell'unità del diritto privato nazionale perché la variazione regionale appare del tutto ragionevole non vulnerando il principio di uguaglianza.

Più recentemente, infine, si è mossa la Regione Liguria che, con la l.r. 10.11.2009, n. 52, nell'ambito di una tutela contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere²⁷¹, prevede all'art. 8, comma 2°, in materia di salute e prestazioni sanitarie, che "Chiunque abbia raggiunto la maggiore età può designare una persona che abbia accesso alle strutture di ricovero e cura per ogni esigenza assistenziale e psicologica del designante e a cui gli operatori delle strutture pubbliche e private socio-assistenziali devono riferirsi per tutte le comunicazioni relative al suo stato di salute».

La norma veniva impugnata di fronte alla Corte costituzionale²⁷², con la prospettazione che essa comprenderebbe anche la possibilità di delegare ad altra persona il consenso ad un determinato trattamento sanitario, in tal modo incidendo sull'istituto della rappresentanza che rientrerebbe nella materia

²⁷⁰ Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 153.

²⁷¹ Per questo secondo profilo, cfr. § 5.

²⁷² CORTE COST., 21.3.2011, n. 94.

dell'ordinamento civile, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

La tesi dell'Avvocatura dello Stato viene respinta e la questione di legittimità dichiarata non fondata poiché la legge regionale consente, invero, di individuare una persona che si limita a *ricevere* comunicazioni. La disposizione non disciplina l'istituto della rappresentanza, ma riconosce la possibilità di utilizzarlo al fine di comunicare ai pazienti le informazioni relative al loro stato di salute. D'altro canto, la possibilità di designare un soggetto e di conferirgli il potere di ricevere le informazioni relative allo stato di salute del designante è già prevista, in via generale, dall'art. 9 d. legis. 30.6.2003, n. 196 che, in combinato disposto con l'art. 7, ammette la possibilità che l'interessato conferisca, per iscritto, delega o procura a un "incaricato" per esercitare il diritto di accesso ai dati personali.

Su questo punto il ricorso dello Stato è rigettato in tronco e con una motivazione netta e lineare. In effetti, si fatica a comprendere come da una disposizione tutto sommato dalla portata limitata, si possa aver provato a sostenere la violazione dell'art. 117, comma 2°, lett. l), Cost.²⁷³.

L'intensità della norma, invero, appare sapientemente calibrata sull'insegnamento di Corte cost., n. 253/2006 che aveva dichiarato la parziale illegittimità della l.r. Toscana n. 63/2004, nella parte in cui effettivamente disciplinava l'istituto della rappresentanza, prevedendo che un soggetto potesse delegare a terzi il consenso a un trattamento sanitario, e di cui si è dato conto poc'anzi.

²⁷³ Parla di "pretestuosità" del ricorso, che "pare dunque guidato dal solo desiderio di sterilizzare ogni possibile intervento che, in qualche misura, dia specifica attenzione al tema della promozione delle garanzie di non discriminazione legate all'orientamento sessuale", F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati: quali spazi per la legislazione regionale?*, cit., 202.

Nel caso *de quo*, invece, il designato acquisisce solo il diritto di accedere alle strutture di ricovero e cura e di essere informato, ma non si prevede alcuna potestà decisionale sulla salute del ricoverato. Pur ponendosi, come detto, all'interno di una normativa antidiscriminatoria, la disposizione censurata non ha chiaramente come conseguenza il riconoscimento delle famiglie, per l'epoca, *extra ordinem*, ma intende più semplicemente estendere determinati benefici ad altre forme di convivenza, peraltro identificate per il tramite di una legge statale.

In ultima analisi, una norma solo apparentemente di diritto privato che mette in risalto il profilo pubblico e sociale della tutela della salute di cui possono ben farsi carico (anche) le Regioni²⁷⁴.

2.3. Persone giuridiche.

Al contrario delle persone fisiche, le persone giuridiche possono presentare forti collegamenti con le realtà territoriali in cui sono situate e per questo motivo essere maggiormente *predisposte* a variazioni regionali della disciplina privatistica.

Fondamentale, ovviamente, è sempre il dato costituzionale che ad esempio assegna alla competenza concorrente “casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale”. Proprio questo parametro è stato invocato da alcune Regioni per impugnare una legge statale²⁷⁵, in tema di fondazioni bancarie, di

²⁷⁴ ID., *op. cit.*, 203, ritiene la normativa ligure eccessivamente timida laddove “avrebbe potuto prevedere la possibilità che il medico quantomeno ascolti il parere, pur non vincolante, delle persone designate dal paziente, tra cui inserire anche il convivente dello stesso sesso”, così aderendo anche all'opinione di V. ROPPO, *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle Regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Pol. dir.*, 2005, 403 ss., che con riguardo alla l.r. toscana n. 63/2004, suggeriva l'adozione di una sentenza interpretativa di rigetto.

²⁷⁵ Trattasi della Finanziaria 2002, l. 28.12.2001, n. 448.

fronte alla Consulta dove il Governo si è difeso invocando la riserva dell'ordinamento civile, in un rovesciamento dei ruoli inusuale²⁷⁶.

In particolare, era sostenuta l'illegittimità dell'art. 11 per la disciplina nel dettaglio di campi materiali di intervento, regole di composizione dell'organo di indirizzo, cause di incompatibilità, modalità di gestione e destinazione del patrimonio, definizione della nozione di «controllo» di una società bancaria da parte di una fondazione.

La tesi delle Regioni viene rigettata perché, nel ragionamento della Corte, ciò che conta, ai fini della determinazione della portata da assegnare al riparto delle competenze legislative è la qualificazione degli enti in questione quali fondazioni-persone giuridiche private, indipendentemente dall'eventuale perdurare di loro coinvolgimenti in partecipazioni bancarie che la legge ancora consenta per ragioni particolari.

“Ciò non toglie che nei confronti dell'attività delle fondazioni di origine bancaria, come di quella di qualunque altro soggetto dell'«ordinamento civile», valgano anche le norme regionali, emanate nell'ambito delle proprie competenze per disciplinare i diversi settori dell'attività nei quali queste istituzioni, secondo i propri statuti, operano”.

Eppure, non è tanto la natura dell'ente a fondare il titolo per legiferare su di esso, quanto piuttosto l'intensità privatistica dei profili che si intendono disciplinare: alta, se trattasi di struttura, funzionamento, liquidazione, bassa, se trattasi di attività.

Una sentenza “gemella” è la n. 301, di pari data, che affronta diverse questioni di legittimità costituzionale dell'art. 11 della l. 28.12.2001, n. 448 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), e dell'art. 7,

²⁷⁶ Cfr. CORTE COST., 29.9.2003, n. 300.

comma 1°, lett. *aa*), punto 2, della l. 1.8.2002, n. 166 (Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti).

Le norme impugnate, in questo caso, modificano, in più punti, la disciplina delle fondazioni di origine bancaria²⁷⁷, “in particolare quanto alla individuazione dei «settori ammessi», alla nuova nozione di «settori rilevanti», alla composizione dell’organo di indirizzo, al regime delle incompatibilità, alla disciplina della ipotesi di controllo congiunto di società bancaria o capogruppo bancario da parte di più fondazioni, alla decadenza degli attuali organi gestori delle fondazioni e, fino alla ricostituzione dei nuovi organi, alla limitazione dell’attività delle fondazioni alla ordinaria amministrazione”.

Dopo aver ripercorso l’origine delle fondazioni di origine bancaria e ribadito la loro natura giuridica di soggetti privati appartenenti all’ordinamento civile²⁷⁸, la Corte, per quello che qui più interessa, procede ad esaminare l’ultimo periodo del comma 4° dell’art. 11 l. n. 448/2001 secondo cui “i soggetti ai quali è attribuito il potere di designare componenti dell’organo di indirizzo e i componenti stessi degli organi delle fondazioni non devono essere portatori di interessi riferibili ai destinatari degli interventi delle fondazioni”. In questo caso, “la censura di irragionevolezza della norma risulta fondata, in quanto non può non apparire contraddittorio limitare la ipotizzata presenza degli enti rappresentativi delle diverse realtà locali agli enti territoriali senza ricomprendervi quelle diverse realtà locali, pubbliche e private, radicate sul territorio ed espressive, per tradizione storica, connessa anche all’origine delle singole fondazioni, di interessi meritevoli di essere «rappresentati» nell’organo di indirizzo”.

²⁷⁷ Cfr. d. legis. 17.5.1999, n. 153 (Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all’articolo 11, comma 1°, d. legis. 20.11.1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell’articolo 1 l. 23.12.1998, n. 461).

²⁷⁸ Cfr. appunto CORTE COST., 29.9.2003, n. 300.

Sempre in tema di fondazioni è interessante il caso²⁷⁹ rappresentato dalla I.r. Piemonte 24.12.2004, n. 39 che disponeva l'attribuzione, a titolo non oneroso, alle ASL competenti per territorio, dei beni mobili ed immobili di proprietà di una fondazione privata (nella fattispecie la Fondazione Ordine Mauriziano, costituita con d.l. 19.11.2004, n. 277, convertito in 21.1.2005, n. 4).

Tra i parametri invocati dal Governo, sia l'art. 42, commi 2°-3°, Cost. (per l'illegittima lesione dell'autonomia patrimoniale della Fondazione, realizzata dalla disposizione ablatoria del diritto di proprietà della Fondazione sugli immobili *de quibus* senza indennizzo e senza le garanzie procedurali proprie dello strumento espropriativo), sia l'art. 117, comma 2°, lett. l), Cost., incidendo nella materia dell'ordinamento civile, riservata allo Stato.

La norma impugnata viene dichiarata incostituzionale perché, essendo questa persona giuridica privata "del tutto estranea all'ordinamento sanitario regionale" va ad incidere sul suo patrimonio violando il parametro dell'ordinamento civile. Tra le pieghe della sentenza, dunque, sembrerebbe di poter leggere l'insussistenza di alcuna competenza concorrente -es. sanità- facendo così venire a mancare una *ragionevolezza intrinseca* della norma che avrebbe, forse, potuto salvarla da una declaratoria di incostituzionalità.

La sentenza in commento, invero con motivazione stringatissima, ascrive all'ordinamento civile, e quindi ritiene incostituzionale, la norma regionale che incideva sulla proprietà, ma solo nel senso che trasferiva ad una azienda sanitaria locale i beni mobili e immobili appartenenti ad una persona giuridica di diritto privato. Quando, naturalmente, la norma regionale avrebbe potuto essere dichiarata incostituzionale per l'altro motivo sollevato nel ricorso del Presidente

²⁷⁹ Cfr. CORTE COST., 28.4.2006, n. 173.

del Consiglio, e cioè perché disponeva l'espropriazione di una proprietà privata non accompagnata dalla corresponsione di un equo indennizzo.

Un caso simile ha avuto ad oggetto una disposizione regionale²⁸⁰ che prevedeva la soppressione di consorzi irrigui, anche privati, disponendone altresì la successione nei rapporti giuridici e amministrativi con enti pubblici economici (nella fattispecie, consorzi di bonifica), senza alcuna procedura di ablazione per pubblico interesse e conseguente corresponsione di indennizzi.

Distinguendo tra profili pubblicistici e profili privatistici di tali enti, la Corte²⁸¹ ritiene di dover bocciare la norma della Regione che “era ed è bensì competente a disciplinare le attività di bonifica, a programmarle sul territorio, a regolarne l'esercizio da parte degli enti pubblici e dei privati proprietari, a stabilire le modalità di gestione delle relative opere”. Pertanto, in astratto non è da escludersi che “la legge regionale potesse e possa anche dettare norme per disciplinare in modo nuovo forme di gestione, costitutesi nel tempo in epoche risalenti, di opere di interesse generale, come quelle di adduzione, di distribuzione, di utilizzo e di recupero delle acque, e di sistemi irrigui”.

Tuttavia, la norma impugnata non si limita a questo, bensì “dispone senz'altro la soppressione *ex lege* di organismi e di gestioni, anche di carattere privato, stabilendo che i consorzi di bonifica – enti pubblici economici a base associativa, (...) non solo subentrino nell'esercizio dei compiti e delle funzioni dei predetti organismi, ma succedano ad essi nei rapporti giuridici e amministrativi, dunque pure nella titolarità dei beni eventualmente posseduti, al di fuori di ogni procedura di eventuale ablazione per ragioni di interesse pubblico, con conseguente corresponsione di indennizzi”.

²⁸⁰ Cfr. l.r. Emilia-Romagna 23.4.1987, n. 16.

²⁸¹ Cfr. CORTE COST., 28.7.2004, n. 282.

In definitiva, nonostante possano venire in rilievo una competenza regionale residuale (agricoltura), una competenza esclusiva statale (tutela dell'ambiente) o una competenza concorrente (governo del territorio), assume carattere assorbente un parametro rimasto invariato nel passaggio alla riforma costituzionale del 2001 (ora "espresso nella riserva della materia 'ordinamento civile'"), "consistente nel divieto di alterare le regole fondamentali che disciplinano i rapporti privati".

La norma impugnata "pretende di incidere sulla stessa esistenza degli organismi privati di cui dispone la soppressione, e dunque sul nucleo irriducibile della loro autonoma sfera giuridica" violando altresì i principi costituzionali di autonomia e di salvaguardia della proprietà privata *ex art. 41* e della libertà di associazione *ex art. 18*.

2.4. Nuovi modelli familiari.

Il diritto privato della famiglia presenta, invero, una natura per così dire bifronte, nel senso che al carattere di non patrimonialità, cui si è soliti far corrispondere pressanti esigenze di uguaglianza, fanno da contraltare i veloci mutamenti sociali e culturali che, mettendo in crisi il modello tradizionale, dovrebbero impegnare reattivamente il legislatore nella ricerca di nuove risposte normative.

Solo recentemente, però, il legislatore statale è stato in grado di porre in essere una serie di misure volte a *ri-ordinare* il nuovo contesto familiare²⁸², dopo svariati anni di attesa. La previsione di nuovi modelli familiari, fondati su un vincolo matrimoniale senz'altro meno resistente, sul nuovo istituto dell'unione civile

²⁸² Ci si riferisce, *in primis*, alla l. 2.5.2016, n. 76, sulle unioni civili e le convivenze; alla l. 19.10.2015, n. 173, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare; alla l. 6.5.2015, n. 55, sulla riduzione dei tempi per la domanda di divorzio; al d. legis. 28.12.2013, n. 154, di revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione (che contiene, tra l'altro, il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni); alla l. 10.12.2012, n. 219, in materia di riconoscimento dei figli naturali.

ovvero su una semplice convivenza, ha non solo contribuito a trasportare nel XXI secolo il diritto di famiglia italiano, ma ha certamente allargato l'orizzonte normativo che le Regioni probabilmente non mancheranno di esplorare nel prossimo futuro.

Di sicuro, nell'inerzia del legislatore statale, prima di questa stagione di "attivismo", le Regioni non erano state a guardare, anche perché le relazioni familiari, a dispetto delle tendenze egalitarie, si sviluppano concretamente in un territorio circoscritto cui dovrebbe facilmente corrispondere un livello normativo inferiore rispetto a quello tradizionale.

L'attività legislativa regionale in questo ambito è riconducibile a quattro categorie²⁸³: a) norme statutarie; b) legislazione sociale; c) norme che sono *anche* di diritto privato; d) norme *apparentemente* di diritto privato.

Tra le prime bisogna preliminarmente distinguere gli statuti speciali dagli statuti ordinari giacché i primi hanno rango costituzionale *ex art. 116 Cost.*, mentre i secondi sono delle semplici leggi regionali, ancorché atipiche e rinforzate *ex art. 123 Cost.*

Soltanto gli statuti speciali, allora, potranno dettare "disposizioni privatistiche senza scontrarsi col limite del diritto privato, e senza essere sottoposti al controllo di ragionevolezza sulla disciplina così articolata"²⁸⁴: in questo caso, l'uguaglianza è costretta a cedere il passo all'autonomia *speciale*.

Al contrario, negli statuti ordinari si riproporranno le consuete dinamiche tra fonte regionale e fonte statale nel rispetto degli abituali parametri costituzionali, vuoi mediante l'enunciazione di mere dichiarazioni programmatiche riproducenti

²⁸³ Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 164.

²⁸⁴ Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 167: naturalmente, in assenza di una esplicita deroga statutaria, le regole del conflitto di leggi saranno quelle ordinarie.

principi di livello costituzionale o sovranazionale²⁸⁵, vuoi mediante norme che in qualche misura innovano il diritto privato nazionale.

Proprio di queste ultime, precipuamente in tema di convivenza *more uxorio*, ha avuto modo di occuparsi la Corte costituzionale, adottando un approccio molto pragmatico che se per certi versi appare forse sbrigativo, per altri ha senz'altro il pregio di interrogarsi sulla *natura* della norma impugnata.

La prima decisione²⁸⁶ ha avuto ad oggetto una disposizione dello Statuto della Regione Toscana che individua tra le finalità prioritarie dell'ente il "riconoscimento delle altre forme di convivenza"²⁸⁷, diverse dal matrimonio.

La Corte, invero, non arriva neppure a considerare se il parametro costituzionale dell'ordinamento civile (come lamentato dal Governo), ma si ferma ben prima. Ciò perché, all'enunciazione in esame, anche se inserita in un atto-fonte, non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica, atteso che non è ammissibile una sua equiparazione alle norme programmatiche della Costituzione e pertanto deve ritenersi addirittura insensato sottoporle ad un vaglio di costituzionalità. Gli statuti delle Regioni ordinarie, infatti, anche se costituzionalmente garantiti, devono "essere in armonia con i precetti ed i principi tuttora ricavabili dalla Costituzione"²⁸⁸.

In astratto (*rectius*: in una valutazione astratta dell'ordinamento civile come materia), la norma statutaria entra nel cuore del diritto privato e lo fa creando una nuova figura di *status*. In concreto (*rectius*: in una concezione concreta

²⁸⁵ Alcuni esempi: la libertà di iniziativa economica (St. Liguria, art. 2, lett. *k*); la tutela dell'integrità fisica e psichica della persona (St. Campania, art. 9, lett. *e*); il diritto alla riservatezza (St. Lazio, art. 6, comma 4°); il diritto alla vita (St. Veneto, art. 6, comma 1°, lett. *a*).

²⁸⁶ CORTE COST., 2.12.2004, n. 372.

²⁸⁷ Art. 4, comma 1°, lett. *h*).

²⁸⁸ Cfr. CORTE COST. 5.6.2003, n. 196, richiamata dalla sentenza in commento.

dell'ordinamento civile come limite)²⁸⁹, la norma statutaria non fa nulla di tutto ciò.

Se da una parte, allora, si può essere contenti dell'indagine compiuta dalla Corte che non si ferma alle apparenze, ma formula il proprio giudizio “in ragione della tipologia di valori, principi, tecniche, obiettivi che le norme sottendono”²⁹⁰; dall'altra, il prezzo pagato sembra essere veramente alto: le norme regionali, infatti, vengono spogliate della loro giuridicità e declassate a “convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto”.

Trattandosi di una sentenza di inammissibilità che, diversamente dalla sentenza interpretativa di rigetto non indica l'interpretazione salvifica²⁹¹, lasciando sopravvivere intatte le disposizioni statutarie impugnate, vi è da chiedersi quale ruolo esse potrebbero avere nel rapporto con la successiva legislazione regionale.

Sembra doversi ammettere che una successiva norma regionale privatistica non sarebbe coperta dallo statuto per una serie di motivi: innanzitutto, gli statuti non hanno forza costituzionale né possono attribuire alle Regioni competenze nuove; inoltre, le disposizioni statutarie sono comunque mere direttive; infine, gli statuti non possono considerarsi come delle piccole Costituzioni²⁹².

Nessun valore, se non prettamente simbolico allora? Non proprio. Si potrebbe, infatti, pensare, forse, ad un alleggerimento dell'onere della prova circa il superamento della “presunzione di illegittimità”, quanto meno nella fase di

²⁸⁹ In grado, cioè, di attraversare *trasversalmente* le competenze della Regione che potrebbe limitarsi -appunto- ad approvare normative che attribuiscano una qualche rilevanza allo *status* di convivente al fine di poter usufruire dei vantaggi derivanti da una legislazione sociale, edilizia, assistenziale: cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 174.

²⁹⁰ Cfr. V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 30.

²⁹¹ Distinguendo, cioè, tra disposizione e norma, intesa come interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione.

²⁹² R. BIN, *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 2005, 17.

valutazione della ragionevolezza intrinseca²⁹³. Va da sé che rimarrebbe impregiudicata ogni questione circa la ragionevolezza estrinseca della norma impugnata.

Una seconda decisione²⁹⁴ ha dichiarato la non incostituzionalità dello Statuto della Regione Umbria che, riconosciuti i diritti della famiglia, adotta non solo “ogni misura idonea a favorire l’adempimento dei compiti che la Costituzione le affida”, ma tutela altresì “ulteriori forme di convivenza”

Seguendo il medesimo *iter* argomentativo, anche tali proclamazioni vengono collocate sul piano delle mere dichiarazioni d’intenti o destinate ad imprimere, al più, una connotazione teleologica alla futura legislazione regionale. La disposizione impugnata, in altre parole, non ha alcuna idoneità lesiva.

Anche in questo caso, la sentenza esclude espressamente che tali disposizioni statutarie siano paragonabili alle c.d. norme programmatiche della Costituzione (che, tra l’altro, svolgono una funzione di integrazione e interpretazione delle norme vigenti), tuttavia sembra usare i medesimi argomenti che essa stessa utilizzava, almeno inizialmente, per ridurre a mere enunciazioni di principio le norme costituzionali di non immediato valore precettivo. Se un simile *révirement* avverrà anche per le disposizioni statutarie, solo il tempo potrà dirlo.

Nella seconda categoria di norme regionali in ambito familiare vi rientrano tutte quelle disposizioni *non* di diritto privato che, nell’ambito delle politiche sociali della Regione, lo lambiscono nella necessità di disciplinare l’azione degli enti a ciò preposti. Esse dunque non hanno alcun contenuto innovativo del diritto privato nazionale, ma se ne servono come presupposto della politica di *welfare*.

²⁹³ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Ordinamento civile e sindacato di legittimità costituzionale: è possibile una sentenza interpretativa di rigetto?*, in www.federalismi.it, 19,2005.

²⁹⁴ CORTE COST., 6.12.2004, n. 378.

Un esempio è senz'altro dato dalla l.r. Sicilia 20.3.2015, n. 6 (*Norme sulla discriminazione determinata dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere. Istituzione del registro regionale delle unioni civili*), la prima legge regionale ad occuparsi del tema, che, individuando come destinataria delle norme proprio la c.d. *famiglia anagrafica*²⁹⁵, istituisce il registro regionale delle unioni civili ed impone a tutti i comuni della Regione di adeguare i propri regolamenti al fine di garantire a tutti i cittadini, senza distinzione di sesso o di orientamento sessuale, e a tutti i nuclei familiari, comprese le unioni omosessuali, i servizi sociali erogati in sede locale. In particolare, con riferimento alle unioni omosessuali, la legge disegna il diritto dei componenti di quest'ultima ad accedere alle prestazioni sanitarie, facendo obbligo agli operatori sanitari di comunicare al compagno omosessuale dell'assistito ogni notizia sullo stato di salute dello stesso, ai fini delle relative decisioni²⁹⁶.

Facendo sempre riferimento alla nozione di famiglia anagrafica, anche la l.r. Emilia-Romagna 22.12.2009, n. 24, dopo aver proclamato, all'art. 48, comma 1°, il principio di non-discriminazione riconoscendo a tutti i cittadini degli Stati dell'Unione Europea il diritto di accedere alla fruizione dei servizi pubblici e privati in condizioni di parità di trattamento e senza discriminazione, diretta o indiretta, di razza, sesso, orientamento sessuale, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali; al comma 3°, dispone l'applicazione dei diritti generali dalla legislazione regionale sull'accesso ai servizi anche "alle forme di convivenza" di cui al d.p.r. n. 223/1989.

²⁹⁵ Ex art. 4 d.p.r. 30.5.1989, n. 223.

²⁹⁶ Così l'art. 4, comma 2°, l.r. n. 6/2015: "I componenti di un'unione civile registrata hanno il diritto senza alcun'altra formalità ad avere accesso alle strutture di ricovero e cura per ogni esigenza assistenziale e psicologica per ciascuno dei componenti dell'unione civile ed a ciascuno di essi gli operatori devono riferirsi per tutte le comunicazioni e disposizioni di legge relative allo stato di salute di ciascun componente".

Secondo l'Avvocatura dello Stato che impugna la disposizione, "il richiamo operato dal legislatore regionale alle «forme di convivenza», di cui al citato d.p.r. che, nel definire la «famiglia anagrafica», ricomprende «l'insieme delle persone legate da vincoli affettivi», eccederebbe le competenze regionali, comportando un'invasione della potestà legislativa esclusiva dello Stato nelle materie di «cittadinanza, stato civile e anagrafi» e dell'«ordinamento civile»»²⁹⁷.

Tuttavia, secondo la Corte, la censura si fonda su un presupposto interpretativo errato, ovvero il legislatore regionale avesse inteso disciplinare tali forme di convivenza. Al contrario, la norma impugnata si limita ad indicare "l'ambito soggettivo di applicazione dei diritti previsti dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni e agli interventi senza introdurre alcuna disciplina sostanziale delle forme di convivenza. Pertanto, essa risulta inidonea ad invadere ambiti costituzionalmente riservati allo Stato", mentre la decisione in commento mette in evidenza come sia possibile un approccio più distaccato al "problema" del diritto privato delle Regioni²⁹⁸.

Per un pregnante esempio di norme che sono *anche* di diritto privato che incidono su diritti e obblighi derivanti da determinati *status* familiari, classificabili nella terza categoria individuata, si rimanda al § 5.1, mentre per ora ci si concentrerà sull'ultima categoria di norme regionali familiari solo *apparentemente* di diritto privato.

Trattasi di norme che le Regioni emanano nell'ambito delle proprie competenze concorrenti o residuali (perlopiù sanità, assistenza, servizi sociali) che non sono idonee a "incidere sui rapporti intersoggettivi, dare luogo a diritti e

²⁹⁷ Cfr. CORTE COST., 12.1.2011, n. 8.

²⁹⁸ Era impugnato anche il comma 1° che nella tesi del ricorrente "introdurrebbe «un'ipotesi di obbligo legale a contrarre», incidendo così sull'autonomia negoziale dei privati", ma il richiamo a principi costituzionali e comunitari è dichiarato inidoneo a ledere alcuna competenza riservata allo Stato.

pretese reciproci, essere suscettibile di tutela giudiziale, innovare o integrare sul territorio regionale, regole e principi del diritto privato nazionale, o colmare lacune di esso”. Al contrario, esse “esauriscono la loro funzione nell’ambito dell’azione dell’ente, concorrendo ad individuarne presupposti, modalità, aventi diritto, criteri, tempi e quant’altro sia necessario regolare affinché la struttura organizzativa regionale assolva a funzioni e finalità che toccano, istituzionalmente l’ente”²⁹⁹.

In questo settore del diritto privato, la legislazione regionale si sostanziava in disposizioni che adottavano una nozione di “famiglia” più ampia di quella deducibile dall’art. 29 Cost., e di cui, con l’entrata in vigore della l. n. 76/2016, si dovrà forse ripensare la collocazione. In effetti, alla luce dei nuovi istituti introdotti nell’ordinamento, questo allargamento non sembra più necessario; di conseguenza, parrà forse più opportuno parlare nuovamente di norme rientranti nella legislazione sociale delle Regioni, incapaci ormai di innovare il diritto privato nazionale che, nel suo ultimo stadio evolutivo, è riuscito a *raggiungere* quelle normative regionali che si erano dimostrate più attente al mutato contesto socio-familiare.

Basterà sul punto fare l’esempio della l.r. Val d’Aosta 27.5.1998, n. 44 (*Iniziativa a favore della famiglia*) che, dopo aver riconosciuto “i diritti e il ruolo della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio con riferimento ai principi degli artt. 2, 3, 29, 30, 31, 32, 37, 38, 47 della Costituzione”³⁰⁰, nonché ai principi del proprio Statuto, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e della Convenzione sui diritti del fanciullo, procede a riconoscere altresì, ai fini della legge *de qua*, la “famiglia

²⁹⁹ Così. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 182.

³⁰⁰ Cfr. art. 1, comma 1°, l.r. Val d’Aosta n. 44/1998.

comunque formata”, come “formazione sociale primaria e soggetto di fondamentale interesse pubblico (...) fondata su legami socialmente assunti di convivenza anagrafica, di solidarietà, di mutuo aiuto, di responsabilità nella cura delle persone che la compongono e nell’educazione dei minori”³⁰¹.

Da questa *innovativa* nozione di famiglia, non discendono né diritti né obblighi reciproci tra i suoi componenti, bensì solo tra questi e gli enti regionali eroganti servizi assistenziali e sociali, in un tentativo di rendere effettivo, tra gli altri, il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.*³⁰². Peraltro, non si può fare a meno di notare come la Regione, più di 15 anni fa, abbia largamente anticipato sui tempi non solo il legislatore statale, ma anche la stessa Corte costituzionale³⁰³

Nel loro ruolo, certamente molto limitato, di *laboratorio*, molte Regioni si sono dimostrate più pronte a reagire alle trasformazioni della società, cercando in qualche modo di supplire all’inerzia del legislatore statale³⁰⁴. Ora che il diritto privato nazionale sembra essersi messo alla pari, solo il tempo potrà dire se e come le Regioni saranno in grado di ritagliarsi ulteriori spazi di autonomia in questo settore, facendosi di nuovo pungolo del legislatore statale qualora dovesse dimostrarsi ancora una volta indolente nei confronti delle esigenze di una società sempre più liquida³⁰⁵.

³⁰¹ Cfr. art. 1, comma 2°, l. r. Val d’Aosta n. 44/1998.

³⁰² Secondo A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 184, è la clausola di chiusura “ai fini della presente legge” a fornire legittimità costituzionale alla legge regionale in parola, dando formale espressione ad un intento non definitorio.

³⁰³ CORTE COST., 15.4.2010, n. 138, che proprio sull’art. 2 Cost. fonda l’unione omosessuale, “*intesa come stabile convivenza, (...) una formazione sociale, ossia una “forma di comunità”, “idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico”*”.

³⁰⁴ Cfr. l.r. Lombardia 6.12.19991, n. 23 che include nella famiglia anche il concepito, a fini assistenziali; reg. r. Lombardia 10.2.2004, n. 1 che include il convivente *more uxorio*, individuando però dei requisiti di stabilità della convivenza, a fini di edilizia residenziale pubblica; in maniera del tutto analoga anche la l.r. Piemonte 3.9.2001; nonché l.r. Campania 2.7.1997, n. 18, n. 22 che include altresì anche i conviventi non *more uxorio*, purché tale stabile convivenza sia dettata da finalità di assistenza materiale e morale.

³⁰⁵ Per usare un’espressione cara a Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, 2002 (trad. it. S. Minucci).

3. Le successioni: il maso chiuso.

Anche il settore delle successioni, come il diritto di famiglia, è attraversato da forti istanze di uguaglianza, ma in questo caso la circostanza che le competenze legislative delle Regioni non offrano *sponde* costituzionali astrattamente idonee a intaccare la clausola dell'ordinamento civile, lo rende senz'altro ancor meno cedevole rispetto all'esercizio di un'autonomia pubblica regionale.

Così possono darsi norme regionali che *emulano* il diritto privato all'interno di procedure amministrative³⁰⁶ oppure che lo integrano precisandone modalità esecutive o presupposti³⁰⁷.

Un caso decisamente *sui generis* è rappresentato dalla legislazione della Provincia di Bolzano in tema di "maso chiuso" su cui vale la pena soffermarsi brevemente.

Com'è noto, per "maso chiuso" (*geschlossener Hof*) si intende un'azienda agricola, tipica del Sud-Tirolo, "costituita da una certa estensione di terreno, corredato da fabbricati, sufficiente per l'insediamento ed il conveniente mantenimento di una famiglia rurale"³⁰⁸.

In questo territorio, l'istituto del maso chiuso, così già detto fin dal 1795, è stato per lunghi secoli regolato dalla consuetudine, e venne ufficialmente disciplinato per la prima volta dalla *Tiroler Landes ordnung* del 1526, cui seguirono le "Patenti Imperiali" emanate fra il 1770 e il 1795 e, infine, dalla l.p.

³⁰⁶ Prevedendo la successione del convivente *more uxorio* nella (domanda di) assegnazione di alloggi ERP: cfr. art. 26 l.r. Valle d'Aosta 4.9.1995, n. 39; art. 17 l.r. Molise 4.8.1998, n. 12.

³⁰⁷ Ad esempio, integrano la l. 30.3.2001, n. 130 (*Disposizioni in materia di cremazione e dispersione delle ceneri*), la l.r. Liguria 4.7.2007, n. 24, che in mancanza di manifesta scelta del defunto del luogo di dispersione delle proprie ceneri, dispone che quest'ultimo sia scelto dal coniuge o dal parente più prossimo individuato *ex artt. 74, 75, 76 e 77* cod. civ. Cfr. in maniera analoga, l.r. Lombardia 18.11.2003, n. 22, l.r. Emilia-Romagna 29.7.2004, n. 19.

³⁰⁸ Cfr. G. GABRIELLI, voce «Maso chiuso», nel *Digesto Disc. priv., sez. civ.*, XI, Utet, 1994, 205 ss. e, più di recente, M.V. MACCARI, *La prelazione a favore del comproprietario nella disciplina dei masi chiusi*, nota a CASS., 28.5.2008, n. 14000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1448 ss.

tirolese 12.6.1900, n. 47, rimasta in vigore, nei territori trasferiti all'Italia, fino al 1929. Infatti, con il r.d. 4.11.1928, n. 2325 e il r.d. 28.3.1929, n. 499, veniva estesa alle “nuove province” la legislazione civile del Regno d'Italia, e la regola dell'indivisibilità era nuovamente affidata alla consuetudine³⁰⁹. In seguito alla conclusione del secondo conflitto mondiale, la disciplina del maso chiuso trovò dignità statutaria³¹⁰ e attribuita alla potestà legislativa delle due Province Autonome di Trento e Bolzano.

Proprio questa configurazione teleologica dell'istituto in parola ne scoraggia una libera disponibilità in capo al *dominus* che, infatti, è decisamente ostacolata da norme imperative che, tra l'altro, impediscono, per quello che qui più interessa, che la proprietà del maso, alla morte del proprietario, venga devoluta ad un solo soggetto, detto “assuntore” per preservare l'integrità del fondo³¹¹, ma in spregio ai più elementari principi di diritto successorio³¹².

