

The Cardozo Electronic Law Bulletin

Accesso alla giustizia e riforma dei sistemi
ADR nel processo civile tra esternalizzazione
dei costi e complementarità.

Vecchi problemi e “nuovi valori”

Alessandra Pera - Sara Rigazio

Winthrop’s City Upon a Hill:

A proposito di sviluppo sostenibile e
ruolo delle società

Virginia Zambrano

Uncovering Colonial-Apartheid Legal Geography.
Women’s Right to Land, Housing and Property
before the Constitutional Court of South Africa

Anna Parrilli

Comparing Paradigms: “Aequitas” and “Conscience”
at the Birth of Civil Law and Common Law
Traditions

Davide Gianti

The Cardozo Electronic Law Bulletin

EDITOR IN CHIEF

Pier Giuseppe Monateri
(Università degli Studi di Torino; Sciences Po-Parigi)

MANAGING EDITORS

Cristina Costantini (Università degli Studi di Perugia)
Mauro Balestrieri (Università degli Studi di Torino)

SCIENTIFIC COMMITTEE

Ermanno Calzolaio (Università degli Studi di Macerata)
Duncan Fairgrieve (British Institute of International and
Comparative Law)
Maria Rosaria Ferrarese (Università degli Studi di Cagliari)
Günter Frankenberg (Goethe-Universität)
Tommaso Edoardo Frosini (Università Suor Orsola
Benincasa di Napoli)
Maria Rosaria Marella (Università degli Studi di Perugia)
Giovanni Marini (Università degli Studi di Perugia)
Ugo Mattei (Università degli Studi di Torino)
Antonello Miranda (Università degli Studi di Palermo)
Horatia Muir Watt (Sciences Po-Parigi)
Roberto Pardolesi (LUISS Guido Carli)
Giorgio Resta (Università di Roma Tre)
Salvatore Sica (Università degli Studi di Salerno)

REFEREES

Daniela Carpi (Università degli Studi di Verona)
Virgilio D'Antonio (Università degli Studi di Salerno)
Francesco Di Ciommo (LUISS Guido Carli)
Rocco Favale (Università degli Studi di Camerino)
Mauro Grondona (Università degli Studi di Genova)
Pablo Moreno Cruz (Universidad Externado de Colombia)
Alessandra Pera (Università degli Studi di Palermo)
Federico Pizzetti (Università degli Studi di Milano)
Alessandra Quarta (Università degli Studi di Torino)
Giovanni Maria Riccio (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Sciancalepore (Università degli Studi di Salerno)
Giovanni Varanese (Università degli Studi del Molise)
Arianna Vendaschi (Università Bocconi)
Andrea Zoppini (Università di Roma3)

Sito web: <https://www.ojs.unito.it/index.php/cardozo/index>

e-mail: celbulletin@gmail.com

©1995-2023 ISSN 1128-322X

CONTENTS

Vol. XXIX Issue 1 2023

- 1 ALESSANDRA PERA – SARA RIGAZIO
**ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E RIFORMA DEI
SISTEMI DI ADR NEL PROCESSO CIVILE TRA
ESTERNALIZZAZIONE DEI COSTI E
COMPLEMENTARIETÀ. VECCHI PROBLEMI E
“NUOVI VALORI”**
- 33 VIRGINIA ZAMBRANO
***WINTHROP’S CITY UPON A HILL:*
A proposito di sviluppo sostenibile e ruolo delle
società**
- 70 ANNA PARRILLI
**UNCOVERING COLONIAL-APARTHEID LEGAL
GEOGRAPHY.
Women’s Right to Land, Housing and Property
before the Constitutional Court of South Africa**
- 86 DAVIDE GIANTI
**COMPARING PARADIGMS: “AEQUITAS” AND
“CONSCIENCE” AT THE BIRTH OF CIVIL LAW
AND COMMON LAW TRADITIONS**



ALESSANDRA PERA – SARA RIGAZIO*

ACCESSO ALLA GIUSTIZIA E RIFORMA DEI SISTEMI DI ADR NEL PROCESSO CIVILE TRA ESTERNALIZZAZIONE DEI COSTI E COMPLEMENTARIETÀ. VECCHI PROBLEMI E “NUOVI VALORI”**

Abstract La recente riforma del processo civile contiene, tra l’altro, norme che mirano ad incentivare il ricorso agli ADR *systems*, in un’ottica deflattiva del contenzioso giudiziario e con l’evidente intento di ridurre i costi transattivi della giustizia in termini di spesa pubblica e *time consuming*.

L’articolo propone un’analisi critica di alcune delle scelte operate dal legislatore, in materia di mediazione e negoziazione assistita, in parte, in ossequio a modelli peculiari di altre esperienze giuridiche e non facilmente replicabili nel sistema italiano e, in parte, reiterando soluzioni già proposte con precedenti interventi normativi in materia e non pienamente efficaci, che mostrano una propensione ad esternalizzare i costi della giustizia e a spostare fuori dal processo attività fino ad ora svolte al suo interno.

Le autrici offrono, inoltre, una ricostruzione di alcuni recenti progetti pilota e buone prassi, che rappresentano esperimenti di interazione virtuosa tra ADR e processo e che potrebbero essere considerati modelli in fase di attuazione, anche alla luce di alcuni spunti di riflessione proposti nelle conclusioni.

Keywords: ADR, mediazione, negoziazione assistita, *multidoor courthouse*, accesso alla giustizia.

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduzione – 2. La mediazione extraprocessuale obbligatoria. Le materie e le parti – 2.1. Il procedimento, gli incentivi fiscali ed il gratuito patrocinio a spese dello Stato – 3. La mediazione endo-processuale giudiziale o delegata dal giudice – 3.1 Buone prassi, modelli organizzativi e rilevazione statistica – 4. La negoziazione assistita – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

L'emergenza pandemica e la grave congiuntura economica, che ne è conseguita, hanno spinto l'Unione europea verso un parziale cambio di passo nel processo di integrazione, attraverso il *Next Generation EU* ed altri strumenti collegati, che si sono tradotti in imponenti investimenti, erogati attraverso i Piani Nazionali, ed ampie riforme sempre a livello di Stati membri.

In particolare, per quanto qui di interesse, una delle più rilevanti riforme orizzontali che l'Italia ha attualmente in cantiere è la riforma della giustizia, secondo le linee guida già individuate dalle raccomandazioni Ue che riguardano questo specifico settore. Tra gli obiettivi prioritari da perseguire, la riduzione della durata dei giudizi civili era già stata indicata sia nel 2019 che nel 2020 nelle «Country Specific Recommendations»¹.

La riforma processuale ha come *rationes* ispiratrici la trasparenza e la prevedibilità della durata dei procedimenti e l'efficienza della macchina amministrativa, da realizzarsi mediante “rimedi giurisdizionali effettivi” per la tutela dei diritti, specie dei soggetti più deboli². Si tratta di valori di rilevanza costituzionale e patrimonio comune alla tradizione giuridica europea³. Tuttavia, occorre osservare con prudenza e spirito critico le interconnessioni funzionali tra efficienza del settore giustizia ed accelerazione dell'economia di un Paese. È certamente indiscutibile che i ritardi della macchina giudiziaria rappresentino un vero e proprio scoglio per gli investimenti e la competitività delle imprese⁴, tuttavia occorre valutare

*Il presente saggio è frutto della comune riflessione delle due autrici. Alessandra Pera ha tuttavia curato la stesura dei paragrafi 3.1 e 4; mentre Sara Rigazio dei paragrafi 2, 2.1. e 3. L'introduzione (par.1) e le conclusioni (par.5) sono state redatte da entrambe.

** La presente pubblicazione è stata realizzata tramite il finanziamento del Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del bando PRIN 2020 pubblicato con DD n.1628 del 16-10-2020 e si inquadra all'interno del PRIN 2020 RE.S.T.O.R.E. - *Recovering the State Towards a Reformed Economy* - di cui è *Principal Investigator* il Prof. Aldo Sandulli.

¹ Sul ruolo e sulla funzione geopolitica di tali strumenti, il dibattito è interessantissimo e molto vivace, per tutti si rinvia a M. Bussani, *Noi e gli altri. gli squilibri del diritto globale*, in https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/14-B/14-BUSSANI_squilibri-diritto-globale_DEF.pdf; più di recente, in particolare, sul “Bruxelles effect” sempre M. Bussani, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 2022, 67 ss.; A. Somma, *Come l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma, 2021, 103 ss.

² V. Relazione illustrativa Disegno di legge AS 1662, on line su <https://www.giustiziainsieme.it/easyarticles/images/users/367/Relazione-illustrativa-completa-2021.05.11.pdf>.

³ A. Somma, *Come l'Europa tradì sé stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, op.cit., 27 ss., 133 ss. Con un approccio, se possibile, più globale, si veda R. Camoron Blake, *The World Bank's Drafty Comprehensive Development Framework*, in *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 2000, 3, 159 ss.; U. Mattei - L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010, 611 ss.

⁴ Sui collegamenti tra la riforma della giustizia ed i rapporti “doing business”, si veda R. Caponi, *Doing Business come scopo della giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, cc. 10 ss. Più in generale, per una critica alle politiche ordoliberali e culturalmente orientate di tali strumenti, si veda T. Krever, *The legal turn in late development theory. The rule of law and the world bank's development model*, in *Harvard International Law Journal*, n.52/2017, 311 ss. Per una critica allo stesso approccio, ma di matrice europea, si veda A. Somma, *Il consenso di Bruxelles. Il Recovery plan sulle orme della Troika*, in *Micromega*, 3 maggio 2021, on line su <https://www.micromega.net/il-recovery-plan-sulle-orme-della-troika/>. Sul sistema delle condizionalità, si

attentamente le scelte di *policy* e gli investimenti in termini di risorse finanziarie e di capitale umano che sono possibili⁵.

Se tra gli obiettivi per i progetti e le riforme, ci si propone di diminuire la tempistica della giustizia del 40 per cento, questo non può che tradursi in interventi su molteplici settori, quali l'organizzazione dei singoli uffici, le risorse umane, le infrastrutture, l'edilizia e la digitalizzazione.

Sul piano del reclutamento del personale, grazie alla massiccia opera avviata dal Ministero con l'emanazione di bandi, dovrebbero trovare risposta i bisogni ed essere colmati i vuoti di organico dei giudici, dei cancellieri e, in generale, del personale tecnico-amministrativo.

In particolare, le scelte sulla riforma della giustizia civile, alla luce degli impegni assunti dal Governo con le istituzioni comunitarie, anche attraverso il PNRR, muovono in tre direzioni: il potenziamento dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie (*Alternative Dispute Resolution - ADR*); i provvedimenti sul processo civile; i provvedimenti sul processo esecutivo.

Con la legge 26 novembre 2021 n. 206⁶, il Governo è stato delegato ad emanare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge delega⁷, uno o più decreti legislativi per la riforma del processo civile verso un modello più celere ed efficiente; ed ancora, entro due anni, ad adottare ulteriori disposizioni integrative e correttive dei primi decreti. Il tutto nel rispetto dei principi generali individuati nella delega⁸.

In particolare, per quanto qui di interesse, il decreto legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022 contiene le norme di attuazione che mirano ad incentivare il ricorso alla mediazione, alla negoziazione assistita ed all'arbitrato, in un'ottica deflattiva del contenzioso giudiziario e con l'evidente intento di ridurre i costi transattivi⁹ della giustizia, in termini di spesa pubblica e *time consuming*. Sempre in quest'ottica, ulteriori norme di coordinamento tra la "riforma Cartabia 2022" ed il decreto legislativo n. 28 del 2010, sulla mediazione in materia civile e commerciale, sono

consentito il rinvio a A. Pera, *Comparing the Marshall plan and the European Next Generation Ue. Models and Legal Tools of International and Supernational Cooperation to Promote Economic Development*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, n.28/2022, *passim* ed all'ampia bibliografia *ivi* citata.

⁵ R. Gurrieri – A. Rosa – M. Lorizio, *Giustizia civile, sviluppo economico e competitività del sistema paese. La situazione della giustizia in Italia: analisi e prospettive*, Milano, 2014, 97-117;

⁶ Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, G.U. n. 292 del 9 dicembre 2012.

⁷ *Id est* 24 dicembre 2021.

⁸ Cfr., in particolare, l'art. 1, commi 1-2 e 3, Legge delega 206/21.

⁹ Sul concetto di costo transattivo in analisi economica del diritto, si vedano G. Amato – A. Nicita, *Ronald H. Coase (1910-2013)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n.2/2013, 1-8; F. Caroccia – R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, in *Il Foro italiano*, 2014, 193-194; G. Bellantuono, *Costi morali e diritto comparato (Moral Costs and Comparative Law)*, in U. Izzo, *La rivincita del diritto: studi in onore di Guido Calabresi*, Napoli, 2020.

inserite nella legge di bilancio 29 dicembre 2022, n. 197. Alcune di queste norme sono entrate in vigore il 28 febbraio 2023, mentre altre avranno effetto dal 30 giugno 2023¹⁰.

Qui di seguito si propone un'analisi delle norme volte a riorganizzare e potenziare i c.d. *ADR systems* e, in particolare, la mediazione e la negoziazione assistita, accomunate da alcune caratteristiche essenziali, prima tra tutte, lo schema non aggiudicativo della definizione della controversia¹¹. Si guarderà anche all'interazione tra questi strumenti ed il sistema giudiziario ed alla possibilità che tale interazione trovi un momento qualificante e rilevante anche nei metodi di lavoro nelle aule giudiziarie, nei moduli organizzativi degli uffici del processo, nelle buone prassi, nelle innovazioni informatiche e digitali, nonché nelle statistiche utilizzate per monitorare le *performances* degli uffici giudiziari, ma anche nell'ambito della formazione dei magistrati e degli altri addetti ai lavori.

L'arbitrato, dunque, non sarà oggetto di approfondimento in questa sede, ma piuttosto in un momento diverso e successivo.

