

ANNO LXXXV - 2018

NUOVA SERIE A - N. 69,3-4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



SESSANT'ANNI DI STUDI GIURIDICI EUROPEI
A URBINO: IL SÉMINAIRE DE DROIT EUROPÉEN

(a cura di A. BONDI, L. MARI, I. PRETELLI e E.A. ROSSI)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

STVDI VRBINATI

Rivista trimestrale di Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche

INDICE-SOMMARIO del fascicolo 3-4

ALESSANDRO BONDI, *Presentazione. Sessant'anni e non sentirli*, 137

MARIE-ÉLODIE ANCEL, ILARIA PRETELLI, *Présentation du Séminaire d'Urbino*, 139

Relazioni

ALESSANDRO BONDI, *La geografia dei diritti*, 159

ROBERT BRAY, *L'impact du Brexit sur la coopération judiciaire en matière civile et pénale*, 177

GEORGES CAVALIER, ROCCO DI NUZZO, *Les droits fondamentaux: nouveaux outils pour les fiscalistes*, 197

JENS KARSTEN, *Food Governance, Food Law and the Third Level in the Hierarchy of Norms*, 215

ANDREA GIUSSANI, *Grounds for Refusal of Recognition of Foreign Judgment: Developments and Perspectives in EU Member States on Public Order and Conflicting Decisions*, 239

EDOARDO ALBERTO ROSSI, *Qualche problema in materia di competenza e giurisdizione nel Regolamento generale sui dati personali (Regolamento UE 679/2016)*, 255

TUTO ROSSI, *Relations financières et investissements boursiers entre banque et client. L'exemple de la Suisse*, 267

HELMUT SATZGER, *Current Developments and Problems of European Criminal Law. The Principle of Mutual Recognition in Times of Crisis – The New Jurisprudence on the European Arrest Warrant as an Example*, 287

MARTIN SVATOŠ, *Independence and Impartiality in Arbitration and Mediation: Caesar's Wife must be above Suspicion*, 307

Interventi

CECILIA ASCANI, *Le origini della responsabilità medica nello scenario internazionale fino alla redazione del Codice Deontologico*, 321

MARIA LUISA BICCARI, *Brevi appunti sul diritto romano nella cultura giuridica americana: a margine di alcune sentenze*, 337

Direttore responsabile: Vilberto Stocchi

Comitato scientifico: Franco Angeloni, Licia Califano, Piera Campanella, Marco Cangiotti, Antonio Cantaro, Henry Frendo, Giuseppe Giliberti, Anna Maria Giomaro, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Guido Guidi, Giulio Illuminati, Andrea Lovato, Luigi Mari, Remo Martini, Maria Paola Mittica, Lucio Monaco, Paolo Morozzo della Rocca, Paolo Pascucci, Elisabetta Righini

Redazione: Maria Luisa Biccari, Maria Morello, Edoardo Alberto Rossi

Direzione e redazione: Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur), Via Matteotti 1, 61029 Urbino Tel. 0722 303250

Autorizzazione presso il Tribunale di Urbino del 22 Settembre 1950 n. 24

La pubblicazione della rivista ha avuto inizio dal 1927

Stampa: Maggioli Spa - Santarcangelo di Romagna (RN)

ANNO LXXXV - 2018

NUOVA SERIE A - N. 69,3-4

STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE



SESSANT'ANNI DI STUDI GIURIDICI EUROPEI
A URBINO: IL SÉMINAIRE DE DROIT EUROPÉEN

(a cura di A. BONDI, L. MARI, I. PRETELLI e E.A. ROSSI)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI URBINO

PRESENTAZIONE

SESSANT'ANNI E NON SENTIRLI

Da sessant'anni, nelle due ultime settimane di agosto, studenti, studiosi, professionisti, amanti del diritto, curiosi-sostenitori-scettici sull'idea d'Europa, giungono da ogni dove per partecipare al *Seminario di diritto comparato ed europeo*, organizzato dal *Centro Studi giuridici europei* dell'Università di Urbino 'Carlo Bo'.

È un momento di festa e di confronto che rende lieve ogni impegno. La città di Urbino apre la sua storia a culture differenti, per un mondo che non è mai uguale a se stesso. L'incontro avviene nel Dipartimento di giurisprudenza: una piazza rinascimentale che vive gli affanni del tempo con la presunzione di gestire regole che abbiano al centro la persona.

I docenti di prestigiose università, italiane e straniere, sono coinvolti dal vivace interesse dei partecipanti, confermando, anno dopo anno, l'idea che insegnare è vivere insieme un'esperienza di conoscenza; e che il resto è solo un gioco di ruolo.

Gli scritti qui raccolti festeggiano, così, un compleanno di cui si può dire l'età per la gioventù vegliarda del festeggiato. E se, in qualche modo, si è riusciti a far sentire anche un solo battito di un'istituzione che ha sempre unito quando altro si divideva, si è ottenuto molto più di quanto sperato.

Alessandro Bondi
Direttore del Centro Studi Giuridici Europei
Università degli Studi di Urbino

MARIE-ELODIE ANCEL, ILARIA PRETELLI

PRÉSENTATION DU SÉMINAIRE D'URBINO

Le séminaire d'été de Droit européen d'Urbino a été créé en 1959 à l'initiative commune de juristes italiens et français. Dès ses débuts, le séminaire se place dans le sillage de la tradition humaniste de la ville d'Urbino, une tradition qui remonte au XVI^e siècle et qui fonde l'accueil et l'amitié entre peuples sur l'échange culturel.

I. L'humanisme des lieux

Témoignage emblématique de cette approche est le Palais Ducal, dont l'architecture est le premier exemple d'un ensemble urbain étroitement lié à la nature.

Le Palais est voué à l'accueil, comme l'atteste d'emblée à partir de la façade extérieure, entourée des bancs en marbre qui permettent aux visiteurs de se reposer et de discuter en attendant d'y entrer. Les deux *Torricini* tranchants, de presque soixante mètres de haut, sont une invention totalement originale, véritable symbole de la ville, puis vient la splendide Cour d'honneur avec son harmonie de proportions créée par les arcs et les colonnes, le jeu chromatique des matériaux, du rouge de la brique à la lumière du travertin. Tout autour, sculptés sur une double frise, se trouvent les louanges tissées en latin célébrant le duc qui bâtit le Palais, et qui évoquent l'ensemble idéal d'harmonie et d'équilibre dont il se fit ambassadeur.

À l'intérieur, domine sur toutes les autres pièces la Bibliothèque, qui adresse un message clair aux visiteurs de l'époque et à ceux d'aujourd'hui: la culture de l'homme de la Renaissance est une partie de lui-même et doit occuper une place d'honneur. Cœur caché du Palais est le *Studiolo del Duca*, lieu élu où Federico reposait de sa fatigue après ses exploits militaires: il est entièrement couvert de symboles en référence à ses études en astronomie, mathématiques et musique, aux beaux-arts, c'est-à-dire aux *otia* héritées du monde classique et évoquant une culture de paix, parmi lesquels le duc est représenté sous la forme d'un humaniste aux armures désaffectées à ses cô-

tés. Cette architecture reproduit à la fois matériellement et métaphoriquement les fondements de l'enrichissement académique, qui requiert à la fois l'accueil, l'échange mais aussi la réflexion intime ainsi qu'un certain *otium*.

II. Le séminaire d'Urbino et l'Université d'Urbino

Le séminaire, qui réunit chaque année une cinquantaine d'auditeurs venus de nombreux pays, se tient au cours de la seconde quinzaine d'août.

L'Université d'Urbino¹, qui organise une session d'été dans toutes les disciplines qu'elle abrite, accueille le séminaire au titre des sciences juridiques et met à disposition les salles d'études nécessaires. Les participants au séminaire ont en outre accès aux bibliothèques et, pour le logement et les repas, au Collège universitaire ou à des maisons d'étudiants. Ils sont ainsi parfaitement intégrés aux étudiants de l'Université d'Urbino. Assez souvent, des participants au séminaire décident de suivre les cours de langue italienne organisés par la faculté de lettres de l'Université.

Pendant de nombreuses années, le séminaire fut organisé conjointement par deux associations jumelles, le *centre d'études juridiques européennes*, une association toujours existante dont le siège est à Paris, et le *centro di studi giuridici europei*, une association italienne ayant une convention avec l'Université d'Urbino.

A la suite de la perte par l'Université d'Urbino de son statut d'Université libre², le séminaire est devenu un cours d'été de la faculté de droit (*summer school*) et, informellement organisée toujours avec le bénéfice et soutien du *centre d'études juridiques européennes*, il est depuis 2012 organisé en partenariat avec l'Institut suisse de droit comparé.

¹ Guidobaldo da Montefeltro, troisième duc d'Urbino, le dernier de la dynastie Montefeltro, établit en 1506 le *collegio dei dottori* et le pape Jules II (Giuliano della Rovere: Albisola, 5 décembre 1443 – Rome, 21 février 1513) avec la bulle papale *Ad Sanctam Beati Petri Sedem Divina Dispositione Sublimati* du 18 février 1507 autorise la «*magistratura urbinata*» à créer des docteurs. En 1566, le Pape Pie V (Antonio Ghislieri: Bosco Marengo, 17 janvier 1504 – Rome, 1er mai 1572) accorde au collège la faculté de «*laureare poeti, de créer des docteurs en droit civil et canon et de nommer des notaires*». Le collège devint un «*atelier public*» en 1576 et une «*université*» en 1671 grâce au Pape Clément IX (Giovanni Francesco Albani: Urbino, 23 juillet 1649 – Rome, 19 mars 1721). Après l'unification de l'Italie, le 23 octobre 1862, en vertu du décret royal n° 912, elle fut proclamée «*Université libre*». Voir U. AGNATI, *Per la storia romana della provincia di Pesaro e Urbino*, Roma 1999, p. 95 ss.

² Ministero dell'università e della ricerca, Decreto 22 dicembre 2006. Statizzazione dell'Università non statale di Urbino Carlo Bo, G.U. 22 giugno 2007, n. 143.

Le programme comporte deux séries de cours d'une semaine chacun, portant sur des sujets de droit européen, international et comparé. Les cours sont donnés en français ou en italien (avec traduction résumée dans l'autre langue) par des professeurs d'université, des fonctionnaires européens ou des praticiens en majorité italiens et français, mais également en provenance d'autres pays.

III. Le témoignage pour les 50 ans du Séminaire livré par Tito Ballarino, Directeur du «Centro di studi giuridici europei presso l'Università di Urbino» et âme du séminaire pendant de nombreuses années

Sono passati cinquant'anni da quando il *Séminaire de Droit comparé* di Urbino ha avuto inizio. Una telefonata scambiata tra Germain Brulliard e Enrico Paleari aveva accertato che vi erano sette iscritti e quindi si poteva partire. Me lo ha ricordato Rollande Audano Vico, un'altra persona fondamentale per la storia del Séminaire, anche per il coté parisien che ci riunisce ogni anno nell'Hôtel de Galliffet, entro i saloni in cui si muoveva Talleyrand. Non è difficile ricordare che quest'uomo, vantatosi prima di morire (riconciliato con la Chiesa) di avere ricevuto tutti e sette i Sacramenti inclusa la consacrazione episcopale, ha avuto in pugno la politica europea per un ventennio; più difficile è ricostruire cosa pensava, essendo sue le famose parole: "La parole a été donnée à l'homme pour déguiser sa pensée".

I corsi del *Séminaire* sono nati quindi senza grandi enfasi e senza oneri per il contribuente urbinato: il costo è stato a lungo sostenuto dalla tasca privata di Enrico Paleari. Il *Séminaire* è arrivato sul proscenio, vorrei dire, in punta di piedi e con una denominazione riduttiva, proprio come è avvenuto per la Facoltà di Giurisprudenza di Urbino che lo ha ospitato e alimentato, la quale è nata nel 1506, senza clamori e senza bolle (la bolla *Aeternae sapientiae* di Clemente XI arriverà nel 1671) come sviluppo di un'associazione culturale di giuristi romagnoli. Poi si è affermata come il motore di una università che oggi conta dieci facoltà e circa ventimila studenti (più del doppio degli abitanti del borgo antico della città). Anche se i Montefeltro sono gloriosi – nella Divina Commedia con Buonconte e soprattutto con Guido (secondo Mommsen la più brillante biografia politica mai scritta), nel Rinascimento con Federico, fautore di una nuova lettura del corso degli eventi – alla Urbino di oggi si addice il riserbo. Bene ha detto Carlo Bo "Amo questa città nascosta, un deposito di memorie fatto di poche umili cose, di questo paese fuori dal mondo". Il Rettore Bo amava il *Séminaire*, ne dava conto regolarmente nelle sue Relazioni per l'apertura dell'anno accademi-

co, qualche volta ha fatto scuola lui stesso agli studenti francesi illustrando la letteratura italiana nei due periodi 1920-1940, 1940-1960.

Vissuto nell'anima, ogni evento che si svolge in Urbino riconduce al destino di questa città: *quidquid est in Urbino est de Urbino*. Il genio della città ha fatto prosperare i corsi – inizialmente italo-francesi, oggi destinati anche a spagnoli, greci, portoghesi, oltre che italiani – che, pur restando confinati nella dimensione di un'aula concessa dalla Facoltà, oggi, e da molti decenni, hanno risonanza europea. L'elenco che segue è eloquente e senza voler creare una "prima fascia" di docenti, basterà ricordare che nei primi anni (1960, '61, '62 e '64) hanno dato corsi per più di un anno e spesso per tre o quattro Henri Batiffol, Jean Rault, Phocion Francescakis, René Plaisant, Roger Houin, Fritz von Schwind (ancora vivo ed attivo, questi ha celebrato il suo novantesimo compleanno cinque anni fa dando una conferenza nel mio corso di Padova).

Però si resta stupefatti anche a leggere l'elenco dei professori che sono passati per la Facoltà di Giurisprudenza (parlo degli ultimi settanta / ottant'anni, da quando l'insegnamento universitario è stato disciplinato su base nazionale). Molti di essi hanno insegnato nei corsi del *Séminaire*, molti sono fuggiti velocemente dimenticando quella che era stata la loro *alma mater*, almeno per la seconda fase della loro formazione. Non sempre il seme del seminatore cade sulla terra buona dando il frutto di cento, sessanta, trenta (Mt., 13, 7).

Mi astengo qui del tutto dal fare dei nomi e rinvio alle Relazioni del Rettore Carlo Bo opportunamente rieditate dall'Università in quattro volumi.

Ho insegnato per la prima volta a Urbino quando ero un professore "locale". Ricordo gli studenti francesi che arrivavano pigiati in quattro o cinque su qualche *deux chevaux*. Al mattino si tenevano le lezioni, il pomeriggio era spesso dedicato alla marina di Pesaro, le serate si potevano passare in uno di quegli pseudo, ma tanto divertenti night-club per studenti che sono stati spazzati via dall'avvento delle pizzerie. I più audaci potevano mettere la testa dentro una sala ritrovo per studenti, attrezzata con un ballatoio che la faceva rassomigliare ad un *saloon* ma che, per uniformarsi ai sentimenti radicali di allora, era chiamata circolo "Ho-chi-min".

Era unico anche il rapporto tra i docenti in un'epoca in cui non esistevano *ius 1*, *ius 4*, *ius 8* e via dicendo. Fino al 1970 la maggior parte delle Facoltà erano ospitate nell'antico palazzo dei conti, non ancora duchi di Montefeltro, dove era facile incontrare il collega germanista, filosofo, etc. A far sopravvivere l'*universitas*, negli anni seguenti, è rimasto il Circolo cittadino, dove il Rettore compariva tutte le sere. L'inaugurazione della nuova

sede della Facoltà di giurisprudenza – che tanto deve a Sergio Antonelli, ancor oggi condirettore del *Séminaire* – ha contribuito tuttavia a creare un sentimento di appartenenza che ha avuto un riflesso anche sul *Séminaire*. Ed era fondamentale – per entrambe le settimane: quella francese e quella italiana – la presenza di Enrico Paleari con la Sua amata sposa. Paleari parlava del suo amatissimo Bergson, ma sapeva anche estrarre dalle Sue memorie episodi irresistibilmente gustosi, come quello dell'udienza che riuscì a far dare da Pio XII a Francesco Carnelutti (con il quale aveva collaborato professionalmente). Nel modesto ambiente di qualche ristorantino si ricreava attorno a Paleari, nel tono dimesso divenuto ormai proprio di Urbino, il passato splendore della corte dei Montefeltro.

Il *Séminaire* ha saputo progredire: dalla comparazione italo-francese, privilegio di pochi, i corsi si sono ampliati al diritto comunitario e ai diritti dell'uomo, al diritto societario. Ma non vi è stato cambiamento: è rimasto il luogo della giovinezza e dell'incontro delle culture³.

IV. Présent et futur du séminaire à son 60^{ème} anniversaire

Dès sa première année, le séminaire a été consacré à l'étude de ce qui était le Marché Commun et la Communauté Économique Européenne⁴ en vue d'apporter «une utile contribution à la construction de la nouvelle Europe, dans laquelle la France et l'Italie tiendront chacune une place importante»⁵. En outre, anticipant l'idée qui conduira à la mise en place du programme Erasmus, le séminaire donnait aux étudiants francophones «l'occasion de voir fonctionner une université italienne, avec ses professeurs, ses étudiants, ses examens, de s'initier au droit italien...»⁶. Huit parmi les étudiants de la première édition s'inscrivent d'ailleurs aux cours de *laurea* de la faculté de droit d'Urbino.

On évoquait aussi «un rapprochement toujours plus fraternel entre peuples latins»⁷ qui s'est élargi, au fil des années, à toute l'Europe et au-delà.

En ce qui concerne la vocation européenne du séminaire, elle se pour-

³ Extrait de la publication éditée à l'occasion de 50 ans du séminaire, par I. Pretelli.

⁴ *Revue internationale de droit comparé*, Année 1959, Volume 11, Numéro 4, pp. 750-751.

⁵ *Revue internationale de droit comparé*, Année 1962, Volume 14, Numéro 1, p. 85.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Revue internationale de droit comparé*, Année 1963, Volume 15, Numéro 4, pp. 737-739.

suit aujourd'hui, que ce soit sous l'angle du droit international privé ou sous l'angle du droit matériel, avec des conférences sur les données personnelles, le secret des affaires, le droit des sociétés, le droit pénal, le droit de la concurrence. Le droit institutionnel est aussi objet d'étude, sur des sujets tels que le *Brexit*, les 20 ans du Traité d'Amsterdam, ou l'immunité des parlementaires européens.

Après la célébration du cinquantenaire du séminaire, l'organisation de sessions de droit notarial en 2015 et 2016 a servi de base à la préparation d'études européennes sur l'acte authentique, nées du dialogue développé lors de ces sessions. Plus récemment, ont vu le jour des cours sur les nouvelles technologies: données personnelles, robotique, intelligence artificielle, autant de sujets qui bénéficient également de l'intérêt que ce domaine revêt pour l'Union européenne.

Au-delà de l'Europe, on notera, pour ce qui concerne les matières de cours, une présence constante des droits de l'homme, du droit du commerce international (y compris l'arbitrage), du droit pénal et du droit processuel aussi, avec une présence sporadique mais récurrente du droit fiscal et du droit de la famille.

La présence de professeurs américains, israéliens, etc. jusqu'à la Nouvelle Zélande, a élargi l'offre du séminaire, convoité aujourd'hui par des étudiants africains, russes ou ukrainiens. Cet élargissement n'a guère effacé son empreinte originelle, tout comme l'ajout de l'anglais parmi les langues de travail ou arrivée de l'Institut suisse de droit comparé parmi les promoteurs des éditions les plus récentes.

Depuis 2007, renouant avec les débuts du séminaire, dans le cadre duquel Carlo Bo avait présenté la littérature italienne de 1920 à 1960, des visites culturelles sont intégrées au programme du séminaire: visites des oratoires, de la Synagogue, présentation des tableaux de Barocci, peintre que Rubens considérait comme son maître. Ces approfondissements culturels ne s'arrêtent pas aux portes de la ville mais ont conduit les étudiants et les professeurs à Saint Marin, Venise – lieu d'une session spéciale en 2018 – et même à Bruxelles, où certains étudiants ont pu assister aux séances de travail des parlementaires européens.

Entre tradition et innovation, le séminaire continue à vivre, porté par l'amitié qui unit ses promoteurs et inspiré par le modèle de la Renaissance dont la ville d'Urbino reste le vivant symbole.

DOCENTI CHE HANNO COLLABORATO AL SÉMINAIRE DALLA FONDAZIONE AL 2018⁸

- Dott. ABRAHAM Ronny, Juge à la Cour Internationale de Justice (2011)
- Prof. AFFERNI Vittorio, Docente di Diritto commerciale nella Università di Urbino (1973)
- Prof. AGOSTINI Marie-Jeanne, Professeur d'Italien à la Faculté de Toulon (1978-79)
- Prof. ANCEL Bertrand, Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II (1999, 2001-2013)
- Prof. ANCEL Marie-Elodie, Professeur à l'Université Paris Est Créteil Val-de-Marne (2002, 2008, 2012-2015, 2017-2018)
- Sign. ANCEL-LIOGER Zoé, Responsable du département Droit international privé – Droit comparé Cridon-Lyon (2012-2013)
- Prof. ANDRE Christophe, Professeur à l'Université de Paris XIII (2004, 2007)
- Prof. ANTONELLI Sergio, Professore emerito di Diritto costituzionale nell'Università di Urbino; Direttore del Centro Studi Europei (1961-1998, 2000-2007)
- Prof. ANTONINI Euclide, Ordinario di Diritto tributario nell'Università degli Studi di Urbino (1963, 1964)
- Prof. ARRIGHI Pascal, Conseiller d'Etat; Professeur agrégé de Droit public à la Faculté de droit de Nice; Président du Centre Universitaire de Toulon et du Var; Président de l'Université de Corse (1973-1979)
- Avv. AUDANO-VICO Rollande, Dottore in Giurisprudenza in Italia; Avocat au Barreau de Paris (1999)
- Prof. AUDIT Bernard, Professeur à l'Université de Paris II – Panthéon-Assas (1979, 1984, 1988, 1992, 1994, 1996, 1998, 2008)
- Prof. AUDIT Matthias, Professeur à l'Université de Caen (2007)
- Dott. AUXILIA Umberto, Dirigente ed esperto in diritto assicurativo (2002)
- Prof. AURICCHIO Alberto, Ordinario di Istituzioni di diritto privato nella Università degli Studi di Bari; già incaricato nell'Università di Urbino (1961)
- Prof. AZEMA Jacques, Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon III (1982)
- Avv. BALDI Roberto, Avvocato in Milano (1983-1985)
- Prof. BALDUS Christian, Professeur à l'Université d'Heidelberg et de Siena (2011)

⁸ La qualifica riportata si riferisce a volte alla posizione ricoperta durante l'anno o gli anni (indicati tra parentesi) di insegnamento al *Séminaire*, a volte allo *status* universitario finale.

- Avv. BALLARINO Eleonora, Avvocato internazionalista (2013-2015)
- Prof. BALLARINO Tito, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Padova; Direttore del Centro Studi Giuridici Europei (1971-1973, 1995-2014)
- Prof. BARETTONI ARLERI Alberto, Ordinario di Contabilità di Stato nell'Università di Firenze (1973-1978)
- Prof. BATIFFOL Henri, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Lille; Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris (1960-1961)
- Avv. BAUER Heinz, Avocat à la Cour (1980)
- Prof. BELLIVIER Florence, Professeur à l'Université de Paris XIII (2000)
- Prof. BENATTI Francesco, Professore di Diritto civile nella Università degli Studi di Milano (1964, 1967, 1969-1974)
- Prof. BERNARDINI Corrado, Professore nel "Pontificium Institutum Utriusque Iuris" di Roma (1960, 1970-1971)
- Prof. BERR Jean Claude, Professeur à la Faculté de Droit de Grenoble (1976)
- Avv. BERTI Gian Luigi, Avvocato in San Marino; già Segretario di Stato per gli Affari Esteri della Repubblica di San Marino (1976)
- Prof. BLAISE Jean-Bernard, Professeur à l'Université Panthéon-Assas – Paris II (1995, 1999)
- Prof. BLANCHER René, Professeur à la Faculté Libre de Droit de Paris et à l'Institut de Sciences Juridiques et financières (1960-1961)
- Prof. BLANCO Dominique, Avocat au Barreau de Paris, Professeur de Droit international des Affaires à l'Ecole de Sciences Politiques de Paris (2002)
- Prof. BLUMANN Claude, Professeur à l'Université Pantheon-Assas – Paris II (1997)
- Prof. BO Carlo, Ordinario di Lingua e letteratura francese; Rettore della Università degli Studi di Urbino (1960-1961)
- Prof. BODEN Didier, Maître de conférence, Université Panthéon Sorbonne – Paris I (2006, 2008-2011, 2016)
- Prof. BOGNETTI Giovanni, Ordinario di Diritto costituzionale italiano e comparato, già Preside della Facoltà di Giurisprudenza nella Università degli Studi di Urbino (1963-1971)
- Avv. BOLOGNA Francesca, Dott. di ricerca in Diritto internazionale dell'Università di Padova (2011-2013, 2015)
- Prof. BONDI Alessandro, Professore di Diritto penale nell'Università di Urbino, Direttore del Centro di studi giuridici europei (2004-2018)
- Prof. BONOMI Andrea, Professeur à l'Université de Lausanne (2000-2002, 2008)
- Prof. de BOTTINI Renaud, Professeur de Droit international privé à la Faculté de Droit de Nice (1977, 1987)

- Prof. BORRAS Alegria, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (1997)
- Prof. BOSCO Manfredi, Docente di Diritto Amministrativo nella Università degli Studi di Urbino (1964-1966, 1969, 1971)
- Prof. BOUREL Pierre, Professeur à l'Université Paris Panthéon-Assas – Paris II (1990)
- BRAY Robert, Head of Unit, Committee on Legal Affairs, European Parliament (2014-2018)
- Prof. BROGGINI Gerardo, Ordentlicher Professor der Rechte an der Universität Heidelberg; Ordinario di diritto internazionale privato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano (1962)
- Dott. de BROGLIE Gabriel, Directeur général de Radio France; Conseiller d'Etat (1979)
- Prof. BRULLIARD Germain, Professeur à la Faculté de Droit de Paris V (1960-1994)
- Prof. BRUNET Andrée, Professeur agrégé, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Metz (1985)
- Prof. BURGIO Mario, Professore di Scienza finanziaria presso l'I.S.H.E.C. di Bruxelles; Amministratore principale alla Direzione Generale della Concorrenza presso la C.E.E. (1978, 1985)
- Dott. CARDUCCI Guido, Maître de Conférences à l'Université de Paris 12, Val-de-Marne (1990)
- Prof. CARTOU Louis, Professeur agrégé de Droit public et de Droit communautaire à l'Université René Descartes Paris V (1970, 1973, 1975, 1977, 1980-1981, 1985, 1989)
- Prof. CASANOVA Mario, Ordinario di Diritto commerciale nella Università degli Studi di Genova (1963)
- Prof. CASTEL, Professeur de Droit public à l'Université René Descartes Paris V (1977)
- Dott. CAVALIER Georges, Maître de conférences HDR à l'Université Jean Moulin, Lyon (2014-2018)
- Prof. CHAVANNE Albert, Professeur de droit pénal à la Faculté de Droit et des sciences économiques à l'Université Jean Moulin de Lyon (1969, 1972, 1974, 1978, 1981, 1986, 1992)
- Prof. CHILSTEIN David, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (2018)
- Prof. COHEN Dany, Professeur à Sciences-Po Paris (2003-2004, 2007, 2008-2010)
- Prof. CONSOLI Antonino, Ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli

- Studi di Parma; già titolare della materia nell'Università di Urbino (1960, 1962-1964)
- Prof. CORAPI Diego, Ordinario di Diritto privato comparato nell'Università Tor Vergata di Roma II (1991, 1993)
- Prof. DANIELE Luigi, Funzionario della Corte di Giustizia CE (1981)
- Prof. DE CAPITANI Emilio, Direttore Esecutivo del Fundamental Rights European Experts Group, già Segretario della Commissione Libertà Civili (LIBE) del Parlamento Europeo (2016-2018)
- Prof. DECOCQ André, Professeur à l'Université Paris II; Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Jean Moulin de Lyon (1981, 1988, 1993, 1997)
- Prof. DEKKERS René, Doyen de la Faculté de Droit de Gand; Professeur à l'Université de Gand et de Bruxelles (1960)
- Prof. DELITALA Claudio, Docente di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Urbino (1968, 1971)
- Dott. DELLA VALLE, Presidente di sezione del Tribunale di Milano (1990)
- Prof. DERRIDA Fernand, Professeur émérite de Droit commercial à la Faculté de droit de Nice (1973, 1993)
- Prof. DI PAOLA Santi, Ordinario di Istituzioni di Diritto privato nella Università degli Studi di Catania (1960)
- Prof. DIEZ-HOCHLEITNER Javier, Professeur titulaire à l'Université autonome de Madrid; Conseiller juridique au Ministère des Affaires Etrangères d'Espagne (1988)
- Prof. DONDINA Mario, Incaricato nella Università di Milano (1965)
- Prof. DONLAN Seán Patrick, Professor at the University of Limerick (2013)
- Prof. DRAGO Roland, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II (1999)
- Prof. DREIFFUS-NETTER F., Professeur à l'Université René Descartes – Paris V; Directrice du Centre de recherche en matière médicale (2004)
- Dott. DROZ A. L. Georges, Secrétaire général de la Conférence de La Haye (1989)
- Dott. DUINTJER TEBBENS Harry, Docteur en Droit, Chef d'unité à la Cour de justice des Communautés européennes (1998)
- Dott. DUNES Jean André, Directeur des Editions DALLOZ (1984)
- Prof. DUTHEIL de LA ROCHERE Jacqueline, Président de l'Université Panthéon-Assas, Paris II (1987)
- Prof. ESPER Claudine, Professeur à l'Université René Descartes, Paris V (2005)
- Dott. EYNARD Bruno, Conseiller juridique à la Banque européenne d'investissement de Luxembourg (1973-1974)
- Dott. FALQUI-MASSIDDA Carlo, Commissario della Legge nella Repubblica di San Marino; Dirigente del Tribunale Commissariale (1980)

- Prof. FERNANDEZ ROZAS José Carlos, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid (2007, 2008)
- Prof. FERRI Corrado, Ordinario di Diritto processuale civile nella Università di Pavia (1973)
- Prof. de FONTETTE François, Professeur émérite à la Faculté de Droit de Paris Panthéon-Assas – Paris II; Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences Economiques d'Orléans (1985, 1989, 1993, 1997, 1999)
- Dott.ssa de FONTETTE Micheline, Maître de Conférence Honoraire de la Faculté de Droit de l'Université René Descartes, Paris V (1999)
- Prof. FORTE Francesco, Ordinario di Scienza delle finanze e diritto finanziario nella Università degli Studi di Torino; già docente nella Università di Urbino (1960-1961)
- Prof. FOUCHARD Philippe, Professeur à la Faculté de Droit, d'Economie et des Sciences Sociales de l'Université Panthéon-Assas, Paris II.
- Prof. FRANCESAKIS Phocion, Directeur de recherches au Centre National de la Recherche Scientifique (1960-1963, 1965, 1967-1968)
- Prof. FRANCESCHELLI Remo, Ordinario di Diritto commerciale nella Università degli Studi di Milano (1960-1961)
- Prof. FRISON-ROCHE Marianne, Professeur à l'Université Paris X, Paris I (2001)
- Prof. FUMAGALLI Luigi, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Milano Bicocca (1994)
- Prof. GALEOTTI Serio, Ordinario di Diritto costituzionale nella Università degli Studi di Pavia; già titolare della materia nella Università di Urbino (1960, 1962)
- Prof. GANDOLFI Giuseppe, Ordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Pavia (1992)
- Prof. GAUDEMET Sophie, Professeur à l'Université Paris-Sud, Paris XI (2014)
- Prof. GAUDEMET-TALLON Hélène, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris II (1995)
- Avv. GENTY Frédéric, ancien Bâtonnier; Avocat au barreau de Versailles (1967, 1969, 1971)
- Prof. GERACI Luigi, Professore incaricato di Diritto della navigazione nella Università di Parma (1969)
- Prof. GIRINO Franco, Docente di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Sassari (1979-1980, 1982)
- Prof. GIULIANO Mario, Ordinario di Diritto internazionale privato e processuale nella Università degli Studi di Milano (1960)
- Prof. GIUSSANI Andrea, Ordinario di Diritto processuale civile nell'Università di Urbino (2013-2018)

- Prof. GORÉ François, Professeur à la Faculté de Droit de Paris II; Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Grenoble (1976)
- Prof. GOTHOT Pierre, Professeur à la Faculté de Liège (1987)
- Prof. GRANELLI Antonio E., Ordinario di Diritto tributario nell'Università di Urbino (1972-1974, 1977, 1982)
- Prof. GRASSETTI Cesare, Ordinario di Diritto civile nella Università degli Studi di Milano (1960)
- Prof. GRASSO Pietro Giuseppe, Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nella Università di Pavia (1971-1998, 2000)
- Prof. GROSSO Carlo Federico, Ordinario di Diritto penale nella Università di Torino (1964-1966, 1969)
- Prof. GUALANDI Giovanni, Ordinario di Diritto comune nella Università di Bologna; già Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Urbino (1973-2001)
- Prof. GUYENOT Jean, Maître assistant à l'Université Panthéon-Assas – Paris II; Doyen/Directeur de Centre juridique de l'Institut Catholique de Paris; Directeur de la Revue des Sociétés (1982-1984)
- Dott.ssa GUTMANN Christine, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (2002)
- Prof. GUTMANN Daniel, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris I (2002)
- Prof. HACKNEY Jeffrey, Professeur à l'Université d'Oxford, Wadham College (2005)
- Prof. HOUIN Roger, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Rennes; Professeur à l'Université de droit, d'économie et des Sciences sociales (Paris II) (1961, 1968, 1971, 1974, 1977, 1979, 1982, 1983, 1985)
- Prof. IMBERT Jean, Président honoraire de l'Université de Panthéon-Assas – Paris II; Membre de l'Institut de France (1988, 1992, 1994)
- Prof. JACOBS Francis Brendan, Adjunct Senior Fellow at University College Dublin (2017)
- Prof. JAYME Erik, Professeur à la Faculté de Droit; Directeur de l'Institut de Droit International d'Heidelberg (1984, 1996, 2008)
- Prof. JAUFFRET-SPINOSI Camille, Professeur à l'Université René Descartes, Paris V (1990)
- Prof. JONA-CELESIA Lionello, Docente di Economia Politica nella Università di Urbino (1966)
- Prof. KADEN E. Hans, Professeur à la Faculté de Droit de Genève (1960)

- Avv. KARSTEN Jens, LL.M., Attorney-at-Law (2018)
- Prof. KNAPP Blaise, Professeur à la Faculté de Droit de Genève (1991)
- Prof. KOHLER Christian, Chef de division à la Cour de justice des Communautés européennes; Professeur honoraire à l'Université de Saarbrücken (1995)
- Avv. KOWALCZUK-PAKULA Izabela, Avvocato internazionalista (2016)
- Prof. LARROUMET Christian, Professeur à l'Université René Descartes, Paris V (1980)
- Prof. LAYTON Alexander, QC, Barrister, Recorder, Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators, authorized to sit as a Deputy High Court Judge (2002)
- Avv. LEBERTRE Sylvain, Avocat au Barreau de Milan (1989, 1992, 1994, 1996-1998, 2000-2011)
- Prof. LE ROY François, Professeur à la Faculté de Droit de Lille, à l'Ecole Nationale d'Administration, à l'Institut de Sciences politiques, à la Faculté de Droit canonique de l'Institut Catholique de Paris (1961, 1963-1967)
- Prof. LEIN Eva, British Institute of International and Comparative Law, Londra (2012)
- Prof. LEISNER Walter, Direttore dell'Istituto Europeo internazionale di Erlangen – Nürnberg (1969)
- M. LELEUX Paul, Directeur des services juridiques de la C.E.E. (1974)
- Prof. LESGUILLONS Henry, Professeur à l'Université de Paris X – Nanterre; Directeur de la «Revue de droit des affaires internationales» (1995)
- Dott. LICINI Cesare, Notaio (2011)
- Avv. LOMBRASSA Cesare, Avvocato nel Foro di Milano, già Consigliere presso la Corte di Cassazione (2007- 2009)
- M. LOUMAGNE André, Ex Bâtonnier; Avocat au barreau de Perpignan (1971)
- Prof. LOUSSOUARN Yvon, Professeur à la Faculté de Droit de Paris II, l'Université Panthéon-Assas (Paris II); Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Rennes (1987, 1991, 1994)
- Prof. LOZZI Gilberto, Ordinario di Procedura penale nella Università di Urbino (1964, 1968)
- Prof. MACLACHLAN Campbell, Professeur de droit international privé à la Université de Victoria (Nouvelle Zélande) (2007)
- Prof. MAGNIER Véronique, Professeur à l'Université d'Amiens (2005)
- Dott. MAILHÉ François, Maître de conférences à l'Université Paris II Panthéon-Assas (2016)
- Prof. MALBERTI Corrado, Notaio, già Professore all'Università di Bruxelles, Prof. all'Università di Trento (2015-2017)

- On. MALVESTITI Piero, già Presidente della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio (1961)
- Prof. MANCINI Federico, Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Bologna; Giudice alla Corte di Giustizia CE (1961-1963)
- Prof. MANDRIOLI Crisanto, Ordinario di Diritto processuale civile nella Università degli Studi di Genova; già Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Urbino (1960-1965)
- Prof. MARAZZI Alessandro, Docente di Diritto internazionale privato nella Università di Urbino (1964, 1975)
- Sir MARCUS Hans Herbert, Avvocato alla Corte di Londra (1976-1977)
- Prof. MARGIOTTA-BROGLIO Francesco, Ordinario di Diritto Ecclesiastico nell'Università di Firenze (1966-1967)
- Prof. MARI Luigi, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Urbino; Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino (1986, 1988, 1990, 1993-2013)
- Mlle MARIANI Georgette, Membre du CNEXO (1975)
- Prof. MARRELLA Fabrizio, Professore all'Università Ca' Foscari di Venezia (2018)
- Prof. MARKUS R. Alexander, Professore all'Università di Berna (2015)
- Prof. MATTHEWS Martin, Professeur à l'Université d'Oxford (2005)
- Avv. MAURO Carole, Avocat à la Cour de Paris. Traduttrice ufficiale dei corsi (2003, 2004)
- Prof. MAYER Pierre, Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne (2010)
- Prof. MENGONI Luigi, Ordinario di Diritto civile nella Università Cattolica del "Sacro Cuore" di Milano (1961)
- Dott. MICKLINGHOFF Franz, Cultore di discipline comunitarie (1979)
- Prof. MIGLIAZZA Alessandro, Ordinario di Diritto delle Comunità Europee nell'Università di Milano; già Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Urbino (1960-1973, 1976-1978)
- Avv. MILAN Davide, Avvocato in Padova (2003)
- Prof. MOLteni MASTAI FERRETTI Gabriele, Ordinario di Diritto Ecclesiastico nella Università di Urbino (1978)
- Prof. MONACO Riccardo, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università di Roma (1977)
- Prof. MONTAGNIER Gabriel, Professeur à la Faculté de Droit de Lyon III (1991)
- Prof. MOROZZO DELLA ROCCA Paolo, Ordinario di Diritto civile nell'Università di Urbino (2011-2015, 2018)
- Prof. MOURA RAMOS R. Manuel, Professeur à l'Université de Coimbra, Président du Tribunal Constitucional de Portugal (1990, 2008)

- Prof. MOURA VICENTE Dario, Professeur à l'Université de Lisbonne (2011)
- Prof. MUNIZ ESPADA Esther, Professore di Diritto Civile nell'Università di Valladolid (2007)
- Prof. MUIR WATT Horatia, Professeur à Sciences Po Paris (1996, 1998, 2003, 2006-2011)
- Prof. NAFILYAN Gérard, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris I (2006)
- Prof. NERSON Roger, Professeur à la Faculté de Droit de Lion III, Doyen honoraire à la Faculté de Droit de Lion (1971, 1976)
- Prof. NISHITANI Yuko, Professor of International Private and Business Law at Kyoto University Graduate School of Law in Japan (2008)
- Prof. NOURISSAT Cyril, Professeur à l'Université Lyon III (2011, 2013, 2015)
- Prof. NUTTER G. Warren, Professore nel Department of Economics, University of Virginia (1961)
- Prof. NUVOLONE Piero, Ordinario di Diritto penale nella Università degli Studi di Milano (1961)
- Prof. ORESTANO Riccardo, Ordinario di Diritto romano nella Università di Roma (1963)
- Prof. PALEARI Enrico, Professore di Diritto Privato comparato e Diritto canonico nelle Università di Urbino e Genova; Direttore del Centro Studi Giuridici Europei di Urbino; Avvocato (1960-1995)
- Prof. PANSINI Gustavo, Ordinario di Procedura penale nella Università di Urbino; Preside della Facoltà di Giurisprudenza di Urbino (1972, 1978, 1982, 1986, 1988-1998)
- Prof. PANSOLLI Lamberto, Professore Associato di Storia del diritto italiano nell'Università di Urbino (1999, 2002)
- Prof. PARLATO Vittorio, Ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università di Urbino; Preside della Facoltà di Scienze politiche (1997)
- Paolo PASQUALIS, Presidente del Consiglio dei Notariati dell'Unione Europea (CNUE) (2011-2016)
- Prof. PASTORI Franco, Ordinario di diritto romano nella Università di Milano, già Preside della Facoltà di Giurisprudenza della Università degli Studi di Urbino (1960-1964)
- Prof. PATAUT Etienne, Professeur à la Faculté de Droit de Reims, Champagne-Ardenne (2000)
- Dott. PELICHET Michel, Secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de Droit international privé (1988)
- Dott. PENICHON Christine, Magistrat à la 1^{ère} Chambre de la Cour d'Appel de Paris (2003)

- Prof. PENSOVECCHIO LI BASSI Antonino, Professore di Diritto costituzionale italiano e comparato nell'Università di Palermo (1977)
- Prof. PERUZZI Piergiorgio, Professore Associato di Storia del diritto italiano nell'Università di Urbino (2003)
- Avv. PESCE Angelo, Avvocato in Milano (1997)
- Prof. PETTITI Louis, Ancien Bâtonnier de l'ordre des Avocats à la cour de Paris; Secrétaire général de l'Association des Juristes européens (1980)
- Prof. PINA David, Avocat, Professeur de droit commercial à l'Université de Lisbonne (1989-2009)
- Prof. PISANI Mario, Ordinario di Procedura penale nella Università degli Studi di Milano (1963)
- Prof. PLAISANT Robert, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques du Mans (1961, 1968, 1981)
- Dott. PLANTARD Jean-Pierre, Conseiller à la Cour de Cassation (1989)
- Prof. PREVAULT Jacques, Professeur à la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand (1969, 1970, 1972, 1978, 1980, 1983, 1996)
- Dott.ssa PRETELLI Ilaria, Responsabile scientifica per il diritto italiano e il diritto internazionale privato presso l'Istituto svizzero di diritto comparato di Losanna, già Direttrice del Centro Studi Giuridici Europei (2008-2018)
- Dott. PUNZO Roberto, Magistrato a Torino (1978)
- Prof. RAULT Jean, Professeur à la Faculté de Droit de Rennes (1960)
- Prof. REICHELTE Gerte, Professeur à l'Université de Vienne (1987)
- Prof. REINHARD Yves, Professeur agrégé de Droit privé à la Faculté de Lyon; Directeur de l'Institut de Droit comparé Lambert – Lyon (1985)
- Prof. ROCHFELD Judith, Professeur à la Faculté de Droit du Mans (2000)
- Prof. RODIÈRE René, Professeur à la Faculté de Droit de Paris; Directeur de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris, Doyen de la Faculté Internationale de Droit comparé de Strasbourg (1963-1967, 1970-1971)
- Prof. ROGERSON Pippa, Fellow and Director of Studies in Law to Gonville & Caius College at Cambridge (2003)
- Dott. ROSSI Edoardo Alberto, Assegnista di Ricerca all'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo (2017-2018)
- Prof. ROSSI Guido, Ordinario di Storia del Diritto italiano nella Università di Urbino (1963)
- Dott. ROSSI Tuto, Avvocato internazionalista e Notaio, Docente all'università di Friburgo (2014-2018)
- Prof. RUDAN Marina, Professore associato di diritto del lavoro nella Università di Urbino (1964)

- Prof. RUZIE David, Ancien Doyen de la Faculté de Droit à l'Université René Descartes, Paris V (1982)
- Prof. SACERDOTI Giorgio, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università Bocconi di Milano (1983)
- Dott. SAIEB Sadri, Chef de la Bibliothèque, Institut suisse de droit comparé (2013)
- Avv. SAINT-ESTEBEN Robert, Avocat au Barreau de Paris (1995)
- Prof. SAMUEL Geoffrey, Professeur à l'Université de Kent à Canterbury (2001)
- Prof. SATZGER Helmut, Professor of International Criminal Law at Ludwig-Maximilians-University Munich (2018)
- Prof. SCHWIND Fritz von, Ordinario di Diritto comparato nella Università di Vienna. Rettore della Università di Vienna (1961, 1969)
- Prof. SCOGNAMIGLIO Renato, Ordinario di Diritto privato comparato nella Università degli Studi di Napoli (1964)
- Prof. SEFTON-GREEN Ruth, Maître de Conférence à l'Université Panthéon-Sorbonne, Paris I (2000)
- Prof. SEIDL-HOHENVELDER Ignaz, Professeur émérite de la Faculté de Droit de l'Université de Vienne (1989-1990, 1993, 1998)
- Avv. SELVA Alvaro, Avvocato e Notaio; Segretario di Stato per gli Affari Interni della Repubblica di San Marino (1980)
- Dott. SERACI Luigi, Presidente del Tribunale di Monza (1967)
- Dott. SEVE René, Directeur de Recherches au CNRS, Directeur de Cabinet au Ministère du Commerce Extérieur (2001)
- Prof. SIMON-DEPITRE Marthe, Professeur à l'Université de Nancy (1966)
- Prof. SINISCALCO Marco, Ordinario di Diritto penale nella Università degli Studi di Trieste (1960-1963)
- Prof. SMITH Jane Lesley, Avocat écossais, Professeur de Droit économique international et comparé à l'Université de Bremen, puis Leuphana University de Lueneburg; Recteur à la Graduate School of Law de Riga (1991, 1994, 1999, 2002, 2004, 2008)
- Prof. SORTAIS Jean-Pierre, Professeur à la Faculté de Droit de Lausanne; Directeur de l'Institut de Droit Français à l'Université de Lausanne (1972, 1975, 1983, 1986, 1992)
- Prof. SPINELLI Lorenzo, Ordinario di Diritto Ecclesiastico, Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena (1960)
- Prof. SPRIANO Gianfranco, Collaboratore dell'Istituto Universitario di Studi Europei di Torino (1992)
- Prof. STEINDORFF Ernst, Professeur à la Faculté de Droit de Munich (1986)
- Prof. STENDARDI Gian Galeazzo, Professore associato di Diritto amministrativo nell'Università di Urbino (1987)

- Prof. STILE Alfonso M., Ordinario di Diritto penale nella Università di Urbino (1975-1977, 1979, 1981)
- Prof. STOLFI Giuseppe, Ordinario di Diritto privato nella Università di Roma (1975-1976)
- Dott. STORTI Dante, Capo Unità – Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, Lisbona (2010)
- Prof. STURM Fritz, Ordinario di Diritto tedesco nell'Università di Losanna (1998-2000)
- Dott. SVATOŠ Martin, Mediator and Arbitrator (2013-2018)
- M. SYCHOLD Martin, Deputy Head of the Legal Division, Swiss Institute of Comparative Law, Lausanne (2012-2013)
- Prof. TARZIA Giuseppe, Ordinario di Diritto processuale civile nella Università di Milano (1966-1970)
- Prof. TENTOLINI Ottorino, Docente di Diritto Amministrativo nella Università degli Studi di Urbino (1960)
- Prof. THOMALE Chris, Privatdozent all'Università di Heidelberg (2015)
- Prof. THOMAS J. Anthony Charles, Ordinario nell'Università di Londra (1981)
- Prof. TREVES Giuseppino, Ordinario di Istituzioni di Diritto pubblico nella Università di Torino; Professore presso la Facoltà Internazionale di Diritto Comparato dell'Università di Strasburgo (1966)
- Prof. TRIMARCHI Pietro, Ordinario di diritto civile nella Università degli Studi di Milano, già Incaricato nella Università di Urbino (1963-1965)
- Prof. TURLAN Juliette, Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Paris (Nanterre) (1970-1971)
- Dott.ssa UBERTAZZI Benedetta, Ricercatrice nell'Università di Macerata (2007)
- Prof. UBERTAZZI Giovanni, Ordinario di Diritto internazionale nell'Università Cattolica "S. Cuore" di Milano (1980)
- Dott. UGHETTO Oreste, Ispettore principale presso la Direzione Centrale del Credito Italiano (1988)
- Prof. UNTERMAIER Jean, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III, Directeur de l'Institut de droit de l'environnement (1978)
- Prof. VAVER David, Professeur à l'Université de Oxford (2001)
- Prof. VENDITTI Antonio, Ordinario di Diritto Commerciale nella Università degli Studi di Bari; già Incaricato nella Università di Urbino (1962)
- Prof. VERDIER Jean-Maurice, Doyen et Professeur à la Faculté de droit et de sciences économiques de Nanterre (1974-1975, 1983)
- Prof. VERRUCOLI Piero, Ordinario di Diritto commerciale nell'Università di Genova (1983)

- Avv. VIANELLO Giorgio, Avvocato in Milano; Consigliere di amministrazione del Centro Studi Assicurativi di Milano; Membro del Consiglio direttivo del A.I.D.A. (1973-2005)
- M. VILLARET François, Avocat au barreau de Paris (1971)
- Prof. VINCENT Jean, Doyen de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Lyon (1970)
- Prof. VITTA Edoardo, Ordinario di Diritto internazionale privato nell'Università di Firenze (1969)
- Prof. VOLTERRA Edoardo, Giudice della Corte Costituzionale, Ordinario nell'Università di Roma; Accademico dei Lincei (1979)
- Dott.ssa WALLIS Diana, former Vice President of the European Parliament (2013)
- Prof. WAUTELET Patrick, Professeur à l'Université de Liège (2013)
- Dott. WEIR Tony, Reader in Law, University of Cambridge (1993)
- Prof. YANISKY-RAVID Shlomit, Professor of Law at Ono Academic College and Prof. Fellow at Yale Law School, ISP (2017-2018)
- Prof. ZICCARDI Piero, Ordinario di Diritto internazionale nella Università degli Studi di Milano (1960)
- Prof. ZANELLI Enrico, Ordinario di Diritto commerciale nella Università di Genova (1964-1967)

ALESSANDRO BONDI

LA GEOGRAFIA DEI DIRITTI*

SOMMARIO: 1. Identità europea. – 2. Dimensione nazionale. – 3. Dimensione europea. – 4. Dimensione globale. – 5. Senza memoria. – 6. Senza diritti. – 7. Senza Europa.

1. Identità europea

Confessione. Essere un europeo italotedesco – e per giunta giurista – è come mettere in pratica una scelta dopo averla avuta in dono. L'Europa non è solo un mercato comune per la libera circolazione di persone, beni, capitali e servizi, ma è un'identità storica, culturale, geografica vissuta nel quotidiano. Su questi tre piani, quel che unisce l'Europa è molto più di quel che la divide, in spazi tutto sommato contenuti. Sbirciando la geografia politica si scopre in fretta che l'Unione europea è un'appendice sovranazionale di 28 Stati che, a sua volta, è appendice internazionale di altri 19 nel Consiglio d'Europa e che, l'intera Europa, non è altro che un'appendice geografica del continente Euroasiatico. Insomma, nemmeno insieme gli Stati europei sono particolarmente grandi. Ma le frontiere non sono un confine per le idee... e le idee sono grandi quanto i sogni da cui hanno avuto origine.

Valori. Di appendice in appendice si può cominciare a mettere in discussione alcune comunanze; magari per riflettere se l'idea di *Stato di diritto*, di *democrazia*, di *tutela della persona* sia la stessa in ogni punto cardinale dell'Europa. Ebbene, questo è un problema d'identità europea. Tant'è che, quando di ciò si discute, scatta un meccanismo di reazione più che di comprensione. Per rimanere nella cronaca, quando alla Polonia o all'Ungheria viene contestata una politica che minaccia lo Stato di diritto, perché sottopone il potere giudiziario al controllo del governo, si contesta la messa in

* Per via dell'attualità degli argomenti trattati, i riferimenti bibliografici sono indicativi e non escludono fonti giornalistiche. Parti delle analisi sono state pubblicate sul mensile *La Piazza*, I – VI, 2018-2019.

erico di un patrimonio comune di valori e di interessi per cui si attiva un procedimento sanzionatorio che protegge questa identità (art. 7 TUE)¹.

Contenitori. L'identità non è una prigione, ma un contenitore dentro altri contenitori, come in un gioco di scatole cinesi. Quando non si trova quel che si cerca, si apre un'altra scatola, più grande, che contiene le altre ed è da altre scatole contenuta. In pratica, quando l'essere europeo non trova ragione in una certa politica, quando i campi profughi libici sono lager lontani dagli occhi, quando i muri al confine diventano carceri dei carcerieri, si apre la scatola della persona: l'identità delineata da diritti e doveri. Ecco perché è difficile comprendere la politica che vede il diverso nelle persone, in nome di una identità nazionale o di una sfumatura di pelle o di una razza: come si è pur detto e fatto, senza nozione di storia e di scienza, anche nei pressi del diritto².

Soggetti. L'identità della persona non conosce distinzioni. Il pianto di un bambino, la fame di un uomo, il dolore di una donna sono il melodramma della realtà e non hanno passaporto. Ma nemmeno la persona è tutto. La politica energetica francese alimentata da centrali nucleari schierate sul confine con i venti atlantici che spirano verso la Germania; la 'svolta' energetica

¹ European Commission – Press release – Stato di diritto – Procedimento d'infrazione della Commissione a tutela dell'indipendenza della Corte suprema polacca, in <http://europa.eu/rapid/press-release> (Consultato: 31 marzo 2019); G. MICHELINI, *Caso Polonia, ancora una pronuncia d'urgenza della CoGUE. Il rispetto dello Stato di diritto negli Stati membri riguarda tutti gli europei, Questione Giustizia*, in <http://questionegiustizia.it/articolo/caso-polonia-ancora-una-pronuncia-d-urgenza> (Consultato: 31 marzo 2019); *Polonia, Corte Ue chiede stop a riforma della giustizia – Il Sole 24 ORE*, in <https://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2018-10-19/> (Consultato: 31 marzo 2019); *L'Europa avvia la procedura contro l'Ungheria di Orbán – Il Sole 24 ORE*, in <https://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee> (Consultato: 31 marzo 2019); *Stato di diritto in Ungheria: Il Parlamento chiede all'UE di agire | Attualità | Parlamento europeo*, in <http://www.europarl.europa.eu/news/it/press-room/> (Consultato: 31 marzo 2019).

² G. BARBUJANI, *L'invenzione delle razze: capire la biodiversità umana*, Bompiani, Milano, 2010; G. CANZIO, *Le leggi razziali e il ceto dei giuristi*, in DPC 2018; G. QUAGLIARIELLO, V. ZASLAVSKY, *A settant'anni dalle leggi razziali*, in *Ventesimo Secolo: rivista di studi sulle transizioni* 7.17, 2008, p. 5 ss.; S. ANWAR, P. BAYER, R. HJALMARSSON, *The impact of jury race in criminal trials*, in *Q. J. Econ.* 127, 2012, p. 1017-1055; *Developments in the Law: Race and the Criminal Process*, in *Harv. Law Rev.* 101.7, 1988, p. 1472-1641; J. GAINES, *Playing the Race Card: Melodramas of Black and White from Uncle Tom to O.J. Simpson*, in *Film Q.* 59.2, 2005, p. 71-74; B.E. HARCOURT, *Rethinking Racial Profiling: A Critique of the Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature, and of Criminal Profiling More Generally*, in *Univ. Chic. Law Rev.* 71.4, 2004, p. 1275-1381; D. JONES-BROWN, *The Right to Life?: Policing, Race, and Criminal Injustice*, in *Hum. Rights* 36.2, 2009, p. 6-23.

tedesca che passa dal nucleare all'inquinante per eccellenza, il carbone; l'acquisto italiano dell'energia prodotta in Francia e in Germania da nucleare e carbone, dopo aver rinunciato al nucleare e condannato l'uso del carbone, spostano l'identità della persona al suo rapporto con l'ambiente: un'identità ancora più grande legata a un comune ecosistema, per definizione senza nazione da difendere o specie animale da privilegiare³.

Molte possono essere le identità. Confessata l'identità di un 'europeo italiano giurista', perché il mondo è il riflesso di se stessi, e il giurista ha il dovere di riconoscere il pre-giudizio della sua analisi, ora si dirà di dimensioni, di memoria, di migranti; esponendo il diritto agli affanni della politica, in omaggio a un dato di realtà cui è sempre più difficile sottrarsi.

2. Dimensione nazionale

Chi trova un'identità politica-culturale-economica nell'Europa, risponde agli slogan contro l'Europa citando le gesta di uomini con qualche idealità. Ma rischia di essere un dialogo tra sordi.

Strani alleati. I principi che hanno forgiato le istituzioni europee, garantendo sessant'anni di pace, economia, diritti invidiabili, possono poco contro il fascino perverso che, in Italia, trova alleati europei in chi impedisce una qualche distribuzione dei migranti tra i Paesi dell'Unione europea; in chi boccia la legge di bilancio italiana e offre altra cittadinanza agli altoatesini di origine tedesca; in chi sostituisce giudici fedeli al principio della separazione tra i poteri dello Stato, con giudici compiacenti al governo; in chi invita gli studenti a segnalare via Web gli insegnanti che, pur difendendo diritti costituzionali, si trovino a esprimere perplessità nei confronti di un partito in particolare. Anche per gli amanti del genere, il masochismo di questa politica è eccessivo e la sua espressione politico-criminale è preoccupante, tanto da rendere *sempre legittima* la difesa nella casa dei diritti dell'uomo.

Cosa rimane agli Stati? Nemmeno il bilancio è più affare esclusivo dei singoli Stati, così come il commercio, l'industria, l'ambiente, la pesca, il la-

³ A. BONANNI, *La linea verde che divide la UE*, in «Repubblica» (14 marzo 2019); C. BORDONI, *Il rischio di diventare Homo insipiens vittima della sua stessa tecnologia*, in «Corriere della Sera Lett.» (6 gennaio 2019); F. RAMPINI, *Nove milioni di morti all'anno allarme Onu per il pianeta*, in «Repubblica» (14 marzo 2019), 2; G. ZIINO, *I ragazzi salveranno il pianeta (Intervista a Lene Kaaberbol)*, in «Corriere della Sera» (10 marzo 2019).

voro, i marchi, la cultura. Tantomeno il diritto penale, nei secoli prerogativa gelosa degli Stati sovrani, è ora veramente solo nazionale. Si potrà discutere se l'art. 325 TUE possa legittimare regolamenti penali dell'Unione europea direttamente applicabili dai giudici, o essere fonte di disapplicazione giudiziale diretta di norme nazionali in contrasto con norme regolamentari dell'Unione europea⁴. Non si discute, invece, la disposizione che prescrive obblighi di penalizzazione a carico degli Stati membri, mediante la disposizione di direttive che prescrivano norme minime per una tutela armonizzata di fattispecie penali gravi, con caratteri transnazionali, rivolta a sfere di criminalità che vanno dal terrorismo alla criminalità organizzata, passando per la tratta degli esseri umani, lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico di stupefacenti e di armi, il riciclaggio, la corruzione, la

⁴ K. AMBOS, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht, Rechtsbilfe*, 5^a ed., C.H. BECK, München 2018, p. 436; H. SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht, Völkerstrafrecht*, 8^a ed., C.H. BECK, München 2018, p. 124, 144; A. BONDI, *Tredici passi nel diritto penale europeo*, Aras, Fano 2012, p. 30-31. Nella prospettiva offerta dalle due sentenze Taricco, in contraddittorio con i controlimiti rappresentati dai principi su cui si fonda l'identità costituzionale di un Paese membro della UE, A. BERNARDI (Ed.), *I controlimiti*, Jovene, Napoli 2017; A. BERNARDI, C. CUPELLI (Edd.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le corti*, Jovene, Napoli 2017; R. BIN, *Taricco: spettando Godot, leggiamo Yves Bot*, in DPC, 2017; M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta. Tra disapplicazioni «punitive» della prescrizione e stupefacenti ammesse tributarie*, in DPC, 2018, p. 28; M. GAMBARELLA, *I modelli della legalità penale e la «vicenda Taricco»*, in AP, 2017, p. 2; R.E. KOSTORIS, *La Corte Costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei «controlimiti» e scontro tra paradigmi*, in DPC, 2017; E. LUPO, *La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi per il futuro*, in DPC Fasc., 2017, p. 12; S. MANACORDA, *The Taricco saga: A risk or an opportunity for European Criminal Law?*, in New J. Eur. Crim. Law 9.1, 2018, p. 4-11; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a «Taricco»*, in DPC, 2017; A. MARTUFI, *La minaccia dei controlimiti e la promessa del dialogo: note all'ordinanza n. 24 del 2017 della Corte costituzionale*, in DPC, 2017; A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. *I controlimiti come questione che «spetta ai giudizi nazionali»: cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in GP, 2017, p. 12; R. MASTROIANNI, *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, in DPC, 2016; F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla «Taricco»: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in DPP 3, 2017, p. 285-289; O.M. PALLOTTA, *Taricco II: taking (fundamental) rights seriously* (Osservazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 5 dicembre 2017 in causa C-42/17), in AIC 1, 2018, p. 10; S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'«evoluzione» dei controlimiti attraverso il «dialogo» tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in AIC 2, 2018, p. 26; C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, in R. BORSARI (Ed.), *Itinerari di diritto penale dell'economia*, University Press Padova, 2018; A. VENEGONI, *Ancora sul caso Taricco: La prescrizione tra il diritto a tutela delle finanze dell'Unione ed il diritto penale nazionale*, in DPC, 2016.

contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica (art. 83 TUE)⁵. Si riprenda fiato.