In questo senso, possono senz'altro ricordarsi in particolare l'art. 11 l.p. Bolzano 29.11.2001, n. 17, secondo cui: “Nella divisione del patrimonio ereditario il maso chiuso, comprese le pertinenze, va considerato unità indivisibile e non può essere assegnato che ad un unico erede o legatario oppure ad un'unica erede o legataria”. Oppure anche la previsione dell'art. 14, comma 1°, lett. *d*), l.p. cit., che, in caso di successione legittima, esprime un chiaro disfavore contro l'assunzione da parte del coniuge superstite, preferito a tutti gli altri parenti solo “se dall'ultima assunzione del maso sono passati cinque anni o se da almeno

³⁰⁹ Cfr. G. GABRIELLI, voce «Maso chiuso», cit., 205.

³¹⁰ E, dunque, dignità costituzionale: cfr. art. 11, comma 1°, n. 9, l. cost. 26.2.1948, n. 5 (cfr. anche art. 8, comma 1°, n. 8, d.p.r. 31.8.1972, n. 670 - *Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*).

³¹¹ Sarebbe proprio questa l'essenza stessa dell'istituto, secondo G. GABRIELLI, voce «Maso chiuso», cit., 206.

³¹² La disciplina previgente, contenuta nel T.U. 28.12.1978, n. 32, conteneva profili ancor più discriminatori, atteso che per l'eventualità di concorso di più coeredi appartenenti alla medesima categoria di successibili, era attribuita priorità a quelli di sesso maschile (e tra questi, a quello più anziano)

cinque anni ha collaborato alla conduzione del maso, considerando il lavoro domestico svolto nel maso quale collaborazione alla sua conduzione”.

La Corte costituzionale italiana si è trovata più volte a vagliare la legittimità della legislazione bolzanina³¹³, ma ha sempre ritenuto che le “specificità locali, stratificatesi nella tradizione preesistente al diritto nazionale”³¹⁴, giustifichino una “peculiare dilatazione della competenza legislativa provinciale (...) funzionale alla conservazione dell’istituto nelle sue essenziali finalità e specificità”³¹⁵. Una sorta di limite *interno* che se non viene superato consente di ritenere costituzionalmente legittima la norma provinciale.

Certo, la legge provinciale trova una diversa copertura costituzionale data dalla specialità dello statuto della Regione Trentino-Alto Adige, e dunque simili esperimenti non sembrano certo replicabili nelle altre Regioni. Tuttavia, questa osservazione può essere ridimensionata³¹⁶.

Sul piano formale, invero, non possiamo dimenticare che la riforma costituzionale del 2001, in alcune sue parti, assegna alle Regioni a statuto ordinario competenze legislative che in alcuni casi possono anche risultare più ampie di quelle delle Regioni a statuto speciale. Di ciò ne era perfettamente consapevole lo stesso legislatore costituzionale che all’art. 10 l. cost. 18.10.2001,

³¹³ Cfr. CORTE COST., 10.5.2010, n. 173; CORTE COST., 7.12.2006, n. 405; CORTE COST., 18.10.1996, n. 340; CORTE COST., 23.6.1965, n. 55; CORTE COST., 25.6.1956, n. 4.

³¹⁴ Così F. VIGLIONE, *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2013, 395, che rileva come al regionalismo italiano sia del tutto estraneo il bilanciamento (dibattuto invece in altri ordinamenti - autenticamente - federali) tra “esigenze di unitarietà” dell’ordinamento e “forme di competizione tra diversi [sub]ordinamenti”, Un bilanciamento, peraltro, ben rappresentato dai casi *Swift v. Tyson*, 41 US 1 (16 Pet) (1842) e *Erie R.R. v. Tompkins*, 304 US 64 (1938): ID., *op ult. cit.*, 393.

Per un suggestivo parallelismo tra l’istituto del maso chiuso e le ragioni del *derecho foral* in Spagna, anche con riferimento ai rispettivi limiti evolutivi, cfr. A.M. BENEDETTI, *op. cit.*, 192.

³¹⁵ Cfr. CORTE COST., n. 173/2010, cit.

³¹⁶ Sull’orientamento che ritiene gli statuti speciali comunque subordinati alla Costituzione, cfr. G. GABRIELLI, voce «Maso chiuso», nel *Noviss. Digesto it., App.*, IV, Utet, 1983, 1171 ss.

Peraltro, la circostanza che lo statuto speciale sia approvato con legge costituzionale, anche dopo la riforma costituzionale del 2001, in verità, dovrebbe rappresentare un *vulnus* all’autonomia delle Regioni speciali, al cospetto di quelle, ordinarie, che invece possono approvare i propri statuti con legge regionale.

n. 3, ha infatti previsto che “sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della presente legge costituzionale si applicano anche alle Regioni a statuto speciale ed alle province autonome di Trento e di Bolzano per le parti in cui prevedono *forme di autonomia più ampie* rispetto a quelle già attribuite”.

E la dicotomia statuto ordinario/statuto speciale si attenua ancora di più se solo si pone mente all'art. 116, comma 3°, Cost., che consente alle Regioni ordinarie di vedersi attribuite “*ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie di cui al terzo comma dell'articolo 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s) (...)*”. Proprio per questo motivo, si preferisce ormai parlare di un regionalismo *differenziato* “volto ad esaltare e valorizzare le potenzialità intrinseche di ciascuna Regione”³¹⁷.

Sul piano sostanziale, invece, questa nuova concezione del regionalismo italiano trova concreto fondamento nell'attenuarsi delle originarie ragioni giustificatrici delle specialità regionali³¹⁸, ormai sufficientemente superate dalla Storia.

Tutto ciò per dire che, anche in ambiti come (la famiglia e) le successioni dove il principio di uguaglianza trova la sua massima espansione, l'asserita unità del diritto privato nazionale trova eccezioni territoriali non di scarso rilievo che per di più non compromettono, come si potrebbe temere, la tenuta del sistema.

Anzi, proprio il regionalismo differenziato, insieme ai già ricordati principi costituzionali, dovrebbero facilitare la formazione di una nuova, più distaccata, *forma mentis* dell'interprete (*in primis*, del Giudice delle Leggi). Un approccio siffatto alla normativa privatistica delle Regioni, che - beninteso - dimostrino di

³¹⁷ T.E. FROSINI, *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2008, 447.

³¹⁸ Tendenze separatiste per Sicilia e Sardegna, tutela di minoranze linguistiche per Valle d'Aosta, Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia.

aver adottato tutte le *cautele operative* di cui si è già dato conto, consentirebbe di formulare un giudizio scevro di *pre-giudizi*, per giungere non necessariamente ad una declaratoria di non incostituzionalità della legge regionale di turno, ma anche solo per approdare ad *iter* argomentativi più convincenti e orientamenti meno incerti.

4. La proprietà.

Il diritto privato regionale sembra trovare terreno fertile nell'area dei diritti reali forse perché proprio nella relazione con il territorio si rivela la ragion d'essere della Regione. E non dev'essere allora un caso che nell'ente territoriale per eccellenza si perpetui così quel rapporto tra diritto e territorialità che altrove sembra affievolirsi sempre di più³¹⁹.

Nella conformazione della proprietà si radicano *realità* locali che l'ordinamento ha saputo accogliere per conservarne la tradizione e senza per questo risulturne danneggiato. Si pensi, ad esempio, all'istituto del maso chiuso (di cui si è appena dato conto nel paragrafo precedente) oppure al regime tavolare che tutt'ora convive con il sistema di pubblicità immobiliare basato sulla trascrizione³²⁰.

³¹⁹ Cfr. F. VIGLIONE, *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2013, 387 ss., che, tra l'altro, rileva che il "processo di spontanea riorganizzazione territoriale della sfera giuridica si è manifestato, prevalentemente, nella prospettiva della globalizzazione", con ciò rendendo apparentemente "anacronistica, se non proprio in totale controtendenza" qualsiasi attività normativa destinata, per natura, ad avere una limitata efficacia nello spazio.

D'altra parte, proprio la decadenza del monopolio statale della produzione normativa (causa ed effetto della globalizzazione giuridica), deve aver contribuito all'espansione del diritto (privato), per una sorta di eterogenesi dei fini, anche nella direzione opposta a quella dell'armonizzazione.

³²⁰ Negli ex territori dell'Impero Austro-Ungarico passati all'Italia alla fine del primo conflitto mondiale, ovvero le province di Trento, Bolzano, Trieste, Gorizia, nonché alcuni comuni delle province di Udine, Brescia, Belluno e Vicenza.

In questo settore del diritto privato, in effetti, le Regioni possiedono un titolo di legislazione peculiare che consentirebbe di superare la prima fase del test di ragionevolezza con relativa facilità ovvero la materia “governo del territorio”³²¹.

Questa dimensione concreta del diritto di proprietà trova poi *conforto* normativo sia nell’art. 42 Cost., che delega alla legge³²² la disciplina della sua funzione sociale, sia in quelle disposizioni codicistiche che rimandano a leggi speciali, regolamenti e usi locali³²³. Insomma, la compresenza tra legge statale e *lex rei sitae* sembra un dato acquisito a livello normativo che dà per scontato, anzi per necessario, il coinvolgimento di una seconda fonte³²⁴ per conformare un diritto che la Costituzione funzionalizza ma non definisce e che il codice definisce in maniera del tutto astratta.

Proprio l’art. 832 cod. civ. circo-scrive i limiti del diritto in parola richiamando quelli “stabiliti dall’ordinamento giuridico”, una formula che indica larghezza e flessibilità³²⁵. L’*elasticità* della proprietà, in fondo, è proprio questo.

Inoltre, il diritto di proprietà ha ormai perso i connotati di assolutezza e inviolabilità (ora riservati ai diritti fondamentali della persona) e anche per questo motivo la trasversalità del principio di uguaglianza risulta fortemente limitata.

³²¹ Che sembra consacrare quelle materie in cui, già prima della riforma costituzionale del 2001, le Regioni godevano di potestà legislativa: agricoltura, miniere, cave, torbiere, edilizia, urbanistica. Proprio l’agricoltura ha costituito uno dei primi banchi di prova del diritto privato regionale in tema di enfiteusi e proprietà agricola, come rilevato da M. MALO, *op. cit.*, 884 ss.

³²² Con ciò potendosi intendere anche la legge regionale, come evidenziato nel § 1. E, tra le altre, anche da CORTE COST., 7.11.1994, n. 379: “se è vero che le regioni non hanno competenza a legiferare in materia di diritto privato, tale preclusione concerne i rapporti intersoggettivi da cui i diritti stessi derivano, mentre, per quanto attiene alla normazione conformativa del contenuto dei diritti di proprietà allo scopo di assicurarne la funzione sociale, la riserva di legge stabilita dall’art.42 della Costituzione può trovare attuazione anche in leggi regionali nell’ambito delle materie indicate dall’art. 117 della Costituzione”, che richiama tra l’altro CORTE COST., 11.7.1989, n. 391 (la sentenza *Mengoni*, cit., § 1).

³²³ Cfr., ad esempio, gli artt. 871, 872, 873 cod. civ.

³²⁴ Seconda, ma non secondaria (non necessariamente quantomeno).

³²⁵ Cfr. P. RESCIGNO, voce «Proprietà (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1998, 269.

Come si vede, le interferenze tra i diversi livelli normativi sono molteplici e la relazione della Regione con il proprio territorio si estende dalla città alla campagna, ovvero sia in ambito urbanistico sia nella disciplina di attività di caccia, pesca, raccolta...

Della prima categoria, un caso certamente degno di nota è rappresentato dalla l.r. Veneto 23.4.2004, n. 11, che consentiva, tra l'altro, al piano regolatore generale di stabilire distanze tra gli edifici *minori* rispetto a quelle previste dalla disciplina nazionale³²⁶. Il giudice costituzionale³²⁷, dimostra sagacia nel rigettare entrambe le prospettazioni, dello Stato e della Regione, che in virtù di un approccio *materiale* ritenevano la legge regionale rispettivamente sconfinare nell'ordinamento civile o rimanere nell'area del governo del territorio (precipuamente del diritto urbanistico). Al contrario, procede ad una valutazione minuziosa della disciplina regionale³²⁸, innanzitutto, collocando immediatamente la disciplina delle distanze fra costruzioni all'interno della clausola dell'ordinamento civile perché “attiene in via primaria e diretta ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi. In caso di sua violazione, la tutela dei diritti su di essa fondati, assicurata davanti al giudice ordinario, può essere suscettibile di esecuzione in forma specifica”.

Un'analisi in concreto e non astratta dunque che può essere tuttavia derogata “poiché i fabbricati insistono su di un territorio che può avere rispetto ad altri – per ragioni naturali e storiche – specifiche caratteristiche” e quindi “la disciplina

³²⁶ Quindi, l'art. 873 cod. civ. secondo cui “le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri, salva la maggiore distanza che può essere stabilita nei regolamenti locali” e il d.m. 2.4.1968, n. 1444, che ha stabilito, per i nuovi edifici, la distanza minima assoluta di dieci metri tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti”.

³²⁷ Cfr. CORTE COST., 16.5.2005, n. 232.

³²⁸ Loda il ragionamento della Corte F. VIGLIONE, *op. ult. cit.*, 411, nt. 46, secondo cui “è proprio l'attento lavoro di cesello operato dai giudici della Corte costituzionale l'unico strumento in grado di definire in maniera corretta, e nei singoli casi, la ripartizione di competenze tra diversi livelli di normazione”.

che li riguarda – ed in particolare quella dei loro rapporti nel territorio stesso” può esorbitare dai limiti propri dei rapporti interprivati e toccare anche interessi pubblici. È proprio per “l’influenza che le peculiarità dei diversi insediamenti possono avere che lo stesso codice civile, ancor prima della Costituzione, ha attribuito rilievo ai regolamenti locali, in un’epoca in cui unica fonte di normativa primaria era lo Stato”.

L’urbanistica e l’edilizia, d’altro canto, certamente rientrano nella competenza legislativa concorrente del governo del territorio. Tuttavia “in quanto titolari di competenza concorrente e non residuale riguardo ad una materia che, relativamente alla disciplina delle distanze, interferisce con altra di spettanza esclusiva dello Stato, le Regioni devono esercitare le loro funzioni nel rispetto dei principi della legislazione statale”. Tra questi, si annovera senz’altro quello secondo cui “la distanza minima sia determinata con legge statale, mentre in sede locale, sempre ovviamente nei limiti della ragionevolezza, possono essere fissati limiti *maggiori*”.

Peraltro, “l’ordinamento statale consente *deroghe alle distanze minime* con normative locali, purché però siffatte deroghe siano previste in strumenti urbanistici funzionali ad un assetto complessivo ed unitario di determinate zone del territorio”³²⁹. Tali deroghe, per superare il vaglio di costituzionalità, “devono attenere agli assetti urbanistici e quindi al governo del territorio e non ai rapporti tra vicini isolatamente considerati in funzione degli interessi privati dei proprietari dei fondi finitimi”.

Non era questo il caso della legge veneta che aveva ben poco a che fare con l’attività pianificatoria dell’amministrazione e che invece concedeva al

³²⁹ Tali principi si ricavano dall’art. 873 cod. civ. e dall’ultimo comma dell’art. 9 d.m. 2.4.1968, n. 1444.

proprietario del fondo confinante di costruire (o mantenere) il proprio fabbricato ad una distanza da quello preesistente inferiore a quella stabilita dalla disciplina nazionale, con il solo rispetto della prescritta distanza dal confine. In questo senso, dunque, la norma regionale fallisce il test della ragionevolezza intrinseca, non trovando una connessione con una materia di competenza regionale. Tuttavia, la Corte, operando con il bisturi e non con la scure, espone con chiarezza quali sono i limiti della potestà legislativa regionale in tema di distanze tra gli edifici, al contempo chiarendo che una simile potestà può legittimamente esistere.

Un altro caso sicuramente interessante è costituito dalla l.r. Liguria 6.6.2008, n. 16, che all'art. 19, comma 2°, dispone la non assoggettabilità a contributi di costruzione dei parcheggi di nuova costruzione purché venga formalizzato e trascritto l'atto di asservimento a garanzia del vincolo di pertinenzialità del parcheggio rispetto all'unità immobiliare³³⁰.

Sulle implicazioni di una legge regionale che preveda un obbligo di trascrizione e per di più di un atto non rientrante nell'elenco dell'art. 2643 cod. civ. si rimanda ai paragrafi successivi³³¹. Ciò che interessa, in questa sede, è registrare come la legge *de qua* si ponga, in astratto almeno, in contrasto con la l. 28.11.2005, n. 246³³² di "liberalizzazione" delle aree destinate a parcheggio³³³.

Da una parte, la legge statale prevede che i parcheggi di nuova costruzione non siano gravati, *ex lege*, da vincoli pertinenziali o da diritti d'uso e che siano

³³⁰ La cui legittimità costituzionale è stata oggetto del giudizio di CORTE COST., 14.12.2009, n. 318.

³³¹ Cfr. § 6.

³³² Cfr. art. 12, comma 9°, l. 28.11.2005, n. 246: "Gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma *non* sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse".

³³³ Questione sollevata invero (non dalla Avvocatura dello Stato, ma) da L. D'ANGELO, "Diritto privato delle Regioni": quale compatibilità costituzionale, in www.forumcostituzionale.it, che rileva la portata *eversiva* dell'ordinamento civile di tali norme regionali. Senz'altro più possibilista, invece, A.M. BENEDETTI, *Atti soggetti a trascrizione, parcheggi e potestà legislativa delle Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 813 ss.

trasferibili autonomamente dalle unità immobiliari. Dall'altra, la legge regionale dispone che il costruttore sia esonerato dal pagamento degli oneri di costruzione qualora *scelga* di effettuare l'asservimento del parcheggio all'unità immobiliare (con relativa trascrizione dell'atto)³³⁴.

È chiaro che il potenziale contrasto non si verificherebbe con la legge statale in quanto tale³³⁵, bensì in quanto questa possa essere considerata portatrice di un principio generale del diritto privato nazionale salvaguardato dalla clausola costituzionale dell'ordinamento civile.

In verità, non sembra potersi ravvisare nella norma statale un *divieto* di asservire i parcheggi realizzati a “vincoli pertinenziali di sorta”, bensì soltanto il venir meno di un modo di costituzione *legale* di tali vincoli, impregiudicata ogni facoltà dell'autonomia privata di prevederne la costituzione su base volontaria appunto³³⁶.

Inoltre, si potrebbe dubitare che un tale preteso divieto possa assurgere a principio del diritto privato nazionale insuscettibile di deroghe territoriali³³⁷. Anzi, a ben vedere, una conformazione regionale del diritto di proprietà potrebbe, a certe condizioni, anche reintrodurre il vincolo pertinenziale abolito dalla l. n. 246/2005. Una simile eccezione sarebbe senz'altro ragionevole intrinsecamente i

³³⁴ La Regione Liguria, anzi, sembra aver compreso a fondo un principio fondamentale della c.d. economia comportamentale ovvero l'inerzia dell'individuo e la conseguente importanza dell'opzione di *default* (in questo caso il costruttore *inerte* è costretto a pagare il contributo). Per questa e altre ipotesi in cui una ponderata costruzione della norma, pur salvaguardando la libertà di scelta del soggetto, riesce comunque ad indirizzarne la volontà, a maggior tutela del bene comune, cfr. R.H. THALER-C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Revised and Expanded Edition, Penguin Books, 2009.

³³⁵ Il rapporto tra le due fonti legislative, statale e regionale, è infatti disciplinato dal criterio di competenza non di gerarchia.

³³⁶ *Contra*, L. D'ANGELO, *op. cit.*, secondo cui la norma regionale sarebbe “doppiamente derogatoria” sia perché contrastante con l'art. 12, comma 9°, l. n. 246/2005, sia perché “legittimante i privati a costituire diritti reali atipici” come il diritto reale d'uso sugli spazi pertinenziali a parcheggio. Non sembra comunque di poter aderire a questa tesi non fosse altro che pare mettere ad un livello sovraordinato la legge statale rispetto alla legge regionale, dando per scontato che la prima rientri *tout-court* nell'ordinamento civile, con ciò compiendo un salto logico non indifferente.

³³⁷ Cfr. A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 819 s.

quanto strettamente connessa con il “governo del territorio”; e, d’altro canto, con riguardo alla ragionevolezza estrinseca, si potrebbe fare a meno di chiamare in causa il principio di uguaglianza in settori, per così dire, marginali del diritto privato. Ciò anche in considerazione del fatto che la stessa legislazione statale in materia non sembra avere grandi aspirazioni di uniformità e perciò di uguaglianza (se così si vuole declinarla) quando prevede l’esistenza di diverse tipologie di parcheggio, assoggettate a regimi giuridici differenziati tra di loro³³⁸.

Un ultimo caso da riportare è quello, già citato³³⁹, della l.r. Toscana 4.5.1989, n. 25, che prevede un obbligo dell’assegnatario in favore di un terzo (il condominio), integrando così la disciplina codicistica secondo cui il condominio ha come debitore solo i condomini ma non i conduttori. La norma, infatti, stabiliva l’obbligo dei conduttori di pagare all’amministratore nonché la legittimazione di questi ad agire in giudizio contro gli assegnatari morosi.

Nel caso di specie, la norma regionale non incidereva il rapporto tra l’ente pubblico, proprietario dell’alloggio, ed il condominio, bensì integrava la disciplina civilistica, anziché derogarla, sul rapporto tra l’assegnatario in locazione ed il condominio.

³³⁸ Ovvero: “a) i parcheggi soggetti ad un vincolo pubblicistico di destinazione, produttivo di un diritto reale d’uso in favore dei condomini e di un vincolo pertinenziale *ex lege* che non ne esclude l’alienabilità separatamente dall’unità immobiliare, disciplinati dall’art. 18 della legge n. 765 del 1967 (art. 41 sexies della legge n. 1150 del 1942); b) i parcheggi soggetti al vincolo pubblicistico d’inscindibilità con l’unità immobiliare, introdotti dall’art. 2 della l. n. 122 del 1989, assoggettati ad un regime di circolazione controllata e di utilizzazione vincolata e, conseguentemente non trasferibili autonomamente; c) i parcheggi non rientranti nelle due specie sopra illustrate, perché realizzati in eccedenza rispetto agli spazi minimi inderogabilmente richiesti dalla disciplina normativa pubblicistica, ad utilizzazione e a circolazione libera; d) i parcheggi disciplinati dall’art. 12, comma 9, della l. n. 246 del 2005 di definitiva liberalizzazione del regime di circolazione e trasferimento delle aree destinate a parcheggio ma con esclusivo riferimento al futuro, ovvero alle costruzioni non ancora realizzate e a quelle per le quali non sia ancora intervenuta la stipulazione delle vendite delle singole unità immobiliari, al momento della sua entrata in vigore”: cfr. CASS., 1.8.2002, n. 21003.

³³⁹ CORTE COST., 6.11.2001, n. 352; cfr. anche § 1. Si ricorderà che questa sentenza segna il punto di massima apertura della giurisprudenza costituzionale sulle competenze legislative delle Regioni in ambito privatistico, prima della riforma costituzionale del 2001.

In questo senso, “il denunciato vizio di incostituzionalità deve essere escluso, da un lato, per la stretta connessione della norma censurata con la materia dell'edilizia residenziale pubblica (...); e, dall'altro, per la finalità della normativa censurata, mirante ad agevolare l'amministrazione dell'ente pubblico proprietario dell'alloggio, esonerandola dalla gestione dei servizi definiti «a rimborso».

In sostanza, l'obbligo dell'assegnatario in locazione di pagare il costo di tali servizi direttamente al condominio è correlato al beneficio dell'assegnazione, e si inserisce quindi nel contesto della disciplina di quest'ultima, pur con effetti indiretti sulla posizione del condominio, estraneo al rapporto di assegnazione.

D'altra parte, la norma censurata resiste alla verifica di *ragionevolezza*, perché l'aggravamento della posizione dell'assegnatario, obbligato direttamente nei confronti del condominio e non soltanto nei confronti dell'ente gestore, va considerato nel contesto del beneficio consistente nel godimento dell'alloggio assegnato, connotato, tra l'altro, da un canone sociale, come tale meno gravoso. E, per converso, la posizione del condominio risulta arricchita di una facoltà (di rivolgersi direttamente all'assegnatario in locazione per il pagamento dei servizi a rimborso), che lascia integra la posizione dell'ente e *non è in contrasto con la disciplina codicistica del condominio*, e *non è neppure incoerente rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni e del contratto*, la quale (nella fattispecie della delegazione cumulativa) conosce la possibilità che al terzo creditore sia assegnato un nuovo debitore”.

Nella seconda categoria vi rientrano quelle leggi regionali legate al territorio ancora più strettamente, in modo quasi atavico³⁴⁰. Si tratta di norme che, sfruttando la riserva di legge contenuta nell'art. 922 cod. civ. e la vaghezza delle

³⁴⁰ Parla di connessione, più che con il “territorio”, con la “terra” A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 271.

formule degli articoli seguenti, integrano, specificano, individuano con maggior dovizia di particolari i modi di acquisto della proprietà di quei beni che, per natura, subiscono l'influenza dei luoghi in cui si trovano: cacciagione, pescato, funghi, tartufi, piante tipiche *etc.*

Norme certamente di diritto privato, anche molto antiche, di cui non si è mai sospettato l'incostituzionalità forse perché, magari inconsciamente, se ne è sempre riconosciuta la ragionevolezza.

Così, ad esempio, l'istituto dell'occupazione *ex art.* 923 cod. civ. è legittimamente integrato dall'art. 16 l.r. Piemonte 29.12.2006, n. 37, secondo cui: "1. Costituisce legittimo esercizio di pesca ogni atto diretto alla cattura della fauna acquatica mediante l'impiego di attrezzi e modalità consentite. 2. La fauna acquatica trattenuta appartiene a chi legittimamente la cattura".

Una disciplina integrativa dei modi di acquisto a titolo originario si trova anche nella l.r. Campania 24.7.2007, n. 8, che consente ai proprietari e ai conduttori di fondi pubblici e privati di interdire la raccolta dei funghi epigei spontanei commestibili mediante opportuna delimitazione ed apposite tabelle recanti l'esplicito divieto³⁴¹. Oppure ancora nella l.r. Abruzzo 8.11.2006, n. 34, che stabilisce un diritto di riserva esclusivo di raccolta funghi a favore dei residenti nelle terre civiche rese identificabili da tabellazione lungo le strade di accesso³⁴². In maniera del tutto analoga, la l.r. Liguria 13.8.2007, n. 27, concede al proprietario, singolo od associato anche mediante la partecipazione ai consorzi, di riservarsi la raccolta di funghi "con la semplice apposizione di cartelli e tabelle lungo il confine dei terreni ad una distanza tale che essi risultino visibili da ogni

³⁴¹ "Le tabelle, esenti da tassa, sono collocate ad almeno 1,80 metri da terra e poste ad una distanza non superiore ai 150 metri e visibili contigualmente. È in ogni caso vietata la costituzione di riserve private di raccolta di funghi epigei spontanei commestibili a pagamento": cfr. art. 7, comma 4°, l.r. Campania n. 8/2007.

³⁴² Cfr. art. 7, comma 1°, l.r. n. 34/2006.

punto di accesso ed in modo che da ogni cartello siano visibili tanto il precedente che il successivo”³⁴³.

Rimanendo in ambito micologico, anche la raccolta di tartufi compare più volte nella legislazione regionale come nella l.r. Toscana 11.4.1995, n. 50, dov'è disciplinate non solo la ricerca e la raccolta (con l'usuale *ius excludendi alios*), ma anche i presupposti per ottenere l'idoneità alla raccolta e financo le modalità di commercializzazione³⁴⁴.

Una legge portata all'attenzione della Consulta³⁴⁵ è stata la l.r. Umbria 26.5.2004, n. 8³⁴⁶ che indicando limiti minimi di presenza del tartufo per ettaro, ai fini della sussistenza del requisito della presenza diffusa, e limiti massimi di estensione delle tartufaie controllate, derogherebbe, a sua volta, ai principi fondamentali fissati dalla legge statale³⁴⁷ ed inciderebbe nella materia dell'ordinamento civile, alterando indirettamente il regime della proprietà dei tartufi, che non segue la proprietà del fondo ma spetta a coloro che le conducono³⁴⁸.

Con una disinvoltura dimostrata solo raramente, la Corte non si ferma alle apparenze, bensì analizza nel dettaglio la disciplina regionale che, in parte qua, viene fatta salva anche grazie all'abbandono dell'approccio materiale. Infatti, La legge-quadro si limita a definire le tartufaie controllate in maniera del tutto generica “di per sé insuscettibile di pratica applicazione”, sicché “non può che spettare alle Regioni, in base alle regole di riparto della competenza nelle materie

³⁴³ Cfr. art. 2, comma 2°, l.r. Liguria n. 27/2007. L'articolo successivo estende, per così dire, le facoltà proprietarie anche a “famigliari e dipendenti regolarmente assunti” che dunque “possono procedere alla raccolta dei funghi sul fondo stesso senza limiti di quantità”.

³⁴⁴ Cfr. artt. 3, 10, 14 l.r. n. Toscana n. 50/1995.

³⁴⁵ Cfr. CORTE COST., 1.6.2006, n. 212.

³⁴⁶ La cui disciplina è ora contenuta nel T.U. Agricoltura approvato con l.r. 9.4.2015, n. 12.

³⁴⁷ Trattasi della legge-quadro 16.12.1985, n. 752 (*Normativa quadro in materia di raccolta, coltivazione e commercio dei tartufi freschi o conservati destinati al consumo*).

³⁴⁸ Per quanto riguarda quelli prodotti nelle tartufaie coltivate o controllate.

di legislazione concorrente, la normativa di dettaglio diretta alla concreta individuazione dei requisiti per il riconoscimento di tartufaia controllata”.

Peraltro, stando così le cose, “non può certamente ritenersi precluso alle medesime Regioni di fissare limiti massimi, in relazione alle specifiche caratteristiche del territorio regionale, onde evitare una eccessiva compressione del principio fondamentale della libera raccolta nei boschi e nei terreni non coltivati”.

In definitiva, la norma impugnata, specificando esclusivamente requisiti e limiti delle tartufaie controllate, non incide di per sé sulla spettanza della proprietà dei tartufi, che resta, invece, disciplinata dalle norme di principio dettate dalla legislazione statale, con ciò escludendo qualsiasi violazione del *limite* dell’ordinamento civile.

5. Le obbligazioni.

Richiamando brevemente l’insegnamento della sentenza n. 391/1989, secondo cui la “preclusione al potere legislativo regionale di interferenze nella disciplina dei diritti soggettivi riguarda i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull’adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale, (...)” sembrerebbe che i margini di operatività di una normazione privatistica regionale nel settore delle obbligazioni siano alquanto limitati.

In effetti, nonostante il libro IV del codice civile rappresenti il *sancta sanctorum* del diritto privato patrimoniale (dove dunque le esigenze dell’uguaglianza potrebbero farsi meno rilevanti), pare che il Giudice costituzionale abbia dimostrato una certa lungimiranza. Tuttavia, anche in queste

condizioni, si può comunque tentare una differenziazione³⁴⁹, giacché proprio a ciò questo lavoro è dedicato.

Anche in questo settore infatti possono distinguersi norme cogenti, perlopiù dedicate alla disciplina della responsabilità del debitore (contrattuale e patrimoniale) e norme dispositive, perlopiù dedicate alle modalità dell'adempimento e alle cause di modificazione ed estinzione delle obbligazioni.

Tra le norme della prima categoria assume la valenza di principio generale dell'ordinamento la disposizione di cui all'art. 2740 cod. civ.³⁵⁰ che renderà estremamente difficili, se non impossibili, deroghe su base territoriale alla garanzia offerta ai creditori. Con riguardo poi alla responsabilità contrattuale, sia l'*an* che il *quantum* di essa sembrano decisamente interdetti alla legislazione regionale; non così il *quomodo* che potrà essere integrato con riferimento ai presupposti soggettivi.

In questa partizione, la cautela però sarà massima perché le istanze di uniformità delle regole appaiono difficilmente superabili senza arrivare a ritenere la legge regionale che osasse tanto alla stregua di un *privilegium odiosum*.

Tra le norme della seconda categoria, invece, vi rientrano tutte quelle disposizioni che disciplinano tempo e luogo dell'adempimento, individuazione della persona del debitore del creditore *etc.* che nel rispetto dei principi generali del diritto privato nazionale potranno svolgere un "ruolo integrativo/attuativo (...) radicato su tangibili e dimostrabili peculiarità territoriali"³⁵¹. Anche qui, come altrove, i richiami codicistici alla "legge" saranno fondamentali per *arricchire* l'ordinamento privatistico.

³⁴⁹ Come A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 227 ss.

³⁵⁰ Che recita: "Il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri. Le limitazioni della responsabilità non sono ammesse se non nei casi stabiliti dalla legge". Per la qualifica di "principio generale", cfr. C.M. BIANCA, *L'obbligazione*, 4, Giuffrè, 1993, 27.

³⁵¹ Così A.M. BENEDETTI, *op. ult. cit.*, 229.

Può farsi l'esempio della l.r. Puglia 9.12.2002, n. 20 che prevedeva una sorta di successione *ex lege* delle Regioni nei rapporti obbligatori già di pertinenza delle gestioni liquidatorie delle sopresse USL, assoggettando tali gestioni, che si trovino in condizioni di grave dissesto finanziario ovvero risultino gravemente deficitarie, alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, per il rispetto delle norme in materia di patto di stabilità degli obiettivi di finanza pubblica e al fine dell'effettivo ripiano del disavanzo della spesa sanitaria regionale.

Secondo la Corte³⁵², disponendo che certi enti siano sottoposti alla procedura di liquidazione coatta amministrativa, “la legge regionale assegna (tra l'altro) alle situazioni soggettive di coloro che hanno avuto rapporti con quegli enti un regime, sostanziale e processuale, peculiare rispetto a quello (ordinario, previsto dal codice civile e da quello di procedura civile) altrimenti applicabile: sicché, quando l'art. 2 della legge fallimentare prevede che a determinare le imprese assoggettabili a tale procedura concorsuale sia “la «legge»”, tale espressione non può che essere intesa nel senso di legge idonea ad incidere – perché emanata da chi ha la relativa potestà – sul regime, sostanziale e processuale, delle situazioni soggettive coinvolte nella procedura”.

Non occorre applicare il test di ragionevolezza per capire che una norma simile, discriminando tra i creditori delle USL pugliesi e quelli delle altre Regioni, vulnera il principio di uguaglianza e dunque non merita di essere accolta nel nostro ordinamento³⁵³.

³⁵² Cfr. CORTE COST., 6.2.2007, n. 25.

³⁵³ Sempre in tema di responsabilità contrattuale, cfr. CORTE COST., 26.3.2010, n. 123: che dichiara incostituzionali alcune disposizioni di una legge della Campania (art. 25, comma 2°, l.r. Campania 16.1.2009, n. 1) secondo cui le aziende sanitarie locali che hanno stipulato un accordo di risanamento, limitatamente alla durata dell'accordo, non possono essere sottoposte a pignoramenti». Secondo la Corte si introduce “una limitazione di responsabilità del creditore non prevista dalla legge statale”.