Il ricorso a strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo non rappresenta certo una novità nel panorama giuridico sia europeo che internazionale. All'opposto, va rilevato che in alcuni sistemi giuridici, come ad esempio quello cinese o giapponese, il modello ADR ha rappresentato la via ordinaria per risolvere i conflitti tra privati e il processo l'estrema *ratio* per comporre le liti¹². Anche a livello comunitario le istituzioni hanno mostrato a più riprese un evidente interesse per questi modelli, concretizzatosi in una serie di interventi volti alla diffusione della 'cultura ADR' negli Stati membri, anche alla luce dell'accelerazione digitale impressa dalla pandemia in vaste aree di intervento delle politiche europee¹³. Com'è noto, sebbene abbia radici molto antiche – nelle origini contrattuali del diritto romano per i sistemi che si rifanno alla tradizione giuridica di *civil law*, e nella natura e nella struttura stessa del processo per gli ordinamenti di *common law* – l'espressione ADR è entrata nel linguaggio giuridico in tempi

¹⁰ Per un'agile lettura delle norme in questione, si rinvia la testo coordinato, pubblicato il 10 gennaio 2023 a cura di ADR Center, on line su <https://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/D.Lgs.-28-2010-coordinato-alla-riforma-Cartabia-2022.pdf>.

¹¹ Sulla distinzione tra strumenti di ADR aggiudicativi e non aggiudicativi, nella dottrina italiana, si vedano L. Passanante, *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007; F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008.

¹² Y. Taniguchi – A. Yamada, *I modi alternativi di risoluzione delle controversie in Giappone*, in V. Varano (a cura di), *L'altra Giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, 2007, 273 ss. e per il sistema cinese, M. Timoteo, *Le controversie fuori dalle corti il caso cinese*, in *op.ult.cit.*, 301 ss.

¹³ Si vedano le Raccomandazioni della Commissione europea del 30 marzo 1998 e del 4 aprile 2001, la Direttiva 52/2008/CE sulla mediazione, la direttiva 2013/11/EU specificatamente diretta all'applicazione dell'ADR nelle controversie in materia di *consumerism*, il Regolamento 524/2013 relativo alla risoluzione delle controversie on line, nonché le più recenti iniziative intraprese, specie in materia di tutela dei consumatori, con l'istituzione della Tavola rotonda sulla risoluzione alternativa delle controversie a livello transfrontaliero del 2022.

abbastanza recenti e, in particolare, è stata coniata da Frank Sander nel 1976 durante la c.d. *Pound Conference*¹⁴. In quell'occasione Sander propose il paradigma della *multidoor courthouse*, uno strumento innovativo per cui le cause che arrivano in tribunale vengono letteralmente 'smistate' verso il modello di risoluzione ritenuto più appropriato per la natura e il tipo di lite oggetto della controversia. Il fine, evidente, è rendere il sistema più efficiente e meno costoso, sia per le parti, che per le istituzioni, riservando la fase processuale soltanto per gli *hard cases*. Va, peraltro, rilevato che il modello proposto da Sander, pur rappresentando ancora oggi la pietra miliare dell'ADR nell'ordinamento statunitense (e non solo), è stato nel tempo oggetto di una serie di critiche che, principalmente, sottolineavano il contrasto tra questo modello e i valori di equità e giustizia. Si riteneva, infatti, che soltanto attraverso il processo fosse possibile assicurare l'attuazione dei diritti fondamentali degli individui¹⁵.

Pur non potendo addentrarci per ragioni di spazio in un'analisi approfondita delle ragioni storico sociali che spiegano la fortuna del movimento ADR negli USA, si ritiene tuttavia utile richiamare alcuni fattori che hanno contribuito al dibattito e ne hanno influenzato l'evoluzione: l'evidente crisi del processo e, al contempo, una serie di istanze istituzionali, sociali e culturali tipiche del post-modernismo. Questi fattori riscontrabili anche in altri ordinamenti giuridici, secondo una certa ricostruzione sono stati rappresentati in termini di istanze di promozione dell'accesso alla giustizia¹⁶.

Proprio su quest'ultimo punto, come si vedrà anche nel prosieguo, si sono concentrate e si concentrano tuttora le critiche e le perplessità maggiori. La progressiva privatizzazione dei servizi essenziali tra cui anche l'esercizio della funzione giurisdizionale, tipica delle politiche neo-liberali degli anni '80 dei paesi della *western tradition*, ha portato alla nascita di una vera e propria ADR *industry*, fondata non sul concetto di *justice* bensì su quello di *harmony*¹⁷. Questo passaggio ha riguardato, paradossalmente, la trasformazione della questione dell'accesso alla

¹⁴ Frank Sander svolse una relazione dal titolo "Varieties of Dispute Processing" durante la *Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (nota come Pound, in onore di Roscoe Pound), svoltasi nel 1976 a St. Paul, Minnesota.

¹⁵ Emblematica, in tal senso, la critica di Fiss, il quale sottolineava come soltanto il modello processuale, attraverso il rispetto del contraddittorio e del *due process*, potesse garantire tutele adeguate ai soggetti. Si veda, O.M. Fiss, *Against Settlement*, in *Yale Law Journal*, 93/1984, 1073 ss.: Id., *Out of heaven*, in *Yale Law Journal*, 95/1985, 1669 ss.

¹⁶ O. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura di) *L'altra Giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, op. cit., 129 ss.

¹⁷ Così U. Mattei, *Access to Justice: A Renewed Global Issue?*, in *Electronic Journal of Comparative Law* 1/2007, 3, il quale analizza il percorso di progressiva privatizzazione che, sin dagli anni ottanta, ha caratterizzato i servizi di *welfare* dei paesi occidentali. In particolare, l'A. ritiene che la questione dell'accesso alla giustizia debba essere affrontata dal comparatista tenendo conto di una serie di fattori tra cui l'approccio multidisciplinare alla materia, aprendosi, dunque, ai profili sociologici, economici e antropologici sottesi.

giustizia in limitazione dell'accesso alla giustizia, almeno per determinate categorie di soggetti. Orbene, anche oggi, il rischio permane.

Il ricorso ai modelli ADR, infatti, implica un vero e proprio trasferimento dalla sfera pubblica a quella privata, dal *munus publicum* all'autonomia privata delle parti ed all'attività professionale di avvocati (per l'arbitrato e la negoziazione assistita) ed imprenditoriale degli organismi di mediazione, dei mediatori e di nuovo degli avvocati (per la mediazione).

Se è vero che nella definizione delle controversie tra privati su diritti disponibili il metodo e il merito (tutto, molto o poco) possono dipendere dalla volontà delle parti, è vero anche che legislatore e operatori del diritto sono chiamati a preservare questo valore, senza fondamentalismi efficientisti né spinte autoritarie. Ciò che infatti, non va dimenticato, è che la giustizia civile rappresenta un servizio pubblico e, come tale, va esercitato da *civil servants*, indipendentemente dalla natura - privata o pubblica - del *munus* loro attribuito.

Qui la ripresa e la resilienza dipendono dall'investimento dei cittadini, degli avvocati e dei professionisti del mondo degli ADRs. Più che di un intervento dello stato nell'economia, si tratta di un arretramento dello stato nell'esercizio della giurisdizione. Come si vedrà, le scelte operate in sede di delega e di attuazione di quest'ultima da parte del legislatore delegato mostrano una propensione ad esternalizzare – tranne che per la conciliazione tentata dal giudice - i costi della mediazione e della negoziazione assistita – senza prevedere forme di partenariato pubblico privato, come in altri settori di intervento del PNRR – che, invece, qui gravano sulle parti, sugli organismi e sugli avvocati, salvi gli incentivi fiscali ed il gratuito patrocinio.

In effetti, la riforma vuole promuovere la compresenza e la funzionalità reciproca delle due dimensioni, giudiziale e stragiudiziale, come strategia per offrire ai singoli e alla collettività un ventaglio di risposte nel sistema giustizia sempre più ampio, nel quale i metodi di gestione negoziale delle liti, «per la loro idoneità a contribuire al perseguimento degli obiettivi di efficienza del sistema e di risposta adeguata e tempestiva delle richieste di risoluzione dei conflitti tra privati»¹⁸ rivestono una posizione rilevante. L'autonomia privata diventa la chiave di volta per sorreggere un sistema che persegue «l'obiettivo di indurre un mutamento culturale di approccio alla risoluzione stragiudiziale dei conflitti, incentivando i privati, le imprese e i professionisti a utilizzare tali strumenti avvalendosi dell'assistenza da parte di professionisti dotati di specifiche competenze e adeguatamente formati»¹⁹ e che sposta i costi transattivi da una dimensione all'altra del sistema, facendo degli

¹⁸ V. art. 2 Relazione illustrativa Disegno di legge AS 1662, *cit.*, 2.

¹⁹ *Ibidem*, *cit.*, 3.

strumenti di ADR uno degli elementi cardine del programma di “semplificazione, speditezza e razionalizzazione” del sistema giudiziario.

La vera prova consiste, pertanto, non tanto o, comunque, non soltanto nella semplice riduzione, in termini quantitativi, delle controversie, quanto, piuttosto, in un obiettivo più ambizioso e più ampio, che riguarda l’aggiornamento e l’allineamento ai *benchmarks* comunitari, del modello nazionale di processo. Quest’ultimo, dunque, sembrerebbe dover avere un ruolo ed una funzione residuale e, perciò, rimanere la via percorribile come estrema *ratio*, quando le situazioni giuridiche controverse rientrano nell’ambito dei diritti disponibili, per cui è possibile scegliere vie alternative.

Così la delega sottolinea l’esigenza, per il Governo, di riunire e riordinare la disciplina sulle ADR (ad eccezione dell’arbitrato), attualmente frammentata in una serie di leggi speciali emanate nell’ultimo ventennio, in un «Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione» (Tusc)²⁰.

2. La mediazione extra processuale obbligatoria. Le materie e le parti

Il modello di mediazione disegnato con il D.lgs. n. 28/2010, che attuava l’art. 60 della l. n. 69/2019, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, viene in parte modificato, per cui il campo di applicazione oggettivo si estende a nuove materie²¹ e, sul piano soggettivo, è maggiormente garantita la partecipazione della P.A.

Pertanto, il tentativo di mediazione extraprocessuale, *ante iudicium*, rappresenta il presupposto per procedere - oltre che nelle controversie in materia di condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, da diffamazione a mezzo stampa o tramite altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari – anche per le liti derivanti da rapporti da contratti di associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura.

Si tratta, evidentemente di contratti di durata, che per loro natura sono destinati a continuare e persistere nel tempo anche dopo la – auspicabile – risoluzione della controversia²². Il valore della mediazione è superiore a quello del giudizio, giacché

²⁰ Per un’analisi degli interventi normativi riguardanti il primo decennio (2000-2010), sia consentito il rinvio a A. Pera - G.M. Riccio, *Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato ed internazionale*, Padova, 2011; per una disamina degli interventi normativi successivi, si vedano M. Acagnino - N. Platania (a cura di), *Riforma processo civile: riflessioni a margine sulla legge 206/2021*, Torino, 2022.

²¹ Art. 1, comma, lettera c), Legge delega 206/21.

²² Sui contratti di durata, M. Granieri, *Il tempo e il contratto: itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007. Sulle controversie e sulle più recenti questioni problematiche, F. Piraino, *La normativa*

la soluzione aggiudicativa di quest'ultimo (risoluzione del contratto, rescissione o altro) potrebbe non rappresentare la soluzione migliore nelle ipotesi in cui la relazione tra le parti abbia almeno in potenza un'estensione diacronica. Peraltro, la delega estende la mediazione, come condizione di procedibilità, a schemi contrattuali che nei prossimi 3-5 anni saranno certamente molto utilizzati dai soggetti destinatari, attuatori ed esecutori di progetti riconducibili ai fondi stanziati attraverso le varie missioni e azioni del PNRR. Dunque, l'intento è di evitare o, comunque, ridurre il rischio che le parti di questi contratti ed i rapporti sottesi diventino soggetti ed oggetti di *litigation* in sede giudiziale, aggravando la mole di contenzioso che con la riforma si intenderebbe smaltire e rischiando di compromettere il buon esito dei progetti stessi.

Al fine di valutare l'efficacia dell'ampliamento delle materie, la legge delega ha indicato l'esigenza di una verifica entro cinque anni dall'entrata in vigore del decreto legislativo, volta a riconsiderare l'opportunità o meno di mantenere il meccanismo della condizione di procedibilità e, dunque, l'obbligatorietà della mediazione. All'esito di tale valutazione, si ipotizza anche una armonizzazione della normativa in materia di ADR *systems*²³.

Più nel dettaglio, come è stato già precisato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità a sezioni unite²⁴, nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, il creditore opposto avrà l'onere di avviare la procedura di mediazione, in quanto attore in senso sostanziale.

Ad ogni modo, il giudice alla prima udienza, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa l'udienza per il prosieguo del giudizio di opposizione solo dopo la scadenza del termine di durata della mediazione (*id est* tre mesi prorogabili di altri tre, ove ci sia in merito un accordo scritto tra le parti)²⁵.

In materia di condominio, le norme di esecuzione della delega prevedono la legittimazione dell'amministratore a partecipare alla mediazione, ad avviare la procedura o ad aderirvi²⁶. L'eventuale verbale di conciliazione (esito positivo della mediazione), nel rispetto delle norme in materia di condominio e, soprattutto, dei poteri che la legge riconosce all'assemblea condominiale, viene sottoposto

emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti, in *I Contratti*, n.4/2020, 485-513; Id., *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e diritto privato*, n.2/2019, 585-643.

²³ Art. 1, comma 4, Legge delega 206/21.

²⁴ Si veda, Cass., SS.UU., 18 settembre 2020, n. 19596, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3424, con note di D. Dalfino, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*; e A. Zanello, *Sezioni unite 19596/20: la «joint venture» di processo e mediazione*.

²⁵ Art. 1, comma 4, lettera d) Legge delega 206/21; art.5, D.lgs. 28/2010, come riformato dalla l. 197/2022.

²⁶ Si accresce l'autonomia dell'amministratore, il quale nel vigore della disciplina pre-riforma era vincolato al passaggio attraverso l'assemblea per ogni step rilevante della procedura (avvio, esito singoli incontri, partecipazione agli incontri successivi, formulazione dei contenuti della proposta). In tal senso, cfr. Cass. Sez. IV Civ., ord. 8 giugno 2020, n. 10846.

all'approvazione dell'organo collegiale, che delibera nel termine indicato nell'accordo o nella proposta con le differenti maggioranze previste dall'art. 1336 c.c., in funzione della specifica materia oggetto del contendere. In caso di mancata approvazione, la conciliazione deve intendersi non conclusa, la proposta non approvata²⁷ e la condizione di procedibilità, comunque, consumata.