Con misure diverse, gli esempi proposti comprendono materie che hanno una insospettata dimensione europea: nel bene e nel male, nel prendere e nel dare. Detto diversamente, l'Unione europea non è un *Bancomat* cui attingere per le infrastrutture, per l'agricoltura, per finanziare fondi vari di solidarietà e interventi straordinari in caso di calamità. L'Unione europea è sempre più un'entità istituzionale che gestisce affari, che fa politica, che ha una rappresentanza dei cittadini nel *Parlamento europeo* e una sorta di governo nella *Commissione*; così come un Consiglio dell'Unione e un *Consiglio dei capi di stato europei*, una *Corte di giustizia*, una *Banca centrale*. Entità che nella prospettiva nazionale esprimono una realtà sovranazionale e, al contrario, nella prospettiva internazionale definiscono una realtà regionale. Entità europea con molte lingue, una burocrazia ingombrante ma competente, insieme a politici distratti e spesso incompetenti. Questa Europa è stata il capro espiatorio ideale di ogni politica impopolare. Perché è facile sostenere «*ce lo chiede l'Europa!*» ed è difficile controbattere se, di quel che *chiede l'Europa*, si sa poco e male.

In tal senso, è l'Europa che chiede risparmi, investimenti, concorrenza, tutela dei diritti, salvaguardie sociali e generazionali, politiche di sviluppo, rispetto per ambiente e standard di sicurezza che si traducono in regole, costi, procedure senza riguardo per i cittadini europei e le tradizioni nazionali. Almeno così si sente un giorno sì, e l'altro pure, nei telegiornali di ogni colore politico. Ma è proprio vero che il burocrate europeo è il carnefice e la vittima è il politico nazionale?

3. Dimensione europea

Finora si è riportato quel che si sente urlare contro l'Europa, imbrattando con interessi di bassa lega la critica che pur si può fare all'operato delle istituzioni europee, almeno fino a quando la doglianza non è legata alle decisioni

⁵ Cfr. K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit.; F. MASIERO, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Profili penali*, in DPC, 2018; J. MEYER, *Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht*, in FS-Eser, 2005, p. 797-806; A. MONTAGNA, *Il difficile cammino verso un diritto penale europeo minimo*, in Cass. pen., 2007, p. 805; P. D. PASQUALE, N.P.A. DAMATO, *Argomenti di diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino 2011; H. SATZGER, *Internationales und europäisches Strafrecht*, cit.; E. SCHRAMM, *Internationales Strafrecht: Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht*, C.H. BECK, München, 2^a ed. 2018; C. SOTIS, *La «mossa del cavallo». La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in RIDPP 2011; A. BONDI, *Tredici passi*, cit.

del Consiglio europeo dei Capi degli stati membri o al Consiglio dell'Unione europea formato dai rappresentanti degli stessi Stati a livello ministeriale. Forse val la pena seguire una strada diversa. Cercando il confronto d'idee, su cui si forma la metodologia giuridica chiamata a elaborare comprensione e conoscenza dei problemi per offrire soluzioni funzionali alla migliore convivenza sociale⁶, è bene aggiungere quanto non si sente dire dai critici dell'Unione europea.

Non si sente dire che l'Unione europea offre uno dei sistemi più avanzati al mondo per la tutela dei diritti. Che sia la persona, l'impresa, l'ecosistema, l'Unione europea fissa alti standard di protezione. Anche in settori di tradizione anglosassone, come la libera concorrenza e la riservatezza dei dati personali, i parametri europei stanno diventando parametri di riferimento mondiali. Si tratta di un'imposizione economica ancor prima che politica. Ai distratti con un senso d'inferiorità geopolitica, aiuta ricordare che l'Unione europea almeno racchiude in sé la più grande economia al mondo, con un PIL di 13.500 miliardi di euro.

Non si sente neppure dire che non c'è mercato se non c'è regola, tanto meno in un contesto competitivo mondiale. Così, mentre gli Stati Uniti scoprono il Dieseldgate delle aziende automobilistiche europee, le grandi aziende tecnologiche della Silicon Valley subiscono sanzioni a Bruxelles (Microsoft, Google, Apple) e regolamenti d'adottare a livello mondiale (Facebook) per una migliore salvaguardia della libera concorrenza e della riservatezza. Un connubio di regole e lotta commerciale: un lusso che possono permettersi soltanto i global player dell'economia e della politica.

Non si sente infine dire che l'Unione europea non è solo un mercato. È pure un motore per investimenti, per progetti, per politiche. In proposito, tre esempi tra i tanti possibili.

Primo esempio: i fondi strutturali UE (agricoltura, coesione, regioni, pesca, sociale) di cui l'Italia è il secondo beneficiario ma è sestultima nell'effettivo utilizzo (2,4 su 73,6 miliardi di euro). Per dare un'idea delle dimensioni: il programma va dal 2014 al 2020 e, con il cofinanziamento degli Stati, arriva a 638 miliardi di cui 454 dal bilancio UE. In questo programma sono stati selezionati 2 milioni di progetti; sostenute 793.000 imprese; 7,8 milioni di persone hanno

⁶ M. AINIS, *Questa non è democrazia*, in «Repubblica» (18 marzo 2018); L. MAFFEI, *Com'è pericoloso disprezzare la scienza*, in «Sole 24 Ore» (28 ottobre 2018); W. HASSEMER, *Das Proprium der Strafrechtswissenschaft*, in C. ENGEL, W. SCHÖN (Edd.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen 2007, p. 185-191; A. BONDI, *Questioni di metodo. Per una politica criminale non abbandonata a sé stessa. O a un tweet*, in IP 1, 2019, p. 15-41.

trovato un lavoro o un percorso di formazione; il 20% della superficie coltivabile ha ricevuto finanziamenti con politiche a favore dell'ambiente⁷.

Secondo esempio: il programma d'investimenti EFSI 1 e 2 per infrastrutture (*energia, trasporti, telecomunicazioni*) proposto dalla presidenza Junker. Con un effetto leva 1:15 già sperimentato, questo programma mobiliterà 630 miliardi di euro entro il 2022. Ordini di cifre al di fuori della portata di qualunque Stato europeo⁸.

Terzo esempio: il programma *Erasmus plus* per l'istruzione, la formazione, la gioventù, lo sport⁹. Il programma è nato nel 1987 per la mobilità in Europa degli studenti. Nel solo 2014, ha permesso a 650.000 studenti e docenti un'esperienza formativa all'estero. L'Italia ne ha tratto particolari benefici. Il 51% dei partecipanti italiani al programma Erasmus ha, difatti, ricevuto un'offerta di lavoro nell'impresa europea dove aveva svolto il tirocinio – contro il 30% della media europea – anche grazie all'eccellente istruzione dei nostri giovani. Varrebbe la pena continuare perché – si dice e si crede – investire nei giovani è investire nell'Europa. E i giovani rispondono.

*Nel Regno Unito, sono proprio i giovani ad aver votato in maggioranza contro la Brexit. Ma la maggioranza degli anziani ha votato contro i giovani, in pratica, decidendo un futuro che non gli appartiene*¹⁰. Anche questa è politica ma, evidentemente, non è una politica europea.

⁷ FQ (13 dicembre 2017). *Fondi strutturali e di investimento europei, Commissione europea – European Commission*, in <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/> (Consultato: 1 aprile 2019).

⁸ Camera dei DEPUTATI, *Piano di investimenti per l'Europa – L'Italia e l'Unione europea, Documentazione parlamentare*, in https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_piano_di_investimenti (Consultato: 1 aprile 2019); *European Commission – Press release – Il piano Juncker in azione: rimettere in carreggiata gli investimenti in Europa*, in <http://europa.eu/rapid/press-release> (Consultato: 1 aprile 2019).

⁹ A. MAGNANI, *Perché l'Erasmus dimezza il rischio di disoccupazione (ma in Italia "vale" di meno)*, in «Sole 24 Ore» (20 ottobre 2017); B. SEVERGNINI, *Gli studenti Erasmus?*, in «Corriere della Sera» (29/01/2011); A.D. GREGORIO, *Il nuovo Erasmus dei laureati. Gli italiani sono i più bravi d'Europa*, in «Corriere della Sera» (29 gennaio 2016).

¹⁰ T.G. ASH, *L'anima divisa in due*, in «Repubblica» (25 giugno 2016); T. BLAIR, *I dubbi sulla Brexit*, in «Repubblica» (25 febbraio 2018); A. CANTARO, *Brexit. E non solo. Il diritto costituzionale della 'società semplice'*, in *Riv. della Coop. Giuridica Internazionale*, 54, 2017, p. 9 ss.; T. CHRISTIANSEN, D. FROMAGE (Eds.), *Brexit and democracy. The role of parliaments in the UK and the European Union*, Palgrave Macmillan, Cham 2019; I. MCEWAN, *Omaggio all'Europa (la pace sia con noi)*, in «Repubblica» (4 giugno 2017); B. SEVERGNINI, *Il circo che umilia Londra*, in «Corriere della Sera» (14 marzo 2019); A. SEN, *Brexit, il potere tremendo delle cattive idee*, in «Corriere della Sera» (30 dicembre 2018).

4. Dimensione globale

Quel che accade non si vede, se si guarda solo la punta delle proprie scarpe. Un vento di protesta flagella la politica mondiale. Le società aperte sembrano le più esposte. I diritti sono in pericolo, le dimensioni contano.

Ipocrisie. Cambiamenti climatici, carestie, conflitti non spostano la preoccupazione sociale. Rimane la rabbia contro il diverso, la ricchezza di pochi, l'indifferenza di troppi¹¹. I social media sono il luogo di nuova propaganda senza vecchi controlli. In mezzo gli Stati e, per 500 milioni di privilegiati, l'Unione europea: entità politica, economica, culturale, giuridica considerata forte ma, spesso, solo da chi non ne fa parte. In nome delle nazioni, non è raro trovare politica nazionale che chiede più Europa nel ricevere e più sovranità nazionale nel dare. In breve: incassi da Bruxelles ed espulsioni di migranti a Riace.

Nani e giganti. Il problema potrebbe essere rovesciato. Non è la riscossa delle nazioni – una pregiudicata eredità storica che si rifà a un'identità culturale geografica linguistica – ma è proprio la crisi delle nazioni a mettere in difficoltà l'Unione europea che, come istituzione democratica, ancora molto affida alla cooperazione tra gli Stati per politiche di bilancio, di fisco, di banche, di pena. In altri termini, la crisi dell'Unione europea altro non sarebbe che la crisi dei suoi Stati nazionali: individualmente nani politici, militari, economici di fronte ai giganti USA, Cina, Russia; eppure riluttanti a cedere sovranità col necessario trasferimento di competenze¹². Questo perché cedere sovranità è perdita di potere, di controllo e – si è detto – è un ottimo alibi per l'insipienza di una politica ingorda, secondo cui tutto il male viene dall'Europa e tutto il bene dai podestà locali che possono continuare a propinare problemi senza azzardare soluzioni.

C'è nazione e nazione. La politica è affare di telescopi; l'amministrazione, di microscopi. Il nazionale degli Stati europei è sorpassato dal sovranazionale dell'Unione europea, a sua volta, solo uno dei *giocatori globali* che sono, loro

¹¹ M. MAZZUCATO, *L'abisso della disuguaglianza*, in «Repubblica» (1 gennaio 2015); A. SOCI, *Perché la disuguaglianza fa male alla democrazia*, in «lavoce.info» (30 marzo 2018); A. BONI, *Povertà. XIII. La povertà nel diritto*, in G. PELLICIA, G. ROCCA (Edd.), *Dizionario degli Istituti di perfezione*, vol. VII, Edizioni Paoline, Roma 1983, p. 379-397; A. ORIOLI, *Gli squilibri sono inevitabili. Falso! (intervista a Jaso Hickel)*, in «Sole 24 Ore» (18 novembre 2018).

¹² L. BINI SMAGHI, *33 false verità sull'Europa*, Il Mulino, Bologna 2014.

sì, nazioni-continenti. Si è accennato, il vicino geografico e storico dell'Unione europea è la Russia: un Paese dalle enormi risorse, con tecnologie avanzate, potenza militare, appetiti politici evidenti. E molte nostalgie. Gli USA sono rimasti una superpotenza militare: culla di tecnologia in crescita e industria tradizionale in decrescita, col 12% del debito nazionale in mano alla Cina. Ormai superpotenza economica, la Cina ha, a sua volta, un'industria tecnologica di qualità e un mercato interno che può contare su un quarto della popolazione mondiale. È una nazione-continente autoritaria in politica, protezionistica nelle importazioni, liberale nelle esportazioni; il basso costo del lavoro, e le preoccupazioni ambientali minime, sono piegate a una strategia di lungo periodo; le enormi risorse finanziarie (3.200 mld) le permettono d'investire dove conviene, senza indugiare sul tipo di regime con cui tratta¹³.

Tra questi continenti-nazione solo una non-nazione continentale come l'Unione europea ha possibilità di dialogare alla pari. Un dettaglio difficile da far emergere in prossimità di elezioni europee gestite guardando gli interessi di casa. Da qui il paradosso: come la Brexit ha trovato forza nell'arroganza di orientare il futuro dei giovani sulla base delle paure degli anziani, così le nazioni europee esprimono un'idea destinata a morire per il venir meno degli spazi di un mondo globalizzato¹⁴.

5. Senza memoria

In un'intervista a Die Welt, ripresa da Repubblica, il presidente della Commissione europea Juncker, uomo diretto per abitudine e ancor più perché

¹³ I. KRESTEV, *Un europeo nell'America di Trump*, in «Repubblica» (2 dicembre 2018); P. KRUGMAN, *Sulla Cina si rischia l'«effetto ottico»*, in «Sole 24 Ore» (marzo 2018); E.G. DELLA LOGGIA, *La Cina senza confini*, in «Corriere della Sera» (2 dicembre 2018); *Il soft power con «caratteristiche cinesi»*, in http://www.treccani.it/magazine/atlanter/geopolitica/Il_soft_power_con_caratteristiche_cinesi.html (Consultato: 22 giugno 2018); E. DUNDOVICH, *Europa: la Russia di Putin e il difficile rapporto con Bruxelles*, in *Studi Urbinati*, 56.3, 2005, p. 539-547.

¹⁴ Prospettive della globalizzazione in S. CASSESE, v. *Globalizzazione del diritto*, in *ET XXI Secolo*, 2008; V. CASTRONOVO, *Temperare l'iperglobalizzazione*, in «Sole 24 Ore» (febbraio 2019); S. FABRINI, *L'Europa e il sussulto dell'ordine globale*, in «Sole 24 Ore» (giugno 2017); M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna 2000; O. HÖFFE, *Gerechtigkeit im Zeitalter der Globalisierung*, in H. KÖNIG, E. RICHTER, S. SCHIELKE (Edd.), *Gerechtigkeit in Europa*, Transcript Verlag, Bielefeld 2008, p. 103-118.

a fine mandato, ha sostenuto che basta «la visita di un cimitero militare per rendersi conto di qual è l'alternativa all'Europa»¹⁵. L'immagine è forte ma è fondata. L'Europa non ha mai avuto un periodo così lungo senza guerre e, siccome quel che c'è di diverso nel panorama istituzionale europeo è la presenza delle varie comunità europee, è plausibile vedere in esse una ragione di questa pace.

Meglio l'originale. Nella stessa intervista Juncker ha rivendicato successi recenti, come tre accordi di libero scambio, 12 milioni di nuovi posti di lavoro, deficit di bilancio ridotti, investimenti per 371 miliardi di euro e via dicendo. Fatti che, però, non tranquillizzano. Invocando il *policefalo* populismo, lo stesso Juncker diffida sia dal sottovalutare il problema dell'accoglienza ai profughi sia dallo scimmiettare i populistici, perché «*chi rincorre i populistici viene visto solo di schiena*». Le recenti elezioni politiche tedesche sembrano dargli ragione. I cristiano democratici bavaresi (CSU) hanno seguito per tutta la campagna elettorale l'ammonimento del loro leader storico, Franz Josef Strauß, di non permettere a nessun partito di 'essere a destra' della stessa CSU. Per farlo hanno utilizzato l'unico argomento sostenuto dalla destra tedesca rappresentata dal partito *Alternativa per la Germania* (AfD): il '*pericolo dei migranti*'. Il risultato? L'AfD è oggi il terzo partito tedesco. I loro manifesti elettorali sono stati tanto monotoni quanto efficaci: '*Meglio l'originale!*'

La percezione. Il migrante è il diverso che materializza le paure e allontana da sé la ricerca di risposte al proprio disagio. È una spiegazione che la storia ha riproposto con continuità e che ha il prototipo nelle persecuzioni di un popolo, di un'etnia, di una religione. Ma è una spiegazione che non aiuta a risolvere il problema. Perché il flusso incontrollato dei fenomeni migratori è un problema reale, anche se ubriacato da una percezione distorta che ne altera la dimensione, portando a credere che gli extraeuropei in Italia siano il 25% della popolazione, quando in realtà sono il 6,7% della popolazione totale rispetto al 9,9% dell'Austria, l'8,5% della Francia, l'11,6% della Svezia, l'8,7 del Belgio, l'11,4% del Lussemburgo, l'8% della Germania (Eurostat 2018).

La percezione modifica la realtà. La migrazione incontrollata è un pro-

¹⁵ Jean-Claude Juncker: "Alternative alla Ue? Basta fare un giro in un cimitero militare" | Rep, in https://rep.repubblica.it/pwa/intervista/2018/12/29/news/jean-claude_juncker_europa-215451973/ (Consultato: 31 marzo 2019).

blema percepito che trasforma la realtà¹⁶. Ha una base di verità da non sottovalutare; non è distribuita uniformemente sul territorio; soffre una cifra oscura importante e, soprattutto, la migrazione incontrollata è sentita come un problema dagli strati più deboli della società che vedono nel migrante un concorrente nella ricerca di un lavoro, di una casa, di un posto all'asilo o in un ospedale¹⁷. Poco importa che il migrante paghi con i suoi contributi le pensioni altrui e possa compensare un calo demografico, per natalità ed emigrazione, diventato drammatico nei Paesi dell'est che, dal 1987 al 2017, hanno perso il 27% della popolazione in Lettonia, il 23% in Lituania, il 21% in Bulgaria e ha portato da 250 a 400 ore gli straordinari che, in Ungheria, i datori di lavoro possono pretendere dai propri lavoratori e pagare in tre anni. Tutto pur di far fronte a una carenza di forza lavoro di almeno 90.000 persone non compensabile dall'1,9% di cittadini extra-europei là residenti (Euronews 2018)¹⁸.

Cause globali. Il problema migratorio è ancora gestibile, sebbene le sue potenzialità siano devastanti. Gli Stati poveri tendono alle dittature, acquistano armi e vendono umanità. Guerre, cambiamenti climatici, sovrappopolazione, mancanza di presidi sociali, culturali, sanitari sono causa di disperazione e fuga per la sopravvivenza. In pratica, flussi migratori di tale portata sono inarrestabili se non s'interviene sulle cause¹⁹.

¹⁶ Sulla percezione, prospettive in A. BONDI, *Questioni di metodo*, cit., p. 15-41; G. CORBELLINI, *È facile cadere nell'autoinganno*, in «La Stampa» (23 gennaio 2019); G. RIDOLFI, *Storia e percezione della corruzione nella Gran Bretagna e nella Germania moderne*, in *Sociologia* 3, 2015, p. 4-46; M. TRAVAGLIO, *Balle percepite*, in «FQ» (2 settembre 2018).

¹⁷ M. MOLINARI, *Perché è successo qui. Viaggio all'origine del populismo italiano che scuote l'Europa*, La Nave di Teseo, Milano 2018.

¹⁸ I. KRASTEV, *Nel recupero dell'Est*, in «Repubblica» (20 ottobre 2018).

¹⁹ S. ALLIEVI, *Immigrazione. Cambiare tutto*, Laterza, Bari 2018; G. AZZOLINI, «Meglio separati in casa che la falsa integrazione», «Temi.Repubblica.it» (16 maggio 2016); L. CARACCIOLO, *L'Unione europea alla prova delle immigrazioni*, in «Repubblica» (17 luglio 2015); A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in CdD, 2016, p. 17-43; F. FARINELLI, *La mediterraneizzazione del mondo*, in «Corriere della Sera Lett.» (22 maggio 2016); P. FRANCHI, *Il deficit di conoscenza della politica lontana dai cittadini*, in «Corriere della Sera» (31 luglio 2016); F. FUBINI, *Le tappe dell'integrazione*, in «Corriere della Sera» (25 marzo 2017); E. GALLI DELLA LOGGIA, *Critiche sensate e paranoie*, in «Corriere della Sera» (18 giugno 2017); F. GIAVAZZI, *I migranti e la logica tedesca*, in «Corriere della Sera» (16 gennaio 2016); G. REMUZZI, *+1% di migranti +2% di ricchezza*, in «Corriere della Sera Lett.» (13 gennaio 2019); L. RICOLFI, *Migranti, la vera alternativa*, in «Sole 24 Ore» (settembre 2015); S. RIZZO, *Così l'immigrazione può diventare un'opportunità*, in «Corriere della Sera» (8 maggio 2016); G. ROSSI, *Migranti o rifugiati, tutti cittadini «in attesa»*, in «Sole 24 Ore»

Risposte nazionali. Una moltitudine bussa alle porte dell'Europa, ma l'Unione europea di 28 Stati non ha aperto la porta, offrendo un'alternativa condivisa che non fosse foraggiare qualche regime capace di tenere il problema lontano dagli occhi (Turchia, Libia). È banale dirlo: uno Stato da solo non può fare nulla, ma l'Unione europea può fare molto. E questo spaventa.

Nemici, paura, potere. L'Unione europea è il nemico per chi non vuole dare una risposta efficace alle migrazioni incontrollate e così utilizzare la paura per arrivare al governo. O mantenerlo. Questo fine trova diverse parole d'ordine, più o meno rozze, più o meno appetibili dai social media: dal *'Riacquistiamo il controllo'* dei brexiteri, passando per il *'Padroni in casa nostra'* dei sovranisti italiani, per arrivare alle brutte copie dei populistici che *'Vogliono sì un'Europa, ma diversa'*, senza ovviamente specificare come e in cosa diversa.

Molti slogan, nessuna proposta, stesso risultato auspicato da sovranisti muscolari: la fine dell'Unione europea e l'incapacità di gestire i disperati che scappano da fame, guerre, siccità, cercando speranza in un mondo che si nasconde dietro un muro diventato rifiuto degli altri e prigionie per noi. Il terreno ideale per la paura, facile strumento di manipolazione sociale.

6. Senza diritti

Quando hai pochi argomenti e l'opposizione è impegnata con sé stessa, è facile attaccare chi non si può difendere. Tanto è bastato per bloccare la nave militare italiana Diciotti col suo carico di disperati raccolti in mare. Per questo gesto, il tribunale dei ministri di Catania ha chiesto al Parlamento italiano l'autorizzazione a procedere contro il Ministro degli interni nell'esercizio delle sue funzioni (artt. 7, 9 L. cost. 1/89)²⁰.

Sottovoce c'è chi suggerisce di distinguere il giudizio politico da quello giuridico sul legittimo esercizio del potere cui la Costituzione si preoccupa di dare fisionomia e limiti: *«Il Presidente del Consiglio dei Ministri ed i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati, secondo le norme*

(2015); G. BETTIN, A. SACCHI, *Sorpesa: più immigrati, meno spesa sanitaria*, in «lavoce.info» (12 febbraio 2019).

²⁰ Trib. Catania, sez. reati ministeriali, 07/12/2018.

stabilite con legge costituzionale (art. 96 Cost.)». Non sono condizioni per configurare reati ministeriali, ma valutazioni su cui fondare un'eventuale autorizzazione a procedere, la natura politica del reato, il movente del soggetto attivo, il rapporto tra il reato e la funzione esercitata²¹.

Il ministro sostiene di avere agito nell'interesse preminente dello Stato per gridare all'Europa e, al contempo, punire l'ingresso illegale dei migranti. Peccato che si sia inventata una procedura che il tribunale dei ministri di Catania considera un sequestro di persona pluriaggravato (art. 605 c.p.), perché il Ministro è un pubblico ufficiale che avrebbe abusato dei suoi poteri e tra i *sequestrati* c'erano pure minori²².

Corte costituzionale e Corte Europea dei diritti dell'uomo contestano che *un preminente interesse pubblico nell'esercizio delle funzioni di Governo* (art. 9/3 L. cost. 1/89) possa essere preminente nei confronti dei principi fondamentali della *Costituzione* e della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. La Costituzione italiana, per esempio, usa far rientrare nei principi fondamentali il *Diritto di asilo* (art. 10 Cost.) e pure l'*Inviolabilità della libertà personale*: un vero e proprio lusso della democrazia che «*impedisce ogni forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, così come qualsiasi altra restrizione della libertà personale* [che non sia per] *atto motivato dall'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge*» (art. 13 Cost.). Boiari di governo hanno però lasciato trapelare ai giornali la notizia che il vero motivo del blocco della nave sarebbe stato un problema di terrorismo islamico. Il terrorismo – si sa – è sempre di moda e quasi tutto permette²³. E il terrorista si annida, ovviamente, tra i migranti raccolti in

²¹ Cass. S.U. n. 14/1994. Cfr. L. MASERA, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti*, in http://questionegiustizia.it/articolo/la-richiesta-di-autorizzazione-a-procedere-nel-caso-diciotti_29-01-2019.php (Consultato: 30 marzo 2019); L. MILELLA, *Caso Salvini, il costituzionalista Azzariti: «Neppure l'interesse pubblico legittima la violazione della legge»*, in <https://www.repubblica.it/politica/2019/> (Consultato: 5 febbraio 2019).

²² Trib. Catania cit.

²³ Sul terrorismo B. ACKERMANN, *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*, Meltemi editore, Roma 2005; G. AGAMBEN, *Guerra allo Stato di diritto*, in «Sole 24 Ore» (24 gennaio 2016); R. BARTOLI, *Terrorismo internazionale*, in GI 7, 2014, p. 1728-1734; M. CALABRESI, *Esteri Da Bruxelles a Parigi solo l'Europa unita può salvarci dai terroristi*, in «Repubblica» (24 marzo 2016); F. CHERUBINI, *Terrorismo (diritto internazionale)*, in ED *Annali*, vol. V, 2012, p. 1213-1234; N. CHOMSKY, *After September 11: Power and Terror (Dopo L'11 Settembre: Potere e Terrore, Italian Edition)*, Tropea, Milano 2003; N. CHOMSKY, A. VLTCHER, *Terrorismo occidentale*, Ponte delle Grazie, Firenze 2015; C. DE MAGLIE, S. SEMINARA, *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Cedam,

mare. Tanto più che i misteriosi terroristi potrebbero rendere il fatto della *Diciotti* uno di quei «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, [per cui] l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria» (art. 13/3 Cost.). E, se ancora non bastasse, si potrebbero trovare ragioni utili alla tesi ministeriale pure nel Testo Unico sull'immigrazione (art. 10-ter) e nel relativo regolamento in tema d'identificazione e smistamento degli immigrati irregolari (art. 28). Dopodiché rimane la scomunica e il rogo per stregoneria.

Ma la realtà è diversa dalla virtualità politica. Nella vicenda si fatica a trovare un problema di ordine pubblico; l'insindacabilità degli *atti politici* riguarda atti generali difficili da identificare con il comunicato, a posteriori, del Presidente del Consiglio circa la natura collegiale della decisione sulla nave *Diciotti*. E, comunque, vale l'osservazione sopra anticipata: non c'è potere pubblico che possa violare i precetti costituzionali posti a tutela dei diritti fondamentali, mentre atti amministrativi dettati da ragioni politiche sono sempre sottoponibili alla giurisdizione ordinaria. Tutto inutile. Il Parlamento italiano ha votato contro l'autorizzazione a procedere. Problema risolto per il ministro e irrisolto per il diritto.

Non è una novità la subordinazione dei poteri dello Stato ai capricci delle garanzie chieste dal diritto, anche in contesti nati e non forzati nelle gabbie del terrorismo, come è stato per il caso *Diciotti*. Senza ricorrere alla storia, basta il passato prossimo. Ne sanno qualcosa gli uomini del servizio segreto militare italiano (SISMI) che hanno aiutato agenti della CIA a sequestrare in territorio italiano l'imam Abu Omar (c.d. *Extraordinary renditions*)²⁴. Vicenda arrivata fino alla *Corte Europea per la Salvaguardia dei diritti dell'uomo* che ha condannato l'Italia il 23 febbraio del 2016, per

Padova 2007; D. DELLA PORTA, *Terrorismo*, in *ET Agg.* VII, 2007, p. 361; A.M. DERSHOWITZ, *Terrorismo*, Carocci, Roma 2003; O. FALLACI, *La rabbia e l'orgoglio*, Rizzoli, Milano 2011; A. PECCIOLI, *Il terrorismo quale settore chiave per l'armonizzazione del diritto penale*, in *DPP* 6, 2007, p. 801-807; A. SACCUCCI, *Lotta al terrorismo e rispetto degli obblighi internazionali in materia di diritti umani*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (Edd.), *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, Giappichelli, Torino 2006, p. 365-392; R. WENIN, G. FORNASARI (Edd.), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Università degli Studi di Trento, 2017; A. BONDI, *Un pericoloso terrorista*, in *Studi Urbinati* 58.4, 2007, p. 385-414.

²⁴ C. MELONI, *Extraordinary renditions della Cia in Europa: il punto di vista della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *DPC* 2013.

violazione degli articoli 3, 5, 8, 13 (CEDU) – vale a dire – perché sono stati commessi fatti di tortura, contro la libertà, la sicurezza, la vita privata delle persone²⁵. Ancor più vicino ai fatti della *Diciotti* è il caso *Khlaifia e altri*. Il 1° settembre 2015, l'Italia è stata difatti condannata, dalla stessa Corte, per la gestione dell'emergenza sbarchi dei migranti a Lampedusa in violazione degli artt. 5, 13 CEDU²⁶. Sentenza che è diventata modello per il trattamento dei migranti irregolari.

Le Corti dei diritti hanno costruito un impianto solido, dialogante, sovrannazionale per la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. La costruzione dogmatica ha preferito i diritti ai beni giuridici, per trovare un vocabolario comune capace di offrire protezione alle espressioni più importanti della persona. Diritti civili, politici, di solidarietà, generazionali, ambientali sono ormai il contrappeso naturale al vociere scomposto di politica veicolata dalla tecnologia e gestita da algoritmi.

7. Senza Europa

L'ambiente, l'intolleranza, la povertà sono problemi globali; spesso governati con la paura, ignorando dati, razionalità, empatia. In un contesto sociale si definiscono i valori dell'uomo: i suoi diritti e i suoi doveri nell'ecosistema di cui è parte. Sono esigenze da cui dipende la sopravvivenza.

Nel 1948, l'Italia uscita dalla dittatura ha trovato nella Costituzione un luogo dove entrare, per definire sé stessa con valori e principi, istituzioni e regole²⁷. Due anni dopo, nella *Convenzione Europea per la Salvaguardia dei*

²⁵ CoEDU IV Nasr e Ghali c. Italia, 23 febbraio 2016. Sul caso Abu Omar e sulla pratica dell'extraordinary renditions G. LEO, *Ancora un episodio nella storia dei conflitti tra poteri riguardo al sequestro di Abu Omar ed alle indagini collegate*, in DPC 9/2017; M. MALERBA, *La resistibile ascesa del segreto di stato: tra salus rei publicae, «nero sipario» e strisciante impunità*, in DPC Fasc 1, 2017, p. 69-79; M. MARIOTTI, *La condanna della Corte di Strasburgo contro l'Italia sul caso Abu Omar*, in DPC, 2016; S. ZIRULIA, *Sul sequestro Abu Omar cala il «nero sipario» del segreto di Stato*, in DPC, 2014.

²⁶ CoEDU GC 15/09/2016 Khlaifia e altri; cfr. C. cost. 105/2001; v. A. GILIBERTO, *Lampedusa: la Corte edu condanna l'Italia per la gestione dell'emergenza sbarchi 2011* (CoEDU II 1.9.2015 Khlaifia/ITA), in DPC, 2015.

²⁷ G. ALPA, *Diritti umani. Un medioevo grigio che ancora alberga nel cuore dell'Europa*, in «La Stampa» (15 marzo 2019); A. ESPOSITO, *Il diritto penale «flessibile». Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, Torino 2008; A. BASILICO, *In tema di riserve ai Trattati internazionali e alle Convenzioni sui diritti umani*, in Riv. Studi Polit. Internazio-

Diritti dell'Uomo, l'Italia ha riscoperto, insieme ad altri 46 Paesi europei, la proiezione sovranazionale di quei diritti; così come è stato con il *Patto internazionale dei diritti civili e politici* del 1966 e la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* che, col *Trattato di Lisbona* del 2007, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6.1 TUE)²⁸. Il panorama delle disposizioni disegna lo *stato dei diritti* per uno *Stato di diritto*, in cui l'uomo è al centro di organizzazioni statali-europee-internazionali e in relazione

nali 66, 1999, p. 414-428; A. DI BLASE, *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, in *Atti di convegno, Dipartimento di Giurisprudenza. Università Roma Tre*, 2013; A. FACCHI, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna 2007; V. FERRONE, *Diritti umani o diritti dell'uomo?*, in «Sole 24 Ore» 2016; A. LONGO, *I diritti umani ai tempi di internet*, in «Sole 24 Ore» (2014); M. MECCARELLI, P. PALCHETTI, C. SOTIS, *Il lato oscuro dei Diritti umani*, Editorial Dykinson, Madrid 2014; L. PINESCHI, *Diritti umani (protezione internazionale dei)*, in *ED Annali*, vol. V, 2012; G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le corti: fantascienza giuridica?*, in *RIDPP* 4, 2014, p. 10.

²⁸ S. ALFANO, A. VARRICA, *La gestione dei diritti, con riferimento all'Unione europea e alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (Edd.), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale (Pubblic. centro di diritto penale Europeo)*, Giuffrè, Milano 2008; A. SPINELLI, *Europeismo*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, 1997, p. 855-864; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit.; A. CASSESE, *I diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in L. LANFRANCHI (Ed.), *La Costituzione europea tra Stati nazionali e globalizzazione*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2004, p. 71-87; F. BATTAGLIA, *Dichiarazione dei diritti*, in *ED*, XII voll., 1964; A. BERNARDI, *"Principi di diritto" e diritto penale europeo*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, II, 1988; A. BONDI, *Tredici passi*, cit.; R. BORSARI, *Diritto punitivo sovranazionale come sistema*, Cedam, Padova 2007; S. CANESTRARI, *Diritto penale europeo e criteri d'imputazione soggettiva*, in *Offensività e colpevolezza: verso un codice penale modello per l'Europa*, Cedam, Padova 2002; G. DE VERO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Giappichelli, Torino 2007; T. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino 2007; G. GRASSO, R. SICURELLA, *Lezioni di diritto penale europeo*, Giuffrè, Milano 2007; U. GUERINI (Ed.), *Il diritto penale dell'Unione europea: la normativa, la dottrina, la giurisprudenza europea in materia penale e la cooperazione giudiziaria*, Giappichelli, Torino 2008; J. MEYER, *Die künftige Europäische Verfassung und das Strafrecht*, in *FS-Eser*, 2005, p. 797-806; V. MILITELLO, *Zur Identität der Strafrechtswissenschaft in der Mehrebenen-Rechtsordnung*, in R. HEFENDEHL, T. HÖRNLE, L. GRECO (Edd.), *Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014*, De Gruyter, Berlino 2014; E. OLIVÉ, *Europe of human rights. Identity and differences in a common framework (A philosophy for Europe)*, Aras, Pesaro 2004; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *RIDPP* 3, 2014, p. 19; D. PASQUALE, A. DAMATO, *Argomenti di diritto penale europeo*, Giappichelli, Torino 2011; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit.; F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra «guerra» e «dialogo»*, DPC (consultato: 14/07/2014).

con l'ecosistema che lo comprende²⁹. È ormai un dato normativo e politico; frutto di un dialogo lungo, difficile, affascinante. Necessario. Dove passano le merci, non passano gli eserciti; dove passa il diritto dell'uomo, non passa l'uomo senza diritti; la democrazia non si sequestra e l'umanità trova asilo.

Conclusione. Dopo la Seconda guerra mondiale è nata una nuova geografia dei diritti, scoprendo una dimensione globale della vita che ha coinvolto l'idea di democrazia e dei diritti fondamentali dell'uomo, insieme all'urgenza dei problemi che questa geografia può disegnare³⁰. Perciò la riduzione corpuscolare in nazioni non solo è antistorica ma è pure dannosa; riduce le possibilità di offrire soluzioni a problemi troppo grandi per il sovranista che occupa gli spazi virtuali dei social media. Con sofferenza, l'uomo ha imparato – e spesso dimenticato – che da soli si è più deboli. Tanto deboli e tanto più manipolabili. Cattive ragioni per peggiori intenzioni che lasciano poco spazio a chi crede in aggregazioni sovranazionali fondate sulla tutela dei diritti universali, ospiti di un pianeta che vuole sopravvivere, cercando un equilibrio che sfugge a quegli uomini che, pur capaci di guardare alle stelle, non esitano a uccidere i sogni di Europa.

²⁹ Su ragioni, principi, diritti, v. M. AINIS, *Troppo diritto pochi diritti*, in «Repubblica» (9 aprile 2017); C. BAGNOLI, *La ragione prima dei principi (intervista a Jonathan Dancy)*, in «Sole 24 Ore» (26 giugno 2018); S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in ED, vol. XXXV, 1986, p. 1-62; F. BATTAGLIA, *Dichiarazione dei diritti*, cit.; G. BELARDELLI, *Oltre la scienza: l'ideologia dei nuovi diritti e il concetto di limite*, in «Corriere della Sera» (25 dicembre 2015); P. BERGOGLIO, *Che cosa ti è successo madre dei diritti umani?*, in «Corriere della Sera» (7 maggio 2016); P. COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, in ED *Annali*, vol. II, 2008; D. DI CESARE, *Il naufragio dei diritti umani (anche) nelle democrazie liberali*, in «Corriere della Sera» (Consultato: 10 dicembre 2018); L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in RIDPP 3, 2014, p. 19; L. PINESCHI, *Diritti umani (protezione internazionale dei)*, in ED *Annali*, vol. V, 2012; B. RANDAZZO, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Madrid 2011.

³⁰ A. BARICCO, *La cattedrale Vargas Llosa*, in *Il nuovo Barnum*, Feltrinelli, Milano 2016, pos. 3825 vers. Kindle.

ROBERT BRAY

*L'IMPACT DU BREXIT SUR LA COOPÉRATION JUDICIAIRE
EN MATIÈRE CIVILE ET PÉNALE*

SOMMAIRE: 1. Le contexte général. – 2. La mise en œuvre de Brexit au Royaume-Uni. – 3. La position du Gouvernement britannique relative à la coopération judiciaire en matière civile et pénale après le Brexit. – 3.1. Le droit pénal et la coopération policière. – 3.2. Le droit civil et familial. – 4. La position de la Commission européenne. – 5. L'accord sur le retrait. – 6. La Déclaration politique. – 7. Analyse.

1. Le contexte général

Le premier jalon de la coopération judiciaire en matière civile et pénale se trouve dans le Traité de Maastricht de 1992 selon lequel ces domaines étaient considérés comme des «questions d'intérêt commun»¹. C'était seulement avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam le 1^{er} mai 1999 que la mise en œuvre d'un espace judiciaire européen est devenue un objectif autonome de la Communauté européenne². Le Parlement européen devait attendre 5 ans avant d'acquérir la codécision avec le Conseil³.

Dans ce contexte, le Royaume-Uni a bénéficié de facilités exceptionnelles qui caractérisent l'exceptionnalisme qui l'a poussé finalement à quitter l'Union européenne. En premier lieu, il s'agit du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de

¹ Traité EC, art. K.1. Mais il ne faut pas oublier la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version consolidée publiée dans *JO C 27* de 1998), ayant comme base juridique l'art. 220 CEE ou la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980 (*JO L 266*, 09/10/1980, p.1), dont la base juridique était une référence générale au Traité CEE.

² Traité CE, art. 61.

³ Traité CE, art. 67, al. 1. Pour les mesures relatives au droit de la famille, le Conseil statue toujours à l'unanimité après consultation du Parlement européen.

sécurité et de justice⁴. Ce protocole prévoit que le Royaume-Uni et l'Irlande ne participent pas à l'adoption par le Conseil des mesures proposées dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et pénale. Mais le Royaume-Uni ou l'Irlande peut notifier par écrit au président du Conseil, dans un délai de trois mois à compter de la présentation au Conseil d'une proposition, son souhait de participer à l'adoption et à l'application de la mesure proposée, à la suite de quoi cet État y est habilité. Même après l'adoption d'une telle mesure, ces pays peuvent, à tout moment, notifier au Conseil et à la Commission leur intention de l'accepter.

Dans le domaine du droit civil, le Royaume-Uni a choisi d'adopter la majorité des mesures proposées. Les seules exceptions sont: le règlement sur les successions⁵; le règlement sur l'ordonnance européenne de saisie conservatoire⁶; le règlement «Rome III»⁷; les règlements sur les régimes matrimoniaux⁸; et le règlement établissant le programme «Justice» en 2014-2020⁹.

⁴ Maintenant le Protocole (n° 21) annexé aux traités.

⁵ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JO L 201 du 12.07.2012, p. 107.

⁶ Règlement (UE) n° 655/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 portant création d'une procédure d'ordonnance européenne de saisie conservatoire des comptes bancaires, destinée à faciliter le recouvrement transfrontière de créances en matière civile et commerciale, JO L 189 du 27.06.2014, 2014, p. 59. Cette décision est difficile à expliquer car l'origine de cette proposition était une initiative parlementaire sur la base de l'art. 225 TFUE qui a été sollicitée par des membres du Barreau de l'Angleterre et du Pays de Galles: Résolution du Parlement européen du 10 mai 2011 contenant des recommandations à la Commission sur des propositions de mesures provisoires concernant le gel et la transparence du patrimoine des débiteurs dans les cas transfrontaliers (2009/2169(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=FR&reference=P7-TA-2011-193>.

⁷ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, OJ L 343 du 29.12.2010, p.10.

⁸ Règlement (UE) n° 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux, JO L 183 du 8.7.2016, p. 1; Règlement (UE) n° 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés, JO L 183 du 8.7.2016, p. 30.

⁹ Règlement (UE) n° 1382/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 dé-

Le Royaume-Uni a également choisi de ne pas participer à certaines propositions dans le domaine du droit pénal¹⁰; la directive relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales¹¹; les droits procéduraux des enfants¹²; et une proposition plus large relative à la présomption d'innocence et le droit d'être présent au procès¹³.

En deuxième lieu, en ce qui concerne les actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, le titre VII du protocole n° 36 sur les dispositions transitoires permettait au Royaume-Uni de notifier au Conseil que tous ces actes cesseraient de s'appliquer à son égard à compter de la date d'expiration d'une période transitoire (le 1^{er} décembre 2014) quand la Commission européenne et surtout la Cour de justice ont obtenu des attributions de contrôle élargies. Par la suite, le Royaume-Uni a pu notifier son souhait de participer à des actes qui ont cessé de s'appliquer à son égard, ce que le ministre de l'intérieur à l'époque, Theresa May, a dûment fait¹⁴. La liste des mesures que le Royaume-Uni continue à appliquer se trouve dans les décisions y afférentes du Conseil et de la Commission¹⁵. Elle comprend presque toutes les mesures de re-

cembre 2013 établissant un programme «Justice» pour la période 2014-2020, JO L 354 du 28.12.2013, p. 73.

¹⁰ *Call for evidence on the government's review of the balance of competences between the United Kingdom and the European Union, Police and Criminal Justice*, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/308391/PCJCallForEvidence.pdf.

¹¹ Directive 2013/48/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 relative au droit d'accès à un avocat dans le cadre des procédures pénales et des procédures relatives au mandat d'arrêt européen, au droit d'informer un tiers dès la privation de liberté et au droit des personnes privées de liberté de communiquer avec des tiers et avec les autorités consulaires, JO L 294 du 6.11.2013, p. 1.

¹² Directive (UE) 2016/800 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à la mise en place de garanties procédurales en faveur des enfants qui sont des suspects ou des personnes poursuivies dans le cadre des procédures pénales, JO L 132 du 21.5.2016, p. 1.

¹³ Directive (UE) 2016/343 du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2016 portant renforcement de certains aspects de la présomption d'innocence et du droit d'assister à son procès dans le cadre des procédures pénales, JO L 65 du 11.3.2016, p. 1.

¹⁴ Après un vote dans les deux chambres du Parlement britannique. Cf. le rapport du comité des affaires européennes de la *House of Lords*, http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/docs/united_kingdom/own_initiative/oi_eu_policy_and_criminal_justice_measures_uks_opt_out_decision/oi_eu_policy_and_criminal_justice_measures_uks_opt_out_decision_lords_opinion_en.pdf.

¹⁵ Décision 2014/857/UE du Conseil du 1^{er} décembre 2014 concernant la notification par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de son souhait de prendre part à certaines dispositions de l'acquis de Schengen qui sont contenues dans les actes de

connaissance mutuelle en matière pénale (y compris le mandat d'arrêt européen), les agences européennes Europol et Eurojust, le système d'information Schengen (SIS) et les principales dispositions de droit pénale et de coopération policière de l'acquis Schengen.

Dans ce contexte, caractérisé par de la suspicion, voire de l'hostilité vis-à-vis de toute initiative européenne, paradoxalement les Anglais ont profité financièrement de l'existence de l'espace judiciaire civil, et la police britannique a bénéficié largement du mandat d'arrêt européen et de la coopération policière.

2. La mise en œuvre de Brexit au Royaume-Uni

La sortie définitive du Royaume-Uni de l'Union européenne est prévue pour le 29 mars 2019, sauf prolongation¹⁶ et sans préjudice à toute éventuelle période de transition. La position juridique du Royaume-Uni est l'objet de l'*European Union (Withdrawal) Act* de 2018¹⁷ qui a été adopté le 26 juin 2018. Cette loi abroge la loi sur les Communautés européennes de 1972¹⁸, convertit toute la réglementation européenne en lois britanniques, ce qui veut dire que toute la législation de l'UE continuera à s'appliquer après le Brexit, et autorise l'adoption d'actes délégués afin de permettre au gouvernement de régler les problèmes techniques¹⁹.

Rappelons la situation actuelle en février 2019: le Conseil a adopté l'Accord sur le retrait du Royaume-Uni²⁰ et la Déclaration politique fixant le cadre

l'Union dans le domaine de la coopération policière et de la coopération judiciaire en matière pénale et modifiant les décisions 2000/365/CE et 2004/926/CE; Décision de la Commission du 1er décembre 2014 relative à la notification par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de son souhait de participer à des actes de l'Union dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale qui ont été adoptés avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et qui ne font pas partie de l'acquis de Schengen, JO, L 345, 1/12/2104, pp. 1 et 6, respectivement.

¹⁶ Selon l'art. 50, al. 3, TFUE, le Conseil européen, en accord avec l'État membre concerné, peut décider à l'unanimité de proroger le délai de deux ans après la notification.

¹⁷ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/16/contents/enacted>.

¹⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1972/68/contents>.

¹⁹ Cfr. le livre blanc: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/604516/Great_repeal_bill_white_paper_accessible.pdf et les explications de l'Institute of Government à <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/repeal-bill>.

²⁰ Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de

des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni²¹. Ces deux documents doivent toujours être approuvés par le Royaume-Uni et puis par le Parlement européen. Si l'Accord n'est pas approuvé par le Royaume-Uni, il n'y aura pas de période de transition; si, en revanche, il est approuvé l'UE et le Royaume-Uni devront conclure un accord sur leur relations futures. La Déclaration politique contient déjà des indications là-dessus.

3. La position du Gouvernement britannique relative à la coopération judiciaire en matière civile et pénale après le Brexit

3.1. Le droit pénal et la coopération policière

La position britannique originale est contenue dans un papier relatif à un partenariat future²². Après avoir exposé la contribution positive à la sécurité commune du système d'information Schengen (SIS II), du mandat arrêt européen (entre 2004 et 2014 le Royaume-Uni a extradé plus de 8.000 accusés ou délinquants condamnés à d'autres Etats membres) et de la collaboration dans le cadre Europol et Eurojust, le gouvernement explique qu'il veut maintenir et renforcer cette collaboration après le Brexit, surtout dans le domaine opérationnel policier (la partage de données en temps réel grâce à SIS II, le système Prüm pour l'échange d'empreintes digitales, de données génétiques et de données sur l'immatriculation de véhicules, etc.). Il propose la création d'un cadre sur mesure sous la forme d'un traité qui ne tomberait pas sous la compétence de la Cour de justice européenne²³. Tout ceci est très flou et manque de précision.

l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique (2019/C 66 I/01), JO C 66 I du 19.2.2019, p. 1. Voir aussi Décision (UE) 2019/274 du Conseil du 11 janvier 2019 relative à la signature, au nom de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, JO L 47 I, 19/02/2019, p. 1.

²¹ JO C 66 I du 19.2.2019, p. 185.

²² https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/645416/Security__law_enforcement_and_criminal_justice_-_a_future_partnership_paper.PDF.

²³ Dans un autre papier, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639609/Enforcement_and_dispute_resolution.pdf le gouvernement plaide en faveur d'un comité paritaire et d'autres mécanismes pour la résolution des litiges éventuels entre l'UE et le Royaume-Uni au lieu de la Cour de justice.

Finalement, le gouvernement propose un certain nombre de principes pour la terminaison ordonnée des procédures de coopération en cours et soulève la question du traitement réciproque des données échangées avant la sortie de la Grande-Bretagne de l'Union.

3.2. Le droit civil et familial

La position du gouvernement britannique est exposée dans un papier²⁴, qui est aussi vague. Tout en soulignant l'adhésion du Royaume-Uni aux différentes conventions conclues dans le cadre de la Conférence de la Haye²⁵ et le fait que la Convention de Lugano²⁶ est ouverte à tout autre État, sous réserve de l'accord unanime des parties contractantes²⁷, le Royaume-Uni cherche «un cadre étroit et compréhensif de coopération judiciaire civile avec l'EU. Ce cadre serait sur base réciproque, qui refléterait étroitement le système actuel». La recherche de l'exceptionnalisme continuerait même après le Brexit.

Les deux papiers soumis par les Britanniques sont assez détaillés lorsqu'il s'agit de décrire les avantages actuels de la participation actuelle du Royaume-Uni à la coopération judiciaire. C'est le type d'information que l'on aurait dû donner au peuple britannique avant le référendum. Ce qui manque, c'est des propositions concrètes et réalistes pour l'avenir.

²⁴ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/639271/Providing_a_cross-border_civil_judicial_cooperation_framework.pdf.

²⁵ Convention du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale; Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale; Convention du premier juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps; Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants; Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale; Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants; Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for; Convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille.

²⁶ Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 339 du 21.12.2007, p. 3.

²⁷ Cf. l'art. 70 de la Convention.

4. La position de la Commission européenne²⁸

En ce qui concerne le droit civil, la Commission européenne se limite à préciser quelles dispositions du droit de l'Union applicables à la date de la sortie du Royaume-Uni devraient continuer à être applicables après cette date (par exemple, la loi déterminée par les dispositions du règlement «Rome I»²⁹ devrait continuer à être applicable aux contrats conclus avant cette date; la loi déterminée par le règlement «Rome II»³⁰ devrait continuer à être applicable aux actes dommageables survenus avant cette date; les décisions judiciaires émises avant cette date devraient continuer à être exécutoires en vertu des règlements «Bruxelles I *bis*»³¹ et «Bruxelles II *bis*»³², etc.).

En ce qui concerne la coopération policière et la coopération judiciaire en matière pénale, la Commission dresse une liste de mesures pour lesquelles les procédures en cours à la date de la sortie du Royaume-Uni devraient être complétées de façon ordonnée. Ces mesures s'étendent de la directive sur la décision d'enquête européenne en matière pénale³³ à la décision cadre sur les équipes communes d'enquête³⁴ en passant par le mandat d'arrêt européen³⁵ et la directive sur les données des dossiers passagers (PNR)³⁶.

²⁸ <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/essential-principles-civil-commercial-mattersen0.pdf> et https://ec.europa.eu/commission/sites/betapolitical/files/essential_principles_ongoing_police_and_judicial_coop_en.pdf.

²⁹ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JO L 177* du 4.7.2008 2008, p. 6.

³⁰ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *JO L 199*, du 31.07.2007, p. 40.

³¹ Règlement (CE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO L 351* du 20.12.2012, p. 1.

³² Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000, *JO L 338* du 23.12.2003, p. 1.

³³ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, *OJ L 130* du 1.5.2014, p. 1.

³⁴ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative aux équipes communes d'enquête, *JO L 162* du 20.06.2002, p. 1.

³⁵ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JO L 190* du 18.07.2002, p. 1.

³⁶ Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la

La Commission souligne que pour ces procédures, l'accord de retrait devrait établir la phase de procédure qui doit être attendue pour que la procédure se poursuive conformément aux dispositions pertinentes du droit de l'Union applicable à la date de retrait et que tous les droits procéduraux applicables énoncés dans le droit de l'Union devraient être appliqués.

En principe, le Royaume-Uni devrait être habilité à garder et à utiliser toute information, y compris des données à caractère personnel, obtenue avant la date de sortie sur la base du droit de l'UE. Le Royaume-Uni sera tenu de respecter les dispositions sur la protection de données à caractère personnel³⁷ en traitant les données obtenues avant la date de sortie ainsi que de protéger les informations classifiées obtenues avant cette date³⁸. Évidemment, ces obligations, qui s'étendront aussi aux règles sur la limitation d'accès, aux restrictions d'utilisation et aux périodes de conservation, s'appliqueront, par analogie, aussi aux États membres, aux institutions et aux organes de l'Union.

5. L'accord sur le retrait³⁹

L'accord sur le retrait vise à définir une période de transition ou de mise en œuvre au cours de laquelle le droit de l'Union, y compris les accords internationaux, devrait être applicable au Royaume-Uni et sur son

détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *OJ L 119 du 4.5.2016*, p. 132.

³⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *OJ L 119 du 4.5.2016*, p. 1; Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, *OJ L 119 du 4.5.2016*, p. 89, ainsi que la législation sectorielle dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

³⁸ En conformité avec l'Accord du 4 mai 2011 entre les États membres de l'Union européenne, réunis au sein du Conseil, relatif à la protection des informations classifiées échangées dans l'intérêt de l'Union européenne, *OJ C 202 du 8.7.2011*, p. 13.

³⁹ Voir note 20.

territoire, avec, en règle générale, le même effet qu'en ce qui concerne les États membres, afin d'éviter les perturbations au cours de la période durant laquelle le ou les accords sur les relations futures seront négociés. Les dispositions concernant la coopération policière et judiciaire en cours en matière pénale sont contenues dans l'article 62, celles concernant les procédures de coopération des services répressifs, coopération policière et échange d'informations en cours dans l'article 63 et celles concernant la confirmation de réception ou d'arrestation dans l'article 64. Quant à la coopération judiciaire en cours en matière civile et commerciale, l'article 66 traite du droit applicable en matière contractuelle et non contractuelle, l'article 67 de la compétence, reconnaissance et exécution des décisions judiciaires, et coopération connexe entre autorités centrales et l'article 68 des procédures de coopération judiciaire en cours.

Et après l'accord sur le retrait? Quid des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni? Est-ce qu'il y a des indices qu'il y aura un «nouveau partenariat au profit de tous nos peuples»⁴⁰ entre le Royaume-Uni et l'Union européenne? Pour l'instant, ce qui existe est la Déclaration politique fixant le cadre des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni⁴¹.

6. La Déclaration politique

La Déclaration politique ne contient rien sur la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. Pourtant, en ce qui concerne le droit de la famille, l'Union note l'intention du Royaume-Uni d'adhérer à la convention de La Haye de 2007 concernant les obligations alimentaires par laquelle il est actuellement lié en raison de son appartenance à l'Union. Les parties tiennent aussi à étudier des options pour la coopération judiciaire en matière matrimoniale, en matière de responsabilité parentale et concernant d'autres questions connexes⁴².

Il y a un peu plus de détail sur la coopération des services répressifs et judiciaires en matière pénale (points 82 à 84), l'échange de données (points 85 à 87), la coopération opérationnelle entre services répressifs et coopération judiciaire en matière pénale (points 88 à 90), la lutte contre le blanchi-

⁴⁰ Discours prononcé par Theresa May à Florence, le 22 septembre 2017.

⁴¹ JO C 66 I du 19.2.2019, p. 185.

⁴² Points 57 et 58.

ment de capitaux et le financement de terrorisme et la cybersécurité (points 110 à 113). Mais en général, il est clair que tout reste à négocier.

7. Analyse

Pour l'auteur de cet article, qui croit avec Donald Tusk que «la seule alternative réelle à un Brexit dur est aucun Brexit du tout»⁴³, la situation pour la Grande Bretagne en ce qui concerne, d'abord, la coopération judiciaire en matière civile n'est pas du tout favorable.

Avant d'aborder cet argument, il faudrait mentionner un problème fondamental immédiat et un autre moins immédiat mais peut-être également grave. Le premier problème est celui de la Cour de Justice. Bien que le gouvernement rejette toute «compétence directe» de la Cour de Luxembourg, même la Cour Suprême britannique s'est interrogée sur la question de savoir dans quelle mesure les juges devront tenir compte de la jurisprudence de la Cour de Justice⁴⁴, question pertinente vu que les britanniques vont incorporer presque tout l'acquis communautaire dans leur législation nationale. Comment pourra-t-on assurer l'uniformité d'interprétation du droit au Royaume-Uni après le Brexit?

La deuxième question est plutôt pour l'avenir. Dans son discours de Florence, Mme May a mis en exergue «les valeurs partagées de la liberté, de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit». Mais il n'est pas du tout clair si le gouvernement britannique donne le même poids à ces valeurs que l'Union européenne. C'était Mme May qui avait déclaré pendant la campagne du référendum que le Royaume-Uni devrait dénoncer la Convention des droits de l'homme et lorsque les juges de la Cour Suprême ont été qualifiés de «ennemis du peuple» par le journal conservateur le *Daily Mail*⁴⁵, le gouvernement n'y a réagi que tardivement et timidement, démontrant peu d'enthousiasme à défendre l'état de droit.

Laissant à côté la question de l'éventuelle période de transition, la situation serait la suivante⁴⁶:

⁴³ Discours prononcé le 13 octobre 2016 à une conférence du *European Policy Centre*.

⁴⁴ <https://www.theguardian.com/law/2017/oct/05/uks-new-supreme-court-chief-calls-for-clarity-on-ecj-after-brexite>.

⁴⁵ *Daily Mail* du 4 novembre 2016.

⁴⁶ L'auteur est endetté à Prof. Dr. Dres. H.c. Burkhard Hess pour sa présentation faite à la Commission des affaires juridiques du Parlement européen le 30 mai 2017, Post Brexit: *The situation of private international law*, <http://web.ep.streamovations.be/index.php/>

- pour l'Union européenne, le droit anglais continuera à s'appliquer le cas échéant sur la base des règlements sur le droit applicable, Rome I, II et III, ainsi que le règlement sur les successions, car ses règlements sont universels;
- pour le Royaume-Uni, ces règlements (sauf Rome III) continueront à s'appliquer (sauf abrogation); ceci est en effet recommandé par un rapport d'un groupe de pression de la cité de Londres⁴⁷;
- pour l'Union européenne, le règlement Bruxelles Ibis concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ne s'appliquera plus en ce qui concerne le Royaume-Uni; pour le Royaume-Uni, la loi britannique correspondante sera abrogée;
- idem pour le règlement Bruxelles IIbis relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale et règlement relatif aux obligations alimentaires⁴⁸; les conventions de la Haye de 1980, 1996 et 1997 (v. note 23) seront là pour compenser en partie la coopération antérieure en matière d'enlèvement d'enfants, la responsabilité parentale et les obligations alimentaires;
- l'on peut légitimement penser que l'Union européenne fera un toilettage de toute la législation de droit civil afin d'éliminer toute référence au Royaume-Uni en tant qu'État membre.

Le plus grand problème pour le Royaume-Uni sera le fait que les arrêts et les ordonnances en matière civile et commerciale ne bénéficieront plus de la reconnaissance mutuelle et l'exécution sans *exequatur* prévues par les règlements Bruxelles Ibis et IIbis.

Un inconvénient surtout pour les petites et moyennes entreprises se trouve dans le fait que la législation de l'Union sur le titre exécutoire euro-

event/stream/170530-1000-committee-juri et aux Dr G. Calà et T. Amos Q.C. pour leur présentation du 21 septembre 2017 à la Europäische Rechtsakademie, Trèves, *Implications of Brexit for Cross-border Family Life and Law*.

⁴⁷ <https://www.thecityuk.com/assets/2016/Reports-PDF/The-impact-of-Brexit-on-the-UK-based-legal-services-sector.pdf>.

⁴⁸ Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JO L 7 du 10.1.2009, p. 1.

péen pour les créances incontestées⁴⁹, la procédure européenne d'injonction de payer⁵⁰ et la procédure européenne de règlement des petits litiges⁵¹ ne sera plus disponible. Il n'y aura plus de régime commun pour les procédures d'insolvabilité⁵². En ce qui concerne la signification et la notification des actes et l'obtention des preuves, les Conventions de la Haye du 15 novembre 1965 et du 18 mars 1970 s'appliqueront de nouveau.

Les conséquences pour les cabinets d'avocats et *solicitors*⁵³ de Londres et pour l'économie britannique seraient considérables. Selon un groupe de pression de la cité de Londres⁵⁴, le secteur des services juridiques valait 25,7 milliards de livres en 2015 (ou 1,6% du PNL), grâce notamment au fait que des contractants importants choisissent le droit anglais pour leur contrats et/ou Londres comme for. L'attraction de Londres comme for est menacée par le Brexit premièrement à cause du fait qu'une partie des secteurs banquier et d'assurance, par exemple, déménage vers Francfort, Dublin, Amsterdam et Paris⁵⁵. En deuxième lieu, le problème se réside dans le fait que les grands contractants qui ont traditionnellement choisi Londres comme for (pour toute une série de raisons: la qualité des juges, le *common law* vu comme plus convivial pour le monde des affaires, la langue anglaise ...) ⁵⁶ seront probablement moins inclinés à opter pour Londres comme for (et les *solicitors* et des *barristers* anglais de la cité de Londres perdront du

⁴⁹ Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO L 143 du 30.04.2004, p. 15.

⁵⁰ Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, JO L 399 du 13.12. 2006, p. 1.

⁵¹ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, JO L 199 du 31.07.2007, p. 1.

⁵² Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5.06.2015, p. 19.