Tale decisione è senz'altro condivisibile non tanto perché l'adattamento regionale si discosta dal diritto nazionale, quanto perché nell'ambito della responsabilità patrimoniale del debitore la

5.1. Nuove ipotesi di surrogazione legale.

Come anticipato al § 2.4, possiamo ora affrontare il caso norme che sono *anche* di diritto privato che incidono su diritti e obblighi derivanti da determinati *status* familiari. Si è scelto tuttavia questa collocazione sistematica per evidenziare i profili patrimoniali messi in crisi dalla norma regionale, anzi in questo caso provinciale³⁵⁴.

La disposizione impugnata³⁵⁵ aveva concepito un meccanismo di anticipo dell'assegno di mantenimento del minore, ogni qualvolta il genitore obbligato a versarlo risultasse inadempiente. Esso operava in due momenti inestricabilmente connessi tra loro: da un lato, infatti, era prevista l'erogazione anticipata al genitore affidatario delle somme destinate al mantenimento del minore in condizione di bisogno; dall'altro, a fronte del pagamento delle prestazioni assistenziali, era disposta la surrogazione legale della provincia nel credito di mantenimento, nei confronti dell'obbligato inadempiente.

La finalità di (maggior) tutela di un soggetto debole appare di tutta evidenza, eppure la Corte costituzionale, utilizzando l'approccio materiale, ritiene di dover dichiarare parzialmente illegittima la legge bolzanina. In particolare, viene salvata l'erogazione anticipata della somma perché tale intervento pubblico è riconducibile alla materia "assistenza pubblica" di competenza della Provincia autonoma secondo il suo Statuto. Non interferendo in alcun modo con il diritto al mantenimento o con le pronunce dell'autorità giudiziaria, neppure si crea un nuovo credito, né un'erogazione indiscriminata di prestazioni a favore di tutti i

coincidenza tra eguaglianza dei cittadini e uniformità delle regole appare, come già evidenziato, poco idonea a differenziazioni *ratione loci* in virtù, tra l'altro, della natura di principio generale riconosciuta all'art. 2740 cod. civ.

³⁵⁴ Cfr. I.p. Bolzano 3.10.2003, n. 15.

³⁵⁵ Cfr. CORTE COST., 18.3.2005, n. 106.

minori, ma solo a quelli che si trovino in una certificata condizione di oggettivo disagio economico.

Tuttavia, lo stesso non può affermarsi per questa nuova ipotesi di surrogazione legale della Provincia. Poiché non può dubitarsi, nel ragionamento della Corte, che l'istituto della surrogazione rientri nella nozione di "ordinamento civile", "gli altri casi stabiliti dalla legge" cui si riferisce l'art. 1203 cod. civ. sono necessariamente disciplinati dalla sola legge statale. Se così non fosse, sarebbe frustrata l'esigenza di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale di un modo di adempimento delle obbligazioni³⁵⁶.

La Corte riconosce che la finalità della legge rientra nella competenza provinciale di "assistenza e beneficenza pubblica" (ed in ciò se ne riscontra facilmente la ragionevolezza intrinseca); d'altra parte, il meccanismo surrogatorio, impedendo la liberazione del debitore originario ed inadempiente, risulta fondamentale nell'architettura della legge e ne rivela a sua volta la ragionevolezza estrinseca (che però non è stata riconosciuta dalla Consulta).

La decisione, per così dire "salomonica", opera invero un *vulnus* forse più grave al principio di uguaglianza che la Corte voleva salvaguardare. Di fatto (anzi, di diritto), il mancato adattamento *ratione loci* del diritto privato nazionale permette al genitore di essere liberato dalla sua prestazione stante l'intervento pubblico.

La Provincia è stata così costretta ad emanare la successiva l.p. 22.7.2005, n. 5 che (con una norma *apparentemente* di diritto privato)³⁵⁷ ora impone al richiedente l'erogazione anticipata dell'assegno di mantenimento di surrogare

³⁵⁶ Parla di "cieco divieto per le Regioni (...) di adattare gli istituti civilistici alle speciali esigenze dell'agire funzionalizzato della pubblica amministrazione in ambito regionale" difficilmente giustificabile, E. LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2007, 181 ss. Di decisione "sfortunata" parla invece F. VIGLIONE, *Il diritto privato e le sue fonti*, cit., 405.

³⁵⁷ Perché presupposto per ottenere un beneficio accordato dalla normativa locale.

volontariamente l'ente nel proprio diritto di credito. La finalità di maggior tutela è nuovamente integra, anche se adesso richiede con un passaggio in più: un risultato che non può che derivare da una concezione formalista del principio di uguaglianza e da una visione miope delle supposte esigenze di unitarietà del diritto privato.

5.2. Contratto.

Se le vicende modificative ed estintive delle obbligazioni subiscono in maniera rilevante l'influsso del principio di uguaglianza, il contratto, atto costitutivo di queste, sembra riconsegnare all'autonomia privata un certo spazio di sviluppo.

Tuttavia, l'ostacolo da superare in questo caso non è tanto l'uguaglianza, ma l'uniformità: ecco che i due termini dell'equazione risultano chiaramente distinti e si coglie che l'equivalenza, spesso accolta acriticamente nei ragionamenti della Corte costituzionale, non è poi così scontata³⁵⁸. Ciò conduce ad un esito apparentemente paradossale: nel regno dell'autonomia privata, dove essa cioè potrebbe esprimere tutto il suo potenziale nomopoietico, esigenze di uniformità delle regole, invero presupposto per un suo corretto dispiegamento, le impongono anzi un ruolo ben definito³⁵⁹.

³⁵⁸ Cfr. CORTE COST., 26.3.2010, n. 122, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, lett. a), l.r. Piemonte 26.3.2009, n. 9, perché "senza formulare alcun richiamo alla normativa dello Stato in tema di diritto d'autore, con la concisa formula adottata non soltanto non prevede alcun requisito o condizione per il diritto affermato, ma lo estende anche al software proprietario, cioè al programma per elaboratore, rilasciato con licenza d'uso che non soddisfi i requisiti di cui all'art. 2, lettera a), della legge della Regione Piemonte n. 9 del 2009". Così statuendo, essa realizza una palese deroga alla norma statale, introducendo un autonomo contenuto precettivo che si rivela non suscettibile di essere coordinato con la detta norma statale". Con ciò violando la competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile, dettata dall'art. 117, comma 2°, lett. l), Cost.

³⁵⁹ In verità, anche in ordinamenti autenticamente federali, come gli Stati Uniti, l'esigenza di regole in ambito contrattuale uniformi su tutto il territorio ha portato all'adozione di una legge modello (il c.d. *Uniform Commercial Code*), adottata, pur con alcune modifiche, da tutti i 50 Stati.

D'altro canto, si registra da più parti una tendenza a voler considerare il contratto un istituto *neutro*, “esente da ideologie, valori, peculiarità ascrivibili a questo o a quell'ordinamento nazionale”³⁶⁰ che possa trovare una disciplina uniforme a livello comunitario³⁶¹.

Un adattamento del diritto privato nazionale è comunque possibile e l'autonomia regionale può trovare una propria via, se a tutela di interessi locali e in ossequio ad una propria competenza legislativa, prevedendo norme integrative o comunque dispositive del contratto. Anche in questo caso, i riferimenti che varie disposizioni del Titolo II del Libro IV fanno alla “legge”³⁶² potrebbero certamente essere valorizzati anche dalla legge regionale.

Così possono rinvenirsi leggi sui contratti di sponsorizzazione³⁶³ che la Regione stipuli con atleti residenti sul proprio territorio, su divieti di alienazione di unità immobiliari di edilizia residenziale pubblica³⁶⁴, sui documenti da allegare alle compravendite immobiliari³⁶⁵, oppure su obblighi di stipulare contratti di assicurazione per l'esercente una particolare attività³⁶⁶ oppure ancora di

³⁶⁰ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studium Iuris*, 2011, 259.

³⁶¹ Il riferimento è chiaramente al progetto del *Common Frame of Reference*. Una tendenza che, a livello internazionale trova espressione nella *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods - CISG*.

³⁶² Cfr. artt. 1322, comma 1°; 1374; e 1418, comma 1°, cod. civ.

³⁶³ Conclusi “mediante la stipulazione di un contratto, conforme allo schema-tipo approvato con deliberazione della Giunta regionale (...) sottoscritto dal dirigente della struttura competente e dal soggetto sponsorizzato o dall'eventuale soggetto, procuratore o società, cui il soggetto sponsorizzato abbia conferito procura per la gestione della propria immagine (...)”: Cfr. art. 22 l.r. Valle d'Aosta 1.4.2004, n. 3.

³⁶⁴ Un vero e proprio vincolo di inalienabilità in virtù del quale gli “alloggi e le unità immobiliari acquistati ai sensi della presente legge (...), non possono essere alienati per un periodo di cinque anni dalla data di registrazione del contratto di acquisto e comunque fino a quando non sia pagato interamente il prezzo”: cfr. art. 12 l.r. Molise 5.5.2005, n. 14.

³⁶⁵ Cfr. l.r. Piemonte 2007, n. 13.

³⁶⁶ Così i gestori delle aree sciabili sono obbligati, “al fine di assicurare la pratica delle attività sportive e ricreative in condizioni di sicurezza: (...) a stipulare in via preventiva apposito contratto di assicurazione ai fini della responsabilità civile verso gli utenti e i terzi per i fatti derivanti da responsabilità del gestore (...): cfr. art. 3, comma 2°, lett. f), l.r. Basilicata 22.7.2009, n. 22.

regolamentazione del conflitto di interessi delle cariche elettive regionali tramite una sorta di “negozio fiduciario”³⁶⁷.

Si può certamente ricordare, poi, la già menzionata legge della Regione Liguria che, oltre a prevedere la possibilità di designare una persona (indipendentemente dal sesso o dall’orientamento sessuale) abilitata a ricevere comunicazioni sul proprio stato di salute dal personale ospedaliero³⁶⁸, statuiva l’obbligo per la Regione di assicurare la trasparenza e garantire a ciascuno parità d’accesso ai servizi *pubblici e privati*, dando attuazione al principio in base al quale le prestazioni erogate da tali servizi non possano essere rifiutate né somministrate in maniera deteriore per le cause di discriminazioni³⁶⁹.

Secondo l’Avvocatura di Stato questa disposizione “introdurrebbe il «divieto, per gli operatori economici privati, di rifiutare la loro prestazione o di erogarla a condizioni deteriori rispetto a quelle ordinarie, per motivi riconducibili all’orientamento sessuale o all’identità di genere». La norma prevederebbe, in sostanza, un’ipotesi di «obbligo legale a contrarre»³⁷⁰.

In maniera analoga a quanto avvenuto per alcune norme statutarie, la Corte ritiene che la disposizione in esame non violi la clausola dell’ordinamento civile in quanto mera norma programmatica che impegna solo la Regione a dare attuazione ai principi costituzionali di eguaglianza e di non discriminazione in ordine alla erogazione di servizi pubblici e privati. Ancora una volta, dunque, con un ragionamento quantomeno discutibile, la norma privatistica regionale viene

³⁶⁷ Con cui “il soggetto [eletto] (di seguito lo stipulante) trasferisce tutti i diritti e i privilegi connessi alle azioni ad un soggetto terzo (di seguito il fiduciario), il quale acquista, così, il controllo e la disponibilità delle azioni stesse. È fatto espresso divieto al fiduciario di procedere, in qualsiasi momento, all’alienazione, divisione, ipoteca, vendita o modifica sostanziale delle azioni”: cfr. art. art. 27, comma 2°, l.r. statutaria Sardegna 10.7.2008, n. 1.

³⁶⁸ Cfr. l.r. Liguria, n. 52/2009: v. anche § 2.4.

³⁶⁹ Cfr. art. 7, comma 1°, l.r. Liguria n. 52/2009.

³⁷⁰ Cfr. CORTE COST., 21.3.2011, n. 94 che, sulla specifica questione rappresenta una sorta di *revirement* di CORTE COST., n. 253/2006 che aveva giudicato incostituzionale la l.r. Toscana n. 63/2004: v. anche §2.2.

salvata da una declaratoria di incostituzionalità spogliandola di qualsiasi efficacia giuridica, in quanto tale “inidonea a creare diritti e doveri”³⁷¹.

In altre parole, la legge di per sé non obbliga gli operatori privati e pubblici a fornire le loro prestazioni, tuttavia prevede l’emanazione di ulteriori norme regionali per la prevenzione di simili condotte discriminatorie, eventualmente comminando apposite sanzioni³⁷².

Così facendo, le Regioni sembrano essere abilitate ad integrare la legislazione statale e a colmarne alcune sue lacune, soprattutto se in attuazione di principi costituzionali³⁷³ come quello di non discriminazione. Anche se si può dubitare, come fa la Corte, della loro *pregnanza* giuridica, tali norme hanno comunque il pregio di (tentare di) porre rimedio a situazioni che spesso la legislazione statale non riesce a prendere in considerazione³⁷⁴. In questo senso, può individuarsi uno dei vantaggi di un ordinamento federale ovvero la *competitività normativa* tra i diversi enti territoriali che lo compongono che, in una sorta di circolo virtuoso, si spronerebbero a vicenda ad alzare i livelli di tutela di determinati fenomeni che altrimenti sarebbero passati inosservati.

³⁷¹ Così F. VIGLIONE, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati*, cit., 197. Cfr. anche § 2.4.

³⁷² Cfr. art. 13, comma 3°, l.r. Liguria n. 52/2009: ciò potrà avvenire, evidentemente, nel rispetto dei principi di legalità, tipicità e nominatività degli atti *amministrativi*. Anche in questo caso, l’espedito con cui viene salvata la norma regionale è noto: essa, cioè, non viene considerata norma privatistica. Tuttavia, non sembra potersi dubitare ormai che, tra le “regole fondamentali che disciplinano i rapporti privati” (cfr. *ex multis* CORTE COST., 13.11.2009, n. 295), sia da annoverarsi anche il principio di non discriminazione che tuttavia, soprattutto nel settore delle offerte al pubblico, manca è assolutamente carente dal punto di vista rimediabile: cfr. ID., *op. ult. cit.*, 197 ss. Per una panoramica più ampia sul tema, cfr. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, 2007.

³⁷³ Ma proclamati anche a livello europeo.

³⁷⁴ Nota la vicenda, richiamata da F. VIGLIONE, *op. ult. cit.*, 199, nt. 17, di TRIB. PADOVA, ord. 19.5.2005 (in *Giur. it.*, 2006, 949 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Il contratto nella società multi-etnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*), in cui “il raddoppio del listino prezzi di un bar legato a motivi razziali è stato sanzionato con un risarcimento danni pari a soli 100 euro (...). Proprio la constatazione di una diversa sfera privatistica, chiaramente individuabile nella connessione con le regole risarcitorie, evidenzia l’opportunità di una disciplina regionale che incida sul versante amministrativo delle medesime condotte, con un intervento che appare giustificato dalla scarsa efficacia degli strumenti finora disegnati a livello civilistico” (200).

Il rischio di una siffatta legge regionale di invadere le competenze statali non va certo sottovalutato neppure in quest'ottica, ma una precisa tecnica normativa è in grado di consentire più di quanto si possa immaginar di primo acchito, com'è avvenuto con la legge della Regione Liguria³⁷⁵.

Un altro caso significativo è rappresentato dalla l.r. Puglia 2.7.2008, n. 19 che, all'art. 8, poneva, in capo ai soggetti coinvolti nella catena di distribuzione del farmaco, un divieto di modificare mediante accordi contrattuali le quote di spettanza del prezzo di ciascuno, "trattandosi di potere non rientrante nella disponibilità delle parti (...) ed esercitabile solo in funzione di un beneficio del sistema pubblico e non di una distribuzione interna tra produttori, grossisti e farmacisti"³⁷⁶.

Secondo la Corte, però, "la materia del prezzo dei farmaci è stata oggetto di una lunga evoluzione normativa, ispirata dalla volontà di «contemperare l'esigenza di assicurare l'assistenza farmaceutica nella misura più ampia possibile con quella di non sacrificare in maniera eccessiva l'iniziativa delle aziende farmaceutiche". Proprio per questo motivo, infatti, "le quote di spettanza sono fissate direttamente dal legislatore nazionale [e una] eventuale modifica delle stesse è implicitamente rimessa all'autonomia contrattuale dei soggetti del ciclo produttivo e distributivo attraverso convergenti manifestazioni di volontà".

Non vi sono dubbi allora che la disposizione *de qua* abbia palesemente oltrepassato i confini che presidiano la competenza esclusiva del legislatore

³⁷⁵ Sia con riguardo alle disposizioni commentate in questo paragrafo sia a quelle riportate al § 2.4 sulla designazione di persona (qualunque il suo orientamento sessuale) abilitata a ricevere comunicazioni sul proprio stato di salute dal personale ospedaliero. Così F. VIGLIONE, *Il diritto privato regionale e le sue fonti*, cit., 404.

³⁷⁶ La disposizione è stata successivamente dichiarata incostituzionale da CORTE COST., 13.11.2009, n. 295. Tuttavia, ciò che suscita maggior interesse, in questo come in altri casi già esaminati, non è tanto il dispositivo della sentenza, bensì gli *obiter dicta* che sembrano individuare l'*optimum* dei rapporti tra Stato e Regioni quando a queste è attribuita una qualche potestà legislativa di rilievo privatistico.

statale in materia di ordinamento civile, “avendo prescritto che «al di fuori degli accordi tra sistema sanitario regionale e sistema produttivo e distributivo dei farmaci» non sarebbe consentito «modificare, ancorché mediante intesa fra le parti, le quote di spettanza, previste per legge, alle componenti aziende, grossisti e farmacisti per l'erogazione di farmaci di fascia A»”.

La Corte poi ribadisce che la riforma costituzionale “ha codificato il *limite* del «diritto privato» consolidatosi nella giurisprudenza anteriore alla riforma costituzionale del 2001”³⁷⁷, richiamando testualmente, tra le altre, la sentenza n. 352/2001 secondo cui “l'ordinamento del diritto privato si pone quale *limite* alla legislazione regionale, in quanto fondato sull'esigenza, sottesa al principio costituzionale di eguaglianza, di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata per i rapporti fra privati. Esso, quindi, identifica un'area riservata alla competenza esclusiva della legislazione statale e comprendente i rapporti tradizionalmente oggetto di codificazione”³⁷⁸.

Tale limite consente comunque “un qualche adattamento in ambito regionale, «ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza»”.

Tuttavia, per giurisprudenza costituzionale costante, la disciplina dei rapporti contrattuali va riservata alla legislazione statale³⁷⁹ in ciò rientrandovi tra l'altro le disposizioni relative alla nullità del contratto³⁸⁰ ed all'obbligo legale a

³⁷⁷ Con richiami espressi a CORTE COST., n. 190/2001; CORTE COST., n. 379/1994; CORTE COST., n. 35/1992; CORTE COST., n. 51/1990; CORTE COST., n. 691/1988; CORTE COST., n. 38/1977; CORTE COST., n. 108/1975; CORTE COST., n. 7/1956.

³⁷⁸ Un richiamo testuale non di scarso rilievo se ci si ricorderà che tale sentenza, depositata pochi giorni prima dell'entrata in vigore della riforma, rappresenta forse ancora oggi il maggior grado di apertura della Corte nei confronti del diritto privato delle Regioni: cfr. § 4.

³⁷⁹ Cfr. CORTE COST., 24.11.1958, n. 6; cfr. anche CORTE COST., 1.4.1998, n. 82 e CORTE COST., 6.6.1968, n. 60.

³⁸⁰ CORTE COST., 1.2.2006, n. 29.

contrarre³⁸¹, una disciplina -quest'ultima- incidente sull'autonomia negoziale dei privati e, quindi, su di una materia riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato³⁸².

Da questa ricostruzione normativa emerge palesemente che la legge regionale pugliese, “disciplinando e limitando la capacità dei predetti soggetti di modificare pattiziamente le quote di loro spettanza, ha illegittimamente inciso sull'autonomia negoziale dei privati, di cui all'art. 1322 cod. civ., la disciplina delle quali spetta in via esclusiva al legislatore statale”.

In estrema sintesi, il Giudice costituzionale sembrerebbe ammettere in astratto la possibilità di un diritto privato regionale, ma non in ambito contrattuale dove l'autonomia privata *ex art. 1322 cod. civ.* incontra solo i limiti imposti dalla legge. Ma è proprio questo il punto: la legge può anche essere quella regionale³⁸³.

Da queste premesse, la Corte si sarebbe dovuta chiedere se il limite introdotto dalla legge pugliese fosse un ragionevole adattamento³⁸⁴ del diritto privato nazionale oppure no³⁸⁵.

³⁸¹ CORTE COST., 14.12.2006, n. 411.

³⁸² CORTE COST., 4.7.2006, n. 253, in *Le Regioni*, 2007, con nota di E. LAMARQUE, *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, cit., 181.

³⁸³ V. § 1. Né sembra che all'autonomia privata possa riconoscersi valore costituzionale: cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, 3, Giuffrè, 2000, 30 ss.

³⁸⁴ Cfr. CORTE COST., 15.12.2010, n. 357, che dichiara infondata la questione di legittimità dell'art. 45, comma 5°, l.p. Trento 28.12.2009, n. 19, secondo cui “Per i lavori pubblici i cui bandi e inviti sono stati pubblicati o, rispettivamente, inviati prima della data di entrata in vigore della legge provinciale 29 dicembre 2005, n. 20, *trovano applicazione le disposizioni statali in materia di adeguamento dei prezzi*».

Secondo l'Avvocatura dello Stato, la disposizione viola gli artt. 8 e 9 dello statuto della Regione Trentino-Alto Adige, nonché l'art. 117, comma 2°, lett. l); il tutto in relazione alle norme statali interposte di cui al combinato disposto degli artt. 4, comma 3°, e 133 del d. legis. 12.4.2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), il quale vieta alle Regioni, «nel rispetto dell'art. 117, comma secondo, della Costituzione», di modificare la disciplina contenuta nel suddetto Codice dei contratti pubblici in relazione, tra l'altro «alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti» (art. 4) e, quindi, anche alla disciplina dell'adeguamento dei prezzi (contenuta nell'art. 133 dello stesso Codice). In particolare, il ricorrente deduce che gli evocati parametri sono violati perché il censurato comma 5 dell'art. 45: incide, tra l'altro sull'istituto civilistico della revisione dei prezzi in tema contrattuale, la cui disciplina, in quanto non tollera una regolamentazione nel territorio nazionale, rientra alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile.

Così procedendo avrebbe forse rinvenuto innanzitutto una chiara connessione con la materia concorrente “tutela della salute” e la congruità di siffatto adattamento³⁸⁶ sia in riferimento agli scopi perseguiti sia in riferimento agli strumenti utilizzati che appaiono, rispettivamente, meritevoli di tutela e non eccessivamente gravosi per le parti. Sotto il profilo della ragionevolezza estrinseca, invece, sembrerebbe di poter credere che la norma regionale non arrechi un *vulnus* irreparabile al principio di uniformità delle regole privatistiche e che, trattandosi di una differenziazione di dettaglio, la soglia di tollerabilità dell’ordinamento possa ritenersi non superata.

5.3. Responsabilità.

Con una legge³⁸⁷ emanata a pochissima distanza dall’entrata in vigore della riforma costituzionale, la Regione Marche dispone la sospensione, sul proprio territorio, sia dell’applicazione della terapia elettroconvulsivante (TEC) sia della pratica della lobotomia prefrontale e transorbitale ed altri simili interventi, finché il Ministero della salute non definisca in modo certo e circostanziato le situazioni cliniche per le quali tali terapie siano sperimentalmente dimostrate efficaci e risolutive e non causa di danni temporanei o permanenti alla salute del paziente.

Tuttavia, per la Corte, la questione non è fondata, in quanto la disposizione censurata, “si limita a rinviare genericamente, per la revisione dei prezzi, alla disciplina statale in materia e, pertanto, la sua stessa formulazione esclude la sussistenza del denunciato contrasto con la normativa statale evocata come parametro interposto”.

³⁸⁵ Come fa A.M. BENEDETTI, *L’autonomia privata di fronte al «diritto privato delle regioni»*, in *Contratti*, 2010, 120 ss.

³⁸⁶ In verità, non si è nemmeno sicuri di essere in presenza di un vero e proprio “adattamento” giacché la legge pugliese compie un mero richiamo a disposizioni statali sulla vendita di farmaci e sulle relative sanzioni, anche penali, irrogate (cfr. r.d. n. 1265/1934). Dunque, il divieto regionale potrebbe anche essere, alternativamente, inesistente (se la norma statale non prevedesse alcun divieto), o non innovativo (perché meramente riproduttivo di una norma statale): cfr. ID., *op. ult. cit.*, 124.

³⁸⁷ Cfr. l.r. Marche 13.11.2001, n. 26, in materia di responsabilità civile del professionista sanitario.

La norma così formulata incide indubbiamente sulle responsabilità³⁸⁸, anche civilistiche, degli esercenti le professioni sanitarie, non avendo come destinatarie le strutture del servizio sanitario regionale, ma riferendosi direttamente alla pratica clinica, “dovunque e da chiunque svolta”.

Bisogna precisare però che non “ogni disciplina, la quale tenda a regolare e vincolare l’opera dei sanitari, e in quanto tale sia suscettibile di produrre conseguenze in sede di accertamento delle loro responsabilità, rientri per ciò stesso nell’area dell’“ordinamento civile”, riservata al legislatore statale. Altro sono infatti i principi e i criteri della responsabilità, che indubbiamente appartengono a quell’area, altro le regole concrete di condotta, la cui osservanza o la cui violazione possa assumere rilievo in sede di concreto accertamento della responsabilità, sotto specie di osservanza o di violazione dei doveri inerenti alle diverse attività, che possono essere disciplinate, salva l’incidenza di altri limiti, dal legislatore regionale”³⁸⁹.

Ci si trova qui di fronte ad una delle primissime sentenze emanate nell’immediato post-riforma e sembra quasi che la Corte voglia adottare un’interpretazione del dato costituzionale in senso restrittivo al duplice fine di contenere le (sino a quel momento inesplorate) potenzialità espansive della clausola dell’“ordinamento civile” e di mantenere l’indirizzo che si era formato negli anni '90 di maggior *favor* nei confronti delle Regioni. Non andrà proprio

³⁸⁸ Cfr. CORTE COST., 26.6.2002, n. 282.

³⁸⁹ Anche qui l’apertura verso la normazione privatistica regionale è notevole, tuttavia si tratta solo di un *obiter*. La disposizione viene infatti dichiarata incostituzionale sotto il diverso profilo della violazione dei principi fondamentali in materia di tutela della salute *ex art. 117, comma 3°*, Cost.: “l’intervento regionale (...) non si fonda né pretende di fondarsi su specifiche acquisizioni tecnico-scientifiche verificate da parte degli organismi competenti, ma si presenta come una scelta legislativa autonoma, dichiaratamente intesa a scopo cautelativo, in attesa di futuri accertamenti che dovrebbero essere compiuti dall’autorità sanitaria nazionale”.

Nonostante l’esito finale, l’apertura è comunque notevole come rilevato da G. FINOCCHIARO, *Il diritto privato regionale dopo la riforma del Titolo V*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Esi, 2007, 120 s.

così; anzi, gli orientamenti della Consulta, come si è avuto modo di verificare, saranno quantomeno altalenanti.

Rimanendo in tema di responsabilità del professionista sanitario, con la l.r. Veneto 31.7.2009, n. 15, recante “Norme in materia di gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario”, ma si torna nel campo delle norme apparentemente di diritto privato³⁹⁰. Attesa la quantità di disposizioni impugnate e la pregnanza delle argomentazioni utilizzate dalla Corte nella decisione di costituzionalità, saranno entrambe esaminate approfonditamente.

Scopo dichiarato di questa legge è la riduzione del contenzioso in materia sanitaria, mediante la promozione di modalità di composizione stragiudiziale delle controversie insorte in occasione dell'erogazione delle prestazioni sanitarie (art. 1, comma 1°). Non mancano poi finalità di gestione del rischio clinico e di prevenzione degli eventi dannosi (art. 1, comma 3°, e art. 5).

A tale scopo è prevista l'istituzione di una Commissione conciliativa regionale competente, senza limiti di valore, “in tutti i casi in cui un paziente o i suoi aventi causa ritengano che vi sia stato un danno causato da un errore nella diagnosi o nella terapia ovvero dall'omessa o irregolare informazione, qualora obbligatoria per legge” (art. 2, comma 2°). In tali circostanze, compito precipuo della Commissione è appunto quello di tentare una composizione stragiudiziale delle “controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende ULSS ed ospedaliere nonché delle strutture private provvisoriamente accreditate, ai sensi dell'articolo 22, comma 6, della legge regionale 16 agosto 2002, n. 22” (art. 2, comma 1°).

³⁹⁰ Ossia che “utilizzano strumenti di diritto privato, senza alterarne i tratti distintivi” come precisa F. VIGLIONE, *Il diritto privato e le sue fonti*, cit., 401.

Tale Commissione, nominata dalla Giunta Regionale ogni tre anni (art. 2, comma 3°), è composta da un magistrato a riposo, un medico legale e un avvocato (art. 2, comma 4°) e davanti ad essa devono comparire³⁹¹ il paziente (o in caso di decesso, i suoi eredi che nominano un comune procuratore), il personale medico e sanitario coinvolto nella procedura oggetto d'esame, nonché la struttura sanitaria coinvolta (art. 4, comma 1°). Nel procedimento possono, poi, intervenire anche le compagnie assicurative degli enti e dei sanitari (art. 4, comma 2°)³⁹².

Peraltro, in base all'art. 6 della legge regionale in parola, la copertura della polizza assicurativa scatta solo quando la liquidazione del danno risulti superiore a euro 500.000,00. Per cifre minori, infatti, è istituito un fondo regionale apposito con "franchigia" fissata a euro 1.500,00. Dunque, il legislatore regionale sembra essere molto consapevole non solo (e non tanto) dei benefici derivanti dalla copertura assicurativa di un rischio, ma anche dei suoi svantaggi: da un lato, infatti, il rischio (l'errore medico, in questo caso) viene immediatamente quantificato e monetizzato nel pagamento del premio³⁹³; dall'altro lato, però, lo spostamento *tout court* del rischio clinico nel mercato assicurativo può comportare una minore attenzione dei soggetti coinvolti nell'esecuzione della prestazione sanitaria in senso lato³⁹⁴. Per questi motivi, la polizza dell'azienda sanitaria diventa operativa solo in presenza di eventi di danno gravissimi la cui quantificazione superi, appunto, la soglia di euro 500.000,00.

³⁹¹ Nel senso che sono "parti necessarie" del procedimento in parola che però rimane non obbligatorio e subordinato al consenso di tutte loro (cfr. anche art. 3, comma 2°, lett. *a*) e *b*).

³⁹² Per questo definite "parti accessorie" nei confronti delle quali, evidentemente, la transazione raggiunta non sarebbe efficace *ex art.* 1372 cod. civ., salvo diversa disposizione contrattuale.

³⁹³ Così potendo essere anche contabilizzato come posta passiva (certa) del bilancio regionale.

³⁹⁴ Nonché una minore efficacia delle operazioni di prevenzione e uno stallo dei modelli di gestione del rischio clinico; modelli che invece necessitano di un'evoluzione costante per far fronte alle sempre nuove criticità emergenti dal continuo progresso tecnologico in ambito medico.

Tornando ai componenti della Commissione, è previsto (art. 2, comma 8°) un obbligo di astensione, anche su richiesta delle parti, qualora essi, tra l'altro: *i*) abbiano un interesse nella controversia; *ii*) siano parenti (anche il coniuge) fino al quarto grado, o conviventi o commensali abituali di una delle parti; *iii*) abbiano (anche il coniuge) causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito con una delle parti; *iv*) siano tutori, curatori, amministratori di sostegno, procuratori, agenti o datori di lavoro di una delle parti³⁹⁵. In tali ipotesi, i membri astenutisi sono sostituiti dai rispettivi supplenti.

La procedura conciliativa si ispira ai principi di non obbligatorietà e volontarietà, gratuità, non vincolatività della decisione³⁹⁶, imparzialità, rappresentatività delle parti³⁹⁷, riservatezza e celerità, “compatibilmente alla complessità e delicatezza della controversia” (art. 3, comma 2°). Al termine della fase “istruttoria”³⁹⁸, spetta alla Commissione presentare alle parti una proposta scritta di conciliazione che deve necessariamente avere il contenuto di transazione stragiudiziale (art. 2, comma 13°). Altrimenti non potrebbe essere, atteso che all'articolo successivo si prevede che, in caso di accordo tra le parti, la definizione della conciliazione avviene “con un atto negoziale di diritto privato ai sensi dell'articolo 1965 del codice civile” (art. 3, comma 2°, lett. *h*)³⁹⁹. Ad ogni modo, è bene ripeterlo, la decisione della Commissione non è vincolante e in caso di mancato accordo delle parti, queste conservano intatta la facoltà di adire l'autorità giudiziaria.

³⁹⁵ Una generica facoltà di astensione è prevista all'art 2, comma 9°, per “gravi ragioni di convenienza”. In ogni caso, l'autorizzazione ad astenersi è richiesta al presidente della Commissione (ovvero alla Giunta regionale).

³⁹⁶ Impregiudicato, dunque, il diritto di azione delle parti.

³⁹⁷ Nonché delle categorie interessate.

³⁹⁸ In casi di particolare complessità, sia la Commissione che le parti possono avvalersi della consulenza tecnica di un perito medico-legale (art. 2, comma 11°). Cfr. anche art. 2, comma 14°.

³⁹⁹ Viene altresì esclusa espressamente la natura arbitrale, ai sensi degli artt. 806 ss. cod. proc. civ., della procedura in esame: cfr. art. 3, comma 3°.

Coerentemente alle dichiarate finalità di gestione del rischio clinico e di prevenzione degli eventi dannosi, la Commissione è tenuta a redigere un rapporto annuale (art. 5), inviandolo alla Giunta e alle strutture sanitarie della Regione, avendo particolare cura nell'indicare: *i*) il numero dei procedimenti andati a buon fine e l'entità complessiva dei risarcimenti, nonché il numero dei procedimenti in corso e di quelli archiviati; *ii*) le strutture sanitarie coinvolte; *iii*) le tipologie di eventi oggetto della procedura nonché le unità operative da essi interessate. Le strutture sanitarie, in seguito, formulano alla Giunta proposte di azioni da intraprendere “anche nel campo della prevenzione degli eventi dannosi e della formazione del proprio personale”⁴⁰⁰. Questo sistema informativo si conclude con una “puntuale relazione”⁴⁰¹ della Giunta, trasmessa alla competente commissione consiliare, ed avente ad oggetto le misure adottate nei confronti delle strutture sanitarie del territorio per limitare l'incidenza del rischio clinico, anche conformemente alla programmazione sanitaria regionale.

Da quanto appena esposto non saranno certo sfuggiti i profili di criticità che una disciplina regionale della gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario reca con sé, evidentemente con riguardo, in generale, alla legittimità costituzionale della disciplina stessa e, in particolare, al potenziale contrasto tra la conciliazione ivi prevista e l'istituto della mediazione di cui al d. legis. 4.3.2010, n. 28, emanato in attuazione della l. 19.6.2009, n. 69 (art. 60)⁴⁰².