Sia in caso di esito conciliativo, sia in caso di esito negativo della procedura, dunque, il rapporto tra amministratore ed assemblea è più semplice e snello rispetto al passato. Ciò rende, almeno astrattamente, anche più fluida la procedura di mediazione e più agevole il lavoro del mediatore. Si semplifica, infatti, la procedura che era prevista dall'art. 71-*quater* disp. att. c.c., che implicava un preliminare passaggio in assemblea con delibera, con la quale il condominio attribuiva all'amministratore il potere di attivare il procedimento di mediazione o di aderirvi e parteciparvi; una seconda seduta assembleare in cui l'amministratore riferiva circa gli esiti della mediazione ed una conseguente delibera sulla eventuale proposta di conciliazione esito della negoziazione. La delibera dell'assemblea, nel vigore della nuova disciplina, avrà luogo solo nella fase conciliativa.

Per quanto riguarda la partecipazione della P.A., la Legge 206/2021 obbliga il legislatore delegato a prevedere che per i funzionari della Pubblica Amministrazione, di cui all'art.1, comma 2, D.lgs. 30 marzo 2001 n.165²⁸, la conciliazione *ante iudicium* o quella giudiziale non diano luogo a responsabilità contabile, eccetto nelle ipotesi di dolo o colpa grave, dove per colpa grave si intende la negligenza non scusabile che deriva da grave violazione di legge o travisamento dei fatti²⁹.

Questa previsione del legislatore è una risposta alla questione relativa alla responsabilità contabile per i pubblici funzionari, già affrontata dalla giurisprudenza di merito³⁰, soprattutto con riferimento al tema della responsabilità in materia sanitaria degli ospedali pubblici. Ed infatti, per evitare che i funzionari della PA fossero dissuasi dalle conciliazioni, per la preoccupazione di possibili indagini della Procura presso la Corte dei Conti, giustamente la scelta è stata quella di estendere per analogia la limitazione della responsabilità prevista dall'art. 2,

²⁷ Art. 1, comma 4, lettera h) Legge delega 206/21.

²⁸ Ai sensi della normativa richiamata, sono da intendersi Pubbliche Amministrazioni “tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province ed i Comuni, le Comunità Montane e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di Commercio, industria, artigianato ed agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le agenzie di cui al D.lgs. 30 luglio 1999 n. 300”.

²⁹ Art. 1, comma 4, lettera g), Legge delega 206/21.

³⁰ Di recente, vd. Trib. Roma, Sez. XIII, 10 marzo 2021, Est. Dr. M. Moriconi, reperibile su Banca Dati della Mediazione Civile, <https://www.adrmedyapro.it/Massimario/pdf/765>.

comma 3, l. n. 117/1988 in tema di responsabilità civile dei magistrati, così come modificata nel 2015³¹.

Peraltro, tale eventualità (partecipazione alla mediazione) potrebbe essere piuttosto frequente se consideriamo l'intervento dello Stato e delle Pubbliche amministrazioni nell'economia, nel mercato e nel tessuto sociale determinato dalla fase di attuazione ed esecuzione del PNRR, che vede le amministrazioni tra i soggetti attuatori ed anche beneficiari, nonché contraenti e parti in quei rapporti che ricadono oggi, proprio in virtù della riforma, nelle materie per le quali la mediazione è obbligatoria per procedere in giudizio.

2.1. Il procedimento, gli incentivi fiscali ed il gratuito patrocinio a spese dello Stato

Sono notevoli le modifiche e gli interventi sul procedimento di mediazione, sulla durata e sulle modalità nelle quali si svolge la procedura.

In un'ottica di semplificazione del procedimento, merita attenzione l'espressa previsione della "mediazione telematica", che è stata sperimentata in tempo di pandemia e che in quel frangente ha mostrato la sua utilità³².

Per quanto riguarda *standard* e garanzie, in ogni caso, è stabilito che la formazione e la sottoscrizione di ogni atto deve avvenire nel rispetto delle norme previste dal Codice dell'Amministrazione digitale³³.

La riforma conferma l'assistenza tecnica del difensore nelle materie in cui la mediazione è condizione di procedibilità, che si considera avverata nel caso in cui il primo incontro si conclude senza l'accordo³⁴.

Per quanto attiene ai rapporti tra procedura di mediazione e processo, si rileva che è sanzionata, almeno astrattamente, la mancata partecipazione al primo incontro: da tale condotta il giudice può desumere elementi di prova³⁵. Ciò in attuazione della

³¹ M. Serio, *Brevi considerazioni sugli orizzonti comparatistici della responsabilità civile alla luce delle connessioni tra dottrina e giurisprudenza*, in *Giureconsulti e giudici. L'influsso dei professori sulle sentenze. Vol. II-La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*, Torino, 2016, 195-205; Id., *Responsabilità o immunità giudiziale: studio comparatistico su un'apparente alternativa*, in *Il Giusto Processo Civile*, 2017, 333-382.

³² Sul punto, Mediazione Civile, Ministero della Giustizia: Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa, <https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx/>; European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *The 2020 EU justice scoreboard*, Publications Office, 2020, on line su <https://data.europa.eu/doi/10.2838/71558>. In dottrina, per un'analisi sulle potenzialità e i limiti dell'ADR *on line*, si veda, per tutti, M.S. Abdel Wahab – M.E. Katsh, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: a Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Netherlands, 2012; E. Katsh - J. Rifkin, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, United Kingdom, 2001.

³³ Cfr. F. Minazzi, *Il codice dell'amministrazione digitale riformato*. Milano, 2017; P. Giacalone, *Il ciclo di vita del documento informatico: Gestione e aspetti normativi*, Milano, 2021.

³⁴ In proposito, già la delega indica la necessità di modificare e, comunque, coordinare in tal senso la formulazione del comma 1-*bis* dell'art. 5 del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

³⁵ Ai sensi dell'art. 8, commi 1 e 4-*bis* D.lgs. n. 28/2010, il giudice può trarre argomenti di prova nel successivo giudizio dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione, in ossequio

delega, che intendeva “favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l’effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione”³⁶, salva la possibilità, sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche, di delegare un rappresentante munito di poteri e a conoscenza dei fatti, ove sussistano giustificati motivi³⁷.

L’*intentio legis* sembra essere quella di avvicinare le parti anche sotto il profilo comunicativo, sia che si abbia riguardo alla partecipazione personale delle parti, sia che ci si focalizzi sulla necessità di garantire l’effettivo confronto sulle questioni controverse. Ciò trova conferma nelle norme specifiche che disciplinano le conseguenze nell’ipotesi in cui le parti non partecipino alla procedura.

In realtà, la prassi dimostra che spesso il primo incontro si traduce in una sessione informativa sulla mediazione e sui suoi vantaggi, mentre invece, a venti anni dall’inserimento dell’istituto nel sistema giuridico italiano, sarebbe auspicabile che proprio in quella sede la mediazione vera e propria iniziasse. Dunque, andrebbe abolito il primo incontro informativo. Diversamente, quest’ultimo continuerà ad essere percepito dalle parti e dai loro avvocati alla stregua di un mero adempimento burocratico-formale, da assolvere affinché la controversia possa iniziare il suo *iter* in sede giudiziale, con evidente detrimento dell’istituto della mediazione, dell’idea stessa di complementarità rispetto alla giurisdizione e dell’ordinamento nel suo complesso.

In ordine alla fase “istruttoria” ed al possibile collegamento tra la procedura di mediazione ed il futuro processo, la norma prevede che le parti possano produrre dinanzi al giudice la relazione dell’esperto nominato dal mediatore³⁸ nell’ipotesi di controversie che, *ex art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010*, richiedano specifiche competenze tecniche.

La norma mira a risolvere la questione relativa all’acquisizione della cd. CTM (Consulenza Tecnica in Mediazione) nella fase processuale nell’ipotesi in cui la procedura mediativa non si concluda con la conciliazione. In effetti, il rispetto della *privacy* ed il divieto di utilizzare quanto raccolto in sede di mediazione³⁹ non

all’art. 116, comma II, c.p.c., a norma del quale “il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo”; condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall’articolo 5 non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all’entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Si veda, G. Spina, *La nuova mediazione civile. Prima analisi delle novità introdotte dal cd. decreto del fare*, in *La nuova procedura civile*, n.3/2013, on line su https://www.lanuovaproceduracivile.com/wp-content/uploads/2013/06/spina_nuova_mediazione.pdf.

³⁶ Art. 1, comma 4, lettera e), Legge delega 206/21.

³⁷ Art. 1, comma 4, lettera f), Legge delega 206/21. Sui limiti della delega certamente sarà rilevante l’*actio finium regundorum*, che si trova in Cass., sez. III civ., 27 marzo 2019, n. 8473.

³⁸ Art. 2, lettera i), Legge delega 206/21.

³⁹ Cfr. Artt. 9 e 10 D.lgs. n. 28/2010 e, specificamente sulla CTM cfr. art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010.

permettono l'acquisizione in giudizio della relazione tecnica, salvo che le parti non l'abbiano autorizzata. Si tratta di una facoltà che le parti possono esercitare quando viene nominato l'esperto. Sarà poi il giudice a valutare se tenere in considerazione la relazione svolta da quest'ultimo per decidere la lite, oppure no. In questo modo, il legislatore sceglie di porre un limite ad una parte della giurisprudenza di merito che - in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo e di non dispersione della prova - non esitava ad acquisire la CTM agli atti del giudizio, comprimendo le garanzie che la riservatezza della mediazione riconosce alle parti ed all'autonomia privata, con il rischio di pregiudicare le trattative e le attività volte a favorire la conciliazione.

Lo svolgimento della mediazione non preclude né la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né, tanto meno, la trascrizione della domanda giudiziale.

Per quanto riguarda gli incentivi fiscali, già il D.lgs. n. 28/2010 prevedeva: - l'esenzione dall'imposta di registro per gli accordi raggiunti in sede di mediazione aventi valore fino ad euro 50.000,00 e, in caso di eccedenza, la tassazione della sola maggiore somma⁴⁰; - un credito d'imposta fino ad euro 500,00 in caso di successo della mediazione, che fosse commisurato all'indennità dovuta all'Organismo, e ridotto della metà in caso di mancato accordo⁴¹.

Il sistema di incentivi fiscali previsto dal legislatore del 2010 è stato oggetto di numerose critiche, a causa di alcuni vuoti normativi e dubbi interpretativi ed applicativi che ha determinato⁴².

La legge 206/21 ha ribadito l'atteggiamento di *favor* verso la mediazione e ha previsto il riordino e la semplificazione degli incentivi fiscali delle procedure alternative di risoluzione dei conflitti, attraverso:

- l'incremento dell'esenzione dell'imposta di registro *ex art.* 17, c. 3, D.lgs. n. 28/2010;
- la semplificazione della procedura per la determinazione del credito d'imposta *ex art.* 20, D.lgs. n.28/2010;
- un credito d'imposta pari al compenso dell'avvocato che assiste la parte nella mediazione nei limiti dei parametri professionali;
- un credito d'imposta pari al contributo unificato qualora il giudizio risulti estinto a seguito dell'accordo di mediazione;

⁴⁰ Art.17, comma 3, D.lgs. n. 28/2010.

⁴¹ Art.20 D.lgs. n. 28/2010.

⁴² In dottrina, per tutti si veda, C. Mezzabotta - M. Caradonna - P. Riva, *La mediazione civile*, Milano, 2011, 119; A. Lomonaco -V. Mastroiacovo, *L'accordo di conciliazione. Profili fiscali*, in AA.VV., *Manuale della mediazione civile e commerciale: il contributo del Notariato alla luce del D. lgs. n. 28/2010*, Napoli, 2012, 394. Cfr. anche P. Richiusa -M. Zamaro, *Incentivi fiscali per la mediazione civile: un orizzonte in fase di esplorazione*, in *Corr. Trib.*, 34/2011, 21, 1738; ed anche Consiglio Nazionale Del Notariato, Studio n. 190-2010/T del 21 gennaio 2011, *Regime fiscale degli atti del procedimento di mediazione di cui al d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28*, in CNN Notizie del 9 marzo 2011.

- l'estensione del gratuito patrocinio;
- la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione pari all'indennità non esigibile dalla parte nelle condizioni per l'ammissione al gratuito patrocinio.

Al di là delle agevolazioni fiscali, se il fine è quello di incentivare le parti a partecipare personalmente alla procedura di mediazione, affinché la procedura sia volta ad un “effettivo confronto sulle questioni controverse” ed alla conciliazione della lite, massima attenzione va rivolta alle “conseguenze della mancata partecipazione”. In effetti, allo stato attuale, tali conseguenze sono state tradotte in una sanzione processuale⁴³ o nella corresponsione di una somma pari all'ammontare del contributo e, dunque, più in sanzioni che in incentivi, con effetti disomogenei rispetto alla condotta considerata. Ciò forse svela l'intenzione di scoraggiare dal processo piuttosto che quella di promuovere la mediazione: vi è da dubitare della efficacia di tali sanzioni e della loro idoneità a fungere da “incentivo” alla conciliazione della lite fuori dal processo.

Se è vero che la partecipazione attiva e personale svolge un ruolo decisivo affinché questo strumento abbia effettivamente successo, è anche vero che la partecipazione è tanto più effettiva quanto più è spontanea, volontaria e consapevole, mentre se la persona è forzata o obbligata è probabile che sia portata a delegare. Va, peraltro, rilevato che proprio in materia di diritti disponibili, non sarebbe accettabile impedire ai singoli di farsi sostituire da persone di propria fiducia, purché la delega non ecceda i poteri conferiti e la forma sia legittima, alla luce della tipologia e della natura dei diritti oggetto della controversia. Sembra andare, pertanto, in questa direzione, la scelta del legislatore che - recependo quanto indicato dalla Corte di Cassazione a sezioni unite⁴⁴ - ha stabilito che la rappresentanza nella mediazione è plausibile, a patto che il soggetto scelto sia a conoscenza dei fatti e abbia i poteri per risolvere la controversia e, comunque, solo in presenza di giustificati motivi.

Il passaggio dalla *law in the book* alla *law in action*⁴⁵, ovvero dalla regola enunciata dal legislatore alla soluzione operativa⁴⁶, però, rischia di mostrare qualche

⁴³ *Id est* la dichiarazione di improcedibilità e la valutazione ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c.

⁴⁴ In tal senso, v. Corte Cass. SS.UU., 27 marzo 2019, n. 8473 ha ritenuto che la partecipazione alla mediazione non sia qualificabile come un atto strettamente personale e, dunque, che sia legittima la delega al difensore nella forma della procura sostanziale speciale.