⁵³ Les conséquences pour les praticiens de droit de nationalité britannique de la future non-applicabilité de la directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, OJ L 77 du 14.3.1998, p. 36, et le fait qu'ils ne pourront plus plaider devant la Cour de justice de Luxembourg (v. l'art. 19 du Statut de la Cour) dépasse la portée de cet article.

⁵⁴ Cf. le rapport cité dans note 47.

⁵⁵ P.ex. <https://www.ft.com/content/b492ab9e-a93b-11e7-ab55-27219df83c97>.

⁵⁶ Voir la présentation du Prof. Hess citée dans note 46 pour plus de détails.

travail) car le droit de l'EU ne fera plus parti du droit anglais et il n'y aura plus de libre circulation pour les arrêts et les mesures provisoires émanent des juridictions anglaises.

Certains considèrent que l'abrogation du règlement Bruxelles I pourrait faire revivre la Convention de Bruxelles⁵⁷, l'auteur partage l'avis du Prof. Hess que l'article 50, al. 3, TUE opère comme une retraite d'une partie à la Convention au sens de l'article 54 a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁵⁸. Il serait aussi carrément absurde de penser que la Convention de Bruxelles⁵⁹, qui avec son protocole de 1971 relatif à son interprétation par la Cour de Justice fait partie du droit de l'Union, pourrait être réanimée pour la Grande Bretagne par Brexit, aussi à la lumière de l'article 62 de la Convention de Vienne concernant un changement fondamental de circonstances. Même la base juridique de la Convention (l'art. 220 CEE/296 CE) a été abrogée par le traité de Lisbonne. Même si la Convention de Bruxelles pouvait être applicable (et seulement la Cour de justice aurait la compétence pour donner une réponse à cette question), il faudrait tenir compte du fait que tous les États membres actuels de l'EU ne sont pas des parties contractantes et que la Convention contient un droit privé international obsolète, ne correspondant pas ni aux dispositions du règlement Bruxelles Ibis ni à la dernière jurisprudence: l'*exequatur* serait requis, pour donner seulement un exemple.

Certes, un certain nombre de conventions bilatérales, y compris la Convention entre le Royaume-Uni et la France sur l'exécution réciproque des jugements en matière civile et commerciale, signée à Paris en 1934, seront réanimées, mais seulement six des 27 États membres sont liés par de telles conventions. Par ailleurs, ces conventions datent d'une autre époque: elles se limitent aux raisons pour la reconnaissance/non-reconnaissance et seuls des jugements définitifs peuvent être reconnus. Les jugements par défaut ne seront pas reconnus. Afin d'obtenir l'*exequatur*, le jugement britannique devra être rendu par un juge considéré compétent par le for français,

⁵⁷ Pour une discussion intéressante, v. A. DICKINSON, *Back to the Future – The UK's EU Exit and the Conflict of Laws* (31 mai 2016), Oxford 2016. Disponible à SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2786888> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2786888>.

⁵⁸ «L'extinction d'un traité ou le retrait d'une partie peuvent avoir lieu: a) ...; ou b) à tout moment, par consentement de toutes les parties, après consultation des autres États contractants».

⁵⁹ Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (version consolidée publiée dans JO C 27 de 1998).

régulier à l'égard de l'ordre public international de fond et de procédure du for français et ne devra pas être obtenu en fraude à la loi.

Seulement la Convention de Lugano pourrait offrir une solution partielle. Mais il semble que le gouvernement de Theresa May ne veuille pas en savoir.

Il reste la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for, mais son utilité serait limitée, ainsi que la future convention de la Haye la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale de la Conférence de la Haye, qui devrait être adopté en été 2019⁶⁰, mais qui ne couvrira pas les mesures provisoires.

Pour le reste, le Royaume-Uni sera un État tiers et traité comme tel. En ce qui concerne la compétence judiciaire, un défendeur domicilié au Royaume-Uni sera l'objet des chefs de compétence exorbitants dans les lois autonomes des États membres. Par ailleurs, les nouvelles règles de litispendance établis par les arts 33 et 34 du règlement Bruxelles *Ibis* visent à protéger les justiciables domiciliés dans des États membres de l'UE⁶¹.

Le résultat c'est qu'il n'aura aucune garantie qu'un jugement rendu par un juge britannique sera reconnu et exécuté aisément dans les pays de l'EU. Il n'y aura pas de règles communes à tous les États membres et la sécurité juridique et la prévisibilité feront défaut. Le gouvernement de sa Majesté pourrait être amené à conclure un accord avec l'Union, mais il est notoire que de tels accords sont difficiles à négocier et à ratifier⁶². Pour ça il faudrait du temps et, sans l'implication de la Cour de justice, un tel accord manquerait le dynamisme du Règlement Bruxelles *Ibis*.

Puis, comme nous avons déjà mentionné il y aura à terme la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale de la Conférence de la Haye.

Entretemps, au Pays-Bas le 18 juillet 2007, le Ministre de la Justice a présenté au Parlement un projet de loi portant création d'un nouveau tribunal, le *Netherlands Commercial Court* (NCC), compétent pour déterminer des différends commerciaux internationaux complexes. La loi a été approuvée par le Sénat néerlandais le 11 décembre 2018. Trois juges spécialisés

⁶⁰ V. <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/judgments/22nd-diplomatic-session>.

⁶¹ V. la présentation du Prof. Hess citée dans la note 40.

⁶² Selon le *Financial Times*, le RU devra renégocier 759 traités suite à sa sortie de l'UE: <https://www.ft.com/content/f1435a8e-372b-11e7-bce4-9023f8c0fd2e>.

dans le règlement des différends commerciaux internationaux entendront chaque cas soumis au nouveau tribunal. Les juges seront choisis en fonction de leur connaissance du droit privé, leur connaissance de l'anglais juridique et du droit procédural américain et anglais, et leur expérience dans le traitement de conflits commerciaux internationaux importants et complexes. En parallèle, en France Bruno Le Maire, Ministre français de l'Économie, a promis de créer une juridiction spéciale siégeant à Paris en langue anglaise pour régler les différends financiers, afin d'attirer les grandes banques américaines après le Brexit. Le précédent gouvernement avait demandé au Haut Comité juridique de la place financière de Paris (HCJP) de formuler des préconisations permettant la mise en place de «formations de jugement aptes à connaître de contentieux techniques, à appliquer des règles de droit étranger et à conduire les procédures dans les conditions, notamment linguistiques, les plus efficaces»⁶³. Puis en Allemagne, il y a la *Justizinitiative Frankfurt* de mars 2017. Dans le cadre de cette initiative, les plaidoiries et les déclarations de témoins pourront être entendues en anglais sans avoir besoin d'être traduites, bien que les soumissions écrites et les verdicts seront toujours traités en allemand. Le plan doit être piloté à l'*Oberlandesgericht* de Cologne.

Les britanniques vont réagir bien sûr, d'abord en créant une nouvelle cité judiciaire⁶⁴, mais probablement aussi en réintroduisant les vieilles armes et méthodes du *common law* interdites par la Cour de justice, comme l'*anti-suit injunction*⁶⁵ et la doctrine de *forum non conveniens*. Mais le départ même partiel de banques et d'entreprises d'assurance ou le transfert de certaines fonctions vers Paris, Francfort et Dublin aura comme résultat inévitable un déplacement du contentieux. Il semble que le nombre de contrats

⁶³ V. <http://www.lefigaro.fr/flash-eco/2017/06/29/97002-20170629FILWWW00298-le-maire-promet-une-juridiction-speciale-en-anglais-pour-attirer-les-banques-americaines.php>.

⁶⁴ V. aussi G. RÜHL, *Building Competence in Commercial Law, A study for the JURI Committee*, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, PE 604.980, septembre 2018, qui propose la création d'une Cour commerciale européenne.

https://www.theguardian.com/law/2017/oct/09/new-court-complex-planned-bolster-city-london-after-brexit?CMP=Share_iOSApp_Other.

⁶⁵ Une telle injonction peut s'adresser à l'auteur actuel ou potentiel d'un recours à l'étranger. Au cas où le destinataire d'une telle injonction n'y obtempère pas, il s'expose à des poursuites pour outrage au tribunal et peut être sanctionné par des peines allant jusqu'à la contrainte par corps ou à la mise sous séquestre de ses biens. V. le jugement de la Cour de justice de l'UE du 10.02.2009 dans l'affaire C-185/07 *West Tankers Inc.*, ECLI:EU:C:2009:69.

internationaux qui spécifie Londres comme le for compétent et le droit anglais comme le droit applicable est déjà en diminution.

En ce qui concerne le droit de la famille, les conventions de la Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps, les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille⁶⁶ seront utiles aux Britanniques, mais moins efficaces que les instruments correspondants de l'Union. Les justiciables et les juges ne bénéficieront plus des instruments de coopération qui ont été développés au fur des années. Ce seront surtout les justiciables qui en souffriront les conséquences⁶⁷.

A la longue, le droit du Royaume-Uni s'éloignera du droit de l'UE. Après la date de sortie, aucune action judiciaire basée sur la violation d'un principe général de droit de l'UE sera possible⁶⁸ et les juges britanniques ne seront plus liés par les décisions prises par la Cour de justice après la date de sortie, il est prévu que les juges ne doivent pas tenir compte de ce qui a été fait le jour de la sortie ou après par la Cour européenne, par un autre organe de l'UE ou par l'UE, mais qu'ils peuvent en tenir compte s'ils estiment qu'il est approprié de le faire⁶⁹. Cette disposition donnera un pouvoir discrétionnaire énorme aux juges, ce qui est étonnant à la lumière surtout de la volonté des eurosceptiques de « reprendre le dessus » (*take back control*).

En ce qui concerne plus particulièrement la coopération judiciaire en matière pénale⁷⁰, le Royaume-Uni a opté seulement pour un nombre très restreint de mesures concernant le droit matériel⁷¹ et la procédure pénale,

⁶⁶ Citées dans la note 25.

⁶⁷ V. Brexit: justice for families, individuals and businesses? House of Lords, European Union Committee, <https://publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/134/134.pdf>. V. aussi M. REQUEJO ISIDRO, T. AMOS, P.A. DE MIGUEL ASENSIO, A. DUTTA, M. HARPER, *The Future Relationship between the UK and the EU following the UK's withdrawal from the EU in the field of family law*, Département thématique des droits des citoyens et des affaires constitutionnelles du Parlement européen, PE 608.834, octobre 2018.

⁶⁸ *Withdrawal Act*, Schedule 1, 3(1) et (2).

⁶⁹ *Withdrawal Act*, section 6.

⁷⁰ V. en particulier, V. MITSILEGAS, *European Criminal Law After Brexit*, *Crim Law Forum* (2017) 28: 219. <https://doi.org/10.1007/s10609-017-9314-y> et S. Peers, *EU Referendum Brief 5: How would Brexit impact the UK's involvement in EU policing and criminal law?* EU Law Analysis, <https://wordpress.com/read/feeds/23620839/posts/1065461826>.

⁷¹ P. ex. Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre

où le Royaume-Uni a participé à l'adoption et l'application de la législation de l'UE sur, par exemple, le droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales⁷² ainsi que les droits des suspects et les droits des victimes de la criminalité⁷³. Des lois équivalentes britanniques resteront probablement en force après la date de sortie.

En ce qui concerne les instruments de reconnaissance mutuelle du droit pénal, la situation est plus compliquée. Il s'agit surtout du mandat d'arrêt européen⁷⁴ et la décision d'enquête européenne⁷⁵ (un système global d'obtention de preuves dans les affaires revêtant une dimension transfrontalière) ainsi qu'un système de transfert des personnes condamnées vers un autre pays de l'UE pour y purger leur peine⁷⁶ et les décisions «Prüm» (qui donnent accès aux bases de données policières d'autres pays de l'UE sur les empreintes digitales, les plaques d'immatriculation et l'ADN)⁷⁷ et les lois sur l'échange de casiers judiciaires⁷⁸.

2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, JO L 335 du 7.12.2011, p. 1.

⁷² Directive 2010/64/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 relative au droit à l'interprétation et à la traduction dans le cadre des procédures pénales, JO L 280 du 26.10.2010, p. 1.

⁷³ Directive 2012/29/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 établissant des normes minimales concernant les droits, le soutien et la protection des victimes de la criminalité et remplaçant la décision-cadre 2001/220/JAI du Conseil, JO L 315 du 14.11.2012, p. 57. Le RU a choisi de ne pas participer à l'adoption de la législation sur l'accès à un avocat, la présomption d'innocence ou les droits des enfants suspects.

⁷⁴ 2002/584/JAI: décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190 du 18.7.2002, p. 1.

⁷⁵ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale, JO L 130 du 1.5.2014, p. 1.

⁷⁶ Décision-cadre 2008/909/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements en matière pénale prononçant des peines ou des mesures privatives de liberté aux fins de leur exécution dans l'Union européenne, JO L 327 du 5.12.2008, p. 27.

⁷⁷ Décision 2008/615/JAI du Conseil du 23 juin 2008 relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, p. 1, et décision 2008/616/JAI du Conseil du 23 juin 2008 concernant la mise en œuvre de la décision 2008/615/JAI relative à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme et la criminalité transfrontalière, JO L 210 du 6.8.2008, p. 12.

⁷⁸ Décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil du 26 février 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les États membres, JO L 93 du 7.4.2009, p. 23.

Depuis 2010, le Royaume-Uni a utilisé le mandat d'arrêt européen pour demander l'extradition de presque 1.800 personnes. Plus de 95% des personnes extradés vers d'autres États membres ne sont pas des ressortissants britanniques. De même, l'échange des casiers judiciaires est particulièrement important pour le Royaume-Uni: selon le gouvernement, les contrôles judiciaires des casiers judiciaires de ressortissants d'autres pays de l'UE ont augmenté de 1.650% depuis 2010.

Bien qu'il existe la Convention européenne d'extradition de 1957⁷⁹, elle ne va pas aussi loin que les règles de l'UE. Il est notoire, par exemple, qu'avant l'entrée en vigueur du mandat d'arrêt européen, beaucoup de pays européens n'extradaient pas leurs propres ressortissants. Dans ce contexte, il faut noter que l'article 185, alinéa 2, de l'accord sur le retrait du Royaume-Uni prévoit que «l'Union, à l'égard de tout État membre ayant soulevé des raisons liées aux principes fondamentaux du droit national du dudit État membre, peut déclarer que, pendant la période de transition, outre les motifs de non-exécution d'un mandat d'arrêt européen visés dans la décision-cadre 2002/584/JAI, les autorités judiciaires d'exécution de cet État membre peuvent refuser de remettre ses ressortissants au Royaume-Uni en vertu d'un mandat d'arrêt européen. Dans ce cas, le Royaume-Uni peut déclarer, au plus tard un mois après la réception de la déclaration de l'UE, que ses autorités judiciaires d'exécution peuvent refuser de remettre ses ressortissants à cet État membre». Il semble que l'Allemagne ait informé la Commission européenne qu'immédiatement après la sortie du Royaume-Uni, elle n'acceptera plus de remettre ses ressortissants à ce pays⁸⁰.

Donc, sauf accord spécifique avec l'UE, le Royaume-Uni cessera de participer au régime du mandat d'arrêt européen et appliquera la Convention européenne d'extradition de 1957. En effet, le 15 janvier 2019, le gouvernement a publié un projet de règlement⁸¹ qui prévoit la modification de la loi actuelle sur l'extradition de 2003 de manière à ce qu'après le Brexit, toutes les demandes d'extradition à destination et en provenance des États de l'UE seront à nouveau réglementées par la Convention européenne de 1957. Ce projet de modification législative suscite des inquiétudes non seulement liées à l'augmentation des coûts et des délais, mais aussi parce que

⁷⁹ Convention européenne d'extradition, Paris, 13.12.1957, Série des traités européens – n° 24.

⁸⁰ V. <https://www.ft.com/content/8facc77a-32af-11e9-bb0c-42459962a812>.

⁸¹ *Draft Law Enforcement and Security (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*.

plusieurs pays de l'UE ont abrogé leur législation mettant en œuvre ladite convention et d'autres ont toujours refusé d'extrader leurs propres ressortissants. Il est aussi vrai que cette convention n'a pas été ratifiée par tous les États membres.

Une autre solution consisterait à négocier des traités spécifiques avec l'UE ou individuellement avec les États membres. Il est vrai que l'UE a conclu un traité d'extradition avec la Norvège et l'Islande, un traité d'extradition avec les États-Unis et des conventions d'assistance mutuelle (sur l'échange de preuves) avec la Norvège et l'Islande, les États-Unis et le Japon. Mais la négociation du traité d'extradition avec la Norvège et l'Islande a pris des années et le traité n'oblige pas les États à extradier leurs propres citoyens.

Le Royaume-Uni voudrait chercher un accord avec l'UE sur ces questions, mais il s'avère qu'un pays non membre de l'UE ne peut négocier qu'une participation limitée à ces lois de l'UE. Le problème majeur pour le Royaume-Uni serait en tout cas la Cour de justice de l'Union car il semble (au moins à présent) que le Royaume-Uni ne veut voir aucun rôle pour la Cour. L'attitude ambiguë du gouvernement britannique vis-à-vis de la Convention des droits de l'homme (et son rejet de la Charte des droits fondamentaux suite à la sortie du RU de l'EU) constituera aussi une difficulté majeure car le principe à la base des instruments comme le mandat d'arrêt est celui de la confiance mutuelle et de la conformité avec la protection des droits de l'homme.

En ce qui concerne les agences de l'UE, le Royaume-Uni pourrait éventuellement conclure des accords de coopération avec Europol et Eurojust, tout comme d'autres pays non membres de l'UE. Toutefois, de tels accords n'autoriseraient pas le Royaume-Uni à accéder directement aux bases de données, à diriger les équipes d'enquête ou à participer à la gestion de ces agences. Le fait que, contrairement à la Suisse, la Norvège et l'Islande, le Royaume-Uni ne sera pas dans la zone Schengen compliquera la situation.

La participation du Royaume-Uni à l'échange d'informations policières avec l'UE sera également soumise à renégociation. Ici aussi, les pays non membres de l'UE ne peuvent négocier qu'une participation limitée à ces lois de l'UE. Et si le Royaume-Uni n'adhère pas aux lois communautaires sur la protection des données, il y aura des conflits juridiques difficiles qui pourraient limiter le transfert de données policières aux autorités britanniques.

Dans l'ensemble, le Brexit est susceptible de conduire à une réduction significative de la coopération en matière pénale et policière entre le Royaume-Uni et les pays de l'UE.

Une autre complication en ce qui concerne l'échange de données personnelles entre l'UE et la Grande Bretagne, notamment des données policières, est posée par le niveau de protection des données personnelles. Suite à sa sortie de l'UE, le Royaume-Uni devra garantir sa conformité avec la jurisprudence stricte de la Cour de Justice sur le pouvoir de surveillance de l'État en utilisant des données personnelles générées par le secteur privé⁸².

Conclusion: le Brexit n'apportera rien de positif aux britanniques dans le domaine de la coopération judiciaire ni en matière civile et commerciale ni en matière pénale.

⁸² Jugement du 8.04.2014, Affaires jointes C-293/12 et C-594/12, Digital Rights Ireland ECLI:EU:C:2014:238 et jugement du 6.10.2015, Affaire C-362/14, Schrems EU:C:2015:650.

GEORGES CAVALIER, ROCCO DI NUZZO¹

*LES DROITS FONDAMENTAUX:
NOUVEAUX OUTILS POUR LES FISCALISTES*

SOMMAIRE : 1. Le contexte général : les droits fondamentaux vus comme un rocher. – 2. Les outils internationaux. – 2.1. Première sous-partie : Conseil de l'Europe et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Cour de Strasbourg). – 2.2 Deuxième sous-partie : Libertés de l'Union européenne et Cour de Justice de Luxembourg. – 3. Les outils constitutionnels. – 4. Conclusions.

1. Le contexte général : les droits fondamentaux vus comme un rocher

Le cours a pour ambition d'enseigner comment les droits fondamentaux sont devenus un nouvel outil des fiscalistes. Ce thème présente une dimension de nature internationale mais également de droit interne, encore que cette distinction est à relativiser compte tenu de la nature intégrée du droit communautaire². Un thème aussi général peut présenter un intérêt tant pour ceux s'orientant vers le métier d'avocat que pour ceux cheminant vers une carrière de chercheur. Les droits fondamentaux sont souvent présentés comme un rocher. Un rocher sur lequel s'édifie la société. Les droits fondamentaux attestent que dans tout système juridique il existe un ordre de valeurs supérieures qui est placé hors d'atteinte des conventions particulières. C'est dans l'idéalisme que paraît se situer le point de départ de toute réflexion sur les droits fondamentaux en général et appliqués à la matière fiscale en particulier.

¹ La présente contribution résulte du cours donné par M. Georges Cavalier (Université de Lyon) lors du 60^{ème} Séminaire de droit comparé et européen (2018) à l'Université d'Urbino: elle résulte des notes, prises et appareillage bibliographique apporté par le Dr. Rocco Di Nuzzo (Université d'Urbino). M. Di Nuzzo a soumis une première version de ce travail à M. Cavalier à partir de la présentation orale que ce dernier a donné, l'été 2018, à Urbino. Puis M. Cavalier a relu cette première version et lui a apporté des modifications. Ce travail est donc le fruit d'une collaboration et d'une réflexion commune aux deux auteurs.

² CJCE, Costa c/ E.N.E.L, 6/64.

Pourquoi la fiscalité ? Parce que c'est un angle de vue souvent négligé par les universitaires s'intéressant aux droits fondamentaux qui, pourtant, est extrêmement prometteur. Dans notre monde globalisé, la pertinence du droit fiscal résulte de ce qu'il se présente aujourd'hui de plus en plus comme un droit de conflit de normes où les droits fondamentaux occupent nécessairement une place de choix. Un séminaire de droit comparé et européen mérite aussi de livrer passage à ceux qui s'intéressent au rapprochement des droits. Cette mise en regard s'opère en matière fiscale davantage par l'action de la jurisprudence que par celle du législateur, même s'il existe aujourd'hui des projets européens visant à harmoniser la fiscalité directe des entreprises³. Du point de vue des internationalistes, il peut apparaître surprennent que le juge fiscal s'intéresse au rapprochement des législations fiscales, domaine régalien par excellence.

En effet, le juge fiscal n'est pas naturellement un juge faisant œuvre d'harmonisation : si, en droit international privé, le juge a la possibilité d'appliquer le droit étranger, cette position traditionnelle⁴ n'est pas concevable en matière fiscale qui est le siège de la souveraineté de l'Etat. Cette position traditionnelle est peut-être en train de changer⁵ même si, au risque de se répéter, la position traditionnelle veut que le juge fiscal italien n'applique que la loi fiscale italienne, ou le Conseil d'Etat français jamais la loi fiscale italienne, par exemple.

Or la loi étrangère semble occuper de plus en plus de place aux yeux du juge et du législateur fiscal. On a maintenant depuis longtemps des exemples où le juge prend en compte la loi étrangère *non fiscale* pour appliquer une règle fiscale nationale. Mais on trouve désormais aussi des exemples où la loi ou la convention internationale conditionnent l'application de la loi nationale à une règle *fiscale* étrangère⁶. Cela est une conséquence directe de la globalisation de l'économie et de la lutte contre les stratégies d'endettement

³ Parmi les projets d'harmonisation de la fiscalité directe des entreprises on rappelle surtout les projets de 2011 et de 2016 sur une assiette commune et consolidée à l'impôt sur les sociétés. Pour approfondir les projets voir les liens à la note 10.

⁴ Rappr. œuvre de Friedrich-Karl Von Savigny et sa théorie en Droit international privé voir : *Traité de droit romain*, 8 vol., Paris, 1840-1860. Pour des autres approfondissements voir aussi : B. BAREL, *Diritto internazionale privato*, Milano, 2018, p. 30 ss.

⁵ Voir la récente proposition du commissaire européen P. Moscovici de passer au vote à la majorité qualifiée en matière fiscale

⁶ G. CAVALIER, *Règle fiscale française, droit international privé (communautaire) et droit (non fiscal) étranger : quelle méthode d'articulation ?*, in RISF n. 1/2019, p. 82 ss.

excessif. En effet, les groupes internationaux financent souvent les entités situées dans des pays à forte fiscalité par des emprunts consentis par des entités situées dans des pays à fiscalité faible. Ce schéma permet aux premières de ces entités de *déduire* des charges financières (intérêts payés), tandis que les produits financiers correspondants (intérêts reçus) sont *imposés* chez les secondes où le taux de l'impôt est par principe moins élevé que celui du pays où ces intérêts sont déduits. Il en résulte pour le groupe une base d'imposition réduite (et donc un impôt plus réduit, si l'on garde à l'esprit la formule de base : base d'imposition x taux d'impôt = impôt payé). Et pour peu que, dans cette formule, le taux d'intérêt soit artificiellement gonflé, l'économie d'impôt au niveau du groupe est d'autant plus importante. C'est la raison pour laquelle l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Union européenne (UE) et les Etats ont adopté des mesures de riposte. La directive du 12 juillet 2016 « anti évasion fiscale » prévoit une mesure générale de limitation de la déductibilité fiscale des charges d'intérêts nettes à concurrence d'un ratio fixé entre 10 et 30% du bénéfice brut d'exploitation du contribuable. Mais la France n'a pas attendu cette réaction européenne pour réagir, en créant une corrélation entre la déduction de la charge et l'imposition du profit. D'une façon générale, l'Etat français a subordonné la déduction des intérêts d'emprunt entre sociétés liées à la preuve, par la société emprunteuse, que la société prêteuse a été assujettie au titre de l'exercice en cours, à raison de ces mêmes intérêts, à un impôt dont le montant est au moins égal au quart de l'impôt déterminé dans les conditions de droit commun⁷.

Cette règle illustre une méthodologie nouvelle naissante qui est, lorsque la loi ou la convention internationale le mentionnent expressément, d'imposer au juge national de s'intéresser au contenu de la loi fiscale étrangère pour appliquer sa propre loi.

Comment cette imposition à l'étranger est-elle prouvée en pratique ? Cette charge probatoire n'existe que si l'administration en fait la demande. Concrètement, cela signifie que la société qui a porté en déduction les charges financières doit se tenir prête, en cas de demande de l'administration, à rapporter la preuve qui lui incombe à peine de voir remise en cause cette déductibilité fiscale. Par exemple, l'administration fiscale va deman-

⁷ Art. 212, I b, CGI. Ce dispositif a été jugé conforme à la Constitution française: A. LAGARRIGUE, B. HARDECK, *Dispositif anti-hybrides : retour sur les difficultés d'application à la lumière des premiers commentaires de l'administration*: Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 352.

der que la société irlandaise bénéficiaire des intérêts versés (et donc déduits par un emprunteur français) produise la déclaration fiscale du prêteur irlandais pour vérifier que ces intérêts reçus sont bien contenus dans le résultat fiscal irlandais imposé au taux des revenus passifs de 25 %, voire de 12,5 % pour certaines sociétés financières.

Au-delà de ces questions de méthodes, l'autre tendance actuelle de la fiscalité des entreprises est d'être de plus en plus au centre de conflits de normes. Aujourd'hui c'est l'UE et les textes européens qui entrent en conflit avec les droits nationaux⁸ et tous les grands contentieux de ces dernières années⁹ ont eu pour fondement le non respect du droit de l'UE par tel ou tel Etat membre. Tous ces contentieux sont délocalisés (ils ne sont pas traités au final par les Conseils d'Etat français ou italien) car c'est la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui tranche le point de droit soulevé par les juridictions nationales.

Même s'il n'y a pas d'harmonisation formellement fiscale – parce que les traités européennes ont maintenu intact la souveraineté des Etats membres en matière de fiscalité directe – et donc en dépit d'un système fiscal harmonisé entre les Etats membres, la CJUE a précisé que l'exercice par les Etats membres de leur souveraineté fiscale doit s'effectuer dans le respect des li-

⁸ La Cour de Justice a posé deux principes essentiels en matière de conflit entre le droit communautaire et les droits nationaux. Dans un premier temps, dans l'affaire *Van Gend & Loos* (arrêt du 5 février 1963, 26/62) la Cour a établi l'effet direct des dispositions communautaires à l'égard des particuliers (personne physique ou personne morale) qui sont citoyens des états membres de la Communauté européenne. Ultérieurement, dans l'affaire *Costa c. ENEL* (arrêt du 15 juillet 1964, 6/64) la Cour va encore plus loin – de façon décisive – alors qu'elle affirme le principe de la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 228 ss. ; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, pp. 52-55 et pp. 252-259. ; A. M. CALAMIA, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2018, p. 143 ss. ; G. STROZZI e R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale*, Torino, 2016, p. 411 ss. ; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2017, 432 ss. ; A. BOUVERESSE et D. RITLENG, *L'effectivité du Droit de l'Union européenne*, 2018, p. 40 ss., 66 ss., 97 ss. ; O. BLIN, *Droit institutionnel, matériel et contentieux de l'Union européenne*, 2018, p. 137 ss., 144 ss. De manière plus spécifique, v. G. ROSSOLILLO, *Fiscalità e sovranità : riflessioni sulla ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2018, p. 121 ss.

⁹ Sans être exhaustif, voir par exemple : CJUE, 2^{ème} ch., 2 sept. 2015, aff. C-386/14, Groupe Steria : Dr. fisc. 2015, n° 40, comm. 611, note P.-P. Hôo et C. Maignan ; Cons. const., 13 avr. 2018, n° 2018-699 QPC, Sté Life Sciences Holdings France : Dr. fisc. 2018, n° 20, comm. 277, note L. Nayberg et L. Vergnet.

bertés communautaires en particulier la liberté d'établissement et la liberté de circulation des capitaux¹⁰.

Si la Cour utilise les grandes libertés de circulation pour harmoniser de façon négative, c'est en raison de la rareté des textes communautaires. Outre les quelques dispositions fiscales dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (droits de douane et taxes d'effets équivalents, ainsi que les impositions intérieures discriminatoires), il existe une harmonisation des impôts sur la consommation, en particulier l'assiette de la TVA. C'est ici le lieu de rappeler, une nouvelle fois, la formule du fiscaliste :

Base (assiette) x taux d'imposition = montant de l'impôt

Seule la *base* de la TVA est harmonisée (ce sont donc les mêmes règles que retiennent la France et l'Italie pour déterminer l'assiette de la TVA). En revanche, pour ce qui concerne le taux, la France, comme l'Italie, garde une certaine liberté : il n'y a pas encore de taux unifiés, mais Bruxelles impose aux Etats membres de prévoir un taux normal de 15% minimum, et un, voire deux taux réduits (de 5% minimum). Un peu partout en Europe, l'heure est à la hausse des taux de TVA. En France, le taux normal de TVA est de 20%, contre 22% en Italie. Actuellement il y a un projet en Europe d'harmoniser les bases fiscales de l'impôt sur les sociétés¹¹. Dans un premier

¹⁰ Dans plusieurs reprises la CJUE a requis le respect des libertés communautaires par les Etats membres dans l'exercice de leur souveraineté fiscale. A titre d'exemple, la Cour a requis le respect du droit de liberté de circulation et de non-discrimination à de nombreuses reprises (*sans être exhaustif*, v. CJUE, 14 février 1995, C-279/93, *Schumacker* ; CJUE, 13 juillet 1993, C-330/91, *CommerzbankAG* ; CJUE, 27 juin 1996, C-107/94, *Asscher* ; CJUE, 8 Mai 1990, C-175/88, *Biehl* ; CJUE, 28 janvier 1986, C-270/83, *Avoir Fiscal*). Sans compter l'exigence, en matière fiscale, du respect du droit de la concurrence et des principes régissant les aides d'Etat (v. par ex. CJUE, 2 juillet 1974, C-173/73, *Italy c. Commission* ; Commission européenne, Décision, 4 octobre 2017, aide d'Etat SA.38944, *Luxembourg – Amazon* ; Commission européenne, Décision (UE) 2017/1283, 30 août 2016, aide d'Etat SA.38373, *Ireland – Apple* ; Commission européenne, Décision (UE) 2017/502, 21 octobre 2015, aide d'Etat SA.38374, *Netherlands – Starbucks* ; Commission européenne, Décision (UE) 2016/2326, 21 octobre 2015, aide d'Etat SA.38375, *Luxembourg – Fiat* ; CJUE, 23 février 1961, C-30/59, *Gezamenlijke Steenkolenmijnen*).

¹¹ Le dernier projet en ce sens a été présenté par la Commission européenne le 25 octobre 2016 ayant pour objet une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés. D'ailleurs, ce projet en suivait un précédent – en date de 2011. Pour la proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés voir le lien suivant : https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2016_685_fr.pdf ; dernière mise à jour 28.01.2019. Pour plus d'informations voir aussi le site Internet officiel de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/

temps, il s'agirait de définir une assiette commune de l'impôt sur les sociétés dans tous les pays de l'Union ; dans un second temps, cette assiette serait consolidée.

En matière de fiscalité directe, et malgré ces projets, la souveraineté des Etats reste pleine et entière, mais dans le respect du droit communautaire. Cette contrainte imposée aux Etats membres dans l'exercice de leur souveraineté fiscale bénéficie même sous certaines conditions aux résidents des Etats tiers (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas membres de l'UE). La CJUE va comparer le mode d'imposition en France du contribuable qui réside en France avec la situation du contribuable qui réside dans un autre Etat membre et qui perçoit le même revenu. La Cour a développé un raisonnement méthodologique en quatre temps :

1. Identifier une différence de traitement ;
2. Assurer la comparabilité des situations pour identifier une discrimination.
3. S'il y a une discrimination, la CJUE doit regarder s'il y a une justification.
4. Si la discrimination est justifiée, la Cour va déterminer si le niveau de discrimination n'est pas disproportionné par rapport à l'objectif poursuivi.

Il existe ainsi toute une série de contentieux de différentes sources (sur les dividendes versés aux sociétés étrangères, sur l'intégration fiscale, etc.). Et lorsque la Cour s'est prononcée contre les Etats¹², ceux-ci ont modifiés leurs législations et s'en est suivie une phase de remboursement d'impôt au contribuable européen qui a été discriminé (ces situations ont parfois donné lieu à de nouveaux impôts pour financer les remboursements issus de ces jurisprudences communautaires). Ces questions auxquelles la Cour est confrontée n'empêchent pas au juge de rappeler – au-delà des règles nécessairement techniques – des grands principes que tout juriste connaît : principe d'égalité, principe de non discrimination, principe de droit à un tribunal indépendant. Ces grands principes vont être portés par le code général des impôts italien¹³, le code général des impôts français¹⁴, les autres

common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_fr ; dernière mise à jour 28.01.2019.

¹² A titre d'exemple voir : CJUE, 14 février 1995, C-279/93, *Schumacker*.

¹³ Pour le code général des impôts italien voir : L. OCCHETTA, *Codice tributario*, Milano, 2018; D. CHINDEMI, *Codice del contenzioso tributario*, Milano, 2018.

¹⁴ Pour le code général des impôts français (version consolidée au 1^{er} janvier 2019) voir le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577>.

règles nationales : on a d'un côté le code des impôts italien, le code général des impôts français et de l'autre côté ces grands principes qui prennent leur source dans l'UE mais pas seulement. Ces sources, s'agissant des droits fondamentaux, sont européennes/ internationales mais aussi constitutionnelles et elles constituent le « rocher » déjà évoqué. Du point de vue français, ce n'est que depuis 2010 que le contrôle de constitutionnalité est effectué *a posteriori* (c'est-à-dire après l'adoption de la loi)¹⁵. De telle sorte que l'on étudiera, dans un premier temps, les outils internationaux puis, dans un second temps, les outils constitutionnels.

2. Les outils internationaux

Ces outils internationaux peuvent se trouver dans une boîte à deux compartiments : le premier contient la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CEDH ») ; c'est l'axe strasbourgeois. Le second compartiment regroupe les libertés fondamentales : c'est l'axe luxembourgeois.

Ces textes sont de valeur inégale parce que la CEDH n'a pas été conçue pour la fiscalité et l'économie en général. Elle a en matière fiscale des potentialités qui sont aujourd'hui virtuelles, peu puissantes car – si l'on résume – aujourd'hui seules les sanctions fiscales à coloration pénale bénéficient de la protection des garanties procédurales de la CEDH. Hors ces sanctions, et sur un plan procédural, les possibilités sont donc peu nombreuses. En revanche, sur le fond du droit, la Convention offre peut-être davantage d'opportunité avec l'article 1 de son premier protocole additionnel qui garantit le droit de propriété. En même temps, et alors que l'article 6 (garanties procédurales) n'autorise pas les Etats à avoir une certaine marge d'appré-

¹⁵ Le contrôle de constitutionnalité *a posteriori* a été introduit par la Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, inséré dans la Constitution par l'article 61-1. Cet article prévoit que «*Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé*». Pour la loi constitutionnelle n° 2008-724, voir le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019237256&dateTexte=&categorieLien=id> ; dernière mise à jour le 30.01.2019. Pour la Constitution française complète voir le lien officiel de l'Assemblée Nationale : <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> ; dernière mise à jour le 30.01.2019.

ciation, l'article 1P1 leur en laisse une. En revanche, le droit de l'Union européenne est devenu majeur en fiscalité directe. Ce sont donc ces deux textes (CEDH et libertés fondamentales/Traités européens) qui vont maintenant être développés.

2.1. Première sous-partie : Conseil de l'Europe et Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (Cour de Strasbourg).

Ce premier chemin – strasbourgeois – sur lequel le lecteur est invité à se promener est plutôt un « sentier étique » : la voie offerte est en effet très étroite. Lorsque l'on demandait à un étudiant dans les années 1990 si la CEDH était applicable au droit des affaires et était en passe de devenir la Convention européenne des droits de l'entreprise, certains n'y croyaient pas. Cette question maintenant est largement dépassée. Mais l'application de la Convention en matière fiscale, en particulier l'article 6.1 (procès équitable)¹⁶, reste prudente. Il existe une applicabilité, mais exceptionnelle, des garanties procédurales parce que la Cour dans un arrêt *Ferrazzini* de 2001¹⁷ a indiqué que ces garanties procédurales de l'article 6.1 n'étaient pas applicables au contentieux de l'impôt. Néanmoins, la Cour a trouvé une parade pour embrasser le litige fiscal au fond en s'appuyant sur l'article 1 du premier protocole additionnel¹⁸ qui garantit le droit de propriété. S'il y a donc une applicabilité exceptionnelle des garanties procédurales, il existe en revanche une applicabilité de principe de la CEDH par l'article 1 du protocole relatif à la garantie des biens. Avec l'arrêt *Ferrazzini* de 2001, les espoirs de voir applicable l'article 6.1 aux sanctions

¹⁶ « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] ». Art. 6 al. 1 CEDH (voir le lien suivant https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf ; dernière mise à jour 13.01.2019).

¹⁷ *Ferrazzini v. Italy*, app. No. 44759/98, 12/07/2001.

¹⁸ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. ». Art. 1 al. 1 du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tel qu'amendé par le Protocole n° 11 (voir le lien suivant <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/090000168006377d> ; dernière mise à jour 13.01.2019).

fiscales ont donc été largement déçus. L'arrêt *Bendenoun* de 1994¹⁹ décidait pourtant que les sanctions fiscales qui participent à la matière pénale constituent des accusations à caractère pénal. Quel était le problème en l'espèce ? Que stipule l'article 6.1 de la CEDH ? Il offre un droit au procès équitable dans deux types de contentieux : lorsque sont en litige des obligations à caractère civil ou pénal. Or la matière fiscale n'est pas une obligation à caractère civil car elle met en scène une relation entre l'Etat et le contribuable. En revanche, est-ce que les sanctions fiscales participent de la matière pénale ? Certaines sanctions fiscales ont une coloration pénale mais pas toutes. Aujourd'hui il y a une jurisprudence très fournie sur l'applicabilité du volet pénal de l'article 6.1 aux sanctions fiscales. Au sein de cette jurisprudence²⁰, il y a des cas que l'on considère résolus et d'autres plus complexes.

Le premier cas, simple, concerne l'intérêt de retard. Lorsque l'on paye en retard un impôt, en général, dans les systèmes fiscaux (France, Italie, Etats Unis) le contribuable doit s'acquitter d'un intérêt de retard. Est-ce que l'on doit considérer cet intérêt comme une sanction pénale ou pas ? L'intérêt de retard n'est pas une sanction à proprement parlé parce qu'il correspond au coût du crédit forcé qui est accordé par le Trésor public. Tant le Conseil d'Etat que la Cour de Cassation ont jugé que cet intérêt de retard n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 6.1²¹.

En revanche, la situation est différente pour les pénalités pour défaut de déclaration ou déclarations soumises avec retard (en France, la pénalité de 5 % en matière de TVA, 10% sur le revenu en matière d'impôt sur le revenu pour les particuliers). Ces sanctions fiscales sont considérées par les juridictions comme des sanctions à coloration pénale bénéficiant de l'article 6.1 et de ses garanties procédurales.

A coté de ce cas simple il y a un cas plus complexe jugé par la CEDH

¹⁹ *Bendenoun v. France*, app. n. 12547/86, 24/02/1994.

²⁰ Sur l'applicabilité de l'article 6.1 de la CEDH aux sanctions fiscales on fait référence surtout à l'affaire *Bendenoun v. France*, app. n. 12547/86, 24.02.1994.

²¹ Pour le Conseil d'Etat (CE, ass., avis, 12 avr. 2002, *SA Financière Labeyrie* : Dr. fisc. 2002, n° 26, comm. 555, concl. F. Sénors, note B. Boutemy et E. Meier) et la Cour de cassation (Cass. com., 27 sept. 2005, Dr. fisc. 2006, n° 12, comm. 275 ; RJF 1/2006, n° 103), l'intérêt de retard n'est pas une sanction à proprement parler puisqu'il vise essentiellement à réparer les préjudices de toute nature subis par l'Etat à raison du non-respect par les contribuables de leurs obligations de déclarer et payer l'impôt aux dates légales ; il s'ensuit qu'il n'est pas soumis aux règles applicables aux sanctions fiscales.

en 2016 : l'affaire *Société Oxygène c/ France*²². Ici, une société se voit déchue d'un régime favorable au motif qu'elle n'a pas rempli un certain nombre d'obligations déclaratives. Elle soutient que cette déchéance est une sanction à coloration pénale. La société bénéficie d'un régime de faveur. Mais en perdant le bénéfice de cette faveur, elle ne se retrouve que dans le régime de droit commun. Pour cette raison, la Cour considère que ce n'est pas une sanction à caractère pénal que d'être soumis au droit commun. Toutefois, la Cour contourne sa propre jurisprudence *Ferrazzini c/ Italie* – juillet 2001)²³ qui délaisse le contentieux fiscal par la main droite en le reprenant par la main gauche grâce à l'article 1 du premier protocole additionnel qui garantit le droit au respect des biens : la Cour juge que l'espérance légitime de pouvoir obtenir le remboursement de l'impôt est une valeur patrimoniale et donc un bien au sens de l'article 1 du premier protocole ; et comme chacun a droit au respect de ses biens, il devient possible d'invoquer cet article 1 couplé à l'article 13 de la Convention qui est le droit à un recours effectif²⁴.

Un exemple concerne les lois de validation rétroactive. La situation est la suivante : lorsque l'administration fiscale perd une bataille sur le terrain contentieux devant un juge, il n'est pas rare qu'elle demande au législateur une modification de la loi. Et souvent l'administration demande au législateur de voter une loi de validation rétroactive qui va geler les effets de la jurisprudence favorable au contribuable. La CEDH et le Conseil constitutionnel français affirment que les principes de la Convention vont à l'encontre de la conventionalité de ces lois de validation au regard de l'article 1 du premier protocole. L'affaire *Peugeot-Citroen*²⁵ est une illustration criante. Selon la Cour européenne, les atteintes apportées par l'Etat au droit de propriété ne sont justifiées que si elles sont fondées sur un motif impérieux d'intérêt général.

²² Cour Européenne des droits de l'homme, arrêt du 17 mai 2016, 76959/11, *Société Oxygène Plus v. France*.

²³ *Ferrazzini v. Italy*, app, 44759/98, 12.07.2001.

²⁴ « Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. » Art. 13 CEDH (voir le lien suivant https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf ; dernière mise à jour 13.01.2019).

²⁵ CE, 21 oct. 2011, n° 314767 et 314768 : Dr. fisc. 2011, n° 50, comm. 630, concl. Cl. Legras, note O. Fouquet.

Dans deux décisions du 21 octobre 2011, le Conseil d'Etat a invalidé une loi de validation rétroactive au motif qu'une telle justification n'avait pas été apportée. En l'espèce, deux sociétés dont la SNC Peugeot Citroën Mulhouse, avaient, en décembre 2002 et en novembre 2003, formé une réclamation pour demander restitution de la taxe professionnelle (l'ancêtre de la contribution économique territoriale) qu'elles avaient acquittée à tort compte tenu d'une jurisprudence rendue par le Conseil d'Etat en 2000. En avril 2003, le Conseil d'Etat a confirmé sa jurisprudence tout en la précisant, ce qui a conduit le législateur à modifier rétroactivement la règle fiscale. Les contribuables, après rejet de leur réclamation, ont soutenu que la modification législative avait porté atteinte au droit au respect de leurs biens.

Après avoir considéré que la restitution des cotisations de taxe professionnelle constituait un « bien » au sens des dispositions précitées, les juges du fond, approuvés par le Conseil d'Etat, ont considéré que les motifs invoqués par le Gouvernement pour fonder la rétroactivité de la loi n'étaient pas suffisants, à savoir notamment un risque de perte budgétaire suite à des dégrèvements évalués à plus de 100 millions d'euros et le risque que les collectivités territoriales engagent la responsabilité de l'Etat à raison des produits fiscaux non perçus. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, le motif financier (qui peut par hypothèse toujours être invoqué en matière fiscale) ne suffit pas à lui seul en principe à justifier une législation rétroactive.

2.2 Deuxième sous-partie : Libertés de l'Union européenne et Cour de Justice de Luxembourg.

Le droit de l'UE pose un principe d'autonomie fiscale de chaque Etat membre²⁶. Cette exigence a été maintenue par le traité de Lisbonne. Chaque

²⁶ Le droit communautaire fait une distinction parmi trois typologies des compétences : on y trouve les compétences exclusives aux articles 2 et 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les compétences partagées à l'article 4 de ce Traité, et les compétences pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres à l'article 6 du Traité. Quand une compétence est exclusive « *seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignant* », alors que quand s'agit d'une compétence partagée « *l'Union et les Etats membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants* » dans un domaine déterminé. Enfin « *Dans certains domaines [...] l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des Etats membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines* ». Il faut bien rappeler que parmi les compétences exclusives de l'Union européenne il n'y a pas

Etat dispose d'un droit de veto et cela explique pourquoi l'harmonisation fiscale en droit communautaire (sauf quelques directives en matière de fiscalité directe) peine à progresser²⁷. Pour autant la Cour de justice de l'UE rappelle régulièrement que cette souveraineté fiscale doit s'exercer dans le respect des principes posés par le droit de l'UE (principe de liberté d'établissement et le principe de mouvement des capitaux)²⁸.

Jusqu'en 1986 on ne trouve pas d'arrêt de la CJUE en matière de fiscalité directe, comme si on était convaincu à l'époque que les systèmes fiscaux nationaux ne pouvaient en aucune manière entraîner des discriminations dans l'exercice de grandes libertés de circulation. De 1986 à 1995, on dénombre une poignée d'arrêts qui n'ont pas vraiment changé le paysage.

De 1995 à 2005 la Cour statue en revanche à 45 reprises sur la compatibilité des règles nationales de fiscalité directe avec le droit communautaire et dans 90% des cas la Cour a déclaré les règles nationales *contraires* au droit communautaire²⁹. Des auteurs se sont donc demandés si la construction fiscale communautaire ne se fait pas davantage à Luxembourg qu'à Bruxelles. Cela contraste avec les interventions des Etats membres, du Parlement et de la Commission européenne qui en 40 ans ont sorti quatre ou cinq directives alors que la CJUE, en l'espace de deux décennies, a jugé à près de 200 occasions.

Son triptyque de raisonnement est le suivant : (1) discrimination ; (2) justification ; et (3) proportionnalité.

la matière fiscale. Par conséquent, le pouvoir de fixer les impôts et, en général, de légiférer en matière fiscale appartient exclusivement aux Etats membres. Exception importante au principe d'autonomie fiscale de chaque Etat membre concerne l'art. 113 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne alors que, dans une perspective de fonctionnement du marché intérieur et d'éviter distorsions de concurrence, le Conseil peut arrêter « *dispositions touchant à l'harmonisation des législations relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et autres impôts indirects* ». En janvier 2019, le commissaire européen Pierre Moscovici a présenté un texte pour passer « progressivement » à la majorité qualifiée sur les questions fiscales au sein de l'UE. Il était en effet « difficile » d'approuver à l'unanimité la taxe sur les géants du numérique.

²⁷ En matière d'impôt direct on fait référence, à titre d'exemple, à la directive du 23 juillet 1990 relative aux sociétés mères et filiales (aujourd'hui consolidée), et celle du 23 juillet 1990 relative aux fusions transfrontalières, ou encore la directive du 3 juin 2003 concernant le régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances entre des sociétés associées d'Etats membres différents.

²⁸ Voir note 8.

²⁹ Pour approfondir ce thème voir la note 8.

C'est ce triptyque que suit par la Cour dans l'affaire *Marks & Spencer*³⁰.

L'affaire concerne le régime anglais correspondant grossièrement à l'intégration fiscale française, laquelle est une consolidation assez poussée. Ce régime ne peut bien se comprendre que si l'on garde à l'esprit le principe : celui d'une imposition « société par société » dans un groupe ; autrement dit, le principe est que le droit fiscal ignore le groupe. En cas de présence d'une société mère et de sa filiale, chacune des deux sociétés constituent des contribuables distincts. Si cette société mère réalise des pertes de 100 et sa fille un bénéfice de 1.000 la société mère n'aura aucun impôt à supporter sur son résultat car elle ne dégage pas de bénéfice. En revanche, sa filiale va payer un impôt de 333 (si l'on considère que le taux d'impôt sur les sociétés est de 33,1/3 %, ce dernier a déjà amorcé une diminution à 28 ou 31 % en 2019, pour atteindre 25 % en 2022). L'exemple illustre le principe selon lequel les sociétés sont imposées séparément même si elles font partie d'un groupe. Toutefois ces sociétés peuvent opter pour être imposées comme un groupe et dans ce cas là le résultat du groupe sera égal à la somme algébrique des résultats individuels de chacune des sociétés composant ce groupe (dans l'exemple ci-dessus, le résultat du groupe sera égal à 900 (1000 de la filiale + (-100) de la société mère). Et si l'on applique le taux de l'impôt sur les sociétés, on comprend aisément que le montant d'impôt supporté par le groupe ne sera pas de 333 (cf. ci-dessus en cas d'imposition individuelle), mais de 300 (900 x 33,1/3 %). Le gain fiscal dans l'exemple est donc de 33 (333-300). L'équivalent du régime de l'intégration fiscale au Royaume-Uni s'appelle le *group relief*. Ce régime anglais s'applique aux sociétés anglaises mais pas aux filiales non britanniques. Or la société Marks & Spencer avait des filiales en France, en Belgique et en Allemagne qui avaient subi des pertes ; la société mère anglaise a voulu intégrer les résultats de ces filiales étrangères déficitaires pour le calcul du résultat du groupe, mais l'administration fiscale anglaise a refusé tout simplement parce que la loi anglaise prévoyait que le régime ne s'appliquait qu'aux sociétés anglaises. Les avocats de la société Marks & Spencer ont donc prétendu que la loi anglaise était contraire au droit communautaire ; en effet, si Marks & Spencer envisage la création de filiales en Angleterre ou en France, alors il y aura une préférence pour l'Angleterre car elle ne pourra pas bénéficier du même régime fiscal favorable pour sa filiale française. Cette législation fiscale britannique serait donc un obstacle à la liberté d'établissement.

³⁰ CJUE, *Marks & Spencer v David Halsey* (Her Majesty's Inspector of Taxes), C-446/03, arrêt du 3 décembre 2005.

Dans l'affaire Marks & Spencer, l'avocat général a rendu sa décision au début de l'année 2005³¹ et la Cour s'est prononcée le 13 décembre 2005³² (c'est-à-dire après plus de 10 mois après l'avis de l'avocat général). Ce temps exceptionnellement long et inhabituel séparant l'avis de la décision de la Cour montre l'intensité des discussions sur l'affaire : discussions au sein des multinationales parce qu'il s'agissait de faire circuler leur pertes et réduire leur base imposable ; mais discussions également au sein des Etats membres qui risquaient de voir par conséquent fondre leur ressources fiscales du fait de l'érosion de la base fiscale des groupes. En 2005, l'un des auteurs du présent article avait réalisé une étude en recensant le nombre d'articles parus non seulement dans des revues juridiques (comme par exemple la revue de droit fiscal etc.) mais aussi ceux parus dans des journaux non spécialisés (journal *Le monde*, *New York Times*, *Financial Times*). Il a trouvé plus d'une trentaine d'articles évoquant l'affaire : cela atteste de l'intensité des débats. Qu'a décidé la CJUE dans l'affaire Marks & Spencer ?

La Cour a rendu un arrêt qui ménage à la fois les intérêts des Etats et ceux des contribuables et des sociétés. En suivant sa méthodologie (triptyque : discrimination ; justification ; proportionnalité), la Cour de Justice de l'UE constate effectivement une discrimination entre les filiales résidentes au Royaume Uni et celles résidentes en Belgique, en Allemagne et en France. Cette discrimination est facile à établir dès lors que le traitement par le système fiscal britannique distingue entre les filiales anglaises et les (autres) filiales qui ne sont pas anglaises. Dans cette première étape du raisonnement, la Cour donne raison à la société Marks & Spencer ; mais au cours de la deuxième étape du raisonnement, la Cour s'attache à trouver une justification à la discrimination. Regardant les justifications invoquées par les Etats (la Grande Bretagne mais d'autres Etats européens intervenus). La première justification avancée par la Grande Bretagne est le souci de cohérence fiscale : il serait normal que les pertes soient déduites par priorité dans l'Etat où elles sont nées (c'est-à-dire que les pertes belges, allemandes ou françaises soient déduites par priorité en Belgique, en Allemagne ou en France plutôt qu'en Angleterre). La deuxième justification réside dans la

³¹ Pour les conclusions de l'Avocat Général de la CJUE du 7 avril 2005 voir le lien suivant : <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=59651&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10517086> ; dernière mise à jour 27.01.2019.

³² Pour l'arrêt de la Cour (grande chambre) du 13 décembre 2005 voir le lien suivant : <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57067&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10517086> ; dernière mise à jour 27.01.2019.

crainte des Etats qu'une même perte (par exemple une perte réalisée par la filiale française) soit utilisée deux fois (par exemple une fois en Angleterre pour éponger en quelque sorte de profit anglais, et puis une seconde fois en France lorsque la filiale française, deux ans plus tard par exemple, redeviendrait bénéficiaire tout en imputant son déficit). Cette deuxième justification est celle visant à lutter contre l'évasion fiscale ; et la CJUE retient ces justifications. La troisième étape du raisonnement cherche à vérifier la proportionnalité de la réaction des Etats par rapport à l'objectif poursuivi. Ici, la Cour condamne le régime anglais parce que la loi fiscale anglaise interdisait *de manière absolue* l'utilisation des pertes étrangères (dans le cas il s'agissait des pertes allemandes, belges et françaises). La Cour adopte une position plus nuancée en affirmant que le groupe doit pouvoir prouver que ses pertes belges, allemandes et françaises ne sont pas utilisées en Belgique, en Allemagne ou en France ; et si une telle preuve est rapportée, alors l'imputation de ces pertes en Angleterre devrait être admise (donc la Cour dit que si on prouve qu'il n'y a pas eu d'évasion fiscale et donc que la perte n'est pas utilisée deux fois, alors on peut imputer la perte belge, allemande ou français sur le profit anglais).

Une fois ce raisonnement admis, il faut regarder les situations particulières de chacune des sociétés française, belge et allemande. Pour la société française, qui faisait des pertes mais qui avait trouvé un repreneur, la situation est la suivante : on sait qu'un changement d'actionnaire d'une société ne remet pas en cause les pertes antérieures, à l'inverse d'un changement d'activité réelle de la société. Cela veut dire que les pertes françaises du fait de la reprise et poursuite de l'activité pourraient être ultérieurement utilisées contre les bénéfices de cette société française. Elles ne pouvaient donc pas être rapatriées au Royaume-Uni.

En revanche, pour les sociétés belge et allemande qui n'avaient pas trouvées un repreneur et qui devaient donc être dissoutes (et leur actif liquidé), la possibilité d'utiliser ces pertes localement étaient absente. Dans ce cas la CJUE dit pour droit que l'interdiction d'utilisation totale de ces pertes n'est pas justifiée de façon proportionnelle. Pour ces filiales allemande et belge qui, sans repreneur, devaient être dissoutes, leurs pertes n'avaient aucune chance d'être utilisées en Allemagne et en Belgique. C'est pourquoi, la Cour ne trouve pas l'interdiction générale et absolue par l'Angleterre de l'utilisation de ces pertes contre des profits anglais suffisamment proportionnelle ; selon la Cour, ces pertes devraient pouvoir être utilisées en Grands Bretagne parce qu'elles ne pouvaient pas être utilisées en Belgique et en Allemagne. On le voit, les outils internationaux, en particulier ces issus du

droit de l'Union européenne, sont devenus majeurs pour le fiscaliste. Qu'en est-il des outils nationaux, c'est-à-dire constitutionnels?

3. Les outils constitutionnels

Les outils constitutionnels se trouvent dans plusieurs dispositions : aux grands principes (nécessité de l'impôt, droit de propriété et surtout le principe de l'égalité devant l'impôt et devant les charges publiques) s'ajoutent les autres droits garantis par la Constitution (la garantie des droits, tirée de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et des citoyens, fonde notamment le contrôle de constitutionnalité des lois rétroactives ; sur le plan procédural, le droit à un recours effectif, ou le respect de l'équilibre des droits des parties sont d'autres exemples). Pour se limiter à quelques illustrations, on focalisera l'attention du lecteur sur le principe de nécessité de l'impôt³³, proclamé à l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 :

« Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée » ;

L'équivalent dans le système juridique italien peut être trouvé à l'article 53 de la Constitution italienne de 1948 lorsqu'elle affirme que :

*« Chacun est tenu de contribuer aux dépenses publiques à raison de sa faculté contributive. Le système fiscal s'inspire des critères de progressivité ».*³⁴

S'agissant de ce principe de nécessité de l'impôt, il existe un débat en période de crise budgétaire pour faire participer les plus riches à l'effort commun. En France, le principe d'une taxe qui aboutissait à une taxation à hauteur de 75 % du revenu a suscité les passions. La question qui s'est

³³ Pour la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen complète voir le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

³⁴ Pour la Constitution italienne (en français) complète voir le lien suivant : https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione_francese.pdf ; dernière mise à jour 27.01.2019.

posée est la suivante : est-ce-que cet impôt est confiscatoire ? Est-ce qu'il est contraire au principe de nécessité de l'impôt selon lequel l'Etat doit seulement prévoir des impôts nécessaires au maintien des services publics ? Le Conseil constitutionnel a estimé que des taux marginaux d'imposition supérieurs à 75 % faisaient peser une charge excessive sur les contribuables³⁵. Interrogé pour avis, le Conseil d'Etat français a estimé pour sa part qu'un taux marginal d'imposition de 66 %, quelle que soit la source des revenus, doit être regardé comme un maximum au-delà duquel une mesure fiscale risque d'être censurée par le juge constitutionnel comme étant confiscatoire ou faisant peser une charge excessive sur une catégorie de contribuables en méconnaissance du principe d'égalité³⁶.

Quant au principe d'égalité devant l'impôt, il est aujourd'hui supplanté par le principe spécial posé à l'article 13 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 :

*« Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés »*³⁷.

Selon le Conseil constitutionnel, c'est au législateur de déterminer, compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être prises en compte les facultés contributives du contribuable³⁸.

4. Conclusions

L'Etat a toujours voulu conserver cet attribut essentiel de la souveraineté qu'est le pouvoir de lever l'impôt. Néanmoins, il faut désormais constater que les influences supranationales empiètent – de façon toujours plus marquée – n'importe quel domaine juridique, y compris la matière fiscale. Les incursions remarquées par la Cour de justice de l'Union européenne

³⁵ Conseil constitutionnel n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012

³⁶ CE, sect. fin., avis, 21 mars 2013 : Dr. fisc. 2013, n° 13, comm. 188.

³⁷ Le principe d'égalité devant l'impôt a été établi pour la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen complète voir le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789> ; dernière mise à jour 27.01.2019.

³⁸ R. TORLET et M. VALETEAU, La jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'égalité depuis l'institution de la QPC : Dr. fisc. 2015, 231.

voire la Cour européenne des droits de l'homme attestent de ce phénomène qui est amené à prendre encore davantage d'ampleur dans les années qui viennent.

Par conséquent, à la lumière des tendances des majeures des cours européennes, il faut accepter que la protection des droits de l'Homme et plus généralement des libertés qu'ils impliquent soit devenue de plus en plus – et définitivement – en contact direct avec la matière fiscale, au plus grand bonheur des fiscalistes, dont la discipline ne se limite pas à des calculs ou des « recettes de cuisine » mais ressemble davantage à un droit de conflit de normes.

JENS KARSTEN

*FOOD GOVERNANCE, FOOD LAW AND THE THIRD LEVEL
IN THE HIERARCHY OF NORMS*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Food Law. – 2.1. Pillars of Food Law. – 2.2. Development of Food Law. – 2.3. Food law – An attempt to give Union law a structure and to relate it to relevant Italian law. – 2.4. Food 2030 - Food 2050. – 2.5. Case study: Parma Ham – a very Italian contribution to European food law. – 3. Tertiary Law. – 3.1. Comitology. – 3.2. Delegated acts. – 3.3. Implementing acts. – 3.4. Useful web-links. – 4. Food Governance.

1. Introduction

In this short treatise or compilation, three topics will be presented, two of which are closely related and rooted in the tangible – and ‘tastetable’ – subject of food, while the third appears abstract. Food is the bracket that holds the narrative together. EU law’s hierarchy of norms, and in particular its third level, can well be explained on the subject of food and the law and policy that governs its production, processing and consumption.