La legge regionale in commento, infatti, entra in vigore proprio nelle more della delega legislativa appena menzionata e per affrontare meglio il ragionamento con cui la Corte costituzionale deciderà l'impugnazione proposta

⁴⁰⁰ E portano all'attenzione della Giunta anche eventuali azioni già intraprese (non appare felicissima la formulazione della norma: cfr. art. 5, comma 2°, ult. parte).

⁴⁰¹ Che, assieme al rapporto, sarà pubblicata sul BUR dell'anno di riferimento: cfr. art. 5, comma 3°.

⁴⁰² Ovviamente il parametro costituzionale in gioco è sempre l'art. 117, comma 2°, lett. *l*), Cost.

dal Governo, sembra opportuno esaminare preliminarmente la disciplina statale della mediazione.

Essa è definita come “l’attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa”⁴⁰³. In questo senso, la conciliazione è la composizione della controversia a seguito di mediazione.

Il mediatore è comunque privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti⁴⁰⁴, ma la proposizione della domanda di mediazione è equiparata alla domanda giudiziale con riguardo agli effetti su prescrizione e decadenza⁴⁰⁵. Non solo. Il verbale di accordo, omologato dal Presidente del Tribunale, costituisce titolo esecutivo per espropriazione forzata, esecuzione in forma specifica e iscrizione di ipoteca giudiziale⁴⁰⁶. Inoltre, dalla mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, il giudice eventualmente adito potrà trarre argomenti di prova ai sensi dell’art. 116, comma 2°, cod. proc. civ.⁴⁰⁷.

Il decreto legislativo individua poi alcune tipologie di controversie (tra cui quelle di risarcimento del danno derivante da responsabilità medica)⁴⁰⁸, per le quali l’esperimento del procedimento di mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In questi casi, dunque, si disciplina una mediazione obbligatoria. Restano ferme le negoziazioni volontarie e paritetiche

⁴⁰³ Cfr. art. 1, lett. *a*), d. legis. n. 28/2010.

⁴⁰⁴ Cfr. art. 1, lett. *b*), d. legis. n. 28/2010.

⁴⁰⁵ Cfr. art. 5, comma 6°, d. legis. n. 28/2010.

⁴⁰⁶ Cfr. art. 12, comma 2°, d. legis. n. 28/2010.

⁴⁰⁷ Cfr. art. 8, comma 5°, d. legis. n. 28/2010.

⁴⁰⁸ Cfr. art. 5, comma 1°, d. legis. n. 28/2010. Le altre materie che prevedono la mediazione obbligatoria sono: condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

relative alle controversie civili e commerciali nonché le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi⁴⁰⁹.

La *ratio* di questo decreto è evidentemente quella di deflazionare il carico giudiziario dei tribunali italiani. Non solo i processi sono tanti, troppi⁴¹⁰, ma hanno anche una durata eccessiva. Questa situazione comporta problemi di tutela sostanziale dei diritti, di copertura dei costi del contenzioso e di politica economica generale quando parti in causa sono le pubbliche amministrazioni. Dunque, anche sotto le pressioni dell'Unione Europea⁴¹¹, è stato emanato tale decreto.

Questi sono i dati normativi di riferimento al tempo in cui la legge regionale⁴¹² è stata impugnata dallo Stato, davanti alla Corte costituzionale, per supposta violazione degli artt. 11 e 117, comma 1°, 117, comma 2°, lett. l) e 117, comma 3°, Cost.⁴¹³.

Le censure prospettate dal Presidente del Consiglio dei ministri affermavano, in particolare, che l'istituto della conciliazione, disciplinato dalla legge regionale, fosse di competenza esclusiva statale in quanto rientrante nelle materie "ordinamento civile" e "giurisdizione e norme processuali" che necessitano di una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. Era, inoltre, stata avanzata l'ipotesi di una violazione anche dell'art. 60 l. n. 60/2009⁴¹⁴, in quanto

409 Cfr. art. 2, comma 2°, d. legis. n. 28/2010.

410 E molti di questi hanno, spesso, ad oggetto fatti perlopiù bagatellari: cfr. D. VOLPE, *I costi del contenzioso sanitario: la Corte costituzionale avalla la soluzione legislativa veneta ed (implicitamente) afferma il primato della tutela sostanziale dei diritti*, in *Federalismo fiscale*, 2010, 1, 193.

411 Cfr. direttiva 2008/52/CE, sulla promozione di strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie.

412 Specificamente gli artt. 1, comma 2°, 2, 3, 4 e disposizioni connesse.

413 Cfr. CORTE COST., 10-14.5.2010, n. 178. Nel ricorso il Governo sollevava questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 2°, 2 e 3 della legge in commento nonché delle disposizioni inscindibilmente connesse.

414 In base alla quale è stato, in seguito, emanato il d. legis. n. 28/2010.

costituirebbe espressione della potestà legislativa esclusiva statale nelle materie di cui all'art. 117, comma 2°, lett. *l*), Cost.

A ciò, la Regione ribatteva sostenendo che la procedura conciliativa regionale non solo è improntata al principio di volontarietà, ma anche che l'eventuale accordo delle parti è trasposto in un normale contratto di transazione, né più né meno di quanto può succedere prima o in pendenza di un qualsiasi processo civile. Pertanto, sotto questo profilo, la legge impugnata rientrerebbe nella potestà legislativa residuale regionale. D'altra parte, conciliazione e transazione sono istituti affatto diversi, tanto che solo la prima (*rectius*: il verbale preventivamente omologato) dispone di efficacia esecutiva⁴¹⁵. A voler tacere del fatto che, inoltre, tra la legge regionale e il decreto legislativo, è ravvisabile una notevole comunanza di principi ispiratori del procedimento e che proprio la fonte statale fa espressamente salve le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali nonché le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi⁴¹⁶.

Quanto alla censura relativa alla violazione dell'art. 117, comma 3°, Cost. con specifico riferimento alla competenza concorrente in materia di "professioni", lo Stato ha lamentato la creazione, ad opera della legge regionale, di una nuova figura professionale, quella del conciliatore o mediatore, in contrasto con quella prevista dal già citato art. 60 della legge delega⁴¹⁷. Alle Regioni spetterebbe soltanto la regolamentazione di quegli aspetti della professione che presentino un

415 Invero, anche la seconda se fatta per atto pubblico o scrittura privata autenticata.

416 Cfr. art. 2 d. legis. n. 28/2010.

417 Specialmente nella parte in cui, istituendo un apposito registro degli organismi di mediazione presso il Ministero della giustizia, regola anche l'accesso a tale professione (cfr. art. 60, comma 3°, lett. *c*) e *d*), l. n. 69/2009.

peculiare collegamento con la realtà territoriale e comunque nel rispetto dei principi fondamentali individuati dalla legge statale⁴¹⁸.

Sul punto, la Regione ha ribattuto che, in verità, le figure professionali presenti nella Commissione conciliativa regionale sono il magistrato (a riposo), l'avvocato e il medico legale. Tutte professioni disciplinate dallo Stato come da Costituzione. Ma anche a voler dar per buona la tesi del ricorrente, la normativa impugnata si conformerebbe comunque ai principi fondamentali in materia.

Infine, con riguardo alla violazione del parametro interposto individuato nella direttiva n. 2008/52/CE, sulla promozione di strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie, e alla conseguente violazione degli artt. 11 e 117, comma 1°, Cost., il Presidente del Consiglio rilevava come la norma comunitaria prevedesse un'attività di mediazione svolta in ossequio ai principi di imparzialità e competenza, che consentisse di arrivare ad un accordo con efficacia di titolo esecutivo, nella salvaguardia del diritto di azione delle parti ed evitando ogni effetto pregiudizievole circa prescrizione e decadenza. Tutte condizioni perlopiù assenti nella normativa regionale, da considerarsi pertanto incostituzionale anche sotto questo profilo.

La Regione, al riguardo, evidenziava laconicamente che gli ambiti applicativi delle due discipline (quella comunitaria e quella regionale) sono del tutto differenti, in quanto la direttiva ha ad oggetto le controversie *transfrontaliere* in materia civile e commerciale.

Tutte le questioni di legittimità costituzionale promosse dal Presidente del Consiglio dei ministri sono state dichiarate infondate.

⁴¹⁸ In materia di professioni, la ricognizione dei principi fondamentali è avvenuta con il d. legis. 2.2.2006, n. 30, emanato in attuazione della legge delega 5.6.2003, n. 131.

In merito all'asserita violazione dell'art. 117, comma 2°, lett. l), Cost., è stata preliminarmente riconosciuta la duplice *ratio* della normativa regionale di prevenzione delle controversie giudiziarie in ambito sanitario e di riduzione del fenomeno della c.d. medicina difensiva⁴¹⁹. Sullo sfondo, ma neanche troppo, si ravvisa, infatti, l'esigenza di contenimento dei costi a carico dei bilanci delle aziende sanitarie che, sempre più spesso, si trovano a dover versare ingenti somme a titolo di risarcimento danni, di pagamento di premi assicurativi per la copertura di tali rischi nonché di finanziamento di prestazioni diagnostiche o terapeutiche non strettamente indispensabili, prescritte dai medici al solo fine di predisporre una linea di difesa nell'eventuale, ma prevedibile, giudizio di risarcimento.

Dunque, le norme impugnate ricadono nella materia "tutela della salute" ex art. 117, comma 3°, Cost., dal momento che proprio alle Regioni spetta la garanzia della salute dei cittadini nel rispetto dei principi di economicità, completezza e qualità delle prestazioni sanitarie⁴²⁰. Tra gli strumenti atti a raggiungere tale scopo, vi rientra, sicuramente, la prevenzione delle controversie e, soprattutto, dei costi elevati che esse comportano, di modo che altre risorse possano essere liberate e reindirizzate al miglioramento dei servizi offerti⁴²¹.

⁴¹⁹ Con tale espressione si intende quella inclinazione dei medici ad effettuare test, trattamenti e visite (medicina difensiva positiva) o ad evitare pazienti o procedure ad alto rischio (medicina difensiva negativa) al fine (principale, ma non esclusivo) di ridurre la propria esposizione al rischio di accuse di *medical malpractice*: cfr. *Office of Technology Assessment, Defensive Medicine and Medical Malpractice*, U.S.A., 1994, 3.

⁴²⁰ Dunque, la Corte ritiene di non poter aderire ad alcuna delle tesi prospettate dalle parti al riguardo. Non è possibile allora configurare una potestà regionale residuale in questo ambito perché "il ruolo dello Stato, quale legislatore di principio, è ineliminabile, allo scopo di assicurare una coerenza ed unitarietà di disciplina e soprattutto di rendere chiari i limiti invalicabili tra attività volte alla facilitazione di accordi privati e procedimenti contenziosi, legati invece, in modo diretto o indiretto alla tutela giurisdizionale dei diritti ed ai procedimenti che su questa incidono, di competenza esclusiva dello Stato stesso".

⁴²¹ In una prospettiva, quindi, di "costo-opportunità" ovvero, appunto, di quel beneficio che deriverebbe dal miglior uso alternativo delle risorse utilizzate per il soddisfacimento di un dato bisogno.

D'altra parte, in questa materia, non è possibile prescindere dai principi fondamentali posti da legge dello Stato. Principi fondamentali che, del resto, sono già stati enunciati nel d. legis. n. 28/2010 e che la normativa regionale mostra di rispettare⁴²². Il sistema conciliativo ivi previsto, infatti, non è imposto ai soggetti giacché, se così fosse, si sarebbe rientrati, invece, nella competenza esclusiva statale sull'esercizio della funzione giudiziaria e nell'ambito del diritto civile. Anzi, non solo non è obbligatorio, ma il suo esperimento è anche subordinato al consenso di tutte le parti c.d. necessarie. Inoltre, l'assenza di sanzioni processuali in caso di mancata attivazione della procedura conciliativa e la non vincolatività della decisione eventualmente raggiunta devono condurre a ritenere che la Regione si sia limitata a fornire ai cittadini e alle aziende sanitarie uno strumento in più per venire incontro alle loro esigenze. Per i primi, di ottenere un più rapido soddisfacimento delle proprie pretese; per le seconde, di conseguire una riduzione degli oneri finanziari ed amministrativi di controversie spesso lunghe, delicate e costose⁴²³.

È da rilevare, inoltre, come il procedimento conciliativo regionale rispecchi *in toto* la definizione di negoziazione volontaria e paritetica relativa alle controversie civili che lo stesso d. legis. n. 28/2010 mantiene ferma (art. 2, comma 2°). D'altra parte, i principi ispiratori di questa legge regionale (art. 3) non sono altro che il recepimento di quelli già enunciati nell'Intesa del 20 marzo 2008, in sede di Conferenza Stato-Regioni, che consistono nella non obbligatorietà della conciliazione, imparzialità, professionalità e celerità delle procedure,

⁴²² Anche perché è la stessa normativa statale a far salve le “negoziazioni *volontarie e paritetiche* relative alle controversie civili e commerciali”: cfr. art. 2, comma 2°, d. legis. n. 28/2010.

⁴²³ D'altro canto, rimane impregiudicata la possibilità di adire l'autorità giudiziaria. Ma c'è di più. Correttamente, la Regione non ha fatto derivare dall'attivazione della procedura davanti alla Commissione regionale alcun effetto su prescrizione e decadenza: in tal caso, infatti, avrebbe invaso la competenza esclusiva statale *ex art. 117, comma 2°, lett. l), Cost.*

rappresentatività delle categorie interessate, definizione dell'eventuale accordo nelle forme della transazione *ex artt. 1965 ss. cod. civ.*⁴²⁴.

Quanto alle censure prospettate con riguardo all'art. 117, comma 3°, Cost. in materia di "professioni" e agli artt. 11 e 117, comma 1°, Cost., la Corte mostra di aderire alle tesi esposte dalla difesa regionale. Da un lato, infatti, rileva come i membri della Commissione conciliativa non acquistino alcuna ulteriore qualificazione oltre a quelle già richieste per farne parte e, dall'altro, evidenzia l'inconferenza di una normativa comunitaria che trova il suo ambito applicativo soltanto nelle controversie caratterizzate da elementi di internazionalità.

In conclusione, si può notare come le argomentazioni fornite dalla Corte non siano state affatto in punta di diritto, ma, anzi, estremamente concrete. I riferimenti ai premi assicurativi pagati dalle A.S.L., alle ingenti somme di denaro corrisposte a titolo di risarcimento danni, il mettere in luce l'abbandono delle specialità mediche e chirurgiche considerate più a rischio non lasciano spazio a dubbi: la Corte ha operato, principalmente, un giudizio di fatto. Da tali constatazioni, emerge un secondo giudizio (anch'esso, parrebbe, "di fatto") sull'emergenza di tutela sostanziale dei diritti dei cittadini, dal momento che le strutture sanitarie, per tutti i motivi sin qui evidenziati, non sono in grado, se non parzialmente, di garantire livelli costanti di qualità e quantità delle prestazioni⁴²⁵.

In conclusione, possiamo dire che, da un lato, la citata sentenza rientra a pieno titolo in quella giurisprudenza costituzionale che parla di diritti finanziariamente

424 Invero, nell'Intesa era presente anche un ulteriore criterio di non utilizzabilità nel successivo giudizio, di atti e dichiarazioni acquisiti durante la conciliazione, come fonte di prova, anche indiretta. Il mancato recepimento di tale principio, d'altronde, avrebbe anch'esso comportato un'invasione della competenza esclusiva statale *ex art. 117, comma 2°, lett l), Cost.*

425 Una cosa, infatti, è riconoscere un diritto, un'altra è tutelarlo effettivamente. In quest'ultimo caso non possono, allora, rimanere estranee al dibattito, pur giuridico, considerazioni di tipo economico-finanziario.

condizionati⁴²⁶, trovandosi nel difficile compito di dover contemperare la tutela *sostanziale* di diritti soggettivi declamati inviolabili e fondamentali⁴²⁷ con le pur inderogabili esigenze di bilancio; dall'altro lato, come detto, essa si propone quale modello di *iter* argomentativo nel giudicare la legittimità costituzionale di una legge regionale che compia "incursioni" nel territorio del diritto privato.

Ancora una volta, quindi, diventa fondamentale essere in grado di valutare la *ragionevolezza* di una disciplina privatistica differenziata *ratione loci*. Perciò risulta necessaria un'analisi non superficiale che, anzi, consenta un esame in concreto della norma regionale e del suo effettivo impatto sulla legislazione privatistica nazionale.

Coglie bene tutti questi rilievi proprio la sentenza n. 178/2010 che, seppur in modo implicito, sembra fare uso di quel test di ragionevolezza messo a punto dalla stessa Corte costituzionale, ma che solo in rare occasioni questa ha dimostrato di saper/voler utilizzare⁴²⁸. Effettivamente, l'*iter* argomentativo, in questo caso, sembra seguire proprio questo schema e con un approccio non meramente formale, anzi.

In primo luogo, infatti, è individuata la materia di competenza regionale cui la norma impugnata dovrebbe essere connessa. Per fare ciò vengono disattese sia le tesi del ricorrente (giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile; professioni) che quella del resistente (competenza residuale *ex art. 117*, comma

⁴²⁶ Esibiscono questo *self-restraint* CORTE. COST., 7.1.1966, n. 1; CORTE COST., 3.4.1968, n. 22; CORTE COST., 16.1.1987, n. 12. Per questo viene introdotto un principio di gradualità delle riforme onerose pur aventi ad oggetto diritti costituzionalmente garantiti: cfr. CORTE COST., 6.3.1980, n. 26; CORTE COST., 12.12.1985, n. 349; CORTE COST., 22.1.1986, n. 12; CORTE COST., 20.3.1986, n. 73; CORTE COST., 29.1.1987, n. 33. Dello stesso tenore, più recentemente e in particolare sul diritto alla salute *ex art. 32 Cost.*, cfr. CORTE COST., 7.3.2005, n. 111; CORTE COST., 23.5.2005, n. 200; CORTE COST., 5.6.2007, n. 193; CORTE COST., 9.6.2008, n. 203.

⁴²⁷ Tra cui, certamente, anche quello tutelato all'art. 32 Cost.

⁴²⁸ Il riferimento è, da una parte, a CORTE COST., 5-6.11.2001, n. 352, cit., e, dall'altra, ovviamente, a V. ROPPO, *op. cit.*, spec. 580 ss., nonché a A.M. BENEDETTI, *Il diritto privato delle Regioni*, cit., 129 ss.

4°, Cost.). Partendo infatti dalla *ratio* della normativa che, come detto, consiste nel “prevenire controversie giudiziarie connesse all’erogazione di prestazioni sanitarie, con l’intento di ridurre l’ammontare dei risarcimenti (...), dei premi assicurativi, anch’essi a carico dei bilanci delle ASL (...), [nonché] il fenomeno della cosiddetta medicina difensiva”⁴²⁹, la Corte rinviene la materia di riferimento nella “tutela della salute”, di competenza concorrente.

È una valutazione in concreto, quindi, che prosegue con il secondo *step* laddove vengono giudicate la congruità e l’adeguatezza del sistema conciliativo regionale rispetto alla *ratio* appena individuata. La chiave di volta dell’impianto di “gestione stragiudiziale del contenzioso sanitario” che riesce a salvare la normativa regionale da una declaratoria di illegittimità costituzionale è costituita dalla non obbligatorietà del procedimento e dalla non vincolatività della decisione. Sia in senso finalistico che in senso strumentale allora, la norma regionale sembra essere, almeno intrinsecamente, ragionevole.

Passando al secondo livello del test di ragionevolezza, i richiami che la legge regionale fa all’istituto del contratto di transazione nonché alle professioni di medico legale, avvocato e magistrato (a riposo) vengono considerati dalla Corte esattamente per ciò che sono, ovvero dei meri richiami appunto. Essi, cioè, non innovano l’ordinamento privatistico nazionale, avendo anzi tali disposizioni un impatto effettivo pressoché nullo⁴³⁰. Si riesce a distinguere così tra norme *propriamente* di diritto privato e norme *apparentemente* di diritto privato, trovando collocazione in quest’ultima categoria i suddetti richiami. Per queste ragioni (sostanziali), la legge regionale, pur avendo a che fare con istituti

⁴²⁹ CORTE COST., n. 178/2010, § 2.1.

⁴³⁰ L’osservazione può forse sembrare banale, ma un tempo simili tecniche normative avrebbero spaventato la Corte costituzionale come nota acutamente A.M. BENEDETTI, «Malasanità» e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni, in *Danno e resp.*, 2010, 680 e nt. 3.

privatistici, non è *normativamente* in grado di superare il limite dell'ordinamento civile di cui all'art. 117, comma 2°, lett. l), Cost., e dunque risulta anche estrinsecamente ragionevole e, proprio per tale motivo, costituzionale.

6. La tutela dei diritti: la trascrizione.

Nel paragrafo 4, si è già affrontata la l.r. Liguria 6.6.2008, n. 16, che all'art. 19, comma 2°, prevede la non assoggettabilità a contributi di costruzione dei parcheggi di nuova costruzione purché venga formalizzato e trascritto l'atto di asservimento a garanzia del vincolo di pertinenzialità del parcheggio rispetto all'unità immobiliare⁴³¹, e se ne era valutato il potenziale contrasto con la l. 28.11.2005, n. 246⁴³² di "liberalizzazione" delle aree destinate a parcheggio. Ora invece è giunto il momento di capire quali siano le implicazioni di una legge regionale che preveda un obbligo di trascrizione e per di più di un atto non rientrante nell'elenco dell'art. 2643 cod. civ.

Secondo la tesi dell'Avvocatura di Stato, la norma *de qua* dispone la trascrizione nei registri immobiliari del vincolo pertinenziale di asservimento, così introducendo un'ipotesi di trascrizione non prevista dalla legislazione statale, alla cui competenza legislativa è riservata la disciplina della pubblicità immobiliare che è peraltro sorretta dal principio di tassatività degli atti soggetti a trascrizione.

La Corte costituzionale allora decide di entrare veramente nel merito della questione e al fine di valutare l'*impatto* della deroga regionale sulla normativa nazionale, compie una, breve, opera di ricostruzione del diritto vigente. In particolare, l'art. 2643 cod. civ. prevede una serie di atti che si devono rendere

⁴³¹ La cui legittimità costituzionale è stata oggetto del giudizio di CORTE COST., 14.12.2009, n. 318.

⁴³² Cfr. art. 12, comma 9°, l. 28.11.2005, n. 246: "Gli spazi per parcheggi realizzati in forza del primo comma *non* sono gravati da vincoli pertinenziali di sorta né da diritti d'uso a favore dei proprietari di altre unità immobiliari e sono trasferibili autonomamente da esse".

pubblici attraverso la trascrizione. Nel novero di tali atti, sembrano rilevanti nel caso di specie quelli contemplati al numero 4, cioè “i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il *diritto di uso* sopra beni immobili, il diritto di abitazione”. L’art. 2644 cod. civ. disciplina gli *effetti* della trascrizione, mentre l’art. 2645 cod. civ. dispone la trascrivibilità di “ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili o a diritti immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati nell’art. 2643”.

Da queste premesse normative, se ne evince l’insussistenza nel nostro ordinamento di un carattere tassativo dell’elenco degli atti soggetti a trascrizione. Nelle parole della Corte: “si deve ritenere che la norma de qua, la quale non esisteva nel testo iniziale del codice e fu introdotta in sede di coordinamento al momento dell’emanazione del codice stesso, comporta il superamento del principio, largamente accolto sotto il vigore del precedente codice civile, del carattere tassativo dell’elenco degli atti da trascrivere. In base alla citata disposizione questo carattere è venuto meno, non potendosi dubitare che, nell’ordinamento attuale, possano essere trascritti anche atti non espressamente contemplati dalla legge, purché producano gli stessi effetti degli atti previsti in modo esplicito”. In ultima analisi, l’atto da trascrivere viene identificato *per relationem* all’effetto che è destinato a produrre.

Dal diritto vigente al diritto vivente in quanto: “(...) la giurisprudenza di legittimità, pur con varietà di prospettive determinate dal susseguirsi di interventi legislativi diversi, ha qualificato il vincolo gravante sulle aree a parcheggio come diritto reale d’uso, di natura pubblicistica, che la legge pone a favore dei condomini del fabbricato cui accede e limita il diritto di proprietà dell’area (Cassazione, sentenze n. 21003 e n. 730 del 2008, n. 22496 e n. 16172 del 2007, n. 5755 del 2004)”. Anche questa ricognizione entra nella valutazione

dell'impatto della norma regionale sul diritto privato nazionale giacché la Corte può rilevare che tale “vincolo di destinazione, così qualificato, è senz'altro assimilabile, quanto agli effetti che ne derivano, al «diritto di uso sopra beni immobili», il cui atto costitutivo o modificativo è soggetto a trascrizione, in quanto rientrante nel catalogo degli atti contemplati dall'art. 2643 cod. civ. Pertanto, anche l'atto di asservimento che costituisce quel vincolo va trascritto, a sensi dell'art. 2645 cod. civ.”.

In buona sostanza, la questione di legittimità costituzionale non è fondata per due ordini di motivi: l'atto di cui la legge regionale dispone la trascrizione è un atto invero già trascrivibile secondo la legge statale⁴³³; ma anche qualora non si fosse convinti della bontà di questa interpretazione, la Corte stessa replica che, in ogni caso, l'elenco degli atti soggetti a trascrizione non può più considerarsi tassativo⁴³⁴ sicché, prevalendo gli *effetti* dell'atto sulla *natura* di questo, il vincolo regionale potrà comunque trascriversi ai sensi dell'art. 2645 cod. civ.

Come si vede, l'abbandono dell'approccio materiale comporta senz'altro una riflessione più attenta e ponderata sulla legislazione privatistica regionale, tuttavia l'esito di un tale percorso argomentativo lascia l'interprete indubbiamente più soddisfatto (indipendentemente dall'esito del giudizio, s'intende).

Sempre in tema di trascrizione, un caso simile si è presentato con una legge della Regione Lazio che subordinava l'erogazione di determinati finanziamenti, per il restauro dei locali di esercizi commerciali caratterizzati da valore storico, artistico, ambientale, ad un apposito “atto d'obbligo unilaterale prodotto dai

⁴³³ In questa ipotesi, la disposizione impugnata non avrebbe alcuna portata innovativa del diritto privato nazionale. Cfr. anche A.M. BENEDETTI, *Atti soggetti a trascrizione, parcheggi e potestà legislativa delle Regioni*, cit., 813 ss.

⁴³⁴ Non solo in virtù dell'art. 2645 cod. civ., ma anche della giurisprudenza della Corte di cassazione richiamata in sentenza che ritiene sufficiente per la trascrivibilità di un atto la circostanza che questo produca *effetti* anche solo *assimilabili*.

soggetti beneficiari dei finanziamenti, da trascrivere, nel rispetto della normativa vigente, presso la competente conservatoria dei registri immobiliari”⁴³⁵.

Nell’opinione della Corte⁴³⁶, la trascrizione di atti del genere, costitutivi dei suddetti vincoli, appare *pacificamente ammessa* dalla normazione nazionale sulla trascrizione nei registri immobiliari, per effetto di leggi speciali statali o regionali, nell’ambito delle materie di competenza delle regioni, che prevedano la costituzione di vincoli di destinazione (...). D’altra parte previsioni del genere appaiono ormai ricorrenti nella legislazione regionale”.

La normativa laziale non distingueva tra immobili di proprietà pubblica o privata, ma pare di dover ritenere che, a prescindere da ciò, “quando i beni vengono coinvolti in procedimenti amministrativi di competenza regionale e si determina l’esigenza di imprimervi un particolare vincolo di destinazione, la trascrizione del vincolo è pienamente legittimata dalla presenza di un interesse di natura pubblicistica perseguito dall’ente territoriale”⁴³⁷.

Se dunque, nella prospettiva della Corte, appare “pacificamente ammessa” l’*intrusione* delle Regioni nell’ambito della pubblicità immobiliare, rimangono comunque alcuni con i d’ombra sulla efficacia attribuibile alla trascrizione regionale, con conseguenze rilevanti sul regime di circolazione dei beni⁴³⁸.

In conclusione, non si può fare a meno di rilevare che la ricognizione normativa operata da Corte cost., n. 318/2009 non poteva comprendere anche l’art. 2645-*quater* cod. civ., introdotto solo successivamente⁴³⁹, secondo cui sono trascrivibili gli “atti di diritto privato, i contratti e gli altri atti di diritto privato, anche unilaterali, nonché le convenzioni e i contratti con i quali vengono costituiti

⁴³⁵ Cfr. art. 7 l.r. Lazio 6.12.2001, n. 31, in materia di tutela e valorizzazione di locali storici.

⁴³⁶ Cfr. CORTE COST., 28.3.2003, n. 94.

⁴³⁷ Cfr. F. VIGLIONE, *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche*, cit., 407 s.

⁴³⁸ Per alcuni esempi, sintetici ma illuminanti, cfr. ancora ID., *op. ult. cit.*, 408.

⁴³⁹ Con l’art. 6, comma 5°-*quaterdecies*, d.l. 2.3.2012, n. 16, modificato in sede di conversione dalla l. 26.4.2012, n. 44.

a favore dello Stato, della *regione*, degli altri enti pubblici territoriali ovvero di enti svolgenti un servizio di interesse pubblico, vincoli di uso pubblico o comunque ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto dalle normative statali e *regionali*, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche a essi relative”. Tale disposizione, se da un lato rende ufficiale a livello legislativo l’orientamento della Corte costituzionale sul punto; dall’altro nulla dice circa l’efficacia da attribuire a tali trascrizioni. Se, finalmente, si è chiarito che esiste uno spazio giusprivatistico regionale, il *quomodo* di una siffatta legislazione rimane tuttora incerto⁴⁴⁰.

⁴⁴⁰ Il *quantum* sarà rimesso alla ragionevolezza, *ça va sans dire*.

CAPITOLO III

AUTONOMIA PRIVATA, STATI E *DUE PROCESS*

SOMMARIO: 1. La questione del livello ottimale di normazione e l'insussistenza di una questione di uniformità. - 2. Diritti fondamentali e sovranità. - 3. La *due process clause* in senso sostanziale. 4. Matrimonio e relazioni familiari. - 5. Libertà di scelta e diritto alla vita. - 6. Autonomia individuale e sfera sessuale. - 7. Autodeterminazione e diritto alla salute.

1. La questione del livello ottimale di normazione e l'insussistenza di una questione di uniformità.

Nel primo capitolo⁴⁴¹ si è brevemente cercato di mettere in luce come l'intenzione dei Padri Fondatori di instaurare un regime di federalismo *duale* in cui i due livelli di governo -federale e statale- non si sarebbero dovuti intersecare, non abbia retto alla prova del tempo e come successivi eventi politico-istituzionali nonché la stessa giurisprudenza della Corte Suprema abbiano spinto l'ordinamento degli Stati Uniti nella direzione di un federalismo di tipo *cooperativo*. La collisione tra il potere federale e quello statale, allora, è connaturata a questo sistema e può avvenire in particolare quando il Congresso cerchi di disciplinare l'attività degli stati ovvero la condotta dei privati all'interno di essi.

Nel primo caso, la regola preliminare è quella dell'autoapplicabilità della legislazione federale anche in ambiti tradizionalmente lasciati al dominio degli stati⁴⁴². La *commerce clause*⁴⁴³ garantisce, in questa istanza, la costituzionalità del *Fair Labor Standards Act* le cui disposizioni in materia di salario minimo e compenso del lavoro straordinario disciplinano anche il rapporto dei dipendenti

⁴⁴¹ Cfr. § 1.2.

⁴⁴² Cfr. *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 US 528 (1985).

⁴⁴³ Cfr. art. 1, § 8, cl. 3, Cost. USA.

statali. Qualsiasi legge federale infatti, se promulgata nell'esercizio di un *enumerated power*, è approvata anche dal Senato ed essendo quella la sede in cui gli stati partecipano all'attività legislativa federale, qualsiasi violazione del X emendamento⁴⁴⁴ è esclusa in radice⁴⁴⁵.

Sempre questa disposizione garantisce poi la necessaria copertura costituzionale alla norma federale che si limiti a prevedere incentivi o altre misure di natura premiale per determinate condotte tenute dagli stati; qualora tuttavia, il Congresso punti ad una sorta di etero-direzione degli stati, la forza del X emendamento riprende vigore⁴⁴⁶. A metà degli anni '80, il problema delle scorie nucleari radioattive era diventato di livello nazionale atteso che ogni stato ne favoriva lo smaltimento al di fuori dei propri confini. Il *Low-Level Radioactive Waste Management Act Amendments 1985* si proponeva allora di "incoraggiare" gli stati a creare siti di smaltimento interni attraverso una serie di incentivi perlopiù di tipo finanziario.

Tuttavia, la legge federale non si limitava a promuovere una certa condotta, bensì sanzionava l'eventuale inerzia legislativa dello stato facendogli acquisire *ipso iure* la proprietà delle scorie⁴⁴⁷ e, di conseguenza, ogni responsabilità derivante dal mancato smaltimento dei "propri" rifiuti⁴⁴⁸. Proprio quest'ultima disposizione viene dichiarata incostituzionale perché costringeva gli stati a scegliere tra il conformarsi al precetto federale oppure ad acquisire la proprietà di (e la responsabilità per) beni pericolosi. In questo modo infatti il Congresso, anche se formalmente non ordinava agli stati di disciplinare lo smaltimento delle

⁴⁴⁴ "The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people".

⁴⁴⁵ Pochi anni dopo, la Corte ammette comunque l'utilità di un "*clear statement*" da parte del Congresso circa l'effettiva intenzione di regolamentare il rapporto di pubblico impiego statale: cfr. *Gregory v. Ashcroft*, 501 US 452 (1991).

⁴⁴⁶ Cfr. *New York v. United States*, 505 US 144 (1992).

⁴⁴⁷ A prescindere si trattasse di società private o enti pubblici.

⁴⁴⁸ La c.d. *take-title provision*.

scorie all'interno dei propri confini, poneva un'alternativa così poco desiderabile da realizzare una coercizione di fatto che vulnerava il nucleo della sovranità statale tutelata dal X emendamento⁴⁴⁹.

Si badi che il rilievo di incostituzionalità si fonda sulla coercizione in sé considerata e non sull'attività di smaltimento la cui regolamentazione ben avrebbe potuto essere affidata direttamente alla legge federale e la cui osservanza avrebbe dovuto essere garantita dall'autorità federale⁴⁵⁰.