⁴⁵ Sulla distinzione, si vedano per tutti, J.L. Halperin, *Law in books and law in action: the problem of legal change*, in *Me. L. Rev.* 2011, 64, 45; R. Pound, *Law in books and law in action*, in *Am. L. Rev.* 1910, 44, 12; D. Nelken, *Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law*1, in *Legal studies* 1984, 4.2, 157-174.

⁴⁶ La comparazione giuridica si serve molto di questo approccio metodologico, vd. P.G. Monateri, *Morfologia, Storia e Comparazione. La nascita dei “sistemi” e la modernità politica*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt, 2018, 267-290; R. Scarciglia, *L'Oggetto Della Comparazione Giuridica (Objects and Legal Comparison)*, in R. Scarciglia (a cura di), *Introduzione al diritto pubblico comparato*, Bologna, 1966, 47-68; G. Ajani – B. Pasa – D. Francavilla, *Diritto comparato: lezioni e materiali*, Torino, 2018; A. Somma,

dissociazione, là dove prevede che la parte che non acconsente alla mediazione o che risulta assente senza una valida giustificazione, dovrebbe subire conseguenze negative con effetti limitati al solo procedimento alternativo. Nel caso in cui, ad esempio, la parte che non si è presentata dovesse comunque corrispondere l'indennità di mediazione e dovesse rendere all'altra parte quanto corrisposto o dovuto all'organismo, l'effetto deterrente si avrebbe ugualmente senza, tuttavia, alcuna conseguenza sulla successiva fase giudiziale. Ed invece, l'apparato sanzionatorio, così come disegnato, presuppone necessariamente che un processo venga celebrato. Potrebbe, in effetti, accadere che la controversia, oggetto del tentativo di mediazione, non venga portata davanti al giudice per motivazioni diverse e che la condotta non collaborativa resti impunita. Sarebbe opportuno, dunque, valutare l'effettiva utilità di nuove sanzioni, ovvero se concretamente esse rappresentino un incentivo al ricorso alla mediazione e, dunque, a garantire la risposta di giustizia e la definizione della controversia, in un'ottica di promozione della pace sociale; o se, invece, esse mirino soltanto a evitare un processo e a forme di economia dei costi transattivi⁴⁷, in termini di denaro pubblico, risorse umane e apparato amministrativo, con un risultato che si avvicina al "denegare giustizia", scoraggiando i litiganti e trascurando i bisogni sociali⁴⁸.

In tutt'altro senso va valutata la scelta di garantire il "gratuito patrocinio a spese dello Stato" per le spese e i costi derivanti ai privati cittadini dalla procedura di mediazione. Il legislatore, in ossequio al principio di uguaglianza sostanziale e di effettivo accesso alla giustizia per tutti, ha previsto che gli Organismi di Mediazione potranno usufruire di un credito di imposta "commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al Patrocinio a spese dello Stato (...)"⁴⁹. Il decreto disciplina dettagliatamente i criteri relativi al reddito per accedere, il sistema di presentazione dell'istanza per l'ammissione anticipata, l'Organo competente a ricevere l'istanza, il ricorso esperibile in caso di rigetto dell'istanza di accesso al gratuito patrocinio, gli effetti dell'ammissione anticipata, la revoca dell'ammissione alla misura, il compenso dell'avvocato e i controlli e le sanzioni della Guardia di Finanza, ed altri aspetti, che non è questa la sede per esaminare in dettaglio.

Giochi senza frontiere: Diritto comparato e tradizione giuridica, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 2004, 37:109, 169-205.

⁴⁷ Sul concetto di costo transattivo in analisi economica del diritto, vd. A Mitchell Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, Modena, 1986; R. Pardolesi – B. Tassone, I giudici e l'analisi economica del diritto due anni dopo, in *Mercato concorrenza regole* n.3/2005, 579-600; F. Parisi, *Scuole e metodologie nell'analisi economica del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, n.21/2005, 377 ss.; F. Carocchia – R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto: «the Italian job»*, op. cit., 193-194.

⁴⁸ M.A. Zumpano, *ADR e riforma della giustizia*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, on line su https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/965/3-2021_qg_zumpano.pdf.

⁴⁹ Art. 1, comma 4, lettera a), Legge delega 206/21.

3. *La mediazione endo-processuale giudiziale o delegata dal giudice*

La riforma in esame mira a valorizzare e potenziare anche la mediazione endo-processuale delegata dal giudice⁵⁰ “(...) in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, l’avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di categoria sul territorio”⁵¹. L’azione prevista mira a formare gli operatori, a monitorare le attività e a tracciare le decisioni che assegnano le parti alla mediazione.

D’altra parte, l’intera azione prevista dal legislatore, a partire dal riesame dei percorsi di formazione e dall’aggiornamento dei mediatori, appare un investimento di lunga portata per sviluppare l’intero modello, naturalmente (!) sempre senza alcun aggravio per la finanza pubblica.

Anche in Francia l’attenzione alla formazione dei mediatori e del personale coinvolto in questo settore è rinnovata, tanto che nel 2021 è stato istituito presso il Ministero della giustizia il *Conseil national de la médiation*, quale organo consultivo e propositivo al servizio dei poteri pubblici, deputato a raccogliere ed elaborare dati e informazioni, di tipo quantitativo e qualitativo, sulla mediazione, presentare un codice etico della mediazione per gli addetti ai lavori e norme nazionali in tema di formazione dei mediatori.

Le indicazioni europee e le scelte del legislatore italiano e francese puntano sulla formazione degli operatori, sul controllo e sull’osservazione delle attività svolte, sull’attività di *data collection* delle decisioni che assegnano le parti alle procedure meditative, ma anche dei contenziosi definiti con la conciliazione, a seguito di mediazione, oppure con accordi conciliativi⁵².

Trova qui la sua *ratio* l’art. 185-*bis* c.p.c, che autorizza il magistrato a formulare la proposta conciliativa nel giudizio pendente e sino al momento in cui la causa viene posta in decisione, estendendo lo spazio per la conciliazione endo-processuale oltre il limite della fase istruttoria.

La rilevazione statistica dei provvedimenti dei giudici che attestano l’intervenuta conciliazione della lite dovrebbe contribuire, anche attraverso misure premiali, in sede di valutazione delle carriere, ad incentivare l’uso di tale strumento.

3.1 *Buone prassi, modelli organizzativi e rilevazione statistica*

⁵⁰ Art. 5, comma 2, D.lgs. 28/2010.

⁵¹ Art.1, comma 4, lettera o), Legge delega 206/21.

⁵² *Ibidem*.

In alcuni uffici giudiziari italiani sono state sperimentate negli ultimi anni alcune buone prassi, che certamente hanno rappresentato un modello per il legislatore della riforma.

Tra queste, il Laboratorio “*Un Altro Modo*”, con sede presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze, ha ideato un progetto, che ha visto coinvolti come *partner* il Tribunale di Firenze, la Città metropolitana di Firenze, la Camera di Commercio e dell’Artigianato ed Organismi di mediazione, di cui alcuni privati ed altri presso gli Ordini professionali. L’iniziativa, attraverso un’ampia visione collaborativa fra le istituzioni coinvolte, ha visto i giudici togati lavorare fianco a fianco con titolari di borse di studio appena laureati che possiedano il *know how* necessario e specifico in materia di ADR e mediazione, ed ha favorito un impiego strutturato e metodico della mediazione demandata. Il *report* di monitoraggio sulle attività svolte, redatto dal Laboratorio, mostra la circolarità del percorso e le varie fasi rilevanti: lo studio delle cause pendenti, le decisioni con le quali si invitano le parti alla mediazione, le mediazioni che hanno avuto luogo presso le organizzazioni che hanno partecipato al progetto, le udienze per verificare gli esiti delle procedure di mediazione⁵³.

In un’altra esperienza, quella barese, si è lavorato sotto differente profilo, innovando le tecnologie a disposizione degli uffici, attraverso il censimento informatico delle ordinanze *ex 185-bis*⁵⁴ c.p.c. e di mediazione delegata⁵⁵, puntando alla visibilità di questi provvedimenti nei sistemi informatici e nelle statistiche ministeriali, incrementando e migliorando la *performance* giudiziaria.

All’interno del progetto conciliativo “BDDC”⁵⁶ sono state censite le ordinanze *ex art. 185-bis* c.p.c. emanate dal distretto di Corte di appello di Bari dal 2016 ad oggi e sono state svolte analisi statistiche sulle materie definite dalle proposte conciliative del giudice, estraendo gli esiti così individuati. Ciò ha arricchito le statistiche ministeriali già esistenti con dati nuovi, giacché i sistemi informativi ministeriali pre-progetto erano tarati fondamentalmente sulla quantità delle sentenze emesse e sulla tempistica di definizione del giudizio.

In particolare, la maggiore criticità da affrontare è stata l’assenza nel SICID⁵⁷ di una “voce” tipizzata come “evento 185-bis” ed “ordinanze di mediazione delegata”, poiché i provvedimenti definitivi diversi dalla sentenza vengono raccolti in una

⁵³ Cfr. www.unaltromodo.org.

⁵⁴ Così come introdotto dall’art. 77, dl 21giugno 2013, n. 69, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

⁵⁵ *Ex art. 5, comma 2, D.lgs. n. 28/2010*. In dottrina, v. M. Bove, *La mediazione delegata*, in *Rivista dell’arbitrato*, n.3/2018, 459 ss.

⁵⁶ Il materiale relativo all’esperienza barese, è reperibile sul sito ufficiale della Corte di appello di Bari, *link* “Buone Prassi”: in www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.

⁵⁷ Si tratta del «Sistema Informatico Contenzioso Civile Distrettuale» che si occupa di gestire i registri informatici del contenzioso civile, della volontaria giurisdizione, delle controversie di lavoro, delle esecuzioni e delle procedure concorsuali. Cfr. il sito del Ministero della Giustizia, voce Statistiche.

cartella di *consolle*-archivio “residuale” denominata “definiti in altro modo” e non sono più distinguibili nelle loro diverse tipologie, se non con una ricerca (immane) e manuale per ciascun fascicolo.

È evidente che gli investimenti per la digitalizzazione della giustizia e degli Uffici giudiziari devono confluire anche qui: per «rilevazioni statistiche per analisi flussi (quantità e tempi) di definizioni dell’arretrato in forza degli sforzi conciliativo/transattivi e ciò per monitorare non solo la velocità ed incidenza in percentuale della spinta conciliativa nello smaltimento dell’arretrato, ma altresì per saggiare le capacità del singolo magistrato nel favorire le soluzioni bonarie della lite impiegando i nuovi strumenti di media-conciliazione (185, 185-*bis*, mediazione *iussu iudicis*, 696-*bis* c.p.c...). Elementi questi che permetteranno non solo di esprimere, in sede di valutazione delle professionalità dei magistrati, giudizi più dettagliati e di spessore, ma anche di monitorare i tempi di ragionevole durata del processo, come favoriti dalla buona prassi conciliativa»⁵⁸.

Naturalmente il metodo sperimentato è replicabile anche per le materia in cui la mediazione è condizione di procedibilità, per le quali la rilevazione statistica è già prevista⁵⁹.

In dottrina e tra gli addetti ai lavori, è stato da più parti sottolineato come, misurare l’efficienza e la produttività degli uffici giudicanti civili richieda uno *screening* preliminare e accurato, non solo degli obiettivi assegnati, ma anche degli “indicatori” performanti. Certamente, tra gli indicatori rilevanti per misurare l’efficienza degli uffici vanno annoverati: il tempo di definizione dei procedimenti; il numero dei procedimenti in pendenza da più di tre anni; il “*clearance rate*”, dato dal rapporto tra il numero dei procedimenti definiti e il numero di procedimenti sopravvenuti in un dato periodo⁶⁰.

Riceve sempre più consenso l’idea che le riforme di settore, volte a incentivare il raggiungimento dei giudizi civili in forma diversa dalla sentenza, devono prendere seriamente in considerazione meccanismi per censire in maniera ufficiale e centralizzata i cd. flussi deflattivi dei giudizi civili e fare in modo che questi risultino nell’accertamento statistico del lavoro giudiziario.

L’intera struttura informatica ministeriale dev’essere implementata in modo da rilevare e misurare anche la definizione delle controversie *ex art. 185-bis* c.p.c. e nelle ipotesi di mediazione delegata, giacché in tali ipotesi la risoluzione della

⁵⁸ Cfr. Il Protocollo BDDC, su www.giustizia.bari.it/buone_prassi_menu.aspx.

⁵⁹ Cfr. art. 4, comma 1- bis, D.lgs. n. 28/2010, introdotto dal cd. “decreto del fare”, che prevede, appunto, un apposito e mirato monitoraggio statistico.

⁶⁰ M. Delia, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo civile e nella programmazione del PNRR*, in *Questione Giustizia*, n.3/2021, reperibile su <https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/le-adr-nei-moduli-organizzativi-del-processo-civile-e-nella-programmazione-del-pnrr>.

controversia è dovuta alle competenze del magistrato e incide virtuosamente sui marcatori di efficienza, di cui sopra.

Diversamente, si rischia di penalizzare il magistrato in sede di valutazione, poiché non è possibile ottenere una rappresentazione esauriente e attendibile sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo del lavoro svolto ai fini della risoluzione della controversia alternativa all'aggiudicazione. Peraltro, ciò sarebbe negativo anche per i dirigenti degli uffici e per i vari attori incaricati formalmente di valutare le *performances* e i flussi definitivi, per la difficoltà di avere a disposizione dati statistici esaurienti e ragionati da impiegare per la verifica dei risultati e la programmazione degli obiettivi. Inoltre, ove non si desse spazio alla rilevazione statistica di tali esiti come "definitivi", i giudici e gli uffici potrebbero essere indotti a preferire la conclusione "tradizionale" del giudizio con la sentenza, con evidente aggravio di tempi e costi, pubblici e privati.

Per tali ragioni il Progetto BDDC ha avuto due linee direttrici: l'innovazione delle tecnologie informatiche e la formazione del personale dell'Ufficio.

Il gruppo di lavoro, composto da giudici, esperti informatici e cancellieri – grazie alle diverse competenze presenti – è stato capace di individuare un sistema articolato per fasi.