European Food Law regulates areas as diverse as primary food production in agriculture and fisheries, trade in food, food security (safety of supply) and food defence, food safety, food information as well as nutrition. In the TFEU, reference is made to the internal market, to agriculture, to health and consumer protection, but no single provision provides the foundation for food law – which was no obstacle for food law, more even than other fields of law, of becoming heavily communiterised, with a recent tendency towards re-nationalisation. Food and drink was the area of law on which the European Court of Justice originally developed its free movement of goods doctrine on products like whisky (*Dassonville*), liquor (*Cassis de Dijon*), margarine (*De Smet*), beer (*Reinheitsgebot*), pasta (*Drei Glocken*) and cheese (*Deserbais*). Reaching maturity (and saturation point) it becomes perceived as an area of law in its own right.

EU Tertiary Law is law adopted by the EU-Executive (the European Commission) on the basis of express empowerments in secondary law adopted, mostly, by the EU co-legislator (the European Parliament and the

Council). The Commission also completes the law, by delegated act (to supplement or amend) and implementing act (to establish uniform conditions). Tertiary law is adopted in a procedure known as ‘comitology’ that has thoroughly changed with the Lisbon Treaty 2009. Labelled ‘underground law’ due to opaque procedures and inaccessible Commission *interna*, it is often of paramount importance regarding the decisions taken. Comitology, having developed in the 1960s in the area of agricultural law, has the biggest legislative output in the area of farm law and food law. This is also the area where most cases occurred for the scrutiny of the Commission by European Parliament and Council.

Food Governance is the art of shaping the regulatory environment by various strata of government for food business operators, consumers and the general public. It is both law and a branch of political science and follows the structures of EU.

2. Food Law

Food law is everywhere but not well known as a branch of law. Rooted in the agricultural *acquis communautaire* but developed on the internal market provisions of the Treaty, it forms a body of law that governs food security and food defence, food safety, food information and nutrition. While highly relevant in societal terms and for the sheer base needs of each and everybody, it only recently emerged as an independent field of law. The chapter will present key elements of food law, its basis, its current predicaments and an outlook for the future (“Food 2030”/“Food 2050”), thereby ‘wetting the taste’ as it is hoped for the subject.

In Union law, “food law” as a body of law is defined as “the laws, regulations and administrative provisions governing food in general, and food safety in particular, whether at Community or national level; it covers any stage of production, processing and distribution of food, and also of feed produced for, or fed to, food-producing animals”¹.

2.1. Pillars of Food Law

Distinguishing four strands of food policy helps to structure food law and understand its background.

¹ Article 3 No 1 of Regulation (EC) No 178/2002.

a) Food Security and Food Defence

Food security (safety of supply), by the 1996 World Food Summit, was stated to “exists when all people, at all times, have physical and economic access to sufficient, safe and nutritious food to meet their dietary needs and food preferences for an active and healthy life”. It has been made food-related priority by the Council Presidency Trio of Romania-Finland-Croatia 2019-2020.

Food defence can be described as anti-crime and anti-terrorism in the food chain. The European Parliament offers the following description: “Food defence is generally defined as the protection of food from intentional contamination or adulteration by biological, chemical, physical, or radiological agents and includes measures regarding prevention, protection, mitigation, response and recovery from intentional acts of food contamination. Food defence is different from food safety as the latter deals with unintentional contamination. In 2007, the World Health Organisation identified intentional food contamination as one of the main global health threats of the 21st century and stated that food has become an instrument for terrorist attacks. In the EU, food defence is a rather new concept, as opposed to the USA where food defence originated and is extensively regulated. Past incidents such as terrorist attacks and food fraud have contributed to food defence systems development in some Member States. In the aftermath of the 2001 terrorist attacks in the US, the Health and Security Committee was set up in the EU. This informal group was given a formal status and assigned specific tasks in 2013, when Decision 1082/2013/EU on serious cross-border threats was adopted, reinforcing coordination of preparedness measures across the EU for communicable diseases and other serious health threats (including intentional food contamination)”.

b) Food Safety (food composition)

Food safety, in law, is the body of rules describing the handling, preparation, and storage of food in ways that prevent food-borne illness and avert health hazards. Food safety law deals with biological safety (hygiene), chemical safety (residues and contaminants), radiological safety (radiation) and physical safety (foreign body contamination, imitates).

c) Food Information (commercial communication)

Food information law means the “Union provisions governing the food information, and in particular labelling, including rules of a general nature

applicable to all foods in particular circumstances or to certain categories of foods and rules which apply only to specific foods”².

d) Nutrition

Nutrition deals with people’s diets. WHO-Europe defines the challenge as follows:

“Tasty, nutritional food adds years to life and life to years. Nevertheless, the burden of disease associated with poor nutrition continues to grow in the WHO European Region. Poor diet, overweight and obesity contribute to a large proportion of non-communicable diseases, including cardiovascular diseases and cancer, the two main killers in the Region. National surveys in most countries indicate excessive fat intake, low fruit and vegetable intake and an increasing problem of obesity, all of which not only shorten life expectancy, but also harm the quality of life”.

e) Neighbouring areas

A holistic view of food law must include primary production, that is, agriculture and fisheries³. Feed law, plant health and animal health, therefore, are part of the picture.

2.2. Development of Food Law

The table below provides an overview over the development of EU food law in the shortest possible fashion:

² Article 2(2)(b) of Regulation (EU) No 1169/2011.

³ Article 3 No 1 of Regulation (EC) No 178/2002: “primary production” means the production, rearing or growing of primary products including harvesting, milking and farmed animal production prior to slaughter. It also includes hunting and fishing and the harvesting of “wild products”.

Food	Nutrition
<i>“Free movement of food” (→ Directives)</i> Vertical Directives Horizontal (Dir. 79/112 – 1st Labelling Directive) 6/11/1985: Commission Communication “Completion of the Internal Market: Community legislation on foodstuffs” (COM(85) 603 final of 8/11/1985) 24/10/1989: Communication on the free movement of foodstuffs within the Community (OJ C 271, 24/10/1989, p. 3) <i>Crisis response (→ Regulations)</i> 30/4/1997: Green Paper on general principles of EU food law (COM(97) 176 final) 12/1/2000: White Paper on Food Safety (COM (1999) 719 final) — “Farm to Fork” 14/12/2000: Council Resolution on health and nutrition (OJ C 20, 23/1/2001, p. 1) 28/1/2002: Regulation (EC) No 178/2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority (EFSA) and laying down procedures in matters of food safety (General Food Law)	24/9/1990: Directive 90/496/EEC on nutrition labelling 3/12/1990: Council Resolution on an action programme on nutrition and health (OJ C 329, 31/12/1990, p. 1) 28/6/1994: Council of Europe Recommendation on food and health 20/5/2000: WHO (Europe) first action plan for food and nutrition policy 2003: establishment of the Network on Nutrition and Physical Activity 23/9/2002: EP and Council adopting a programme of Community action in the field of public health (2003-2008) 8/12/2005: Commission Green Paper “Promoting healthy diets and physical activity: a European dimension for the prevention of overweight, obesity and chronic diseases” 16/11/2006: WHO European Charter on counteracting obesity 30/5/2007: Commission White Paper on nutrition, overweight and obesity-related health issues 2007: “EU Pledge” of food industry (www.eu-pledge.eu) ... in the making: product reformulation

2.3. Food law – An attempt to give Union law a structure and to relate it to relevant Italian law

The table below lists the items of the *acquis communautaire* forming together the body of Union food law. The reader is invited to complete the list by references to Italian law.

Food law proper

Area covered	Union law	Italian law
General Food Law	Regulation 178/2002 (2019 amendments to be adopted)	
Food Defence	Decision 1082/2003	
Food Information Law	Article 16 Reg. 178/2002	
	FIC-Reg. 1169/2011 <i>Before 13/12/2014: Dir. 2000/13</i>	
	NHCR 1924/2006 (health claims)	
	Article 5 Reg. 853/2004 (identity marks)	
Food information law of agricultural law	Product denominations (CMO) Quality labels Eco labels Beef labelling	
Food (and non-food) advertisement	UCP Dir. 2005/29	
	MCA Dir. 2006/114	
Food (and non-food) packaging	Dir. 75/107 (bottles as measuring containers)	
	Dir. 76/211 (weigh or volume of pre-packed products)	
	Dir. 2007/45 (nominal quantities for pre-packed products)	
	Dir. 2009/34 (weights and measures)	
	Dir. 2011/91 (lot identification)	
Food (and non-food) price indication	Price Indication Dir. 98/6	
Functional food (<i>physiological effect</i>)	Food Supplements Dir. 2002/46 (<i>creates food subcategory</i>)	
	Food for specific groups (FSG) Reg. 609/2013 <i>Before 20/7/2016: PARNUTS-Dir. 2009/39 (creates food subcategory)</i>	
	Fortified Food Reg. 1925/2006 (Reg. 307/2012)	

(segue)

Area covered	Union law	Italian law
Food composition	Food Improvement Agents Package (“FIAP 2008”) Common authorisation procedure of Reg. 1331/2008 + Reg. 234/2011 Enzymes Reg. 1332/2008 Additives Reg. 1333/2008 Flavourings Reg. 1334/2008	
	Smoke flavourings Reg. 2065/2003 Reg. 1321/2013	
	Novel Food Reg. 2015/2283 <i>Before 1/1/2018:</i> Novel Food Reg. 258/97	
	Genetically modified organisms GMO-Reg. 1829/2003	
Biological safety	General food hygiene Reg. 852/2004	
	Hygiene animal products Reg. 853/2004	
	Microbiological criteria Reg. 2073/2005	
	QuickFrozenDir 89/108 QuickFrozenReg 37/2005	
	Biocides (food and non-food) Reg. 520/2012	
	Reg. 2016/2031 (phytosanitary)	
Chemical safety	Contaminants Reg. 315/93 Reg. 1881/2006 (recast under way)	
	Residues incl. pesticides Reg. 396/2005	
	Food contact material Reg. 1935/2004	
	Extraction solvents Dir. 2009/32	
Radiological safety	Irradiation Dir. 1999/2	
Market surveillance	Reg. 882/2004 and Reg. 854/2004 <i>as of 19/12/2019:</i> Official Controls Reg. 2017/625	
RASFF	Article 50 <i>et seq.</i> Reg. 178/2002	

...	Product reformulation (EU action in pipeline)	
Criminal liability	Food fraud (EU action in pipeline)	
Product safety	Food Imitations Dir. 87/357	
Civil liability	Dir. 85/374, amended by Dir. 1999/34	
Enterprise	Food SMEs (EU action in pipeline)	

Agricultural food law

Area	Union law	Italian law
Common Market Organisation	Single CMO-Reg. 1308/2013 (marketing standards)	
	CMO-Implementation (<i>tertiary law</i>) Reg. 1850/2006 (hops) Reg. 445/2008 (spreading fats) Reg. 543/2008 (poultry) Reg. 566/2008 (baby beef) Reg. 589/2008 (eggs) Reg. 617/2008 (hatching eggs) Reg. 1333/2011 (bananas) Reg. 29/2012 + 1335/2013 (olive oil) Reg. 543/2011 (fruit+vegetable) Reg. 1666/1999 Reg. 85/2004 (apples) UNECE Food Standards ⁴	
	CMO-Fish Reg. 1379/2013	
School milk and fruit	Reg. 2017/39	

⁴ UNECE Food Standards and Recommendations of the Working Party on Agricultural Quality Standards (WP.7).

For the morning:

Vertical rules for specific foods	Union law	Italian law
“Breakfast Directives”	Coffee Dir. 1999/4	
	Chocolate Dir. 2000/36	
	Honey Dir. 2001/110	
	Sugar Dir. 2001/111	
	Fruit Juice Dir. 2001/112	
	Marmalade Dir. 2001/113	
	Sour milk Dir. 2001/114	

For the entire day:

	Mineral Water Dir. 2009/54	
	Water Quality Dir. 98/83	

For the evening:

Alcoholic beverages	Union law	Italian law
Common Market Organisation Wine	Reg. 1308/2013	
Aromatised wines	Reg. 251/2014	
Spirits	Reg. 110/2008 (2019 amendments to be adopted)	

Quality Policy	Quality-Reg. 1151/2012: Protected Designation of Origin (PDO) Protected Geographical Indication (PGI) Traditional Speciality Guaranteed (TSG) Island products Mountain products Local food (Article 55)	
	POSEI-Reg. 228/2013	
	Organics Reg. 834/2007 + Reg. 889/2008 and Reg. 1235/2008 <i>as of 1/1/2021:</i> Reg. 2018/848	
Beef registration and labelling	Reg. 1760/2000	
Aquaculture	Dir. 2006/88	

2.4. Food 2030 - Food 2050

Food's future is uncertain and impacted by the challenges for sustainable production and consumption. Two target dates have been set by the European Commission and its scientific arm, the Joint Research Centre (JRC). Under the label of "Food 2030" and "Food 2050", reflection papers have been published:

2030:

Research and innovation policy⁵ of the European Commission
Bioeconomy – Agri-Food Chain
Future-proofing of the food system

2050:

Joint Research Centre (LRC) 28/11/2016 "Looking into the future of European food safety and nutrition policy"⁶.

⁵ <https://ec.europa.eu/research/bioeconomy/index.cfm?pg=policy&lib=food2030>.

⁶ <https://ec.europa.eu/jrc/en/news/looking-future-european-food-safety-and-nutrition-policy>.

2.5. Case study: Parma Ham – a very Italian contribution to European food law

The subject of Parma ham provides an insightful illustration for the link between national and European food law:

- 1963: Consorzio del Prosciutto di Parma
- 1970: Law No. 506
- 1978: Ministerial Order
- 1990: Law No. 26
- 1996: Commission Regulation (EC) No 1107/96 of 12 June 1996 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Article 17 of Council Regulation (EEC) No 2081/92
- 2003: Case C-108/01 [2003] ECR I-5121
- 2006: Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs
- 2012: Regulation (EU) No 1151/2012 of the European Parliament and of the Council on quality schemes for agricultural products and foodstuffs
- 2008, 2010, 2013: tertiary law amendments to product specification of Prosciutto di Parma (PDO = Protected Designation of Origin)
- 2017: Annex 20-A of Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA⁷) EU-Canada
- 2019: Annex 14-B of the Agreement between the European Union and Japan for an Economic Partnership⁸
- 2019: EU joining the Geneva Act of the Lisbon Agreement to better protect Gis.

3. Tertiary Law

Primary law is the law of the Treaties. Secondary law is the law adopted (mostly) in the ordinary legislative procedure, proposed by the European

⁷ OJ L 11, 14/1/2017.

⁸ OJ L 330 of 27/12/2018, p. 884.

Commission and adopted by the European Parliament and the Council («*méthode communautaire*»). Tertiary law is the law adopted by the Commission, controlled, to various degrees, by committees of Member States' experts. Sometimes, therefore, dubbed 'underground law' (because its procedures are removed from the public eye) it is a denomination for the tertiary level of Union law-making by delegated acts and implementing acts as introduced by the Lisbon Treaty (Article 290 TFEU and Article 291 TFEU). Both are often poorly understood in their importance as regulatory tools and in the complexity of the processes required for their adoption.

Procedures shall be explained on the basis of food and farm law which provide rich pickings for examples. The following is a compilation of material.

3.1. Comitology

"Comitology" is a neologism derived from the French term «Comitologie», itself (obviously) derived from «Comité». But, if this notion is so central, what really is a committee?

Standing Committee Plants, Animals, Food and Feed (SCoPAFF)

The Standing Committee "Plant, Animals, Food and Feed" (SCoPAFF⁹) – organised in "Sections" (general food law, biological safety of the food chain, novel food and toxicological safety, etc.), and its off-shots (expert groups and working groups) provide a forum for discussion between Commission and Member States on food-law matters. The SCoPAFF also decides on 'Lisbon Comitology' (implementing acts) and, in expert groups, discusses delegated acts.

Expert Groups and Committees

Experts sent by Member States meet in different constellations fulfilling different functions.

N.B.: Expert Group ≠ Working Party (even though the persons attending meetings might be the same).

⁹ Article 58(1) of Regulation (EC) No 178/2002.

Example animal feed:

Expert Groups ¹⁰	Standing Committee
- to discuss policy issues - to discuss → delegated acts	- to discuss and vote on → implementing acts
Substances indésirables – Nutrition animale (E00910): Directive 2002/32/EC on undesirable substances in animal feed	SCoPAFF – Section “Animal Nutrition”
Regulatory Committee (archive): Standing Committee for Animal Nutrition	Animal Health and Welfare section of the Standing Committee on SCoPAFF

3.2. Delegated acts

Purpose: completion or amendment of certain non-essential elements of a legislative act.

Primary law: Article 290 TFEU (auto-sufficient, that is, no need of completion by secondary legislation).

- A legislative act may delegate to the Commission the power to adopt non-legislative acts of general application to supplement or amend certain non-essential elements of the legislative act.
The objectives, content, scope and duration of the delegation of power shall be explicitly defined in the legislative acts. The essential elements of an area shall be reserved for the legislative act and accordingly shall not be the subject of a delegation of power.
- Legislative acts shall explicitly lay down the conditions to which the delegation is subject; these conditions may be as follows:
 - (a) the European Parliament or the Council may decide to revoke the delegation;
 - (b) the delegated act may enter into force only if no objection has been expressed by the European Parliament or the Council within a period set by the legislative act.

¹⁰ <http://ec.europa.eu/transparency/regexpert> – Commission Decision C(2016) 3301 final of 30/5/2016 establishing horizontal rules on the creation and operation of Commission expert groups.

For the purposes of (a) and (b), the European Parliament shall act by a majority of its component members, and the Council by a qualified majority.

- The adjective “delegated” shall be inserted in the title of delegated acts.

Secondary law:

- Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on Better Law-Making (OJ L 123, 12/5/2016, p. 1) incl. Common Understanding on Delegated Acts;
- Rules set out in the basic act (Articles 51/52 FIR; recital 58 in the example of the FIC-Regulation – below);
- Legislative delegation in FIC-Regulation (12-times);
- Article 105 of the Rules of Procedure of the European Parliament.

Example: *Regulation (EU) No. 1169/2011 on the provision of food information to consumers* (FIC-Regulation)

Recital 58

“The power to adopt delegated acts in accordance with Article 290 TFEU should be delegated to the Commission in respect of, *inter alia*, the availability of certain mandatory particulars by means other than on the package or on the label, the list of foods not required to bear a list of ingredients, the re-examination of the list of substances or products causing allergies or intolerances, or the list of nutrients that may be declared on a voluntary basis. It is of particular importance that the Commission carry out appropriate consultations during its preparatory work, including at expert level. The Commission, when preparing and drawing up delegated acts, should ensure simultaneous, timely and appropriate transmission of relevant documents to the European Parliament and to the Council”.

Article 51

Exercise of the delegation

- “1. The power to adopt delegated acts is conferred on the Commission subject to the conditions laid down in this Article.
2. The power to adopt delegated acts referred to in Article 9(3), Article

10(2), Article 12(3), Article 13(4), Article 18(5), Article 19(2), Article 21(2), Article 23(2), Article 30(6), Article 31(2), Article 36(4) and Article 46 shall be conferred on the Commission for a period of 5 years after 12 December 2011. The Commission shall draw up a report in respect of the delegation of power not later than 9 months before the end of the 5-year period. The delegation of power shall be tacitly extended for periods of an identical duration, unless the European Parliament or the Council opposes such extension not later than 3 months before the end of each period.

3. The delegation of power referred to in Article 9(3), Article 10(2), Article 12(3), Article 13(4), Article 18(5), Article 19(2), Article 21(2), Article 23(2), Article 30(6), Article 31(2), Article 36(4) and Article 46 may be revoked at any time by the European Parliament or by the Council. A decision to revoke shall put an end to the delegation of the power specified in that decision. It shall take effect the day following the publication of the decision in the *Official Journal of the European Union* or on a later date specified therein. It shall not affect the validity of any delegated acts already in force.

4. As soon as it adopts a delegated act, the Commission shall notify it simultaneously to the European Parliament and to the Council.

5. A delegated act adopted pursuant to Article 9(3), Article 10(2), Article 12(3), Article 13(4), Article 18(5), Article 19(2), Article 21(2), Article 23(2), Article 30(6), Article 31(2), Article 36(4) and Article 46 shall enter into force only if no objection has been expressed either by the European Parliament or the Council within a period of 2 months of notification of that act to the European Parliament and the Council or if, before the expiry of that period, the European Parliament and the Council have both informed the Commission that they will not object. That period shall be extended by 2 months at the initiative of the European Parliament or of the Council”.

Article 52

Urgency procedure

“1. Delegated acts adopted under this Article shall enter into force without delay and shall apply as long as no objection is expressed in accordance with paragraph 2. The notification of a delegated act to the European Parliament and to the Council shall state the reasons for the use of the urgency procedure.

2. Either the European Parliament or the Council may object to a delegated act in accordance with the procedure referred to in Article 51(5). In such a case, the Commission shall repeal the act without delay following the no-

tification of the decision to object by the European Parliament or by the Council”.

Soft law:

- Communication on Delegated Acts of the Commission (COM (2009) 673 final of 9/12/2009);
- Many more statements and declarations by EU organs.

Procedure:

- Basic legislative act is the FIC-Regulation with which the Union legislator has granted legislative delegation;
- The Commission, advised by EFSA (Article 5 FIC-Regulation), presents a proposal for a delegated act;
- Without being obliged to do so (note, however, recital 58 (2nd sentence) FIC-Regulation) the Commission may consult the expert committee;
- The European Parliament and/or the Council exercise political control subsequently through a right to object within a fixed period of 2x2 months (Article 51(5) FIC-Regulation) against the coming into force of adopted delegated acts, but need to mobilise an absolute majority respectively a qualified majority;
- The European Parliament and/or the Council exercise political control through a right to revoke (Article 51(3) FIC-Regulation), but need to mobilise an absolute majority respectively a qualified majority.

N.B.: Scrutiny (objection and revocation) is exercised *ex post*; no possibility for amendments.

3.3. Implementing acts

Purpose: Efficacy in the application of Union law.

Primary law: Article 291 TFEU (*to be completed by act of secondary law*).

- Member States shall adopt all measures of national law necessary to implement legally binding Union acts.
- Where uniform conditions for implementing legally binding Union acts are needed, those acts shall confer implementing powers on the Com-

- mission, or, in duly justified specific cases and in the cases provided for in Articles 24 and 26 of the Treaty on European Union, on the Council.
- For the purposes of paragraph 2, the European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure, shall lay down in advance the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers.
 - The word "implementing" shall be inserted in the title of implementing acts.

Secondary law:

- Regulation (EU) No 182/2011 laying down the rules and general principles concerning mechanisms for control by Member States of the Commission's exercise of implementing powers ("Comitology Regulation");
- FIC-Regulation.

Article 48
Committee

"1. The Commission shall be assisted by the Standing Committee on the Food Chain and Animal Health established by Article 58(1) of Regulation (EC) No 178/2002. That Committee is a committee within the meaning of Regulation (EU) No 182/2011.

2. Where reference is made to this paragraph, Article 5 of Regulation (EU) No 182/2011 shall apply.

Where the Committee delivers no opinion, the Commission shall not adopt the draft implementing act and the third subparagraph of Article 5(4) of Regulation (EU) No 182/2011 shall apply".

- Article 106 of the Rules of Procedure of the European Parliament;
- Rules of Procedure of the Appeal Committee (OJ C of 24/6/2011, p. 13).

Advisory Procedure
= fall-back procedure

Examination procedure – FIC-Regulation-style

1. The Union legislator provides for a legislative delegation in a “binding legislative act” – here the FIC-Regulation.
2. The Commission submits a draft implementing act to the responsible Examination Committee – here the SCoPAFF (Article 48 FIC-Regulation in conjunction with Article 3(3) of Regulation (EU) No 182/2011).
3. Then, in the particular design of the examination procedure of the FIC-Regulation, three scenarios are possible:
 - a. In case the SCoPAFF approves the proposal by qualified majority, the implementing act is adopted (Article 6(1) and 2 of Regulation (EU) No 182/2011).
 - b. In case there is neither a qualified majority in the SCoPAFF for the proposal nor a simple majority against it (that is, there is no opinion from the Examination Committee), the Commission cannot, as usually possible, adopt the implementing act or present an amended version of the proposal, but is obliged under Article 48(2)(2nd subpara.) FIC-Regulation to proceed according to Article 5(4) (3rd subpara.) of Regulation (EU) No 182/2011. Should the Commission therefore consider the implementing act to be necessary, it has two options:
 - The Commission can elaborate a modified proposal and present it to the Examination Committee for fresh negotiations within two months.
 - The Commission can refer its original proposal to the Appeal Committee within a delay of one month (Article 1(5) of the Rules of Procedure of the Appeal Committee: regularly the COREPER = Committee of Permanent Representatives of the Member States). If the Appeal Committee approves the draft or does not vote on it, the implementing act will be adopted. If the Appeal Committee votes with qualified majority against the draft, the implementing act will not be adopted. It is worthy of note that recital 14 of Regulation (EU) No 182/2011 requires of the Commission in the “particularly sensitive sectors” of “consumer health” and “food safety” to “act in such a way as to avoid going against any predominant position which might emerge within the appeal committee against the appropriateness of an implementing act”.

- c. In case the SCoPAFF rejects the proposal by simple majority, the Commission has the options as under b).

Scrutiny of implementing acts outside Comitology:

Rights of the Legislator

According to Article 10(3) and (4) of Regulation (EU) No 182/2011, the European Parliament and the Council have the right to be informed by the Commission.

According to Article 11 of Regulation (EU) No 182/2011 the co-legislators have the right to indicate that a draft implementing measure exceeds implementing powers.

The rest of us (Article 11 TEU)

The general public is informed via the on-line Comitology register (Article 10(5) of Regulation (EU) No 182/2011).

“Feedback mechanism”: citizens and other stakeholders can provide feedback on the draft text of an implementing act for four weeks before the relevant committee votes to accept or reject it.

3.4. Useful web-links

European Commission “Implementing and delegated acts”:

https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/adopting-eu-law/implementing-and-delegated-acts_en

Ordinary legislative procedure – Complete text:

www.europarl.europa.eu/external/html/legislativeprocedure/default_en.htm

Ordinary legislative procedure – Glossary:

www.europarl.europa.eu/external/appendix/legislativeprocedure/eu-roparl_ordinarylegislativeprocedure_glossary_en.pdf

“Level 2” measures in financial services regulations:

https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/financial-reforms-and-their-progress/regulatory-process-financial-services/regulatory-process-financial-services_en

4. Food Governance

Governance of food markets and food consumption is comprised of legislating, monitoring, enforcing rules and improving nutrition and thus is an interesting case study for the shape and growth of European governance. Largely Europeanised but now shortlisted for partial re-nationalisation, food policy shows a *Wimmelbild* of EU institutions and bodies, national agencies, non-governmental organisations (NGOs) and stakeholder organisation all engaged in making policy choices, carrying out safety assessments and conducting research. Sketching an image of the complexity of food governance and many of its ramifications is the objective of this chapter as well as showing how to engage in the process. The basic questions to ask are: What, actually, is EU law? Who makes food law?

What, actually, is EU law?

A fair question if one thinks of the level of regulation, its authors and its influencers.

Sources of Union food law are:

- The Treaties: Lisbon Treaty – TFEU (primary law);
- Regulations/Directives adopted by the European Parliament and the Council (secondary law);
- Delegated Regulations/Directives of the Commission (tertiary law);
- Implementing Regulations of the Commission (tertiary law);
- Recommendations (*sui generis*);
- ... and on top of all that: a cacophony of guidelines, notices, Q&As, policy papers, etc.

An overview of the sources of EU food law may look as follows:

Primary law – The Treaties	Secondary law – Legislative acts	Tertiary law – Non-legislative acts
Treaty on the European Union – TEU	Regulations – Article 288 TFEU	Delegated acts – Article 290 TFEU
Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU	Directives – Article 288 TFEU	Implementing acts – Article 291 TFEU

Annexes – Annex I to the TFEU (Article 38(3) TFEU)	Decisions – Article 288 TFEU	Legal acts directly based on the Treaty – Article 43(3) TFEU ¹¹
Accession Treaties	Uniform international law – Article 216(2) TFEU	“Old Comitology” acts Article 12(2nd subpara.) of Regulation 182/2011 Regulatory procedure with scrutiny («PRAC»)

Recommendations – Article 292 TFEU¹² (example: Recommendation 2013/99/EU on food fraud)

Free Trade Agreements (FTAs, examples: CETA, JAFTA) and Association Agreements – Article 207 and Article 217 TFEU

Mutual Recognition and Equivalence Agreements (organic products)

Categories of soft law¹³:

Guidelines (example: Article 10(4) Health Claims Regulation 1924/2006)

Technical Guidelines (example: Article 14 FSG-Regulation 609/2013)

Commission Notices (example: substances or products causing allergies or intolerances)

Q&As (example: Q&A on FIC-Regulation 1169/2011)¹⁴

Endorsed stakeholder guidance papers (example: European guide to good practice for smoked fishes and/or salted and/or marinated)

EFSA Guidelines (example: Guidance on the preparation and presentation of an application for authorisation of a novel food)

Policy Papers (example: Green and White Papers)

Parliamentary Questions

European region:

Council of Europe¹⁵

UNECE Food Standards (standards and recommendations)

WHO-Europe (nutrition policy)

¹¹ Joined Cases C-124/13 and C-125/13.

¹² Case C-16/16.

¹³ European Parliament resolution of 4/9/2007 on institutional and legal implications of the use of ‘soft law’ instruments (OJ C 187E of 24/7/2008, p. 75).

¹⁴ Case C-113/15 (paragraphs 26, 77, 78) and Case C-541/16 (paragraphs 46 and 47).

¹⁵ Examples: European Convention for the Protection of Animals kept for Farming Purposes; Council of Europe Resolution concerning the transmission of flavour of smoke to food; Resolution on metals and alloys used in food contact materials and articles.

Acquis mondial
 Codex Alimentarius Commission (off-shoot FAO+WHO)
 UNESCO Intangible Cultural Heritage Lists (examples: Belgian beer, Mediterranean diet)

Food law is a good example for Union soft law being influential. Examples for established instruments of EU food law underneath the law are:

Commission notices

Commission Notice relating to the provision of information on substances or products causing allergies or intolerances as listed in Annex II to Regulation (EU) No 1169/2011 (OJ C 428, 13/12/2017, p. 1).

Commission Notice on the application of the principle of quantitative ingredients declaration — QUID (OJ C 393, 21/11/2017, p. 5).

Commission Notice on the classification of Food for Special Medical Purposes (OJ 401, 25/11/2017, p. 1).

Question & Answer-catalogues

ex.: Q&A on FIC-Regulation 1169/2011

Judgement in Case C-113/15 (paragraphs 26, 77 and 78)

Judgement in Case C-541/16 (paragraphs 46 and 47)

Commission guidance papers

ex.: Guidance on food safety management systems for small food retailers (SFR-FSMS): the application of hazard identification, ranking and control in butcher, grocery, bakery, fish and ice cream shops (August 2017)

Currently in the making:

Guidance on Regulation (EU) 2017/2158 establishing mitigation measures and benchmark levels for the reduction of the presence of acrylamide in food

Stakeholder guidance papers endorsed by the SCoPAFF

ex.: European Guide for Good Hygiene Practices in the production of artisanal cheese and dairy products

Guide for the hygienic manufacture of processed cheese

Guidance on cheese as a raw material in the manufacture of food products

Currently in the making:

Guidance paper on primary ingredient labelling

EFSA guidelines

ex.: Guidance on the preparation and presentation of an application for authorisation of a novel food in the context of Regulation (EU) 2015/2283

Written Question

Member of European Parliament (MEP) tabling a question to the Commission; Commissioner obliged to answer

Who makes food law?

Commission echelons/departments influential on food law (Commission 2014/9):

- Political management: Commissioners Juncker, Timmermans, Kaitanen, Andriukaitis
- Horizontal coordination: Secretariat General – SecGen
- Directorate General “Health and Food Safety” (DG SANTE)
- Directorate General “Agriculture and Rural Development” (DG AGRI)
- Directorate General “Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs” (DG GROWTH)
- Directorate General “Research and Innovation” (DG RTD)
- Legal Service

Other movers and shakers:

- EFSA
- Standing Committee
- Working Groups
- Expert Groups
- Joint Research Centre – JRC (to, for instance, prepare parameters for EFSA risk assessments)
- Scientific Advice Mechanism – SAM (to, for instance, express views on politically thorny issues)
- Reference Laboratories – EURL
- Permanent Representations of Member States – PermReps

Dual function of European Commission:

- Power triangle of European Commission (holding the right of initiative), European Parliament and Council as co-legislators (amending proposals and adopting the law)

- Steering the Comitology process (see previous chapter) in various constellations.

Commission with Member States

Standing Committee Plants, Animals, Food and Feed – SCoPAFF

(Article 58 of Regulation (EC) No 178/2002)

Expert Groups (ex.: Expert Group on Plant Genetic Resources)

Working Groups (ex.: Working Group on Novel Food)

Example of animal feed:

Expert groups	Committee (Standing Committee SCoPAFF – meeting in sections
To discuss policy issues To discuss delegated acts	To discuss and vote on implementing acts
Substances indésirables – Nutrition animale (E00910): Directive 2002/32/EC on undesirable substances in animal feed	SCoPAFF – Section “Animal Nutrition”
Regulatory Committee (archive): Standing Committee for Animal Nutrition	Animal Health and Welfare section of the Standing Committee on PAFF

Commission with stakeholders

Formalised Commission-(organised) Stakeholder relations

SANTE: Advisory Group on the Food Chain and Animal and Plant Health
(Decision 2004/613/EC)

AGRI: Civil Dialogue Group

ANDREA GIUSSANI

GROUND FOR REFUSAL OF RECOGNITION
OF FOREIGN JUDGMENT:
DEVELOPMENTS AND PERSPECTIVES IN EU MEMBER STATES
ON PUBLIC ORDER AND CONFLICTING DECISIONS

SUMMARY: 1. Converging notions of procedural public order. – 2. Developments in notions of substantive public order. – 3. Conflicting decisions. – 3.1. Conflict with local decision. – 3.2. Conflicts between local provisional remedy and EU judgment. – 3.3. Conflicts between local appealable judgment and foreign *res iudicata*. – 3.4. Conflicts between local *res iudicata* and foreign *res iudicata*. – 3.5. Conflicts between foreign non-EU decisions. – 3.6. Conflicts between foreign EU decisions. – 3.7. Conflicts between foreign EU and non-EU decisions. – 3.8. Final remarks.

1. Converging notions of procedural public order

This paper aims at developing a comparative analysis of the rules governing refusal of recognition of foreign judgments, fundamentally based on national reports delivered within the research project “*Remedies concerning Enforcement of Foreign Titles according to Brussels I Recast*”¹.

Albeit Member States provide for different procedural devices when it comes to recognition and enforcement of non-EU foreign judgments [automatic recognition e.g. in Italy², *exequatur* system e.g. in Slove-

¹ Reports came from the following countries: Austria, Belgium, Czech Republic, Estonia, France, Greece, Italy, Lithuania, Portugal, Sweden, The Netherlands, United Kingdom.

² Pursuant to Art. 64 of law no. 218 of 31 May 1998; recognition is also automatic in Belgium, pursuant to Art. 22 of the *code de droit international privé*, in Greece, pursuant to Art. 323 of the local code of civil procedure, and in Estonia, pursuant to Art. 620 of the local code of civil procedure; the U.K. allows automatic recognition in actions *in rem* after the case *Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd* [1967] 1 AC 853; according to the Austrian report, the same holds for § 415 of the *Exekutionsordnung* and § 236 of the local *Zivilprozessordnung*; according to the pertinent reports, recognition is also deemed automatic in the Czech Republic and in France, albeit with some unclear limits in the latter (on the topic com-

nia³, new trial e.g. in Sweden]⁴, and albeit only some of them require reciprocity⁵, they all significantly converge with respect to the reasons that justify refusal to give effect. This convergence is determined mainly by the general clause of public order, and the growing consensus over the idea that such clause includes violation of fundamental procedural rules: hence, despite several variations in the wording of the rules concerning specific procedural violations, such as lack of jurisdiction, violation of the rights of the defense, or fraud, it is quite unlikely that a judgment whose recognition is refused in a Member State for this kind of procedural considerations would nevertheless be recognized and enforced in a different Member State⁶. The same reasoning obviously applies to recognition of EU judgments, since grounds for refusal provided by Regulation 1215/2012 substantially correspond, in these respects, to those provided by Member States' national rules for recognition and enforcement of non-EU ones [albeit violation of public order must also be manifest when it comes to Regulation 1215/2012]⁷, but

pare also, e.g., G. CUNIBERTI, C. NORMAND, F. CORNETTE, *Droit international de l'exécution*, in LGDJ, Paris 2010, esp. pp. 30-31, 40, 62).

³ Pursuant to Artt. 94-111 of the *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*; *exequatur* is also required in Lithuania, pursuant to Art. 809 of the local code of civil procedure, and in Portugal, pursuant to Art. 978 of the *Código de Processo Civil (Novo)*.

⁴ Pursuant to Ch. 3, § 2 of the *Kronofogdemyndigheten*; new trial is also required in the Netherlands, pursuant to Art. 431(1) of the local code of civil procedure, and in the U.K. for actions *in personam* after the case *Adams v. Cape Industries plc* [1990] Ch. 433.

⁵ Albeit no mention of reciprocity can be found in the reports from Italy, France, Belgium, Greece, Portugal, Lithuania, Estonia, and the U.K., this requirement appears in Art. 101(3) of the Slovenian *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*, and in § 406 of Austrian *Exekutionsordnung*, and according to pertinent reports is also applied in Sweden and in the Czech Republic.

⁶ Correspondingly, comparatively restrictive interpretations of the notion of public order may be also countered by wide interpretations of, e.g., the notion of lack of jurisdiction (see, e.g., for a refusal to recognize, on ground of lack of territorial jurisdiction, a judgment disregarding foreign States' immunity for *acta iure imperii*, after the holding by the Italian Constitutional Court no. 238 of 22 October 2014, in *Giurisprudenza italiana*, 2015, p. 339, that denied the latter defense in cases of violation of human rights, the judgment of the Italian Court of Cassation no. 21946 of 28 October 2015, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 859); on European procedural public order European Court of Justice leading cases were Case C-7/98, *Dieter Krombach v. André Bamberski* [2000] ECR I-1935, Case C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA v. Maxicar SpA and Orazio Formento* [2000] ECR I-2973.

⁷ On this respect it is worth noting that public order precluding recognition of foreign judgments according to national rules is anyway often more limited in scope than public order governing implementation of national law (see, e.g., in Italy, the judgment of the Court

for the obvious general curtailment of challenges concerning jurisdiction and *lis pendens*.

2. Developments in notions of substantive public order

With respect to violations of substantive public order, mainly two relevant fields of general interest can be identified: antisuit injunctions and punitive damages (instances of violation of a specific Member State's substantive public order will not be considered here, because exposition of such details is not necessary to the analysis of the procedural problems involved).

English antisuit injunctions were held incompatible with the system of reciprocal trust between Member States⁸, but after Brexit U.K. interested parties might try to plead that they should be recognized as non-EU foreign judgments. However, antisuit injunctions are not only a form of unfair jurisdictional competition within the system of reciprocal trust: they also infringe the fundamental principle of *Kompetenz-Kompetenz*⁹, and, most importantly, the fundamental right of action of their addressee¹⁰; hence the public order clause contemplated in every Member State should preclude their recognition even as non-EU foreign judgments. Traditional European hostility to U.S. punitive damages awards, by contrast, seems to be fading: case law admitting their enforcement is emerging in several Member States, at least when they are not exceedingly disproportionate to the actual ones, especially because many European legal systems actually contemplate instances of civil damages discretionally awarded by the court to a tort victim, regardless of the proof of prejudice, as a punishment for reckless wrongdoing¹¹.

of Cassation no. 17349 of 6 December 2002, in *Archivio civile*, 2003, p. 1081; compare, on the scope of public order in the field of recognition of EFTA decisions, the judgment of the Court of Cassation no. 4392 of 24 February 2014).

⁸ The European Court of Justice reaffirmed this principle beyond any reasonable doubt in Case C-185/07, *Allianz SpA v. West Tankers Inc* [2009] ECR I-663, para. 30.

⁹ See again *Allianz SpA v. West Tankers Inc*, *supra*, n. 8, para. 29.

¹⁰ See again *Allianz SpA v. West Tankers Inc*, *supra*, n. 8, para. 31.

¹¹ Paralleling the rejection of proposals for a mandatory exclusion of punitive damages in Regulation (EC) 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) [2007] OJ L 199 (see Consideration 32 thereof), in Germany, the notorious halt to punitive damages in the judgment of the Bundesgerichtshof, 4 June 1992, in *ZZP*, 1993, p. 79, has been tempered by a decision of the Bundesverfassungsgericht, 24 January 2007, in *JZ*, 2007, p. 1046; in France

3. Conflicting decisions

The most complex difficulties in this field, hence, come from the problem of recognition of conflicting judgments: case law specifically on the topic is limited, but the issue is very often intensely litigated in the context of the issues of *lis pendens* and parallel litigation, both with respect to cases pending in a different Member State and to cases pending outside the EU (albeit in such circumstances there is not yet an actual conflict, but only a prediction of risk of conflict: hence, *lis pendens* precludes also decisions that in the end might have turned out coherent, and not conflicting, if the case was not stayed).

A realistic evaluation of the dynamics of the resolution of conflicts of decisions, however, should warn from the start that rules governing preclusive effects are actually applied with a much less analytical approach than what the supporting opinions would directly tell. In fact, especially when it comes to the determination of the scope of the preclusive effects of a judgment with respect to issues explicitly or implicitly resolved, or with respect to third parties, governing principles are riddled with incoherencies that allow courts to exercise hidden discretionary powers, in order to take account of the possible errors of the judgment they should conform to: *res iudicata* is enforced according to several balancing factors, including symptoms of the reliability of the holdings whose implementation is asked, allowing the

a general preclusion to recognition was denied by judgments of the Cour de Cassation, 1 December 2010, in *Bull.*, 2010, I, no. 248, and 7 November 2012, in *Bull.*, 2012, I, no. 228; in Spain treble damages were already recognized by a decision of the Tribunal Supremo, 13 November 2001, ECLI:ES:TS:2001:1803A; in Greece, a punitive damages award was already recognized in judgment 17/1999 of the plenary session of the Areios Pagos (see E. D'ALESSANDRO, *Riconoscimento di punitive damages: in attesa delle Sezioni Unite*, in *Int'l Lis*, 2016, p. 91); in Slovenia, a punitive damages award has been enforced by a decision of the Vrhovno sodišče, 29 May 2013, in *DR*, 2014, p. 18; an opposite trend appeared, e.g., in Poland, after the judgment of the Trybunał Konstytucyjny of 23 June 2015, but the European Court of Justice seemingly put an end to it in Case C-367/15, *Stowarzyszenie Oławska Telewizja Kablowa v. Stowarzyszenie Filmowców Polskich*, 25 January 2017, EU:C:2017:36; in Italy, recognition was denied by the judgments of the Court of Cassation no. 1183 of 19 January 2007, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 395, and no. 1781 of 8 February 2012, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 126, but the issue has been deferred anew to the plenary session of the Court of Cassation for reconsideration by decision no. 9978 of 16 May 2016, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 1854, and the following decision by the plenary session no. 16610 of 5 July 2017 finally allowed recognition; compare the analysis developed in A. GIUSSANI, *Resistenze al riconoscimento delle condanne al pagamento di punitive damages: antichi dogmi e nuove realtà*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 396-397.

court to disregard effects that would determine a gross injustice; when this happens, however, reference to such factors remains implicit in the court's supporting opinion, where the refusal to enforce the previous judgment is generally explicitly justified by way of an arbitrary selection of one of the principles governing operation of preclusive effects fit to reach the desired outcome¹². Public interest in transparency of the administration of justice, indicates that courts should be more candid in their exercise of such inevitable discretionary powers, albeit such transparency may be more discomfiting for civil law judges than for common law ones (since their legitimacy is more based on technical rather than political grounds, due to differences in the respective recruiting systems)¹³.

In the current state of opacity, however, consequent difficulties in decoding nuances of foreign judgments' preclusive effects in the field of recognition are not the only factors putting at risk identity of effects of a EU decision within the whole European judicial space. In fact, several other factors, depending from the relative timing and force of conflicting decisions, concur with them, according to the following analysis.

3.1. Conflict with local decision

The first set of problems to consider concerns conflicts with local decisions. ECJ case law provides a very wide notion of conflict when Regulation 1215/2012 rules on *lis pendens* and related actions apply¹⁴, and Member

¹² This phenomenon is explored, in the Italian context, e.g. in A. GIUSSANI, *Intorno alla "riflessione" del giudicato contro il terzo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2014, p. 1193-1198; ID., *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Rivista di diritto processuale*, 2015, p. 1564-1568; ID., *Effetti conformativi della sentenza e sospensione del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2017, p. 260-267; compare, for an overview in English of the set of general principles governing preclusive effects of judgments in Italian case law, ID., *Effects of judgments – res iudicata*, in M. DE CRISTOFARO, N. TROCKER (eds.), *Civil Justice in Italy*, Jigakusha, Tokio 2010, p. 123-160.

¹³ This aspect is analyzed in the classic work of M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven and London 1986, esp. p. 67-69.

¹⁴ Notorious European Court of Justice leading cases in the field are Case C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo*, [1987] ECR 4861, Case C-406/92, *The owners of the cargo lately laden on board the ship 'Tatry' v. the owners of the ship 'Maciej Rataj'* [1994] ECR I-5439, Case C-351/96, *Drouot assurances SA v. Consolidated metallurgical industries (CMI industrial sites), Protea assurance and Groupement d'intérêt économique (GIE) Réunion européenne*, [1998] ECR I-3091.

States tend to follow a similar approach with respect to national rules governing effects of non-EU foreign judgments¹⁵.

With respect to the latter, albeit *lis pendens* might preclude recognition only if the proceedings in the State of destination begun before the foreign ones, local *res iudicata* can be preclusive even if both the action and the judgment came after the foreign ones, albeit there might have been a violation of the *lis pendens* rule in the local proceedings: in fact, such violation cannot be pleaded any more after *res iudicata*¹⁶. This reflects also the idea, prevailing in the Member States, that a subsequent *res iudicata* prevails over a preceding one, because the effects of the latter one could have been raised in the proceedings that led to the former one, and therefore were (at least implicitly) conclusively denied: the second *res iudicata* might be illegal, but its violation of the law cannot be challenged any more (with the exception of some Member States, providing for a special extraordinary remedy for violation of *res iudicata*)¹⁷.

¹⁵ See, e.g., in Italy, the judgment of the Italian Court of Cassation no. 11185 of 15 May 2007, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, p. 224.

¹⁶ For this solution see, e.g., in Italy, Art. 64(e) and (f) of law no. 218 of 31 May 1998; compare also, e.g., Art. 99 of Slovenian *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*, and Art. 25 of Belgian *code de droit international privé*.

¹⁷ Within Italian scholarly analysis, prevalence of the subsequent internal *res iudicata* is justified according to the general rule for resolution of conflicts favoring the last-in-time pursuant to art. 15 of the preliminary rules of the Italian civil code (see, e.g., the order of the Italian Constitutional Court no. 77 of 24 February 2006, in *Giusto processo civile*, 2006, p. 143), e.g., in M.G. CIVININI, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano 2001, esp. p. 50, note 54; E. MERLIN, *Il conflitto internazionale di giudicati. Profili sistematici*, Milano 2004, esp. p. 50-55; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, esp. p. 311-313; this also means that subsequent internal *res iudicata* erroneously recognizing the foreign *res iudicata* whose recognition should have been precluded by former internal *res iudicata* also prevails, see again E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 55-57; compare, for an implicit statement in the same direction, the judgment of the European Court of Justice Case C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v. Adelheid Krieg* [1988] ECR 645; see also *infra*, §§ 3.4 ff.; in France, traditional preference for the last-in-time *res iudicata* has been superseded by decree no. 79-941 of 7 November 1979, providing for discretionary resolution of conflicts by the Cour de Cassation, pursuant to art. 618 of the French code of civil procedure, according to the transparency needs expressed above in the text, but this means that the remedy is not aimed at protecting the effects of previous *res iudicata*, and that later *res iudicata* is therefore generally prevailing, if any because a later judgment is generally more accurate (for a recent implementation of the rule in favor of the later decision see, e.g., the judgment of the plenary session of the Cour de Cassation no. 621 of 3 July 2015, ECLI:FR:CCASS:2015:AP00621); an extraordinary remedy for violation of *res iudicata*, and consequently, prevalence of the

With respect to EU decisions, whenever rules on *lis pendens* and related actions fail to prevent the conflict, a similar rule applies: recognition is precluded by a local conflicting decision, even if issued after the foreign one, and even if foreign proceedings started before the local ones; in such cases the purpose of granting a judgment the same effects within the whole European judicial space, according to the principle of extension of effects that is a pillar of the European system further implemented by the new wording of Art. 54 of Regulation 1215/2012, can be frustrated. However, since EU decisions are recognized regardless of *res iudicata*, and even if they are merely provisional remedies, and preclusive effects are also granted, correspond-

first-in-time, by contrast, seems to be the rule, e.g., in Germany, pursuant to § 580, n. 7, of the *Zivilprozessordnung*, such remedy being extraordinary especially because according to some doctrinal analysis the priority rule should allow the interested party to plead the violation of previous *res iudicata* at any time (that is, even after expiry of the five-years deadline set by § 586 of the same *Zivilprozessordnung*), the main reference being the seminal work of H.-F. GAUL, *Die Grundlagen des Wiederaufnahmerechts und die Ausdehnung der Wiederaufnahmegründe*, Bielefeld 1956, esp. p. 94; in Italy general theory suggested that remedies should be deemed ordinary, that is automatically postponing effects of *res iudicata*, whenever their ground can be detected from the judgment, while grounds for extraordinary remedies (such as fraud) do not postpone such effects because they can be detected at any time, so that the deadline to file them runs from the moment of the detection, and only in an exceptional case a ground detectable from the judgment gives only an extraordinary remedy, that is the case introduced by law no. 353 of 26 November 1990 of art. 391-*bis* of the Italian Code of civil procedure, qualifying the special remedy against manifest error in the reading of the fact-finding in the proceedings at the Court of Cassation, introduced by a holding of the Italian Constitutional Court no. 17 of 30 January 1986, in *Giurisprudenza italiana*, 1986, I, 1, 1440, as an extraordinary one, see, e.g., on the reasons of this choice, C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova 1989, esp. p. 185-235; it was argued that a special remedy against violations of European law, implementing holdings of the European Court of Justice such as Case C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato v. Lucchini SpA* [ECR] I-6199, should also be extraordinary, see, e.g., C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 225-238, esp. p. 237-238, but see also, *contra*, R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO CIVILE (ed.), *Corti europee e giudicati nazionali*, Bologna 2011, p. 239-390, esp. p. 363; revocation of a judgment for violation of *res iudicata* in Italy, however, is always an ordinary remedy, and is not available against judgments of the Court of Cassation, see the holding of its plenary session no. 10867 of 30 April 2008, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 2776, and e.g. the subsequent judgments no. 29580 of 29 December 2011, and again from the plenary session no. 17557 of 18 July 2013 (a contrary view was endorsed in an *obiter dictum* of the judgment no. 18234 of 22 August 2006 in *Giurisprudenza italiana*, 2007, p. 1722).

ingly, to decisions still subject to ordinary appeal, or even to merely provisional remedies, this rule must be reconciled with the principles governing conflicts between decisions of different force.

3.2. Conflicts between local provisional remedy and EU judgment

On this regard, it is worth remembering from the start that whenever different Member States have concurring jurisdiction on a case, pendency of proceedings for provisional remedies in one of them does not prevent the action on the merits in the other one¹⁸. This necessarily implies that a subsequent judgment on the merits conflicting with a prior provisional remedy in a different Member State is not even in violation of the *lis pendens* rule: hence, such judgment must prevail over the provisional remedy not only in the Member State that issued it (where a conflicting decision prevails even if it was issued in violation of the *lis pendens* rule or of the foreign *res iudicata*), but also in the Member State that issued the provisional remedy.

In fact, a different solution would introduce an incentive to another form of unfair competition between Member States' jurisdictions: if a Member State's provisional remedy could be superseded only by a judgment on the merits in the same jurisdiction, a Member State could become a magnet jurisdiction simply by being very generous with provisional remedies; moreover, proceedings on the merits in the Member State that issued the

¹⁸ This can be seen as a necessary implication of Art. 35 of Regulation 1215/2012, as well as of the holdings of the European Court of Justice Case C-321/95, *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line and Another* [1998] ECR I-7091, para. 29 ("the mere fact that proceedings have been, or may be, commenced on the substance of the case before a court of a Contracting State does not deprive a court of another Contracting State of its jurisdiction under Article 24 of the Convention"); compare also the recent holding of the European Court of Justice Case C-29/16, *Hanse Yachts AG v. Port D'Hiver Yachting SARL and Others*, 4 May 2017, para. 35 ("Having regard to that independence and the very clear distinction between the proceedings for the taking of evidence, on the one hand, and any substantive procedure, on the other, the concept of an 'equivalent document' to a document instituting legal proceedings, set out in Article 30 of Regulation No 44/2001, must be interpreted as meaning that a document instituting proceedings for the taking of evidence cannot be regarded, for the purposes of assessing a situation of *lis pendens* and of determining which court is the court first seized within the meaning of Article 27(1) of that regulation, as also being the document instituting the substantive proceedings"); Italian case law already reached this conclusion with the holding of the plenary session of the Court of Cassation no. 1821 of 13 February 1993.

provisional remedy might be precluded altogether by *lis pendens* on the merits in a different Member State. Hence, the correspondence between conflicts relevant for *lis pendens* and related actions and conflicts relevant for recognition within Reg. 1215/2012 must be preserved: rules on refusal of recognition apply only to conflicts that could have been prevented; conflicts between decisions of different force are not prevented because they are resolved according to their difference of force, without undermining the production of the same effects within the whole European space by the (prevailing) judgment on the merits.

The inevitable conclusion is that local decisions prevent recognition of foreign ones only if they have the same force: a provisional remedy precludes recognition of a conflicting EU provisional remedy, regardless of the violation of the *lis pendens* rule by the former or by the latter, and regardless of the violation of the first-in-time decision by the second one, but not of a conflicting EU judgment on the merits¹⁹. Likewise, a local judgment on the merits precludes recognition of a conflicting EU judgment on the merits, but does not necessarily preclude recognition of EU, and non-EU, conflicting *res iudicata*.

3.3. Conflicts between local appealable judgment and foreign *res iudicata*

With respect to non-EU judgments, this is made quite clear in rules like the Italian ones, providing that local pendency is preclusive only if it

¹⁹ Preclusion of recognition of conflicting provisional remedies was upheld by the European Court of Justice *Italian Leather SpA v. WECO Polstermöbel GmbH & Co.*, C-80/00, 6 June 2002; prevalence of foreign judgment of the merits, even if still subject to ordinary remedies, was so obvious in Italian law (art. 669-*novies*, c. 4, of the Italian code of civil procedure expressly provides it), that even minor case law applies it straightforwardly since the last century (see, e.g., the holding of the Tribunal of Rome of 25 March 1993, in *Giustizia civile*, I, 1996, p. 1479); according to the pertinent report, the same was held in the Netherlands by a decision of the Tribunal of The Hague 25 August 2011; for the same conclusion see also the judgment of the French Cour de Cassation of 14 May 1996, in *Bull.*, I/201, 1996, p. 140; the holding to the contrary of the same Cour de Cassation of 20 June 2006, in *Bull.*, I/315, 2006, p. 272, who did not even care to submit the issue to the European Court of Justice, is therefore a blatant violation of European law, seriously undermining France's credibility as a trustworthy Member of the EU (see, e.g., for a deeper analysis of the latter decision, the critical considerations developed by E. D'ALESSANDRO, *Il diniego di riconoscimento per contrasto tra provvedimenti nell'interpretazione della Corte di cassazione francese: il caso dell'ordonnance de référé in conflitto con una sentenza di condanna straniera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 134-139; compare, however, for the solution adopted in 1996, and with no mention of the 2006 odd precedent, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*⁴, Paris 2010, esp. p. 441).

precedes pendency abroad, and that local conflicting judgments preclude recognition only if they are *res iudicata*: a foreign *res iudicata* subsequent to a local judgment still subject to an ordinary remedy prevails over it, if the proceedings abroad started before the local ones²⁰. However, the same should hold with respect to EU *res iudicata*, according to the rationales shown above: a Member State's jurisdictions should not be allowed to compete unfairly, and become a magnet jurisdiction just granting very quickly generous first-instance judgments still subject to appellate review; rules on refusal of recognition should govern only conflicts that could have been prevented by rules on *lis pendens* and related actions; *res iudicata* implies that the losing party lost every further opportunity to plead the effects of a previous conflicting decision in a different Member State.

Hence, a local conflicting decision, still subject to ordinary remedy, should not preclude recognition of a conflicting *res iudicata* from a different Member State, nor hinder the purpose of granting a judgment the same effects within the whole European judicial space, even if rules on *lis pendens* or related actions were also violated in the foreign proceedings: in fact, when it comes to Regulation 1215/2012 (as opposed to Member States' national legislation on recognition of non-EU judgments), violation of rules governing *lis pendens* or related actions is no ground for refusal, and recognition should not be precluded by a conflicting local decision still subject to ordinary appeal, because *res iudicata* has a greater force²¹. However, it

²⁰ According to Italian doctrinal analysis, effects of such recognition elapse when also the local conflicting judgment becomes *res iudicata* (compare, e.g., also for further references, E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 53-55; E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento cit.*, esp. p. 311-312); compare *supra*, § 3.1, n. 16.

²¹ Irrelevance of violation of *lis pendens* in the foreign proceedings for the purposes of recognition of an EU judgment derives directly from the wording of art. 45 of Regulation 1215/2012 and its predecessors (see, e.g., the judgments of the Italian Court of Cassation no. 12181 of 15 September 2000, and no. 9554 of 12 November 1994 in *Giurisprudenza italiana*, 1995, I, 1, 2093; irrelevance of such violation in local proceedings is the necessary premise of the European Court of Justice case law cited *supra*, n. 14); according to some doctrine, enforceability should also grant a judgment a greater force, see, e.g., J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*⁶, Heidelberg 1998, p. 364, but see, *contra*, for the sound reply that enforceability has no inherent relation with the degree of finality of a decision, e.g., E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 93-94; the judgment of the Italian Court of Cassation no. 9554 of 12 November 1994 granted enforcement to a German *res iudicata* notwithstanding a contrary local appealable judgment on the merits (albeit with an unclear supporting opinion); prevalence of foreign *res iudicata* over a local appealable judgment was also granted by a decision of the Tribunal de Grand Instance

is important to stress that in such circumstances the interested party has the right, and therefore the burden, of pleading the foreign, automatically recognized, *res iudicata* in the appellate proceedings concerning the local decision: the proceedings concerning recognition should be stayed until exhaustion, or waiver, of all ordinary remedies against the local judgment²².

3.4. Conflicts between local *res iudicata* and foreign *res iudicata*

A preclusion of recognition of a conflicting EU foreign *res iudicata*, therefore, operates only when the local judgment is also *res iudicata*: in such case the judicial determination is final and conclusive within the local jurisdiction, and conflicting foreign *res iudicata* cannot overcome it, regardless of the relative timing of the judgment or of the start of the litigation. However, even this holds only unless the later foreign *res iudicata* deals with the effects of a wider set of facts, including subsequent ones producing effects overcoming the effects previously ascertained: in fact, in such circumstances the second judgment is not actually conflicting, because *res iudicata* operates always, as it were, *rebus sic stantibus*²³.

de Paris 31 May 1989, in *Revue critique de droit international privé*, 1990, p. 550 (before the odd judgment of the Cour de Cassation cited *supra*, n. 19); it is worth repeating that relevant finality derives from exhaustion of waiver of all remedies whose deadline starts to run from the judgment (compare *supra*, n. 17), so that a French judgment subject to appeal to the Cour de Cassation, despite being a *chose jugée*, is not yet *res iudicata* within the meaning of the analysis developed here, and has a lesser force than an Italian judgment not subject to ordinary remedy, see again E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 95, 99-101.

²² The stay of proceedings may be justified by way of an analogical application of Art. 51.1 of Regulation 1215/2012 (see the considerations developed by E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 95-103); since such stay does not prejudice recognition, but rather helps it, allowing the local jurisdiction to implement the foreign judgment, and does not allow to resist recognition on grounds that should have been alleged in the Member State of origin, it would not defy the rationales that supported the ruling for a restrictive interpretation of the power of staying the proceedings in the Member State of destination held by the European Court of Justice Case C-183/90, *B. J. van Dalssen and others v. B. van Loon and T. Berendsen* [1991] ECR I-04743.

²³ Obviously new facts are relevant only insofar as they change the previous course of business between the parties (see, for an analysis of the meaning of the *rebus sic stantibus* clause, R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, esp. p. 103-106); relevance of a wider set of fact may explain, e.g. the elusive judgment of the European Court of Justice Case C-145/86, *Horst Ludwig Martin Hoffmann v. Adelheid Krieg* [1988] ECR 645 (compare *supra*, n. 17), and the predictable frequency of such development in family matters

It is worth noting that this latter reasoning might lead to think that subsequent foreign *res iudicata* might also prevail whenever in the foreign proceedings the effects of the local previous *res iudicata* were denied, explicitly or even implicitly: in fact, in such case the foreign subsequent *res iudicata* might be deemed covering a wider set of facts and effects exactly because it dealt also with the new fact consisting in the previous local *res iudicata* and its effects. The idea that the foreign judgment should never be recognized in such cases prevails in doctrinal analysis, but on quite weak grounds: with respect to non-EU judgments, it can be justified by a sovereign nationalistic choice²⁴, but in the context of Regulation 1215/2012 general principles of mutual trust indicate that a later *res iudicata*, having a greater force than a preceding one, should prevail even over local *res iudicata*.

In fact, the relationship between rule and exception in the field of recognition is totally the other way round: a strict interpretation is required for the grounds of refusal²⁵; hence, if extension of effects is the rule, the superseding effects of later *res iudicata* should be recognized as well, unless the procedural public order exception may apply, but no procedural public order can preclude recognition of such effects if violation of previous *res iudicata* is not subject to extraordinary remedy. Since such extraordinary remedy is contemplated only in some Member States, there seems to be no ground for refusal at least in Member States that do not have it.

Hence, the purpose of granting a judgment the same effects within the whole European judicial space should not be generally frustrated when local *res iudicata* precedes the foreign one: since later *res iudicata* has a greater force, rules on refusal of recognition should generally not apply. Refusal to recognize in such cases, therefore, especially in Member States that do not grant extraordinary remedies for violation of *res iudicata*, looks rather like a breach of the mutual trust between Member States, in defense of local jurisdiction, unauthorized by Regulation 1215/2012, and certainly should not

explains why the need to give prevalence of the later judgment was more easily acknowledged in Art. 15.2(f) of Council Regulation (EC) 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters of parental responsibility for children of both spouses [2000] OJ L 160 (compare again E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 106-107).