Come accennato poc'anzi, il conflitto tra i due livelli di governo può realizzarsi anche quando il Congresso tenti di disciplinare la condotta dei privati: ciò avviene quasi esclusivamente in virtù della *commerce clause* che garantisce copertura costituzionale alla legge federale a condizione che il Congresso abbia avuto una “*rational basis*” per ritenere che l'attività così disciplinata potesse anche solo *avere un effetto* sul commercio interstatale in qualche modo⁴⁵¹. Ad esempio, venne dichiarata la costituzionalità di limiti di produzione e vendita di grano imposti a piccole aziende agricole sul base del presupposto che, cumulativamente considerati, tanti piccoli produttori potessero comunque avere un effetto deflattivo sui prezzi⁴⁵². In maniera analoga, non fu riscontrata alcuna illegittimità

⁴⁴⁹ La dottrina del *commandeering* in questo caso è ritenuta incostituzionale con esplicito riguardo all'assemblea legislativa statale. Solo in seguito essa sarà ritenuta applicabile anche all'*executive branch*: cfr. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

⁴⁵⁰ Con i relativi costi ovviamente. Forse è per questo che venne adottata questa tecnica legislativa: cfr. anche W. BURNHAM, *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, West, 2011, 339.

⁴⁵¹ Salva la parentesi della c.d. *Lochner Era* [inaugurata con la nota sentenza *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905) e terminata con *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937)] in cui la Corte Suprema vedeva con estremo disfavore le riforme economiche di quegli anni (non solo quelle federali propugnate dal Presidente F.D. Roosevelt, ma anche a livello statale) qualora queste non si conformassero ad una visione liberista del mercato. L'interpretazione in senso sostanziale della clausola di *due process* permise alla Corte di dichiarare l'incostituzionalità di qualunque norma che ponesse dei limiti *sociali* alle libertà economiche e all'autonomia privata. Su questo “attivismo giudiziale in senso conservatore”, cfr. R. ROSENZWEIG-J.C. AGNEW, *A Companion to Post-1945 America*, Wiley, 2005, 386. Su questa interpretazione del *due process*, cfr. S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, 2012.

⁴⁵² Cfr. *Wickard v. Filburn*, 317 US 111 (1942).

costituzionale del *Civil Rights Act* del 1964 che poneva un divieto di discriminazione in base alla razza in capo alle attività di ristoro che servissero cibo o clienti di provenienza extra-statale, proprio perché l'*effetto cumulativo* di tante, piccole, condotte discriminatorie avrebbe influito sul commercio “*among the several states*”⁴⁵³.

Più di recente, la Corte Suprema decide di dare una stretta ai poteri del Congresso in base alla *commerce clause* che non può allora estendersi fino a coprire effetti così indiretti e remoti che, se così fosse, qualsiasi distinzione tra ciò che è nazionale e ciò che è locale risulterebbe obliterata, creando una forma di stato centralizzato. La Corte allora individua i nuovi limiti della clausola: “*First, Congress may regulate the use of the channels of interstate commerce (...). Second, Congress is empowered to regulate and protect the instrumentalities of interstate commerce, or persons or things in interstate commerce, even though the threat may come only from intrastate activities (...). Finally, Congress’ commerce authority includes the power to regulate those activities having a substantial relation to interstate commerce, i.e., those activities that substantially affect interstate commerce*”⁴⁵⁴. Di conseguenza, è dichiarata l’incostituzionalità del *Gun-Free School Zones Act* del 1990 che rendeva reato federale il possesso di un’arma da fuoco nei dintorni di una scuola. La tesi del governo federale, rigettata 5-4 dalla Corte, sosteneva che l’effetto di una simile fattispecie sull’economia nazionale si rivelasse sia in costi di assicurazione più elevati sia nel *vulnus* alla libertà di circolazione dei cittadini nelle zone più violente.

⁴⁵³ Cfr. *Katzenbach v. McClung*, 379 U.S. 294 (1964).

⁴⁵⁴ Cfr. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

È il caso di notare che al Congresso non è preclusa una potestà penale in sé e per sé poiché i poteri ad esso conferiti riguardano delle *materie vere e proprie*⁴⁵⁵. Quindi, ogni materia, come il commercio appunto, potrà avere dei profili penalistici, ma anche dei profili civilistici che, nel rispetto dei parametri costituzionali (per come interpretati dalla Corte Suprema), saranno legittimamente oggetto di legislazione federale⁴⁵⁶.

Da questa pur sintetica rassegna emerge chiaramente come l'uniformità delle regole in ambito privatistico non sia minimamente avvertita. La ricerca costante del livello ottimale di normazione costituisce il faro che guida la Corte Suprema all'interno del riparto costituzionale delle competenze legislative tra stati e governo federale. In questo senso non può allora sottovalutarsi la rilevanza di due fattori come la già menzionata "maggiore tolleranza del caos"⁴⁵⁷ tipica del *common lawyer* nonché un testo normativo ricco di espressioni ampie e volutamente poco rigorose e però anche molto concrete⁴⁵⁸. Quand'anche affiori una istanza di uniformità, il modello statunitense propone sempre soluzioni peculiari come, ad

⁴⁵⁵ E infatti l'ambito del c.d. diritto penale *bianco*, ad esempio, è ampiamente disciplinato dal diritto federale: *antitrust violations, bankruptcy fraud, bribery, computer and internet fraud, counterfeiting, credit card fraud, economic espionage and trade secret theft, embezzlement, environmental law violations, financial institution fraud, government fraud, healthcare fraud, insider trading, insurance fraud, intellectual property theft/piracy, kickbacks, mail fraud, money laundering, securities fraud, tax evasion, phone and telemarketing fraud e public corruption*. Tutte queste fattispecie di *white collar crimes* sono coperte dalla *commerce clause*.

⁴⁵⁶ D'altra parte, si è già messo in luce nel capitolo precedente che tra le competenze di potestà legislativa concorrente tra lo Stato e le Regioni sono annoverate molte materie che presentano profili distintamente privatistici che però, a rigore, non potrebbero essere nemmeno sfiorati dall'attività legislativa regionale: tutela e sicurezza del lavoro, professioni, tutela della salute, fondazioni, istituti di credito di rilievo regionale (cfr. art. 117, comma 3°, Cost.); oppure, tra le materie di competenza residuale *ex art. 117, comma 4°, Cost.*, come il turismo.

⁴⁵⁷ Cfr. J.W. SALMOND, *Jurisprudence* (10th ed., 1947), 482, nonché cap. I, § 2.1.

⁴⁵⁸ Cfr. *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819), secondo cui, nelle parole del *Chief Justice* Marshall, nell'esaminare le competenze del Congresso: "*we must never forget, that it is a constitution we are expounding*".

esempio, in materia di diritti del consumatore dove la legge federale *si sovrappone*, senza necessariamente abrogarle⁴⁵⁹, alle normative statali.

Dal 1968, infatti, l'accesso alle carte di credito non è più regolato esclusivamente dagli stati, bensì trova ampia disciplina a livello federale in virtù del *Truth in Lending Act* (TILA)⁴⁶⁰ che però nulla dispone circa il contenuto delle condizioni contrattuali (come ad esempio l'ammontare del tasso di interesse che rimane di competenza statale), ma si limita a prevedere degli obblighi di informativa. I termini dell'accordo così saranno esposti in maniera chiara e uniforme per consentire al consumatore di confrontare immediatamente i diversi costi e poter scegliere il più conveniente. I principali doveri di comunicazione in capo all'istituto di credito riguardano allora la c.d. *finance charge*⁴⁶¹, ovvero il costo complessivo dell'operazione finanziaria comprensivo di tutti quegli oneri "nascosti" come commissioni, premi assicurativi, imposte etc., nonché il c.d. *annual percentage rate*⁴⁶², una sorta di tasso effettivo globale. Sono previsti inoltre obblighi di informativa su interessi moratori ed eventuali riduzioni della

⁴⁵⁹ L'istituto giurisprudenziale della *federal preemption*, infatti, non implica di per sé che la normativa (sub)statale debba ritenersi implicitamente abrogata dalla legge federale sulla medesima materia. La preclusione in cui incorre l'organismo locale allora si verifica in caso di conflitto diretto tra le norme o anche solo se la legge statale si frapponga come ostacolo ad un obiettivo federale. Anche quando l'intento del Congresso è riportato espressamente, l'interpretazione giudiziale rimane comunque fondamentale ad esempio per comprendere se lo *standard* federale sia l'unico ammissibile o quello minimo (che gli stati potranno elevare). Non è possibile in questa sede scendere ulteriormente nei dettagli di un istituto che meriterebbe ben altri livelli di approfondimento (anche comparativamente con il principio della *primauté* del diritto dell'Unione Europea e la conseguente disapplicazione del diritto interno dello stato membro), per cui si rimanda, *ex plurimis*, a: T.O. MCGARITY, *The Preemption War: When Federal Bureaucracies Trump Local Juries*, Yale University Press, 2008; R.A. EPSTEIN-M.S. GREVE (eds), *Federal Preemption: States' Powers, National Interests*, The AEI Press, 2007; J.T. O'REILLY, *Federal Preemption of State and Local Law*, ABA Publishing, 2006; S.A. GARDBAUM, *The Nature of Preemption*, 79 Cornell L. Rev. 767 (1994); J.F. ZIMMERMAN, *Federal Preemption: The Silent Revolution*, Iowa State Press, 1991.

⁴⁶⁰ A sua volta rientrante nel *Consumer Credit Protection Act* (CCPA), 15 US § 1601 ss.

⁴⁶¹ Ossia "*the sum of all charges, payable directly or indirectly by the person to whom the credit is extended, and imposed directly or indirectly by the creditor as an incident to the extension of credit*": cfr. 15 US § 1605.

⁴⁶² Definito come "*a measure of the cost of credit, expressed as a yearly rate, that relates the amount and timing of value received by the consumer to the amount and timing of payments made*": cfr. 12 CFR 226.22.

finance charge in caso di estinzione anticipata del debito. È disciplinato anche un diritto di recesso del consumatore da esercitarsi entro tre giorni dall'accordo se accompagnato da qualche forma di garanzia sulla casa. Qualora l'istituto di credito manchi di comunicare adeguatamente questo diritto, il termine per il suo esercizio è esteso a tre anni⁴⁶³.

Successivamente il TILA è stato integrato e modificato dal *Credit Card Accountability, Responsibility, and Disclosure Act* del 2009 (CARD Act)⁴⁶⁴ che intensifica questi obblighi di informativa prevedendo, tra l'altro, che un aumento del tasso di interesse debba essere comunicato con 45 giorni di anticipo⁴⁶⁵; che il divieto di commissioni per operazioni oltre lo scoperto sia aggirabile solo con il consenso espresso del debitore⁴⁶⁶; che possano essere emesse carte di credito soltanto a soggetti di età maggiore a 21 anni⁴⁶⁷. Infine viene individuato un criterio di imputazione del pagamento al conto con il tasso di interesse più elevato⁴⁶⁸.

Da questi esempi in ambito consumeristico, ci si rende perfettamente conto che la normativa federale può scendere molto nel dettaglio quando ritiene di dover garantire un certo livello di uniformità su tutto il territorio nazionale. Tuttavia, da una lato si limita a predisporre una serie di garanzie procedurali/formali, dall'altro continua a lasciare agli stati la disciplina di aspetti sostanziali del rapporto tra cui

⁴⁶³ Cfr. 15 US § 1635.

⁴⁶⁴ Cfr. 15 US § 1666 ss.

⁴⁶⁵ Cfr. 15 US § 1637(i).

⁴⁶⁶ Cfr. 15 US § 1637(k).

⁴⁶⁷ Cfr. 15 US § 1637(c)(8).

⁴⁶⁸ In tutti questi casi, la competenza dei tribunali federali prescinde da questioni di *diversity jurisdiction* o da soglie di valore minimo della causa.

il tasso di interesse o i requisiti professionali per concedere il credito⁴⁶⁹. Uniformità sì, ma non in tutto e per tutto.

2. Diritti fondamentali e sovranità.

Allargando nuovamente la prospettiva, e tornando dunque alle occasioni di contrasto tra i due livelli di governo, la tutela dei diritti fondamentali della persona rappresenta forse il prisma ideale attraverso cui esaminare la crisi del modello di federalismo duale dei *Framers*. Come si è appena evidenziato, la *commerce clause* è stata ampiamente utilizzata dal Congresso anche in questo settore, ma un ruolo ancora più determinante è invero svolto dalla clausola di *due process* contenuta nel XIV emendamento in virtù del quale: “§ 1. (...) *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws* (...). § 5. *The Congress shall have power to enforce, by appropriate legislation, the provisions of this article*”.

In effetti, se la disciplina del commercio interstatale ha avuto questo utilizzo eterodosso, ciò è dovuto probabilmente al fatto che a lungo si è dibattuto se il Congresso, in base al § 5 del XIV emendamento, avesse il potere di creare *nuovi diritti* sostanziali oltre a quelli rientranti, secondo l'interpretazione della Corte, nelle categorie di vita, libertà e proprietà, oppure se dovesse limitarsi a prevedere *garanzie procedurali* in caso di violazione di diritti esistenti⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ Con una qualche analogia, per utilizzare una categoria del nostro ordinamento, con il rapporto esistente tra la legge-cornice statale e la legge regionale di dettaglio (certo una cornice ricca di intarsi).

⁴⁷⁰ Cfr. W. BURNHAM, *op. cit.*, 343.

Ad ogni modo, in via preliminare si deve rilevare come la tutela dei diritti fondamentali sia stata tradizionalmente appannaggio della potestà legislativa degli stati. È noto infatti che il timore di sostituire un vecchio tiranno (Re Giorgio III) con un nuovo (il governo federale) aveva indotto i Padri Fondatori ad emanare un *Bill of Rights* che ponesse un argine costituzionale agli *enumerated powers* del Congresso, ma che non si rivolgeva in alcun modo al potere statale⁴⁷¹.

L'idea che una minaccia ai diritti fondamentali della persona potesse arrivare soltanto dal governo federale si rivelò viziata *ab origine*, quando arrivarono le prime decisioni della Corte Suprema in tema di schiavitù⁴⁷² che culminarono nella celebre sentenza *Dred Scott v. Sanford*⁴⁷³. In questo caso, il ricorrente era uno schiavo del Missouri che, dopo aver vissuto in Illinois e in Louisiana (che non ammettevano la schiavitù nei rispettivi territori)⁴⁷⁴, fece causa al proprio padrone ritenendo che tale soggiorno lo avesse reso un uomo libero. La tesi di Sanford,

⁴⁷¹ Cfr. *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 US 243 (1833), in cui il proprietario di un molo aveva intentato una causa contro l'amministrazione della città di Baltimora che aveva deviato il flusso delle correnti impedendogli così di esercitare la propria attività imprenditoriale. Secondo la tesi del ricorrente ciò avrebbe comportato una violazione del V emendamento nella parte i cui prevede la corresponsione di un indennizzo in caso di esproprio. Tuttavia, nell'opinione della Corte, le uniche restrizione al potere statale sono quelle contenute nell'art. I, § 10, Cost. USA, mentre il *Bill of Rights* (in cui rientra il V emendamento) si applica soltanto al governo federale. In linea di continuità si pongono: *Withers v. Buckley*, 61 US 84 (1858); *Pervear v. The Commonwealth of Massachusetts*, 72 US 475 (1866); *The Justices v. Murray*, 76 US 274 (1869); *Walker v. Sauvinet*, 92 US 90 (1875); *Hurtado v. California*, 110 US 516 (1884); *McElvaine v. Brush*, 142 US 155 (1891); *O'Neil v. Vermont*, 144 US 323 (1892); *Maxwell v. Dow*, 176 US 581 (1900).

⁴⁷² Non è da meno il Congresso che, nel 1793, approva il *Fugitive Slave Act* con cui, da un lato, si lasciava ai nuovi Territori che via via entravano a far parte dell'Unione completa libertà circa la scelta di implementare un regime schiavista o meno; dall'altro, era prevista la restituzione ai legittimi proprietari di quegli schiavi che fossero riusciti a fuggire.

⁴⁷³ Cfr. *Dredd Scott v. Sanford*, 60 US 393 (1857). La Corte mantiene, sia prima che dopo, un atteggiamento ondivago, dichiarando, ad esempio, l'incostituzionalità di una legge della Pennsylvania per contrasto con il *Fugitive Slave Act*, al tempo stesso sostenendo in un *obiter* la legittimità di un eventuale divieto statale ai propri pubblici ufficiali di far osservare la legge federale in questione [cfr. *Prigg v. Pennsylvania*, 41 US 539 (1842)]. D'altro canto, il giudice statale è privo di giurisdizione qualora pronunci un *writ* di *habeas corpus* a favore di uno schiavo fuggitivo e catturato dall'autorità federale [cfr. *Ableman v. Booth*, 62 US 506 (1859)].

⁴⁷⁴ In virtù del c.d. *Missouri Compromise* del 1820 (dichiarato incostituzionale dalla decisione in commento) che proibì la schiavitù nei territori delle Grandi Pianure a nord, ma lo permise nello stato del Missouri e nel Territorio dell'Arkansas.

invece, sosteneva l'impossibilità di conferire una qualifica piena di "cittadino", *ex art. III Cost. USA*, a persone di origine africana o comunque discendenti di schiavi. La Corte Suprema, allora, rigetta il ricorso affermando, in buona sostanza, che gli schiavi effettivamente non possono considerarsi persone ma cose, atteso che al tempo della redazione della Costituzione essi erano ritenuti inferiori e appartenenti ad una classe subordinata. Né la Dichiarazione di Indipendenza né la Costituzione federale, infatti, avrebbero inteso conferire agli schiavi o ai loro discendenti le tutele garantite ai cittadini. Qualsiasi norma federale, allora, che vulneri il diritto di proprietà del cittadino semplicemente perché egli abbia portato con sé uno schiavo in un territorio dove tale pratica è considerata illegale, comporta invero l'illegittimità di siffatta norma per violazione della clausola di *due process* del V emendamento. La Costituzione stessa prevede espressamente che gli schiavi possano essere oggetto di un diritto di proprietà.

Ad ogni buon conto, dopo gli eventi della Guerra civile americana (1861-1865), la schiavitù fu abolita a livello costituzionale con l'approvazione del XIII emendamento (1865), mentre lo *status* di libertà degli ex schiavi fu ulteriormente rafforzato con il XIV emendamento del 1868 il cui contenuto precettivo era rivolto direttamente agli stati. Il nucleo di questa disposizione è composto dalla *equal protection clause* e dalla *due process clause*. In estrema sintesi, si può affermare che la prima sia servita a diffondere⁴⁷⁵ il principio di uguaglianza sostanziale⁴⁷⁶, mentre la seconda sia riuscita a incorporare il *Bill of Rights* negli ordinamenti statali.

⁴⁷⁵ Molto lentamente e non senza incontrare resistenza, anche della stessa Corte Suprema: cfr. i c.d. *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36 (1873), con particolare riferimento alle opinioni dissenzienti ivi contenute, soprattutto del *Giudice* Bradley.

⁴⁷⁶ Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla *equal protection clause* è legato inscindibilmente alle vicende della segregazione razziale negli Stati Uniti che raggiunge la sua

Questa incorporazione tuttavia non avvenne né immediatamente né in un colpo solo, bensì caso per caso e soltanto qualora il diritto federale in questione potesse considerarsi “*essential to a fundamental scheme of ordered liberty*”⁴⁷⁷. La compressione della sovranità degli stati allora è ammessa solo in ipotesi ben circostanziate, mantenendo nella sfera di competenza statale la tutela dei diritti fondamentali a condizione che sia rispettato lo *standard* minimo dettato dalla Costituzione federale e dall’interpretazione che di essa ne dà la Corte Suprema.

Non è un caso che il XIV emendamento⁴⁷⁸ si chiuda conferendo espressamente al Congresso il potere di attuare legislativamente le previsioni in esso contenute: gli eventi della Guerra di secessione avevano lasciato il segno ed era ormai palese che la minaccia alle libertà del cittadino ben poteva arrivare dal potere statale. È in questo momento che viene formalmente abbandonato il modello del *dual federalism*, consentendo al Congresso di disciplinare, ancorché soltanto in senso *negativo*, la condotta degli stati (c.d. *state actions*), ma - è bene evidenziarlo - non quella dei privati cittadini che rimanevano soggetti, sul punto, esclusivamente alla legislazione statale. Proprio sul concetto di *state action*, inteso come attività pubblica soggetta a obblighi di non discriminazione, e alla sua portata espansiva, si fonderà una legislazione federale sempre più “aggressiva” sul piano dei diritti civili. La Corte così riconoscerà tale qualifica al villaggio aziendale di una società

piena formalizzazione in *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896) in cui viene confermata la legittimità costituzionale della legge statale informata dal principio del “*separate but equal*” nelle scuole pubbliche. L’*overruling* di tale decisione arrivò solo molti decenni dopo in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954) che dichiarò incostituzionale la segregazione degli studenti nelle scuole pubbliche in quanto intrinsecamente foriera di disuguaglianza. La letteratura sul punto è sterminata: per un commento complessivo sulla clausola in parola si rimanda a AA. VV., *Developments - Equal Protection*, 82 Harv. L. Rev. 1065 1968-1969. Sulla dottrina della segregazione, cfr. R. TURNER, *Was Separate-but-Equal Constitutional?: Borkian Originalism and Brown*, 4 Temple Political And Civil Rights Law Review 229 (1995).

⁴⁷⁷ È la teoria della c.d. incorporazione selettiva formulata per la prima volta in *Palko v. Connecticut*, 302 US 319 (1937). Al giorno d’oggi, praticamente tutti i diritti contenuti nel *Bill of Rights* sono entrati a far parte del patrimonio giuridico degli stati.

⁴⁷⁸ Ma anche il XIII e il XV hanno la stessa chiosa: si tratta degli emendamenti della Ricostruzione post Guerra di secessione.

privata⁴⁷⁹, ad un parco privato aperto al pubblico⁴⁸⁰, ad un sindacato⁴⁸¹ e financo ad un partito politico⁴⁸².

L'interpretazione più estensiva del § 5 arriva nel 1966 quando viene attribuito al Congresso il potere di approvare qualsiasi legge che innalzi il livello delle tutele dei cittadini, eventualmente riconoscendo anche dei diritti *ulteriori* a quelli derivanti dall'attività ermeneutica della Corte⁴⁸³. Nell'unica opinione dissenziente, la decisione viene criticata sul presupposto che non ci possa essere più di un interprete della Costituzione e che questo debba naturalmente essere soltanto la Corte stessa. Il principio di separazione dei poteri, infatti, dovrebbe impedire al Congresso di creare nuovi diritti sostanziali⁴⁸⁴, dovendo questo limitarsi ad attuare quelli già riconosciuti giudizialmente.

Successivamente, infatti, la Corte adotta un approccio più restrittivo nel giudizio di costituzionalità del *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA) che disponeva uno *strict scrutiny*⁴⁸⁵ per tutte le leggi statali che imponessero oneri gravosi all'esercizio della libertà di religione per come protetta dal I emendamento⁴⁸⁶. La normativa federale viene dichiarata illegittima in quanto non si limitava ad approntare una disciplina né di tipo *rimediale* (in caso di violazione di diritti protetti dal XIV emendamento già riconosciuti dalla Corte) né di tipo *profilattico* (ovvero prevedendo sì nuovi diritti purché teleologicamente orientati

⁴⁷⁹ Cfr. *Marsh v. Alabama*, 326 US 501 (1946).

⁴⁸⁰ Cfr. *Evans v. Newton*, 382 US 296 (1966).

⁴⁸¹ Cfr. *Steele v. Louisville & N. R. Co.*, 323 US 192 (1944).

⁴⁸² Si tratta dei c.d. *White Primary Cases*: *United States v. Classic*, 313 US 299 (1941); *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944); *Nixon v. Herndon*, 273 US 536 (1927); *Nixon v. Condon*, 286 US 73 (1932); *Grovey v. Townsend*, 295 US 45 (1935); *Rice v. Elmore*, 165 F.2d 387 (4th Cir. 1947), cert. denied, 333 US 875 (1948); *Baskin v. Brown*, 174 F.2d 391 (4th Cir. 1949); *Terry v. Adams*, 345 US 461 (1953).

⁴⁸³ Cfr. *Katzenbach v. Morgan*, 384 US 641 (1966).

⁴⁸⁴ Di rango costituzionale, s'intende.

⁴⁸⁵ Ovvero il livello più rigoroso di vaglio costituzionale: per maggiori dettagli, cfr. *infra*, le Conclusioni del presente lavoro.

⁴⁸⁶ Cfr. *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997).

alla tutela di quelli costituzionali): “*Congress does not enforce a constitutional right by changing what the right is. It has been given the power "to enforce," not the power to determine what constitutes a constitutional violation. Were it not so, what Congress would be enforcing would no longer be, in any meaningful sense, the "provisions of [the Fourteenth Amendment]"*”. In questo caso, oltretutto, il RFRA presentava anche un’assenza di proporzionalità o adeguatezza tra i mezzi adottati e il fine perseguito, imponendo il più severo dei livelli di scrutinio anche a leggi che poco o nulla avevano a che fare con la libertà di religione⁴⁸⁷.

3. La *due process clause* in senso sostanziale.

La dottrina del *substantive due process* può sembrare una formula ossimorica e in effetti ha davvero poco a che fare con garanzie processuali o procedurali e molto con la tutela di diritti sostanziali: l’assunto principale è che ci sono determinati diritti ricompresi nel termine “*liberty*” che lo stato non può violare⁴⁸⁸. Dire quali siano questi diritti e quanta compressione da parte della legge statale (o federale) essi possano sopportare è un compito che la Corte Suprema ha avocato a sé.

In questo modo, l’attività di *judicial review* fondata su questa interpretazione della clausola in parola ha permesso di accogliere nell’ordinamento degli Stati Uniti una quantità innumerevole di diritti fondamentali privi di un effettivo riscontro testuale nella Costituzione. Come accennato nel paragrafo precedente, ciò comporta un attrito non indifferente con il principio di separazione dei poteri

⁴⁸⁷ In effetti, l’oggetto del giudizio *de quo* era il diniego di un permesso di costruire per dei lavori di ampliamento della chiesa della città di Boerne nel Texas, sulla base di un’ordinanza comunale che imponeva dei vincoli storici all’edificio.

⁴⁸⁸ “(...) *nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law*”: cfr. XIV emendamento, § 1, Cost. USA.

ed è per questo che negli ultimi decenni la Corte ha mostrato più cautela, almeno a parole, nelle proprie decisioni, evitando di porsi come un super-legislatore⁴⁸⁹.

Tuttavia, sia le obiezioni testuali sia quelle di sistema non sono riuscite ad impedire che, nel tempo, la clausola venisse riempita di contenuti sostanziali le cui tutele tuttora informano l'ordinamento giuridico degli Stati Uniti⁴⁹⁰. Tali diritti possono dividersi idealmente in tre categorie: diritti di natura socio-economica; diritti fondamentali derivanti dal *Bill of Rights* da incorporare selettivamente; altri diritti fondamentali da rinvenire, come detto, nel concetto di "libertà"⁴⁹¹. Proprio con riguardo a quest'ultimi, l'attività ermeneutica della Corte ha permesso una lenta ma costante evoluzione dell'individuo *in persona*⁴⁹², esplorando in particolar modo gli interessi meritevoli di tutela in quanto rientranti in una, ampia, nozione di *privacy*.

La riflessione giuridica sullo *jus solitudinis* comincia alla fine del XIX secolo quando si inizia ad avvertire la necessità di ri-definire l'estensione delle forme di tutela dell'individuo *in person* e *in property* e, a tal fine, si teorizza per la prima volta l'esistenza di un "right to be let alone"⁴⁹³. Prendendo le mosse da una decisione della *High Court of Chancery*⁴⁹⁴ in cui era stata proibita la pubblicazione di un catalogo⁴⁹⁵ delle stampe a mordente di proprietà della Regina Vittoria, il carattere di realtà di tale diritto è, per così dire, fuso con la persona cui appartiene⁴⁹⁶. In questa, come in altre fattispecie, il diritto di proprietà è ancora

⁴⁸⁹ Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965): "We do not sit as a super-legislature to determine the wisdom, need, and propriety of laws that touch economic problems, business affairs, or social conditions".

⁴⁹⁰ Sia a livello federale che a livello statale, in quanto - lo si ricorderà - la clausola di *due process* è contenuta sia nel V che nel XIV emendamento.

⁴⁹¹ Ma anche di "vita" e "proprietà", naturalmente.

⁴⁹² Cfr. P.J. RUBIN, *Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights*, *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 4 (May, 2003), 837 s.

⁴⁹³ Cfr. S.D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, 4 *Harvard L.R.* 193 1890.

⁴⁹⁴ Cfr. *Prince Albert v. Strange*, 1 *McN. & G.* 25 (1849).

⁴⁹⁵ Quindi di una mera *descrizione* di queste, non una riproduzione di queste.

⁴⁹⁶ "(...) a man is that which is exclusively his": cfr. S.D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *op. cit.*

riconoscibile, ma questa sua estensione ne rende i contorni più sfumati: “*The principle which protects personal writings and all other personal productions, not against theft and physical appropriation, but against publication in any form, is in reality not the principle of private property, but that of an inviolate personality*”⁴⁹⁷.

Successivamente, questa immunità personale generale trova spazio anche nella giurisprudenza della Corte Suprema⁴⁹⁸, pur soltanto a livello di opinione dissenziente, secondo cui l'intenzione dei Padri Fondatori era stata quella di proteggere il popolo americano “*in their beliefs, their thoughts, their emotions, and their sensations*” e per questo motivo avevano istituito, nei confronti del potere pubblico, “*the right to be let alone - the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*”.

In tal senso, quindi, gli interessi protetti dalla “libertà” della *due process clause* si trovano su uno spettro molto ampio che non ricomprende soltanto situazioni giuridiche come la libertà da ogni costrizione fisica, ma anche “*the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men*”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Cfr. EID., *op. cit.*

⁴⁹⁸ Non a caso redatta dal Giudice Brandeis: cfr. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

⁴⁹⁹ Cfr. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), che prosegue: “*The established doctrine is that this liberty may not be interfered [262 U.S. 390, 400] with, under the guise of protecting the public interest, by legislative action which is arbitrary or without reasonable relation to some purpose within the competency of the state to effect. Determination by the Legislature of what constitutes proper exercise of police power is not final or conclusive but is subject to supervision by the courts. Lawton v. Steele, 152 U.S. 133, 137, 14 S. Sup. Ct. 499*”.

Come rilevato nel primo capitolo, non sarebbe ragionevole né desiderabile effettuare una comparazione tra l'attività legislativa⁵⁰⁰ degli stati americani e quella delle Regioni italiane: invero, un studio sul diritto privato regionale favorisce inevitabilmente un approccio casistico che si risolve in un'analisi della giurisprudenza della Corte Suprema in sede di *judicial review*. Si è scelto allora di esaminare alcune sentenze in tema di diritti fondamentali a protezione della privacy della persona che trovano tutela nell'ordinamento giuridico degli Stati Uniti grazie alla *due process clause*⁵⁰¹.

Due ulteriori ordini di ragioni hanno favorito questa impostazione. Il primo fattore, per così dire *esterno*, risiede nella circostanza che le altre aree tradizionalmente di ambito giusprivatistico appartengono perlopiù al patrimonio della *common law* statale, dunque le incursioni federali, che pur ci sono come appena visto, hanno comunque una rilevanza limitata. Il secondo, di natura domestica, si ricollega invece a quell'autorevole dottrina che scompone il diritto privato in diverse aree caratterizzate da una maggiore o minore cedevolezza rispetto ad esigenze di uniformità e quindi in ultima analisi di uguaglianza. Secondo questa ricostruzione, infatti, il diritto delle persone e della famiglia sarebbe contraddistinto dalla più alta resistenza ad istanze di differenziazione e pertanto la sola fonte del diritto legittimata a disciplinare tali rapporti sarebbe quella statale.

Nei paragrafi che seguono si cercherà di capire se e in che modo, proprio in questo settore del diritto privato, l'ordinamento federale e l'ordinamento statale concorrano di fatto a regolamentare siffatti rapporti.

⁵⁰⁰ Sia che si tratti di *statute* che di *common law*.

⁵⁰¹ E non già presenti nel *Bill of Rights*.

4. Matrimonio e relazioni familiari.

Come accennato nel paragrafo precedente⁵⁰², l'accesso all'istituto matrimoniale trova da tempo copertura costituzionale nella clausola di *due process*, tuttavia l'ampiezza di questo accesso è sempre stata argomento di dibattito politico, dottrinale e giurisprudenziale.

Una delle restrizioni più diffuse è stata per decenni fondata sull'identità razziale. Moltissime leggi statali, infatti, contenevano divieti di matrimonio tra persone di razza diversa che affondavano le proprie radici nell'epoca coloniale della schiavitù e rimasero intatte anche dopo la fine della segregazione nelle scuole pubbliche⁵⁰³. Ciò non può stupire più di tanto se si pensa che anche chi aveva fieramente dissentito dall'approvazione della dottrina del "separati ma uguali" non aveva dubbi circa la superiorità sostanziale della razza bianca pur ritenendo che la Costituzione non facesse differenze tra i cittadini⁵⁰⁴. D'altra parte, la posizione della Corte sul punto specifico era favorevole alla criminalizzazione di tale condotta purché la pena fosse la medesima a prescindere dalla razza⁵⁰⁵.

Qualcosa cominciò a cambiare a metà degli anni '60 dapprima quando una legge della Florida venne dichiarata incostituzionale nella parte in cui poneva un divieto di *convivenza* a carico di coppie miste⁵⁰⁶ e successivamente con la

⁵⁰² Cfr. *Meyer v. Nebraska*, cit.

⁵⁰³ Cfr. *Brown v. Board of Education of Topeka*, cit.

⁵⁰⁴ Cfr. *Plessy v. Ferguson*, cit., in part. il *dissent* del Giudice Harlan: "*The white race deems itself to be the dominant race in this country. And so it is in prestige, in achievements, in education, in wealth and in power (...). But in view of the constitution, in the eye of the law, there is in this country no superior, dominant, ruling class of citizens*".

⁵⁰⁵ Cfr. *Pace v. Alabama*, 106 US 583 (1883).

⁵⁰⁶ *Rectius*: bianchi e neri, così come riportato nello *statute* della Florida: la decisione dunque non prese in considerazione altre ipotesi di convivenza interraziale in *McLaughlin v. Florida*, 379 US 184 (1964).

declaratoria di illegittimità costituzionale dell'interferenza statale con l'istituto del matrimonio *tout-court*⁵⁰⁷.

La legge della Virginia ha lo scopo evidente di preservare “*the racial integrity of its citizens*”, e di impedire “*the corruption of blood (...) and the obliteration of racial pride*” e poiché qualsiasi discriminazione fondata sulla razza dev'essere sottoposta allo scrutinio più rigoroso, bisogna verificare la sussistenza di un importante interesse pubblico che però in questo caso non si rinviene. Lo statute non solo viola il “*central meaning*” della *equal protection clause*, ma anche quello della *due process clause* in quanto la “libertà” di sposarsi è da sempre riconosciuta un diritto vitale ed essenziale alla ricerca della felicità. Il matrimonio è un basilare diritto civile dell'uomo che dà fondamento alla sua stessa esistenza⁵⁰⁸. Negare un siffatto diritto, oltretutto sulla base di una discriminazione razziale così palesemente contraria al principio di uguaglianza del XIV emendamento, non può che vulnerare la libertà dei cittadini “*without due process of law*”. La legge statale non può limitare questa libertà, poiché questa libertà (di sposarsi o di non sposarsi con una persona di una razza differente) attiene esclusivamente all'autonomia privata dell'individuo e la funzione dell'emendamento in parola è da sempre quella di consentire “*an incursion into and constraint on state sovereignty*”⁵⁰⁹.