Il monitoraggio si è basato tecnicamente sull'associazione, compiuta dal gruppo di lavoro, fra la proposta conciliativa e l'effettiva definizione "alternativa" del fascicolo, ivi comprese le formule di estinzione, cancellazione, catalogazione e abbandono della causa, tutte indipendenti dalla sottoscrizione in udienza di un verbale di conciliazione⁶¹.

Gli *steps* che occorre seguire per la rilevazione informatica delle ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.* e delle "definizioni alternative" sono illustrati in un Vademecum, elaborato al fine di dare ampia diffusione al modello proposto e di renderlo replicabile in altri uffici, così come in effetti è stato fatto. La diffusione e condivisione del Vademecum fra gli uffici e i giudici è avvenuta con modalità "smart", quali l'impiego di *screenshots* e *video tutorials*, e modalità più tradizionali, quali riunioni periodiche.

È indispensabile che il successo derivante dall'applicazione dell'innovazione nell'organizzazione delle attività lavorative e l'onere, in termini di impegno e tempo a ciò dedicato dal personale, trovi riscontro nella valutazione delle *performances*. Si tratta di personale (cioè di persone) pronto a investire nella conversione (digitale e non solo), per cui un tale cambiamento dev'essere necessariamente considerato un dato cruciale da controllare e inserire nelle statistiche ufficiali, ove l'intento sia quello di incoraggiare i giudici e l'intero personale del comparto giustizia al

⁶¹ M. Delia, *cit.*

cambiamento, verso strumenti di risoluzione delle controversie diversi dall'aggiudicazione con sentenza.

Il legislatore istituzionalizza, con la riforma in commento, l'attività di formazione sulla mediazione per i giudici e, al contempo, promuove quest'attività così come la risoluzione delle controversie mediante forme di mediazione e conciliazione, sulla scia di quanto suggerito anche dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) nell'ambito dell'iniziativa «*Mediation Awareness Programme For Judges ensuring the efficiency of the Judicial Referral to mediation*» ed al «*Mediation Development Toolkit Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation*»⁶².

L'occasione potrebbe essere quella giusta per “portare a sistema” il modello del progetto BDDC, accompagnato da un percorso formativo multidisciplinare, da realizzarsi mediante seminari e laboratori, per formare i giudici ad acquisire un linguaggio più consono alla gestione (mite) del conflitto e ad utilizzare lo strumento della banca dati digitale, strutturata in modo tale da classificare a seconda delle aree di interesse, documenti quali ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.*, ordinanze di mediazione demandata e verbali di conciliazione, provenienti dai vari uffici giudiziari che si distinguono per il loro valore di “casi studio paradigmatici”.

La formazione specifica e la consultazione della banca dati digitale tematica sono iniziative capaci di migliorare le cd. “*soft skills*” del personale giudicante per quanto concerne le tecniche di mediazione, l'uso del linguaggio adeguato, la redazione delle motivazioni delle ordinanze *ex art. 185-bis c.p.c.* e di mediazione delegata.

Sarebbe opportuno che il nuovo personale sia assegnato all'interno dell'Ufficio del Processo nelle singole sezioni anche a svolgere mansioni connesse a queste attività. Il gruppo di lavoro, composto anche da magistrati, giudici onorari e personale di cancelleria, e coordinato dal presidente di sezione o da un magistrato togato da lui delegato, dovrebbe decidere il prelievo, dai ruoli d'udienza, delle cause più adatte al percorso “alternativo” o *ratione materiae* o in ragione del superamento dei parametri secondo quanto previsto dalla legge Pinto.

I tirocinanti, sotto il coordinamento dei magistrati all'interno dell'UPP, studierebbero i fascicoli, gli atti processuali, la documentazione istruttoria, redigerebbero relazioni sulle questioni di fatto e di diritto più rilevanti, mentre sarebbe demandata al giudice la valutazione circa la possibile via di risoluzione alternativa della controversia.

Il compito dei tirocinanti sarebbe, inoltre, facilitato dall'attività di *data collection* e catalogazione dei precedenti a base conciliativa, nonché dall'osservazione e dalla comparazione dei dati estrapolati in fattispecie analoghe, che favorirebbe la

⁶² On line, su www.coe.int/en/web/cepej/mediation-tools.

conciliazione⁶³: i tirocinanti redigerebbero una bozza dell'ordinanza di conciliazione *ex art.* 185 c.p.c., o una proposta conciliativa *ex art.* 185-*bis* c.p.c. o *ex art.* 420 c.p.c., ovvero di mediazione delegata e, nella predisposizione delle bozze, sarebbero facilitati dai modelli digitali di riferimento contenuti nella banca dati.

La soluzione praticata con l'UPP conciliativo potrebbe consentire all'apparato della giustizia civile maggiore efficienza e un minore dispendio sia in termini di denaro che di tempo, seppure il modello proposto implica il rischio di parcellizzare eccessivamente l'attività giurisdizionale e di minare il principio di unicità del processo e del giudizio, ove poi la conciliazione non avvenga.

In effetti, anche altri ordinamenti europei mostrano rinnovato interesse verso la mediazione endo-processuale e riconoscono il valore della volontarietà della mediazione e della giustizia partecipata. Addirittura, in Francia è stato istituito un gruppo di lavoro⁶⁴, con l'obiettivo di valutare la possibilità di introdurre la mediazione anche per i giudizi pendenti innanzi alla Cassazione. Nel Rapporto si valuta positivamente la possibilità di fare entrare la mediazione attraverso “le porte” della Corte di Cassazione, seppure con opportune modifiche legislative in considerazione delle peculiarità che contraddistinguono le procedure proprie del giudizio in Cassazione.

La *ratio* sottesa è favorire la pacificazione delle relazioni sociali nella loro dimensione di rapporti di lunga durata. È autoevidente che le parti sono in lite, ma si vuole sottolineare come spesso il processo non sia una soluzione nel breve termine. Perfino il giudizio in Cassazione può non essere conclusivo e tradursi in una decisione che li condurrà ad un rinvio al giudice del merito.

Sotto questo profilo, la *médiation judiciaire* (mediazione demandata dal giudice con il consenso delle parti), anche nella fase del ricorso in Cassazione, potrebbe rappresentare un'opportunità per le parti per gestire la controversia, promuovere il dialogo e arrivare ad una soluzione condivisa, piuttosto che “ripartire dal via nel gioco dell'oca” ovvero dal giudice del rinvio.

⁶³ M. Delia, *cit.*

⁶⁴ Per un esame approfondito de «La médiation devant la Cour de cassation», si veda M. Marinaro, *La mediazione demandata dalla “Cour de cassation” e il “Conseil national de la médiation”. Nuove prospettive per la médiation judiciaire in Francia e spunti di riflessione per la riforma della mediazione italiana*, in *Giustizia insieme*, 26 luglio 2021 (<https://www.giustiziainsieme.it/en/processo-civile/1887-spunti-di-riflessione-per-la-riforma-della-mediazione-italiana?hitcount=0>).

4. *Negoziazione assistita*

La negoziazione assistita da avvocati è stata avviata con dl n. 132/2014 mostrando i migliori risultati in materia di separazioni e divorzi⁶⁵, mentre ha avuto poco successo, pur costituendo condizione di procedibilità⁶⁶, in altre materie⁶⁷.

La riforma prevede l'estensione del campo di applicazione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro, di cui all'art. 409 c.p.c. È obbligatoria l'assistenza tecnica dell'avvocato e, se ritenuta opportuna dalla parte, è possibile l'assistenza del consulente del lavoro. In ogni caso, la scelta della negoziazione assistita non implica che sia assolta la condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁶⁸ e, comunque, all'eventuale accordo deve essere assicurato il regime di stabilità, di cui all'art. 2113, comma 4, c.c. Pertanto, l'accordo conciliativo raggiunto tra il lavoratore (subordinato e parasubordinato) e il datore di lavoro, all'interno di una negoziazione assistita da avvocati, sarà equiparato, in termini di stabilità, agli accordi raggiunti in una sede tutelata con l'assistenza dei sindacati e dei datori di lavoro. Si tratta di una novità che potrebbe avere delle ricadute notevoli, confermando il *trend* più generale nella direzione di una progressiva liberalizzazione privatistica delle forme di tutela, affidate agli avvocati e ai consulenti del lavoro, piuttosto che al *munus publicum*. Ciò pone delicatissime questioni riguardanti il rispetto degli obblighi deontologici dei professionisti, in tema di piena applicazione delle norme sostanziali di protezione.

Per l'altrettanto delicata materia del diritto delle persone e della famiglia, il legislatore mira a favorire il ricorso alla negoziazione assistita anche per la regolamentazione di accordi tra genitori per il mantenimento dei figli e per la modifica delle condizioni già determinate⁶⁹.

Per standardizzare e agevolare l'intero procedimento la scelta è stata adottare un modello unico di convenzione di negoziazione assistita predisposto dal Consiglio Nazionale Forense⁷⁰. La procedura vedrà una fase di attività istruttoria, definita "di istruzione stragiudiziale", che dovrà svolgersi nel rispetto del principio del contraddittorio e di altri principi fondamentali⁷¹, "...consistente nell'acquisizione delle dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della

⁶⁵ Cfr. art. 6 dl n. 132/2014.

⁶⁶ Cfr. art. 3 dl n. 132/2014

⁶⁷ A.M. Tedoldi, *Le ADR nella delega per la riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia*, n. 3/2021, 7.

⁶⁸ Art. 1, comma 4, lettera q), Legge delega 206/21.

⁶⁹ Art.1, comma 3-5, lettera b), Legge delega 206/21. In dottrina, sulle peculiarità della negoziazione assistita nelle controversie familiari, si veda G. Giaimo, *Status coniugale e volontà delle parti nella crisi della famiglia. brevi note comparatistiche in tema di negoziazione assistita*, in *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, 2015, 1517-1530; G. Giaimo, *Negoziazione assistita nelle controversie familiari e difesa personale della parte. Appunti comparatistici*, in *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, n.4/2016, 1052-1061.

⁷⁰ Art.1, comma 4, lettera r), Legge delega 206/21.

⁷¹ Art.1, comma 4, lettera t), Legge delega 206/21.

controversia e nella richiesta alla controparte di dichiarare per iscritto, ai fini di cui all'articolo 2735 c.c., la verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte richiedente⁷².

In tal senso, la Legge delega pone l'attenzione sulla necessità di prevedere:

- 1) le garanzie per le parti e i terzi in merito alle modalità di verbalizzazione delle dichiarazioni, compresa la possibilità per i terzi di non renderle, prevedendo misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine della loro acquisizione;
- 2) le sanzioni penali per chi rende dichiarazioni false e le conseguenze processuali per la parte che si sottrae all'interrogatorio, consentendo al giudice di tener conto della condotta ai fini delle spese del giudizio ed *ex artt.* 96 e 642, comma 2, c.p.c.;
- 3) l'utilizzabilità delle prove raccolte nel successivo giudizio avente ad oggetto l'accertamento degli stessi fatti, fatta salva la possibilità per il giudice di disporre la rinnovazione;
- 4) con riguardo al successivo giudizio, una maggiorazione del compenso previsto per la fase istruttoria o di trattazione dal regolamento di cui al decreto del Ministro della giustizia 10 marzo 2014, n. 55, in misura non inferiore al 20 per cento, per gli avvocati che abbiano fatto ricorso all'istruttoria stragiudiziale, salvo che il giudice non rilevi il carattere abusivo o la manifesta inutilità dell'accesso all'istruzione stragiudiziale oppure non ne disponga l'integrale rinnovazione;
- 5) che il compimento di abusi nell'attività di acquisizione delle dichiarazioni costituisca per l'avvocato grave illecito disciplinare, indipendentemente dalla responsabilità prevista da altre norme⁷³.

La riforma modifica l'art. 6 l. n. 162/2014, stabilendo che: (i) gli accordi raggiunti a seguito di negoziazione assistita possono contenere anche patti, aventi ad oggetto il trasferimento di diritti su beni immobili; (ii) il giudizio di congruità *ex art.* 5, comma 8, l. n. 898/1970 sia effettuato dai difensori con la certificazione dell'accordo delle parti; (iii) gli accordi muniti di autorizzazione siano conservati, in originale, presso l'Ordine degli Avvocati⁷⁴ che ne rilascia copia autentica alle parti, ai difensori e ai terzi interessati; (iv) i legali siano soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria qualora violino l'obbligo di trasmissione⁷⁵.

Dunque, negli accordi di separazione, divorzio o scioglimento dell'unione civile, stipulati mediante negoziazione assistita da avvocati, vi sarà la possibilità di inserire anche l'ipotesi di trasferimenti immobiliari, con efficacia però meramente obbligatoria. Ad ogni modo, tuttavia, l'effetto traslativo si consegnerà soltanto con

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Art. 11, dl, 12 settembre 2014, n. 132.

⁷⁵ Sul punto, v. quanto previsto dall'art. 6, comma 4, dl, 12 settembre 2014, n. 132, a proposito delle sanzioni a carico dell'avvocato.

la stipula dell'atto presso il notaio o, in caso di inosservanza dell'obbligo, si potrà agire *ex art. 2932 c.c.*, così da trasferire la proprietà del bene immobile con sentenza costitutiva.

Inoltre, al coniuge o al partner dell'unione civile che non disponga di risorse sufficienti o che, comunque, non si trovi, per motivi oggettivi, nella condizione di procurarsele, potrà essere versata, in un'unica soluzione, una somma *una tantum*, la cui congruenza sarà attestata dai legali che assistono le parti e sottoscrivono l'accordo. La quantificazione della somma dovuta dovrà avvenire secondo i parametri previsti dall'art. 5, comma 6, l. n. 74/1987., tenendo conto anche del recente *revirement* delle sezioni unite⁷⁶. L'assolvimento dell'obbligo di mantenimento, attraverso il pagamento della *somma una tantum*, esclude ovviamente qualunque successiva domanda di contenuto economico⁷⁷.