²⁴ A concurring rationale might consist in the aim of simplifying the court's task (see again E. MERLIN, *op. cit.*, esp. p. 42-45).

²⁵ See, *ex multis*, the judgment of the European Court of Justice Case C-414/92, *Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Boch* [1994] ECR I-2237, para. 20.

operate for the resolution of conflicts between decisions both coming from different jurisdictions, which will be dealt with in the following paragraphs: it is only with respect to non-EU foreign judgments that a local *res iudicata* might determine a full preclusion.

3.5. Conflicts between foreign non-EU decisions

Whenever a conflict ensues between foreign decisions, both Regulation 1215/2012 and some national rules²⁶ governing effects of non-EU foreign judgments provide that in principle priority should govern its resolution. It is worth noting at the outset of this analysis, however, that identification of priority between different judgments must be carried out making reference to the last moment available for the parties to plead the effects of a foreign judgment: if *res iudicata* depends from the losing party's neglect of an ordinary remedy that allowed such pleading, the deadline to file such remedy is the relevant moment; otherwise, it coincides with the deadline for the last procedural step that allowed it²⁷.

This consideration leads to underscore that with respect to conflicts between different non-EU foreign judgments, whose resolution is not governed by Regulation 1215/2012, the priority rules explicitly provided by some Member States may find a rationale in a least one of the following factors: *i*) in the Member State violation of *res iudicata* is a ground for an extraordinary remedy and is deemed contrary to public order; *ii*) in the Member State recognition of foreign judgments has constitutive effects; *iii*) in the Member State recognition does not follow the theory of extension of effects²⁸. By contrast, whenever in the State of destination automatic recognition to foreign judgments of the same effects they have in the State of origin applies, and violation of *res iudicata* allows ordinary remedies only, systematic reasons dictate a preference for the later *res iudicata* that can-

²⁶ See, e.g., Art. 99(1) of Slovenian *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*; Art. 25 of Belgian *code de droit international privé*; Art. 620 of Estonian code of civil procedure, § 15 of the Czech Private International Law Act (according to the pertinent report, this might also be the French rule).

²⁷ On these classic problems see again, for a thorough analysis and details over nuances and exceptions that need not be dealt with here, R. CAPONI, *L'efficacia cit.*, esp. p. 113-172.

²⁸ The third factor can be identified, e.g., in Art. 94(1) of Slovenian *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*, and, according to the pertinent report, in the Czech Republic (the issue is not dealt with in the Belgian, Estonian, and French reports).

not be overcome by any parochial bias: in fact, in such case no purpose of defending the local jurisdiction can justify denial of its recognition, utterly regardless of the relative timing of the start of the respective proceedings.

3.6. Conflicts between foreign EU decisions

The analysis of the rules provided by Regulation 1215/2012 for resolution of conflicts between different EU decisions seems to require from the start to underscore that the difference in wording with respect to the identification of conflicts should not be overestimated: albeit only conflicting decisions specifically concerning the same cause of action and the same parties are considered, the scope of the rule tends anyway to coincide with the scope of the rules aimed at preventing conflicts, given the wide notion of *lis pendens* adopted by European case law. Hence, reversed claims, and third parties subject to the effects of the judgment, might well be involved in conflicts to be solved pursuant to Art. 45.1(d) of Regulation 1215/2012.

However, this rule refers to conflicting decisions: hence, just like Art. 45.1(c), it applies only to decisions of the same force, for the several reasons already seen above. Since recognition of EU decisions is automatic under the theory of extension of effects, this means, e.g., that: *i*) a subsequent conflicting judgment on the merits prevails over a provisional remedy; *ii*) a later *res iudicata* prevails over a judgment on the merits, having a higher force (even when the proceedings leading to *res iudicata* started after the other ones, because the State of destination would have no interest in defending local *lis pendens*); *iii*) a later *res iudicata* prevails over a previous one, having a higher force, at least when the State of destination does not provide for an extraordinary remedy for violation of *res iudicata*, and the former *res iudicata* could have been pleaded in the State of origin.

3.7. Conflicts between foreign EU and non-EU decisions

Some further observations may be devoted to the conflict between a EU decision and a non-EU recognizable one, also governed by the priority rule pursuant to Art. 45.1(d) of Regulation 1215/2012. In this field it is obviously dispositive the choice of the State of destination between automatic or constitutive recognition of non-EU judgments: in fact, in the latter case only prior recognition of the non-EU judgment might preclude recognition of a conflicting subsequent EU decision of the same, or even of a lesser, force.

If, on the contrary, automatic recognition of non-EU decisions applies,

the same set of conclusions seen above would hold. However, Member States may provide for automatic recognition of non-EU decisions only when they are *res iudicata*²⁹; in such States, the wording of Art. 45.1(d) of Regulation 1215/2012 might then imply that enforcement of a subsequent EU provisional remedy would not be prevented by a non-EU appealable conflicting judgment on the merits, notwithstanding the greater force of the latter. Moreover, preclusive effects of recognized non-EU judgments may be influenced by a Member State's choice to assimilate them, instead of extending them: whenever a conflict ensues, its resolution may be accordingly different³⁰.

3.8. Final remarks

The several variations shown here, however, do not seem to foster significant unfair competition between Member States' jurisdictions, and do not undermine operation of rules aimed at preventing conflicts between EU decisions: the purpose of granting an EU decision the same effects in the whole European judicial space may be sometimes frustrated by differences between the Member States in their degree of openness to non-EU legal systems but these differences remain within the realm of their own sovereignty. Hence, they may be deemed compatible with the reciprocal trust between Member States in the field of recognition of foreign judgments.

A more comprehensive fulfillment of the task of granting a decision identical effects within the whole European judicial space, in fact, probably requires a European federal judiciary to provide it.

²⁹ For this solution see, e.g., in Italy Art. 64(d) of law no. 218 of 31 May 1998, in Greece Art. 323 of the local code of civil procedure, in the Czech Republic § 15 of the local Private International Law Act; the same rule might also apply in France, according to the analysis of the pertinent report.

³⁰ Italy should apply the extension system also with respect to recognition of non-EU judgments, according to the analysis developed by E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento cit.*, esp. p. 64-76, but other Member States may follow a different path (compare *supra*, n. 28).

EDOARDO ALBERTO ROSSI

*QUALCHE PROBLEMA IN MATERIA DI COMPETENZA
E GIURISDIZIONE NEL REGOLAMENTO GENERALE
SUI DATI PERSONALI (REGOLAMENTO UE 679/2016)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La determinazione dell'autorità di controllo competente e i ricorsi giurisdizionali avverso le relative decisioni. – 2.1. La procedura di cooperazione prevista dall'art. 60 del Regolamento (UE) 679/2016. – 3. I ricorsi giurisdizionali nei confronti del titolare e del responsabile del trattamento. – 4. Conclusioni.

1. Introduzione

Con il passaggio dalla Direttiva 95/46/CE¹ al Regolamento (UE) 679/2016² la disciplina della protezione dei dati personali nell'Unione europea ha trovato una nuova fonte di riferimento, che ha introdotto un si-

¹ Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

² Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE. Non potendo dare conto che di alcuni commenti al Regolamento nel vasto panorama dottrinale, ci si limita a segnalare L. BISTOLFI, E. BOLOGNINI, C. PELINO (a cura di), *Il Regolamento Privacy europeo. Commentario alla nuova disciplina sulla protezione dei dati personali*, Milano 2016; S. SICA, V. D'ANTONIO, G.M. RICCIO (a cura di), *La nuova disciplina europea della privacy*, Padova 2016; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, II, Torino 2016, p. 1 ss.; M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *Le nuove normative europee sulla protezione dei dati personali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2016, p. 26 ss.; G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna 2017, p. 1 ss.; P. MARINI, *GDPR: il nuovo regolamento europeo sulla privacy*, Padova 2017; L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona. Il diritto alla protezione dei dati personali nel Regolamento UE 2016/679*, Napoli 2017, p. 1 ss.; F. BRAVO, *Il "diritto" a trattare dati personali nello svolgimento dell'attività economica*, Padova 2018, p. 10 ss.

stema maggiormente articolato, caratterizzato da un più robusto apparato di diritti e garanzie individuali³ e da doveri maggiormente stringenti per i titolari e i responsabili del trattamento dei dati⁴.

Tra i diritti che sono riconosciuti agli interessati rientrano anche diritti di natura procedurale, come il diritto di proporre reclamo all'autorità di controllo dello Stato membro di residenza abituale, di lavoro o del luogo in cui si è verificata la violazione (art. 77), il diritto di proporre un ricorso giurisdizionale avverso le decisioni dell'autorità di controllo dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui l'autorità stessa è stabilita (art. 78) ed il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo nei confronti dei titolari o dei

³ In particolare è il capo III del Regolamento ad essere destinato ai diritti degli interessati. In tema v. A. RICCI, *I diritti dell'interessato*, in G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 179 ss.; C. COLAPIETRO, A. IANNUZZI, *I principi generali del trattamento dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., p. 85 ss.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2018, p. 110; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, p. 12; M. CASTELLANETA, *L'incidenza del regolamento GDPR sul quadro normativo esistente*, in *Notariato*, n. 3/2018, p. 261 ss.

⁴ A norma dell'art. 24 del Regolamento, il titolare del trattamento è il soggetto che deve mettere in atto misure tecniche e organizzative adeguate per garantire che i trattamenti di dati personali siano effettuati conformemente al Regolamento, ponendosi in condizione di poter dimostrare tale circostanza (*accountability*), attuando i principi fissati dall'art. 5 del Regolamento (liceità, correttezza e trasparenza, limitazione della finalità, minimizzazione dei dati, esattezza, limitazione del periodo di conservazione, integrità e riservatezza), agevolando l'esercizio dei diritti dell'interessato stabiliti dagli articoli 15-22 del Regolamento, nonché le comunicazioni e le informazioni di cui agli artt. 13 e 14. Nell'adozione delle misure tecniche e organizzative il titolare deve, ai sensi dell'art. 25 del Regolamento, tenere conto "dello stato dell'arte e dei costi di attuazione, della natura, dell'ambito di applicazione, del contesto e delle finalità del trattamento, come anche dei rischi aventi probabilità e gravità diverse per i diritti e le libertà delle persone fisiche costituiti dal trattamento, sia al momento di determinare i mezzi del trattamento sia all'atto del trattamento stesso". Il responsabile del trattamento, ai sensi dell'art. 28 del Regolamento, operando "per conto del titolare del trattamento", deve presentare "garanzie sufficienti" al fine di mettere in atto le misure tecniche e organizzative a cui è tenuto il titolare, su indicazione dello stesso. In tema v. L. GRECO, *I ruoli: titolare e responsabile*, in G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 251 ss.; E. PELINO, *I soggetti del trattamento*, in L. BISTOLFI, E. BOLOGNINI, C. PELINO (a cura di), *Il Regolamento Privacy europeo*, cit. p. 119 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, cit., p. 55.; M.G. STANZIONE, *Il regolamento europeo sulla privacy: origini e ambito di applicazione*, in *Europa e diritto privato*, 2016, p. 1259 ss.

responsabili del trattamento che l'interessato ritenga essere autori di violazioni dei diritti riconosciuti dal Regolamento (art. 79). I ricorsi di quest'ultimo genere possono essere proposti, ai sensi del secondo paragrafo dell'art. 79, dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui il titolare o il responsabile del trattamento ha uno stabilimento o, alternativamente, dinanzi ai giudici dello Stato in cui l'interessato ha la sua residenza abituale.

In questo breve scritto analizzeremo – esprimendo alcune perplessità – qualche aspetto problematico concernente l'individuazione dell'autorità di controllo competente per i reclami relativi a trattamenti transfrontalieri (par. 2) e l'applicazione delle regole sulla giurisdizione per i ricorsi proposti nei confronti del titolare e del responsabile del trattamento (par. 3).

2. La determinazione dell'autorità di controllo competente e i ricorsi giurisdizionali avverso le relative decisioni

Quanto ai reclami che possono essere presentati alle autorità di controllo, un aspetto problematico concerne la determinazione della competenza nelle fattispecie di violazioni transfrontaliere del diritto alla protezione dei dati personali.

I considerando 124, 125, 126, 127 e 128, nonché gli articoli 55 e 56 del Regolamento delineano il ruolo dell'«autorità di controllo capofila», che accentra su di sé larga parte delle competenze e dei compiti relativi alla gestione dei reclami presentati dagli interessati⁵.

Secondo l'art. 55 ogni autorità nazionale di controllo è competente ad eseguire i compiti assegnati e ad esercitare i poteri che le vengono conferi-

⁵ Sul ruolo delle autorità di controllo v. A. GIURGIU, T.A. LARSEN, *Roles and Powers of National Data Protection Authorities*, in *European Data Protection Law Review*, 2016, p. 342 ss.; F. BIEKER, *Enforcing Data Protection Law – The Role of the Supervisory Authorities in Theory and Practice*, in A. LEHMANN, D. WHITEHOUSE, S. FISCHER-HÜBNER, L. FRITSCH, C. RAAB (eds.), *Privacy and Identity Management. Facing up to Next Steps*, New York, 2016, p. 125 ss.; F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Il Regolamento europeo 2016/679*, cit., p. 103 ss.; R. LEENES, R. VAN BRAKEL, S. GUTWIRTH, PAUL DE HERT (eds.), *Data Protection and Privacy: (In)visibilities and Infrastructures*, Dordrecht 2017; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *La competenza del giudice civile e delle autorità di controllo in materia di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai servizi di cloud computing*, in M. DISTEFANO (a cura di), *La protezione dei dati personali ed informatici nell'era della sorveglianza globale*, Napoli 2017, p. 215 ss.; S. DE SOMER, *Autonomous Public Bodies and the Law. A European Perspective*, Cheltenham 2017; E. GUARDIGLI, *Le Autorità di controllo*, in G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 489 ss.

ti dal Regolamento “nel territorio del rispettivo Stato membro”. A questa norma, che riguarda sostanzialmente i trattamenti di dati personali che si esauriscono all’interno di un solo Stato, è affiancato l’art. 56, par. 1, che precisa che per i trattamenti transfrontalieri – che coinvolgono quindi una pluralità di Stati membri – effettuati da un titolare o da un responsabile del trattamento è competente l’autorità di controllo dello stabilimento unico o dello stabilimento principale⁶ del titolare o del responsabile del trattamento in qualità di autorità capofila, secondo la procedura di cooperazione tra l’autorità capofila e le altre autorità di controllo interessate prevista dall’art. 60 del Regolamento.

Tuttavia, qualora vengano commesse violazioni del Regolamento il cui oggetto riguardi unicamente uno stabilimento – che non è il principale – in uno Stato membro o incida in modo sostanziale unicamente sugli interessati che si trovano in uno Stato membro, è competente, anche per la gestione del reclamo *ex art.* 77, l’autorità di controllo di tale Stato⁷. In queste ipotesi l’autorità di controllo competente è tenuta comunque ad informare “senza indugio” l’autorità di controllo capofila, cioè quella dello stabilimento principale o dello stabilimento unico ai sensi del paragrafo 1, la quale, dopo essere stata informata della questione, può decidere, entro tre settimane, di trattare il caso utilizzando la procedura di cooperazione tra autorità prevista

⁶ All’art. 4, n. 16, del Regolamento (UE) 679/2016, lo «stabilimento principale» viene definito distinguendo il caso in cui un titolare del trattamento abbia stabilimenti in più di uno Stato membro dal caso in cui sia il responsabile del trattamento ad avere stabilimenti in più di uno Stato membro. Nella prima ipotesi lo «stabilimento principale» si intende fissato nel luogo in cui il titolare ha la “sua amministrazione centrale nell’Unione, salvo che le decisioni sulle finalità e i mezzi del trattamento di dati personali siano adottate in un altro stabilimento del titolare del trattamento nell’Unione e che quest’ultimo stabilimento abbia facoltà di ordinare l’esecuzione di tali decisioni, nel qual caso lo stabilimento che ha adottato siffatte decisioni è considerato essere lo stabilimento principale”. Diversamente, nella seconda ipotesi, lo «stabilimento principale» si intende nel luogo dell’Unione in cui ha sede l’amministrazione centrale del responsabile ovvero, qualora questo non abbia un’amministrazione centrale nell’Unione, lo stabilimento principale è quello, all’interno dell’Unione, “in cui sono condotte le principali attività di trattamento nel contesto delle attività di uno stabilimento del responsabile del trattamento nella misura in cui tale responsabile è soggetto a obblighi specifici ai sensi del presente regolamento”.

⁷ V. *supra*, par. 1. Al riguardo v. anche A. BARLETTA, *La tutela effettiva della privacy nello spazio (giudiziario) europeo e nel tempo (della “aterritorialità”) di internet*, in *Europa e diritto privato*, 2017, p. 1196; A. CANDINI, *Gli strumenti di tutela*, in G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 569.

dall'art. 60⁸, lasciando all'autorità di controllo che ha ricevuto il reclamo il potere di presentare un progetto di decisione.

L'autorità di controllo capofila può altresì decidere di non trattare il caso e lasciare che sia l'autorità che ha ricevuto il reclamo ad occuparsene secondo le regole sull'assistenza reciproca e sulle operazioni congiunte previste dall'art. 61 e dall'art. 62.

2.1. La procedura di cooperazione prevista dall'art. 60 del Regolamento (UE) 679/2016

Nel caso di violazioni commesse nell'ambito di trattamenti transfrontalieri la procedura di cooperazione tra l'autorità di controllo capofila e le altre autorità di controllo interessate, disciplinata dall'art. 60, riveste un ruolo fondamentale per la determinazione e la ripartizione delle competenze tra le autorità di controllo coinvolte⁹.

I primi tre paragrafi dell'articolo stabiliscono gli obblighi di cooperazione, scambio di informazioni, assistenza reciproca, operazioni e indagini congiunte tra l'autorità di controllo capofila (ossia quella dello stabilimento principale o dello stabilimento unico del titolare o del responsabile del trattamento) e le altre autorità di controllo interessate (ossia quelle degli stabilimenti secondari o quelle nel cui territorio hanno prodotto effetti le violazioni).

All'autorità di controllo capofila spetta altresì il compito di adottare la decisione sul reclamo, trasmettendo previamente il progetto di decisione alle altre autorità di controllo interessate, che possono formulare entro quattro settimane un parere e sollevare obiezioni che l'autorità di controllo capofila è tenuta a tenere in considerazione nell'adozione della decisione.

È quindi, in linea generale, l'autorità di controllo capofila ad adottare la decisione, notificandola allo stabilimento principale o allo stabilimento unico del titolare o del responsabile del trattamento ed informando le autorità di controllo interessate e il Comitato europeo per la protezione dei dati¹⁰.

⁸ V. *oltre*, par. 2.1.

⁹ M.S. ESPOSITO, *Il trattamento transfrontaliero e la cooperazione tra Autorità Garanti*, in G. FINOCCHIARO (dir.), *Il nuovo Regolamento europeo*, cit., p. 516 ss.; C. BISTOLFI, *I soggetti di controllo e verifica*, in L. BISTOLFI, E. BOLOGNINI, C. PELINO (a cura di), *Il Regolamento Privacy europeo*, cit. p. 633 ss.

¹⁰ Il Comitato europeo per la protezione dei dati è stato istituito dall'art. 68 del Regolamento (UE) 679/2016 ed è composto "dalla figura di vertice di un'autorità di controllo

Spetta, invece, all'autorità di controllo che ha ricevuto il reclamo – che, come abbiamo visto, non è l'autorità competente a pronunciarsi sui reclami riguardanti trattamenti transfrontalieri quando lo stabilimento principale o lo stabilimento unico si trova in un diverso Stato membro – informare il reclamante sull'esito della decisione adottata dall'autorità capofila¹¹.

In questo contesto, è di primaria importanza evidenziare come non sia sempre l'autorità capofila ad adottare la decisione. Infatti, quando il reclamo deve essere rigettato o archiviato è l'autorità di controllo che ha ricevuto il reclamo ad adottare la decisione, a notificarla al reclamante e a informare il titolare del trattamento.

Quindi, poiché è l'interessato ad avere deciso dove presentare il reclamo, scegliendo tra le tre autorità dell'art. 77 (quella della sua residenza abituale, del suo luogo di lavoro o del luogo in cui la violazione si è verificata), qualora egli voglia impugnare il provvedimento sfavorevole (rigetto o archiviazione) dovrà rivolgersi ai giudici dello stesso Stato membro dell'autorità

per ciascuno Stato membro e dal Garante europeo della protezione dei dati, o dai rispettivi rappresentanti" (par. 3).

¹¹ Le criticità del sistema dell'autorità capofila sono recentemente emerse nel caso che ha coinvolto Google in Francia, sanzionata il 21 gennaio 2019 per 50 milioni di euro dall'autorità di controllo francese, la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), con deliberazione in formazione ristretta n. SAN – 2019-001 (*Délibération de la formation restreinte n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google LLC*), emessa sulla base dei reclami presentati il 25 e 28 maggio 2018 dalle associazioni *None Of Your Business* e *La Quadrature du Net*, aventi ad oggetto l'assenza di una valida base giuridica per il trattamento dei dati personali degli utenti dei servizi di Google ed in particolare ai fini della personalizzazione della pubblicità. Al di là degli aspetti di merito della vicenda, il caso ha suscitato interesse in quanto il provvedimento del garante francese è stato emesso alla vigilia dello spostamento della sede legale di Google in Irlanda, volto a fissare nel territorio irlandese lo stabilimento principale ai sensi del Regolamento (UE) 679/2016. Tale operazione avrebbe comportato l'attribuzione del ruolo di autorità capofila all'autorità di controllo irlandese, come previsto dagli artt. 55 e 56 del Regolamento, sottraendo all'autorità francese il potere di pronunciarsi in via prioritaria, benché fosse proprio l'autorità francese quella maggiormente idonea ad esprimersi sul caso. Alla luce dell'attuale assetto normativo del Regolamento, uno dei rischi che sembra palesarsi è che le imprese fissino formalmente il proprio stabilimento principale in uno degli Stati membri le cui autorità applichino ed interpretino il Regolamento in un'ottica favorevole alle imprese, facendo prevalere le esigenze di mercato sulle garanzie individuali. Si potrebbe determinare così un fenomeno di *forum shopping* in materia di dati personali (cfr. A. BARLETTA, *La tutela effettiva della privacy*, cit., p. 1184), basato sulla possibilità di scelta delle imprese di collocare il proprio stabilimento principale nel territorio di un'autorità di controllo ad esse gradita, in modo che sia quest'ultima l'autorità capofila nell'esame dei reclami.

che ha scelto per presentare il reclamo. Infatti, secondo il par. 8 dell'art. 60 le decisioni di rigetto o archiviazione non sono emesse dall'autorità di controllo capofila, ma dall'autorità che ha ricevuto il reclamo e secondo l'art. 78, par. 3, avverso le decisioni dell'autorità di controllo è ammesso il ricorso giurisdizionale dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui l'autorità di controllo stessa è stabilita.

Si intende così offrire un'ulteriore forma di protezione di natura procedurale all'interessato, presumendo che, avendo egli scelto una determinata autorità di controllo per presentare il reclamo, saranno i giudici dello stesso Stato di tale autorità quelli preferiti dall'interessato.

Un'ulteriore disposizione del Regolamento complica il quadro di riferimento. Si tratta del nono paragrafo dell'art. 60, che ammette la possibilità di archiviazione o rigetto parziale di un reclamo. In tale ipotesi "è adottata una decisione separata per ciascuna di tali parti della questione": le parti favorevoli al reclamante (ossia quelle "riguardanti azioni in relazione al titolare del trattamento") sono adottate dall'autorità di controllo capofila, mentre le parti sfavorevoli al reclamante (ossia quelle concernenti l'archiviazione o il rigetto del reclamo) sono adottate dall'autorità di controllo del reclamante.

Nonostante gli intenti del legislatore europeo siano quelli di garantire maggiore certezza agli interessati, assicurando un interlocutore certo, rappresentato dall'autorità di controllo capofila¹², il concreto regime di esercizio del diritto al reclamo presenta almeno due profili problematici legati alla determinazione dell'autorità di controllo competente ad adottare la decisione, che potrebbe essere diversa da quella che ha ricevuto il reclamo, dopo la scelta dell'interessato reclamante fra le tre opzioni offerte dall'art. 77.

La prima di queste due ipotesi problematiche è basata sull'art. 56, par. 2-3, che pur ammettendo che ogni autorità di controllo è competente per la gestione dei reclami relativi a violazioni commesse nell'ambito di uno stabilimento nel suo Stato membro o che incidano in modo sostanziale su interessati nel suo Stato membro, specifica che l'autorità capofila, informata senza indugio dall'autorità che ha ricevuto il reclamo, può stabilire entro tre settimane di trattare essa stessa il caso, "tenendo conto dell'esistenza o meno di uno stabilimento del titolare del trattamento o responsabile del trattamento nello Stato membro dell'autorità di controllo che l'ha informa-

¹² Cfr. L. CANNADA-BARTOLI, *Considerazioni su alcune norme in materia di giurisdizione contenute nel regolamento generale sulla protezione dei dati n. 2016/679*, in *Europa e diritto privato*, n. 3/2018, p. 1022 ss.

ta" (par. 3). In tal caso, pur avendo scelto l'interessato una specifica autorità di controllo (che nella maggior parte dei casi sarà quella della sua residenza abituale, anche se l'art. 77 consente di scegliere anche quella del luogo di lavoro o quella del luogo della violazione), a pronunciarsi potrebbe essere un'autorità di un diverso Stato membro.

Allo stesso modo, anche nel caso di archiviazione o rigetto parziale si può verificare una duplicazione delle autorità competenti per le impugnazioni. Infatti, poiché l'art. 60, par. 9 prevede che in tale ipotesi siano adottate due decisioni separate (la decisione di archiviazione o rigetto di una parte del reclamo è adottata dall'autorità che ha ricevuto il reclamo, mentre la decisione favorevole al reclamante sull'altra parte del reclamo viene adottata dall'autorità capofila), diversi saranno i giudici competenti per le impugnazioni ai sensi dell'art. 78 del Regolamento.

La decisione sulla parte sfavorevole all'interessato reclamante sarà impugnabile dinanzi ai giudici dello Stato membro dell'autorità presso la quale l'interessato ha presentato reclamo, mentre la decisione dell'autorità capofila sfavorevole al titolare o al responsabile del trattamento sarà impugnabile dal titolare o dal responsabile del trattamento dinanzi ai giudici dello Stato membro dello stabilimento principale o unico, trovandosi in tale Stato l'autorità capofila.

Quest'ultima ipotesi appare assai problematica perché costringerebbe l'interessato reclamante a costituirsi dinanzi ai giudici dello Stato membro in cui il titolare o il responsabile del trattamento ha lo stabilimento principale o unico che non corrispondono a quelli dello Stato membro in cui l'interessato ha deciso di presentare il reclamo. Si manifestano, così, anche in questo caso, prospettive processuali sfavorevoli per l'interessato, contrariamente all'ottica a cui si ispira l'intero Regolamento incentrata sul rafforzamento dei diritti e delle garanzie individuali dell'interessato a fronte di maggiori obblighi e doveri per il titolare e il responsabile del trattamento dei dati.

3. I ricorsi giurisdizionali nei confronti del titolare e del responsabile del trattamento

I due criteri di giurisdizione relativi ai ricorsi giurisdizionali degli interessati nei confronti dei titolari e dei responsabili dei trattamenti hanno provocato critiche in quanto la possibilità di sfruttare inderogabilmente questi soli due criteri potrebbe frequentemente rappresentare una circostanza limitativa rispetto alla facoltà delle parti di accordarsi in forma espressa

o tacita per attribuire la competenza ad un diverso giudice, applicando rispettivamente l'art. 25¹³ e l'art. 26¹⁴ del Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Regolamento Bruxelles I *bis*) sulla proroga di giurisdizione.

È infatti il principio di specialità a regolare il rapporto tra Regolamento Bruxelles I *bis* e Regolamento (UE) 679/2016¹⁵: il considerando 147 del

¹³ Si è purtroppo costretti, data la grande attenzione che la dottrina ha dedicato all'art. 25 del Regolamento Bruxelles I *bis*, a segnalare soltanto alcuni degli autorevoli commenti in materia. Al riguardo v. I. QUEIROLO, *Prorogation of Jurisdiction in the Proposal for a Recast of the Brussels I Regulation*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Recasting Brussels I*, Padova 2012, p. 183 ss.; F.C. VILLATA, *Choice-of-Court Agreements in Favour of Third States' Jurisdiction in Light of the Suggestions by Members of the European Parliament*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Recasting Brussels I*, cit., p. 219 ss.; S.M. CARBONE, *Gli accordi di proroga della giurisdizione e le convenzioni arbitrali nella nuova disciplina del regolamento (UE) 1215/2012*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 651 ss.; ID., *I fori esclusivi*, in S.M. CARBONE, E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale. Il regolamento UE n. 1215/2012*, Torino 2016, p. 224 ss.; F. POCAR, *Brevi riflessioni in tema di revisione del regolamento Bruxelles I e clausole di scelta del foro*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2013, p. 329 ss.; T.C. HARTLEY, *Choice-of-court Agreements under the European and International Instruments*, Oxford 2013, p. 12 ss. e 135 ss.; S. FRANCO, *Les clauses d'élection de for dans le nouveau règlement Bruxelles I bis*, in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis. Règlement n°1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Bruxelles 2014, p. 107 ss.; I. QUEIROLO, *Choice of Court Agreements in the New Brussels I-bis Regulation: A Critical Appraisal*, in *Yearbook of Private International Law*, 2014, p. 113 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Rifusione). Evoluzione e continuità del "sistema Bruxelles-I" nel quadro della cooperazione giudiziaria europea in materia civile*, Padova 2015, p. 199 ss.; U. MAGNUS, Art. 25: in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels Ibis Regulation*, Köln 2016; A. MALATESTA, *Gli accordi di scelta del foro*, in A. MALATESTA (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I. Il regolamento (UE) n. 1215/2012 sulla giurisdizione e l'efficacia delle decisioni in materia civile e commerciale*, Milano 2016, p. 63 ss.; S. GUZZI, *La proroga di giurisdizione per volontà delle parti nel Regolamento (UE) n. 1215/2012: nuove prospettive*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2018, p. 121 ss.

¹⁴ Sulla proroga tacita di giurisdizione prevista dall'art. 26 del Regolamento Bruxelles I *bis*, v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, cit., p. 212 ss.; A. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Art. 26, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries*, cit.; S.M. CARBONE, *I fori esclusivi*, in S.M. CARBONE, E. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 251 ss.; G. VITELLINO, *La c.d. proroga tacita*, in A. MALATESTA (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I*, cit., p. 78 ss.

¹⁵ I. REVOLIDIS, *Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations And The GDPR: A Case Of "Privacy Tourism"?*, in *Masaryk University Journal of Law and Technology*, n. 1/2017, p. 21 ss.

Regolamento (UE) 679/2016 rimarca che qualora il Regolamento “preveda disposizioni specifiche in materia di giurisdizione, in particolare riguardo a procedimenti che prevedono il ricorso giurisdizionale, compreso quello per risarcimento, contro un titolare del trattamento o un responsabile del trattamento, disposizioni generali in materia di giurisdizione quali quelle di cui al Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio non dovrebbero pregiudicare l'applicazione di dette disposizioni specifiche” e l'art. 67 del Regolamento Bruxelles I *bis* prevede che esso “non pregiudica l'applicazione delle disposizioni che, in materie particolari, disciplinano la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni e che sono contenute negli atti dell'Unione o nelle legislazioni nazionali armonizzate in esecuzione di tali atti”.

Tuttavia, la prevalenza dei criteri di giurisdizione del Regolamento (UE) 679/2016 mal si concilia con la natura imperativa della protezione accordata agli interessati e ai loro dati personali, facilmente ricavabile dalle finalità, dalla struttura e dai principi del Regolamento (UE) 679/2016, nonché dall'art. 48 dello stesso che vieta il riconoscimento e l'attribuzione di carattere esecutivo delle sentenze di autorità giurisdizionali e delle decisioni di autorità amministrative di Paesi terzi che dispongono il trasferimento o la comunicazione di dati personali da parte di un titolare del trattamento o di un responsabile del trattamento, a meno che non siano “basate su un accordo internazionale in vigore tra il Paese terzo richiedente e l'Unione o un suo Stato membro, ad esempio un trattato di mutua assistenza giudiziaria, fatti salvi gli altri presupposti di trasferimento”¹⁶.

Infatti, la natura imperativa implica l'inderogabilità convenzionale e la conseguente invalidità di qualunque accordo che privi l'interessato delle garanzie offerte dal Regolamento (UE) 679/2016. Se vengono letti in maniera rigida il principio di specialità e il carattere imperativo del Regolamento (UE) 679/2016 occorre farne discendere l'invalidità degli accordi di proroga della giurisdizione conclusi espressamente ai sensi dell'art. 25 del Regolamento Bruxelles I *bis* o tacitamente ai sensi dell'art. 26 dello stesso Regolamento, attraverso i quali le parti attribuiscono la giurisdizione ad un giudice di un diverso Stato rispetto a quelli dell'art. 79 del Regolamento (UE) 679/2016. Tuttavia, se così fosse si potrebbe verificare una compressione delle garanzie dell'interessato qualora esso venisse privato di fori ul-

¹⁶ C. KOHLER, *Conflict Of Law Issues In The 2016 Data Protection Regulation Of The European Union*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2016, p. 657.

teriori a propria disposizione in forza di un accordo di proroga di giurisdizione, in maniera confliggente con la prospettiva di protezione imperativa dell'interessato che caratterizza il Regolamento (UE) 679/2016.

Pertanto, l'interpretazione che appare maggiormente compatibile con i principi del Regolamento (UE) 679/2016 è quella che ammette accordi convenzionali tra le parti che derogano ai criteri di giurisdizione previsti dall'art. 79 del Regolamento (UE) 679/2016 a condizione che consentano al solo interessato di adire i giudici di Stati membri ulteriori rispetto ai due individuati dall'art. 79¹⁷.

Diversamente, si potrebbero verificare limitazioni dei fori a disposizione dell'interessato in maniera incompatibile con lo spirito, le finalità e i principi alla base della riforma della disciplina dell'UE sulla protezione dei dati personali.

4. Conclusioni

Le perplessità che abbiamo succintamente espresso in ordine a possibili applicazioni distorte di alcune disposizioni del Regolamento (UE) 679/2016 sulla competenza delle autorità di controllo e sulla giurisdizione delle autorità giurisdizionali induce a riflettere sulla rilevanza che le garanzie di natura procedurale riconosciute agli interessati assumono nel contesto della tutela offerta dal Regolamento. Il rischio concreto che sembra palesarsi è che la mancanza di un efficiente sistema di reclami e ricorsi possa incidere negativamente sull'esercizio sostanziale del diritto alla protezione dei dati.

In questo quadro, la moltiplicazione di pratiche di *forum shopping* da

¹⁷ P. FRANZINA, *Jurisdiction Regarding Claims for the Infringement of Privacy Rights under the General Data Protection Regulation*, in A. DE FRANCESCHI (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Cambridge 2016, p. 106 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *La disciplina della giurisdizione nel regolamento (UE) n. 2016/679 concernente il trattamento dei dati personali e il suo coordinamento con la disciplina contenuta nel regolamento "Bruxelles I-bis"*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n. 2/2017, p. 452 ss. Per una più approfondita analisi dei problemi di coordinamento in materia di giurisdizione tra Regolamento Bruxelles I bis e Regolamento (UE) 679/2016 si consenta il rinvio a E.A. ROSSI, *Data protection nei rapporti transnazionali tra imprese. Aspetti problematici della Convenzione n. 108 del Consiglio d'Europa e del regolamento (UE) 679/2016*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, p. 222 ss., anche in relazione al coordinamento con le ulteriori regole sulla giurisdizione contenute nelle norme vincolanti di impresa di cui all'art. 47 del Regolamento (UE) 679/2016 e nelle clausole contrattuali tipo (art. 28, par. 8 e art. 46, par. 2) nell'ambito dei trasferimenti internazionali di dati personali.

parte di imprese multinazionali, dirette ad assicurarsi che siano autorità nazionali tolleranti ad esercitare l'attività di controllo e sorveglianza, a discapito dei diritti dei cittadini europei, non sembra affatto uno scenario irrealizzabile. Infatti, nonostante l'inclusione del diritto alla protezione dei dati personali tra i diritti fondamentali garantiti dal diritto primario dell'Unione¹⁸ e la scelta del legislatore europeo di sostituire la Direttiva 95/46/CE con un Regolamento¹⁹ vadano nella direzione di assicurare un livello uniforme di protezione dei dati in tutti gli Stati membri, sembrano ancora persistere aspetti problematici nel Regolamento, che presta così il fianco ad interpretazioni ed applicazioni potenzialmente lesive dei diritti individuali. Un'incombente necessità, alla luce dell'attuale quadro normativo, sembra pertanto quella di rafforzare il dialogo e la cooperazione tra autorità degli Stati membri al fine di garantire modalità coordinate ed uniformi di applicazione delle disposizioni del Regolamento, nell'attesa di interventi legislativi o giurisprudenziali chiarificatori.

¹⁸ Deve essere infatti rimarcato che il diritto alla protezione dei dati personali fa ormai inequivocabilmente parte dei valori irrinunciabili dell'Unione europea in quanto diritto fondamentale tutelato dall'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 16 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea. Sul punto cfr. O. LYNSEY, *Deconstructing Data Protection: The 'Added-Value' of a Right to Data Protection in the EU Legal Order*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2014, p. 569 ss.; H. KRANENBORG, *Article 8, Protection of Personal Data*, in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford 2014, p. 223 ss.; F. BESTAGNO, *Validità ed interpretazione degli atti dell'UE alla luce della Carta: conferme e sviluppi nella giurisprudenza della Corte in tema di dati personali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 21 ss.

¹⁹ L. CALIFANO, *Il Regolamento UE 2016/679 e la costruzione di un modello uniforme di diritto europeo alla riservatezza e alla protezione dati personali*, in L. CALIFANO, C. COLAPIETRO (a cura di), *Innovazione tecnologica e valore della persona*, cit., p. 3 ss.; G. CAGGIANO, *La Corte di giustizia consolida il ruolo costituzionale nella materia dei dati personali*, cit., p. 10.

TUTO ROSSI

*RELATIONS FINANCIÈRES ET INVESTISSEMENTS BOURSIERS
ENTRE BANQUE ET CLIENT.
L'EXEMPLE DE LA SUISSE*

SOMMAIRE: 1. Avant-propos. – 2. Le rôle et l'activité de la banque. – 3. La propriété des avoirs déposés en banque. – 3.1. En général. – 3.2. La dématérialisation des biens patrimoniaux et ses conséquences législatives. – 4. Les contrats de la banque avec ses clients. – 4.1. L'établissement de la relation entre banque et client. – 4.1.1. Les intérêts en jeux. – 4.1.2. Le contrat de mandat comme contrat-cadre des activités bancaires hors-bilan. – 4.1.2.1. L'obligation de la banque d'informer et de conseiller son client (obligation de diligence). – 4.1.2.2. L'obligation de la banque de ne pas spéculer au détriment de son client (obligation de fidélité). – 4.2. Les divers types de contrat de mandat proposés par les banques à leurs clients. – 5. L'obligation de la banque d'informer son client en pratique. – 5.1. La migration du droit public au secours du droit privé. – 5.2. L'illusion d'un «no man's land» juridique, ou du blanchiment de l'argent sale à celui de l'argent propre. – 5.3. Arlequin serviteur de deux maîtres. – 5.3.1. La créance en restitution des rétrocessions bancaires. – 5.3.2. Les pertes dues aux obligations de la Kaupthing Bank.

1. Avant-propos

Pour comprendre les situations compliquées de la vie financière d'aujourd'hui, il faut remonter aux sources des relations contractuelles entre la banque et ses clients. Alors que les situations financières actuelles sont inédites, les problèmes sous-jacents sont souvent anciens et connus.

Pour les appréhender, il faut d'abord faire un effort de clarification des intérêts en jeu et se garder de proposer de nouvelles catégories juridiques, avant d'analyser si les institutions juridiques traditionnelles ne seraient pas en mesure d'apporter des solutions efficaces.

Aussi, il ne faut pas se méprendre devant le mur terminologique. La finance internationale utilise une terminologie spécifique, le plus souvent de dérivation anglo-saxonne. Il en demeure pas moins qu'à la base de ces contrats, il y a toujours la volonté humaine, avec ses comportements et ses désirs. Ce sont finalement les intérêts en jeu et les rapports de force contractuels qui nous permettent de décrypter les formules contractuelles les plus exotiques.

Le but de notre travail n'est pas de présenter des contrats innommés inédits, mais de fournir une méthode d'analyse juridique des situations financières inhabituelles.

2. Le rôle et l'activité de la banque

Le rôle traditionnel de la banque est de récolter l'épargne auprès du public et de le redistribuer dans l'économie réelle.

La collecte des ressources, la distribution des crédits et la mise à disposition des moyens de paiement se fait par le biais de l'établissement de relations contractuelles entre banque et client.

Dans les opérations actives, ces contrats forment des opérations d'intérêt, d'escompte (l'achat de papiers valeurs et parfois de crédits sur facture de la part de la banque contre le paiement anticipé à un taux d'intérêt négatif), de crédit lombard (crédits nantis du dépôt de titres du client), d'octroi de crédit à court terme en monnaie locale ou étrangère par caisse (facilité de caisse, découvert) ou par signature (engagements de financement, avals, etc.).

Les opérations actives sont celles qui figurent dans la colonne de l'actif du bilan et comprennent les activités par lesquelles la banque place et utilise les ressources dont elle dispose. La colonne des actifs du bilan montre entre autres tous les crédits que la banque a octroyé à ses clients à une date déterminée¹. L'octroi de crédits constitue l'activité principale de toute banque et représente la partie plus importante de l'actif du bilan.

Les opérations passives, qui figurent dans la colonne du passif du bilan, comprennent principalement les contrats de dépôts bancaires, c'est-à-dire l'acceptation en dépôt de valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (à vue ou à échéance, c'est-à-dire pour un délai déterminé), l'acceptation de fonds de la part d'autres établissements bancaires, l'acceptation d'emprunts et d'obligations internationales à long terme, les obligations envers le marché monétaire, etc.². Dans les opérations passives la banque attire les fonds dans ses caisses³.

¹ U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, Zurich-Berne 2004, n. 704 ss.

² Pour une représentation exhaustive de la composition de l'actifs et du passif du bilan d'une banque cf. U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *op. cit.*, n. 2509 s.

³ M. PALVI, P. QUITTNER, *Entzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank-, und Börsenwesen*², Frankfurt am Main 1958, p. 195 ss.

Depuis la moitié du siècle dernier, la banque ne se limite plus à son activité traditionnelle, mais elle «fait autre chose». Au lieu de prêter son argent (collecté auprès du public) en échange d'un intérêt, elle prête son crédit, c'est-à-dire ses relations financières, sa réputation interne ou internationale de puissance économique prospère et fiable.

La banque exécute un service (par exemple: activités de gestion, encaissement des dividendes des coupons etc.) par des prestations qualifiées comme des activités hors bilan.

Avec le développement de ces activités, on a assisté à une *banclarisation de la vie économique*.

Les banques occupent aujourd'hui des domaines de plus en plus variés de la vie publique: délivrance de conseils – en placement en gestion de fortune –, planification financière et prévoyance, assistance dans le déroulement des opérations commerciales, assistance dans la succession héréditaire des entreprises d'une génération à l'autre, assistance dans la vente d'entreprises – en offrant ces services spécialisés dans la due diligence, en mettant à disposition du vendeur la palette de ses clients, etc. – activités d'agence de communication, de certification de signatures, d'authentification des contrats etc.

Pour attirer de plus en plus de clients, les banques font du marketing, c'est à dire qu'elles vont activement à la rencontre des besoins et désirs des clients.

Tout comme d'autres entrepreneurs, architectes, ingénieurs, avocats, chirurgiens plastiques, sociétés fiduciaires, aujourd'hui les banques offrent au public de nombreux services qui se recoupent avec ceux d'autres professions.

Dans un prospectus décrivant le travail d'un chirurgien plastique de Lausanne, on peut lire que «Le Docteur Z. chaque jour, modifie les visages et les silhouettes, pour réconcilier l'être et le paraître».

La publicité de ce docteur n'est pas foncièrement différente du prospectus d'une banque privée qui pour attirer la clientèle publie ce texte: «Votre conseiller détermine avec vous votre stratégie de placement individuelle et vous soutient dans sa mise en œuvre et sa surveillance périodique. Vous obtenez de lui des idées de placement, mais prenez vous-même les décisions correspondantes».

Du point de vue juridique, il faut s'interroger sur les conséquences de cette expansion dans les droits et obligations de la banque envers son client.

3. La propriété des avoirs déposés en banque

3.1. En général

L'argent du client est une chose fongible qui devient propriété de la banque par mélange dès qu'il y est déposé. Cet argent entre dans le bilan de la banque, et le client a envers cette dernière une créance en restitution, généralement assortie d'un intérêt lorsque cette créance est libellée en monnaie locale.

Les papiers-valeurs au porteur sont considérés comme des choses de gendre et sont généralement conservés séparément dans le dépôt du client; les papiers-valeurs nominatifs sont des choses d'espèce qui restent individualisés et n'entrent pas dans le patrimoine de la banque dépositaire, mais restent dans celui du client déposant (cf. art. 484 CO⁴).

Un papier-valeur est un titre auquel un droit est incorporé d'une manière telle qu'il est impossible de faire valoir ce droit ou de le transférer indépendamment du titre. Il s'ensuit, d'une part, que celui qui possède le titre peut se prévaloir du droit incorporé et, d'autre part, que le transfert du droit incorporé nécessite le transfert de la possession du titre (cf. art. 965 CO⁵).

Étant des objets matériels, les papiers-valeurs tombent sous l'empire des droits réels. Le titulaire d'un papier-valeur déposé auprès d'une banque n'a pas simplement une créance envers cette dernière, mais aussi un droit réel à la restitution de sa chose.

Cette distinction comporte qu'en cas de déconfiture, l'argent déposé rentre dans la masse en faillite de la banque, tandis que les papiers-valeurs, notamment les actions achetées par les investisseurs par l'intermédiaire de la banque, restent dans la propriété de leurs titulaires.

Depuis les années soixante-dix du siècle dernier, on assiste toutefois à une dématérialisation progressive des biens patrimoniaux. Les droits de participation et les titres (physiques) de créance, les lingots d'or, l'argent

⁴ Sous la note marginale «Mélange de choses entreposées», l'art. 484, al. 1 du Code des obligations suisse affirme que «L'entrepôseur ne peut mélanger des choses fongibles avec d'autres de même espèce et qualité que si ce droit lui a été expressément conféré».

⁵ Sous la note marginale «Obligations dérivant du papier-valeur», l'art. 965 du Code des obligations suisse affirme que «1. Celui dont la dette est incorporée dans un papier-valeur n'est tenu de payer que contre la remise du titre. 2. Sauf dol ou négligence grave de sa part le débiteur est libéré par un paiement à l'échéance entre les mains de la personne à qui le titre confère la qualité de créancier».

comptant, les titres (certificats d'action et d'obligation, cédule hypothécaires) sont remplacés par des écritures, qui aujourd'hui ne sont même plus figées sur papier. Tout est mis sur un extrait comptable et, à la lecture, un compte-courant ne diffère guère plus d'un compte dépôt.

Par conséquent, les droits réels n'entrent plus en ligne de compte pour protéger les clients en séparant leur patrimoine de celui de la banque.

3.2. La dématérialisation des biens patrimoniaux et ses conséquences législatives

Pour pallier à la disparition des titres physiques, le législateur suisse à promulgué la Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI)⁶.

Dans son article premier, la loi fédérale sur les titres intermédiés délimite son objet et son but par la formule suivante: «La présente loi règle la conservation des papiers-valeurs et des droits-valeurs par les dépositaires ainsi que leur transfert. 2. Elle garantit la protection des droits de propriété des investisseurs».

A son art. 3 cette loi définit les titres intermédiés comme étant des «créances et les droits sociaux fongibles à l'encontre d'un émetteur qui répondent aux conditions suivantes: a. ils sont inscrits au crédit d'un compte de titres; b. le titulaire du compte peut en disposer selon la présente loi».

Le deuxième alinéa de l'art. 3 LTI ajoute que: «Les titres intermédiés sont opposables au dépositaire ainsi qu'à tout tiers; ils sont soustraits à la mainmise des autres créanciers du dépositaire».

Cette nouvelle législative consacre ainsi un nouveau bien juridique patrimonial «sui generis»: les titres intermédiés⁷.

Les titres intermédiés présentent à la fois certaines caractéristiques des créances et des choses. Ils ont toutes les caractéristiques fonctionnelles d'un papier-valeur sans être une chose au sens des droits réels. Un régime juridique unique s'applique ainsi à tous les titres intermédiés, que l'actif sous-jacent soit un papier-valeur, un certificat global ou un droit-valeur.

Il s'agit donc d'une nouvelle institution qui suit un régime juridique qui lui est propre⁸.

⁶ Loi fédérale sur les titres intermédiés (LTI) du 3 octobre 2008, RS 957.1.

⁷ Sur ce sujet, J.P.G. LEIBENSON, *Les actes de disposition sur les titres intermédiés*, Thèse de doctorat, Univ. Genève, 2012, no. D. 858.

⁸ J.P.G. LEIBENSON, *op. cit.*, p. 78 s.

Le régime des droits réels n'est toutefois pas définitivement écarté, mais uniquement suspendu. Il reprend vigueur si le titulaire demande au dépositaire de lui remettre des papiers-valeurs dont le nombre et le genre correspondent aux titres inscrits au crédit de son compte, selon l'art. 8 LTI. La «restitution» des titres n'intervient cependant pas sur la base des règles sur la possession, mais en vertu d'un droit de créance qui trouve son fondement aussi dans la relation contractuelle entre le propriétaire des droits et le dépositaire.

C'est ce qui a reconnu le Tribunal fédéral suisse dans un arrêt du 10 janvier 2012⁹.

D'après l'art. 16 de la Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)¹⁰: «Sont réputées valeurs déposées selon l'art. 37d: 1. les choses mobilières et les titres déposés par les clients; 2. les choses mobilières, les titres et les créances que la banque détient à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants».

Au «chapitre XII-Faillite de banques insolvable (faillite bancaire)» sous la note marginale, «distraction de valeurs déposées», l'art. 37d LB affirme que «Les valeurs déposées, au sens de l'art. 16, sont distraites conformément aux art. 17 et 18 de la loi du 3 octobre 2008 sur les titres intermédiés. En cas de découvert, l'art. 19 de cette loi est applicable».

L'art. 17 LB prévoit que: «1. Lorsqu'un dépositaire fait l'objet d'une procédure de liquidation forcée tendant à l'exécution générale, le liquidateur distrait d'office de la masse, à concurrence des avoirs en compte de titres disponibles: a. les titres intermédiés inscrits au crédit d'un compte de titres que le dépositaire détient auprès d'un sous-dépositaire [...]; 2. Si le dépositaire détient ses propres titres et les titres de ses clients titulaires

⁹ ATF 138 III 137 cons. 5.2.1: «Bucheffekten sind vertretbare Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber dem Emittenten, die einem Effektenkonto gutgeschrieben sind und über welche der Kontoinhaber nach den Vorschriften des BEG verfügen kann (Art. 3 Abs. 1 BEG). Sie sind Vermögensobjekte *sui generis* [...] Das an ihnen bestehende Eigentum ist nicht im engen sachenrechtlichen Sinn zu verstehen [...] Die sachenrechtliche Beziehung des Hinterlegers zu den Urkunden wird indessen nicht aufgehoben, sondern lediglich sistiert [...]. Sie lebt wieder auf, wenn die Wertpapiere von der Verwahrungsstelle herausgegeben werden (vgl. Art. 8 BEG). Diesen Grundsätzen entsprechend ist eine Vindikation von Bucheffekten und die Restituierung nach den Regeln des Besitzschutzes ausgeschlossen [...]. Eine Rückabwicklung hat vielmehr nach schuldrechtlichen Grundsätzen zu erfolgen, wobei sich ein entsprechender Anspruch etwa auch aus einem Vertragsverhältnis ergeben kann».

¹⁰ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB) du 8 novembre 1943, RS 952.0.

d'un compte sur un même compte de titres auprès d'un sous-dépositaire, les titres inscrits au crédit de ce compte sont présumés être ceux de ses clients titulaires d'un compte. 4. Les titres distraits et les prétentions à la remise de titres sont: a. soit transférés au nouveau dépositaire désigné par le titulaire d'un compte; b. soit remis au titulaire d'un compte sous la forme de papiers-valeurs».

De même, en cas de faillite d'un sous-dépositaire, l'art 18 LTI prévoit que «lorsqu'un sous-dépositaire fait l'objet d'une procédure de liquidation forcée tendant à l'exécution générale, le dépositaire fait valoir à l'encontre du sous-dépositaire la distraction des titres au profit de ses titulaires d'un compte».

L'institution du titre intermédié comme droit patrimonial autonome a permis de sauvegarder la différence de régime entre les comptes dépôts qui demeurent dans le patrimoine du titulaire même au cas de faillite de la banque, et les comptes courants sur lesquels le titulaire n'a qu'un droit de créance chirographaire envers la masse.

Cette distinction est d'une importance fondamentale, puisqu'elle est à la base de toute l'activité bancaire hors-bilan.

4. Les contrats de la banque avec ses clients

L'activité contractuelle de la banque envers ses clients est tributaire de la division entre activité traditionnelle et activité hors-bilan.

L'activité traditionnelle étant basée sur la collecte de l'épargne et sa redistribution dans l'économie du pays, les contrats qui la caractérisent relèvent du dépôt et du prêt. Ici, la banque encaisse des intérêts.

Lors de l'activité hors bilan; la banque exécute un service; elle exploite son renom, ses relations financières, c'est-à-dire qu'elle prête son crédit.

Les contrats qui caractérisent cette activité relèvent donc du contrat de mandat. Ici, la banque n'encaisse pas des intérêts, mais des commissions.

4.1. L'établissement de la relation entre banque et client

La relation contractuelle entre la banque et le client s'établit par le biais d'un contact personnel entre le client (personne physique ou représentant d'une personne morale) et une personne physique, un fonctionnaire de banque, qui stipule le contrat avec le client (au nom de la banque).

Dès l'ouverture de la relation contractuelle, un fonctionnaire, appelé souvent «gérant de fortune» ou «conseiller», sera désigné par la banque comme responsable pour son compte de la relation contractuelle avec le client.

Dans les simples relations de compte-courant, ce fonctionnaire de banque n'est généralement pas personnellement connu par le client. Le «gérant de fortune» ou «conseiller» est lié à sa banque par un contrat de travail.

4.1.1. Les intérêts en jeux

Le client qui dépose son argent en banque est poussé par deux mobiles: la sécurité et le désir d'obtenir une rémunération.

En stipulant un contrat de dépôt, la banque assure au client de lui conserver ses actifs en sécurité.

Le désir d'obtenir une rémunération s'exprime de deux manières; le client dépose ses actifs en banque pour percevoir des intérêts ou pour le faire «travailler» dans le but d'obtenir une rémunération.

Le taux d'intérêt est normalement fixé d'avance dans les divers formes de contrats de prêt (compte courant, compte épargne avec limitation de retrait, ou bien obligations de caisse émises par les banques à un taux d'intérêt fixe et qui ne sont pas négociées sur la place boursière).

Lorsque le client charge sa banque de «faire travailler» son argent, il lui demande de lui prêter son savoir-faire et ses instruments pour obtenir une rémunération qui s'attend être supérieure à celle offerte par un contrat de prêt à taux fixe, mais qui peut aussi conduire à des pertes d'argent.

Le client est disposé de payer un spécialiste dans le but d'accroître son patrimoine (*mutatis mutandis* comme il pourrait demander les services d'un avocat pour qu'il lui fasse récupérer une créance vis-à-vis d'une contrepartie qui se croit en droit de ne pas payer).

La banque accepte cette offre parce qu'elle a le *know how* et la structure pour offrir des services rémunérés qui s'ajoutent à son activité traditionnelle de collecte de l'épargne et prêt d'argent.

En prêtant ces services, elle encaisse des commissions sur chaque opération qu'elle effectue au nom du client et elle accroît son patrimoine.

4.1.2. Le contrat de mandat comme contrat-cadre des activités bancaires hors-bilan

Lorsque la banque prête son service dans le cadre des activités hors bilan, les échanges de prestations entre le client et sa banque sont généralement caractéristiques du contrat du mandat.

D'après l'art. 394 CO, le mandat se définit comme «un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis».

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté (ou liberté contractuelle), l'étendue du mandat est d'abord fixé dans la convention.

Si les parties n'ont rien décidé, l'étendue du mandat est déterminée par la nature de l'affaire à laquelle il se rapporte (art. 396 CO).

La banque mandataire doit d'abord se tenir aux instructions du client. Elle «ne peut s'en écarter qu'autant que les circonstances ne lui permettent pas de rechercher l'autorisation du mandant et qu'il y a lieu d'admettre que celui-ci l'aurait autorisé s'il avait été au courant de la situation» (art. 397, al. 1 CO).

Le mandataire est d'abord «responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat» (art. 398, al. 2 CO).

Ensuite, il est soumis à une obligation de reddition de compte, étant «tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit [et] Il doit l'intérêt des sommes pour le versement desquelles il est en retard» (art. 400 CO).

L'art. 425 du Code des Obligations s'occupe d'une sous-espèce de mandat; le contrat de commission de vente et d'achat qu'il règle de la manière suivante. «Le commissionnaire en matière de vente ou d'achat est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission (provision)».

Les obligations du mandataire stipulées dans le Code des Obligations sont à l'origine de deux obligations fondamentales de la banque: l'obligation d'informer et de conseiller le client (obligation de diligence), et l'obligation de ne pas spéculer au détriment du client (obligation de fidélité).

4.1.2.1. L'obligation de la banque d'informer et de conseiller son client (obligation de diligence)

L'obligation d'information et de conseil dérive du mandat uniquement lorsqu'elle en est l'objet (principal).

Par contre, lorsque elle n'est qu'accessoire, cette obligation s'impose de par la loi, ou du principe de la bonne foi, en fonction de l'activité qui est en cause.

L'obligation d'information (qui ne découle pas de l'obligation de rendre compte de l'art. 400 CO) oblige le mandataire à fournir une information exacte, complète et au moment où elle est nécessaire.

Le mandataire doit notamment informer le mandant sur les risques des opérations financières envisagées.

L'obligation de conseil et de mise en garde, oblige le mandataire à indiquer au mandant les investissements qui correspondent mieux à son intérêt et à le rendre attentif contre les risques qu'il encourt. L'étendue de l'obligation de la banque dépend de l'expérience de son client, de la durée de la relation contractuelle avec celui-ci, du risque inhérent à l'opération envisagée, du fait que la banque finance elle-même par le biais d'un crédit lombard les opérations boursières de son client. L'étendue de ces droits dépend aussi du type de contrat en vigueur entre la banque et le client.

L'obligation de discrétion impose au mandataire une obligation de garder le silence sur tout qui peut nuire aux intérêts du mandant, mais le droit public peut l'obliger à révéler certains faits (par exemple, au fisc²).

4.1.2.2. L'obligation de la banque de ne pas spéculer au détriment de son client (obligation de fidélité)

L'obligation de fidélité vise à éviter que le mandataire abuse de son pouvoir; elle implique un devoir d'honnêteté de loyauté et de désintéressement, donc l'interdiction de profiter personnellement des opérations conclues pour le compte du mandant, par exemple par des rétrocessions.

La mise en pratique de ses préceptes n'est pas aisée: d'abord la banque comme toute entreprise se doit d'être rentable, c'est-à-dire de «rentabiliser» ses clients. Dans le cadre du Portfolio Management, elle leur vend des produits financiers contre le paiement de commissions. Puisqu'elle administre souvent les comptes des clients de façon autonome sans instruction particulière, elle peut aussi déterminer la vitesse des transactions. Il y a donc le risque que la banque effectue des investissements répétés dans le seul but de générer des commissions («churning»: la gestion d'un compte par des transactions sans but économique en dehors de celui de générer du courtage en faveur du mandataire).

Il est parfois difficile de comprendre si la banque effectue les investissements sur le compte des clients dans le but d'en augmenter la performance, ou d'accroître le volume du courtage. Un portefeuille basé sur des actions comporte un nombre plus grand de transactions, qu'un portefeuille de seuls obligations, et dans un marché très volatile il est parfois judicieux d'opérer avec des transactions répétées à court terme¹¹.

¹¹ U. EMCH, H. RENZ, R. ARPAGAU, *op. cit.*, n. 1496 ss.

4.2. Les divers types de contrat de mandat proposés par les banques à leurs clients

Deux options principales s'ouvrent à l'investisseur qui veut (en réalité «doit») faire appel à une banque pour administrer son patrimoine

La première consiste à confier entièrement à la banque ses liquidités et ses valeurs mobilières pour qu'elle les gère de façon professionnelle.

Dans ce cas, l'investisseur/client spécifie dans un contrat de mandat ce qu'il désire obtenir de la banque (par exemple, qu'elle se limite à des investissements en monnaie locale, qu'elle n'investisse qu'en obligations de la Confédération, ou qu'elle se limite à l'industrie pharmaceutique en refusant d'investir dans le secteur bancaire).

Contre le paiement d'une rémunération fixée d'avance, l'investisseur le désintéresse du quotidien de ses placements en se limitant à vérifier si la banque agit de façon conforme au résultat envisagé dans le contrat.

La deuxième option consiste à demander à la banque de mettre à disposition seulement son infrastructure et ses capacités techniques, tandis que les décisions d'investissement restent à l'apanage du client.

Dans ce cas, l'investisseur paie une commission fixée dans un tarifaire de la banque à chaque fois qu'il utilise ses services.

La banque n'assume aucun devoir de conseil ou d'information à l'égard de son client. Celui-ci est seul responsable des résultats atteints ou pas atteints.

Dans le premier cas il s'agit d'un mandat de gestion de fortune (gestionnaire; pas d'application de la LBVM), dans le deuxième cas l'on est en présence d'un mandat «execution only» (soumis à l'art. 11 LBVM)

Ces deux types de contrat se sont rapidement montrés insuffisants pour régler la réalité du rapport entre banque et client.