Con questa decisione la Corte Suprema abbatte uno dei pilastri legislativi della supposta superiorità razziale, implementando una nozione di uguaglianza non più soltanto formale e in un certo qual modo ritornando ad un'interpretazione del XIV

⁵⁰⁷ Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 US 1 (1967).

⁵⁰⁸ Cfr. *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535, 541 (1942).

⁵⁰⁹ Cfr. *Fitzpatrick v. Bitzer*, 427 US 445 (1976).

emendamento pre-segregazione quando era stato rivolto contro qualsiasi norma che implicasse una qualche forma di inferiorità sociale⁵¹⁰.

Ad ogni buon conto, proprio perché fondata (anche) sulla ragionevolezza, la *ratio* di *Loving* non si applica in ogni caso di discriminazione razziale. Giusto un anno dopo, infatti, la Corte ha modo di specificare che l'autorità penitenziaria è legittimata ad adottare misure di segregazione dei detenuti, almeno temporaneamente, a fini esclusivi di sicurezza interna. In questi casi, la norma discriminatoria serve un importante interesse pubblico e prescinde da qualsivoglia pregiudizio razziale⁵¹¹.

Sugli stessi presupposti viene bocciata una legge del Wisconsin che subordinava il rilascio della “*marriage license*” alla prova che il nubendo, già genitore non affidatario, fosse in regola con il pagamento degli assegni di mantenimento a favore dei propri figli⁵¹². Dal momento che “*the right to marry is part of the fundamental ‘right of privacy’ implicit in the (...) Due Process Clause*”, e atteso che non è stata dimostrata la sussistenza di un interesse pubblico idoneo ad imporre un onere sostanziale su tale diritto, la norma è incostituzionale. Ovviamente ciò non vuol dire che gli stati non possano, a determinate condizioni, stabilire dei prerequisiti per il rilascio del permesso in questione.

L'accesso all'istituto del matrimonio è stato da sempre negato anche alle coppie omosessuali e soltanto in anni recenti si è assistito ad una completa apertura.

Uno dei *leading case* in materia è certamente quello di Edith Windsor e Thea Spyer, una coppia omosessuale residente a New York, che si erano sposate in Canada nel 2007. L'anno successivo, lo Stato di New York riconosceva la loro

⁵¹⁰ Cfr. *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303 (1880).

⁵¹¹ Cfr. *Lee v. Washington*, 390 U.S. 333 (1968).

⁵¹² Cfr. *Zablocki v. Redhail*, 434 US 374 (1978).

unione. Nel 2009, Spyer moriva lasciando tutti i suoi beni al coniuge che invocava a suo favore un'esenzione fiscale federale dalla tassa di successione in qualità di coniuge superstite. Il Fisco rigettava la domanda sulla base delle definizioni stabilite dal § 3 del *Defense Of Marriage Act (DOMA)*⁵¹³ secondo cui, ai sensi della legge federale, le parole "matrimonio" e "coniuge" devono riferirsi esclusivamente alle unioni eterosessuali. Nel 2013, la Corte Suprema ha ritenuto incostituzionale il DOMA per violazione della *Due Process Clause* del V emendamento. In particolare, secondo l'opinione della Corte, "non sussiste alcun legittimo scopo che possa prevalere sul fine e l'effetto di screditare e danneggiare lo *status* di persona e la dignità di coloro che lo Stato, tramite le sue leggi, ha inteso proteggere"⁵¹⁴. Quindi, non solo la legge federale falliva il test di ragionevolezza con riguardo al fine prefissato, ma violava addirittura la tradizionale sovranità statale nella disciplina dei rapporti familiari⁵¹⁵.

Questa decisione, quindi, facendo leva sul *due process*, espunge dall'ordimento federale una norma che viola l'eguale dignità delle coppie omosessuali e tuttavia non ha alcuna rilevanza per la costituzionalità dei divieti *statuali* di unioni dello stesso sesso né implica la loro validità. Essa, infatti, da un lato, sembra potersi leggere in un'ottica "federalista", ossia nel senso di riconoscere agli Stati la potestà legislativa in merito. Dall'altro lato, invece, questa deferenza verso il potere statale di regolamentare le "relazioni domestiche" non sfocia mai (neanche implicitamente) in un riconoscere agli Stati la possibilità di limitare la definizione di matrimonio esclusivamente alle coppie di sesso opposto⁵¹⁶. Nel momento in cui la Corte afferma che lo Stato di "New York ha inteso conferire

⁵¹³ Cfr. Pub. L. 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

⁵¹⁴ Cfr. *United States v. Windsor*, 570 US ____ (2013).

⁵¹⁵ Cfr. E.A. YOUNG, *United States v. Windsor and the Role of State Law in Defining Rights Claims*, 99 Virginia Law Review Online 39-47 (2013).

⁵¹⁶ Cfr. N.S. SIEGEL, *Federalism as a Way Station: Windsor as Exemplar of Doctrine in Motion*, 6 Journal of Legal Analysis (2014).

ulteriore dignità a quel rapporto” è chiaro che tale relazione possiede dignità anche in assenza di un riconoscimento statale. Tale cautela è forse dovuta al fatto che, in passato, lo stesso argomento “federalista” era stato usato per difendere le legislazioni statali in tema di schiavitù, segregazione razziale e matrimoni misti (tutte “relazioni domestiche”).

In ragione di ciò, sembra difficile credere che la Corte veda il matrimonio come un istituto che la Costituzione lascia *tout-court* agli Stati: se così fosse, il DOMA sarebbe stato probabilmente dichiarato incostituzionale per violazione della *Necessary and Proper Clause*⁵¹⁷, ma così non è stato. In verità, il richiamo alla prospettiva “federalista” sembra operare solo nel senso di legittimare condizioni di maggior tutela dei cittadini omosessuali offerte dai singoli Stati, ma non il contrario. Se nell’architettura federale gli Stati possono considerarsi dei “laboratori” dove sperimentare nuove e differenti soluzioni giuridiche per il medesimo problema, la risposta, in questo caso, sembra tuttavia essere soltanto una: quella della maggior tutela.

In una fattispecie complessa e delicata come questa, possiamo notare come la sentenza della Corte contenga un solo riferimento ad “interessi federali di uniformità e stabilità”, per di più soltanto nel *dissent* del *Chief Justice* Roberts il quale, lamentandone la mancata considerazione da parte del Collegio, afferma che il Congresso bene avrebbe agito nell’adottare una definizione di matrimonio all’epoca utilizzata da ogni Stato dell’Unione e del mondo.

L’opinione della Corte, al contrario, non ha nemmeno preso in considerazione argomenti⁵¹⁸ che sostenevano l’interesse ad una definizione uniforme dell’istituto

⁵¹⁷ Art. I, sez. 8, § 18: “Il Congresso avrà le seguenti attribuzioni: (...) di porre in essere tutte le leggi necessarie e opportune per l’esercizio dei poteri conferiti dalla presente Costituzione”.

⁵¹⁸ Che pure erano stati sollevati da alcuni soggetti intervenuti nel giudizio: cfr. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES’ BIPARTISAN LEGAL ADVISORY GROUP, *Merits Brief, United States v. Windsor*, 133 S Ct. 2765 (2013) (No. 12-307), in part. 28-49. Il Congresso avrebbe poi uno “*unique interest*

matrimoniale ai fini della legge federale, poiché il vero scopo del DOMA era un altro: “*The history of DOMA's enactment and its own text demonstrate that interference with the equal dignity of same-sex marriages, a dignity conferred by the States in the exercise of their sovereign power, was more than an incidental effect of the federal statute. It was its essence*”⁵¹⁹.

Ad ogni modo, come detto poc’anzi, in questo pensiero giuridico, le esigenze di uniformità passano in secondo piano rispetto a questioni di uguaglianza e di livello ottimale della normazione che potrà discriminare, ma in ossequio al *due process* (ovvero ragionevolmente), cosa che il DOMA non faceva.

Con riguardo invece alle questioni se i singoli Stati siano tenuti ad autorizzare il matrimonio omosessuale e/o a riconoscere il matrimonio omosessuale validamente celebrato al di fuori dello stato, la decisione in commento nulla dice né tantomeno revoca il precedente in materia secondo cui “*the denial of marriage licenses to same-sex couples does not violate provisions of the United States Constitution*”⁵²⁰.

Questi interrogativi lasciati in sospeso trovano una risposta un paio di anni fa quando la Corte riconosce l’inviolabilità del diritto a potersi sposare indipendentemente dall’orientamento sessuale con ciò dichiarando incostituzionali le leggi statali di senso contrario⁵²¹.

in treating citizens across the nation the same” (19). Ma cfr. *United States v. Kimbell Foods Inc.*, 440 US 715 (1979), che rigetta dei richiami generici all’uniformità come surrogato della prova concreta che l’adozione di definizioni di una legge statale non consentirebbe un’adeguata esecuzione dei programmi federali.

⁵¹⁹ E.A. YOUNG, *op. cit.*, 46 s., nel porre in evidenza i continui collegamenti, operati dalla Corte, tra la dignità dell’individuo e la sovranità dello Stato, richiama espressamente il pensiero politico di Kant per il quale solo tramite esso i diritti fondamentali possono trovare concreta espressione. Ma se un processo democratico è indispensabile per l’affermazione di tali diritti, in una forma di Stato federale diventa cruciale individuare il livello di governo idoneo ad attuare una simile politica: *Windsor* su questo punto è ambigua.

⁵²⁰ Cfr. *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971).

⁵²¹ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 576 US ____ (2015).

In questa decisione, la Corte, dopo aver riepilogato la storia matrimonio e la sua centralità nella condizione umana, lo descrive come un istituto che racchiude in sé istanze sia di tradizione sia di cambiamento. Per secoli l'orientamento sessuale di è stato causa di discriminazione nell'accesso ai pubblici uffici, in una carriera militare oppure ridotto a patologia o attività criminosa. Ma se la tradizione e la storia guidano il ragionamento della Corte, non ne stabiliscono i confini esterni. Infatti, nel determinare se un diritto sia fondamentale o meno non ci si può dimenticare che: “*The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning*”.

In particolare, la sentenza si fonda su quattro argomenti tra loro strettamente connessi. Il primo è che “*the right to personal choice regarding marriage is inherent in the concept of individual autonomy*”. In questo caso la *ratio* applicata è certamente simile a quella di *Loving*. Sarebbe contraddittorio infatti riconoscere una sfera di *privacy* sugli aspetti della vita familiare e non sulla scelta di intraprendere quella relazione che è alla base della vita familiare e a cui viene conferita dignità dal matrimonio.

In secondo luogo, proprio per la sua l'importanza, l'istituto è sorretto da un diritto fondamentale di accedervi perché rappresenta un'unione personale unica nel suo genere, “nella buona e nella cattiva sorte”. Certo la condotta omosessuale in sé è stata ormai depenalizzata⁵²², ma il concetto di libertà non può limitarsi a eliminare l'illegalità mantenendo l'emarginazione.

⁵²² Cfr. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), su cui v. *infra*, § 6.

Un'altra ragione per offrire tutela alle coppie omosessuali è che tale tutela si estenderà necessariamente alla loro prole e darà nuova linfa a tali situazioni giuridiche che potranno godere di una stabile e integra relazione coniugale. Queste dinamiche familiari trovano certamente protezione sotto la *due process clause*: “Without the recognition, stability and predictability marriage offers, their children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer significant material costs of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus harm and humiliate the children of same-sex couples”⁵²³.

L'istituto del matrimonio, infine, così come assume centralità nella vita di coppia, svolge un ruolo analogo nell'ordinamento giuridico. Da sempre infatti questo vincolo è il presupposto di tutta una serie di situazioni giuridiche come in tema di successioni testamentarie e legittime, di adozione, di cause di incompatibilità, di *proxy* sanitario, assicurazioni sanitarie *etc.*⁵²⁴. Tenendo presente questa pur breve panoramica di diritti, non è possibile rinvenire alcuna differenza tra le coppie di sesso opposto e quelle omosessuali: il mancato accesso a questo istituto, e a tutte le posizioni che in esso trovano un presupposto, rappresenta un onere eccessivamente gravoso ed è pertanto incostituzionale.

In queste due decisioni si assiste ad una interpretazione innovatrice⁵²⁵ della clausola di *due process*: in *Windsor*, dove l'oggetto del giudizio non era la costituzionalità di un divieto statale di matrimonio omosessuale, la Corte basa il

⁵²³ La Corte, comunque, rileva che la procreazione non è mai stato un prerequisito o un fine del matrimonio: esso dunque si configura semplicemente come una sfaccettatura di questo diritto fondamentale.

⁵²⁴ Su questa caratterizzazione del matrimonio come “fonte esclusiva di legittimazione dei rapporti familiari”, in senso critico, cfr. F. VIGLIONE, *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 589 ss, in part. 600.

⁵²⁵ L'approccio opposto invece impone di riconoscere un diritto se esso si trovi nella storia e nella tradizione della nazione: ma v. meglio *infra*.

proprio convincimento sulla circostanza che la competenza sulla disciplina delle relazioni familiari è *tradizionalmente* appannaggio degli stati dunque il Congresso federale ha violato il V emendamento approvando il DOMA; in *Obergefell*, dove proprio di una legge statale asseritamente discriminatoria si doveva discutere, il ragionamento va oltre la tradizione perché “*the nature of injustice is that we may not always see it in our own times (...). When new insight reveals discord between the Constitution's central protections and a received legal stricture, a claim to liberty must be addressed*”. Descrivendo l’istituto del matrimonio sia in senso statico (richiamandone il profondo radicamento nella cultura della nazione) sia in senso dinamico (partendo dalla criminalizzazione di certe condotte alla loro tolleranza in ambito sociale, ma anche giuridico), la Corte Suprema riesce a discostarsi dalla tradizione fornendo così un “*reasoned judgment (...) engaged in a generational and reflective interpretation of due process "liberty"*”⁵²⁶.

* * *

Sul matrimonio naturalmente è fondato il concetto “tradizionale” di famiglia e anche la disciplina di tali relazioni è stata al centro della riflessione giuridica in più di un’occasione. Cosa si debba intendere per rapporto familiare e fino a dove possa espandersi la nozione di famiglia non è così scontato come possa sembrare di primo acchito.

Può ricordarsi così il caso di un’ordinanza comunale che limitava l’abitabilità delle unità immobiliari ai soli membri della famiglia che veniva definita a tal fine in modo molto restrittivo come: “*the head of a household, his or her spouse, the couple's childless unmarried children, at most one child of the couple with dependent children, and one parent of either the head of the household or his or*

⁵²⁶ R. TURNER, *Marriage Equality and Obergefell's Generational (Not Glucksberg's Traditional) Due Process Clause*, 23 Duke J. Gender L. & Pol’y 145 2015-2016, 161.

her spouse”⁵²⁷. La Corte Suprema, nel dichiarare l’incostituzionalità della norma che viola una sorta di diritto all’integrità familiare, offre anche un’esemplare descrizione delle considerazioni che sottostanno alla clausola di *due process*: “*Due process has not been reduced to any formula; its content cannot be determined by reference to any code. The best that can be said is that through the course of this Court's decisions it has represented the balance which our Nation, built upon postulates of respect for the liberty of the individual, has struck between that liberty and the demands of organized society*”. Non dev’essere un caso che i precedenti della *Lochner Era* che sono stati ripudiati si fondavano su una nozione di *due process* distaccata da questo equilibrio da ricercarsi nelle “*traditions from which it developed, as well as the traditions from which it broke*”.

Altre volte, invece, un legame biologico può non essere sufficiente per integrare una relazione familiare⁵²⁸. Così una legge statale viene dichiarata incostituzionale nella parte in cui consentiva a chiunque⁵²⁹ di ottenere un provvedimento giudiziario volto a concedere diritti di visita con un minore, a prescindere da qualsiasi obiezione dei genitori affidatari. La *plurality opinion*⁵³⁰, dopo aver premesso che l’interesse dei genitori nella cura, affidamento ed educazione dei propri figli è probabilmente la “libertà” fondamentale più antica che sia stata riconosciuta dalla Corte, rileva infatti l’esistenza di una presunzione, quasi assoluta, in base a cui si deve ritenere che i genitori cui non sia stata tolta o limitata la responsabilità sui figli agiscono nel “*best interest of their children*”.

⁵²⁷ In questo caso vietando ad una nonna di abitare con i propri nipoti: cfr. *Moore v. City of East Cleveland*, 431 US 494 (1977).

⁵²⁸ Cfr. *Troxel v. Granville*, 530 US 57 (2000).

⁵²⁹ In questo caso, ai nonni.

⁵³⁰ Si ha una *plurality opinion* quando “(...) *a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices*”. In tal caso, “*the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds*”: cfr. *Marks v. United States*, 430 US 188 (1977).

Una legge dell'Illinois invece prevedeva che, alla morte della madre o in qualunque altra circostanza ella non fosse in grado di badare alla prole, fosse dichiarato automaticamente lo stato di adottabilità dei figli minori: l'assenza di un vincolo di coniugio con il padre impediva a questi di vederseli affidati. La Corte Suprema dichiara l'incostituzionalità di questa norma perché il diritto fondamentale dei genitori non sposati all'affidamento dei propri figli può essere limitato soltanto alle stesse condizioni dei genitori sposati o divorziati, ovvero in caso di inidoneità⁵³¹.

Sempre in questo ambito, un caso esemplare è rappresentato da *Michael H. v. Gerald D.*⁵³² che ebbe ad oggetto la richiesta di affidamento del padre biologico di una figlia avuta da una donna sposata con un altro uomo al tempo del concepimento e della nascita. Un test del DNA effettuato molti anni dopo dimostra che la figlia è con ogni probabilità legata biologicamente a Michael e non a Gerald (il marito della madre) e, a questo punto, il primo ne chiede l'affidamento. Tuttavia, secondo la legge della California, in questi casi opera una presunzione relativa di paternità del marito della madre, superabile se questo proponga, entro *due anni* dalla nascita, un'azione di disconoscimento fondata su analisi del sangue. È da specificare che il padre biologico aveva negli anni intrapreso una relazione parentale con la propria figlia e dunque muoveva da questo interesse *sostanziale* per vedersi riconosciuta la violazione di un suo diritto fondamentale, ritenendo insufficiente l'interesse che la legge statale attribuiva alla famiglia fondata sul matrimonio. La Corte tuttavia non ritiene che la legge della California violi la clausola di *due process*: infatti, accordare protezione al padre naturale significherebbe negare protezione al padre "coniugale" e atteso che non

⁵³¹ Cfr. *Stanley v. Illinois*, 405 US 645 (1972).

⁵³² Cfr. *Michael H. v. Gerald D.*, 504 US 905 (1992).

esiste alcuna tradizione di *common law* che tuteli i diritti del padre biologico quando la madre sia sposata con un altro, la Corte non può che rigettare il ricorso⁵³³.

5. Libertà di scelta e diritto alla vita.

Si è visto, nei paragrafi precedenti, come la nozione di privacy enucleata dalla giurisprudenza della Corte Suprema vada ben oltre una generica tutela della riservatezza con riguardo ad alcune categorie di dati personali. Si è visto altresì che, dopo una sua teorizzazione a livello dottrinale, essa trova spazio nell'opinione dissenziente del Giudice Brandeis in *Olmstead v. United States* nel 1928 come una generale protezione dell'individuo dall'intrusione del potere pubblico. Tuttavia, è soltanto a metà degli anni '60 che il diritto alla privacy emerge formalmente come una garanzia di rango costituzionale: da lì in avanti, tutti i diritti fondamentali, non espressamente previsti dal *Bill of Rights*, in tema di matrimonio e relazioni familiari, procreazione, autonomia sessuale, diritto alla salute, saranno riconosciuti come emanazioni della privacy individuale protetta dalla clausola di *due process*.

In modo abbastanza curioso, però, la prima decisione che accoglie questo diritto non si fonda su tale parametro costituzionale⁵³⁴. In questo caso, la declaratoria di illegittimità della legge statale che proibiva (anche mediante sanzioni penali detentive) la vendita, la distribuzione e l'utilizzo di contraccettivi, deriva dalla violazione di una privacy definita come una "penombra" formata dal combinato disposto di alcune norme del *Bill of Rights* come la libertà di

⁵³³ Si tratta di un approccio invero molto restrittivo che, in buona sostanza, permetterebbe alla Corte di creare un diritto sostanziale in virtù della clausola di *due process* soltanto se rinvenibili nei precedenti giurisprudenziali: in altre parole, potendo soltanto *riconoscere diritti già riconosciuti*. Non per niente l'opinione della Corte è stata redatta dal *Giudice* Scalia, strenuo sostenitore dell'originalismo come tecnica di interpretazione della Costituzione.

⁵³⁴ Cfr. *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

associazione del I emendamento, il divieto di acquartere soldati in abitazioni private del III, la libertà personale del IV, il diritto a non autoaccusarsi del V.

Questa “fuga” dal *substantive due process*, motivata forse dal ricordo ancora scottante della *Lochner Era*, in verità non porta molto lontano. Non solo perché può effettivamente dubitarsi della validità di una lettura così a-sistematica⁵³⁵ del *Bill of Rights*, ma anche perché questa impostazione non consentirebbe in ogni caso di applicarne le disposizioni nei confronti dell’ordinamento statale. L’unico dispositivo in grado di fare ciò rimane pur sempre la clausola del XIV emendamento. Questo approccio infatti non aveva soddisfatto il *Giudice* Harlan che, nella sua *concurring opinion*, riteneva fermamente di poter fondare il diritto alla privacy nel concetto di “*liberty*” per come protetto dal *due process of law*⁵³⁶. Sarà proprio questa, in seguito, la tesi che risulterà vincente.

Ad ogni buon conto, la tutela accordata dalla Corte in questa occasione garantisce l’inviolabilità dei “*sacred precincts of the marital bedroom*” in cui i coniugi, in maniera del tutto autonoma, possono e devono prendere decisioni di natura così intima come l’acquisto e l’utilizzo di contraccettivi. Soltanto pochi anni dopo tale garanzia viene estesa anche alle persone non sposate⁵³⁷, mentre il diritto alla privacy fondato sul *due process* fornirà, poco dopo, tutela anche al diritto della donna di abortire come *scelta* di interrompere una gravidanza⁵³⁸.

Proprio quest’ultima decisione rappresenta forse il punto più alto della controversia tra il ruolo del potere giudiziario nella tutela dei diritti fondamentali

⁵³⁵ Cfr. R.G. DIXON, *The New Substantive Due Process and the Democratic Ethic: A Prolegomenon*, 1976 B.Y.U. L. REV. 43, che descrive il ragionamento del *Giudice* Douglas, che scrive per la maggioranza, come una “*cheerleader skipping through the Bill of Rights saying - give me a "P," give me an "R," give me an "I," ultimately all the way to "privacy"*” (84).

⁵³⁶ Un’altra *concurring opinion* (Goldberg, Warren, Brennan) rinveniva nel IX emendamento come il dato costituzionale per un’interpretazione estensiva della clausola di *due process* in senso sostanziale (“*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”).

⁵³⁷ Cfr. *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

⁵³⁸ Cfr. *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

e il principio di democraticità. All'inizio degli anni '70 la maggior parte degli stati aveva reso l'aborto illegale o comunque ne aveva ristretto la pratica a limitati casi perlopiù di pericolo per la salute della madre ovvero di gravidanza derivante da violenza sessuale o rapporto incestuoso. Sia le tesi a favore dell'istituto sia quelle contrarie fondano le proprie argomentazioni sulla clausola di *due process* che tutelerebbe rispettivamente l'interesse della donna "a disporre del proprio corpo" e l'interesse dello stato alla tutela della vita del feto.

L'opinione della Corte afferma che nella "libertà" protetta dal XIV emendamento vi rientra senz'altro la libertà della donna di interrompere la gravidanza (e dunque viene dichiarata incostituzionale la legge statale che consentiva l'aborto solo in circostanze straordinarie), ma questa libertà non può considerarsi assoluta. Va quindi effettuato un bilanciamento con due corrispondenti interessi statali: la salute della madre e la potenziale vita umana. Tale bilanciamento non è costante, bensì varia al protrarsi della gravidanza che a questi fini viene idealmente divisa in trimestri: *i*) durante il primo trimestre, la libertà della madre è alla sua massima espansione pertanto la legge statale non può intromettersi nella relazione tra questa e il medico curante; *ii*) nel secondo semestre, l'interesse alla salute della donna diventa preponderante dunque la legge statale, pur non potendo vietare la pratica, potrà disciplinarne le modalità di accesso avendo appunto riguardo a tale interesse; *iii*) nell'ultimo semestre, la circostanza che il feto possa sopravvivere solitamente anche al di fuori del grembo materno porta la Corte a ritenere che la potenziale vita umana debba trovare la massima protezione, dunque, a meno che vi sia un rischio mortale per la donna, lo stato potrà rendere illegale l'aborto *tout-court*.

Conscia che, come di consueto, questo utilizzo in senso sostanziale della clausola di *due process* sarebbe andato incontro a critiche di attivismo giudiziale,

la Corte si premura di rammentare che l'oggetto del giudizio consiste soprattutto nel benessere fisico, mentale ed emotivo della donna e che una decisione di natura così intima e personale è più idonea ad essere lasciata all'autonomia individuale che allo stato.

Le opinioni dissenzienti hanno ovviamente biasimato pesantemente l'interpretazione della maggioranza, descrivendola come un esercizio di puro soggettivismo posto il consolidato riconoscimento a livello statale del divieto, più o meno assoluto, di abortire, nonché l'assenza nella Costituzione di un interesse così configurato.

Ciò nonostante la *ratio* di *Roe* resiste tuttora⁵³⁹ e negli anni è stata il fondamento di altre decisioni che hanno dichiarato l'incostituzionalità delle leggi approvate proprio in reazione ad essa e che prevedevano tra l'altro il rilascio di permessi, il consenso necessario del coniuge o l'imposizione di un periodo di attesa tra la richiesta dell'intervento e la sua effettuazione⁵⁴⁰. Tuttavia, all'inizio degli anni '90, anche se non è rimessa in discussione l'esistenza di un diritto fondamentale all'aborto, viene però abbandonato l'approccio "trimestrale".

Il giudizio di costituzionalità ha ad oggetto in questo caso una legge della Pennsylvania che contemplava, tra l'altro, l'obbligo del medico di fornire informazioni sui rischi fisici e psicologici dell'aborto; un tempo d'attesa di 24 ore prima che l'intervento potesse essere effettuato; il consenso del genitore o di un

⁵³⁹ Seppur in maniera differente: v. subito *infra*.

⁵⁴⁰ Cfr. E.T. SULLIVAN-T.M. MASSARO, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, 143, che, tra l'altro, evidenziano come la decisione *de qua* rivesta la massima centralità anche nel processo di nomina dei giudici della Corte Suprema i quali saranno valutati anche con riguardo alle loro opinioni sull'operatività del principio dello *stare decisis* e sull'originalismo come metodo di interpretazione del testo costituzionale.

giudice, in caso di minori; un obbligo di notifica nei confronti del coniuge; nonché l'obbligo del medico di riportare l'operazione in un pubblico registro⁵⁴¹.

Come appena anticipato, il nucleo fondamentale di *Roe* viene preservato, nondimeno tutte le disposizioni della legge statale vengono dichiarate costituzionalmente legittime (con l'eccezione dell'obbligo di notifica al coniuge). Così la portata del precedente viene circoscritta⁵⁴² al divieto per lo stato di impedire un'interruzione volontaria di gravidanza se il feto non abbia ancora una possibilità di sopravvivenza al di fuori del grembo, a prescindere da qualsivoglia suddivisione in trimestri. Questo rimane dunque il *discrimen* tra la libertà della donna e l'interesse statale, ma con la conseguenza che, dato il costante progresso della scienza medica, il periodo della gravidanza assoggettabile alla disciplina dello stato aumenta sempre di più. In tal senso, la norma statale dovrà essere dichiarata incostituzionale se impone un onere troppo gravoso⁵⁴³ all'esercizio della libertà della donna prima della *viability* del feto.

L'obbligo di informativa viene così ricondotto all'interesse di assicurare un corretto processo decisionale, cui deve collegarsi pure il tempo d'attesa obbligatorio; anche il requisito del consenso del genitore del minore (o, in alternativa, del giudice) non viene reputato irragionevole e nemmeno l'obbligo di riportare l'intervento in un pubblico registro pone un *undue burden* atteso l'interesse della ricerca medica sul punto.

⁵⁴¹ Tutte queste disposizioni, tranne l'ultima, non rilevavano in caso di un'emergenza medica: cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, 505 US 833 (1992).

⁵⁴² In maniera simile a quanto già accaduto in *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 US 490 (1989).

⁵⁴³ Ovvero un *undue burden*, con ciò intendendosi una norma che abbia lo scopo o l'effetto "of placing a substantial obstacle in the path of a woman seeking an abortion of a nonviable fetus", cfr. *Planned Parenthood v. Casey*, cit.

Come già capitato in altre occasioni⁵⁴⁴, la lacerazione della Corte si appalesa nella *plurality opinion* dove l'accordo della maggioranza viene raggiunto solo entro margini molto ristretti, non essendo stato possibile convenire su altri profili come la gravosità effettiva degli oneri imposti o la necessità di mantenere il più rigido approccio per trimestri.

Quanto ai *dissent* invece si registrano da un lato la constatazione di una mancanza di *consensus* sia a livello legislativo sia nell'opinione pubblica, cosa che non permetterebbe alla Corte di mettere in discussione l'assennatezza di una particolare politica, dovendosi limitare questa ad interpretare un XIV emendamento che non menziona la privacy; dall'altro, si contesta la violazione del principio di democraticità che imporrebbe di demandare tali scelte al corpo elettorale e ai suoi rappresentanti.

Negli anni seguenti, il progresso scientifico-tecnologico è tornato ad influenzare la riflessione giuridica in tema di interruzione volontaria della gravidanza, con particolare riferimento alla tecnica di *partial-birth abortion* e alla sua legalità.

Proprio all'inizio del nuovo millennio infatti la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale di una legge statale del Nebraska che vietava l'esecuzione di aborti con questa tecnica, disponendo altresì la radiazione dall'albo per il medico che violasse tale precetto⁵⁴⁵. Nello specifico, l'opinione di maggioranza ritiene che divieti siffatti siano incostituzionali per violazione del *due process* qualora non prevedano eccezioni per la salute della donna o qualora non possano essere ragionevolmente interpretati come applicabili soltanto ad una peculiare

⁵⁴⁴ Cfr. *Troxel v. Granville*, cit., *supra*.

⁵⁴⁵ Cfr. *Stenberg v. Carhart*, 530 U.S. 914 (2000). La legge statale definiva l'aborto con nascita parziale come "any abortion in which the physician partially delivers vaginally a living unborn child before killing the unborn child and completing the delivery".

procedura⁵⁴⁶ e non anche ad altri metodi chirurgici. L'onere eccessivamente gravoso in questo caso è allora quello posto sul medico che è costretto a temere un'azione penale, a cui è imposto o vietato l'utilizzo di una determinata tecnica eventualmente anche contro la propria opinione scientifica.

Nonostante si trattasse di un profilo particolarmente tecnico, la sua attinenza ad un tema innervato di questioni etiche ha suscitato forti dissensi che, sul piano sostanziale, hanno, tra l'altro, caratterizzato questa modalità abortiva come “*ethically wrong*”⁵⁴⁷, paragonandola ad un vero e proprio infanticidio; mentre sul piano formale, hanno deprecato la ratio dell'*undue burden* in quanto formula vuota che può essere riempita soltanto esprimendo un giudizio di valore e in quanto tale fortemente soggettivo come dimostrato dall'ennesima spaccatura all'interno della Corte.

In risposta a questa decisione il Congresso approva nel 2003 il *Partial-Birth Abortion Ban Act*⁵⁴⁸ che viene dichiarato costituzionale pochi anni dopo⁵⁴⁹. Con questa legge, “*Any physician who, in or affecting interstate or foreign commerce, knowingly performs a partial-birth abortion and thereby kills a human fetus shall be fined under this title or imprisoned not more than 2 years, or both*”. In estrema sintesi, la legge federale vieta la procedura nota come “*intact dilatation and extraction*”, ma consente la “*standard dilatation and extraction*”; il divieto non

⁵⁴⁶ La c.d. “dilatazione intatta ed estrazione”.

⁵⁴⁷ Citando l'Ordine dei medici: AMA BOARD OF TRUSTEES, *Factsheet on HR 1122 (June 1997)*, in *App. to Brief for Association of American Physicians and Surgeons et al. as Amici Curiae I*.

⁵⁴⁸ Pub. L. 108–105, 117 Stat. 1201, 18 U.S.C. § 1531, [1] PBA Ban (2003) che definisce l'aborto con nascita parziale come “*an abortion in which the person performing the abortion, deliberately and intentionally vaginally delivers a living fetus until, in the case of a head-first presentation, the entire fetal head is outside the body of the mother, or, in the case of breech presentation, any part of the fetal trunk past the navel is outside the body of the mother, for the purpose of performing an overt act that the person knows will kill the partially delivered living fetus; and performs the overt act, other than completion of delivery, that kills the partially delivered living fetus (18 U.S. Code 1531)*”.

⁵⁴⁹ Cfr. *Gonzales v. Carhart*, 550 US 124 (2007).

opera qualora la tecnica sia necessaria per salvare la *vita* della madre (ma non rilevano ragioni di “mera” tutela della sua *salute*). La Corte non riscontra in questo caso alcuna violazione della clausola di *due process* del V emendamento⁵⁵⁰, non sussistendo alcun onere eccessivamente gravoso e anzi vietando una tecnica che manca di rispetto alla vita umana e alla professione medica. Operando quindi un *distinguishing* rispetto a *Stenberg*, questa decisione appoggia la scelta del Congresso di vietare non solo una procedura *pre-viability*, ma anche a scopo terapeutico; tuttavia, non arriva, naturalmente, a bandire l’aborto *tout-court*, ma solo una particolare tecnica chirurgica.

Ai fini del presente lavoro, merita forse una menzione particolare il *dissent* del *Giudice* Ginsburg che tenta invero di ricollocare la giurisprudenza della Corte in materia dalla nozione di *privacy*, considerata sempre troppo vaga e generica, ai principi di autonomia personale e di uguaglianza, in grado di informare meglio un giudizio sull’eccessiva gravosità dell’onere imposto alla libertà della donna, libertà che comunque rimane tuttora una realtà giuridica a dir poco complessa.