Il legislatore prevede anche la possibilità d'includere patti di trasferimento immobiliare con efficacia obbligatoria nell'accordo di separazione o divorzio negoziato con l'assistenza dei legali, e l'ipotesi di attribuire a questi ultimi la determinazione di congruità sull'assegno di mantenimento. Si tratta, indubbiamente, di interventi dal profilo innovativo che vanno accolti in modo favorevole. Ed infatti, essi mirano a risolvere questioni a lungo controverse e confermano la funzione di "definizione della controversia" ovvero sia la idoneità dell'accordo, raggiunto attraverso la negoziazione, a sostituire la sentenza del giudice relativamente alla determinazione degli effetti economici derivanti dalla rottura del *ménage*. Più delicate sono invece le valutazioni da compiersi rispetto all'istruttoria al di fuori del giudizio riutilizzabile all'interno del processo. Da un lato, infatti, si riduce la fase di trattazione, ma chiaramente, dall'altro, diminuiscono le garanzie difensive e il contraddittorio che, di fatto, sono consegnati alle abilità e nelle mani dei difensori, così come avviene in parte nei sistemi di *common law*, inglese e statunitense, nella fase *pre-trial*.

Tuttavia, la cultura *adversary* del modello processuale di *common law*⁷⁸ è ontologicamente fondata su precise e tradizionali regole che informano l'acquisizione delle prove prima del processo, peculiari *duties of disclosure*⁷⁹, ai fini

⁷⁶ Cass., sez. unite, 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671, con note di G. Casaburi, *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»*, e di M. Bianca, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*, e in *Foro it.*, 2018, I, c. 3605 (m), con note di F. Macario, *Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio*, e di A. Morace Pinelli, *L'assegno divorzile dopo l'intervento delle sezioni unite*.

⁷⁷ Cfr. art. 5, comma 8, l. n.74/1987.

⁷⁸ Per un'analisi approfondita, L. Moccia, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, 2005, 300 ss; V. Varano-V. Barsotti, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 287 ss.

⁷⁹ J. Friedenthal - M.K. Kane - A. Miller, *Civil Procedure*, 2015, St. Paul, 380 ss.

della condivisione della prova acquisita, accompagnati da poteri di *discovery*⁸⁰, che hanno come contrappesi, per garantire la *fairness* delle parti e dei loro avvocati⁸¹, i cd. *statements of truth*⁸². Le condotte irrispettose del dovere di *fairness* nell'acquisizione e condivisione delle prove sono punite attraverso sanzioni penali e disciplinari, riferibili alla dottrina del cd. *contempt of court*⁸³.

Seppure, occorre rilevare che queste tradizionali caratteristiche, così come la ricostruzione incentrata su una eccessiva polarizzazione del modello *adversary* nel *common law* e inquisitorio nel *civil law*, utile ai fini didattici, rischia di essere fuorviante se non si tiene conto, da un lato, dell'evoluzione dei modelli processuali e, dall'altro, delle caratteristiche profonde dei modelli⁸⁴.

Ciò che qui forse maggiormente va individuato come demarcatore sistemologico è un'impostazione tributaria di modelli, categorie dogmatiche e strumenti, che si allontanano dal principio, invece diffuso nel nostro ordinamento, per cui *nemo tenetur edere contra se*.

Ad un'attenta analisi applicare un modello *adversary*, senza alcun coordinamento da parte di un soggetto terzo (giudice, arbitro, mediatore o altro), di fatto permette che la formazione delle prove e le dichiarazioni rese si acquisiscano nel successivo processo e, dunque, pone rischi di distorsione dell'istituto della negoziazione e delle finalità conciliative. La negoziazione assistita dovrebbe rimanere estranea rispetto all'apparato processuale ed alla dialettica che si sviluppa tipicamente davanti a un giudice. Così come per la mediazione⁸⁵, vanno assicurati e difesi la *privacy* e i divieti di utilizzare le dichiarazioni e le attività anche istruttorie proprie della fase stragiudiziale⁸⁶. Diversamente, sarà difficile garantire un dialogo effettivo e fattivo tra le parti, le quali, anche se attraverso incontri separati, avranno sempre il timore di compromettere la propria posizione e i propri interessi.

Se si intende davvero favorire la soluzione conciliativa della lite non si può prescindere dalla protezione della *privacy* e dal divieto di successiva utilizzazione

⁸⁰ In seguito di una riforma del 2000 della Rule 26 a), che ha introdotto la c.d. *disclosure*, le parti sono obbligate a scambiarsi alcune informazioni e prove rilevanti anche prima della *discovery request* di controparte. Non è questa la sede per approfondire. Si rinvia a K. Clermont, *Civil procedure*, St. Paul, 2012, 81-85. L. Passanante, *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 1353 ss.

⁸¹ Sul ruolo degli avvocati, si veda A.T. von Mehren, *Law in the United States*, Cambridge, 2007.

⁸² J.H. Wigmore, *Wigmore on Evidence: Evidence in Trials at Common law*, New York, 1985.

⁸³ Si tratta del potere del giudice di sanzionare i comportamenti che violano un ordine del giudice o regole processuali, attraverso pene pecuniarie o detentive. Cfr. M.G. De Rossi, *Il contempt of court e la specific performance nel diritto inglese*, Roma, 1934; A. Frignani, *L'injunction nel diritto inglese e l'inibitoria nel diritto italiano*, Milano, 1974; L. Moccia, *op. cit.*, 2005, 217-275; M. Taruffo, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro It.*, 2001, vol. 124, n.11, 345 ss.

⁸⁴ Cfr. U. Mattei, E. Ariano, *Il modello di common law*, Torino, 2018, 299.

⁸⁵ Artt. 9 e 10 D.lgs. n. 28/2010.

⁸⁶ Art. 9 dl n. 32/2014.

che caratterizzano le ADR. Ciò vale soprattutto in materie delicate come il diritto di famiglia e del lavoro.

Altro aspetto problematico attiene alle spese ed ai costi della negoziazione, ma soprattutto ai rapporti tra la condotta tenuta durante la procedura extragiudiziale e le decisioni del giudice che possono derivare dalla valutazione di tale condotta.

Il principio per cui le spese seguono la soccombenza, quindi chi agisce o resiste in giudizio ha diritto a non sopportare i costi necessari per vedere riconosciute le proprie ragioni, ha subito negli anni, da Chiovenda in poi, notevoli ridimensionamenti e non può più essere considerato come il principio guida, essendo stato sostituito da un'idea di responsabilità fondata, invece, sulla cattiva gestione o abuso del processo. Tuttavia, non è possibile applicare tale ultima impostazione in sede di negoziazione assistita. In altri termini, le valutazioni che possono formularsi rispetto all'abuso del processo, alle scorrettezze negli atti di causa e, più in generale, ai comportamenti assunti nel processo, non sono direttamente riproducibili rispetto alle valutazioni e alle condotte adottate in sede stragiudiziale: qui, la parte dovrebbe avere la libertà di negoziare in piena autonomia, senza il timore che il giudice valuti il diniego a negoziare come motivo di responsabilità aggravata o di concessione della provvisoria esecutività di un decreto ingiuntivo⁸⁷. Questa disciplina delle «conseguenze processuali», che era già vigente prima della riforma in commento, viene ora estesa alla parte che si sottrae all'interrogatorio stragiudiziale, chiesto dalla controparte allo scopo di ottenere una confessione in sede di negoziazione.

Sembrirebbe che il legislatore della riforma sia caduto nell'errore di applicare gli istituti tipici del processo fuori dal loro ambito, distorcendone *ratio* e funzione.

5. Conclusioni

Il legislatore della riforma in commento sembra voler seguire il famoso paradigma della *multidoor courthouse* di Frank Sander, richiamato all'inizio di questo lavoro.

Ma l'intenzione è stata correttamente tradotta nelle norme e troverà attuazione nella prassi? Oppure rischiamo di aver respinto una parte di cittadini fuori dalla porta, di averli allontanati dall'edificio? Di rendere loro l'accesso ancora una volta molto complicato e costoso? Di aver precluso l'ingresso principale, inducendoli ad un ingresso secondario?

Volendo tentare, non tanto di dare risposta definitiva agli interrogativi aperti e retorici sopra formulati, quanto piuttosto di tratteggiare possibili scenari futuri, va

⁸⁷ Art. 4, comma 1, l. n. 162/2014.

ribadito che la riforma, oltre ai criteri direttivi relativi al procedimento, contiene anche disposizioni in materia di formazione per mediatori e formatori⁸⁸.

Per gli Organismi di Mediazione si richiedono nuovi e più elevati *standards* nella prestazione dei servizi offerti⁸⁹. Il tutto, però, corre l'obbligo di sottolinearlo con forza «senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica»⁹⁰.

Il disegno di riorganizzazione delle ADR nell'ambito della giustizia civile, pensato in esecuzione del PNRR, è molto ambizioso e potrebbe essere foriero di un cambio di passo assai significativo rispetto alle precedenti riforme, che si sono sempre (o quasi sempre) limitate a modificare i riti processuali.

L'ambizione della riforma passa attraverso un percorso strategico che cerca di affrontare i sistemi di gestione degli uffici e trasformare la giurisdizione civile⁹¹.

È certamente problematico trovare un compromesso tra l'esigenza di diminuire la mole di lavoro per l'amministrazione ed i giudici e la necessità irrinunciabile di garantire un accesso alla giustizia effettivo. L'introduzione di *bonus* economici e incentivi fiscali è certamente una delle vie per spronare le persone alla protezione dei propri diritti e interessi già in sede stragiudiziale, soprattutto in un momento storico nel quale le difficoltà economiche di molti, sono state aggravate dalla crisi pandemica ed economica e le persone non sono nelle condizioni di affrontare le spese di giustizia e il pagamento di una difesa tecnica di fiducia.

Peraltro, da un punto di vista finanziario, la *chance* di investire in spese legali stragiudiziali, che possono essere rimborsate attraverso gli incentivi fiscali, potrebbe tradursi in un maggior potere d'acquisto e contribuire al rilancio dell'economia nazionale, incidendo positivamente in termini di crescita del Pil nel futuro prossimo.

Sotto altro e differente profilo, invece, desta qualche perplessità la tendenza a trasferire a soggetti esterni al potere giudiziario *munera* tradizionalmente riservati alla funzione giurisdizionale, seppure prevedendo misure a garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa (art. 111 Cost.). Si fa riferimento ai poteri degli

⁸⁸ V. art.1, comma 4, lettera l), Legge delega 206/21.

⁸⁹ In particolare, in termini "di qualità e trasparenza del procedimento di mediazione, anche attraverso la revisione dei criteri indicatori dei requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici o privati per l'abilitazione a costituire gli organismi di mediazione di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28". Così l'art.1, comma 4, lettera l), Legge delega 206/21; e anche nuovi "criteri di valutazione dell'idoneità del responsabile dell'organismo di mediazione, nonché degli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione", art.1, comma 4, lettera m), Legge delega 206/21.

⁹⁰ Art.1, comma 4, lettera l), Legge delega 206/21.

⁹¹ C. Castelli, *Giustizia: andare oltre il PNRR*, in *Questione Giustizia*, 5 maggio 2021, on line su www.questionegiustizia.it/articolo/giustizia-andare-oltre-il-pnrr.

avvocati in sede di negoziazione assistita⁹² ed alle novità già illustrate in seno alla procedura di mediazione, sul presupposto (non scontato) che gli attori coinvolti operino con competenze qualificate, specifiche attitudini e in tempi più ragionevoli di quelli della giurisdizione.

Dunque, ulteriore presupposto, non scontato, è dotare questi attori di uno strumentario adeguato alla bisogna, sia gli operatori che abitualmente si occupano di controversie nelle aule di udienza, sia coloro i quali si affacciano e iniziano gradualmente ad acquisire le abilità proprie della “dimensione alternativa”.

Per assecondare queste epocali trasformazioni, occorrerà, oltre alla tanto acclamata e declamata “conversione digitale”, una conversione nelle metodiche di lavoro: accanto alle banche dati ragionate, agli archivi di precedenti giurisprudenziali organizzati per materia e per territorio, sarà fondamentale una straordinaria attitudine di apertura al cambiamento, che non è affatto scontata.

Gli strumenti digitali contribuiranno, si spera, ad innalzare la qualità del servizio giustizia ed a garantire una maggiore predittività della decisione e, dunque, un certo grado di certezza del diritto attraverso la conoscibilità della decisione e la pronta e certa reperibilità del precedente giurisprudenziale. Inoltre, incrementando il contenuto delle banche dati, la diffusione degli orientamenti giurisprudenziali sarà maggiore e ciò dovrebbe agevolare il lavoro di motivazione dei provvedimenti, riducendo i tempi necessari a renderli⁹³. Ciò in parte è senz’altro vero, tuttavia ci avviciniamo sempre di più al modello della prassi di seguire il precedente giudiziale ed alle indicazioni di quei tanto famosi e criticati “Rapporti Doing Business”⁹⁴, di cui si è detto in premessa, e di una presunta ed apodittica affermazione di maggiore efficienza, se non superiorità culturale, del modello di *common law*⁹⁵.

Prevedibilità e certezza sono valori che concorrono a garantire la parità di trattamento dei cittadini davanti alla legge, preconditione di un giusto processo di

⁹² Sul ruolo, delicatissimo, dell’avvocato nella procedura di negoziazione assistita nelle controversie familiari, si veda G. Giaimo, *Norme imperative e negoziazione assistita nelle controversie familiari. Il ruolo degli Avvocati e del Pubblico Ministero*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n. 4/2016, 1066-1076.

⁹³ U. Mattei – L. Nader, *Il saccheggio. Regime di legalità e trasformazioni globali*, Milano, 2010.

⁹⁴ Al primo rapporto, The World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation*, Washington, 2004, ne sono seguiti molti altri, poi entrati nell’occhio del ciclone per diverse buone ragioni connesse alla loro redazione, agli autori ed ai fini per cui sono stati pensati. Si veda, però, la nuova iniziativa della Banca Mondiale, *Business Enabling Environment*, on line su www.worldbank.org/en/programs/business-enabling-environment. Cfr. K.E. Davis – B. Kingsbury -S. Engle Merry, *Indicators as a technology of global governance*, in K.E. Divis - A. Fisher - B. Kingsbury - S. Engle Merry (a cura di), *Governance by Indicators. Global Power through quantification and ranking*, Oxford, 2012, 3 ss.; F. Moretti - D. Pestre, *Bankspeak: The language of World Bank reports*, in *New Law Review*, n.92/2015, 75.

⁹⁵ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, 126-128; 172 e ss.; e *ivi*, sul cd. “mercato delle riforme”, 177.

durata ragionevole⁹⁶, ma non sono valori assoluti. Non si può abdicare dalla “giustizia del caso concreto”, dall’approccio *case by case*, che richiede un diverso modo di contemperare gli interessi confliggenti alla luce degli elementi di fatto e di diritto che caratterizzano il singolo caso, sia che questo trovi definizione nel circuito giurisdizionale, sia che questo venga risolto stragiudizialmente.