Même en l'absence d'un mandat de gestion, le rapport de confiance qui s'établit entre le gérant de fortune et le client amène souvent ce dernier à demander au premier des indications quant à l'opportunité de procéder à un investissement déterminé.

En fait (tout comme l'avocat ou le médecin) c'est bel et bien le banquier et pas le client qui est le spécialiste des investissements.

Le fonctionnaire de banque auquel le client a été affecté va donc dispenser des conseils, des suggestions même si cette activité n'est pas spécifiquement rémunérée (la banque encaisse cependant une commission à chaque opération d'achat ou de vente de titres boursiers).

Une forme intermédiaire de contrat est donc apparue; le contrat de

conseil en placement; les investissements sont décidés par le client, mais effectués sur la base d'informations et recommandations de son conseiller (soumis à l'art. 11 LBVM).

La banque conseillère en investissement peut aussi avoir un intérêt propre à dispenser certains conseils, puisque elle peut véhiculer par-là l'achat des titres émis par elle-même ou par un institut lié contractuellement avec elle.

5. L'obligation de la banque d'informer son client en pratique

Chaque client qui oriente l'administration de son patrimoine mobilier vers la gestion de fortune, au lieu de choisir un placement avec des instruments à taux fixe (compte épargne ou souscription d'obligation de caisse) cherche à maximiser son profit tout en limitant les risques de perte.

La pondération entre augmentation des chances de gain et risques de perte est au centre du raisonnement de tout investisseur.

C'est à ce moment que se développe la discussion entre le client et le banquier (gérant de fortune). Si ce dernier explique qu'un certain produit boursier a des fortes chances d'augmenter sa valeur, mais présente aussi un petit risque majeur, la réponse classique du client est: «Qu'est que vous feriez à ma place».

La question est très délicate en cas de perte d'argent. Elle requière d'abord d'individualiser qui est le détenteur de l'information.

Faut-il aussi considérer le degré de connaissances financières du client, avant de lui fournir une réponse?

Faut-il de plus tenir compte de la valeur d'ensemble de son patrimoine?

Autrement dit, le banquier doit-il demander un «consentement éclairé» à son client, avant d'exécuter l'opération discutée, ou peut-il se contenter d'un simple accord?

La jurisprudence ayant trop longtemps hésité à affronter ces questions, voilà-que le droit public a dû intervenir.

5.1. La migration du droit public au secours du droit privé

L'obligation d'informer le cocontractant découle en premier lieu du principe de la bonne foi (art. 2 CC) et n'est pas une prérogative du contrat de mandat (ATF 4C. 410/1997).

D'après Franz Werro et Benoît Chapuis¹²: «Le devoir d'information du banquier est fondé sur la diligence que ce dernier doit mettre en œuvre, compte tenu de la relation particulière qu'il entretient avec son client (Sonderverbindung), en tant que professionnel spécialisé, capable d'apprécier le risque d'un dommage et de définir les mesures qu'il faut prendre pour l'éviter».

Si en cas de mandat de gestion de fortune, l'on s'accorde pour reconnaître que le banquier est tenu d'assurer la sauvegarde générale des intérêts du client, dans les autres cas l'obligation d'information du banquier devrait être différenciée selon le type de contrat, ce qui en pratique pose des problèmes presque insurmontables.

Bien que considéré comme de droit impératif, l'art. 398 CO n'a pas été à même de délimiter avec une précision suffisante les obligations de la banque envers le client.

De par sa position monopolistique, la banque se trouve en position de force et peut obliger le client à souscrire des formules contractuelles excessivement protectrices à son égard.

Pour protéger les clients, la jurisprudence a donc puisé dans les règles de droit public qui avaient été édictées pour protéger le renom de la place financière suisse et non pour gérer des rapports de droit privé.

L'art. 11 de loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses, LBVM) a été considéré par la jurisprudence comme étant une norme double ayant aussi vocation d'aménager la relation particulière entre banque et client, alors qu'elle avait été conçue comme une règle de droit administratif visant à réglementer une profession.

Sous la note marginale, «Règles de conduite» l'art. 11 LBVM affirme que «al. 1 Le négociant a envers ses clients: a) un devoir d'information; il les informe en particulier sur les risques liés à un type de transactions donné; b) un devoir de diligence; il assure en particulier la meilleure exécution possible de leurs ordres et veille à ce qu'ils puissent la reconstituer; c) un devoir de loyauté; il veille en particulier à ce qu'ils ne soient pas lésés en raison d'éventuels conflits d'intérêts. Al. 2 Dans l'accomplissement de ces devoirs, il sera tenu compte de l'expérience des clients et de l'état de leurs connaissances dans les domaines concernés».

¹² B. CHAPPUIS, F. WERRO, *Le devoir d'information de l'article 11 LBVM et son rôle en droit civil à la lumière des Règles de conduite de l'ASB AJP/Pratique Juridique Actuelle*, in *AJP/PJA*, 5/2005, p. 560 ss.

L'art. 11 LBVM a donc été converti dans un standard minimal de droit impératif réglant l'obligation d'information de la banque envers le client.

Une conversion semblable a été opérée par les directives de l'Association suisse des banquiers concernant le mandat de gestion¹³, qui avaient été adoptées «dans le but de promouvoir et de préserver l'image et le haut niveau de qualité de la gestion de fortune en Suisse».

Selon le Tribunal fédéral ces directives représentent une source d'interprétation des obligations de la banque envers le client (ATF, 4C.45/2001), quand bien même leur champ d'application demeure ambigu.

Selon leur préambule en effet ces «directives représentent des règles de comportement (autorégulation) et sont reconnues comme standard minimal par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA). Elles ne déploient aucun effet direct sur la relation contractuelle qui lie le client à la banque. Cette relation est régie d'une part par les dispositions légales applicables (en particulier les art. 394 et ss. CO), et d'autre part par les conventions conclues entre les parties (comme p. ex. le mandat de gestion conféré à la banque, les conditions générales de la *banque*)».

L'art. 1 de ces directives définit le mandat de gestion de fortune dans ces termes: «Par le mandat de gestion de fortune, le client autorise la banque à accomplir tous les actes qu'elle jugera utiles à la gestion du compte, pour autant qu'ils entrent dans le cadre des opérations bancaires ordinaires en la matière. La banque exerce le mandat avec diligence en tenant compte de la situation personnelle du client dans la mesure où celle-ci peut lui être connue. A cet effet, elle établit un profil de risque qui définit la propension au risque et la tolérance au risque du client. La banque exerce le mandat selon sa libre appréciation dans le cadre de sa politique de placement, des objectifs d'investissement déterminés avec le client, de la stratégie d'investissement qui en résulte ainsi que des éventuelles instructions de celui-ci (y compris les éventuelles restrictions de placement)».

Dans un arrêt successif de 2007 (4C.205/2006 du 21 février 2007), le Tribunal fédéral a rappelé que le devoir d'information de la banque peut découler des obligations de diligence et de fidélité ancrées dans les règles du mandat (art. 398 al. 2 CO), du principe de la confiance (art. 2 CC), ou encore de l'art. 11 LBVM.

¹³ Swissbanking, Directives concernant le mandat de gestion de fortune, préambule pt. 2. Ces directives sont révisées régulièrement et sont publiées sur internet, cf. http://shop.sba.ch/999918_f.pdf.

Ces devoirs tendent de manière uniforme à la sauvegarde loyale des intérêts d'autrui et existent tant dans les rapports précontractuels que contractuels¹⁴.

Dans ce domaine, l'évolution est constante et turbulente. Ceci mine la sécurité du droit qui devient de moins en moins justiciable.

Le 15 juin 2018, le Parlement suisse a adopté la loi sur les services financiers (LSFin) et la loi sur les établissements financiers (LEFin). La LSFin établit les règles que les prestataires de services financiers doivent respecter en matière d'offre de valeurs mobilières et d'autres instruments financiers et facilite aux clients l'exercice de leurs prétentions à l'égard de ces prestataires. La LEFin introduit des règles de surveillance cohérentes pour les établissements financiers (gestionnaires de fortune, gestionnaires de fortune collective, directions de fonds et maisons de titres). Ces deux lois entreront en vigueur le 1er janvier 2020.

D'après le message du Conseil fédéral, «les prestataires de services financiers seront tenus d'observer des règles de comportement prudentielles. Au coeur de ces dispositions figurent en particulier les obligations d'informer les clients et de se renseigner sur ceux-ci. En effet, pour pouvoir prendre ses décisions d'investissement en toute connaissance de cause, le client doit disposer d'informations suffisantes aussi bien sur le prestataire de services financiers que sur les services et les instruments qu'il propose. De plus, le prestataire qui conseille un client ou gère sa fortune doit tenir compte des connaissances et de l'expérience de ce dernier, ainsi que de sa situation financière et de ses objectifs de placement».

5.2. L'illusion d'un «no man's land» juridique, ou du blanchiment de l'argent sale à celui de l'argent propre

Dans le but de lutter contre le blanchiment de l'argent sale et le financement du terrorisme, l'Association suisse des banquiers publie la Convention relative à l'obligation de diligence des banques (CDB), qui depuis 1977 a subi de nombreuses révisions.

Cette Convention impose aux banques des obligations quant à la gestion des avoirs qui leur sont confiés ainsi que les modalités d'identification de leurs clients.

¹⁴ N. DE GOTTRAU, *Devoir d'information de la banque*, publié le 17 Avril 2007 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/510>; F. BENSACHEL, S. MICOTTI, *Nouveautés en matière de conseil en placements*, in *Jusletter*, 15 décembre 2008.

Per le biais du formulaire A, les banques sont emmenées à identifier le véritable Ayant Droit Economique (ADE ou BO) qui peut se cacher derrière le titulaire du compte.

Dans les intentions de l'Association suisse des banquiers et du législateur cette identification ne devait pas déployer des effets de droit privé, l'ADE n'étant pas partie de la relation contractuelle (le secret bancaire lui est opposable; cf. ATF 135 III 185; ATF 4A_249/2009 du 29.07.2009).

Le simple fait d'être bénéficiaire économique des avoirs ne permet pas de donner des instructions à la banque, ni de recevoir des renseignements sur la situation du compte.

Cette situation n'a pas fait long feu. Dans un arrêt 7B.25/2003 du 20 mars 2003, le Tribunal fédéral a décidé que la notion de ADE n'est pas limitée à la seule application de la CDB, mais peut être utilisée pour séquestrer des biens héréditaires ou pour augmenter les possibilités d'un créancier d'être payé.

C'est ainsi que les banques saisies d'une requête dénoncent les ADE à l'office des poursuites (art. 286 à 288 de la loi sur la poursuite des dettes et la faillite).

La politique de l'identification de l'ADE s'est développée dans l'obligation de la banque de connaître son client dans le détail, pour vérifier si les opérations financières qu'il entreprend sont compatibles avec son profil. Il s'agit des règles KYC, Know Your Client.

5.3. Arlequin serviteur de deux maîtres

Le conseiller à la clientèle tout comme le gérant de fortune est en même temps un employé lié à sa banque par un contrat de travail.

Son salaire est le plus souvent divisé en une partie fixe et une variable (bonus), tributaire des résultats financiers atteints... pour la rentabilité de la banque (non pour le client).

Au début de l'année, il est usuel que le conseiller à la clientèle reçoive des objectifs de rentabilité à atteindre. La banque l'oblige à produire un certain montant de commissions bancaires auprès de la clientèle que lui est attribuée.

Avec la sophistication des softwares de gestion bancaire, il arrive souvent que ce fonctionnaire reçoive vers la fin du mois des prévisions sur le montant manquant pour atteindre l'objectif, assorties de conseils sur les produits les plus rentables pour la banque à placer auprès des clients.

De plus, certaines banques émettent elles-mêmes des titres qui peuvent avoir une rentabilité majeure (produits structurés).

Le conseiller peut être induit à proposer à ses clients l'achat de ces titres dans l'intérêt de la banque mandataire plutôt que dans celui du client mandant.

Des pratiques comme le churning sont clairement interdites. Toutefois à partir de l'an 2000, les grandes banques ont conçu des méthodes pour rentabiliser les dépôts des petits épargnants.

Dans leur ensemble, ces dépôts ont une valeur énorme qui ne produit cependant pas de bénéfice pour la banque, puisque les clients n'effectuent généralement pas d'opérations boursières, se contentant de percevoir les intérêts.

Géré comme un seul patrimoine, l'ensemble des dépôts des petits épargnants présente un avantage considérable; étant un ensemble «sans propriétaire» (ou sans propriétaire unique), il n'y a pas d'investisseur pour négocier au rabais les commissions bancaires.

Tandis que tout gros client est en mesure d'imposer à sa banque des réductions importantes des commissions (sous la menace de transférer son patrimoine dans un autre institut), les petits épargnants n'ont pas ce pouvoir.

Ces derniers sont obligés d'accepter de payer le plein tarif.

La solution trouvée consistait à façonner des produits structurés adaptés aux petits portefeuilles des clients retails, qui ensemble atteignaient tout de même la somme de plusieurs milliards de francs.

Il fût ainsi que les conseillers à la clientèle furent chargés d'appeler activement tous les petits épargnants qui leurs étaient attribués, de façon à leur proposer la souscription de produits structurés émis par la banque ou par un institut voisin.

Lors de la faillite de la banque américaine Lehmann Brothers, des dizaines de petits épargnants ont perdu tout leur argent sans avoir la possibilité d'ester en justice.

Des produits structurés «à capital garanti» (Capital Protected Unit Plus) avaient été massivement insérés dans des petits portefeuilles en créant ainsi un Klumpenrisiko ruineux¹⁵.

¹⁵ Cf. P. FISCHER, *Produits structurés «à capital garanti»: Devoirs d'information à charge de la banque*, publié le 16 mai 2012 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/807>.

5.3.1. La créance en restitution des rétrocessions bancaires

Pendant longtemps les banques avaient l'habitude de verser des commissions (finder's fees) aux apporteurs d'affaires (le plus souvent des agents fiduciaires) qui induisaient leurs clients à déposer leur argent auprès d'elles.

De nombreuses sociétés fiduciaires tiraient l'essentiel de leurs revenus de ces redevances, qui étaient versées à l'insu du client, nonobstant l'art. 400 CO.

De fait, les banques payaient ces commissions (dites aussi rétrocessions) avec l'argent du client, déposé chez elles sur indication de l'intermédiaire.

L'intermédiaire était d'une part le mandataire de son client (et donc il était obligé de lui rendre compte et de défendre ses intérêts avec diligence et loyauté), et d'autre part il était mandataire de la banque qui le chargeait de lui apporter de la clientèle.

Généralement l'intermédiaire n'informait pas son client du fait qu'il percevait des rétrocessions débitées (même si indirectement) au dépens du patrimoine que ce dernier avait déposé.

En 2006, avec l'arrêt 132 III 460, le Tribunal fédéral a mis fin à cette pratique, considérant que ces commissions appartenaient au client/mandataire et devaient donc lui être restituées sur la base de l'art. 400 CO.

Le mandataire n'a pas le droit de s'enrichir avec l'exécution du mandat en dehors des honoraires fixés avec le mandant.

Les rétrocessions qu'un tiers gérant reçoit de la banque dépositaire des fonds du client sont en principe soumises à une obligation de restitution au client. Par la suite, ce principe a été étendu à d'autres prestations financières, pour autant que le contrat conclu entre le récipiendaire de celles-ci et le client final soit un mandat (ou un contrat assimilable à un mandat). Le Tribunal fédéral a également jugé que cette obligation de restitution est de droit dispositif et que le client peut y renoncer, pour autant qu'il ait été dûment informé¹⁶.

Le mandataire est en droit de garder les rétrocessions perçues par la banque dépositaire du patrimoine du client, que si celui-ci donne son accord par un consentement éclairé (ATF 137 III 393; cf aussi ATF 138 II 755).

¹⁶ ID., *Rétrocessions: La créance en restitution des rétrocessions se prescrit par 10 ans*, publié le 14 Juillet 2017 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/978>.

La banque ne peut pas se prévaloir d'un engagement de confidentialité avec le fiduciaire pour refuser de renseigner son client sur les commissions qu'elle a versées (HGer ZH 20.06.2011, ZR 111/2012,23).

La créance en restitution des retrocession indûment perçues se prescrit par 10 ans (arrêt du Tribunal fédéral du 16 juin 2017, 4A_508/2016).

5.3.2. Les pertes dues aux obligations de la Kaupthing Bank

En octobre 2008 plusieurs banques islandaises (Kaupthing, Glitnir, Landisbanki, etc.) sont tombées en faillite et ont provoquées le collapse du système financier de tout le pays.

La Kaupthing avait émis des programmes d'obligations de € 12'000'000'000 et de USD 10'000'000'000. Ces obligations ont été souscrites par quatre banques, agissant comme dealer ou distributor. De ces «programmes» ont été tirées des tranches allant de Euro ou USD 50'000'000 à Euro ou USD 400'000'000, qui ensuite ont été découpés en plusieurs milliers de titres pour être vendus à la clientèle.

Pour avoir acheté ces obligations, les banques dealer ont reçu une rémunération (appelée «commission d'état») de la part de la banque émettrice, c'est-à-dire la Kaupthing Bank.

Elles ont ainsi pu gagner deux fois; l'une auprès de l'émetteur pour la distribution de son produit, l'autre auprès des investisseurs pour la vente de ce même produit (découpés en titres).

De plus en plaçant l'obligation dans le portefeuille de leurs clients, les banques dealer y ont en même temps transféré le risque de l'opération.

C'est ainsi que lors de la faillite de Kaupthing Bank ce ne sont pas les banques dealer qui ont essuyé la perte, mais bien les clients qui ont reçu ces produits dans le portefeuille.

Il est important de noter que les investisseurs n'étaient pas informés que les titres d'obligations qu'ils ont souscrit faisaient partie d'un prêt de € 12'000'000'000 (appelé programme d'obligation).

Ils n'étaient non plus informés des risques de faillite de l'opération pourtant bien explicités dans les contrats entre la banque émettrice et les banques dealers.

En conclusion, on peut affirmer qu'aujourd'hui le client d'une banque suisse reçoit un service de haut niveau et une gestion rapide simple et efficace des affaires.

Toutefois le contentieux bancaire n'est en pratique réservé qu'aux gros investisseurs. Eux seuls ont la possibilité de défier les banques devant la jus-

tice civile, qui en Suisse est très couteuse (les acteurs sont obligés d'avancer d'importants frais de justice avant d'introduire l'action).

Par contre, en cas de problèmes, l'investisseur «normal» (même s'il dispose d'une fortune de quelques millions) est livré au bon vouloir de sa banque.

HELMUT SATZGER

*CURRENT DEVELOPMENTS AND PROBLEMS
OF EUROPEAN CRIMINAL LAW.
THE PRINCIPLE OF MUTUAL RECOGNITION IN TIMES OF CRISIS –
THE NEW JURISPRUDENCE ON THE EUROPEAN ARREST
WARRANT AS AN EXAMPLE*

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Mutual Recognition in an “area of freedom, security and justice”. – 2.1. The Single Judicial Space. – 2.2. Mutual recognition and its background. – 2.3. Mutual trust as the necessary basis for the mechanism of mutual recognition – and the repercussions of the EU crisis? – 3. European Arrest Warrant as a litmus test for the concept of mutual recognition in times of crisis. – 3.1. Mutual recognition as realised by the EAW. – 3.2. Recent Jurisprudence on mutual recognition and potential exceptions. – 4. Outlook.

1. Introduction

If you read the newspapers or surf the Internet these days, you will find countless quotations from politicians, lawyers, economists and members of all social strata on the subject of Brexit. Even if the contents differ, they show that this is a historical event that is of immense importance not only for the United Kingdom, but for the whole of Europe, and indeed for the entire world. The Telegraph cites the view of many economists, among them the famous US professor Nouriel Roubini, that Brexit is just the “tip of the iceberg” of popular resentment against the EU that could destroy the entire bloc. The decision to leave the EU could trigger the “beginning of the disintegration” of the UK, eurozone and wider trading area, Roubini warned¹.

Therefore the Brexit is only the most obvious sign that Europe today has lost its attraction to people and to States alike – too often Europe grabs the headlines in a very negative manner, in very different contexts:

¹ See <https://www.telegraph.co.uk/business/2016/06/26/brexit-the-tip-of-the-iceberg-as-vote-risks-eus-destruction/> (last visit: 18.04.2019).

- the economic crisis in the south-European countries, especially the euro-crisis and the nearly-Grexit;
- the immigration problem, closely connected with the unwillingness of Member States not to participate in the solution of the problem, leaving it to those countries which form the southern border of the EU;
- increase in nationalism which can clearly be seen in quite some Member States (just to mention Poland and Hungary) where nationalistic parties form the government but which can also be observed in nearly all Member States as nationalistic parties become more and more successful in elections; anti-European sentiments and a loss of support for European law and the European institutions are the corollary which even led to the incredible Polish announcement that it would not respect a judgment of the CJEU against Poland in relation to the immigration problem and to the blatant questioning of respect for (i.a. European) law and human rights by the Austrian Minister of the Interior when demanding “that the law has to follow politics and not politics the law”².

This has little in common with the aims and objectives of the original European (Economic) Community and the EU, which – to a big extent – have been realised successfully. Among these are not only the internal market, the free movement of goods and persons, the Schengen area, – even more importantly – the peaceful decades within Europe but also – last but at no means least – the invention and fostering of programmes like Erasmus, which makes it possible for young students, lecturers and professors to go abroad, to get into contact, to make friends with co-Europeans but also to talk about the value and objectives of the European integration and the European Union as such. But, as usual, people get accustomed to liberties and freedoms quickly – and then take them for granted. The negative feeling about the European Union and – what is perhaps worse – in relation to other Member States and their policies – prevails. The general climate, the feelings among those who deal with Europe, European law and its problems have a direct influence on how reality is shaped. The raising skepticism towards the EU, its institutions and – at least – some of the other Member States and their courts and institutions seems to constitute a very

² Interview with the ORF on 23rd January 2019 (<https://kontrast.at/kicklmenschen-rechte-aussage/> (last visit: 18.04.2019)).

difficult basis for cooperation – also and especially in relation to criminal law cooperation.

The crisis – whether objectively existing or subjectively felt – is the starting point of my further observations. I will focus on the judicial cooperation between the Member States in order to bring about effective transnational prosecution. As we will see, the whole system today relies on mutual recognition of foreign judicial decisions which – by itself – presupposes mutual trust. But – and this is my fundamental question – can there be “mutual trust” in times of crisis? And if not, what is the consequence? Is our system prepared for crisis, are there outlets which provide for just solutions of extraordinary cases which – if treated “normally” – would bring about hardship and unjust results?

2. Mutual Recognition in an “area of freedom, security and justice”

2.1. The Single Judicial Space

The European Union’s objective is to create – as Art. 67 (1) TFEU puts it – an “area of freedom, security and justice”. The territory of the Member States shall constitute one single judicial space. Judicial cooperation must be possible, although different substantive and procedural national laws do persist. Because: an end to this form of legal pluralism is neither foreseeable nor intended, as is clearly demonstrated by the second half-sentence of the same Art. 67 (1) TFEU which explicitly stresses the “respect for ... the different legal systems and traditions of the Member States”.

Now, this is where the concept of mutual recognition comes into play. In relation to cooperation in criminal matters we usually point to Art. 67 (3) TFEU:

“The Union shall endeavour to ensure a high level of security ... through the mutual recognition of judgments in criminal matters ...”,

but also to Art. 82 TFEU:

“Judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions ...”.

2.2. Mutual recognition and its background

The provisions of the TFEU cited so far refer to “mutual recognition”, but do not, however, define what this term really encompasses. This is why it is useful – if not necessary – to look at a definition given by the Commission in 2000 in its “Communication to the Council and the European Parliament on Mutual Recognition of Final Decisions in Criminal Matters”³.

“Mutual recognition is a principle that is widely understood as being based on the thought that while another state may not deal with a certain matter in the same or even a similar way as one’s own State, the results will be such that they are accepted as equivalent to decisions by one’s own State. Mutual trust is an important element, not only trust in the adequacy of one’s partners’ rules, but also trust that these rules are correctly applied”⁴.

The three main features of mutual recognition are therefore:

- mutual trust in the adequacy of the rules applied in other Member States, even though they might – and normally will – differ from the own norms and regulations which are applied to a comparable case in the home legal order;
- mutual trust in the correct application of these rules in the other Member States by the courts and other law-executing bodies and – as a consequence –;
- acceptance of the results achieved in the other Member State on the basis of its laws and regulations as applied by its courts and other law-executing bodies without the result being checked against domestic laws and regulations.

Consequently, the Commission rightly concluded: “Based on this idea of equivalence and the trust it is based on, the results the other State has reached are allowed to take effect in one’s own sphere of legal influence. On this basis, a decision taken by an authority in one State could be accepted as such in another State, even though a comparable authority may not even exist in that State, or could not take such decisions, or would have taken an entirely different decision in a comparable case”⁵.

³ COM/2000/0495 final, p. 1 ss.

⁴ COM/2000/0495 final, p. 4.

⁵ COM/2000/0495 final, p. 4.

At first glance it becomes apparent that this is a big step in fostering European integration. The almost natural and traditional mistrust of everything which is “foreign”, “alien” and “unknown”, is to be replaced by trust – an inversion ordered by law for the good of the creation of a common European judicial space.

Of course, this method of mutual recognition is nothing radically new to the EU. It already had a certain tradition even before the Commission’s definition in relation to cooperation in criminal matters was published in 2000:

The “principle of mutual recognition” had originally been developed by the Commission for the establishment of the internal market in order to achieve the marketability of goods without a time-consuming and difficult process of harmonisation of national provisions regulating the conditions for marketability in the respective countries⁶. Accordingly, through the Union-wide recognition of national judicial decisions, the time-consuming impediments, especially in the area of mutual judicial assistance, are supposed to be removed in order to facilitate effective cross-border enforcement of criminal law without extensive harmonising efforts. Just as the right to free movement makes crossing the border easier for “criminals”, the principle of mutual recognition is meant to relax the constraints that national borders impose on law enforcement authorities and their actions and thus open up the road to a real European area of justice⁷. It corresponds to the predominant view that the successful application of the principle of mutual recognition in the context of creating a single market has been transferred to judicial cooperation in criminal matters⁸. Similar predecessors can be found in the law on asylum – originally laid down in the Dublin Convention 1990, now in the Dublin Regulation⁹.

⁶ See in detail H. SATZGER, *Gefahren für eine effektive Verteidigung im geplanten europäischen Verfahrensrecht – eine kritische Würdigung des Grünbuchs zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft*, in *Strafverteidiger* 2003, p. 141; B. HECKER, *Europäisches Strafrecht*⁵, Trier 2015, §12 para. 58; M. FLETCHER, R. LÖÖF, B. GILMORE, *EU Criminal Law and Justice*, 2008, p. 109, p. 188 ss.

⁷ Vd. H. VAN DER GROEBEN, J. SCHWARZE (eds.), *Kommentar zum Vertrag über die EU und zur Gründung der EG*⁶, Baden-Baden 2003/2004, Art. 31 EUV paras. 23 ss.

⁸ Cf. H. SATZGER, *International and European Criminal Law*², Munich/Oxford/Baden-Baden 2018, § 8 paras. 26 ss.

⁹ Regulation 604/2013 of 29.6.2013, OJ L 180/31.

Eventually – as a first step at least – the Tampere Council of October 1999¹⁰ elevated the principle of mutual recognition as a matter of fact (or in other terms: as a matter of pure legal policy) to the status of a “cornerstone” of judicial cooperation in civil and criminal law¹¹. However, it was not until the Treaty of Lisbon entered into force that this principle was incorporated into primary European law (Art. 82 (1) TFEU; cf. also Art. III-270 TCE) and thus legally codified as part of EU primary law. Now Art. 82 (1) subpara. 2 (a) and (d) TFEU assign the competence to the EU to enact rules for all Member States concerning the mutual recognition of judgments and all forms of judicial decisions. By now a considerable number of framework decisions and directives is based on the idea of mutual recognition, the first and most important being the Framework Decision on the Arrest Warrant of 13th June 2002.

2.3. Mutual trust as the necessary basis for the mechanism of mutual recognition – and the repercussions of the EU crisis?

As depicted in the introduction, the European Union is suffering severe and manifold crisis. The interesting question is: if mutual trust is the precondition of mutual recognition – what happens to the whole system of judicial cooperation in criminal matters if due to tendencies of mistrust among national courts and Member States the principle of mutual recognition tends to lose its necessary basis?

Is it still possible to stick to the “principles”, just to postulate that there be trust in order to save the created system? Or is the system so smart that it can cope with these kinds of changes without any modifications – and if so, to what limits?

Actually, all these questions have influenced the recent jurisprudence of the CJEU in “*the*” area of mutual recognition, where the principle of mutual recognition was first used and which – also among normal people – is perhaps the best known instrument of transnational prosecution: the European Arrest Warrant.

¹⁰ This European Council exclusively dealt with the creation of an “area of freedom, security and justice” within the EU.

¹¹ Cf. the conclusions: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (last visited 18.04.2018), nos. 33 ss.

3. European Arrest Warrant as a litmus test for the concept of mutual recognition in times of crisis

3.1. Mutual recognition as realised by the EAW

The Framework Decision of 13th June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States¹², which was mainly based on art. 31 (1) (a, b), 34 (2) (b) TEU (o.v.), is perceived as a role model for subsequent legislative acts¹³. Its main purpose is to abolish (between EU Member States) the traditional procedure of extradition which is widely considered to be time-consuming, cumbersome and complex. On the one hand, the traditional extradition procedure is characterised by two stages: the legal examination of the admissibility of extradition is necessarily followed by a political decision, the so-called grant of extradition. This grant is subject to a discretionary decision made on a case-by-case basis with regard to foreign policy considerations by government officials. This influence of political considerations has often been blamed for the inefficiencies of the extradition procedure¹⁴. On the other hand, double criminality is traditionally a fundamental principle of extradition. The conduct in respect of which the request for extradition is made has to be a criminal offence under the law of the requesting State as well as the State addressed with the request. The latter can thus refuse its cooperation if a foreign offence is unknown to its own law¹⁵. The accused person therefore has the possibility of raising various objections with respect to substantive law against his or her extradition which serves the purpose of protecting the individual but at the same time, of course, diminishes the effectiveness of the extradition procedure¹⁶.

¹² Framework Decision 2002/584/JHA, OJ (EC) 2002 No. L 190/1.

¹³ See V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, 2009, p. 120; D. ROHLFF, *Europäischer Haftbefehl*, 2003, p. 35.

¹⁴ D. ROHLFF, *op. cit.*, p. 41; E. XANTHOPOULOU, *The Quest for Proportionality for the EAW: Fundamental Rights Protection in a Mutual Recognition Environment*, in NJECL, 7, 2015, p. 32-33.

¹⁵ L. KLIMEK, *European Arrest Warrant*, 2015, p. 81 ss.; A. KLIP, *European Criminal Law*, 2011, p. 382 ss.; D. OEHLER, *Das neue Recht der Internationalen Rechtshilfe in Strafsachen*, in ZStW, 96, 1984, p. 555, 557; in more detail e.g. P. ASP, A. VON HIRSCH, D. FRÄNDE, *Double Criminality and Transnational Investigative Measures in EU Criminal Proceedings: Some Issues of Principle*, in ZIS, 11/2006, p. 512 ss. (zis-online.com); v. T. HACKNER, in H.B. WABNITZ, T. JANOVSKY, *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, ch. 24 para. 134.

¹⁶ For criticism of the principle of double criminality see P. ASP, A. VON HIRSCH, D.

With the introduction of the European arrest warrant, the element of a political authorisation is abandoned¹⁷. Instead, the procedure is to be controlled exclusively by the judiciary, a unified form strictly regulated by the Framework Decision must be used. The principle of double criminality has only been maintained insofar as the extradition can in general be made conditional on the relevant conduct being a criminal offence under the law of the Member State of execution as well. However, if the arrest warrant is issued in respect of one of the 32 criminal offences explicitly listed in art. 2 (2) of the Framework Decision (“positive list”), double criminality is not required¹⁸. However, the catalogue offences are only outlined roughly, for instance as “computer-related crime”, “counterfeiting and piracy of products”, “racism” or “xenophobia”. Since the determination of whether a catalogue offence is given is to be made under the national law of the issuing Member State¹⁹, in some cases it is difficult to determine whether an offence falls within one of the headings²⁰.

In art. 3, 4 and 4a the Framework Decision contains grounds for non-execution of the arrest warrant. Grounds for mandatory non-execution are, for instance, amnesty, the lack of criminal accountability of the suspect under the law of the Member State of execution due to the suspect’s age or a final decision in a Member State²¹ that hinders any further prosecution. Besides the absence of double criminality in case of non-catalogue offences,

FRÄNDE, *op. cit.*, p. 515 ss.; O. LAGODNY *et al.*, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, § 3 IRG para. 2; J. VOGEL, *Juristenzeitung* 2001, p. 937, 942.

¹⁷ According to art. 2 (1) of the framework decision, an arrest warrant “may be issued for acts punishable by the law of the issuing Member State by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least 12 months” (arrest warrant of extradition) or “where a sentence has been passed or a detention order has been made, for sentences of at least four months” (arrest warrant of execution).

¹⁸ On the principle of double criminality and its modifications by the framework decision see in detail T. POHL, *Vorbehalt und Anerkennung: der Europäische Haftbefehl zwischen Grundgesetz und europäischem Primärrecht*, 2009, p. 136 ss.; L. KLIMEK, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹ Art. 2 (2) of the framework decision.

²⁰ For a critical view see only C. ROXIN, B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*²⁹, 2017, § 3 paras 21 ss.; B. SCHÜNEMANN, *GA* 2002, 501, 507 ss. The deficient harmonisation of national offences contained in the catalogue of art. 2 (2) of the framework decision is also lamented by S. PEERS, ‘Mutual recognition and criminal law in the European Union: Has the Council got it wrong?’, in *CMLR*, 41, 2004, p. 29 ss.

²¹ Art. 3 No. 2 of the framework decision, see para 74. For decisions of a non-EU Member State, only an optional ground for non-execution is in place, cf art. 4 No. 5 of the framework decision.

grounds for optional non-execution are, e.g., cases where the prosecution is statute-barred pursuant to the law of the executing Member State, where the person is prosecuted for the same act in the executing Member State or where proceedings have been terminated²². Finally, art. 5 stipulates that the execution of the European arrest warrant can be made dependent on special guarantees of the issuing State. For arrest warrants against citizens of the executing Member State, for instance, surrender may be made subject to the condition “that the person is returned to the executing Member State in order to serve the custodial sentence or detention order passed against him in the issuing Member State”²³.

Moreover, Art. 1 (3) provides that “[t]his Framework Decision shall not have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles as enshrined in Article 6 [EU]” which was – at least originally – perceived as a pure clarification and definitely not as an additional ground for non-execution of a EAW. In the modern discussion – as we will see – this provision has become more and more the centre of the core question whether the grounds of refusal listed in Art. 3-4a of the Framework Decision are really conclusive.

3.2. Recent Jurisprudence on mutual recognition and potential exceptions

The recent jurisprudence of the CJEU reflects in a very clear manner the interaction between mutual recognition on the basis of mutual trust on the one hand and the situation of the EU in crisis on the other hand.

a) The first decisions, especially the decisions in the Radu²⁴ and similarly in the Melloni²⁵ case clearly marked the application of a very strict mutual

²² For a general *caveat* with respect to the protection of human rights S. PEERS, *EU Justice*, 2012, p. 708 ss.; cf. concerning the grounds of non-execution S. DE GROOT, *Mutual Trust in (European) Extradition Law*, in R. BLEKXTOON *et al.* (eds.), *Handbook on the European Arrest Warrant*, 2004, p. 93 ss.

²³ See further M. BÖSE, ‘Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der transnationalen Strafrechtspflege in der EU’, in C. MOMSEN *et al.* (eds.), *Fragmentarisches Strafrecht*, 2003, p. 240 ss.; B. von Heintschel-Heinegg, D. Roblff, *GA* 2003, p. 44; for more details see S. DE GROOT, *op. cit.*, p. 93 ss.

²⁴ CJEU, Judgment of the Court (Grand Chamber), 29 January 2013, C-396/11, Radu, ECLI:EU:C:2013:39.

²⁵ CJEU, Judgment of the Court (Grand Chamber), 26 February 2013, C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107.

recognition principle where only those exceptions provided for in Art. 3-4a could restrict the obligation to cooperate.

The CJEU formulated in Radu: “... according to the provisions of [EAW] Framework Decision ..., the Member States may refuse to execute such a warrant only in the cases of mandatory non-execution provided for in Article 3 thereof and in the cases of optional non-execution listed in Articles 4 and 4a”²⁶.

Interestingly, GA Sharpston²⁷ took quite a different view in her opinion on Radu when she correctly summed up the problem of the meaning and scope of application of Art. 1 (3) of the Framework Decision on the EAW in the following question: Can the competent judicial authority in the executing Member State refuse altogether to execute a warrant where infringements of the requested person’s human rights are in issue? In her opinion, a cursory reading of the Framework Decision supports the CJ’s view that the list of grounds of refusal is exhaustive. This conclusion could also be supported taking into account the high level of mutual confidence and the aim to reduce delays inherent in the traditional extradition procedure. Nevertheless, she comes to a different conclusion: “I do not believe that a narrow approach – which would exclude human rights considerations altogether – is supported either by the wording of the Framework Decision or by the case-law”. Referring to Art. 1(3) of the Framework Decision she continues: “It is implicit that those rights may be taken into account in founding a decision not to execute a warrant. To interpret Article 1(3) otherwise would risk its having no meaning – otherwise, possibly, than as an elegant platitude. ... Although mutual recognition is an instrument for strengthening the area of security, freedom and justice, it is equally true that the protection of fundamental rights and freedoms is a precondition which gives legitimacy to the existence and development of this area”²⁸.

Obviously, the Court of Justice in Radu was not yet prepared for such a broad look at the matter and did not or not even want to realise the importance of GA Sharpston’s argument. Thus it did not make use of her – as we will see in a second – very useful and forward-thinking concept.

²⁶ CJEU, Judgment of the Court (Grand Chamber), 29 January 2013, Radu, ECLI:EU:C:2013:39 (marg. no. 36); a similar formulation can be found in Melloni, marg. no. 38.

²⁷ Opinion of GA Sharpston, 18 October 2012, Radu, ECLI:EU:C:2012:648 (marg. no. 64 ss.).

²⁸ Opinion of GA Sharpston, 18 October 2012, Radu, ECLI:EU:C:2012:648 (marg. no. 70, 71).

Only at a latter point of time, in the Court's opinion 2/13 of 18 December 2014 on the possibility of an accession of the EU to the ECHR²⁹ we find an – although very weak and perhaps even unconscious – hint in the direction of GA Sharpston's view when it formulates that: "the principle of mutual trust between the Member States is of fundamental importance in EU law, given that it allows an area without internal borders to be created and maintained. That principle requires, particularly with regard to the area of freedom, security and justice, each of those States, save in exceptional circumstances, to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law"³⁰.

You realised the "*en passant* reservation"? "*Save in exceptional circumstances*"! It is submitted that the court did not have in mind a real and new limitation to the principle of mutual recognition. This can actually clearly be seen by the judgment it cites in brackets as an authority – it is Melloni, and the marginal numbers (Melloni 37, 63) of the judgment, where the court only refers to the obligation to mutually recognise, but – obviously – not to any limitation thereto.

Thus, we may summarise that the jurisprudence of the court – up to 2015 – assumed an unconditional obligation to surrender a person if no explicit reason of non-execution was given.

This is why the Court's judgment in Aranyosi and Căldăraru constituted a kind of break-through.

The CJEU was confronted with two nearly identical references from the Higher Regional Court of Bremen (Hanseatisches Oberlandesgericht in Bremen) in two cases concerning a Hungarian (C-404/15, Aranyosi) and a Romanian national (C-659/15 PPU, Căldăraru)³¹.

The German Court was principally concerned with GA Sharpston's question, i.e. whether Article 1(3) of the Framework Decision on the European Arrest Warrant (FD-EAW) must be interpreted as meaning that a surrender for the purposes of prosecution or for executing criminal sanctions is inadmissible if serious indications exist that the conditions of detention in the issuing Member State infringe the fundamental rights of the requested person.

²⁹ ECLI:EU:C:2014:2454.

³⁰ Marg. no. 191.

³¹ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 April 2016, Joined Cases C-404/15 and C-659/15 PPU, Pál Aranyosi and Robert Căldăraru, ECLI:EU:C:2016:198.

According to the CJEU, the principle of mutual recognition ‘in principle’ obliges Member States to act on an EAW and they must/may only refuse to execute an EAW under the exhaustive situations laid down in Articles 3 and 4 FD-EAW. But – and now it refers to “exceptional circumstances” – the principles of mutual trust and recognition can be limited. The Court then emphasizes the importance of Article 1(3) FD-EAW and the obligation of Member States to comply with the EU Charter of Fundamental Rights when implementing EU law. This includes respect for Article 4 of the Charter on the absolute prohibition of inhuman and degrading treatment, which is closely linked to human dignity.

The Court of Justice thus held that, where the executing judicial authority finds that there exists, for the individual who is the subject of a European arrest warrant, a real risk of inhuman or degrading treatment within the meaning of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the execution of that warrant must be postponed (which means that it does not have to be denied in total).

However, such postponement always presupposes a two-stage test. First, the executing judicial authority must find that there is a real risk of inhuman or degrading treatment in the issuing Member State on account, i.a., of systemic deficiencies, which amounts to a test of an abstract danger in that country. Second, that authority must ascertain that there are substantial grounds for believing that the individual concerned by the European arrest warrant will be exposed to such a risk, which means no less than a concrete and individualized danger to that person. Thus, the existence of systemic deficiencies does not necessarily imply that, in a specific case, the individual concerned will be subject to inhuman or degrading treatment in the event that he is surrendered.

This is the first time the Court recognises a limitation of the mutual recognition principle on grounds of a European *ordre public*, even if it is only regarded as being a reason for postponing the surrender.

Rather similar, but endowed with a much higher political explosiveness, is the most recent reference for a preliminary ruling from the Republic of Ireland³² in respect of a European Arrest Warrant from a Polish court.

A Polish national was the subject of three European arrest warrants issued by Polish courts for the purpose of prosecuting him for trafficking in narcotic drugs. After being arrested in Ireland he did not consent to his

³² Judgment of the Court (Grand Chamber) of 25 July 2018, C-216/18 PPU, LM, ECLI:EU:C:2018:586.

surrender to the Polish authorities on the ground that, on account of the reforms of the Polish system of justice, he maintained to run a real risk of not receiving a fair trial in Poland.

The High Court (Ireland) asked the Court of Justice whether the executing judicial authority, when dealing with an application for surrender liable to lead to a breach of the requested person's fundamental right to a fair trial, must, in accordance with the judgment in *Aranyosi and Căldăraru*, apply the two-tier test, i.e. establish an abstract as well as a concrete-individualised danger or whether it is sufficient for it to find that there are deficiencies in the Polish system of justice, without having to assess whether the individual concerned is actually exposed to them. These questions fall within the context of the changes made by the Polish Government to the system of justice, which led the Commission to adopt, in December 2017, a reasoned proposal inviting the Council to determine, on the basis of Article 7(1) TEU that there is a clear risk of a serious breach by Poland of the rule of law which could lead towards the suspension of several EU membership rights of the Polish Republic.

The Court in the so-called "L.M." case observed – first of all – that a refusal to execute a European arrest warrant is an exception to the principle of mutual recognition underlying the European arrest warrant mechanism and that exception must accordingly be interpreted strictly.

The Court then holds that the existence of a real risk that the person in respect of whom a European arrest warrant has been issued will suffer a breach of his fundamental right to an independent tribunal and, therefore, of the essence of his fundamental right to a fair trial, is capable of permitting the executing judicial authority to refrain from executing the European arrest warrant. In this context, the Court points out that maintaining the independence of judicial authorities is essential in order to ensure the effective judicial protection of individuals, and therefore also in the context of the European arrest warrant mechanism.

Nevertheless, the court stresses the necessity of the two-step-examination: the executing judicial authority must, as a first step, assess, on the basis of material that is objective, reliable, specific and properly updated, whether there is a real risk, connected with a lack of independence of the courts of the issuing Member State on account of deficiencies of that kind, of such a right being breached in the issuing Member State. But – in this respect – the Court considers that information in a reasoned proposal recently addressed by the Commission to the Council on the basis of Article 7(1) TEU is particularly relevant for the purposes of that assessment.

As a second step, the court must assess specifically and precisely whether, in the particular circumstances of the case, there are substantial grounds for believing that, following his surrender, the requested person will run that risk. That specific assessment is also necessary where, as in the present instance, the issuing Member State has been the subject of a reasoned proposal of the Commission seeking a determination by the Council that there is a clear risk of a serious breach by that Member State of the values referred to in Article 2 TEU.

In the case of the two-step-examination being positive, the executing judicial authority *must refrain* from giving effect to the European arrest warrant. The Court goes further than in the Arranyosi case – it does not speak of only “*postponing*” the arrest warrant!

This judgment clearly shows that the “European ordre public” is – as was maintained before – not only applicable to prison conditions alone. It refers to fundamental rights in general – but only in very exceptional cases. The consequence is not only the postponement of the surrender; it is a denial. Obviously, it depends on whether the obstacle to the surrender is of a temporary or a – more or less – permanent nature, in the latter case a denial seems to be the only proportionate measure as the executing state cannot detain a person for an unforeseeable period of time.

We may summarise the recent developments in jurisprudence by stating that in extraordinary cases – and subject to the two-step-examination – the Court acknowledges a European ordre public proviso. Such a limitation of the mutual recognition principle is not only justified in respect of Art.1 (3) of the Framework Decision, but necessary in order to take account of the legal force of the fundamental rights in the European Charter – especially if those rights are of an absolute or overriding character. Moreover, this solution is the sole one which is – on the basis of criminal policy – clever and convincing in order to build a system of transnational prosecution without flaws and “victims of the system”. This solution is, by the way, exactly the one the European Criminal Policy Initiative, a group of more than 20 law professors from all over Europe under my leadership, has found in its (2nd) Manifesto on European Criminal Procedure Law³³.

b) Clearly different – and much more complex and contested – is the next step, the relevance of a national ordre public, i.e. the question whether

³³ ECPI, in ZIS, 8, 2013, p. 430 ss. (zis-online.com); also cf. H. SATZGER, T. ZIMMERMANN, in ZIS, 8, 2013, p. 411 (zis-online.com).

a Member State can justify the non-execution of a EAW relying on its constitutional law or even on the core of its constitution itself which forms the national identity.

1) Melloni was a clear case where the Spanish judicial authority relied on Spanish constitutional law in order to justify a decision to refrain from surrendering a person to Italy where he was sentenced *in absentia*. The standards of the Spanish constitution were higher than those prescribed in the Framework Decision for *in absentia* sentences. This is why – in full application of the mutual recognition principle – the CJEU ignored the higher constitutional standard in Spain.

2) Just a few weeks prior to the Aranyosi ruling of the CJEU, the German BVerfG made an important decision in this context³⁴: a European arrest warrant that violates the “constitutional identity” which is construed as being resistant to any integration may not be executed in Germany and is subject to a monitoring of preservation of constitutional identity (so-called “Identitätskontrolle”) performed by the BVerfG. According to the BVerfG, the constitutional principles resistant to any integration comprise the principle that every punishment presupposes culpability. This principle is said to be anchored in the guarantee for human dignity of art. 1 (1) GG and may never be encroached on³⁵.

Thus, the BVerfG considers a national ordre public limited to extreme cases and assumes – going further than the CJEU, at least in Aranyosi – that its violation even results in the inadmissibility (not only postponement) of executing a European arrest warrant, a consequence which is now (as we have seen in the LM case) also accepted by the CJEU. The fact that the highest German court deviates from the CJ’s judgment is closely connected with an “old” discrepancy as to the opinion of the two courts on the relation between European law and German constitutional law in general. This is an unsolved problem in German constitutional law – but it is to be expected that differences between the CJ and the BVerfG will be restricted to very rare and most exceptional cases³⁶.

³⁴ BVerfG, Decision of 15th December 2015, 2 BvR 2735/14 = NJW 2016, 1149, see 5 para 23.

³⁵ BVerfG, Decision of 15th December 2015, 2 BvR 2735/14, para. 49 = NJW 2016, 1149, 1152.

³⁶ On this in general, including possible “exceptional cases” H. SATZGER, *Grund- und*

Another proceeding in Germany underlines this solution: the Constitutional Court did not accept a constitutional complaint against an extradition to the United Kingdom based on a European Arrest Warrant, as it had no prospect of success. The Court argued that the English law called into question by the complainant (§ 35 Criminal Justice and Public Order Act 1994), which stipulated that remaining silent and non-response to certain questions might have a negative impact on the assessment of evidence for the accused, was indeed not compliant with the right to remain silent guaranteed in the GG.

However, these circumstances did not violate the constitutional principles resistant to any integration, which are the only standard to be considered in these cases. An extradition would only be out of order when the core principle of “*nemo tenetur*” was no longer guaranteed, as only these cases were covered by the protection of human dignity set out in art. 1 (1) GG. The English law does, however, not abolish the right to remain silent altogether, but rather restricts it in a way which does not in itself pose a violation of human dignity. This illustrates how restrictively the BVerfG interprets and practically applies the – generally accepted – reservation of national ordre public.

In Italy, a comparable problem arose, not in relation to mutual recognition, of course, but in relation to the importance and relevance of “national identity”. In the Taricco case, the Italian Constitutional Court took the view that certain fundamental rules correspond to Italy’s constitutional tradition and cannot be subject to European obligations – indeed a rather similar line of thought as the one of the BVerfG.

What was the background? To make it short: in the Taricco I judgment³⁷, a case concerning VAT fraud – i.e. fraud (also) to the detriment of the EU – the CJ obliged the Italian courts to leave the Italian statute of limitations, in force at the time of committal of the VAT crime, unapplied in order to effectively combat criminal offences against the EU in line with the obligation under Art. 325 TFEU. In the following, the Italian Constitutional Court expressed doubts as to whether the approach in the CJ’s judgment was compatible with the overriding principles of the Italian constitutional

menschenrechtliche Grenzen für die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls? „Verfassungsgerichtliche Identitätskontrolle“ durch das BVerfG vs. Vollstreckungsaufschub bei „außergewöhnlichen Umständen“ nach dem EuGH, erscheint demnächst, in NStZ, 2016, 521 ss.

³⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2015, C-105/14, Taricco I, ECLI:EU:C:2015:555.

order. In particular, according to that court, this approach was susceptible to clash with the principle that offences and penalties must be defined by law, which required that rules of criminal law were precisely determined and could not be retroactive.

In its so-called *Taricco II* judgment³⁸, the CJEU takes account of the fact that, under Italian law, the rules on limitation form part of substantive law and are subject to the rule of non-retroactivity to the detriment of the person concerned. The Court recalls the requirements of foreseeability, precision and non-retroactivity of the criminal law which follow from the principle that offences and penalties must be defined by law, enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Moreover, it stresses that that principle is of essential importance both in the Member States and in the EU legal order. Consequently, the obligation to ensure the effective collection of the EU's resources, following from Article 325 TFEU, cannot run counter to the principle that offences and penalties must be defined by law. Consequently, the Court concludes that if a national court, due to its understanding of the statute of limitations as being substantive law, considers that the obligation to apply the principles stated in the *Taricco I* judgment conflicts with the principle that offences and penalties must be defined by law, it is not required to comply with that obligation, even if compliance would allow a national situation incompatible with EU law to be remedied.

The CJEU avoids a conflict with the Constitutional Court. On the basis of accepting the rules on limitation as being substantive, this was a relatively easy task as then the Charter and the ECHR could be cited to reach the aim that the obligation under Art. 325 TFEU has to be limited. Nevertheless – beneath the surface – it is the Italian way of looking at the statute of limitations which activates the – European-wide accepted and guaranteed – principle of non-retroactivity. In other countries which look upon the statute of limitations as a procedural question the outcome would be different. Thus, in the end, the constitutional tradition, the national identity was at the core of the decision and made the CJEU accept an exception to the obligation under Art. 325 TFEU.

³⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 December 2017, C-42/17, MAS and MB (*Taricco II*), ECLI:EU:C:2017:936.

3) A national *ordre public* proviso is difficult to justify. As long as full supremacy of EU law is accepted – also in relation to the core of any national constitution – there is no need and there should not be any possibility to “protect” national identity against the influence of EU law.

But for those jurisdictions which have certain reservations in relation to accepting a 100% supremacy, as is the case – even though different in detail – for the German and the Italian one, a necessity to limit mutual recognition vis-à-vis the most important, deeply-rooted values and principles of the national legal system which amount to the “national identity”, also explicitly respected by EU law, arises.

The question remains: Can there be essential constitutional rules and values which are so important in one Member State that they may serve as an exception to mutual recognition?

If we concentrate on the principle of mutual recognition – and not on the question of supremacy of EU law in general – “exceptions”, also based on national constitutional law, are not excluded nor even “negative” in character. This is the consequence of the – in my view – correct understanding of that principle: the concept of mutual recognition must not be understood as being firm and static, rather it is a dynamic principle. “*Ordre public*”-provisos to it may work as a useful outlet in order to bring about necessary corrections in extreme cases.

And this is neither surprising nor unsystematic nor detrimental in the end: we have to depart from the over-simplifying view which has surely been in the mind of many when originally designing and discussing the mutual recognition concept: Mutual recognition does certainly not imply a strict, complete and blind positive acceptance of different national standards. It must rather be considered – as I would like to call it – a “waiver-concept”: the executing State waives its sovereignty-based control power and thus the application of – maybe stricter – national standards to a certain extent. But the degree of such a waiver does not necessarily amount to 100%, but depends on the quantity of “mutual trust” which preexisted or which has been created by international instruments in the concrete area of application. Limitations and grounds for refusal thus do not constitute *exceptions* to mutual recognition but rather *characterise* the concrete form and degree of mutual recognition³⁹.

³⁹ More in depth in relation to the waiver-concept cf. H. SATZGER, *International cit.*, § 8 para 28.

But in consequence, the following question arises: to what extent can the EU order the Member States to waive its control rights; and where are the limits? Of course this is not a totally new question. It deals with the misuse of national values and national identity for justifying not to take part in EU mechanisms and not to respect EU law. We have a similar problem in the provisions on the emergency break in Art. 82 and 83 TFEU, where “fundamental aspects” of the national legal orders justify a Member State to go a separate way. Here may be the starting point to design the limits for those “fundamental aspects” which not only justify the use of the emergency break but also the very rare “exceptions” for mutual recognition. The task is not impossible, but – admittedly – very difficult.

4. Outlook

As has been depicted, the whole system of transnational judicial cooperation in criminal law rests on “mutual trust”.

Even though mutual trust may be fostered by the measures indicated, mutual trust cannot simply be “created”. One cannot simply order trust to exist. And – what is even more important – one cannot order trust to exist or persist *no matter how circumstances change*. Trust is not static, there is a considerable dynamic element to it.

The legal and factual situation in the other countries must be observed continuously; in case of unforeseen events which change the basis for mutual trust, as e.g. a continuous failure to respect fundamental rights or a constitutional crisis, the State which is meant to execute the decisions has to intervene or has to set an end to cooperation. An “ordre public”-proviso can provide a solution under these circumstances. Although the situation within the EU is rather stable (at least compared to other parts of the world) and the rule of law and the Charta are in general respected, things may change quickly – as we can see these days (e.g. with a view to Poland or Hungary). Therefore, a strict “ordre public”-proviso – especially in relation to extreme fundamental rights violations – should be considered. It works as a flexible “outlet”. This reservation is by no means obsolete; it is no less needed than before.

MARTIN SVATOŠ

INDEPENDENCE AND IMPARTIALITY
IN ARBITRATION AND MEDIATION:
CAESAR'S WIFE MUST BE ABOVE SUSPICION

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Neutrality as a Core Issue. – 3. Chaos in the Terminology. – 4. Conflict of Interest and Ethics. – 5. Same duty, different sanctions...?

1. Introduction

In 63 BC, Gaius Iulius Caesar was elected to the office of the Pontifex Maximus, the supreme priest of the Roman state religion. One of the benefits of this office was the entitlement to the official residence on the Via Sacra. Today, its ruins can still be spotted in Forum Romanum in Rome and one has to admit its central position was really convenient. According to some critics, this (and not the religious zeal) was the only reason why the young politician went after this office.

At this time, he was married to his second wife, Pompeia. As Pontifex Maximus's spouse, she was charged of hosting the festival of the Bona Dea ("good goddess"), which no male was permitted to attend. However, an *enfant terrible* of then Rome, Publius Clodius Pulcher, managed to sneak into the house dressed as a woman, apparently for the purpose of seducing Pompeia. However, he was caught and later prosecuted for sacrilege. In fact, with highest probability, there was no affair between Pompeia and Clodius. Anyway, the other day, Caesar divorced the poor woman. During the trial, he supposedly said that "*my wife ought not even to be under suspicion*"¹.

What do have this classical story of the ancient dictator and impartiality and independence of ADR neutrals in common? The level of caution that

¹ SVETONIUS, *The Lives Of The Twelve Caesars*, Divus Iulius VI, accessible online at <<http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Suetonius/12Caesars/home.html>> (accessed on February 26, 2019).

is required. The mediators and arbitrators should take the issue of conflict of interest really seriously. A general saying “Better safe than sorry” is to be followed. Or, in other words, “*A mediator and an arbitrator ought not even to be under suspicion*”.

2. Neutrality as a Core Issue

Independence and impartiality are considered to be fundamental principles of both arbitration and mediation. This is confirmed by the requirements of respective national laws and the ADR centres’ regulations. Furthermore, the neutrality is one of the main qualities that warrants the right of the fair trial and thus it is considered as a core ethical principle².

This is also highlighted by the fact that impartiality and independence are used in numerous definitions of respective ADR procedures mentioned by scholars.

So on the one hand, mediation is depicted as “[...] *the non-binding intervention by an impartial third party who helps the disputants negotiate an agreement*”³. On the other hand, Garry Born defines arbitration as “*a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording the parties an opportunity to be heard*”⁴.

Yet, this approach is not uncontested, especially in relation to mediation. For some of the scholars and practitioners, transparency and party control are by far more important issues due to the non binding nature of consensual alternative dispute resolution⁵. According to those opinions, the term of neutrality is imminent to the power. Since there is no power of mediators towards the parties, there is no need of impartiality and indepen-

² K. VON LEWINSKI, *Professional Ethics in Alternative Dispute Resolution*, in IDR, 3/2004, p. 150.

³ CH. BÜHRING-UHLE, L. KIRCHHOF, M. SCHERER (eds.), *Arbitration and Mediation in International Business*, Alphen aan Rijn 2006.

⁴ G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, Alphen aan Rijn 2009.

⁵ H. ASTOR, *Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice*, Legal Studies Research Paper No. 7/46, The University of Sydney – The Sydney Law School, July 2007, available at <<http://ssrn.com/abstract=998202>> (accessed on February 26, 2019).

dence⁶. In contrary, the control on the procedure is much more important, as it is a parties' consent that produces the outcome of said procedure. This approach, however interesting, has to be refused⁷.

3. Chaos in the Terminology

The terms *independent*, *impartial* and *neutral* are sometimes used as synonyms though they do have a different meaning that needs to be distinguished.

According to the Black's Law Dictionary, the *impartial* is a synonym to *unbiased* or *disinterested*⁸. This seems to be confirmed by the praxis and national legislation, though some of them contradict this approach⁹.

As such, the impartiality is the neutral's real absence of preference in favour of one of the parties¹⁰ that is a *condicio sine qua non* of real neutrality. It is a state of mind of not being interested regarding the outcome of the procedure. In other words, the presence of bias causes absence of impartiality and vice versa, the absence of bias means impartiality.

By contrast, the term *independent* means absence of three links: absence of control or influence of another, absence of association with another entity and absence of dependence on something or someone else¹¹. Thus, the term *independence* has more specific meaning. It could be presented as an absence of an economical, business, political or another relation between the neutral and the party. The occurrence of any relation *may* cause dependence and consequently, the absence of any of such relations means independence.

⁶ R. DELGADO, *Shadowboxing: An Essay on Power*, in *Cornell L. Rev.*, 77, 1992, p. 813-824.

⁷ N. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation: Legal Perspectives*, Alphen aan Rijn 2009.

⁸ B.A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*⁹, St. Paul 2009, p. 820.

⁹ See M. SVATOŠ, *Independence and Impartiality of Arbitrators and Mediators – The Castor and Pollux of the ADR World?*, in A.J. BĚLOHLÁVEK, N. ROZEHNALOVÁ, F. ČERNÝ (eds.), *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Volume IV, "Independence and Impartiality of Arbitrators"*, New York 2014.

¹⁰ A quite interesting view is proposed by linguistic comparison of the terms used by different languages for this phenomenon. In German, for instance, sometimes used term *Allparteilichkeit* means that the neutral is partial towards all parties. See N. ALEXANDER, *op.cit.*, p. 221.

¹¹ B.A. GARNER, *op. cit.*, p. 839.

It needs to be added that *dependence* as an opposite to *independence*, does not mean *per se* existence of a bias. But definitely, it causes *an appearance of bias* which state can by a sufficient reason to prevent the perspective neutral to become mediator and arbitrator¹². In other words, just a pure appearance of bias can jeopardise the whole ADR proceedings in some circumstances.

The relation between impartiality and independence can be expressed as follows: there cannot be an impartial neutral, but there can be a dependant one. However, the later will be probably acceptable neither for the parties, nor for the majority of institutions. Furthermore, in the majority of jurisdictions, this will constitute a breach of law.

There is still a last word to tackle: *neutrality*. This is described as a state or quality of being impartial or unbiased¹³. Thus, the term *neutral* describes a quality of someone who is *impartial*. Although there are also different interpretations. According to them the term neutrality is superior to independence and impartiality. For purpose of this article, we will use this term as a synonym for *impartial* and *neutrality* as a synonym of *impartiality*.

When speaking about impartiality, independence and neutrality, one has in mind the quality of neutral third persons acting within respective ADR procedures. However, one of the most important legal institutes that needs some profound explanation is more objective: a conflict of interest. The latter might be defined as a real or seeming incompatibility between one's private interests and one's public or fiduciary duties¹⁴.

4. Conflict of Interest and Ethics

So far, the discourse was quite simple and not causing significant difficulties. The problem of the ethics is not in searching for a definition but rather in its application. The main obstacle was aptly described by La Rochefoucauld: "*Virtues are lost in self-interest as rivers are lost in the sea*"¹⁵.

¹² Not according to all legislation and regulation, neither according to all scholars. See below.

¹³ B.A. GARNER, *op. cit.*, p. 1140.