Oltretutto, l’abbandono dell’approccio per trimestri a favore del parametro dell’*undue burden* non ha contribuito, come forse sperato, a chiarire in maniera definitiva i limiti che possono essere legittimamente imposti al diritto all’aborto. Solo recentissimamente la Corte Suprema ha tentato di specificare meglio questo criterio e renderlo così meno aleatorio⁵⁵¹. Il giudizio ha avuto ad oggetto la costituzionalità di una legge del Texas che, a fini espliciti di tutela della salute della donna, richiedeva: *i*) ai medici, di avere un rapporto di lavoro con un ospedale nel raggio di 100 miglia dalla clinica dove sarebbe stato effettuato

⁵⁵⁰ Su questo parametro era fondata la *petition* alla Corte, nonostante la legge federale facesse espresso richiamo alla *commerce clause*: pertanto non viene affrontata la questione se il Congresso fosse effettivamente competente.

⁵⁵¹ Cfr. *Whole Woman’s Health v. Hellerstedt*, 579 U.S. ____ (2016).

l'aborto; *ii*) alle cliniche, di rispettare standard applicati solitamente ad ambulatori di chirurgia generale⁵⁵².

Nell'opinione della maggioranza entrambe queste disposizioni sono illegittime in quanto impongono un *undue burden* il cui esame viene ora affrontato mediante una tecnica di bilanciamento.

In primo luogo, non si vede come queste restrizioni possano accrescere la tutela della salute della donna: esse, anzi, vi frappongono ostacoli sostanziali se si dà credito (come viene fatto) all'istruttoria eseguita dalla Corte distrettuale secondo cui più del 75% delle cliniche del Texas ha dovuto cessare l'attività proprio per l'impossibilità di rispettare i nuovi parametri.

In più, anche il semplice "*common sense*" suggerisce che la qualità dei servizi offerti dalle cliniche rimaste sarà necessariamente peggiore data la maggior domanda che dovranno soddisfare. Il minor numero di cliniche sul territorio poi ha comportato un aumento non solo delle distanze da percorrere, ma anche dei relativi costi, aggravando così ulteriormente la posizione della donna, in assenza di alcun reale beneficio sulle sue condizioni di salute.

In termini più espliciti, il bilanciamento che il giudice deve operare nell'esaminare la gravosità dell'onere va effettuato seguendo il metodo dell'analisi costi/benefici. Così, una volta individuato l'interesse rivendicato dello stato, la valutazione delle prove raccolte deve verificare se gli asseriti benefici siano effettivamente raggiungibili (l'onere della prova ricade sullo stato che non può più limitarsi a dedurre la mera legittimità del proprio interesse).

In definitiva, sembra potersi ritenere che, nonostante i giudici degli Stati Uniti siano senz'altro molto più a loro agio con gli strumenti dell'analisi economica del

⁵⁵² La legge parla di "*ambulatory surgical centers*", ossia di strutture che offrono interventi in regime di ricovero diurno.

diritto che con la formulazione di giudizi di valore, i margini di soggettività dell'*undue burden* non siano stati completamente eliminati. Peraltro, non è ancora chiaro se questo test sia applicabile in via generale o il suo utilizzo debba essere limitato a casi in cui sia coinvolto esclusivamente l'interesse statale alla salute della donna⁵⁵³.

6. Autonomia individuale e sfera sessuale.

Se la *case law* sinora esaminata, in tema di relazioni familiari, uso di contraccettivi, aborto *etc.*, è sembrata pervasiva, ci si potrà stupire soltanto del fatto che non si sia ancora toccata quella che è la precondizione di ognuna delle situazioni così disciplinate: la sfera dell'intimità sessuale dell'individuo (nonché la relativa questione della rilevanza della capacità di procreare). Ad ogni modo, il silenzio della Corte Suprema sul punto è rotto per la prima volta nel 1986 nel giudizio di costituzionalità di una legge della Georgia che sanzionava un vero e proprio reato di sodomia⁵⁵⁴.

Nonostante la condotta ivi descritta fosse punibile a prescindere dal sesso dei soggetti coinvolti, la Corte si concentra esclusivamente sulla condotta integrata da individui di sesso maschile, rendendo così rilevante la decisione non solo per la costituzionalità delle leggi statali in materia di sodomia, ma anche più in generale per la validità di norme discriminatorie in base all'orientamento sessuale.

L'opinione della maggioranza ritiene che la legge della Georgia sia costituzionale non trovando fondamento "*the right of homosexuals to engage in act of sodomy*". Sebbene la giurisprudenza della Corte ampie dimensioni alla

⁵⁵³ Cfr. AA. VV., *Fourteenth Amendment - Due Process Clause - Undue Burden - Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 130 Harv. L. Rev. 397 2016.

⁵⁵⁴ Cfr. *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986). Nel caso in esame, la condotta incriminata era stata integrata all'interno di un'abitazione privata e la pubblica accusa non ritenne di esercitare l'azione penale. Tuttavia, il signor Hardwick intentò una causa contro il Ministro della Giustizia della Georgia proprio per ottenere una declaratoria di incostituzionalità.

privacy dell'individuo, tutti i diritti così tutelati non sono in alcun modo assimilabili alla condotta *de qua* né d'altra parte sussistono precedenti che impediscano agli stati di disciplinare il compimento di atti sessuali tra adulti consenzienti. Lo scrupolo della Corte in questo caso è di evidenziare che “*announcing rights not readily identifiable in the Constitution's text involves much more than the imposition of the Justices' own choice of values on the States and the Federal Government*”⁵⁵⁵ e dunque per fare ciò, tali diritti devono essere “*implicit in the concept of ordered liberty*” such that “*neither liberty nor justice would exist if [they] were sacrificed*” ovvero “*deeply rooted in this Nation's history and tradition*”⁵⁵⁶. Nessuna di queste condizioni è riscontrabile nel caso in esame⁵⁵⁷.

È palese invero l'intenzione della Corte di allontanarsi da un'interpretazione in senso sostanziale della clausola di due process quando vengono evocati da un lato i fantasmi della Lochner Era e del disdoro che le decisioni di quel periodo hanno portato sulla Corte; dall'altro, vengono richiamate le argomentazioni riportate nelle opinioni dissenzienti di *Griswold* e *Roe*⁵⁵⁸.

Il *dissent* del *Giudice* Blackmun in questa decisione, invece, è particolarmente pungente. Innanzitutto, viene criticata l'impostazione della maggioranza caratterizzata da un “*almost obsessive focus on homosexual activity (...)* particularly hard to justify in light of the broad language Georgia has used”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁵ Cfr. *Palko v. Connecticut*, 302 US 319, 302 US 325, 302 US 326 (1937).

⁵⁵⁶ Cfr. *Moore v. East Cleveland*, 431 US 494, 431 U. S. 503 (1977).

⁵⁵⁷ Anzi, la sodomia è sempre stata un reato *in common law* e sino al 1961 ognuno dei 50 stati dell'Unione sanzionava penalmente questa condotta. Al momento della decisione (1986), 24 stati più il Distretto della Columbia prevedono ancora questo reato.

⁵⁵⁸ Cfr. *supra*, § 5.

⁵⁵⁹ Ad onor del vero, nonostante i termini utilizzati fossero effettivamente molto generici, bisogna rilevare che la privacy degli eterosessuali sposati era protetta da *Griswold v. Connecticut*, cit., così come quella degli eterosessuali non sposati era garantita da *Eisenstadt v. Baird*, cit. Ma, dal momento che queste persone erano tutelate, si porrebbe una questione di costituzionalità per contrasto con la *equal protection clause* (questo, in estrema sintesi, il nucleo dell'opinione dissenziente di Stevens).

L'approccio restrittivo⁵⁶⁰ utilizzato infatti non solo è inadeguato ad interpretare il testo legislativo, ma è soprattutto inadeguato ad decifrare “*the most comprehensive of rights and the right most valued by civilized men*”⁵⁶¹. Proprio perché la condotta in esame è stata storicamente invisibile alle maggioranze, la Corte dovrebbe essere ancora più sensibile a queste istanze che ineriscono all'essenza stessa della persona⁵⁶².

Dieci anni più tardi, le fondamenta di *Bowers* cominciano a traballare. Davanti alla Corte viene portata una questione di violazione della *equal protection clause* da parte di una legge costituzionale del Colorado che abrogava ogni legge statale antidiscriminatoria fondata sull'orientamento sessuale e vincolava il legislatore a non concedere alle categorie di persone così individuate lo status di classe protetta⁵⁶³.

Secondo l'opinione della Corte, l'emendamento costituzionale era privo di un collegamento razionale con qualsivoglia interesse pubblico e andava quindi invalidato. L'unica *ratio* rinvenibile nella legge è una diffusa ostilità verso le persone omosessuali o bisessuali: “*The resulting disqualification of a class of persons from the right to seek specific protection from the law is unprecedented in our jurisprudence*”.

Di avviso contrario è il *Giudice* Scalia che fa notare nel suo *dissent* come le logiche di *Bowers* e di *Romer* siano incompatibili: “*If it is rational to criminalize the conduct, surely it is rational to deny special favor and protection to those with a self-avowed tendency or desire to engage in the conduct*”. In questo senso, la legge del Colorado non viola il principio di uguaglianza perché continua

⁵⁶⁰ Successivamente adoperato anche in *Michael H. v. Gerald D.*, cit., *supra*, § 4.

⁵⁶¹ Cfr. S.D. WARREN-L.D. BRANDEIS, *op. cit.*

⁵⁶² Non si può fare a meno di notare che una decina d'anni dopo questa stessa legge venne dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema della Georgia: cfr. *Powell v. State of Georgia*, S98A0755, 270 Ga. 327, 510 S.E. 2d 18 (1998).

⁵⁶³ Cfr. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

comunque ad assicurare le generiche tutele antidiscriminatorie già disponibili, limitandosi a impedire che vengano predisposti trattamenti preferenziali.

L'opinione dissenziente è senz'altro corretta nel lamentare l'inconciliabilità tra la *ratio* di *Bowers* e quella di *Romer*, e infatti, pochi anni dopo, la prima sarà oggetto di *overruling* in un giudizio in cui viene riconosciuto un diritto, costituzionalmente protetto, ad un'intimità sessuale⁵⁶⁴. Secondo la Corte, la questione in precedenza non era stata correttamente inquadrata: laddove si era discusso dell'esistenza di un "diritto alla sodomia" si sarebbe invece dovuto parlare di un più generale diritto di privacy in ambito sessuale, sulla base del presupposto che tale condotta, solitamente, avviene a casa propria, "*the most private of places*". Conseguentemente la legge del Texas viene dichiarata incostituzionale per violazione della clausola di *due process*, affermando che le persone omosessuali hanno il diritto al rispetto della propria vita privata e che lo stato non può sminuire la loro esistenza penalizzando la loro condotta. La Costituzione federale garantisce piena libertà di agire senza dover sacrificare la propria dignità.

La decisione in commento però non eleva questo diritto al rango di fondamentale, anzi ne circoscrive dettagliatamente i limiti. Così la *ratio* non può essere estesa a situazioni in cui siano coinvolti minori, relazioni non consensuali, condotte pubbliche, prostituzione né stabilisce "*whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter*"⁵⁶⁵.

Tuttavia, nonostante tutte queste specificazioni, avendo originariamente inquadrato la questione sull'esistenza del diritto di due persone adulte di *avere rapporti sessuali*, l'opinione della Corte getta nuova luce sulle modalità di

⁵⁶⁴ Cfr. *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003).

⁵⁶⁵ Ma è evidente l'influenza che essa ha avuto nelle modalità di inquadrare la questione in *Obergefell v. Hodges*, cit., § 4.

interpretazione della clausola di *due process*. In questo caso, cioè, non è stato creato o rinvenuto un nuovo diritto sostanziale; bensì è stato applicato ad un nuovo contesto un diritto già da tempo tutelato. In altre parole, la storia e la tradizione continuano ad avere un ruolo cruciale nell'individuare *quali* diritti godano della copertura costituzionale del *due process*, ma non determinano *chi* potrà esercitare tali diritti⁵⁶⁶. D'altra parte, se in *Griswold* si parla di una relazione matrimoniale protetta da una zona di privacy "*older than the Bill of Rights*"; se in *Eisenstadt* la tutela di questa relazione viene estesa anche alle coppie non sposate; anche in *Lawrence* ad essere garantita è la relazione intima tra due adulti consenzienti che decidono di condividere "*the most private human conduct, sexual behavior*". Una volta riconosciuto un diritto, esso appartiene a tutti.

7. Autodeterminazione e diritto alla salute.

Il progresso scientifico-tecnologico in campo medico ha comportato, sul piano giuridico, approfondite riflessioni non soltanto con riferimento all'inizio della vita⁵⁶⁷, ma anche alla sua fine. La scienza medica da un lato e l'interesse pubblico a disciplinare l'accesso alle cure dall'altro, si intersecano nella persona del paziente affetto da patologie che un tempo avrebbero cagionato un decesso rapido se non immediato. Con riguardo alle malattie degenerative, agli stati vegetativi persistenti o a patologie giunte allo stato terminale, si pone dunque, per la prima volta nella storia dell'uomo, il problema dell'ampiezza della libertà dell'individuo nel rifiutare una determinata terapia financo a interrogarsi sull'esistenza di un diritto al suicidio assistito.

⁵⁶⁶ Cfr. M. COLES, *Lawrence v. Texas & the Refinement of Substantive Due Process*, 16 Stan. L. & Pol'y Rev. 23 2005.

⁵⁶⁷ Cfr. § 5.

La *case law* sul punto non è particolarmente estesa, ma fissa comunque alcune coordinate interpretative. Innanzitutto, sembrerebbe sussistere una *presunzione* contro l'esistenza di un diritto costituzionalmente protetto a suicidarsi. Esiste tuttavia un diritto di rifiutare trattamenti medici anche qualora ciò possa comportare la propria morte, come ad esempio in caso di forme acute di diabete o tumori all'ultimo stadio⁵⁶⁸. Queste situazioni, solitamente, trovano una composizione all'interno del rapporto medico-paziente e, dunque, non assurgendo a controversia, la rilevanza dell'interesse pubblico sarà minima se non addirittura inesistente. Ma anche qualora ci dovesse essere un coinvolgimento della pubblica autorità, questa dovrà comunque dimostrare di avere un interesse di primaria importanza per limitare legittimamente la sfera di autodeterminazione dell'individuo⁵⁶⁹.

La situazione del paziente diventa a dir poco più complessa quando questi, a causa di un'incapacità fisica o psichica, non sia in grado di esprimere una scelta consapevole sul proprio stato di salute. In questi casi, è ammissibile demandare ad un altro soggetto - sia esso uno stretto congiunto e/o il medico curante - la determinazione di quale trattamento terapeutico (non) adottare? È dunque legittima una dichiarazione di volontà *ora per allora* e chi potrà/dovrà essere incaricato di portarla ad esecuzione? E, infine, quale condotta potrà essere esigibile qualora non si possa ricostruire adeguatamente la volontà del paziente?

Come anticipato, la giurisprudenza della Corte Suprema in argomento è scarna e, anche quando sembra fornire una risposta ad alcuni degli interrogativi

⁵⁶⁸ Cfr. E.T. SULLIVAN-T.M. MASSARO, *op. cit.*, 149.

⁵⁶⁹ In questo senso, anche un detenuto gode di un'ampia discrezionalità, a meno che un determinato trattamento non sia ritenuto necessario per evitare lesioni a sé o ad altri: cfr. *Washington v. Harper*, 494 US 210 (1990).

summenzionati, tali affermazioni non possono considerarsi parte del *decisum* e sono dunque prive di efficacia vincolante.

Ad ogni modo, si può preliminarmente affermare che la libertà di rifiutare una determinata terapia, anche a costo della propria vita, si estende anche a qualsiasi regime di alimentazione forzata⁵⁷⁰. Il problema si pone quando, come nel caso in esame, la paziente si trovi in stato vegetativo permanente alimentato da sondino naso-gastrico e quindi impossibilitata ad esprimere una volontà al riguardo. A distanza di cinque anni, i genitori chiedono la sospensione di questo trattamento, ancorchè la legge statale applicabile non preveda l'istituto del *proxy* sanitario.

Ciò che la legge del Missouri disciplina è però una procedura volta a ricostruire il più dettagliatamente possibile la volontà del paziente, ottemperando così alla scelta dei genitori qualora risulti supportata da “*clear and convincing evidence*”⁵⁷¹ che la paziente avrebbe voluto ciò. All'esito di varie vicissitudini processuali, la mancata soddisfazione dello standard probatorio comporta il rigetto della richiesta dei genitori di sospensione dell'alimentazione forzata. Davanti alla Corte Suprema arriva quindi la questione se il criterio della “*clear and convincing evidence*” sia incostituzionale *tout-court* o almeno nella parte in cui, in assenza di questa prova, non consenta di sostituirvi la volontà degli stretti congiunti.

Nell'opinione della Corte, il *due process* sembrerebbe tutelare il diritto della persona *capace* di rifiutare trattamenti medici anche qualora ciò possa comportare la sua morte⁵⁷², ma in questo caso l'interesse dello stato alla preservazione della

⁵⁷⁰ Cfr. *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 US 261 (1990).

⁵⁷¹ Ossia uno standard più elevato di quello, normalmente adottato nelle cause civili, della *preponderance of the evidence* (o del più probabile che non).

⁵⁷² “Sembrebbe” perché i Giudici della Corte ipotizzano, senza dimostrarlo, che “*for purposes of this case, (...) the United States Constitution would grant a competent person a constitutionally protected right to refuse lifesaving hydration and nutrition*”: ecco uno degli *obiter* che “disciplinano” in maniera non vincolante la materia. Su questo punto, le opinioni concorrenti e dissenzienti sono invece molto più chiare: “*Justice O'CONNOR, concurring. I agree that a protected liberty interest in refusing unwanted medical treatment may be inferred from our prior*

vita umana deve prevalere e quindi non viene riscontrata alcuna violazione del XIV emendamento. Certamente l'autonomia privata deve godere del massimo rispetto quando affronta vere e proprie questioni di vita o di morte, ma proprio perché trattasi di una “*deeply personal decision of obvious and overwhelming finality*” lo stato può legittimamente proteggere gli individui che non possono più esprimere una volontà in tal senso. Non vi è dubbio, infatti, che un potere di rappresentanza in questo ambito possa facilmente prestarsi ad abusi perpetrati da persone che potrebbero non avere come obiettivo il *best interest* del paziente. L'oggettiva irrimediabilità della scelta effettuata, inoltre, impone precise garanzie procedurali che, dati gli interessi in gioco, ben possono consistere in standard di prova più elevati del consueto anche perché le conseguenze della scelta poi non ricadranno su chi quella scelta ha compiuto.

Pur essendo d'accordo sul dispositivo della sentenza, il Giudice Scalia avrebbe preferito una sorta di dichiarazione di incompetenza da parte della Corte Suprema: anche in questa, come in altre occasioni in cui si sono sviluppati nuovi profili del diritto alla privacy, la Corte si arrogherebbe un potere che non le è conferito da niente e nessuno e che spetterebbe invece al popolo attraverso il processo democratico.

Le opinioni dissenzienti invece sottolineano l'importanza fondamentale dell'autonomia della persona e la sostanziale inutilità di una procedura, come quella del Missouri, che di fatto non ha prodotto alcuna nuova conoscenza circa la volontà del paziente. L'unico interesse pubblico ammissibile è assicurare un'esatta ricostruzione di questa volontà e per fare ciò il modo più semplice e

decisions, see ante at 497 U. S. 278-279, and that the refusal of artificially delivered food and water is encompassed within that liberty interest”; “Justice STEVENS, dissenting. (...) Missouri's regulation is an unreasonable intrusion upon traditionally private matters encompassed within the liberty protected by the Due Process Clause”.

appropriato è lasciare questa scelta nelle mani dei familiari e dei medici. Chi tra questi abbia secondi fini, sarà escluso dal processo decisionale. Altrimenti, diventa inevitabile una scissione tra la vita della persona e la persona stessa e qualunque riflessione che parta da queste premesse è destinata a profanare la vita umana anziché onorarla.

Ancora una volta, dunque, la Corte è spaccata (quasi) a metà tra una tensione a riconoscere nuovi diritti sostanziali e l'adesione al significato originario del testo costituzionale. Qualcosa però è cambiato se si pone attenzione al fatto che l'autore di questa opinione è il *Chief Justice* Rehnquist che, dai tempi di *Roe v. Wade*, si è sempre opposto ad un'interpretazione in senso sostanziale della clausola di *due process*: forse la tentazione in questo caso è stata troppo forte. D'altra parte, il diritto rimane una scienza sociale che, in quanto tale, deve adattarsi alle mutate (ancorché non mutevoli) esigenze della società: il XIV emendamento ha dimostrato nel tempo di essere uno strumento particolarmente adatto allo scopo.

Pochi anni dopo, l'opinione della Corte sarà invece unanime nel negare l'esistenza di un diritto costituzionalmente protetto al suicidio assistito neppure nel caso di malati terminali⁵⁷³. Se nel caso precedente era stata fortemente suggerita l'esistenza di un diritto al rifiuto di terapie vitali, si ribadisce che comunque ciò era avvenuto soltanto a livello di *obiter*, e che ad ogni modo nella "libertà" garantita dal *due process* non è possibile ricavare un diritto all'eutanasia.

⁵⁷³ Cfr. *Washington v. Glucksberg*, 521 US 702 (1997). Ma anche *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997), che giunge alla medesima conclusione sulla base della *equal protection clause*: la tesi del ricorrente in questo caso insisteva sulla insussistenza di una differenza tra "uccidere" e "lasciar morire" e dunque su una discriminazione tra chi poteva rifiutare un trattamento medico e chi invece era costretto a chiedere una condotta "attiva" da parte del medico. La Corte, invece, rilevando che in *common law* è da sempre presente la tutela contro un "*unwanted touching*" (alla base di fattispecie come "*assault*" o "*battery*"), di cui il diritto ad esprimere un consenso informato è un corollario, può distinguere tra la condotta del medico che interrompe una terapia che *potrà cagionare* la morte del paziente e la condotta del medico che *cagionerà* la morte del paziente.

Non viola quindi la Costituzione la legge statale che equipara l'aiuto al suicidio al reato di istigazione al suicidio perché non è possibile ritrovare nella storia e nella tradizione della nazione un diritto così profondamente radicato da meritare una tutela costituzionale⁵⁷⁴. Citando infatti la propria giurisprudenza in materia di privacy⁵⁷⁵, la Corte riconosce che molti dei diritti e delle libertà tutelati dalla clausola di *due process* servono a garantire l'autonomia personale dell'individuo, da ciò non consegue che tutte le decisioni così intime debbano godere della medesima protezione⁵⁷⁶.

In chiusura, non si può fare a meno di notare come questa stessa Corte⁵⁷⁷, a distanza di pochi anni, avrebbe adottato un approccio significativamente diverso alle nozioni di "storia" e "tradizione" e di come esse debbano informare le libertà protette dal XIV emendamento⁵⁷⁸.

Se, da un lato, è difficile negare che l'orientamento "politico" della persona del Giudice giochi un ruolo preponderante nella decisione di questi casi; dall'altro, è altresì evidente che è la natura stessa del *due process* a consentire interpretazioni così differenti tra di loro. In quasi 230 anni di attività, la Corte Suprema si è sempre chiesta se la privazione della vita, della libertà o della proprietà da parte

⁵⁷⁴ La legge statale in questione (il *Natural Death Act* del 1979) sarebbe stata abrogata dal *Washington Death With Dignity Act* del 2008, 70.245 RCW, che permette ora a malati terminali con meno di sei mesi di vita di richiedere e auto-somministrarsi una dose letale di farmaci prescritti da un medico. In particolare, è prevista una triplice manifestazione della volontà (due volte oralmente e una per iscritto), una diagnosi effettuata da due medici (sulla patologia e sulla capacità naturale), un tempo d'attesa minimo tra le richieste di eutanasia nonché la verifica della sussistenza di un effettivo consenso informato da parte di un medico. Rispettati i requisiti così sommariamente descritti, la condotta dei medici dei pazienti e delle altre persone coinvolte è scriminata.

⁵⁷⁵ L'opinione, tra l'altro, richiama espressamente *Moore v. East Cleveland*, cit., *Roe v. Wade*, cit., e *Planned Parenthood v. Casey*, cit.

⁵⁷⁶ Da allora non risultano altri casi in materia. Anche nella nota vicenda di Terri Schiavo, la Corte Suprema ha ritenuto di negare il *writ of certiorari* richiesto dai genitori della donna in stato vegetativo permanente per 15 anni. Il marito (e tutore) di Terri, infatti, aveva chiesto, in base alla legge della Florida, la rimozione del sondino naso-gastrico. Nonostante l'opposizione dei genitori in varie sedi processuali, il sondino venne rimosso il 18.3.2005, portando alla morte della donna pochi giorni dopo.

⁵⁷⁷ Con ciò intendendosi: nelle medesime persone.

⁵⁷⁸ Il riferimento è a *Lawrence v. Texas*, cit.

del potere pubblico fosse giustificata da un interesse adeguato, ma non ne ha mai fornito una definizione contribuendo così all'elusività di una nozione che peraltro rimane *tout-court* non condivisa da alcuni membri della Corte stessa.

CONCLUSIONI

Il rapporto tra diritto privato e Stato trova le origini moderne nell'Epoca dei Lumi e da lì derivano molti dei preconcetti che rendono più difficoltosa una serena riflessione sulle fonti privatistiche non statuali. Se l'ingresso nell'ordinamento di norme sovranazionali è, seppur con una certa diffidenza, ormai comunemente accettato come la naturale conseguenza di vivere in un contesto sempre più globalizzato, lo stesso non si può dire delle norme di provenienza regionale. Ciò avviene in modo particolare per il diritto privato che durante l'Illuminismo ha raggiunto nel Codice l'apice di scientificità e sistematizzazione e a cui si fa molta fatica ancora oggi a rinunciare.

Tuttavia, il mutato ordine costituzionale impone di rivedere alcuni schemi interpretativi non potendosi più considerare il codice civile l'unico contenitore della normativa giusprivatistica né la legge statale l'esclusiva fonte a ciò abilitata. Non solo la riforma del 2001 ha pienamente parificato la legge regionale a quella statale, ma ha altresì gettato nuova luce su principi costituzionali sempre presenti tra cui certamente anche quello di autonomia *ex art. 5 Cost.*

Alla fonte statale dunque spetterà il compito di promulgare una legislazione uniforme su tutto il territorio nazionale, ma alla fonte regionale non potrà essere negata, acriticamente, la possibilità di porre una norma diversa (comunque non di segno opposto). L'unità e l'indivisibilità della Repubblica (altro cardine dell'art. 5 Cost.) non dipenderanno infatti dall'obliterazione *tout-court* di siffatta regola dall'ordinamento, bensì dalla ragionevolezza della sua abrogazione ovverossia dalla ragionevolezza della regola in sé e al di fuori di sé⁵⁷⁹. Soltanto qualora la

⁵⁷⁹ È il test di ragionevolezza intrinseca ed estrinseca più volte utilizzato nel cap. II.

norma regionale superi questa doppia verifica, essa potrà entrare a far parte dell'ordinamento giuridico.

Laddove la norma regionale ampli, integri, supporti il diritto privato nazionale, senza comportare quindi una lesione intollerabile alla sua complessiva unitarietà, la clausola dell'ordinamento civile *ex art 117, comma 2°, lett. l)*, Cost., non potrà dirsi violata. E non potrà dirsi violato neppure il principio di uguaglianza che la Corte costituzionale sembra spesso voler proteggere salvaguardando a prescindere l'uniformità delle regole privatistiche. In questo caso, corollario dell'uniformità non è l'uguaglianza, bensì l'uniformità fine a sé stessa che predilige una concezione statica del principio di uguaglianza⁵⁸⁰. Al contrario, una concezione dinamica consente di recuperare appieno la dimensione pluralistica della nostra Costituzione dove convivono “valori eterogenei se non contrapposti”⁵⁸¹ e dunque anche quello dell'autonomia, privata ma anche pubblica⁵⁸².

Come, infatti, l'autonomia privata incontra il limite intrinseco posto da norme imperative, ordine pubblico e buon costume, così l'autonomia pubblica incontra il limite intrinseco delle proprie competenze concorrenti e residuali. Entrambe ovviamente devono rispettare il principio, estrinseco, dell'uguaglianza *ex art. 3 Cost.* Se dunque, in quanto *meritevole*, l'autonomia privata è tutelata dall'ordinamento, si potrà forse delimitare con più serenità e liberi da pregiudizi

⁵⁸⁰ In ambito di diritti fondamentali poi, l'uniformità delle regole può anche non essere condizione necessaria per il rispetto del principio di uguaglianza, come si è visto chiaramente nel caso USSC, *United States v. Windsor*, 570 US ____ (2013), *supra* cap. III, § 4.

⁵⁸¹ Cfr. R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2002, 59.

⁵⁸² Intesa come espressione di un potere normativo assegnato ad enti non sovrani: cfr. M.S. GIANNINI, voce «Autonomia pubblica», in *Enc del dir.* IV, Giuffrè, 1959, 356 ss. Per un accostamento con l'autonomia privata, cfr. V. ROPPO, *Diritto privato regionale?*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 11 ss.

concettuali gli spazi normativi da lasciare, in quanto *ragionevole*, all'autonomia pubblica delle Regioni in ambito privatistico⁵⁸³.

Ad ogni modo, ciò che appare evidente, anche dal confronto con il modello americano, è la fallacia di una concezione *materiale* del diritto privato. Come si è visto, ammesso e non concesso che l'uniformità delle regole sia un obiettivo del diritto privato, questa esigenza non è particolarmente sentita nell'ordinamento degli Stati Uniti. Infatti, altre questioni più importanti emergono per un ordinamento federale come l'individuazione del livello ottimale della normazione. Questo angolo prospettico presuppone innanzitutto una suddivisione delle competenze esclusivamente su vere e proprie materie e non anche, come avviene in Italia, su *limiti o competenze trasversali*.

Ostinarsi, come spesso sembra fare la Corte costituzionale, a voler considerare il diritto privato una materia in sé porta inevitabilmente a esiti scarsamente desiderabili quando non aporetici. Ogni *vera* materia tra quelle dell'art. 117 Cost. ha inevitabilmente profili privatistici che le regioni possono avere interesse a disciplinare. Il diritto privato inteso come *limite* impone senz'altro uno sforzo interpretativo maggiore che richiede un approccio concreto, sostanziale e, inesorabilmente, caso per caso.

È questo un approccio per molti versi analogo a quello che la Corte Suprema è obbligata a mantenere nel valutare la legittimità costituzionale degli atti legislativi federali e statali⁵⁸⁴ una cui sistematizzazione è possibile solo per sommi capi non

⁵⁸³ P. RESCIGNO, (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Esi, 2006; P. VITUCCI, *Il diritto privato e la competenza legislativa delle regioni in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, 1999.

⁵⁸⁴ Non esistendo negli USA un ricorso di costituzionalità in via principale per la definizione astratta delle rispettive competenze, non si assiste ad una "disputa teorica tra soggetti titolari della sovranità, (...)" ma soltanto come questione incidentale nell'ambito di un giudizio avente ad

tanto per la ristrettezza del presente lavoro quanto per l'intrinseca natura di un ordinamento di *common law*.

L'apparente *confusione* di una simile impostazione dovrà ovviamente essere calibrata dalla clausola di ragionevolezza che, come si è cercato di mettere in evidenza, può giocare un ruolo importante, quando non fondamentale, in entrambi gli ordinamenti, anche in quegli ambiti dove il principio di uguaglianza sembrerebbe imporre regole uniformi. La prospettiva così delineata non è forse del tutto oggettiva, ma si configura come l'unica via veramente percorribile in un sistema di fonti multilivello di eguale dignità costituzionale come quello designato dall'art. 117 Cost.

Negli Stati Uniti, la tutela dei diritti soggettivi fondamentali è stata affidata ad un ragionevole contemperamento degli interessi in gioco, garantito non tanto dalla *equal protection clause* quanto, come si è visto, dalla *due process clause*⁵⁸⁵. In questo senso, è stato elaborato un test di ragionevolezza che, pur non consentendo una prevedibilità delle decisioni *ex ante*, ne permette quantomeno un controllo *ex post*. In base all'interesse *pubblico* in rilievo, si possono individuare tre livelli di scrutinio costituzionale, pertanto la regola discriminatoria sarà legittima: *a*) se disciplinando un "*legitimate interest*" sia "*rationally related*" ad esso; *b*) se disciplinando un "*important interest*" sia "*substantially related*" ad esso; *c*) se disciplinando un "*compelling interest*" sia "*narrowly tailored*" su di esso. La categoria di soggetti discriminati determina il livello di scrutinio cui sarà sottoposta la norma *de qua*: le discriminazioni in base a età, disabilità, censo saranno oggetto della *rational basis review sub a*); le discriminazioni in base a

oggetto una pretesa sostanziale ad un bene della vita": cfr. M. GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Giuffrè, 2004, 201.

⁵⁸⁵ Cfr. anche S. PENNICINO, *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, 2012, 128.

Sesso, condotta sessuale e orientamento sessuale saranno sottoposte ad un *intermediate scrutiny sub b*); mentre la discriminazione fondata su razza, origini, religione e nazionalità sarà sottoposta al vaglio dello *strict scrutiny sub c*). In mancanza di una corrispondenza tra il *fine* perseguito dalla legge (*l'interest*) e i *mezzi* da questa utilizzati (la tecnica legislativa), la declaratoria di incostituzionalità sarà inevitabile.

Ora, queste tecniche di giudizio, pur essendo state pensate con specifico riferimento al parametro della *equal protection*, coincidono sostanzialmente (quantomeno la prima e l'ultima) con quelle utilizzate nella *judicial review* basata sulla *due process clause*. Così, i diritti fondamentali e civili saranno sottoposti al vaglio più rigoroso, mentre quelli di natura economico-sociale a quello meno intenso⁵⁸⁶.

Generalmente, si tende ad individuare nella ragionevolezza il criterio utilizzato soltanto nella *rational basis review*, e per di più stigmatizzato in quanto simbolo della c.d. *Lochner Era* durante la quale la legislazione economico-sociale, statale e federale, venne costantemente invalidata dalla Corte Suprema⁵⁸⁷. Tuttavia, questo orientamento giurisprudenziale era fondato su un pre-giudizio ben evidenziato dalla *dissenting opinion* del *Giudice* Holmes proprio nel caso eponimo⁵⁸⁸ secondo cui la maggioranza della Corte aveva inteso attribuire alla Costituzione federale una preferenza per un'economia liberista di mercato. Al contrario, il XIV emendamento non propugna in alcun modo l'attuazione di particolari modelli economici: "(...) *a constitution is not intended to embody a*

⁵⁸⁶ Così, ad esempio, una legge che attribuisca esclusivamente ai farmacisti la possibilità di gestire le farmacie è "*not completely irrational*" e dunque non viola la clausola di *due process*: cfr. *North Dakota State Board of Pharmacy v. Snyder's Drug Stores*, 414 U.S. 156 (1973).