Va arginata la deriva che vede uno sbilanciamento eccessivo verso l’unico obiettivo dell’efficienza economica, in funzione del valore assoluto della durata ragionevole del “giusto processo” civile. I metodi aziendalistici noti come LIFO e FIFO (“*Last In First Out*”, “*First In First Out*”) ricorrono molto frequentemente⁹⁷, anche nel PNRR, applicando un approccio meramente efficientista ai problemi della giustizia civile. Tuttavia, occorre sempre ricordare che l’obiettivo principale è e resta sempre la tutela dei diritti soggettivi, specie se indisponibili, che non sempre è facilmente conciliabile con l’impianto di valutazione dei risultati degli uffici amministrativi, con una durata dei processi calcolata e considerata in termini meramente statistici e quantitativi. Poiché c’è da considerare l’aspetto qualitativo: il contenuto dei provvedimenti, la complessità nella ricostruzione dei fatti, delle questioni di diritto rilevanti e delle soluzioni giuridiche adottate per fare giustizia nel caso concreto⁹⁸. Qualcuno, forse esagerando ma con immagini fortemente evocative, ha richiamato uno scenario apocalittico da *Metropolis* di Fritz Lang o da *Modern Times* di Charlie Chaplin, da adeguare al quadro socio-economico postmoderno da terziario avanzato, fondato «su logiche performative che coinvolgono l’intero essere umano, nel corpo, nella mente e nell’anima»⁹⁹.

La giustizia predittiva e gli applicativi dell’intelligenza artificiale¹⁰⁰ sono da valutare positivamente, purchè non vadano a detrimento della “dimensione

⁹⁶ Sugli algoritmi predittivi vd. L. Viola, *Giustizia predittiva e interpretazione della legge con modelli matematici*, atti del Convegno presso Istituto dell’Enciclopedia Italiana Treccani, Milano, dicembre 2019. Con uno sguardo più ampio sulla funzione mai neutra di indicatori ed algoritmi, F. Pasquale, *Black box society: the secret algorithms that control money and information*, Cambridge, 2015; M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019, on line su https://arts.units.it/retrieve/handle/11368/2951861/286060/10320.5_Infantino_online.pdf; Id., *Les comparatistes et les indicateurs juridiques globaux: choix et défis*, in *Revue internationale de droit comparé*, n.1/2020, 47 ss.

⁹⁷ Cfr. «Misurare la performance dei tribunali», nell’ambito dei lavori dell’«Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull’economia delle riforme della giustizia», on line su www.giustizia.it/resources/cms/documents/Performance_tribunali_italiani_settore_civile.pdf.

⁹⁸ F. Pasquale, *The new law of robotics. Defending human expertise in the age of AI*, Cambridge, 2020.

⁹⁹ A.M. Tedoldi, *cit.*, 2.

¹⁰⁰ C. Pilia, *L’intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR*, in *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022, vol. 1, 857-884; I. Cardillo, *Disciplina dell’intelligenza artificiale e intelligentizzazione della giustizia in Cina*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, n.3/2022, 139-167. Una recente sperimentazione di un “assistente virtuale” vede la collaborazione dell’Università degli Studi di Salerno e della Corte d’Appello di Salerno e sarà sperimento in altri distretti di Corte d’Appello in Puglia e Calabria, cfr. https://napoli.repubblica.it/cronaca/2023/02/02/news/salerno_in_tribunale_arriva_lassistente_virtuale_cosi_linte_lligenza_artificiale_aiutera_i_magistrati-386185715/; ed anche l’intervista al Professore Salvatore Sica,

umana” della singola controversia¹⁰¹. È condivisibile la sperimentazione di strumenti di intelligenza artificiale per rendere anonimo il provvedimento, così da eliminare direttamente i dati e le informazioni personali da cui potrebbe risalirsi alle generalità del soggetto, evitando di svolgere tale operazione manualmente. Più problematico, invece, appare l’impiego di tali tecnologie per elaborare gli *abstracts* dei provvedimenti giurisdizionali, o per organizzare la giurisprudenza anche ai fini della sua riutilizzabilità.

Peraltro, tutto ciò presuppone, come già evidenziato, che l’intera struttura e, dunque, il personale, lavori all’insegna della collaborazione e del lavoro di squadra e che, in quest’ottica, migliori e cresca anche grazie all’utilizzo degli strumenti tecnologici e all’ausilio del personale tecnico specializzato: ingegneri e tecnici informatici, statistici sociali, programmatori, *webmasters*.

Il Ministero della giustizia ha previsto una massiccia immissione di giovane personale con formazione giuridica in un contesto che si presenta molto rinnovato, ma non bastano i giuristi. Se il modello è quello tracciato, servono saperi tecnici diversamente orientati e complementari.

Per quanto più riguarda i sistemi di ADR, suscita notevole perplessità la scelta di estendere ad altre aree l’obbligatorietà della mediazione, come condizione di procedibilità dell’azione. Si è già accennato in altre parti di questo contributo, ma si vuole ribadire in sede conclusiva, che tale obbligatorietà ha come *ratio* quella di offrire alle parti una diversa via di soluzione della controversia, così da dare occasione ai litiganti di verificarne le potenzialità e provarne i benefici. Tuttavia, l’obbligatorietà trova senso e giustificazione in una situazione di completa ignoranza circa lo “strumento alternativo”, non dopo un decennio (dal 2010) o un ventennio (dal 2003) dalla sua introduzione nell’ordinamento giuridico.

In particolare, la mediazione civile e commerciale dal 2010 costituisce condizione di procedibilità per una vasta tipologia di liti. Per alcune materie, quali condominio, locazione e diritti reali, contratti bancari e assicurativi, i risultati sono stati soddisfacenti; mentre, per molte altre, l’obbligatorietà del tentativo ha soltanto avuto l’effetto di rinviare il ricorso al giudice. Già gli esiti dei monitoraggi pregressi avrebbero dovuto suggerire un diverso approccio, alla luce dell’elevato numero di procedure di mediazione obbligatoria con “verbale negativo al primo incontro” e spesso senza che la controparte si presenti¹⁰².

pubblicata su <https://www.ildubbio.news/giustizia/bene-lintelligenza-artificiale-ma-non-si-potra-mai-fare-ameno-dellavvocato-15r4n54s>.

¹⁰¹ W. Barfield – U. Pagallo, *Advanced introduction to law and artificial intelligence*, Cheltenham, Northampton, 2020.

¹⁰² Cfr. i dati pubblicati su www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14.page?selectedNode=0_10_3_2.

Come sopra analizzato, inoltre, potenziali *legal irritants*¹⁰³ sono rappresentati dal trasferimento in sede processuale delle risultanze istruttorie proprie della fase stragiudiziale: “produrre in giudizio la relazione tecnica effettuata all’interno del procedimento di mediazione”¹⁰⁴ ; “svolgere attività istruttoria stragiudiziale nel corso della negoziazione assistita, utilizzabile nel giudizio iniziato, riassunto o proseguito dopo la negoziazione”¹⁰⁵. In tali ipotesi, è richiesto l’accordo delle parti ed è più che verosimile che queste ultime verranno indirizzate in tale direzione dai propri legali¹⁰⁶, al fine di ridurre le spese e di abbreviare i tempi di un successivo eventuale giudizio. In proposito, va rilevato che le parti accettano lo svolgimento di atti esportabili, prima ancora di conoscerne gli esiti. Già in passato, alcune pronunce di merito¹⁰⁷ e il CNF¹⁰⁸ avevano inteso istituzionalizzare tale prassi. Tuttavia, come già accennato, ciò lede i fondamentali principi di spontaneità e riservatezza, che dovrebbero caratterizzare le procedure di ADR. Orbene, l’abc della formazione per un mediatore è: imparare che la soluzione del conflitto, fuori dal processo, non passa attraverso l’aggiudicazione di un bene giuridico a Tizio piuttosto che a Caio – per esempio, in virtù della sua distanza dal confine e della sua natura pertinenziale rispetto ad un bene principale – quanto piuttosto dalla capacità di sondare le dinamiche interne al conflitto; di comprendere i reali interessi delle parti, che non necessariamente corrispondono ai loro diritti; di individuare le necessità reali e non palesate e sperimentare soluzioni che possano accontentarli. Non tutto, in queste dinamiche, può o deve risolversi nell’accertamento dei fatti idonei a sostenere le pretese e le difese in giudizio. Dunque, se i litiganti, in sede di mediazione o negoziazione assistita, anziché dialogare sono concentrati a procurarsi argomentazioni da spendere in giudizio e partecipano alla procedura con timore di dire o fare cose che potrebbero pregiudicare l’esito della futura decisione, la “complementarietà”, tanto

¹⁰³ Sul concetto di *legal irritants* vd. G. Teubner, *Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new divergencies*, in *The modern law review* n.61/1998, 11-32. L’autore lo utilizza con riferimento ad istituti propri del diritto contrattuale, tuttavia l’approccio è qui riutilizzabile fruttuosamente con riferimento ad istituti e categorie dogmatiche proprie del diritto processuale.

¹⁰⁴ Comma 4, lettera i), Legge delega.

¹⁰⁵ Comma 4, lettere s) e t), Legge delega.

¹⁰⁶ E’ stata cassata la parte che prevedeva l’aumento del compenso per l’avvocato che ha fatto ricorso ed ha partecipato all’istruttoria stragiudiziale, presente in una precedente versione: ddl 1162-A, testo proposto in Commissione, 14 settembre 2021, art. 2, comma 1, lettera t), n. 5.

¹⁰⁷ Per tutti, si veda Trib. Roma, ord. 16 luglio 2015, nella quale il giudice, adito con ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*, prospetta alle parti, in alternativa, l’avvio di una procedura di mediazione poiché «anche nel caso di mancato accordo, la consulenza in mediazione ed in particolare la relazione dell’esperto elaborata e depositata in quel procedimento non è un atto privo di utilità successive, potendo essere prodotto ed utilizzato nella causa che segue alle condizioni, nei limiti e per gli effetti che la giurisprudenza ha motivatamente elaborato».

¹⁰⁸ Cfr. mozione n. 30 elaborata al Congresso nazionale del CNF, Rimini, 6-8 ottobre 2016, dal gruppo congressuale “Negoziazione e altre ADR”, che proponeva di acquisire agli atti del successivo giudizio la consulenza espletata in mediazione e di prevedere «un accertamento tecnico stragiudiziale o altro ed ulteriore strumento di istruzione stragiudiziale assistita».

declamata, non funziona; e non si offre un servizio efficace né in una dimensione né nell'altra.

È vero che il giudice potrà disporre la rinnovazione delle prove raccolte nella negoziazione assistita e che valuterà “liberamente” la relazione della CTM, ma questi correttivi sono di impatto limitato, poiché per la maggior parte dei casi è verosimile ritenere che prevarranno le esigenze di semplificazione e abbreviazione dei tempi.

Orbene, se non si coglie il senso profondo della cultura dell'ADR, si finisce solo per strumentalizzare le procedure stragiudiziali *ante-iudicium*, direttamente o indirettamente, per anticipare fuori dal giudizio atti da compiersi all'interno dell'esercizio del potere giurisdizionale: il rischio è di svilire il senso stesso della riforma, rendendo le procedure ADR strumenti deterrenti all'accesso alla giurisdizione e luoghi per esternalizzare le fasi più impegnative del processo.

Qui si vuole suggerire l'opportunità di una mediazione completamente “separata” dal processo, che consenta agli utenti e agli operatori di collaudare ogni tecnica e azione in grado di sviluppare le potenzialità dell'autonomia privata, spesso limitata o coartata a causa della non piena “separatezza” delle due dimensioni, stragiudiziale e giudiziale, da meccanismi sanzionatori, che riducono la sovranità delle parti nella dimensione *extra-iudicium*.

La “mediazione separata” favorirebbe la libertà delle forme e una reale semplificazione: non occorrerebbe redigere l'istanza di mediazione anticipando nella forma e nei contenuti l'atto introduttivo del giudizio, come è ormai (purtroppo) prassi, per evitare che possa essere eccepito dal convenuto in giudizio che l'oggetto della domanda processuale non è lo stesso (in tutto o in parte) di quello trattato in mediazione, ove questa sia condizione di procedibilità dell'azione; le sedute di mediazione non dovrebbero necessariamente essere verbalizzate, così da eliminare polemiche sui contenuti e sulle dichiarazioni da inserire o meno nel verbale, che spesso inaspriscono notevolmente il clima attorno al “tavolo della mediazione” e compromettono il dialogo tra le parti ed i rispettivi avvocati; verrebbero meno certi “retaggi aggiudicativi”, come la proposta formalizzata del mediatore con le conseguenze pregiudizievoli, in sede di giudizio, per le parti che non dovessero accettarla¹⁰⁹. D'altra parte, allontanarsi dal modello aggiudicativo non significa per le parti abdicare da o limitare la tutela dei propri interessi e delle proprie ragioni: non si dovrebbe rinunciare all'assistenza legale, che dovrebbe essere sempre incoraggiata e non solo, come avviene attualmente, in caso di mediazione obbligatoria¹¹⁰.

¹⁰⁹ Il riferimento è l'art. 13 del D.lgs. n. 28/2010.

¹¹⁰ *Id est* quando «l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale». Cfr. Comma 4, lettera c), Legge delega.

La mediazione dà risultati soltanto se si basa sull'efficienza del servizio e sulla competenza degli operatori, sia in termini di tecniche di mediazione e facilitazione della comunicazione sia nel merito e quando gli avvocati delle parti si mostrano disponibili ad assumere un ruolo di negoziatori, seppure tenuti a rappresentare gli interessi dei propri assistiti ed a fornire loro l'assistenza dovuta in termini di *independent advice*¹¹¹. Ed infatti, l'assistenza tecnica dell'avvocato nella procedura mediativa è importante, in primo luogo, per meglio comprendere le motivazioni dell'altra parte e per considerare le diverse implicazioni giuridiche e le conseguenze delle possibili soluzioni negoziate, ma anche per garantire che l'accordo conciliativo possa essere immediatamente esecutivo.