¹⁴ *Ibidem*, p. 341.

¹⁵ François VI, duc de La Rochefoucauld, also called (until 1650) Prince de Marcillac, (born September 15, 1613, Paris, France – died March 16/17, 1680, Paris), French classical author who had been one of the most active rebels of the Fronde before he became the leading exponent of the maxime, a French literary form of epigram that expresses a harsh or paradoxical truth with brevity.

Indeed, it is quite easy to denounce certain behaviour once it is on the theoretical level only, once discussed in the class or with the colleagues at the banquet of an international conference. However, the true trial will occur only once there is a real conflict of interest.

Typical situation is when the lawyer is about to be appointed as an arbitrator in multibillion USD case and he or she is considering revealing some information that might cause doubts of the parties as to her/his impartiality. Obviously, that person is putting at risk his/her appointment and consequently a significant financial income. His/her financial interest is in seeming conflict with his/her public duty to disclose and inform the parties.

In this threshold situation, the awareness of ethical rules might be of some use. Yet, it is easier said than done. First of all, it is already a quite difficult task to pin down the scope and meaning of ethics and to set the boundaries between deontological¹⁶ and legal. Further, to make the situation more difficult, some scholars have raised a question of real and business ethics¹⁷ as two branches of the same tree. According to such an approach, there is a need to adjusting the general deontological rules to the environment of international business¹⁸.

So, what are the rules to be followed in case like this? In this regard, one may consider the following sources or rules to help the mediators and arbitrators to overcome conflicting situations:

- a) Legal standards;
- b) Institutional standards;
- c) Professional standards;
- d) Informal standards.

a) Legal standards

An approach grounding importance of two fundamental qualities of arbitrators and mediators is well accepted by the statutory provisions of

¹⁶ The definition of ethics varies approach by approach and jurisdiction by jurisdiction. Aristoteles is considered to be a founder of modern ethics and yet, his definition (*"Attempt to offer a rational response to the question of how humans should best live"*) would not be considered sufficient today.

¹⁷ A form of applied ethics or professional ethics, that examines ethical principles and moral or ethical problems that can arise in a business environment.

¹⁸ D. COHEN, *Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts*, in *Revue de l'arbitrage*, 3/2011, p. 611.

different countries. It would be beyond the scope of this paper to undergo a survey on the provisions of all relevant jurisdictions' relevant provisions related to independence and impartiality of mediators and arbitrators. Thus, by way of illustration, it will mention the respective legal provisions of the Czech Republic, Germany, France and the USA.

The Czech Arbitration Law¹⁹ in its Article 1 states that "*This act regulates the decision-making of property disputes by the independent and impartial arbitrators [...]*"²⁰. Similarly, the Czech Mediation Law²¹ requires both impartiality and independence from the mediators. This is regulated by Article 8 stating that "*Mediator shall a) perform mediation personally, independently, impartially and with due diligence, [...]*".

The Germany's law on arbitration is a reflection of the UNCITRAL Model Law on International Arbitration. A requirement of arbitrators' impartiality and independence is listed in Article 1036 of the German Code of Civil Procedure²². The German Mediation Law²³ states likewise in its Article 1 that "*the Mediator is an independent and neutral person without decision making power that leads the parties throughout the mediation*" and later on in its Article 3 that "*The mediator shall disclose to the parties all circumstances that could jeopardize his/her independence and neutrality*". Quite surprisingly, the German law has not used the word *impartial* as it has opted only for *independent* and *neutral*²⁴.

The French Civil Procedure Code²⁵ addresses both the arbitration and mediation. While the arbitrators are simply required to be *impartial* and *independent*²⁶, mediation regulation requires a brief commentary. The French law distinguishes two different mediation procedures: the *judicial mediation* and the *conventional* (out-of-court) *mediation*. Whereas the judicial media-

¹⁹ Act No. 216/1994 Coll. on Arbitration and Enforcement of Awards.

²⁰ The placement of this declaration in the very first section highlights the importance that the Czech legislator attributed to this principle.

²¹ Act No. 202/2012 Coll. on Mediation.

²² BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431, Code of Civil Procedure.

²³ BGBl. I S. 1577, Act on Mediation.

²⁴ In original *Unabhängige* and *neutrale*. In this sense, the term neutral shall be understood as a synonym to impartial, although there is a term *unparteilich* in German language.

²⁵ French New Code of Civil Procedure (CPC).

²⁶ Article 1456 CPC: "(...) *Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission (...)*".

tors should be *independent*²⁷, there is no such a requirement in parallel article regulating judicial mediators²⁸. However, Article 1530 demands the mediation procedure to be performed “*with the help of a [conventional mediator] chosen by the parties accomplishing its mission with impartiality, competence and diligence*”.

In the case of US law, there is comparatively specific approach adopted. The Federal Arbitration Act²⁹ knows only provision related to set aside procedure, i.e. only a sanction for not respecting the obligation of neutrality. According to the said rule, an arbitral award might be set aside by a court “*where there was evident partiality or corruption in the arbitrators*”³⁰.

This brief provision was amended by a decision of the United States Supreme Court in the case *Commonwealth Coatings Corp v Continental Casualty*: “‘*Evident partiality*’ means what it says: conductor at least an attitude or disposition – by the arbitrator favoring one party rather than the other”³¹. This judgment also raised the question of application of the Rules of the American Arbitration Association (opted for by the parties) and the “*Canon of Judicial Ethics which provides: ‘33. Social Relations. * * * (A judge) should, however, in pending or prospective litigation before him be particularly careful to avoid such action as may reasonably tend to awaken the suspicion that his social or business relations or friendships, constitute an element in influencing his judicial conduct’*”.

The Uniform Mediation Act (UMA)³² enacted in 2003 emphasised the necessity of *neutrality* and *impartiality* for the credibility and integrity of the mediation process³³. However, the UMA involves a very specific rule completely unknown to other comparing acts. On the base of a non-mandatory option, the Uniform Law Commission proposed the provision of Section 9 (g) of following wording: “*A mediator must be impartial, unless after disclosure of the facts required in subsections (a) and (b) to be disclosed, the parties*

²⁷ *Ibidem*, Art. 131-5.

²⁸ *Ibidem*, Art. 1533.

²⁹ Federal Arbitration Act (FAA), 9 U.S.C. §§ 1-14 (2009).

³⁰ *Ibidem*, Section 10.

³¹ *Commonwealth Coatings Corp v. Continental Casualty*, Co 393 US 145.

³² It should be enacted voluntarily by the individual States of the USA.

³³ The National Conference of Commissioners on Uniform State Law: The Uniform Mediation Act – Comments Uniform Mediation Act (Last Revised or Amended in 2003), 10 December 2003, p. 9, available at: http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf (accessed June 24, 2012).

agree otherwise". This state of affairs is however not surprising because of well known liberal approach of the US law towards the independence and impartiality³⁴.

One can summarise that there is almost an omnipresent requirement in relation to impartiality and independence in national laws' provisions. Those have, however, failed to provide the users with some more detailed guidelines as to the application of said rules.

b) Institutional Standards

Given the importance of the role of ADR institutions in arbitration and, to certain extent, in mediation, it is interesting to undergo a research as far as the requirements of the leading arbitration and mediation centres are concerned. One of the most important ones is the International Chamber of Commerce (ICC) that provides for globally accepted and used system of arbitration and mediation.

The ICC Mediation Rules³⁵ states in Article 5 – Selection of Mediator: "(3) *Before appointment or confirmation, a prospective Mediator shall sign a statement of acceptance, availability, impartiality and independence. The prospective Mediator shall disclose in writing to the Centre any facts or circumstances which might be of such a nature as to call into question the Mediator's independence in the eyes of the parties, as well as any circumstances that could give rise to reasonable doubts as to the Mediator's impartiality. The Centre shall provide such information to the parties in writing and shall fix a time limit for any comments from them*". Furthermore, Article 7 of said document regulates the conduct of the mediation and demands: "*In establishing and conducting the mediation, the Mediator shall be guided by the wishes of the parties and shall treat them with fairness and impartiality*". Not surprisingly, the recently updated ICC Arbitration Rules states in Article 11 that "[e]very arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration"³⁶.

The London Court of International Arbitration (LCIA) proposes the dispute resolution service that includes both arbitration and mediation. Ac-

³⁴ D. COHEN, *op. cit.*, p. 635-636.

³⁵ International Chamber of Commerce (ICC), "*Mediation Rules of the International Chamber of Commerce*", in force as from 1 January 2014.

³⁶ International Chamber of Commerce (ICC), "*Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*", in force as from 1 March 2017.

cording to the LCIA Arbitration Rules³⁷: “All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or representative of any party. No arbitrator shall advise any party on the parties’ dispute or the outcome of the arbitration”³⁸.

Similarly, the LCIA Mediation Rules³⁹ state as follows: “Before appointment by the LCIA Court [...] the mediator shall furnish the Registrar with a written résumé of his or her past and present professional positions; and he or she shall sign a declaration to the effect that there are no circumstances known to him or her likely to give rise to any justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, other than any circumstances disclosed by him or her in the declaration. A copy of the mediator’s résumé and declaration shall be provided to the parties”⁴⁰.

Also the leading Italian institution, the Chamber of Arbitration of Milan (CAM), requires the arbitrators to be and remain *independent* and *impartial*⁴¹. A bit more complicated situation occurs in the field of mediation as there are two tools to be applied. First, the Mediation Rules in force since December 6, 2012 which foresee “the assistance of an independent, impartial and neutral mediator”. Further, there are the so called Fast Track Mediation Rules (in force as from May 1, 2015) prescribing for mediator to “comply with the provisions of the Conduct of Ethics for Mediators. Before the first meeting with the parties, the mediator shall sign a declaration of impartiality, neutrality and independence”.

Finally, one has to briefly mention the UNCITRAL Rules. Although the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) is not a proper ADR institution and thus, it is not administering any international cases, it issued a set of rules that is frequently used for *ad hoc* procedures.

The UNCITRAL Arbitration Rules work with the terms *independent* and *impartial*⁴². Likewise, the UNCITRAL Conciliation Rules⁴³ state in Ar-

³⁷ London Court of International Arbitration (LCIA), “LCIA Arbitration Rules”, 1 October 2014.

³⁸ *Ibidem*, Art. 5.3.

³⁹ London Court of International Arbitration (LCIA), “LCIA Mediation Rules”, 1 July 2012.

⁴⁰ *Ibidem*, Art. 3.1.

⁴¹ Chamber of Arbitration of Milan, “Arbitration Rules”, 1 January 2010, Artt. 18 and 19.

⁴² United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), “UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2013)”.

⁴³ United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), “UNCITRAL Conciliation Rules (as revised in 2010)”, Art. 6 and Art. 7, 23 July 1980.

title 7 that the “*conciliator*⁴⁴ *assists the parties in an independent and impartial manner in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute*”.

On the one hand, the requirement of *impartiality* and *independence* is included in both the mediation and arbitration rules as a generally accepted quality. On the other hand, those documents usually do not provide with any further guidance as to application of said principles. Fortunately, some of the professional standards assists in this way quite profoundly.

c) Professional Standards

In 2004, the International Bar Association (IBA) created a tool frequently used in international arbitration, but also appreciated by scholars⁴⁵: the IBA Rules on Conflict of Interest. This document was later revised in 2014 to reflect on its rich, ten-year-long application practice. Unfortunately, the IBA Rules do not address the neutrality of mediators.

The guidelines set out that “*the fundamental principle in international arbitration (is) that each arbitrator must be impartial and independent of the parties at the time he or she accepts an appointment to act as arbitrator and must remain so during the entire course of the arbitration proceedings*”.

The IBA Rules on Conflict of Interest are divided in two parts: Part I. – *General Standards Regarding Impartiality, Independence and Disclosure* that addresses the general obligations and requirements of arbitrators and Part II. – *Practical Application of the General Standards* that in a non-exhaustive manner lists specific situations that might occur in international arbitration. This latter part is further subdivided in three sub-chapters mirroring the colours of traffic lights. It is mostly this tool that is especially appreciated by ADR practitioners as it gives them a practical advice as to specific conflicting situations.

First of the list is the *Red* one consisting of two sub-parts: *Non-Waivable* and *Waivable*. Both the part covers the situations in which an objective conflict of interest exists. The situations described in the *Non-Waivable Red List* are in breach of the basic legal principle that no person can be his or her own judge. Thus, acceptance of such a situation by parties cannot cure

⁴⁴ The UNCITRAL Conciliation Rules work with the term of conciliator instead of mediator.

⁴⁵ J. GILL, *The IBA Conflicts Guidelines – Who’s Using Them and How?*, in DRI, 1.1, 2007, p. 58; L. TRAKMAN, *The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered*, in *International Arbitration Law Review*, 2007, p. 999.

the conflict. In contrary, the *Waivable Red List* covers situations that are serious and constitute a conflict of interest, but the parties can waive, i.e. agree that the concerned person might serve as an arbitrator. In order to do so, they have to be completely informed.

The Orange List enumerates specific situations that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence and the arbitrator has a duty to disclose such situations. After such a disclosure is made, parties have to raise an objection in a given period of time. Should they fail to do so, they are deemed to have accepted the arbitrator. It is necessary to underline that pure disclosure does not imply the existence of a conflict of interest. The purpose of disclosure is to inform the parties of a situation that they may wish to explore.

Should a situation included on the Green List appear, there is generally no need of disclosure as neither appearance, nor an actual conflict of interest exists. However, a person involved is obliged to assess on a case-by-case basis circumstances of the case. If there are, nevertheless, aggravating conditions such as to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence, he or she needs to disclose. In such a case, the procedure is similar to the case of the Orange List.

The IBA Guidelines on Conflict of Interest provide the arbitrators, lawyers, ADR institutions and national judges with a useful set of practical directions on how to proceed in more concrete and detailed situation. It is also for this reason that they are very popular and well appreciated.

As already mentioned, they are, in principle, not applicable to mediation. The tool that gives certain, yet limited guidance in this regard was issued by the European Commission – the European Code of Conduct for Mediators. This non-binding codex enumerates general deontological duties of mediators and it addresses the issue of independence and impartiality too. In quite an interesting way, Article 2 addresses the obligation of *independence* and the obligation of *impartiality* separately.

In accordance with the theoretical approach described above, the duty of independence is related to the absence of all of the following circumstances: “*any personal or business relationship [of Mediator] with one or more of the parties; any financial or other interest [of Mediator], direct or indirect, in the outcome of the mediation; the mediator, or a member of his firm, having acted in any capacity other than mediator for one or more of the parties*”⁴⁶.

⁴⁶ Under such circumstances, Code however prevail the possible continuance of media-

In the following sub-article, the European Code of Conduct for Mediators explains the problem of impartiality: “*Mediators must at all times act, and endeavour to be seen to act, with impartiality towards the parties and be committed to serve all parties equally with respect to the process of mediation*”. Thus, the Code is one of the rare instruments that implicitly distinguishes the difference between the two terms. On the other hand, it fails to provide the parties and mediators with any further practical guidelines as to the assessment of possible biases.

d) Informal standards

Finally, there is quite an extensive list of less formal standards and tools that might be applied to impartiality and independence, as well as to other ethical topics. They should be regarded as rather auxiliary instruments that might help to shed light on different shades of neutrality. Certain advantage of those approaches might be found in their flexibility. As they are not written documents, but rather ethical constructions, they are more flexible for specific circumstances that might occur.

First of them is a *Mentor Approach* based on hypothetical decision-making procedure of some admired personality. This might recruit among more senior colleagues, professors from the university and even among some historical or fictional characters. The method is constituted by a single question: “*What would be an approach taken by that person in similar situation?*” The answer is obviously a sub-conscious analysis of a given situation, not a historical or sociological research.

Second one is a *Gut Test*. Being ethical is clearly not a matter of following one’s own feelings – frequently emotions deviate from what is ethical. On the other hand, there is a certain informative value in the way one is *feeling* about the situation. If by considering the circumstances, one “*does have a bad gut feeling*”, he or she should definitely pay more attention to the case. This approach too is profiting from subconscious perception of the situation.

Another method worth mentioning is known as *Newspaper Test*. It was introduced by the US tycoon Warren Buffett: “*I want employees to ask themselves whether they are willing to have any contemplated act appear the*

tion: “*In such cases the mediator may only agree to act or continue to act if he is certain of being able to carry out the mediation in full independence in order to ensure complete impartiality and the parties explicitly consent*”. Compare *ibidem*, 2.1.

*next day on the front page of their local paper – to be read by their spouses, children and friends – with the reporting done by an informed and critical reporter*⁴⁷. This is a very useful test as it is not only taking into consideration your own ethical standards, but the sense of self-perception by the closest persons. Sometimes, a slight variation on this approach is called the *Family Test*. As one can imagine, this is just a narrower approach which only differs in the perception construction.

Last but not least, another useful tool is called *Golden Rule*. It is less flexible than the previous ones and certainly more rigid. Its application, on the other hand, is easier. It is basically only a simple ethical rule that is to be used in certain situation. One of them was already mentioned in the very beginning of this paper: “*Caesar’s wife must be above suspicion*”. This sentence gives a quite straightforward view as to the mediators’ and arbitrators’ strictness. Another example is the sentence the author of this paper was told by one of the leading Italian professors on arbitration law: “*You only have one name. Once damaged, forever damaged...*”.

5. Same duty, different sanctions...?

Despite the fact that both the mediators and arbitrators share the same duty of impartiality and independence, their breach will be sanctioned differently. At least partly. The reason for this might be sought in the fundamentally different outcome of both proceedings.

In the case of arbitration, the award as a binding decision of a neutral can be set aside. The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, foresees in its Article V (1) d), that the recognition and enforcement of an award may be refused when “[t]he composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place”.

So far, there is no such instrument in relation to mediation. However, the recently prepared Article 5 of the UNCITRAL Draft on Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation also foresees the reasons for grounds for refusing to grant relief:

⁴⁷ *Code of Business Conduct and Ethics*, online text available at: <http://www.berkshirehathaway.com/govern/ethics.pdf>.

“1. The competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4 may refuse to grant relief at the request of the party against whom the relief is sought only if that party furnishes to the competent authority proof that:...

(f) There was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator’s impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement”⁴⁸.

Apart from the sanction in relation to the outcome of the procedure, the absence of impartiality and independence might in both of the cases lead to general liability of mediators and arbitrators. One has to take into the consideration aspects of criminal law too. Anyway, the result will always depend on the respective jurisdiction.

⁴⁸ UNCITRAL, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V18/012/07/PDF/V1801207.pdf?OpenElement>.

CECILIA ASCANI

*LE ORIGINI DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA
NELLO SCENARIO INTERNAZIONALE FINO ALLA REDAZIONE
DEL CODICE DEONTOLOGICO*

SOMMARIO: 1. I primi casi di sperimentazione medica della storia. – 2. Il processo di Tokio. – 3. La Dichiarazione di Helsinki. – 4. Il codice deontologico e il giuramento di Ippocrate.

1. I primi casi di sperimentazione medica della storia

Il diritto alla salute trova collocazione tra i diritti fondamentali di rango costituzionale e rappresenta indubbiamente uno fra i più importanti diritti sociali, giacché a esso è strettamente legato il godimento di tutti gli altri diritti dell'individuo.

Al tempo stesso la salute rappresenta un diritto primario del singolo cittadino, nonché un interesse inderogabile della collettività. Tale imprescindibile premessa fornisce un primo spunto di riflessione nell'opera di censimento dello stato dell'arte in materia di responsabilità medica.

Nel corso del processo che si svolse a Norimberga all'indomani del secondo conflitto mondiale si parlò spesso di grave episodio che contrassegnò la rottura della fiducia che sia era instaurata tra gli individui e la classe medica. Negli anni che precedettero il conflitto e in costanza dello stesso, uomini e donne di ogni età ed estrazione sociale vennero utilizzati come cavie di laboratorio per il perseguimento dei più svariati interessi scientifici. Prendendo come (fasulli) punti di partenza lo studio di alcune malattie e il fine di trovarne una cura, gli esperimenti proseguirono verso strade oscure dettate dal regime nazionalsocialista, ossia i metodi più veloci di sterilizzazione delle razze impure, nonché l'osservazione delle reazioni del corpo a condizioni climatiche avverse cui avrebbero dovuto far fronte gli uomini dell'esercito di Hitler, al fine di poter studiare tecniche di primo soccorso o di miglioramento delle capacità di adattamento mediante allenamento.

L'assenza, al momento dei fatti, di un regolamento in materia di sperimentazione fece sì che i medici imputati percorsero principalmente questa

come linea difensiva, l'assenza di una normativa sul punto venne a loro beneficio utilizzata per giustificare azioni mosse da fini di ricerca.

Volgendo lo sguardo verso quel che tentarono di dimostrare i medici nazisti nel corso delle loro arringhe difensive, si comprende come i punti nodali furono:

1. la mancanza di standard universali di etica della ricerca umana nel momento in cui vennero eseguiti i loro esperimenti nei campi di sterminio;
2. la circostanza che le loro condotte erano state poste in essere sulla base della normativa vigente;
3. l'uso di detenuti come soggetti di ricerca era considerata una pratica generalmente accettata; la strada era stata in tal senso aperta da una delle nazioni che al momento sedeva al banco dell'accusa, ossia gli Stati Uniti, nella quale attualmente veniva ancora praticata;
4. le condizioni di tortura in cui vennero eseguiti gli esperimenti da parte dei medici erano stati l'effetto distruttivo della guerra in atto che aveva toccato gran parte degli Stati europei, in particolar modo la Germania¹.

Un'analisi onesta dei fatti ci consente di comprendere come dalla lettura dei documenti del Tribunale militare si arrivò all'approdo che le barbarie commesse dai medici nazisti all'interno dei campi di concentramento vennero poste in essere in una fase storica della scienza medica ove mancava un regolamento volto a disciplinare tali tipologie di attività e, peggio ancora, in un momento in cui vi era un uso piuttosto diffuso di impiego di alcune parti della popolazione, per così dire, maggiormente vulnerabili per esperimenti clinici decisamente pericolosi.

Come si vedrà meglio di seguito, gli esperimenti realizzati dai giapponesi sui prigionieri dei campi in Manciuria tra il 1935 e il 1946, fra cui civili in larga parte di origine cinese e prigionieri di guerra, furono sicuramente assimilabili a quelli eseguiti da medici tedeschi, non solo per quanto riguarda i tipi di soggetti utilizzati nelle pratiche di sperimentazione, ma anche per quel che concerne la portata e la brutalità delle esecuzioni.

Storicamente vi è traccia, ben prima di tale periodo, dell'attività di un chirurgo dell'esercito degli Stati Uniti che costruì una stazione di ricerca a Cuba nel 1900 e trovò i "volontari" di cui aveva bisogno per gli esperimenti

¹ H.H. FREYHOFFER, *The Nuremberg Medical Trial: The Holocaust and the Origin of the Nuremberg Medical Code*, New York 2004.

sulla malaria grazie al ricorso alla compensazione monetaria dei partecipanti, questi vennero ricompensati con 100 \$ in oro e ulteriori 100 \$ per contrarre la malattia².

Richard Strong, un altro membro dell'U.S. Army, cercò di sviluppare diverse tipologie di vaccini contro una serie di malattie epidemiche. Anche in questo caso fu necessario utilizzare prigionieri come soggetti umani su larga scala. Durante il suo lavoro a Manila nel 1905, inoculò nei prigionieri condannati a morte culture di organismi della peste.

Non fu mai trovata alcuna indicazione in merito al loro stato di volontari o di soggetti che prestavano il proprio corpo per fini di sperimentazione medica dietro compensazione. Pochi anni dopo vennero convinti 29 condannati a morte a partecipare a un altro esperimento per trovare le cause della malattia cd. beri-beri dietro la promessa di distribuzione di sigarette in abbondanza e ogni altro genere di merce ivi compresi i sigari³.

Il medico tedesco Albert Moll compilò, probabilmente, l'elenco più completo di esperimenti umani eseguiti durante la fine del XIX secolo. L'elenco venne pubblicato nel 1901, una delle più recenti relazioni di Moll in merito alla ricerca sul vaiolo trattò in una nota l'esecuzione di un esperimento condotto per mezzo di iniezioni di linfa sterilizzanti sotto la pelle di bambini orfani.

Questi dati sono importanti nella misura in cui ci forniscono la testimonianza di ciò che è stato il concetto di "generalmente tollerato" nelle pratiche di sperimentazione medica e di come (nonostante l'ovvia considerazione che i crimini perpetrati dai medici nazisti costituirono pratiche che oltrepassarono i limiti di qualunque soglia di civiltà) i casi registrati furono numerosi sia prima che dopo i lavori del Tribunale Militare di Norimberga.

Quanto avvenne nei campi di concentramento rappresentò una così grave violazione dei diritti umani che il processo si concluse con la condanna della maggior parte degli imputati (sedici degli imputati furono riconosciuti colpevoli; sette ricevettero la pena di morte; sette vennero prosciolti, e dopo aver esaurito tutti i rimedi di impugnazione, il 2 giugno del 1948 si svolsero le esecuzioni degli imputati condannati alla pena capitale). Prima di tali accadimenti non si era mai pensato a un sistema di autoregolamenta-

² W.B. BEAN, *Walter Reed and Yellow Fever*, in *JAMA*, Vol. 249, N. 5, 1983, p. 659-662.

³ R.P. STRONG, B.C. CROWELL, *The Etiology of Beriberi*, in *The Philippine Journal of Science*, Vol. VII B, N. 4, 1912, p. 291.

zione per le pratiche mediche; a partire da questi fatti se ne avvertì più che mai la necessità di una sua elaborazione.

Quale reazione immediata ai fatti per i quali 23 medici nazisti vennero condannati si elaborò il cd. Codice di Norimberga che venne alla luce nel 1947 e che rappresentò il primo documento volto a regolamentare le sperimentazioni su uomo. I principi contenuti al suo interno furono elaborati da due medici consulenti del tribunale statunitense, Andrew C. Ivy e Leo Alexander, e sviluppati in dieci punti. Il primo e più importante, su cui si fonda tuttora la ricerca clinica quale presupposto indefettibile, è il consenso informato, ovvero la volontà e il consenso della persona coinvolta di partecipare a un determinato studio clinico⁴.

Il soggetto per accettare di partecipare alla sperimentazione deve essere adeguatamente informato e messo in grado di comprendere l'argomento in questione in modo da prendere una decisione quanto più possibile consapevole. Il fatto che nel codice non si faccia esplicitamente riferimento ai fatti emersi nel dibattito contro i medici nazisti ha privato, per certi aspetti, di forza giuridica il documento che ha comunque ispirato diverse leggi nazionali e documenti internazionali, volti a prevenire abusi della sperimentazione umana e a promuovere la dottrina del consenso informato.

2. Il processo di Tokio

L'Unità 731 è stata un'unità dell'esercito giapponese, fu attiva dal 1936 al 1945 in Manciuria (Cina nordorientale) principalmente nel campo di Ping Fang situato nel nord-est della città cinese di Harbin.

Agli ordini del generale Shirō Ishii (esperto batteriologo, ideatore, organizzatore e capo indiscusso dell'Unità 731), l'unità, ufficialmente destinata alla purificazione dell'acqua, fu incaricata di studiare e testare armi chimiche e biologiche, violando il protocollo di Ginevra che il Giappone aveva firmato nel 1925 ma ratificato solo nel 1970, anno in cui tali armi furono messe al bando.

Fra il 1942 e il 1945 migliaia di prigionieri soprattutto cinesi (donne e bambini inclusi), ma anche mongoli, coreani, russi, alcuni inglesi e americani catturati, furono usati come cavie in diversi esperimenti estremi.

La finalità di queste pratiche era duplice: testare armi batteriologiche da

⁴ G.J. ANNAS, M.A. GRODIN, *The Nazi Doctors and the Nuremberg Code. Human Rights in Human Experimentation*, Oxford 1992, p. 245.

usare contro il nemico e sperimentare nuove tecniche terapeutiche sui prigionieri sottoposti a contagio per poter più efficacemente guarire i soldati giapponesi malati o feriti.

L'Unità fu responsabile di alcuni dei più gravi crimini di guerra commessi dai militari giapponesi.

A differenza di quanto accade per i medici nazisti, pochissimi membri dell'Unità, dopo la guerra, pagarono per i loro crimini: una decina furono processati nel 1949 da un tribunale sovietico.

Gli Stati Uniti, il cui programma di ricerca su armi chimiche e batteriologiche era cominciato solo nel 1943, recuperarono il tempo perduto acquisendo i risultati delle ricerche dell'Unità, permettendo in cambio a vari membri di tornare alla vita civile, spesso mettendo a frutto la professionalità ottenuta collaborando o con aziende farmaceutiche o con altre nazioni.

Quello dell'Unità 731 fu un programma segreto di ricerca e sviluppo di armi biologiche dell'esercito imperiale giapponese, che portò a esperimenti letali su esseri umani durante la Seconda guerra sino-giapponese (1937-1945) e la Seconda guerra mondiale (1939-1945).

Ufficialmente conosciuta dall'esercito Imperiale giapponese come il "Laboratorio di Ricerca e Prevenzione delle Epidemie" del Ministero Politico Kempeitai fu inizialmente instaurata come una sezione politica e ideologica della polizia militare Kempeitai. L'Unità, camuffata come un modulo di purificazione dell'acqua, operò tramite la propaganda politica giapponese e come un emblema ideologico del ramo politico dell'esercito chiamato Kodoha (Partito Bellico).

Circa 10.000 persone tra civili e militari, aventi origine cinese, coreana, mongola e russa, furono oggetto della sperimentazione diretta dall'Unità 731. Alcuni prigionieri di guerra statunitensi ed europei morirono ugualmente per mano dell'Unità 731. Secondo la maggior parte degli studiosi, il numero di cavie che furono coinvolte si aggira tra le 3.000 e le 12.000 unità, ma altri fra cui Sheldon Harris, docente di Storia presso la California State University e autore del testo di riferimento sull'argomento, sostengono che il numero di vittime (infettate) si possa spingere fino alle 200.000 unità⁵.

L'Unità 731 fu uno dei molti distaccamenti della ricerca giapponese sugli agenti biologici per la guerra. Molti tra gli scienziati implicati nell'Unità

⁵ S.H. HARRIS, *Factories of Death: Japanese Biological Warfare, 1932-45 and the American Cover-Up*², New York 2002.

731 continuarono la loro carriera in politica, istruzione, attività economiche e medicina. Alcuni furono arrestati dalle forze sovietiche e processati durante il processo per i crimini di guerra di Chabarovsk; ad altri che si arresero agli statunitensi, fu accordata l'amnistia in cambio di accedere alle informazioni raccolte da essi.

Per via della loro brutalità, le azioni dell'Unità 731 furono denunciate all'ONU come crimini di guerra. Nel 1932, il generale Shirō Ishii fu posto al comando del Laboratorio di sperimentazione dell'esercito per la prevenzione epidemica. Lui e i suoi uomini costruirono il campo dei prigionieri Zhong Ma (il cui edificio principale era conosciuto localmente come la Fortezza Zhongma), una prigione sperimentale ubicata nel villaggio di Beihou, a 100 chilometri a sud di Harbin, sulla Ferrovia della Manciuria meridionale. Ishii organizzò un gruppo segreto di ricerca, la cosiddetta "Unità Togo", per il coordinamento degli studi chimici e biologici.

Un progetto speciale con il nome in codice di "Maruta" utilizzò esseri umani per effettuare esperimenti. I soggetti furono raccolti all'interno della popolazione locale e, in alcuni casi, chiamati eufemisticamente come "pezzi di legno". Questo termine, originato da una battuta cinica da parte del personale, era dovuto al fatto che le informazioni ufficiali riguardanti lo stabilimento indicavano il luogo come sede di una segheria. Tra i soggetti sottoposti a esperimenti vi erano bambini, anziani e donne gravide. Molti esperimenti e dissezioni furono realizzati senza l'uso di anestetici; perché si credeva che potessero influire sui risultati o perché considerati non necessari, in quanto i soggetti erano legati.

I prigionieri di guerra furono sottoposti a vivisezione senza anestesia⁶, questa venne eseguita su prigionieri infettati da diverse malattie. Gli scienziati effettuarono interventi chirurgici sui prigionieri, eliminando alcuni organi per studiare gli effetti delle malattie sul corpo umano.

Furono eseguite diverse sperimentazioni mentre i pazienti erano ancora vivi, ciò in quanto si riteneva che il processo di decomposizione avrebbe alterato i risultati⁷. Tra le persone infettate e sottoposte a vivisezione si trovavano uomini, donne, bambini neonati⁸; le vivisezioni furono effettuate anche su donne gravide, spesso rese tali dagli stessi medici. Furono, altresì,

⁶ R.L. PARRY, *Dissect them alive: order not to be disobeyed*, Times Online, 2007 (<https://www.thetimes.co.uk>).

⁷ N.D. KRISTOF, *Unmasking Horror. A special report; Japan Confronting Gruesome War Atrocity*, New York Times, 1995.

⁸ J. DOWER, *Embracing Defeat: Japan in the Wake of World War II*, New York 1999, p. 583.

svolti esperimenti sul congelamento con successiva amputazione o scongelamento per analizzare gli effetti della gangrena risultanti senza trattamento, come anche esperimenti di escissione dello stomaco, fegato, polmoni o altri organi.

Bersagli umani vennero utilizzati per provare granate poste a varia distanza e in posizioni differenti⁹, su altri vennero testati dei lanciafiamme e alcuni infettati con sieri contaminati con agenti patogeni, per studiare i loro effetti.

Per valutare la ripercussione delle malattie veneree in assenza di trattamento, i prigionieri furono deliberatamente infettati con sifilide e gonorrea e successivamente studiati.

L'Unità 731 e le sue unità affiliate superarono la fase di prova delle armi biologiche e portarono a termine attacchi biologici contro la popolazione cinese (tanto civili quanto soldati) durante la Seconda guerra mondiale. Tutto ciò produsse l'epidemia di peste bubbonica che uccise migliaia di civili cinesi.

Alcuni prigionieri furono posti in camere ove si creava il vuoto fino alla morte, mentre altri esperimenti furono realizzati per definire la relazione tra temperatura, ustioni da freddo e sopravvivenza umana, analogamente a quanto avvenne nei campi di concentramento per mano dei medici nazisti. Le operazioni e gli esperimenti continuarono fino alla fine della guerra.

Dopo che il Giappone si arrese agli alleati nel 1945, Douglas MacArthur divenne comandante supremo delle forze alleate, sovrintendendo alla ricostruzione del Giappone durante l'occupazione Alleata.

A differenza di quanto avvenne per i medici nazisti, gli Stati Uniti crederono che i dati degli esperimenti avessero valore. Come conseguenza non processarono o condannarono mai pubblicamente tali esperimenti umani, preoccupati invece che anche altre nazioni, come l'Unione Sovietica, potessero acquisire i dati sulle armi biologiche¹⁰.

Il tribunale penale militare per i crimini di guerra di Tokyo aveva appreso soltanto un riferimento degli esperimenti giapponesi con "sieri infetti" su civili cinesi; questo accadeva nell'agosto del 1946 e fu denunciato da David Sutton, aiutante del pubblico ministero cinese.

Il consigliere giapponese della difesa Michael Levin argomentò che l'accusa era vaga e senza dati, fu così annullata dal presidente del tribunale

⁹ H. BIX, *Hirohito and the making of modern Japan*, New York 2000.

¹⁰ B.V.A. RÖLING, C.F. RÜTER (a cura di), *The Tokyo judgement: The International Military Tribunal for the Far East, 29 April 1946-12 November 1948*, 1, Amsterdam 1977, p. 478.

William Webb, per carenza di prove. La questione non fu ulteriormente analizzata da Sutton, che era probabilmente a conoscenza delle attività dello squadrone dell'Unità 731.

Sebbene “silenziato” pubblicamente, nell'incidente del processo di Tokyo, l'Unione sovietica diede seguito al caso e processò 12 leader e scienziati dell'Unità 731 e delle sue unità affiliate: l'Unità 1644, a Nanchino, l'Unità 100 a Changchun nel processo per i crimini di guerra di Chabarovsk.

3. La Dichiarazione di Helsinki

Con la Dichiarazione di Helsinki del 1964 elaborata dall'Associazione Medica Mondiale (*World Medical Association, WMA*) nacque uno dei documenti cardine dei principi etici della ricerca clinica, incorporato poi nelle singole legislazioni nazionali.

La Dichiarazione recepiva e ampliava i punti del Codice di Norimberga, tra i quali venne mantenuto il principio del consenso informato, mentre venne per la prima volta introdotta la necessità che i protocolli di ricerca clinica e le procedure per ottenere il consenso venissero esaminate da comitati etici indipendenti operanti all'interno delle stesse istituzioni in cui vengono condotte le ricerche. Fermo restando l'impianto iniziale elaborato sin da Norimberga, il documento vide così un arricchimento sotto il punto di vista dei principi cardine, nonché dell'apparato volto a vigilare sulla loro corretta messa in pratica.

In essa venne enunciato un nucleo fondamentale di principi generali e nel far ciò sviluppò i primi dieci principi indicati nel Codice di Norimberga, riportandoli nella Dichiarazione di Ginevra dell'Associazione Medica Mondiale del 1948. Ciò doveva fornire una sorta di bussola per i sanitari impegnati in ogni settore della medicina e in particolare in quello della ricerca:

- rispetto dell'individuo (articolo 8);
- diritto di autodeterminazione e il loro diritto a prendere una decisione dopo adeguata spiegazione (articoli 20, 21 e 22) per quanto riguarda la partecipazione alla ricerca, sia inizialmente che durante il corso della ricerca stessa;
- dovere del ricercatore di salvaguardare la salute del paziente (articoli 2, 3 e 10) o del volontario (articoli 16, 18);
- scopi perseguiti della ricerca (articolo 6);
- precedenza sempre del benessere del soggetto sugli interessi della società (articolo 5);

- prioritaria importanza delle considerazioni etiche rispetto alle leggi o ai regolamenti (articolo 9);
- riconoscimento che una crescente vulnerabilità dell'individuo e di gruppi obbliga a una speciale vigilanza (articolo 8);
- riconoscere che quando il soggetto partecipante alla ricerca è incompetente, incapace fisicamente o mentalmente di dare un consenso informato, o è minore (articoli 23 o 24), il permesso dovrebbe essere considerato per consenso surrogato da una persona che agisce per il miglior interesse del soggetto.

La Dichiarazione fu soggetta a numerosi interventi di revisione nel corso degli anni, nel fare questo si volle quanto più riflettere i cambiamenti che nella pratica medica della sperimentazione umana stavano avvenendo. Un evidente cambiamento rispetto a Norimberga fu il mitigare le condizioni per il consenso, assolutamente essenziali e restrittive nel codice del 1947.

4. Il codice deontologico e il giuramento di Ippocrate

La redazione del Codice di Deontologia Medica nasce dall'esigenza di disciplinare la condotta del medico all'interno della relazione di cura. Il rapporto tra medico e paziente, infatti, soffre di storicità, ed è stato caratterizzato da una forte evoluzione, specie nell'arco degli ultimi cinquant'anni. A detta evoluzione si è accompagnato un necessario aggiornamento delle norme deontologiche sottese all'agire terapeutico.

Fu la medicina di osservazione introdotta da Ippocrate a far sorgere l'esigenza di una formalizzazione delle norme comportamentali del medico; era necessario un codice che indicasse cosa fare e come comportarsi nei confronti del paziente, ma anche dei colleghi, dei maestri e della società ampiamente intesa.

In questo senso, il Giuramento di Ippocrate può essere considerato il progenitore dei moderni codici deontologici, per quanto occorra specificare che la funzione del Giuramento fosse eminentemente pratica; la sua sottoscrizione, infatti, consentiva l'ingresso all'interno della classe medica.

Oggi, invece, l'osservanza delle regole imposte dal codice deontologico si pone come condizione necessaria per il corretto esercizio della professione; e, come si vedrà più avanti, eventuali inadempienze possono risultare nella comminazione di sanzioni più o meno pesanti a seconda della fattispecie in atto, e finanche, in ultima istanza, alla radiazione dall'albo professionale.

La *ratio* del codice consiste nella volontà di individuare regole di comportamento atte a disciplinare l'agire medico, e che possano circoscriverlo all'interno di un campo ben delimitato, oltre i cui confini la relazione terapeutica è, talora irrimediabilmente, compromessa.

Di conseguenza, il codice deontologico, in un'accezione generica, può essere definito come l'insieme dei principi e delle norme che ogni professionista è tenuto a osservare, pena la possibilità di incorrere in provvedimenti disciplinari e/o in sanzioni civili o amministrative; più raramente accade che l'infrazione di una norma deontologica possa coincidere con un illecito penale, come nel caso dell'omicidio preterintenzionale.

Il codice deontologico è quindi un corpo di regole, liberamente e democraticamente scelte dai medici, alle quali gli stessi devono uniformare il comportamento professionale.

Il codice deontologico non rappresenta una fonte primaria di diritto ma ha carattere extra-giuridico, impegnando altresì i membri del gruppo professionale al suo rispetto mediante un giuramento¹¹ contestuale all'iscrizione all'ordine.

Il giuramento professionale evidenzia alcuni principi etici e regole deontologiche fondamentali, circa alcuni impegni che il medico assume, in

¹¹ «Consapevole dell'importanza e della solennità dell'atto che compio e dell'impegno che assumo, giuro: – di esercitare la medicina in libertà e indipendenza di giudizio e di comportamento; – di perseguire come scopi esclusivi la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza, cui ispirerò con responsabilità e costante impegno scientifico, culturale e sociale, ogni mio atto professionale; – di non compiere mai atti idonei a provocare deliberatamente la morte di un paziente; di attenermi nella mia attività ai principi etici della solidarietà umana, contro i quali, nel rispetto della vita e della persona, non utilizzerò mai le mie conoscenze; – di prestare la mia opera con diligenza, perizia e prudenza secondo scienza e coscienza e osservando le norme deontologiche che regolano l'esercizio della medicina e quelle giuridiche che non risultino in contrasto con gli scopi della mia professione; – di affidare la mia reputazione esclusivamente alla mia capacità professionale e alle mie doti morali; – di evitare, anche al di fuori dell'esercizio professionale, ogni atto e comportamento che possano ledere il prestigio e la dignità della categoria; – di rispettare i colleghi anche in caso di contrasto di opinioni; – di curare tutti i miei pazienti con eguale scrupolo ed impegno indipendentemente dai sentimenti che essi mi ispirano e prescindendo da ogni differenza di razza, religione, nazionalità, condizione sociale e ideologia politica; – di prestare assistenza d'urgenza a qualsiasi infermo che ne abbia bisogno e di mettermi, in caso di pubblica calamità, a disposizione dell'Autorità competente; – di rispettare e facilitare in ogni caso il diritto del malato alla libera scelta del suo medico, tenuto conto che il rapporto tra medico e paziente è fondato sulla fiducia e in ogni caso sul reciproco rispetto; – di osservare il segreto su tutto ciò che mi è confidato, che vedo o che ho veduto, inteso o intuito nell'esercizio della mia professione o in ragione del mio stato».

particolare di esercitare la professione in libertà e indipendenza di giudizio e di comportamento; di perseguire come scopi esclusivi la difesa della vita, la tutela della salute fisica e psichica dell'uomo e il sollievo della sofferenza, cui ispirare con responsabilità e impegno scientifico, culturale sociale, ogni atto professionale; di non compiere atti idonei a provocare deliberatamente la morte di un paziente; di attenersi ai principi etici della solidarietà umana; di prestare l'opera con diligenza, perizia e prudenza; di rispettare e facilitare il diritto del malato alla libera scelta del suo medico; di astenersi dall'accanimento diagnostico e terapeutico.

Come scrive G. Iadecola¹² il codice deontologico rappresenta un complesso composito di principi, che si alimenta certo di tradizioni e consuetudini, ma anche e soprattutto di regole etiche e di bioetica, di norme e di regolamenti interni professionali, di morale professionale, e che inevitabilmente risente, sia di principi generali che di disposizioni particolari dell'ordinamento giuridico: se in passato potevano trascorrere decenni tra un codice e l'altro, attualmente, in conseguenza del fenomeno della c.d. accelerazione della storia, le regole vanno riviste e aggiornate continuamente.

Lo sviluppo di medicina e biotecnologie ha dischiuso, infatti, orizzonti problematici, che non riguardano solamente la ristretta cerchia di quanti si occupano di bioetica: medici e giuristi, nel loro quotidiano impegno professionale si trovano ad affrontare questioni continuamente nuove e complesse, che mettono in gioco competenza, emozioni e responsabilità.

La deontologia medica, come traspare dall'analisi fin qui svolta, è dunque la dottrina che contempla le essenziali regole di comportamento cui il medico è tenuto ad attenersi in ottemperanza all'ordinamento giuridico-sociale, informando la propria condotta professionale al rispetto dei fondamentali diritti personali e delle norme relazionali tra medicina e società, curando correttamente e coscientemente l'armonia tra buona condotta tecnica e rispetto del paziente¹³.

L'organismo rappresentativo incaricato della formazione, della salvaguardia e della ricerca per quanto concerne la deontologia professionale è, a livello nazionale, la Federazione Nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri (FNOMCeO). La classe medica riconosce, peraltro,

¹² G. IADECOLA, *Il nuovo codice di deontologia medica*, Padova 1996.

¹³ M. BAENI, *Diritti – doveri – responsabilità del medico. Dalla bioetica al biodiritto*, Milano 1999, p. 40-41.

agli Ordini (gli albi sono separati, per medici e odontoiatri) l'espressione dell'autogoverno etico-disciplinare, la potestà di stabilire le regole fondamentali dell'esercizio professionale e di esercitare il potere disciplinare¹⁴.

La giurisprudenza si è pronunciata ampiamente a favore dell'azione disciplinare degli Ordini, la Cassazione stessa ha confermato l'autonomia dell'ordine professionale cui spetta anche l'interpretazione e l'applicazione delle norme di etica professionale.

Il codice deontologico individua, quindi, delle norme di comportamento, cui il professionista, in questo caso il medico, è tenuto ad attenersi.

Nella fattispecie, è possibile individuare una serie di doveri positivi e negativi, che circoscrivono l'agire medico all'interno di un campo di legittimità ben delimitato.

In questo senso, i termini positivo e negativo vanno intesi nella loro accezione giuridica, e non valutativa; non sono espressione di un giudizio morale, bensì indicano il dovere di compiere o di non compiere una data azione. I contenuti sostanziali delle norme di deontologia medica, aggiornati allo stato dell'arte, possono dunque essere riassunti come segue.

I doveri positivi sono:

1) conoscenza e osservanza delle norme deontologiche. Com'è facilmente intuibile, questo assunto costituisce il presupposto fondamentale della deontologia medica. Vale, dunque, l'antico principio giuridico per cui la mancata conoscenza della legge non assolve il reo dall'illecito commesso, come espresso dall'antico brocardo "*ignorantia legis non excusat*";

2) tutela della vita, tutela della salute, sollievo dalla sofferenza. La salute corrisponde a uno stato di completo benessere fisico, psichico e sociale, e non alla semplice assenza di malattia;

3) uso appropriato delle risorse disponibili. Il riferimento è all'esigenza di conciliare una buona pratica medica con un uso equo e oculato delle risorse disponibili, laddove col termine risorse si indica l'insieme di tutti gli strumenti tecnici necessari all'esercizio della professione medica, ma anche il budget economico di cui l'azienda sanitaria dispone;

¹⁴ Si vedano gli artt. 3, lett. f, del D.L. 233/1946 e 38 del D.P.R. 221/1950, che stabiliscono che i medici colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della professione o di fatti comunque disdicevoli al decoro professionale sono soggetti al potere disciplinare degli Ordini, riconoscendo dunque la massima ampiezza del potere disciplinare degli Ordini stessi non solo nel momento repressivo, vale a dire il momento disciplinare, ma pure in quello normativo, cioè nell'indicazione delle regole di comportamento.

4) prestazione di cure d'urgenza. Si tratta del c.d. dovere di intervento. L'obbligo – o il dovere – è di fornire cure tempestive ed efficaci a soggetti che si trovino in immediato pericolo di vita¹⁵;

5) segreto professionale. Si intende l'obbligo relativo al segreto professionale e il dovere alla riservatezza dei dati personali. I due vincoli non possono essere visti come disgiunti, l'obbligo di non diffondere informazioni strettamente confidenziali, relative allo stato di salute del paziente, è inevitabilmente connesso al divieto di trasmissione, condivisione o pubblicazione dei dati personali, specie se relativi alla sfera intima dell'interessato;

6) dovere all'informazione chiara, completa e diretta. Si tratta di un obbligo che può essere inteso in un duplice senso. Da un lato, esso fa riferimento allo specifico dovere del medico, all'interno della relazione terapeutica, di informare compiutamente il paziente in relazione alle sue condizioni cliniche; dall'altro, si fa riferimento alla qualità dell'informazione sanitaria al cittadino, che deve essere obiettiva, veritiera, corredata da dati oggettivi e controllabili nonché autorizzata dall'Ordine competente per territorio. Il fine, in entrambi i casi, è di consentire al cittadino di compiere una scelta libera, autonoma e volontaria, sia per quanto concerne l'atto terapeutico per cui gli è richiesto il consenso, sia riguardo la scelta del medico curante e delle terapie che dovessero rendersi eventualmente necessarie;

7) sviluppo continuo di conoscenze e competenze, o aggiornamento professionale. Si fa riferimento al dovere di aggiornamento delle proprie competenze, che obbliga ogni medico e ogni esercente la professione sanitaria a conformare il proprio agire allo stato dell'arte¹⁶;

8) assistenza al malato inguaribile e rispetto delle volontà del paziente. Riguarda il dovere di prestare assistenza medica al malato a prognosi infausta, o con definitiva compromissione dello stato di coscienza;

9) obbligo di certificare. Il nuovo Codice include, nel certificato obbli-

¹⁵ Una delle fattispecie in cui è doveroso tenere conto di questo principio è il caso dell'aborto d'urgenza, in cui il medico, anche se obiettore, è tenuto a intervenire attivamente al fine di portare a termine l'interruzione di gravidanza. Diversamente, in questo e in casi analoghi, sul soggetto ricade la cd. colpa medica per omissione.

¹⁶ A tal fine è stato istituito, in Italia, il cd. programma ECM (Educazione Continua in Medicina), attivo nel nostro Paese dal 2002; detto programma si articola in una serie di corsi, atti a potenziare ed aggiornare le competenze teoriche, pratiche e comunicative di tutti i professionisti della Sanità. Il programma ECM è internazionalmente riconosciuto, ed è obbligatorio in buona parte dei Paesi del mondo.

gatorio, anche i dati anamnestici del paziente, ovvero relativi alla sua storia clinica e personale;

10) tutela dei soggetti fragili. È sancito il dovere del medico di tutelare il miglior interesse del paziente minore e/o incapace. Da un lato, il medico ha il dovere di vigilare sulle condizioni di vita e di salute del soggetto fragile, tutelandolo da eventuali trattamenti discriminatori e/o lesivi della dignità umana. Dall'altro, il medico è tenuto a porre in essere, nei casi e nelle forme previsti dalla legge (cfr. legge 180/1978, cd. "legge Basaglia"), trattamenti sanitari obbligatori, volti a tutelare la sicurezza e la salute del paziente minore o incapace;

11) rispetto della libera e autonoma volontà del cittadino. Il medico ha l'obbligo di tenere in debita considerazione tanto le direttive anticipate di trattamento quanto il consenso all'atto medico, entrambi espressi e documentati dal paziente nelle diverse fasi della relazione terapeutica;

12) informazione preventiva al cittadino del proprio onorario professionale. Si riconosce al cittadino il diritto di scegliere liberamente il medico e il luogo di cura. Il cittadino, infatti, può compiere una libera scelta solo se in possesso di tutte le informazioni necessarie, ivi inclusa la spesa economica da sostenere per le proprie cure. Da cui l'obbligo, per il medico, di rendere noto il proprio onorario al paziente prima che la relazione terapeutica abbia inizio;

13) esercitare compiutamente il dovere di supplenza. All'interno dei Codici questo obbligo è indicato nella sezione relativa ai rapporti tra colleghi, tuttavia, i suoi effetti si ripercuotono direttamente sulla salute, sulla vita e sulla sicurezza del paziente. Da cui consegue l'ulteriore dovere, per il medico, di collaborare attivamente e proficuamente con il proprio Ordine professionale, un dovere di cui l'obbligo di supplenza, inteso come passaggio di informazioni cliniche, costituisce un caso particolare;

14) fornire supporto in tutte le fasi del recupero dalla tossicodipendenza, ivi incluso il reintegro sociale del soggetto coinvolto. Il medico ha il dovere di cooperare con le strutture sanitarie e sociali, nonché con le famiglie degli interessati, per favorire il reintegro sociale dei soggetti ex tossicodipendenti. Egli ha altresì il dovere di impegnarsi in iniziative di prevenzione atte a limitare l'insorgenza di nuovi casi di tossicodipendenza;

15) in caso di nomina a direttore sanitario, garantire il rispetto del Codice. Il direttore sanitario si fa garante del rispetto del Codice, talora rispondendo di eventuali inadempienze compiute dai suoi dipendenti, secondo le norme che disciplinano la responsabilità indiretta; ovvero, in tutte le fattispecie che escludano la responsabilità diretta dei dipendenti per gli atti

compiuti. Il direttore sanitario ha il compito di vigilare affinché vi sia cooperazione tra i dipendenti, prevenendo ed evitando ogni forma di disparità di trattamento sul luogo di lavoro.

I doveri negativi sono:

1) astensione dall'accanimento terapeutico. Nonostante in Italia ogni forma di eutanasia debba ritenersi illegale, un passo in avanti verso il rispetto della volontà libera e autonoma del paziente è stato fatto istituendo il dovere di astenersi da quelle pratiche da cui non si possa fondatamente attendere un beneficio per la salute del malato, nonché le ultime revisioni del legislatore che hanno aperto nuovi scenari di scelta per l'individuo;

2) astensione da obblighi e impegni che non si è in grado di mantenere, ovvero dal sovraccarico di lavoro. Il medico è tenuto a garantire sempre all'utenza il più alto livello qualitativo possibile delle prestazioni di cura. A tal fine, egli non dovrà assumere impegni che vadano al di là delle proprie specifiche competenze, né oberarsi di lavoro;

3) astensione dal conflitto di interesse. È fatto divieto al medico di subordinare l'interesse del paziente a vantaggi personali, economici o di altra natura. Attualmente, il sistema giuridico italiano non presenta una legge precisa e chiara sul conflitto di interessi, che di conseguenza resta, allo stato dell'arte, un vincolo meramente deontologico;

4) astensione da comparaggio e patrocinio. Si vieta ogni forma di comparaggio¹⁷ e di patrocinio nell'esercizio della professione medica;

5) astensione dall'intervento sul genoma umano. L'intervento sul genoma umano è da considerarsi legittimo solo se abbia come fine ultimo la correzione di condizioni patologiche. Il soggetto destinatario di tale operazione deve essere preventivamente informato sui rischi connessi all'operazione

¹⁷ Intendendosi per comparaggio la pratica che il medico pone in essere nel momento in cui accetti di promuovere la prescrizione di certi farmaci piuttosto che di altri, o addirittura la prescrizione non necessaria di un dato farmaco, in cambio di favori personali da parte delle aziende produttrici del farmaco stesso. In Italia il comparaggio è un reato, come previsto dal decreto legislativo 24 aprile 2006, n. 219, che all'art. 147, comma 5 stabilisce che: "Chiunque, in violazione dell'articolo 123, comma 1, concede, offre o promette premi, vantaggi pecuniari o in natura, è punito con l'arresto fino ad un anno e con l'ammenda da quattrocento euro a mille euro. Le stesse pene si applicano al medico e al farmacista che, in violazione dell'articolo 123, comma 3, sollecitano o accettano incentivi vietati. Il comparaggio è dunque punibile per mezzo di una sanzione amministrativa".

stessa e deve fornire il proprio consenso scritto al trattamento. Si specifica anche che l'intervento sul genoma è da considerarsi legittimo qualora sia rivolto alla ricerca di nuovi trattamenti diagnostico-terapeutici appropriati ed efficaci, allargando quindi il campo d'azione non solo agli interventi di cura ma anche ai fini di ricerca;

6) astensione dalla messa in atto di tecniche e metodologie non previste dalla legge, ovvero dalla promozione di pratiche e terapie prive di evidenza scientifica. Si istituisce un vincolo per il medico, che in effetti si rivela essere al tempo stesso un vincolo per il paziente. Trattasi delle norme relative alla prescrizione di trattamenti che, allo stato dell'arte, non possano dirsi di comprovata efficacia in base alle evidenze scientifiche disponibili. Ciò implica che una presunta terapia di questo genere non solo non può essere prescritta dal medico, ma nemmeno pretesa dal cittadino, la cui domanda di salute non si estende a tal punto da consentire la somministrazione di interventi terapeutici, di natura farmacologica o meno, che non siano ancora stati approvati dalla comunità scientifica.

Ogni edizione del Codice Deontologico Medico si chiude con una disposizione finale, in cui è fatto obbligo agli iscritti all'Albo di recepire e mettere in atto le norme prescritte.

La domanda di salute si evolve nel tempo, e segue gli sviluppi della scienza e della tecnica, che offrono alternative diagnostiche e terapeutiche sempre nuove. Ne consegue che le norme disciplinanti l'accesso alle cure, i modi e i tempi della relazione terapeutica, i doveri del medico in ambito professionale necessitano anch'esse di essere sottoposte a regolare aggiornamento.

MARIA LUISA BICCARI

*BREVI APPUNTI SUL DIRITTO ROMANO
NELLA CULTURA GIURIDICA AMERICANA:
A MARGINE DI ALCUNE SENTENZE*

SOMMARIO: 1. Realtà di un “diritto romano” in America. – 2. Uno sguardo attraverso alcune sentenze. – 3. Spunti per un confronto continuo.

1. Realtà di un “diritto romano” in America

In occasione di un incontro di studio che costituiva una tappa del percorso di realizzazione del progetto SIR – *Scriptores Iuris Romani. Texts and Thought*, Clifford Ando¹ metteva bene in luce come un’approfondita indagine sul diritto romano in America richiedesse una separazione della vicenda storica relativa alla tradizione romanistica e alla sua fortuna nella pratica, dalla storia, vera e propria, degli studi scientifici specificatamente dedicati alla questione². Ed è sotto quest’ultima prospettiva che lo studioso sviluppava allora il suo discorso, pur ammettendo implicitamente l’esistenza di

¹ Gli studi di Clifford Ando possono rappresentare un punto di partenza molto interessante per riconoscere quella che è stata ed è la presenza del diritto romano nella cultura giuridica americana. Professore di Lettere, Storia e Diritto presso l’Università di Chicago; Co-Direttore del Centro per lo Studio delle Antiche Religioni dell’Università di Chicago, nonché ricercatore presso il Dipartimento di Studi Biblici e Antichi dell’Università del Sud Africa, David B. and Clara E. Stern Professor, Clifford Ando è infatti uno dei maggiori specialisti di storia romana e religione, pur annoverando tra i suoi interessi lo studio del pensiero politico. Tra la sua vasta produzione scientifica si ricordano senza dubbio *Imperial Ideology and Provincial Loyalty in the Roman Empire*, Berkeley 2000; *Law, language and empire in the Roman tradition*, Philadelphia 2011; *Imperial Rome, AD 193-284: The Critical Century*, Edinburgh 2012; *L’Empire et le Droit. Invention juridique et réalités politiques à Rome*, Paris 2013; *Religion et gouvernement dans l’Empire romain*, Turnhout 2016.

² C. ANDO, *Il diritto e i giuristi romani nella cultura giuridica americana*, in *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis agli Scriptores iuris Romani*, a cura di A. Schiavone, Torino 2017, p. 99.

tutta una serie di concrete influenze della tradizione giuridica di Roma nel sistema americano, in particolare in rapporto al diritto pubblico, alla proprietà, alle successioni ed altri specifici temi.

È noto che un'attenzione concreta ai principi e ai valori di matrice romanistica, in particolare nell'America Settentrionale, risale al XVII-XVIII secolo, quando la cultura illuministica e il processo di codificazione francese da un lato³, la rivoluzione americana dall'altro⁴ portarono alla creazione di condizioni favorevoli all'utilizzo delle fonti del diritto romano nella produzione giurisprudenziale e legislativa americana⁵. Tutto questo motivò certamente l'interesse – e, di conseguenza, anche il dibattito scientifico – allo studio dell'ordinamento giuridico romano.

In un discorso tenuto presso l'ordine degli avvocati della contea di Suffolk nel 1821, per esempio, il giudice della Corte Suprema Joseph Story, nel richiamare la necessità di punti di riferimento intellettuali come base fondamentale da cui trarre i principi per “adornare” la giurisprudenza americana del tempo – “*as a mine abounding with the most precious materials, to adorn the edifice of our jurisprudence*” –, esplicitamente si rifaceva alle opere

³ Il percorso (indiscutibilmente illuministico) che portò alla grande codificazione napoleonica è certamente complesso e articolato: dai tre progetti di codice civile che si susseguirono tra il 1793 e il 1796, tutti ben presto abbandonati, si arrivò all'approvazione definitiva e all'emanazione del codice civile francese nel marzo 1804, seguito nel 1807 dal codice di procedura civile, nel 1808 dai due codici di commercio e di procedura penale, e nel 1810 da quello penale. Cfr., per tutti, G.P. PENE VIDARI, *Storia del diritto. Età contemporanea*, Torino 2012.

⁴ Ovviamente una riflessione sulla presenza ed il ruolo del diritto romano negli Stati Uniti d'America deve riconoscere come sua data di inizio la data della Dichiarazione d'indipendenza dall'Inghilterra (Filadelfia, 4 luglio 1776). Com'è noto le ‘colonie’ che si riconoscevano allora in quella federazione furono 13 (New Hampshire, Massachusset Bay, Rhode Island, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Nord e del Sud, Georgia) e ad esse si aggiunsero in seguito altri Stati, di volta in volta, e secondo vicende varie. La Louisiana fu annessa per l'appunto nel 1812: «nella vita politica – scrive C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 101 – l'influenza dell'acquisto della Louisiana fu naturalmente enorme, avendo determinato per gli Stati Uniti un incremento territoriale di circa 2,15 milioni di chilometri quadrati».