⁵⁸⁷ Cfr. cap. III, § 1. La *Lochner Era* inizia nel 1905 e termina idealmente nel 1937.

⁵⁸⁸ Cfr. *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of laissez faire (...).

It is made for people of fundamentally differing views, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States (...).

I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law”.

L’errore quindi non sta nell’utilizzo di un criterio come la ragionevolezza in sé⁵⁸⁹, bensì nel voler attribuire ad essa connotazioni che non corrispondono a quelle rinvenibili nelle tradizioni del *popolo* e del *sistema legale*, ovvero, in ultima analisi, nell’ordinamento giuridico complessivamente considerato⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ E infatti nella decisione *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937) che chiude la *Lochner Era*, una legge statale che fissava un salario minimo viene dichiarata costituzionale perchè: “*regulation which is reasonable in relation to its subject and is adopted in the interest of the community is due process*”. Non si può dimenticare tuttavia che *Lochner* non è mai stata espressamente oggetto di *overruling* da parte della Corte Suprema che infatti recentemente ha avuto modo di applicarne la *ratio*, seppur in modo implicito, con riguardo ad una questione di ragionevolezza della somma assegnata a titolo di danno punitivo [cfr. *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996)]. In particolare, viene dichiarata l’incostituzionalità per violazione del *due process* di una sentenza della Corte Suprema dell’Alabama che aveva stabilito un ammontare eccessivo di danni punitivi: “*Most States that authorize exemplary damages afford the jury similar latitude, requiring only that the damages awarded be reasonably necessary to vindicate the State’s legitimate interests in punishment and deterrence. See TXO, 509 U. S., at 456; Haslip, 499 U. S., at 21, 22. Only when an award can fairly be categorized as “grossly excessive” in relation to these interests does it enter the zone of arbitrariness that violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. Cf. TXO, 509 U. S., at 456”.*

⁵⁹⁰ Cfr. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 US 833 (1992): “*Within the bounds of normal stare decisis analysis, then, and subject to the considerations on which it customarily turns, the stronger argument is for affirming Roe’s central holding, with whatever degree of personal reluctance any of us may have, not for overruling it*”. L’adesione al precedente di *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), viene motivata con riferimento all’ordinamento giuridico (in senso istituzionalistico, se si vuole) con espressa esclusione di qualsivoglia opinione personale con cui si potrebbe essere tentati di “colorare” la propria decisione.

Soltanto questo ancoraggio impedisce di mettere a postulato ciò che si vorrebbe dimostrare e cioè di orientare la decisione in base alle proprie convinzioni personali di stampo politico, economico, sociale o culturale. Non è un caso, infatti, che quando ciò non è avvenuto, la *due process clause* si sia trovata esattamente nel mezzo dello scontro ideologico: nelle prime tre decadi del XX secolo⁵⁹¹ essa fu utilizzata come fulcro dell'attivismo conservatore di “*nine old men*”⁵⁹²; mentre a partire dagli anni '60 divenne l'istituto preferito per sostenere un programma di riforme progressiste. La Corte ormai è consapevole che: “*there is a reason for concern lest the only limits to such judicial intervention become the predilections of those who happen to be Members of this Court. That history [della Lochner Era] counsels caution and restraint. But it does not counsel abandonment*”⁵⁹³.

La ragionevolezza⁵⁹⁴ allora dovrà indossare diverse vesti, a seconda del tipo di scrutinio utilizzato, descrivendo come “razionale”, “sostanziale” o “stretto”⁵⁹⁵ il

⁵⁹¹ Un periodo in cui i *Justices* sembravano “*focused on protecting American property rights rather than the American people themselves*”: cfr. B. SOLOMON, *FDR v. The Constitution: The Court-Packing Fight and the Triumph of Democracy*, Walker & Company, 2009, 67.

⁵⁹² Nella notoria caratterizzazione dei nove giudici della Corte Suprema offerta dal Presidente F.D. Roosevelt.

⁵⁹³ Cfr. *Moore v. City of East Cleveland*, 431 US 494 (1977).

⁵⁹⁴ Cfr. *Davidson v. Cannon*, 474 U.S. 344, 353 (1986); *Sacramento v. Lewis*, 118 S. Ct. 1708, 1716 (1996) [in cui, citando *Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 558 (1974), è evidenziato che “*the touchstone of due process is protection of the individual against the arbitrary action of government*”]; cfr. anche *Fockaert v. Humboldt*, No. C-98-2662, 1999 WL 30537, *3 (N.D. Cal. Jan. 15, 1999).

⁵⁹⁵ Critico verso questa tripartizione è il giudice Stevens in *Cleburne v. Cleburne Living Ctr.*, 473 U.S. 432 (1985): “*I am inclined to believe that what has become known as the [tiered] analysis of equal protection claims does not describe a completely logical method of deciding cases, but rather is a method the Court has employed to explain decisions that actually apply a single standard in a reasonably consistent fashion (...). The rational basis test, properly understood, adequately explains why a law that deprives a person of the right to vote because his skin has a different pigmentation than that of other voters violates the Equal Protection Clause. It would be utterly irrational to limit the franchise on the basis of height or weight; it is equally invalid to limit it on the basis of skin color. None of these attributes has any bearing at all on the citizen's willingness or ability to exercise that civil right. We do not need to apply a special standard, or to apply "strict scrutiny," or even "heightened scrutiny," to decide such cases*”.

collegamento tra l'interesse pubblico perseguito e la norma impugnata⁵⁹⁶: proprio come una sorta di valvola la cui maggiore o minore apertura consente di calibrare il federalismo statunitense⁵⁹⁷, dimostrando verso il potere legislativo un grado di deferenza minore o maggiore a seconda degli interessi coinvolti.

La clausola di *due process* si configura cioè come una garanzia di carattere generale che vigila sull'arbitrarietà della condotta pubblica in ogni sua forma, con un'attenzione specifica alla tutela della "libertà" e alla verifica che l'azione pubblica persegua l'interesse della comunità⁵⁹⁸. In altre parole, la ragionevolezza assume il carattere di "postulato generico di legalità in modo da esigere che gli atti del potere pubblico [siano] compatibili con la nozione di un diritto giusto"⁵⁹⁹.

Ad ogni modo, al di là delle "distinzioni tra discriminazioni" prospettate dalla Corte Suprema, che non sembrano poter trovare accoglimento nell'ordinamento italiano⁶⁰⁰, il test di ragionevolezza ideato sul punto dalla Corte costituzionale⁶⁰¹ pare presentare più di qualche analogia con la tecnica decisoria della *Supreme Court*: in particolare lì dove si richiederebbe all'interprete di verificare innanzitutto la sussistenza di un *interest* regionale, ossia di una competenza

⁵⁹⁶ Cfr. anche P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016, 81: "Il test di ragionevolezza è, dunque, un test molto leggero che viene applicato quando la *deference* [verso il potere legislativo] è al massimo grado, dopo di che quando è in gioco la restrizione dei diritti fondamentali o nei casi di discriminazioni il *test di ragionevolezza si intensifica*, con l'obbligo per il giudice di effettuare uno *strict scrutiny* e, contemporaneamente la *deference* è minima.

⁵⁹⁷ Così E.T. SULLIVAN-T.M. MASSARO, *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013, 125: "(...) *due process* is thought to capture both a substantive sense of rationality (the law itself must be sound), as well as a procedural sense of rationality (the law must be enforced in a sensible and fair manner). This rationality baseline applies in all contexts, not only in cases that involve specific fundamental rights, though the anxiety over irrational or capricious government conduct is at its peak in such cases and thus more likely to trigger judicial intervention".

⁵⁹⁸ Cfr. anche EID., *op. cit.*, 159.

⁵⁹⁹ Cfr. N. BELLOSO MARTIN, *Temi di teoria giuridica: L'interpretazione della costituzione e dei diritti fondamentali*, in *Annali del seminario giuridico (2005-2006)*, VII, Giuffrè, 2007, 72.

⁶⁰⁰ Certamente con riferimento alle distinzioni fondate su sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali, tutte sullo stesso piano *ex art. 3 Cost.* Ad ogni modo, la clausola generale dell'articolo precedente permette di accogliere nel nostro ordinamento costituzionale qualsiasi diritto che possa considerarsi "inviolabile".

⁶⁰¹ Ma raramente applicato: cfr. cap. II, § 1, nonché § 2 ss.

legislativa concorrente o residuale *ex art. 117*, commi 3° o 4°, Cost.; in secondo luogo, di accertare se l'adattamento regionale sia congruo o adeguato rispetto agli scopi perseguiti⁶⁰². Specularmente, sussisterà certamente un *interest* dello stato nel mantenere una certa uniformità della normazione privatistica su tutto il territorio nazionale: questo interesse allora potrà dirsi *compelling* se in gioco vi sia un principio fondamentale del diritto privato, ovvero di rango minore se la norma regionale incida su aspetti più marginali.

D'altro canto, autonomia e uniformità da sempre rappresentano le due direttrici lungo cui si è evoluta la tradizione giuridica occidentale. Esse hanno avuto, com'è noto, alterne vicende nei secoli, risultando, ora l'una ora l'altra, l'ideale cui aspirare. Il pluralismo giuridico medievale esaltava l'autonomia e, per i motivi rilevati nel primo capitolo del presente lavoro, in reazione ad esso il pensiero giuridico dell'età dei Lumi si è riversato nell'opposta direzione con risultati parzialmente diversi nei tre grandi ordinamenti continentali (nonché, ancor di più, in quelli di *common law*).

Attualmente si registra una rinnovata sensibilità verso le istanze dell'autonomia, non solo dei privati, ma anche di quelle nuove "centrali nomopoietiche"⁶⁰³ che trovano la propria legittimazione (e delle proprie norme) al di fuori dello Stato. Il processo di integrazione europea e le spinte della globalizzazione da un lato, e l'attivismo regionale dall'altro, mettono in crisi il monopolio statale sull'attività normativa anche nel settore giusprivatistico che,

⁶⁰² Questo passaggio, come si ricorderà, esaurisce la prima fase del test, quella della ragionevolezza *intrinseca*. La seconda fase, di verifica della ragionevolezza *estrinseca*, impone di accertare se la norma regionale superi o meno la soglia di tollerabilità rappresentata dal *limite* dell'"ordinamento civile" *ex art. 117*, comma 2°, lett. *l*), Cost. Sarà allora necessario distinguere un principio fondante da un dettaglio tecnico oppure individuare materie più sensibili ad adattamenti *ratione loci* ovvero superare l'apparenza di norme che sembrano di diritto privato ma non lo sono veramente.

⁶⁰³ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007.

forse in virtù delle proprie origini codicistiche, risulta ancora strettamente affezionato ad un'epoca che sta (nuovamente) cambiando.

Sembra infatti che il pendolo stia tornando ad oscillare verso l'autonomia e che, dunque, le esigenze di uniformità nei prossimi decenni siano destinate a farsi meno pressanti, ma ciò non vuol dire in alcun modo rassegnarsi a rinunciare alle conquiste fatte sul piano dell'uguaglianza, formale e sostanziale. Come si è cercato di dimostrare, infatti, questo principio trova soltanto in parte fondamento nell'uniformità delle regole, ben potendo essere rispettato, anzi, dovendo essere integrato, dall'applicazione di una regola diversa qualora le circostanze lo richiedano. Proprio in questa attenzione verso il caso concreto si realizza la verifica di ragionevolezza della *regula* diversa, consentendo così di coniugare in maniera soddisfacente due istanze opposte ma inscindibilmente connesse tra loro.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Fourteenth Amendment - Due Process Clause - Undue Burden - Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 130 Harv. L. Rev. 397 2016.
- AA. VV., *Developments - Equal Protection*, 82 Harv. L. Rev. 1065 1968-1969.
- ABBAMONTE O., *Il diritto privato delle Regioni: una riflessione sui poteri locali nell'età repubblicana*, in *Diritto amministrativo*, 2007, 323 ss.
- ALBI P., *La riforma del mercato del lavoro al bivio del neo-regionalismo*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2005, II, 530 ss.
- ALBI P., *La persona ed il lavoro nel sistema delle fonti dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 428 ss.
- ALLISON J.W.F., *A Continental Distinction in the Common Law*, Oxford University Press, 2000.
- ALPA G., *Ordinamento civile e diritto privato regionale. Un aggiornamento sulla giurisprudenza costituzionale*, in *Vita notarile*, 2009, 1279 ss.
- ALPA G., *“Ordinamento civile” e “principi fondamentali” nella recente giurisprudenza costituzionale sulla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Rassegna forense*, 2004, 11 ss.
- ALPA G., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Quaderni regionali*, 2002, 5 ss.
- ALPA G., *Trattato di diritto civile*, I, Giuffrè, 2000, 413.
- ALPA G., *Il “diritto costituzionale” sotto la lente del giusprivatista*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1999, 15 ss.
- ALTIMARI M., *Disciplina del personale regionale e competenza in materia di “ordinamento civile”*: si consolida l'orientamento della Consulta, in *DL –*

- Rivista critica di diritto del lavoro privato e pubblico*, 2010, 364 ss. (nota a C. COST., 29.4.2010, n. 151).
- ANGIOLINI V., *Ordinamento civile e competenza regionale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, II, 26 ss.
- ARIS R., *Die Staatslehre Adam Müllers*, Mohr, 1929.
- AUSTIN J., *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Murray, 1885.
- BALBONI E., *La Corte apre uno spiraglio per gli interventi regionali nel diritto privato?*, in *Le Regioni*, 1992, 1751 ss.
- BALDASSARRE A., voce «Diritti pubblici soggettivi», in *Enciclopedia giuridica*, IX, Treccani, 1989.
- BALDUZZI R.-SORRENTINO F., voce «Riserva di legge», in *Enc. del dir.*, XI, Giuffrè, 1989, 1220.
- BARBA A., *Il diritto privato regionale ed il sistema pluralista*, in AMMANNATI L. e GROPPI T., (a cura di), *La potestà legislativa tra Stato e Regioni, Atti del Seminario di studio, 23 maggio 2003, Facoltà di economia, sede di Grosseto, dell'Università di Siena*.
- BARELA V., *Diritto privato regionale, foral ed autonomico. Verso un diritto europeo della persona*, Giappichelli, 2009.
- BARKER E., *The Discredited State: Thoughts on Politics Before the War*, Pol. Quat., 1915, 101.
- BARNETT R., *Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction* (1986) 9 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 267.
- BARTOLE S., *In tema di rapporti fra legislazione regionale e principio costituzionale di uguaglianza*, in *Giur. cost.*, 1967, 670.

- BELLOSO MARTIN N., *Temi di teoria giuridica: L'interpretazione della costituzione e dei diritti fondamentali*, in *Annali del seminario giuridico (2005-2006)*, VII, Giuffrè, 2007.
- BENEDETTI A.M., *Il "diritto privato delle Regioni" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Studium iuris*, 2011, 253 ss.
- BENEDETTI A.M., *Quali spazi per un diritto regionale sulla famiglia?*, in *Famiglia e diritto*, 2011, 444 ss. (nota a C. cost., 10.1.2011, n. 8).
- BENEDETTI A.M., *«Malasanità» e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni*, in *Danno e resp.*, 2010, 680.
- BENEDETTI A.M., *Atti soggetti a trascrizione, parcheggi e potestà legislativa delle Regioni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 813 ss.
- BENEDETTI A.M., *L'autonomia privata di fronte al "diritto privato delle Regioni"*, in *I contratti*, 2010, 120 ss.
- BENEDETTI A.M., *Malasanità e procedure conciliative non obbligatorie: il ruolo delle Regioni*, in *Danno e responsabilità*, 2010, 678 ss. (nota a C. cost., 14.5.2010, n. 178).
- BENEDETTI A.M., *Norme sotto le mentite spoglie di linee guida? Le regioni sono fuori dalla disciplina dell'interruzione della gravidanza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, 147 ss.
- BENEDETTI A.M., *Il diritto privato delle Regioni*, Il Mulino, 2008.
- BENEDETTI A.M., *L'"ordinamento civile" limite o materia? Alla ricerca di criteri flessibili*, in A.A. V.V., *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di CAMELLI M., Il Mulino, 2007, 409 ss.
- BENEDETTI A.M., *L'"ordinamento civile" come "materia" o come "limite"? Ovvero: il federalismo italiano tra rigidità delle formule e ragionevolezza delle soluzioni*, in *Politica e diritto*, 2005, 471 ss.

- BENEDETTI A.M., *Ordinamento civile e competenza legislativa delle Regioni*, in *Foro italiano*, 2005, I, 2960 ss.
- BENEDETTI A.M., *Ordinamento civile e sindacato di legittimità costituzionale: è possibile una sentenza interpretativa di rigetto?*, 19, 2005, in *www.federalismi.it*.
- BENEDETTI A.M., *Responsabilità oggettive, nessi di causalità e diritto privato regionale*, in *Danno e responsabilità*, 2004, 617 ss.
- BENEDETTI A.M., *Responsabilità oggettive, nessi di causalità e diritto privato regionale*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 612 ss. (nota a CASS., 29.10.2003, n. 16226 e CASS., 20.10.2003, n. 15656).
- BIFULCO R.-CELOTTO A.-OLIVETTI M., *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006.
- BIN R., *Perché le Regioni dovrebbero essere contente di questa decisione*, in *Le Regioni*, 2005, 17.
- BIN R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in M. LA TORRE-A. SPADARO (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 2002, 59.
- BIN R., voce «Legge regionale», nel *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Utet, 1994, 179 ss.
- BODIN J., *I sei libri dello Stato*, Utet, 1988.
- BRECCIA U., *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *Riv. crit dir. priv.*, 1989, 191.
- BRISSAUD J., *A History of French Public Law*, London, 1915.
- BURNHAM W., *Introduction to the Law and Legal System of the United States*, West, 2011, 41.

- CALZOLAIO E., *Il diritto privato regionale nella prospettiva europea*, Giuffrè, 2006.
- CARLASSARE L., «Legge (riserva di)», in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Ed. Enc. it., 1990.
- CARTABIA M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola*, Roma 24-26.10.2013.
- CASSETTA E., *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Giuffrè, 1964, 793.
- CASONATO C., *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 627 ss.
- CERRI A., *L'autonomia regionale in tema di organizzazione e l'esclusiva competenza statale in tema di ordinamento civile: spunti e riflessioni a partire dalla sentenza n. 339 del 2011 della Corte costituzionale*, in *Il Foro italiano*, 2012, 1361 ss. (nota a C. cost., 22.12.2011, n. 339).
- CHERUBINI M.C., *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del proprio corpo*, in BUSNELLI F.-BRECCIA U., *Tutela della salute e diritto privato*, Giuffrè, 1978, 254 ss.
- CLARIZIA A., *Pubblico e privato nell'ordinamento regionale*, Esi, 1983.
- COLES M., *Lawrence v. Texas & the Refinement of Substantive Due Process*, 16 *Stan. L. & Pol'y Rev.* 23 2005.
- CONSTANT B., *La libertà degli Antichi paragonata a quella dei Moderni*, Einaudi, 2001.
- COTTERRELL R., *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, London, 1989.

- CRISAFULLI V., *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Studi in memoria di V.E. Orlando*, I, Cedam, 1957, 422.
- D'ANGELO L., “*Diritto privato delle regioni*”: *quale compatibilità costituzionale?*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2010.
- DE CUPIS A., voce «Integrità fisica», in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Ed. Enc. it., 1989.
- DE GOTZEN S., *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, 499 ss.
- DE STEFANO R., *Il problema del potere*, Giuffrè, 1962.
- DI ROSA G., *L'ordinamento italiano e lo spazio giuridico europeo: dal rapporto con l'ordinamento comunitario alla competizione tra ordinamenti*, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, 1102 ss.
- DICEY A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Liberty Fund Inc., 1982.
- DIXON R.G., *The New Substantive Due Process and the Democratic Ethic: A Prolegomenon*, 1976 B.Y.U. L. REV. 43.
- DOSI G., *Mantenimento, assegni, surroga del terzo: no della Consulta ma la porta resta aperta*, in *Diritto e Giustizia - D&G*, 2005, n. 14, 23 ss. (nota a C. cost., 7-18.3.2005, n. 106).
- DUGUIT L., *Law in the Modern State*, LASKI F.-LASKI H. (tr.), New York, 1970, xlv.
- DURKHEIM E., *Politics and the State*, GIDDENS A. (ed.), HALLS W.D. (tr.), Stanford, 1986.
- DYSON K.H.F., *The State Tradition in Western Europe*, Oxford, 1980.

- EPSTEIN R.A.-GREVE M.S. (eds), *Federal Preemption: States' Powers, National Interests*, The AEI Press, 2007.
- FELDMAN D. (ed.), *English Public Law*, Oxford University Press, 2004.
- FERRARA R., voce «Salute (diritto alla)», in *Digesto, Disc. pubbl.* XIII, Utet, 1997, 530 ss.
- FERRARI D., *La Corte costituzionale si pronuncia sulla legge regionale ligure contro le discriminazioni legate all'orientamento sessuale e all'identità di genere: una nuova apertura al diritto privato regionale?*, in *Quaderni regionali*, 2011, 885 ss.
- FINOCCHIARO G., *Il diritto privato regionale dopo la riforma del Titolo V*, in RESCIGNO P. (a cura di), *Autonomia privata individuale e collettiva*, Esi, 2006, 107 ss.
- FOÀ S., *Tutela della privacy e sistemi informativi regionali: il potere normativo regionale è riconosciuto solo se richiama e rispetta il codice sul trattamento dei dati personali*, in *www.federalismi.it*, 3, 2006.
- FROSINI T.E., *Teoremi e problemi di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2008, 447.
- GABRIELLI G., voce «Maso chiuso», nel *Digesto Disc. priv., sez. civ.*, XI, Utet, 1994, 205 ss.
- GABRIELLI G., voce «Maso chiuso», nel *Noviss. Digesto it., App.*, IV, Utet, 1983, 1171 ss.
- GARDBAUM S.A., *The Nature of Preemption*, 79 Cornell L. Rev. 767 (1994).
- GERSHOY L., *The French Revolution and Napoleon*, Prentice-Hall, 1964.
- GHERA F., *Regioni e diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012.

- GHIRARDI N., *La Corte costituzionale interviene sulla competenza legislativa regionale in materia di lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2004, 239 ss. (nota a C. cost., 19.12.2003, n. 359).
- GIANFRANCESCO E., *Il controllo sulle leggi regionali nel nuovo art. 127*, in AA. Vv., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di GROPPI T. e OLIVETTI M., Giappichelli, 2003, 147 ss.
- GIANNINI M.S., voce «Autonomia pubblica», in *Enc del dir.* IV, Giuffrè, 1959, 356 ss.
- GIOVA S., *Ordinamento civile e diritto privato regionale: un difficile equilibrio nell'unitarietà del sistema*, Esi, 2008.
- GORLANI M., *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali*, Giuffrè, 2004.
- GROSSI P., *L'Europa del diritto*, Laterza, 2009.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, 2007.
- HARLOW C., "Public" and "Private" Law: Definition Without Distinction (1980) 43 MLR 241-265.
- HOLLAND T.E., *The Elements of Jurisprudence*, 13a ed., Oxford, 1972.
- HOLMES S.-SUNSTEIN C.R., *The cost of Rights*, Norton & Co. Inc., 2013.
- HOROWITZ M.J., *The Transformation of American Law 1780-1860*, Harvard University Press, 1979.
- HYLAND R., voce «Diritto soggettivo nei paesi di common law», in *Digesto IV ed.*, *Disc. priv. sez. civ.*, VI, Utet, 1990, 434 ss.
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Laterza, 2007.
- IRTI N., *Sul problema delle fonti del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 702 ss.

- JANSEN N.-MICHAELS R., *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, 71 *Rabels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht* (2006), 39.
- JELLINEK G., *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, 1949.
- JELLINEK G., *Il sistema dei diritti pubblici soggettivi*, SEL, 1912.
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1999.
- LAMARQUE E., *Ancora nessuna risposta definitiva in materia di ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2007, 181 ss.
- LAMARQUE E., *Continuità e discontinuità fra limite del diritto privato della potestà legislativa regionale e riserva allo Stato dell'ordinamento civile nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale*, in A.A. V.V., *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di CAMMELLI M., Il Mulino, 2007, 409 ss.
- LAMARQUE E., *Regioni e ordinamento civile*, Cedam, 2005.
- LAMARQUE E., *Aspettando il nuovo art. 117 della Costituzione: l'ultima pronuncia della Corte costituzionale sul limite del diritto privato della legislazione regionale*, in *Le Regioni*, 2002, n. 2/3, 579 ss. (nota a C. cost., 6.11.2001, n. 352).
- LASKI H.J., *The Responsibility of the State in England*, 1919, 32 *Harv. LRev*, 447 ss.
- LE ROY LADURIE E., *The Royal French State 1460-1610*, Oxford, 1994.
- LEIBNIZ G.G., *Monadologia*, in *Scritti filosofici*, a cura di BIANCA D.O., Utet, 1967.
- LELLI B., *Consenso informato e attitudini garantistiche delle Regioni*, in *Studi e commenti*, in www.giurcost.org.

- LEOTTA F., *La competenza legislativa nei sistemi autonomisti*, Giuffrè, 2007.
- LIPARI N. (a cura di), *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, Giuffrè, 2003.
- LIPARI N., *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, 620 ss.
- LOI P., *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, 2016.
- LOYD H.E., *The State, France and the Sixteenth Century*, London, 1983.
- MACCARI M.V., *La prelazione a favore del comproprietario nella disciplina dei masi chiusi*, nota a CASS., 28.5.2008, n. 14000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 1448 ss.
- MACQUEEN H., VAQUER A., ESPIAU S., *Regional Private Laws & Codification in Europe*, Cambridge University Press, 2003.
- MADISON J., *Federalist*, 45, in http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp.
- MAFFEIS D., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, 2007.
- MAFFEIS D., *Il contratto nella società multi-etnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, in *Giur. it.*, 2006, 949 ss.
- MAITLAND F.W. (ed.), *Select Passages from the Works of Bracton and Azo* (8 Selden Society, 1985).
- MAITLAND F.W., *The Constitutional History of England: A Course of Lectures*, Cambridge, 1908.
- MALO M., *Il limite del diritto privato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Le Regioni*, 1995, 879 ss.
- MANNORI L.-SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, 2001.

- MARCHETTI S., *Verso un diritto regionale della famiglia?*, in *Famiglia*, 2005, 985 ss.
- MARINELLI M., *Federalismo e diritto del lavoro: il caso della Sicilia*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, I, 391 ss.
- MATTIONI A., *La regione oggi in Costituzione*, in DEGRASSI L. e FRANCESCHELLI V. (a cura di), *Turismo: diritto e diritti*, Giuffrè, 2010, 3 ss.
- MATUCCI G., *Regioni e minori d'età*, in *Le Regioni*, 2015, 937 ss.
- MCGARITY T.O., *The Preemption War: When Federal Bureaucracies Trump Local Juries*, Yale University Press, 2008.
- MELIS G., *La nascita dell'amministrazione nell'Italia unita*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, 451 ss.
- MERRYMAN J.H., *The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law*, 17 *Journal of Public Law* 3 (1968), 14.
- MICHAELS R.-JANSEN N., *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, 56 *AmJCompL* 852 ss.
- MINNEI E., *Il turismo tra diritto pubblico e diritto privato*, in DEGRASSI L. e FRANCESCHELLI V. (a cura di), *Turismo: diritto e diritti*, Giuffrè, 2010, 435 ss.
- MULLER FREIENFELS W., *The Emergence of Droit de Famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England*, 28 *J. Fam. Hist.* 31 (2003).
- MUSIO A., voce «Diritto privato regionale», nel *Digesto italiano, discipline privatistiche, sezione civile*, Utet, 2012, 354 ss.
- O'REILLY J.T., *Federal Preemption of State and Local Law*, ABA Publishing, 2006.

- OLIVETTI M., *Le funzioni legislative regionali*, in GROPPI T. e OLIVETTI M. (a cura di), *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, Giappichelli, 2003, 91 ss.
- ORLANDO V.E., *Principii di diritto amministrativo*, Barbera, 1891.
- ORLANDO V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico, Prolusione ai Corsi di Diritto amministrativo e costituzionale letta nella R. Università di Palermo l'8 gennaio 1889*, in *Archivio giuridico*, XLII, 1, 1889.
- ORLANDO V.E., *Principii di diritto costituzionale*, Barbera, 1889.
- PALADIN L., *Diritto costituzionale*, Cedam, 1998.
- PALADIN L., *Diritto regionale*, Cedam, 1973.
- PENNICINO S., *Contributo allo studio della ragionevolezza nel diritto comparato*, Maggioli, 2012.
- PICCINNI M., *Le attività di piercing e tatuaggio tra libertà di autodeterminazione e limiti alla disponibilità del proprio corpo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2005, 513 ss.
- POLICE A., *Ordinamento civile e differenziazione amministrativa*, in CAMMELLI M. (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, 2007, 439 ss.
- POLLOCK F., *Divisions of Law* (1894) 8 Harvard Law Review 197.
- PUGLIATTI S., voce «Diritto pubblico e privato», in *Enc. del dir.*, XII, Giuffrè, 1964, 707 ss.
- RESCIGNO P., voce «Proprietà (dir. priv)», in *Enc. del dir.*, XXXVII, Giuffrè, 1998, 269 ss.
- ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in ID., *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, 1990.

- ROMANO S., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, I, Sel, 1900.
- ROPPO V., *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle regioni. Un lavoro complicato per la corte costituzionale, (Relazione al XVII Colloquio biennale dell'Associazione Italiana di Diritto Comparato su "Global Law v. Local Law", I sessione - "Il diritto dei contratti", Brescia, 12-14 maggio 2005)*, in *Politica del diritto*, 2005, 377 ss.
- ROPPO V., *Diritto privato regionale?*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 11 ss.
- ROPPO V., *Il diritto privato regionale: fra nuova legislazione, giurisprudenza vecchia e nuova, e dottrina prossima ventura*, in *Corriere giuridico*, 2003, 5 ss.
- ROSENZWEIG R.-AGNEW J.C., *A Companion to Post-1945 America*, Wiley, 2005.
- RUBIN P.J., *Square Pegs and Round Holes: Substantive Due Process, Procedural Due Process, and the Bill of Rights*, *Columbia Law Review*, Vol. 103, No. 4 (May, 2003), 837 ss.
- SACCO R., voce «Diritto privato», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ., XVII*, Utet 1998, 680 ss.
- SACERDOTI MARIANI G.-REPOSO A.-PATRONO M., *Guida alla Costituzione degli Stati Uniti d'America*, Sansoni, 1995.
- SALMOND J.W., *Jurisprudence*, Stevens & Haynes, 4th ed., 1913.
- SÁNCHEZ FERRIZ R., *Lectura constitucional del artículo 149.1.8a de la Constitución*, Tirant lo Blanch, 2013.
- SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, 1989.
- SCHWARCZ S.L., *Private Ordering*, in *Northwestern University Law Review*, 97, 2002, 319 ss.

- SERIO M., *Autonomia del diritto privato scozzese e devoluzione di poteri ai sensi dello Scotland Act del 1998*, in *Europa e diritto privato*, 2012, 1057 ss.
- SIEDENTOP L., *Two liberal traditions*, in RYAN A. (ed.), *The Idea of Freedom: Essays in Honour of Isaiah Berlin*, Oxford, 1979.
- SIEGEL N.S., *Federalism as a Way Station: Windsor as Exemplar of Doctrine in Motion*, 6 *Journal of Legal Analysis* (2014).
- SOLARI G., *Storicismo e diritto privato*, Giappichelli, 1940.
- SOLOMON B., *FDR v. The Constitution: The Court-Packing Fight and the Triumph of Democracy*, Walker & Company, 2009.
- SPAGNA MUSSO E., *Diritto costituzionale*, II, Cedam, 1981.
- STANZIONE P.-MUSIO A., *L'ordinamento civile quale limite alla potestà legislativa regionale*, in *Iustitia*, 2004, 509 ss.
- SULLIVAN E.T.-MASSARO T.M., *The Arc of Due Process in American Constitutional Law*, Oxford University Press, 2013.
- TAY A.E.-KAMENKA E., *Public Law-Private Law*, in BENN S.I.-GAUS G.F. (eds.), *Public and Private in Social Life*, London, 1983.
- THALER R.H.-SUNSTEIN C.R., *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Revised and Expanded Edition, Penguin Books, 2009.
- THIBAUT A.J., *La necessità di un diritto generale per la Germania*, Heidelberg, 1814.
- TRAISCI F.P., *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, Esi, 2007.
- TURNER R., *Marriage Equality and Obergefell's Generational (Not Glucksberg's Traditional) Due Process Clause*, 23 *Duke J. Gender L. & Pol'y* 145 2015-2016, 161 ss.

- TURNER R., *Was Separate-but-Equal Constitutional?: Borkian Originalism and Brown*, 4 Temple Political And Civil Rights Law Review 229 (1995).
- ULLMANN W., *A History of Political Thought: The Middle Ages*, Penguin, 1965.
- VARANO V. - BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Giappichelli, 2014.
- VECCHI G., *Il concetto di pedagogia in Hegel: Dalla educazione estetica alla formazione filosofica dell'uomo*, Mursia, 1975.
- VIGLIONE F., *I diritti successori dei conviventi: uno studio di diritto comparato*, Giappichelli, 2016, 126.
- VIGLIONE F., *Obergefell v. Hodges: il matrimonio same-sex tra libertà e non discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 589 ss.
- VIGLIONE F., *Il diritto privato regionale nel sistema delle fonti privatistiche: orientamenti incerti della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2013, 387 ss.
- VIGLIONE F., *Il principio di non discriminazione nei rapporti tra privati: quali spazi per la legislazione regionale?*, in *Le Regioni*, 2012, 192 ss.
- VIPIANA P., *Riserva di legge e legge regionale*, in *Quaderni Regionali*, 1988, 589.
- VITUCCI P., *Il diritto privato e la competenza legislativa delle regioni in alcune sentenze della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, 1999.
- VOLPE D., *I costi del contenzioso sanitario: la Corte costituzionale avalla la soluzione legislativa veneta ed (implicitamente) afferma il primato della tutela sostanziale dei diritti*, in *Federalismo fiscale*, 2010, 1, 193 ss.
- VON SAVIGNY F.C., *Sistema del diritto romano attuale*, I, Utet, 1886.
- WARREN S.D.-BRANDEIS L.D., *The Right to Privacy*, 4 Harvard L.R. 193 1890.

WOOLF H., *Public Law - Private Law: Why the Divide? A Personal View* [1986]

PL 220.

YOUNG E.A., *United States v. Windsor and the Role of State Law in Defining Rights Claims*, 99 *Virginia Law Review Online* 39-47 (2013).

ZIMMERMAN J.F., *Federal Preemption: The Silent Revolution*, Iowa State Press, 1991.

ZOPPINI A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, (Relazione al Convegno *Il diritto civile e gli altri, Roma-La Sapienza, 2-3 dicembre 2011*), in www.judicium.it.