⁵ Si potrebbe riportare il passaggio in cui Clifford Ando descrive i tre fattori di ordine storico che avrebbero contribuito alla citazione e all'uso del diritto romano negli Stati Uniti: «(1) un predominante sentimento di ostilità verso l'Inghilterra e, non casualmente, una predilezione per la Francia; (2) una profonda ammirazione per il Codice di Napoleone; (3) lo stimolo rappresentato dall'acquisizione del territorio della Louisiana», C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 101.

del Pothier⁶, alle Istituzioni e alle Pandette di Giustiniano⁷. Ma i settori rispetto ai quali Joseph Story invocava l'aiuto del diritto romano (quello che Pound, forse su influenza di Savigny, chiama "il moderno diritto romano"⁸), e cioè – come lo stesso Story dichiara – i contratti, il commercio, le garanzie, stavano subendo l'influenza concorrenziale delle dottrine inglesi che aveva-

⁶ Com'è noto le Pandette del Pothier (*Pandectae Justinianee in novum ordinem digestae*, Paris, 1748-52) rappresentano il tentativo di disporre in un nuovo ordine i passi del Digesto, ricollocando ogni massima nel punto più confacente. Invero l'opera del Pothier si presenta spesso come una mera riproduzione, seppure rielaborata e ragionata, del Digesto di Giustiniano. Cfr. G. ALPA, *I principi generali*², Torino 2006, p. 100 ss.

⁷ «Connected with this, and, as a mine abounding with the most precious materials, to adorn the edifice of our jurisprudence, is the study of the foreign maritime law, and, above all, of the civil law [...] Where shall we find the law of contracts so extensively, so philosophically, and so persuasively expounded, as in the pure, moral, and classical treatises of Pothier? Where shall we find the general doctrines of commercial law so briefly, yet beautifully laid down, as in the modern commercial code of France? Where shall we find such ample general principles to guide us in new and difficult cases, as in that venerable deposit of the learning and labors of the jurists of the ancient world, the Institutes and Pandects of Justinian?». Nelle parole di Joseph Story (1779-1845), giudice della Corte Suprema dal 1812 e professore ad Harvard dal 1831, si può leggere una precisazione molto importante: che non è una semplice ammirazione per un 'diritto straniero', ma l'affermazione della concreta influenza del diritto romano sullo sviluppo della giurisprudenza americana. L'invito che lo Story rivolge agli avvocati che vogliono riprendere ed approfondire lo studio del diritto antico diventa così un'occasione per accogliere, con riguardo a specifiche materie, quali per l'appunto il settore commerciale e marittimo o anche la regolamentazione dei contratti, l'indiscussa autorità dei principi del diritto romano: «*The whole continental jurisprudence rests upon this broad foundation of Roman wisdom; and the English common law, churlish and harsh as was its feudal education, has condescended silently to borrow many of its best principles from this enlightened code [...] There is no country on earth, which has more to gain than ours, by the thorough study of foreign jurisprudence. We can have no difficulty in adopting in new cases such principles of the maritime and civil law as are adapted to our own wants, and commend themselves by their intrinsic convenience and equity. Let us not vainly imagine, that we have unlocked and exhausted all the stores of juridical wisdom and policy. Our jurisprudence is young and flexible; but it has withal a masculine character, which may be refined and exalted by the study of the best models of antiquity*»: cfr. J. STORY, *Address delivered before the Members of the Suffolk Bar, at their anniversary, on the 4th of September, 1821, at Boston*, in *The Miscellaneous Writings, Literary, Critical, Juridical, And Political of Joseph Story*, 1835, p. 434-435.

⁸ L'espressione '*the modern roman law*' richiama (e forse non è una sorpresa) il 'diritto romano attuale' di Savigny, un'idea che, se codificata soltanto nel 1849 col suo *System des heutigen römischen Rechts* («esso – il diritto romano – ricollega il nostro pensiero giuridico da una parte a un glorioso passato, dall'altra parte al diritto di altre nazioni contemporanee con le quali così noi veniamo a mantenere una unione ugualmente vantaggiosa per ambo le parti»), certamente aveva già avuto modo di insinuarsi nella comunità scientifica della scuola storica.

no cominciato a diffondersi, in particolare attraverso Mansfield⁹, anche nel continente europeo.

In tal senso è senza dubbio significativo che, nel XVIII secolo, e finanche agli inizi del XIX, quella romana non sia stata l'unica radice storica visibile nel diritto americano: c'era un evidente collegamento sia con l'illuminismo francese sia con le teorie inglesi. «Qualunque fossero le forze materiali ed ideologiche che guidarono il processo – scrive Ando –, compreso un certo desiderio scolastico di distinguere il diritto americano da quello inglese, da un punto di vista teorico la storia del diritto romano e del diritto civile negli Stati Uniti in questo periodo non può essere disgiunta dalle tendenze vigenti in Inghilterra»¹⁰.

Poi, verso la metà del secolo XIX, nel breve giro di qualche decennio, la situazione iniziò a cambiare.

Ciò in parte risulta dalla vicenda editoriale della *Lousiana Law Review*. Gli editori della rivista appena fondata (e siamo nel 1841: la rivista chiuse appena due anni dopo, nel 1843, per poi rinascere, rimodernata, nel 1938) avevano inviato il primo numero che conteneva un articolo su Savigny (il quarto conteneva un "profilo di storia del diritto romano") ad una serie di giuristi illustri, tra cui Joseph Story e James Kent, per averne una recensione, sperando logicamente in una recensione positiva, dal momento che si trattava di un'iniziativa editoriale in cui venivano in risalto il diritto romano e lo studio di esso. E positivamente reagiscono sia Kent che Story, ma limitando il proprio entusiasmo verso il diritto di Roma a Giustiniano e

⁹ Il riferimento è al giurista scozzese William Murray, poi Lord Mansfield (1705-1793), che proprio attraverso le sentenze che pronunciò nei settori del diritto civile e commerciale contribuì a far penetrare nel sistema giuridico inglese principi e regole appartenenti all'ordinamento scozzese, ponendo così le basi per la nascita del diritto comparato: basti citare il caso *Robinson v. Bland* in materia debitoria del 1760, oppure *Fisher v. Prince* del 1762 riguardante una questione di *trover*, o ancora le controversie *Jones v. Randall* del 1774 avente ad oggetto un'azione di *assumpsit*, *Rust et al. v. Cooper* del 1777 per bancorotta fraudolenta, *Barwell v. Brooks* del 1784 a proposito della possibilità di una donna sposata di essere citata in giudizio per debiti contratti in costanza di matrimonio. Di lui scrive U. MATTEI, *Il modello di common law*⁴, Torino 2014, p. 21: «Egli, giudice di *common law* in un momento in cui la pratica di seguire il precedente era divenuta talmente costante da cominciare a confondersi con la teoria dello *stare decisis*, fu estremamente pronto ad ogni cambiamento sostanziale o processuale che servisse allo scopo di mantenere il *common law* al passo coi tempi e con l'*equity*. Questo gli consentì di incorporare, con maestria da tutti riconosciuta, il diritto commerciale nel *common law*».

¹⁰ C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 103.

alle sue Pandette, senza sentire bisogno alcuno – così dice Kent – di approfondimenti filologici («per quanto riguarda il mio studio personale e il mio divertimento, non darei un centesimo per qualche altro nuovo, laborioso, profondo e prolisso commento tedesco di Virgilio, Orazio, Giovenale, Livio o Tacito»¹¹) né di elaborazioni dottrinali medievali o moderne, in particolare “della scuola tedesca” («io trovo nelle Istituzioni e nelle Pandette sufficiente materiale per l’illustrazione di tutti i principi della giurisprudenza romana, a cui mi interesso, senza affaticarmi molto anche coi lavori critici dei maestri della vecchia scuola, come Bynkershoek, Heineccius e altri, e ancor meno con quelli della nuova scuola tedesca, di cui Thibaut è il capo dei codificatori, e Savigny della scuola storica, sebbene tra i due io sia complessivamente dalla parte di Savigny»¹²).

¹¹ *Ivi*, p. 104.

¹² Cfr. *Letter to the Editor from Chancellor Kent*, in *Louisiana Law Journal*, 1.1, 1841, p. 158 ss.: «New York, July 31, 1841. Dear Sir – I received (though not until the 8th inst.) the first number of the Louisiana Law Journal, which you did me the honor to present to me. It was accompanied with your letter of the date as far back as the 28th of May. The number has been perused by me with much interest and instruction, and my name is handed to your agents in this city (Halsted & Voorhies) as a subscriber to the work. Your first article on the History of Jurisprudence in Louisiana, with the admirable analysis of the Coutume de Paris, and Savigny’s Treatise of Possession arrested and fixed my thorough attention. I admire the Roman law, but I am too old (by the way I am 78 this day), or too dull, or too much disciplined in the English common law, to relish greatly the metaphysical theories and philological minutiae of the German Philosophers and Jurists. What you say in limitation of the details of even Mr. Savigny concurs with my impressions. I am tired of everlasting Commentaries on Roman law and Roman early History. Life is too short, and we have too much to learn and put in practice this side of the Atlantic to enter deeply into such kind of researches. As far as concerns my own private study and amusement, I would not give one cent for any new, laborious, profound and prolix German Commentator on Virgil, Horace, Juvenal, Livy or Tacitus, because my relish for them is sufficiently strong, glowing and accurate for all the useful purposes for which I study them. So I find sufficient in the texts of the Institutes and the Pandects for all the illustration of the principles of the Roman Jurisprudence, that I care for, without troubling myself a great deal even with the critical labors of the masters of the old school, such as Bynkershoek, Heineccius, &c., and much less with those of the new German School, of which Thibaut is the leader of the codifiers and Savigny of the historical school, though of the two, I am altogether with Savigny. You have given a just and rapid sketch of the admirable work of Judge Story on the Conflict of Law. It is a most excellent and masterly work, though I have a contempt for the subject of personal and real Statutes, which occupies too much to the early part of it. I think all the treatises of my friend Story are upon the whole the most finished and perfect of their kind to be met with in any language, foreign or domestic, and for learning, industry and talent, he is the most extraordinary jurist of the age. Your work has hit my judgement and taste throughout. The Digest of the coming volume of the Louisiana Reports is very acceptable. I always read the La.

Nel diciannovesimo secolo, dunque, il sistema di *civil law*, ovvero il diritto romano, veniva ancora ampiamente richiamato nella casistica concreta. E per certi aspetti questa tendenza proseguì anche nel secolo successivo.

Si pensi agli articoli di Roscoe Pound, *Comparative Law in the Formation of American Common Law* del 1928, *The Revival of Comparative Law* del 1930/31 e *The Influence of Civil Law in America* del 1938/39¹³, e alla sua opinione contro (o talora adesiva) rispetto alle idee di Stein, per esempio, o di Helmolz¹⁴. Nelle opere di questi autori, come appare già soltanto a considerarne i titoli, il diritto romano non compare come identità distinta, e storicamente altra rispetto al diritto applicato. Pound scriveva nella prima metà del Novecento, quando, parallelamente, anche l'Europa (si potrebbe dire l'Italia in particolare) riconosceva senza esitazione la propria dipendenza giuridica da Roma¹⁵: decisamente nell'impostazione di Pound quello che è indicato come *civil law*, e che viene a confluire nel diritto americano,

Reports as fast as they appear, and consider them the most learned and interesting decisions in the United States, especially on subjects of private international law. With my best wishes for your abundant success, I am, with great respect, Your obed't serv't, James Kent».

Anche la risposta di Story potrebbe essere ricordata (*Letter to the Editor from Judge Story*, in *Louisiana Law Journal* 1.2, 1841, p. 158), ma nulla aggiunge rispetto alla questione del diritto romano: Story si rallegra soltanto dell'iniziativa e ringrazia per la visibilità ottenuta nella rivista dal suo libro *Conflicts of Law*.

¹³ R. POUND, *Comparative Law in the Formation of American Common Law*, in *Acta Academiae Universalis Iurisprudentiae Comparativae* 1, 1928, p. 183 ss.; ID., *The Revival of Comparative Law*, in *Tulane Law Review* 5.1, 1930/1931, p. 15 ss.; ID., *The Influence of Civil Law in America*, in *Louisiana Law Review* 1.1, 1938, p. 1 ss.

¹⁴ Cfr. P. STEIN, *The Attraction of the Civil Law in Post-Revolutionary America*, in *Virginia Law Review* 52, 1966, p. 403 ss.; ID., *The Character and Influence of the Roman Civil Law: historical Essay*, London 1988; R.H. HELMHOLZ, *Use of the Civil Law in post-revolutionary American jurisprudence*, in *Tulane Law Review* 66, 1991/1992, p. 1649 ss.

¹⁵ Sulla scia della Pandettistica tedesca tutta la letteratura giuridica del primo Novecento italiano è intessuta di aderenze al mondo giuridico di Roma. Emilio Betti, che è fra gli esponenti più significativi, e che in una celebre opposizione a De Francisci [cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in AG 99-100, 1928, p. 136 ss., ora in *Questioni di metodo*, 1. *Diritto romano e dogmatica odierna*, Como 1984, p. 33 ss.] aveva sostenuto il valore dogmatico del diritto romano da valere per l'attualità degli studi giuridici, ha fatto "scuola" fin verso la metà del secolo. Le sue opere, che offrono una interessantissima lettura del rapporto fra diritto romano, diritto civile e diritto processuale, rappresentano al meglio il momento di passaggio dalla consapevolezza di essere un' "eredità", all'inizio di una nuova "esistenza", *ivi*, p. 89. In un simile quadro, dunque, di sostanziale unità tra diritto romano e diritto civile, la visione degli stessi istituti di diritto vigente finiva per risentire dello schema del diritto antico, se non addirittura per identificarsi con esso.

è eredità romana, senza necessità di indicarne, già nei titoli dei suoi studi, la “romanità”. Stein, e anche Helmholtz, scrivono cinquant’anni dopo, e già il loro concetto di “civil law” – quel *civil law* che compare ugualmente nei titoli dei loro scritti, senza richiamo espresso ad un “roman law” – è assolutamente cambiato (come è cambiato, sta cambiando in Europa, il rapporto fra il diritto civile e il diritto romano).

Nello stesso arco temporale (l’ultima decade del Novecento) altri autori americani si riferiscono al “diritto romano”. Sono M.H. Hoeflich, per esempio, con *Roman law in American legal culture* del 1992 e *Roman and civil law and the development of Anglo-American jurisprudence in the nineteenth century* del 1997¹⁶, R.C. Byrd con *The Senate of the Roman Republic addresses on the history of Roman constitutionalism* del 1995¹⁷, ma anche, in un certo senso, McIlwain e Howard col loro *Constitutionalism Ancient and Modern* del 1940¹⁸.

Risulta a questo punto di particolare evidenza soffermarsi sul periodo che va dal 1900 al 1950 – un periodo particolarmente “affascinante” nella storia del pensiero giuridico americano, usando un’espressione di David Clark¹⁹ –, in cui lo studio del diritto romano diventa prezioso per il processo di recezione del *common law* tanto che il confine tra studio del diritto in chiave storica e diritto comparato può ben dirsi irrilevante.

Si registra una vera e propria inversione di pensiero nel modo di concepire gli studi comparatistici, «da un approccio platonico – scrive Clifford Ando – tendente a rivelare il trascendente, a uno socratico, che aspirava soltanto a illustrare la normativa in quanto contingente. Grazie in larga misura alla notevole influenza di Roscoe Pound, il diritto romano ebbe un ruolo in questa trasformazione»²⁰. Infatti la prima attenzione prestata dalla società culturale americana al diritto comparato (il “diritto comparato eu-

¹⁶ M.H. HOEFLICH, *Roman law in American legal culture*, in *Tulane Law Review*, 66, 1991/1992, p. 1723 ss.; ID., *Roman and civil law and the development of Anglo-American jurisprudence in the nineteenth century*, Athens 1997.

¹⁷ R.C. BYRD, *The Senate of the Roman Republic addresses on the history of Roman constitutionalism*, Washington 1995.

¹⁸ C.H. MCILWAIN, C. HOWARD, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca 1940.

¹⁹ Così lo definisce David Clark nel suo articolo su “*Development of Comparative Law in the United States*”, in cui ripercorre proprio le origini delle attività di diritto comparato negli Stati Uniti dagli inizi del XX secolo: cfr. D. CLARK, *Development of Comparative Law in the United States*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, p. 175 ss.

²⁰ C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 107.

ropeo” per usare le parole di Ando) è debitrice all’insegnamento di Maine²¹ e al progetto ottocentesco, derivato dal giusnaturalismo, secondo cui ogni espressione statuale del diritto, più o meno codificata, dai codici alle leggi, alle tradizioni, pur con le eventuali e quasi inevitabili imperfezioni e difetti, rappresenterebbe un embrione dell’ideale, in base all’ipotesi che faceva del diritto una proiezione dell’indole morale dell’uomo. Il confronto fra le varie leggi degli stati avrebbe potuto portare al riconoscimento della soluzione migliore, alla costruzione di quella «*uniformity in legislation through the development of the science of law*»²².

La pratica attuazione di questi ideali si è realizzata all’alba del XX secolo inviando il maggior numero possibile di delegati ai congressi internazionali di diritto comparato. Questo periodo ha segnato la nascita del diritto comparato quale «studio istituzionalizzato negli Stati Uniti»²³: nel 1911 il Congresso degli Stati Uniti ordinò alla Library of Congress «di raccogliere i materiali principali necessari per una conoscenza accurata delle istituzioni legali di ogni paese civile», e si ebbe, di conseguenza, un notevole numero di progetti di traduzione sia della legislazione straniera che delle dottrine straniere.

La realizzazione di quell’ideale appariva quanto mai opportuna: l’esigenza di trovare un diritto che nell’ancor giovane federazione potesse essere applicato a tutti gli Stati creati attraverso gli antichi processi di colonizzazione francesi o inglesi determinò progetti di comparazione del diritto che si preoccupavano sostanzialmente di individuare i tratti migliori di ciascun ordinamento positivo per sostituirli ai propri, quando fossero peggiori. Così avvenne per i primi tentativi di comparazione: gli studiosi americani, prendendo proprio come modello la Società di diritto comparato fondata a Parigi nel 1869 (che organizzò nel 1900 il primo importante congresso internazionale di diritto comparato), proposero un ‘diritto’ che altro non era che la traduzione e la trasposizione del diritto straniero.

²¹ Circa le dottrine di Maine, Ando cita soltanto R.A. COSGROVE, *Scholars of the Law. English Jurisprudence from Blackstone to Hart*, New York 1996, p. 119. La dottrina occidentale è, com’è noto, amplissima: per tutti si veda, per esempio, A. CASSANI, *Diritto, antropologia e storia. Studi su Henry Sumner Maine*, Bologna 2002, e M. PICCININI, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Milano 2003, con ulteriore bibliografia.

²² Così H. LÉVY-ULLMANN, *Account of the French Society of Comparative Legislation*, in *Harvard Law Review* 10.3, 1896, p. 167, che nel descrivere lo scopo della *French Society of Comparative Legislation* ricordava anche che «*this is pre-eminently a work of civilization and of progress, which, as such, commends itself to the attention of the whole world*».

²³ C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 106.

Ma evidentemente questo progetto di comparazione, ben presto, iniziò a mostrare le sue carenze. Ed è a questo punto che entra di prepotenza, nel capovolgimento della concezione del diritto comparato, la figura di Roscoe Pound e, dietro a lui, di Oliver Wendell Holmes e di John Wigmore. Ci si rende conto attraverso le loro riflessioni che il diritto comparato non è un risultato, ma un metodo, e che per un corretto uso del metodo non si può prescindere dall'insegnamento storico: si fa strada la necessità di una comparazione che tenga ben conto anche delle esigenze contingenti, dei contesti storici, politici e culturali che variano necessariamente da Stato a Stato. Necessità che nelle parole di Salvatore Randazzo diventa un vero e proprio "dialogo" tra *Roman Law* e *US Law*²⁴.

In questo il diritto romano fu senza dubbio di grande aiuto: Roscoe Pound, e poi John Wigmore trovarono nei principi del diritto romano validi strumenti per unificare «intorno a un ideale, un progetto di comparazione americano, basato sulla sociologia giuridica»²⁵. Roscoe Pound nel suo *The Revival of Comparative Law* scriveva che i precetti giuridici non possono essere studiati storicamente «*outside their historical and social setting*», né possono i precetti moderni essere giudicati «*apart from their social psychological setting*», o «*without regard to how they function in action*»²⁶; John Wigmore in *Jottings on comparative legal ideas and institutions* ribadiva come «*modern scientific thought has made it generally understood that a legal institution can be fully comprehended only in the light of the social, economic, religious, political, racial, and climatic circumstances which surround it*»²⁷.

Il diritto romano, dunque, seppure in maniera non evidentissima, tornava a conquistare un suo ruolo importante nella storia del pensiero giuridico americano.

Questo rifiorire degli studi romanistici aprì finalmente, verso l'inizio del XX secolo, la strada alle scuole di diritto, che avrebbero dovuto condurre ad una approfondita esplorazione del diritto degli antichi Romani. Ma questa aspettativa venne in parte delusa: tali scuole non riuscirono infatti ad

²⁴ Queste riflessioni trovano ampio sviluppo in S. RANDAZZO, *Tradizione romanistica e diritto statunitense: il Riccobono Seminar of Roman Law at Washington*, in *BIRD*, 100, 1997, p. 673 ss. e, successivamente, *Id.*, *Roman Law vs US Law? Il contributo del diritto romano ad un dialogo possibile*, in *Jus* 57.1, 2010, p. 5 ss.

²⁵ C. ANDO, *op. ult. cit.*, p. 106.

²⁶ R. POUND, *The Revival of Comparative Law*, cit., p. 15.

²⁷ J.H. WIGMORE, *Jottings on comparative legal ideas and institutions*, in *Tulane Law Review*, 6, 1931/1932, p. 51.

imporsi per la loro importanza e, anche da un punto di vista numerico, la loro presenza fu minima. All'atto di fondazione dell'AALS (*Association of American Law Schools*) che si è avuta nel 1900 si contavano solo 25 scuole di diritto²⁸.

Pure qualche nome importante nel corso del XIX secolo può e deve essere ricordato, nomi di studiosi, ricercatori, professori impegnati in particolare in traduzioni delle Istituzioni di Giustiniano e del Digesto, ovvero in opere che potremmo dire divulgative, in quanto indirizzate a 'introduzioni' del diritto romano: T. Cooper pubblica nel 1812 *The Institutes of Justinian*, che altro non è che una traduzione del testo giustiniano, e poi J.M. Walker nel 1850 *An Inquiry into the Use and Authority of Roman Jurisprudence in the Law concerning Real Estate*; L.S. Cushing nel 1854 *An Introduction to the Study of the Roman Law*, W. Grapel nel 1857 *Sources of the Roman civil law: an introduction to the Institutes of Justinian*, J. Hadley nel 1873 *Introduction to Roman law, in twelve academical lectures*, G. Hoadly nel 1877 *A lecture upon Roman law procedure*²⁹.

E ugualmente possono e devono essere ricordati alcuni (pochi) nomi nella prima metà del XX secolo. La scarsa attenzione al diritto romano, e conseguentemente lo scarso numero di cattedre di insegnamento romanistico anche in momenti di crisi, rende di immediata intuizione come di vere 'scuole', con maestri e allievi, non si possa proprio parlare³⁰, e giustifica l'isolamento di qualche nome, per esempio il nome di David Daube alla *Boalt Hall School of Law* della California a Berkeley, e poi di A. Arthur Schiller, arrivato alla *Columbia University Law School* nel 1926, e ancora il nome di Alan Watson, arrivato in America dalla Scozia nel 1979.

Ciascuno di questi autori accanto ad una più o meno intensa produzio-

²⁸ Nata proprio con l'obiettivo di promuovere e fornire studi giuridici di alto livello, l'Associazione, con sede a Washington, riunisce le più prestigiose facoltà di legge americane attorno all'ambizioso progetto di migliorare l'esercizio della professione legale, favorendo la giustizia. Oggi l'Associazione conta 179 membri, cui si devono aggiungere 18 istituti paganti non membri (<https://www.aals.org/member-schools>).

²⁹ T. COOPER, *The Institutes of Justinian*, Philadelphia 1812; J.M. WALKER, *An Inquiry into the Use and Authority of Roman Jurisprudence in the Law concerning Real Estate*, Charleston 1850; L.S. CUSHING, *An Introduction to the Study of the Roman Law*, Boston 1854; W. GRAPEL, *Sources of the Roman civil law: an introduction to the Institutes of Justinian*, Philadelphia 1857; J. HADLEY, *Introduction to Roman law, in twelve academical lectures*, New York 1873; G. HOADLY, *A lecture upon Roman law procedure*, Cincinnati 1877.

³⁰ Nel 1979-80, allorché Alan Watson volle intraprendere il grave impegno della traduzione del Digesto, dei trenta traduttori assunti uno solo era americano.

ne romanistica ha una sua produzione, spesso notevole, di altra direzione e sono ricordati più per quest'ultima che per il loro impegno sul fronte del diritto romano: Schiller, per esempio, ha scritto molto, moltissimo, in materia di diritto africano e indonesiano, e di legge militare, ovvero di papirologia giuridica in lingua copta, oggetto della sua tesi di laurea e dei suoi primi lavori³¹.

In pratica per il XX secolo si può fare soltanto una carrellata di nomi e di opere, distinguendo gli studiosi che possono dirsi tecnici del diritto, da quelli che hanno coltivato l'interesse per il diritto romano all'interno di un più lato interesse per l'antichità, una carrellata che comunque non può indubbiamente dirsi indicativa di una 'tradizione' americana sul diritto romano. E si può pensare, per citarne alcuni, a David Daube, o Arthur Schiller³².

2. Uno sguardo attraverso alcune sentenze

Gli aspetti fin qui evidenziati consentono di segnare un vero e proprio percorso cronologico, che parte dal periodo 1790-1850, contrassegnato dall'identificazione fra diritto romano di importazione "continentale" e diritto civile embrionalmente nascente negli Stati dell'America settentrionale; passa attraverso il 1850-1900, in cui si assiste ad un certo isolamento del diritto americano rispetto ai diritti stranieri, francese e continentale in particolare; prosegue nel 1900-1950, caratterizzato dalla presenza del "diritto comparato", il cui sviluppo doveva avere ed ha avuto tanta importanza nella costruzione del diritto americano; e giunge al 1950-1990, con particolare attenzione alle scuole e alla formazione dei giuristi americani.

³¹ Per citare solo alcuni dei suoi lavori in quest'ultima direzione: *Coptic Laws*, in *The juridical review*, 1931, p. 211 ss.; *Ten Coptic Legal Texts*, New York 1932; *The coptic logos Mpnoute documents*, Padova 1933; *The interrelation of coptic and greek Papyri*, in *Studien zur Papyrologie und antiken Wirtschaftsgeschichte*, 1964, p. 107 ss.; *A definition of jurists law*, in *Symbolae iuridicae et historicae Martino David dedicatae* 1, 1968, p. 182 ss.; *The Budge Papyrus of Columbia University*, in *Journal of the American Research Center in Egypt* 7, 1968, p. 79 ss.; *The courts are no more*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 1, 1969, p. 470 ss.; *The fate of imperial legislation in late Byzantine Egypt*, in *Legal thought in the United States of America under contemporary pressures*, 1970, p. 42 ss.; *An american experience in roman law: writings from publications in the United States*, Gottingen 1971; *A checklist of coptic documents and letters*, in *The bulletin of the american society of papyrologists* 13.3, 1976, p. 99 ss.

³² Ma l'elencazione potrebbe continuare: Alan Watson, Frank Frost Abbott, Allan Chester Johnson, Frank Card Bourne, Clyde Pharr, Mary Brown Pharr, Theresa Sherer Davidson.

Entro tale cornice, risulta di particolare evidenza considerare il discorso circa le concrete influenze che il diritto romano ha prodotto nel tessuto giuridico americano. E non solo – direi – dal punto di vista del diritto pubblico e della stesura della Carta costituzionale (aspetto – quest’ultimo – che rischia di rimanere ancorato nel tempo, poiché se ci sono stati a suo tempo travasi di idee e di concezioni politiche sono stati poi completamente reinterpretati dal popolo americano nell’arco dei secoli trascorsi dal 4 luglio 1776). Interessanti osservazioni sembrano potersi ricavare considerando proprio il peso che il diritto romano ha avuto nella giurisprudenza, che meglio – e più puntualmente – coglie la vita concreta del diritto soprattutto nei Paesi di *common law*.

In tal senso merita insistere su un dato: nel periodo che va dalla fine del XVIII secolo alla metà del XIX secolo il diritto romano appare ampiamente citato e – come si è detto – il *civil law* si identifica praticamente con esso.

Già in una sentenza del 1736 relativa al caso *Anderson v. Winston*³³ il richiamo appare in due diversi passaggi, in cui, per giustificare l’imposizione del tasso massimo degli interessi ad un contratto di mutuo e, conseguentemente, scongiurare usure eccessive, si dice *usury was allowed by the Roman law* e rispettivamente *twelve was permitted by the Roman law till the time of Justinian, who reduced it to eight* (caso *Anderson v. Winston*, Supreme Court of Virginia, 1736). E dietro questi riferimenti può leggersi un chiaro cenno al provvedimento con il quale l’imperatore Giustiniano ridusse il limite legale delle *centesimae usurae* (12%), stabilendo in particolare che gli *illustres* e le persone di rango più elevato non potessero stipulare interessi superiori al 4% (*ultra tertiam partem centesimae usurarum*), mentre i banchieri e gli altri imprenditori non avrebbero potuto superare il tasso di interesse dell’8% (*usque ad bessem centesimae*)³⁴.

³³ Chiaramente le decisioni dei tribunali americani che qui si richiamano vengono citate attraverso i repertori cartacei nei quali appaiono, e le banche dati digitali. Per una prima analisi del sistema giudiziario statunitense e della peculiarità della struttura delle sentenze si veda R. CASO (a cura di), *Guida alla ricerca e alla lettura delle decisioni delle corti statunitensi*, Trento 2006.

³⁴ C. 4.32.26.1-2: *Iustinianus A. Menae pp. Super usurarum vero quantitate etiam generalem sanctionem facere necessarium esse duximus, veterem duram et gravissimam earum molem ad mediocritatem deducentes. Ideoque iubemus illustribus quidem personis sive eas praecedentibus minime licere ultra tertiam partem centesimae usurarum in quocumque contractu vili vel maximo stipulari: illos vero, qui ergasteriis praesunt vel aliquam licitam negotiationem gerunt, usque ad bessem centesimae suam stipulationem moderari: in traiecticiis autem contractibus vel specierum fenori dationibus usque ad centesimam tantummodo licere*

Ugualmente nel report della decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti a proposito del caso *Emory v. Grenough* (1797), che aveva ad oggetto una fattispecie di bancarotta in cui si discuteva dell'applicazione di termini differenti di pagamento secondo le leggi di Stati diversi (Massachusetts e Pennsylvania nello specifico), il diritto romano risulta ampiamente citato³⁵.

Una riflessione di qualche interesse può subito farsi considerando il modo in cui viene proposta la citazione. In numerose decisioni dei tribunali

stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum: ceteros autem omnes homines dimidiam tantummodo centesimae usurarum posse stipulari et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem usurae exigi solent (a. 528), su cui, sempre fondamentale, G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usurae cd. legali nel diritto romano*, Milano 1969. Il menzionato intervento di Giustiniano va sicuramente letto alla luce di quella politica imperiale che mirava ad evitare che una eccessiva oppressione dei debitori compromettesse lo sviluppo e la crescita economica: così, per esempio, C. 7.39.8.4 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 528), che fissava il decorso del termine per avvalersi dell'*exceptio triginta vel quadraginta annorum*, in relazione ai contratti che prevedessero il pagamento di *usurae*; così C. 4.32.27 (*Iust. A. Menae pp.*, a. 529), che stabiliva il divieto di *usurae ultra duplum* o *ultra sortis summam*; così C. 7.47.1 (*Iust. A. Iohanni pp.*, a. 531), in cui si diceva che il debitore non poteva essere condannato a dare più del doppio del debito originario; per giungere, poi, alla Novella 136.5.1 del 535 con la quale Giustiniano determinò il tasso d'interesse dell'8% per tutti i prestiti bancari, anche qualora i contraenti si fossero limitati a stabilire che si trattava di mutuo a carattere oneroso e – cosa questa di gran lunga significativa – persino nell'ipotesi in cui nel contratto mancasse la *mentio usurarum*: «si finiva così per rovesciare – commenta G. LUCCHETTI, *Il prestito di denaro a interesse in età giustinianea*, in *Cultura giuridica e diritto vivente*, 2016, p. 20 –, nel settore dei contratti bancari, la regola della gratuità del mutuo prevista dal diritto romano classico e si realizzava un evidente passo avanti verso l'affermazione del principio, indiscusso nei moderni sistemi di *civil law* e di *common law*, secondo cui il godimento del denaro altrui fa sorgere in capo al mutuatario l'obbligazione di pagare i relativi interessi». Su tutto si veda, nella letteratura più recente, F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006 e, dello stesso autore, *Per una storia giuridica dell'anatocismo: la disciplina delle usurae usurarum nel diritto romano*, Napoli 2016; A. CHERCHI, *Ricerche sulle usurae convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012; A. ARNESE, *Usura e modus: il problema del sovraindebitamento dal mondo antico all'attualità*, Bari 2013; F. MATTIOLI, *La legislación de Justiniano del Código en materia de negocios bancarios*, in *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el marenostrium*, 2015, p. 117 ss.

³⁵ *Emory v. Grenough*, Supreme Court of the United States 1797: "... it is not wonderful that we do not find any thing upon this subject in the Roman law ... however the fundamental rules by which this question ought to be decided, appear to be derived from the Roman law, although the inquiry itself appears to belong rather to the law of nations, than to the civil law... other places in which the content of curators or guardians is not necessary to marriage, according to the Roman laws ...".

americani, come risulta dai relativi *reports*, il richiamo è infatti ad un mero e generico “*roman law*” (“*by the Roman law*”, “*known to the Roman law*”, “*from the Roman law*”, ecc.).

Si legge per esempio “*by the Roman law*”:

by the Roman law, a will or testament was considered as a substitution ... (Starr v. Starr & Phillips, Circuit Court of Connecticut, 1795);

this principle was adopted by the Roman law, and founded in strict morals. It has been received and recognised by all the civilized world ... (Parish v. Syndics of Phillips, Superior Court of the State of Louisiana, 1809);

yet if the formalities are not observed, the sale is void, by the Roman law the forms being deemed necessary for the security of the rights of minors (Griffing v. Hopkins & Elliott, Supreme Court of Mississippi, 1818).

Così ancora si contano riferimenti a “*known to the Roman law*”³⁶:

the only kind of affinity, known to the Roman law, is that which exists between one of the parties joined by marriage ... (Poydras v. Livingston, Supreme Court of State of Louisiana, 1817);

the mother to have been of that class of persons, known to the Roman law, by the appellation of *statu liberi* ... (Catin v. D’Orgenoy’s Heirs, Supreme Court of the State of Louisiana, 1820);

such an action was known to the Roman law under the name of *actio publiciana* ... (Prevost v. Ellis, Supreme Court of State of Louisiana, 1845);

o anche a “*from the Roman law*”:

³⁶ Una nota di precisazione va fatta a proposito dell’inciso “*unknown to the Roman law*”, che pure compare nelle decisioni di alcuni tribunali americani (per esempio caso *Duncan v. Dick*, Supreme Court of Mississippi, 1827; *Conard v. Atlantic Ins. Co.*, Supreme Court of the United States, 1828; *Noe v. Card*, Supreme Court of California, 1860; *Honold v. Meyer*, Supreme Court of Louisiana, 1884). E si potrebbe pensare che l’annotazione, suggerendo implicitamente un rimando al diritto romano, valorizzi ulteriormente la considerazione circa l’importanza del diritto romano nella produzione legislativa americana; come se, nel dare conto del fatto che l’istituto non era conosciuto al diritto romano, si confermi indirettamente la centralità del diritto dell’antica Roma.

his principles in this respect, were principally derived from the Roman law ... (Boyd v. Anderson, Supreme Court of Tennessee, 1809);

the first objection is supposed to be derived from the Roman law, which it is suggested limited this contract under the name of *pecunia trajecticia* ... (Conard v. Atlantic Ins. Co., Supreme Court of United State, 1828);

the general rules of practice in admiralty come to us directly from the Roman law ... (Hutson v. Jordan, District Court, 1837)³⁷.

Un certo numero di annotazioni, poi, richiamano più puntualmente “*principles* (o *doctrines*) of the civil and Roman law”:

the true doctrine of the Roman law, on the subject of sales, appears to have been, that the sale of the thing of another, was good between the parties, to the contract ... (Bonin v. Eyssaline, Supreme Court of the State of Louisiana, 1822);

these decisions rest upon the equitable principles of the Roman law, which declares that infants, while as yet in their mother’s wombs, are considered as already brought into the world ... (Collin v. Collin, Court of New York, 1846);

Ci sono decisioni che citano più volte il diritto romano: Harrison v. Allen, Supreme Court of Virginia, 1802, sei volte³⁸; Whiston & Al. v. Stod-

³⁷ È chiaramente impossibile elencare tutti i diversi, e possibili, richiami al “*roman law*”. Merita comunque in questa sede selezionare un primo elenco che dia conto, seppur sinteticamente, dell’ampio uso del richiamo al diritto romano nella prassi giuridica americana: “*in respect to the Roman law*” (Moore v. Lyttle, Court of New York, 1819); “*according to the Roman Law*” (Burtis v. Burtis, Court of New York, 1825); “*like the Roman law*” (Conard v. Atlantic Ins. Co., Supreme Court of United State, 1828); “*under the Roman law*” (Canal Bank v. Copeland, Supreme Court of Louisiana, 1840); “*as the Roman law expresses*” (Butterworth v. Ellis’s adm’x, Supreme Court of Virginia, 1835); “*by the authority of the Roman law*” (Polydore v. Prince, District Court, 1837).

³⁸ “... which shews, that a will in England operates like other conveyences by deed, and not as the institution of an heir by the Roman law... For, that does not depend upon the rule of the Roman law as is supposed, but is founded upon the reason stated by the Chancellor... the rule, with regard to personal estate, is predicated on the Roman law... but, there is another reason given for it, by Lord Parker in 1 P. Wms. 575, which defeats Mr. Wickham’s argument, bottomed on the Roman law... whether this doctrine was transplanted into England from the Roman law, or not, it is immaterial to enquire ... besides, this doctrine of the Roman law was interrupted in England...”.

der & Al. Syndics, Supreme Court of Louisiana, 1820, dieci volte³⁹; fino a Bonin & Al. v. Eyssaline, Supreme Court of Louisiana, 1822, sedici volte⁴⁰; o ancora Morgan v. Livingston & Al., Supreme Court of Louisiana, 1819, venticinque volte⁴¹.

³⁹ "... according to the division of actions in the Roman law, it is a real, and not a personal action ... by the Roman law, the delivery to the buyer of the thing sold did transfer the property... whereas in Tuscany the Roman law was strictly followed... in the case of a sale upon credit, therefore, the principles of the common law of England, and of the Roman law, are the same... in this case, by the Roman law, the property is not transferred, although a delivery has followed the sale... much of the learned gentleman's argument seems founded on the opinion that the Roman law is applicable to the present question... the court knows well that the Roman law is of very limited authority in this state, upon any subject... our law, which gives the vendor the privilege we now claim, is not founded on the Roman law, which gives the vendor a right to reclaim or revendicate his goods, when the price is not paid ... the arguments used in the case cited from Casaregis, being founded on the Roman law... her constant commercial intercourse with the states of the continent of Europe, where the Roman civil law prevails ...".

⁴⁰ "... in answer, I say, the subject was not so perfectly clear of doubt in the Roman law ... and yet, this was not really the Roman law, as will be seen on consulting the following authorities... the true doctrine of the Roman law, on the subject of sales, appears to have been, that the sale of the thing of another, was good between the parties, to the contract... if we had fallen by accident, upon the proposition to be found in the Roman law, that 'the sale of a thing of another is valid',... the compilers of the Napoleon Code seem to have been dissatisfied with the abstract rule of the Roman Law, that 'the sale of the thing of another is valid'... they wished to avoid the subtleties and nice distinctions which they imagined they perceived in the Roman Law on this subject... when the Roman law calls them valid, the expression is used in reference to the parties... the Roman Law did the same. But then there is this difference, that in the Roman law, this right to damages was a theoretical consequence, resulting from the breach of a valid contract... Ours is the Roman law, without its theory. Like the Roman law, it takes away all right to damages when the vendee knew, that the thing sold did not belong to the vendor ... and restrictions, as prevailed in the Roman laws ... they are certainly contrary to the Roman law... had the Roman law been free from ambiguity and well understood, there would have been no need of the article. It was intended to correct, not to repeal the Roman Law... This opinion is in conformity with the Roman law".

⁴¹ "... the wisest and most enlightened interpreters of the Roman law have always considered the law in *ager limitatus* as derogatory from the common right of the subject... this is the *ager limitatus* of the Roman law, in both senses of the word... Spain, it is true, has legislated on the subject, but not in such a manner as to exclude the exception of the *ager limitatus*, declared by the Roman law, but to confirm it... it gives the same definition of alluvion, that is contained in the Roman law... now can it, with any shew of propriety, be said that the Roman law of the *ager limitatus* is contrary... but by the authority he relies on, the Roman law may be quoted in certain cases... some direct authority, the opinion of some juridical writer, on the Spanish law, declaring that this part of the Roman law did not apply in Spain... not merely, as was asserted at the bar, referring to the digest to shew that such was the Roman law... I have quoted, and willing with them to incur the heavy penalties of citing the Roman law... such

Ma è altrettanto (se non più) significativo il fatto che in alcune ipotesi viene addirittura riportato il testo latino di riferimento. E in proposito sembrano potersi distinguere citazioni che si esauriscono in rimandi di leggi e fonti antiche, e quelle, invece, che si ampliano all'analisi dei testi latini.

Come primo esempio di citazione precisa di una fonte di diritto romano si potrebbe menzionare la causa *Berluchaux v. Berluchaux* del 1835 (due richiami di "*roman law*")⁴², in cui si rinvia espressamente alla Novella 118 di Giustiniano del 543, per chiarire i rapporti tra padre e madre in relazione alla tutela del minore⁴³:

"It is incontestable, that the mother's right to the tutorship of her children was unknow to the jurisprudence of Rome, until the promulgation of the 118th novel of Justinian. The tutorship is conferred on her by that novel, as the nearest relation, when the father has appointed to tutor, by will, but always under the express condition that she shall renounce the right of contracting a second marriage, and the benefit of the *senatus consultum velleianum*. On making these renunciations, she shall be preferred, says the novel, to all the collaterals, except the tutor appointed by the testament of the father. 118th novel chapter 5".

Analogamente nella decisione del caso *Nagel v. Mignot* (Supreme Court of the State of Louisiana, 1820) si accenna a C. 4.20.14. Il testo della costitu-

grants or assignments being, according to the principles of construction of the Roman law, most largely to be interpreted in favor of the grantees... the defendant contends, that it was previously known to the Roman law, at least as far back at the time of Julius Caesar... every valuable note and scholium upon the Roman law... the Roman law has no intrinsic authority in Spain... where the Roman law coincides with... the prohibition of the Roman law in Spain remains therefore still unrepealed... when it is manifest, that the principles of the Roman civil law ... under this head, we have shewn, that the Roman law had no intrinsic authority in Spain... where the Roman law was grounded on reason and nature... that notwithstanding this unrepealed prohibition of the Roman law... not from any general adoption of them as Roman law... the general principle of the Roman law, had enacted by positive statute... if therefore the defendant could derive any advantage from this peculiar exception in the Roman law... this Roman law appears to us an evident modification of, an exception to, natural law... the Roman law can only be resorted to in Spanish tribunals ... the right of alluvion, which was the case by the Roman law and is every where observed ...".

⁴² Oltre al testo in penna, nel testo della sentenza si legge: "by the Roman law, a special tutor was appointed to represent the minor in particular cases, when his absolute tutor could not act".

⁴³ Sulla Novella 118 di Giustiniano, che – come noto – rappresenta una delle più antiche testimonianze in materia di successione *ad intestato*, cfr., per tutti, R. LAMBERTINI, *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, Milano 1977.

zione di Zenone, riportato per l'appunto in C. 4.20.14, viene qui menzionato per spiegare come, nell'ipotesi di smarrimento di un titolo di credito a seguito di caso fortuito, la prova verbale attraverso testimoni della sua esistenza sia ammessa solo se il titolare è in grado di ricostruire l'evento che lo ha causato⁴⁴.

Un altro interessante esempio può leggersi a proposito del caso *Broh v. Jenkins* del 1821: di nuovo viene citata un'antica fonte di diritto romano, ed in particolare l'articolo della legge delle Dodici Tavole che stabiliva – come attesta Gai. 2.42 – che chi avesse mantenuto il possesso su un bene per un anno se mobile, o per due se immobile, ne avrebbe acquisito il *dominium*⁴⁵:

By the ancient Roman law, as contained in an article of the Twelve Tables, one year of possession was sufficient to save title to movables, and two to immovables, being what were termed *res mancipii*.

Ma – come detto – in alcuni commenti vengono sviluppati richiami di contenuto al diritto romano.

Nel caso *Daublin v. Mayor* del 1810, Superior Court of the State of Louisiana, si legge la frase “*current autem ... aediles ... ut nullus effodiat*

⁴⁴ C. 4.20.14: *Imperator Zeno A. Arcadio pp. Nullum penitus, cum semel ad iudicem quemlibet, licet non suum, dicendi gratia testimonii fuerit ingressus, armatam forte militiam vel quamlibet aliam fori praescriptionem ad evadendum iudicis motum, quem vel testimonii verborum improbitas vel rei qualitas flagitaverit, posse praetendere praecipimus, sed omnes, qui in civili scilicet causa suum praebeant testimonium, separato et tamquam ante iudicium interim deposito exceptionis fori privilegio huiusmodi praesidio denudatos, ita iudicantis intrare secretum, ut, quodcumque aures eius offenderit, non dubitent sibimet formidandum: data cunctis iudicibus absque ullo praescriptionis obstaculo (sicut saepe dictum est) testes, quorum voces falsitate vel fraude non carere perspexerint, pro qualitate videlicet delicti animadvertendi licentia* (a. 486). Il testo della costituzione dell'imperatore Zenone non risulta essere stato oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, nonostante presenti rilevanti spunti di riflessione, soprattutto per quanto riguarda la questione, ampiamente discussa tra i giuristi romani, circa il valore della prova testimoniale nell'ambito del processo, su cui si può rinviare a U. VINCENTI, “*Duo genera sunt testium*”: contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano, Padova 1989 e da ultimo a G. COSSA, *La prova testimoniale tra prassi istruttorie romane e odierna 'cross-examination'*, in *Studi senesi* CXXVII, 2015, p. 7 ss.

⁴⁵ Gai. 2.42: *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est*. Come ha rilevato S. RICCOBONO, *Fira*, I. *Leges*², Florentiae 1941, p. 44, a proposito della ricostruzione di Tab. 6.3: «Gai 2.42 minus accurate scribit...». In verità, Gaio richiama le XII Tavole anche in Gai. 2.54, laddove scrive *lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno; ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est*. Su tutto G. NICOSIA, *Il possesso*, 1: *Dalle lezioni del corso di diritto romano*, 1995-96, Catania 2008, p. 51 ss.

vias neque construat in”, che riproduce quasi esattamente il testo D. 43.10.1.2 (*ex lib. sing. Pap., de off. aed.*): *Item curam agant, ne quis in viis fodiat neve eas obruat neve quicquam in viis aedificiet*⁴⁶.

Ancora in *Gray v. Gentry*, Superior Court of Louisiana 1812, “*Ait Praetor: eum a quo iurisjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. Alterum itaque eligat reus: aut solvat aut juret; si non jurat, solvere cogendus erit a praetore*” è l’espressione che viene ricordata per chiarire il concetto di equità, a proposito della validità della firma apposta dal dichiarante sul verbale dell’interrogatorio. E subito balza agli occhi il richiamo puntuale, parola per parola, al tenore dell’editto pretorio riportato in D. 12.2.34.6 (Ulp. 26 *ad ed.*) in tema di *ius iurandum in iure*⁴⁷.

In *Conard v. Atlantic Insurance Company* del 1828 (sei citazioni di “*roman law*”)⁴⁸ viene recepita totalmente la definizione latina di Modestino circa la *pecunia trajecticia*, “*traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur ...*” (D. 22.2.1, Mod. 10 *pand.*), per indicare quelle forme di prestito di denaro destinate al trasporto, o che comunque venivano utilizzate per l’acquisto di merci per il trasporto⁴⁹.

⁴⁶ Trad. lat. di TH. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis*, Berlin 1872. Il passo, che da solo costituirebbe il titolo decimo *De via publica et si quid in ea factum esse dicatur* del libro XLIII dei Digesta di Giustiniano, offre un commento molto interessante sul ruolo che avevano gli edili nell’amministrazione e nella cura dei pubblici edifici e delle strade: dagli obblighi inerenti all’uso e alla manutenzione delle vie cittadine, a veri e propri compiti di polizia urbana. La letteratura in merito è molto ampia: si veda per tutti F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV.2, Napoli 1975, p. 847 ss.

⁴⁷ Cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927, p. 235.

⁴⁸ “... such was the ancient Roman law... all the English authorities, Molloy, Beawes, Weskett, Postlewaite and Park, like the Roman law, concur in considering respondentia loans... the first objection is supposed to be derived from the Roman law... the Roman law upon this subject is misapprehended... the illustrations given show that the asserted limitation was unknown to the Roman law ... such a practice shows that the transportation of the specific loan, or of the specific goods bought with it, was no necessary part of the Roman law of respondentia ...”.

⁴⁹ Nella sentenza si legge esattamente: “The language of the digest is ‘*traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur. Ceterum si eodem loci consumatur, non erit trajecticia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae, in ea causa habentur; et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent, tunc enim traiecticia pecunia fit*’. Digest lib. 22. tit. 2”.

Sul prestito marittimo (*foenus nauticum vel pecunia traiecticia*) vi è una letteratura molto vasta ed articolata, che offre il quadro completo dell’istituto. Si devono qui accennare almeno le sue due principali caratteristiche: l’aspetto relativo all’impiego di denaro per i traffici d’oltremare da un lato, l’elemento delle *usurae* che, stravolgendo il principio della gratui-

E ancora nel caso Dunbar v. Bullard del 1847 si fa riferimento al noto principio romano “*Qui mandat solvi, ipse videtum solvere*”, riportato in D. 46.3.56 (Paul. 62 *ad ed.*), per spiegare come nel caso di specie il pagamento eseguito dal mandatario, tale Lambeth & Thompson, dovesse considerarsi valido, così come se fosse stato compiuto dallo stesso mandante Bullard & Clanton⁵⁰.

3. Spunti per un confronto continuo

La rassegna proposta, che ovviamente non si pretende esaustiva, consente comunque di sviluppare alcune minime riflessioni.

Innanzitutto relativamente all’apporto del diritto romano alla formazione e allo sviluppo del diritto americano. Un apporto senza dubbio significativo, considerando sia il dato prettamente ‘numerico’ della frequenza con la quale le sentenze dei tribunali americani (o comunque i relativi reports) richiamano leggi e principi dell’antico diritto di Roma; sia il dato – per così dire – ‘temporale’, che denota un contatto tra diritto romano e diritto americano perdurante ormai da diversi secoli e in qualche modo ancora attuale. E in questa prospettiva un accenno particolare merita la sentenza Murray v. Stacy Trust del 2002 (ben diciannove citazioni di “*roman law*”)⁵¹, nella

tà caratteristico del mutuo degli antichi Romani, prevedeva la corresponsione di interessi. Quanto poi al processo che avrebbe portato i Romani a recepire tale figura dal diritto greco ellenistico, alcune riflessioni di Vincenzo Arangio-Ruiz risultano particolarmente significative: scrive infatti lo studioso, *Corso di storia del diritto romano*, Napoli 1931, p. 121, che i greci «partivano dall’idea di una comunione del rischio, per cui ogni commerciante che nel gettito avesse perduto più della sua quota poteva direttamente rivolgersi contro i colleghi favoriti dalla sorte; per i romani, invece il diritto al risarcimento è considerato come un elemento del contratto di trasporto (*locatio mercium vebendarum*), per cui i caricatori danneggiati hanno un’azione (*actio locati*) contro il capitano e questo ha a sua volta altra azione (*a. conducti*) contro i caricatori avvantaggiati». Cfr., sul punto, G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in AUPA 39, 1987, p. 189 ss. (ma dello stesso, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996, *passim.*); V. GIUFFRÈ, “*Faenus*” e *intraprese commerciali*, in SC VII, 1995, p. 133 ss.; I. PORTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna 2011; e ancora G. PURPURA, *Rec. a Portoriero, Il prestito marittimo in diritto romano*, in IURA 62, 2014, p. 410 ss.

⁵⁰ Dunbar v. Bullard, Supreme Court of Louisiana, 1847: “It is a maxim as ancient as the Roman law, and retained as a formal text by Justinian, ‘*Qui mandat solvi, ipse videtum solvere*’. The payment, therefore, made by Lambeth & Thompson, was a payment by Bullard & Clanton”.

⁵¹ Per avere contezza dell’uso del “*roman law*” nella giurisprudenza delle Corti ame-

quale, per mano del redattore del report, si legge una interessantissima ricostruzione circa le origini dell'azione revocatoria a partire proprio dall'antica *actio pauliana*⁵². Può essere utile riportarne un passaggio:

ricane, in questo caso – come già nelle note precedenti – si ritiene opportuno riportare i passaggi delle sentenze richiamate nella loro lingua originale: “... the Louisiana revocatory action, codified in 1984 in Article 2036 of the Louisiana Civil Code, originated in the Roman Law as the *Actio Pauliana* ... the first source, the *Institutes of Justinian*, 4, 6, 6, which actually sets forth Roman law on fraudulent conveyances, provided as follows ... the only other mention of the *Actio Pauliana* at Roman Law occurs in the *Digest* 22, 1, 38, 4 ... like the other two sources of Roman law, no mention is made of a “reasonably equivalent value” standard of measure with regard to the *Actio Pauliana*. In addition, it is noteworthy that in this excerpt from Roman law, it is the *praetor*, rather than the injured creditor, who brings the action ... in Roman law itself, the action, whatever it was called, as it appears in the legislation of Justinian, is indisputably an amalgam of various forms of relief ... with regard to the longevity of the *Actio Pauliana*, it became very popular in modern Continental Europe after the revival of the systematic study of Roman Law in the twelfth century ... the expression *in fraudem creditorum*, that is, “in fraud of creditors”, generated much difficulty, as it did at Roman law ... unlike Mr. Radin, who described the revocatory action at Roman law as contemplating “prejudice” or “disadvantage” to the creditor ... the Paulian action given to creditors goes back to Roman Law ... Planiol’s analysis of the *effects* of the French revocatory action yields a different result than that which was directed at Roman law ... the old Roman law, according to which the thing restored came back into the patrimony of the debtor ... like Mr. Radin’s analysis of Roman law, Planiol also found the *Actio Pauliana* to be purely *restitutionary* in nature ... it should be added that the commercial law has preserved the collective form which the Paulian action had in Roman law ... under Roman law, the creditor could attack only those acts by which the debtor diminished his patrimony ... besides the oblique action and the action in declaration of simulation, the revocatory or Paulian action, which derives from Roman law, is the most important weapon in the obligee’s arsenal ... like the *Actio Pauliana* under Roman law, the common law also developed a means for combating fraud on creditors, but, as will be seen, the common law imbued this means with the notion of ‘fair consideration’, while, as has been seen, Roman law pointedly *did not* ... moreover, as Professor Garrard Glenn, one of the foremost authorities on fraudulent transfers, has noted, the Roman law terms ‘in fraud of creditors’ and ‘with intent to defraud’ ... it is true that Comment (c) to Article 2036 of the Code remarks that the “revocatory or Paulian action, an institution derived from Roman law, is the civil law *analogue* to the common law suit to set aside a fraudulent conveyance” (emphasis added) ...”.

⁵² Non è evidentemente possibile dare conto di tutti i numerosissimi lavori prodotti sull'*actio pauliana*, dalle pagine, ancora importanti e classiche, di E. ALBERTARIO, *A proposito della denominazione dell'actio Pauliana*, Modena 1921; F. SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in ZSS 48, 1928, p. 197 ss.; S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*³, 1 e 2, Napoli 1945. Più recente D.A. CENTOLA, *A proposito del consilium fraudis nella revoca degli atti in frode ai creditori*, in SDHI 81, 2015, p. 361 ss.

Merita qui richiamare le principali fonti: I. 4.6.6: *Item si quis in fraudem creditorum rem*

“The Louisiana revocatory action, codified in 1984 in Article 2036 of the Louisiana Civil Code, originated in the Roman Law as the *Actio Pauliana*, and gives to creditors the right to bring in their own name an attack upon the acts taken by their debtor, by which the debtor has defrauded the creditors of their rights” (“L’azione revocatoria della Louisiana, codificata nel 1984 nell’articolo 2036 del codice civile della Louisiana, ha avuto origine nell’*actio Pauliana* del diritto romano, e conferisce ai creditori il diritto di dichiarare inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore abbia recato pregiudizio alle ragioni dei creditori medesimi” (United States Bankruptcy Court, M.D. Louisiana, 2002).

In queste sentenze dei tribunali americani si legge, dunque, la forte presenza del diritto romano nell’insegnamento giuridico e negli studi di diritto, dietro la quale si nasconde – necessariamente – una altrettanto forte consapevolezza della sua importanza e capacità di riconoscerlo anche sotto la scorza deformativa dei secoli e delle civiltà, in un ininterrotto fluire di pensiero giuridico. Ovvero – usando le parole di Hoeflich –: «sebbene il diritto romano e il civil law non siano stati recepiti nel common law anglo-americano durante l’era moderna, essi, in realtà, esercitarono una significativa influenza nel pensiero di alcuni tra i più importanti giuristi e teorici del diritto del diciannovesimo secolo in entrambe Inghilterra e Stati Uniti e pertanto giocarono un ruolo nello sviluppo del diritto anglo-americano»⁵³.

suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse; D. 22.1.38.4 (Paul. 6 ad Pl.): In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset: quod non est iniquum (nam et verbum “restituas”, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem), ut fructus quoque restituantur.

⁵³ M.H. HOEFLICH, *Roman and civil law* cit., p. 2. Sull’“attrazione” che il diritto romano ha avuto per i giuristi americani sin dal XIX secolo, si veda anche J.P. DAWSON, *Gli oracoli del diritto*, trad. it. a cura di R. GIURATO, Napoli 2014, che, come lo stesso curatore ricorda, p. XXVIII, «non rappresenta solo un esempio assai virtuoso di analisi storica comparata: è un grande affresco comparativo diacronico, dettagliato e di ampio respiro – e per molti aspetti insuperato, del diritto giurisprudenziale in Occidente a partire dalle premesse dell’esperienza romana fin quasi ai nostri giorni». Per altri aspetti si veda A. LORDI, *Interdisciplinarietà e pluralismo nel diritto d’impresa. L’integrazione delle esperienze e il ruolo del giurista*, Milano 2006, in particolare la prima parte “*Ricerche sul metodo*”, p. 3 ss.

INDICE GENERALE – anno LXXXV 2018
Nuova Serie A – n. 69

ASCANI CECILIA, <i>Le origini della responsabilità medica nello scenario internazionale fino alla redazione del Codice Deontologico</i> ,	III-IV, 321
BICCARI MARIA LUISA, <i>Brevi appunti sul diritto romano nella cultura giuridica americana: a margine di alcune sentenze</i> ,	III-IV, 337
BONDI ALESSANDRO, <i>Presentazione. Sessant'anni e non sentirli</i> ,	III-IV, 137
BONDI ALESSANDRO, <i>La geografia dei diritti</i> ,	III-IV, 159
BRAY ROBERT, <i>L'impact du Brexit sur la coopération judiciaire en matière civile et pénale</i> ,	III-IV, 177
CANGIOTTI MARCO, <i>Democrazia, lavoro, diritti/doveri: i valori fondamentali della Costituzione</i> ,	I-II, 5
CAVALIER GEORGES, DI NUZZO ROCCO, <i>Les droits fondamentaux: nouveaux outils pour les fiscalistes?</i>	III-IV, 197
DEL VECCHIO ANNA MARIA, <i>Alcune considerazioni sulla democrazia in ambito internazionale nel confronto tra Oriente e Occidente. Le peculiarità della Russia</i> ,	I-II, 21
GIOMARO ANNA MARIA, <i>Un'introduzione sui mercati di Roma</i> ,	I-II, 45
GIUSSANI ANDREA, <i>Grounds for refusal of recognition of foreign judgment: developments and perspectives in EU Member States on public order and conflicting decisions</i> ,	III-IV, 239
KARSTEN JENS, <i>Food Governance, Food Law and the Third Level in the Hierarchy of Norms</i> ,	III-IV, 215
PELLICCIARI IGOR, <i>Il Governo dell'Aiuto. La Russia e l'evoluzione delle politiche di Aiuti e di Sanzioni</i> ,	I-II, 71
PELLICCIARI IGOR, <i>Foreign Aid and Cultural Diplomacy. Challenges and opportunities in the new World (dis)order</i> ,	I-II, 85
ANCEL MARIE-ÉLODIE, PRETELLI ILARIA, <i>Présentation du Séminaire d'Urbino</i> ,	III-IV, 139

ROSSI EDOARDO ALBERTO, <i>Qualche problema in materia di competenza e giurisdizione nel Regolamento generale sui dati personali (Regolamento UE 679/2016)</i> ,	III-IV, 255
ROSSI TUTO, <i>Relations financières et investissements boursiers entre banque et client. L'exemple de la Suisse</i> ,	III-IV, 267
SATZGER HELMUT, <i>Current Developments and Problems of European Criminal Law. The Principle of Mutual Recognition in Times of Crisis – The New Jurisprudence on the European Arrest Warrant as an Example</i> ,	III-IV, 287
SISTI MAURIZIO, <i>Storia della istituzione ospedaliera e degli antichi ospedali nella città di Urbino</i> ,	I-II, 87
SVATOŠ MARTIN, <i>Independence and Impartiality in Arbitration and Mediation: Caesar's Wife must be above Suspicion</i> ,	III-IV, 307
VARNIER GIOVANNI B., <i>Riflessioni nel quinto centenario della Riforma protestante (1517-2017). Dalle istanze libertarie del dissenso religioso all'affermazione della laicità dello Stato</i> ,	I-II, 113

Con l'invio di un articolo alla Redazione, l'Autore esprime il consenso a sottoporre il testo a valutazione preliminare. Salvo esplicita richiesta in tal senso, che sarà puntualmente assolta, per il resto la Redazione si riserva di decidere se e quali contributi sottoporre a referaggio con il sistema del double blind peer review.