La “giustizia complementare” non può essere declinata come uno strumento di deterrenza all'accesso al processo. Occorre, invece, rafforzare la “dimensione alternativa”: se si vuole che quest'ultima sia volontariamente scelta e preferita alla prima, piuttosto che subita, è necessario elevarla qualitativamente e portarla ad un livello - reale e percepito - almeno pari a quello della dimensione giudiziale. Non è realistico pensare che le parti scelgano ponderatamente la negoziazione assistita o la mediazione se non si attendono negli addetti ai lavori il medesimo livello di preparazione e di fiducia che attribuiscono al circuito giurisdizionale.

Di conseguenza, occorre investire massicciamente sulla formazione e sulle strutture: non ci si può limitare al mero aumento della durata dei corsi di formazione e di aggiornamento attuali, né ad avviare un “percorso di approfondimento giuridico” per chi non possiede un titolo di base specifico.

In questa sede, si propone di inserire un insegnamento specifico in materia di ADR nell'offerta formativa delle Università italiane in alcuni Corsi di Studio.

È impensabile che tale cambiamento possa avvenire «senza nuovi maggiori oneri per la finanza pubblica».

In particolare, soprattutto per la mediazione demandata dal giudice, occorrerà impegnare risorse statali adeguate in una prospettiva a lungo termine, che vada oltre l'orizzonte temporale del PNRR e non miri ad esternalizzare, puramente e semplicemente, i costi di formazione degli operatori.

¹¹¹ Qui la categoria concettuale propria del diritto anglo-americano appare invece di uso appropriato. Il cd. *independent advice* consiste, infatti, nel “*advice given confidentially by a person in a fiduciary capacity*”, cfr. <https://thelawdictionary.org/>. Per una serie di esempi e casi paradigmatici, in cui questo è fondamentale, si veda <https://www.lexisnexis.co.uk/legal/glossary/independent-advice>.



VIRGINIA ZAMBRANO

WINTHROP'S CITY UPON A HILL: **A PROPOSITO DI SVILUPPO SOSTENIBILE E** **RUOLO DELLE SOCIETÀ**

Abstract L'attenzione allo sviluppo sostenibile sta alimentando a livello europeo un'interessante produzione normativa il cui obiettivo è assicurare un coinvolgimento delle società nella tutela di interessi diversi da quelli dei soci. Il dibattito che ne è derivato investe, più in generale, il ruolo che il libero mercato è chiamato a svolgere nella prospettiva della sostenibilità del modello di sviluppo. Si dubita, tuttavia, che l'imposizione di regole più specifiche (basti pensare alla Direttiva sul Reporting di sostenibilità o alla proposta di due diligence in tema di diritti umani) sia in grado di indirizzare le imprese alla cura di interessi legati ai fattori ESG. Per un verso l'allineamento alla retorica della trasparenza e delle regole di informazione, sebbene ostenti l'*empowerment* dei diversi portatori di interessi, lascia che siano pur sempre i grandi detentori di capitale ad effettuare scelte strategiche. Per l'altro il *commitment* per tutto ciò che è negletto, sotto rappresentato, eticamente sostenibile diventa per le imprese il prezzo necessario da pagare per continuare a far parte di un gioco le cui regole sono rimaste fatalmente immutate. La formula è insomma quella del *pay to play* che ben descrive la dinamica dell'attuale modello di produzione il quale, per mantenere inalterata la logica della *free enterprise* e, dunque, per consentire al sistema capitalistico di uscire dall'assedio (*recte* dalle critiche cui è sottoposto per le distorsioni cui conduce) impone il pagamento di questo prezzo. Sullo sfondo è la necessità di individuare soluzioni economiche in grado di indirizzare le forze del mercato nella giusta direzione, liberandosi da una prospettiva che costruisce le risorse naturali come beni inesauribili.

Keywords Sostenibilità – Imprese - Ambiente

TABLE OF CONTENTS: 1. Alle prese con la sostenibilità tra “sein und sollen”. – 2. L'uso strategico della narrativa dello sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente. – 3. Le diverse strade della trasparenza in attesa di “Godot”. L'esempio americano ... – 3 bis Segue: il caso europeo. – 4. Tra ambiente e impresa: l'articolato percorso europeo. – 5. Le società come “responsible corporate citizens”: la *Corporate Sustainability Reporting Directive*. – 6. La proposta di Dir. 2022/0051 e lo sforzo “per non far durar

l'inferno". – 7. Il quadro sistemico italiano fra scopo della società e *social purpose*. – 8. Tattiche di conservazione e la regola del "pay to play". – 9. Conclusioni.

1. Alle prese con la sostenibilità tra "sein und sollen"

A dispetto della sua manifesta chiarezza, il concetto di sostenibilità – e quello contiguo di sviluppo sostenibile – è di non facile declinazione; è un concetto della cui complessità ben si rendono conto sia le scienze economiche e ambientali sia quelle sociali. Esso, infatti, non solo appare destinato ad irradiarsi lungo una molteplicità di dimensioni (temporale, relazionale e, per dir così, biofisica), ma di fatto possiede una sua intrinseca ed evidente dinamicità. Difficile, dunque, analizzarne le implicazioni facendo astrazione dal contesto di riferimento. Come dire: un'analisi della sostenibilità non può essere disgiunta dalle condizioni per dare ad essa attuazione, e le condizioni devono essere costantemente vigilate giacché quella dinamicità di cui si discorreva fa riferimento – complice lo sviluppo tecnologico – all'impossibilità di mettere in equilibrio stabile sistema antropico e sistema ecologico.

Ed invero che, almeno da un punto di vista temporale, occorra guardare alle conseguenze delle attività umane come proiettate nel tempo, sembra essere un profilo difficilmente contestabile e ben intercettato da quel noto richiamo - di cui al Rapporto Brundtland 1987 (Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo) – ad "uno sviluppo che soddisfi i bisogni del presente senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri". Ciò nondimeno, come si diceva, è difficile parlare di sostenibilità senza altresì volgere lo sguardo alle relazioni che si attivano fra sistemi antropici e ambiente circostante. Tanto senza considerare, quando si discorre di limiti biofisici, la necessità di elaborare strategie adeguate onde ottimizzare la gestione di risorse scarse.

La sostenibilità rinvia, così, all'idea di un processo che ha come obiettivo il raggiungimento di una condizione di equilibrio fra le varie componenti coinvolte. Del resto, vale la pena di aggiungere, sostenibilità è concetto che si connota per la sua intrinseca dinamicità legata come è ad uno sviluppo tecnologico che ha la capacità di mettere in discussione ogni raggiunta isometria fra sfruttamento delle risorse, sviluppo, investimenti, energia, ambiente etc. Da un punto di vista sociale, essa si fa misura della componente qualitativa della vita e, in fondo, non fa altro che raccontare della necessità di prendere le distanze dalla subordinazione a valori prettamente economici¹

¹A cavallo fra gli anni '60 e '70, sviluppando una visione fortemente centrata sul ruolo da attribuire alla persona all'interno dell'azienda, un economista italiano, scriveva che "I fini dell'azienda devono essere coerenti con i fini superiori della persona umana secondo etica e religione" (Masini, 1974; 49) (...) "non

A livello costituzionale, di questa prevalenza dell'essere sull'avere è conferma negli artt. 2, 3, 4 Cost. e, ora, nella costruzione costituzionale dell'ambiente come strumento cui orientare l'intervento pubblico regolativo dell'iniziativa economica privata (art. 41, c. 3, Cost., come modificato dalla L. cost. n. 1/2022). La narrativa costituzionale si arricchisce di profili di solidarietà sociale che declinano in maniera olistica e coesiva una dimensione personalistica rispetto alla quale il mercato si pone come mezzo, strumento atteso che “l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con la salute, l'ambiente e l'utilità sociale” (art. 41, c. 2, Cost.)². La realtà racconta altre storie e dice quanto pervasivo sia il fascino dell'economia e quanta poca attenzione sia posta a quella dimensione intersezionale che guarda alla persona.

Pur se di carattere essenzialmente etico, il messaggio lanciato dal Rapporto Brundtland evidenziava l'esigenza di aprire alla questione ambientale e ai relativi riflessi sui diritti umani. Dal Rapporto in poi i due aspetti della ecosostenibilità, ovvero il mantenimento delle risorse e l'equilibrio ambientale del pianeta, hanno cominciato ad occupare le agende politiche e a dar vita ad una copiosa produzione normativa a livello internazionale, europeo e nazionale³. A fare da sfondo è l'acquisita consapevolezza che la corretta gestione delle emissioni di gas serra, dei rifiuti, la tutela delle acque e, più in generale dell'ambiente, produce un impatto diretto sui diritti umani. Di qui la esigenza di creare le condizioni per limitare lo sviluppo di una dinamica puramente estrattiva delle risorse naturali, fondata sull'idea che la natura, al pari di una macchina, possa adattarsi indefinitamente all'uso umano⁴.

l'uomo per l'azienda, ma l'azienda per l'uomo, come uno dei suoi mezzi” (Masini, 1960; 19): C. Masini, *L'organizzazione del lavoro nell'impresa*, I, Milano, 1960; Id., *Lavoro e Risparmio*, Torino, 1974. Visione personalista che mette in luce l'importanza di guardare “non ai diritti individuali, appartenenti cioè al soggetto nel suo precipuo ed esclusivo interesse, ma ai diritti individuali sociali”, così P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, p. 82 nonché in P. Perlingieri, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile. Aspetti giuridici e sociologici*, in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi di diritto civile*, Esi, Napoli, 2005, p. 73 ss. Sull'importanza di un sistema di valori autonomi rispetto all'economia, che è compito del diritto realizzare nell'esperienza economica”, L. Mengoni, *Forma giuridica e materia economica*, in *Jus*, 1966, pp. 5-13; G. Perlingieri, “«Sostenibilità», ordinamento giuridico e «retorica dei diritti». A margine di un recente libro”, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.

² L. costituzionale, 11 febbraio 2022, n. 1. Di operazione “politica” che solo in apparenza sembra segnare il passaggio da un costituzionalismo ambientale ad uno ecologico, discorre M. Carducci, *La solitudine dei formanti di fronte alla naturae le difficoltà del costituzionalismo “ecologico”*, 2022, in <https://www.cedeuam.it/pubblicazioni> (visitato il 3 marzo 2023). Sulla sostenibilità che rinvia ad una idea di convivenza C. Mignone, *Diritti e sostenibilità. una ricostruzione per immagini*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2021, p. 215.

³ Un'attenta ricostruzione è in B. Pozzo *Sustainable development*, in AA.VV., *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, S. Baldin and S. De Vido ed., Trieste, 2020, p. 12 ss.

⁴ F. Capra e U. Mattei, *The ecology of law. Toward a legal system in tune with nature and community*, Berrett-Koehler Publishers inc., 2015, p. 8; L. Robbins, *A history of economic thought: the LSE lectures*, Princeton University Press, 1998, p. 20 ss.; sull'impossibilità di conciliare la limitatezza delle risorse terrestri e l'uso –

In tal senso, l'agenda ONU 2030 e i connessi obiettivi di sviluppo sostenibile SDG, acquisito che “the old short term, sales and wealth obsessed model of business are broken”, intende favorire l'adozione di decisioni pubbliche in grado di regolare la bilancia sul tempo che verrà e non soltanto sul presente⁵. Lo spostamento di attenzione, dal “nice to have” al “must do” si colora di consapevolezze ambientali, istanze etiche, sociali e solidaristiche e tende a fare giustizia di quello *short-terminist approach* sostanzialmente diffuso nelle pratiche dei mercati economici e finanziari. In una visione olistica della sostenibilità che guarda ad una crescita economica di lungo periodo, l'esigenza di ri-disegnare le scelte aziendali orientandole verso il rispetto di quella cd. Triple Bottom Line (TBL) rappresentata dall'indubbio nesso delle 3 P (*people, planet, profit*) mira a rendere le imprese sempre più inclusive e sostenibili⁶.

Visione che - nel tentativo di coniugare personalismo, solidarismo, giustizia sociale e, di questi valori, fare la cartina al tornasole per valutare la meritevolezza delle scelte politiche in ambito economico - ispira altresì carte e dichiarazioni internazionali (Carta di Nizza, Cedu e, a partire dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente Umano del '72, tutta la normazione e a livello internazionale). È una visione che non riesce a trovare spazio nelle economie di mercato liberali. Qui la grande sfida, di là da echeggianti dichiarazioni, si gioca pur sempre sul piano dell'impiego di capitali quale strumento di finanziamento dell'impresa⁷ e sul profitto che se ne ricava. A dispetto di evocative narrazioni sulla possibilità di mettere equilibrio fra la natura propria della *corporation* e la consapevolezza degli impatti esterni dell'attività produttiva (*enlightened shareholder value*) o di vagheggiate cooperazioni con gli stakeholders, l'obiettivo dell'investitore rimane sostanzialmente centrato sulla remunerazione del capitale⁸. In questo contesto

sia pur presuntivamente sostenibile – delle stesse, cfr., J. Randers, J. Rockström, P. Stoknes, U. Goluke, D. Collste, S. Cornell, & J. Donges, *Achieving the 17 Sustainable Development Goals within 9 planetary boundaries*, in *Global Sustainability*, 2, 2019, p. 5 ss.

⁵ P. Fisk, *People Planet Profit: How to Embrace Sustainability for Innovation and Business Growth*, London-Philadelphia, 2010, p. 3 ss.

⁶ T. F. Slaper e T. Hall, *Triple Bottom Line: what is it and how does it work?*, in 4 *Ind. Bus. Rev.*, 2011, p. 4-8. M. Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *The New York Times Magazine*, 13 settembre 1970, 32-33, pp. 122 e 126 anche in G. A. Denis, T. Beauchamp, L. N. Bowie Norman, *Ethical Theory and Business*, 10th ed. Cambridge University Press, 2019, p. 173 ss. Secondo l'Autore: “The great virtue of private competitive enterprise — it forces people to be responsible for their own actions and makes it difficult for them to 'exploit' other people for either selfish or unselfish purposes. They can do good — but only at their own expense”.

⁷ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, p. 105; M. Albert, *Capitalismo contro capitalismo*, pp. 183 ss.; C. Mignone, *Diritti e sostenibilità. una ricostruzione per immagini*, cit., p. 215.

⁸ Una chiara ricostruzione del dibattito è in A. Genovese, *La gestione ecostenibile dell'impresa azionaria. Fra regole e contesto*, Bologna, 2023, p. 49 ss. In proposito, imprescindibile è il richiamo a L. A. Bebchuk & R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, in *Cornell Law Review*, vol. 106, 2019, p. 110. Da ultimo per una esauriente ricostruzione del problema, E. Barcellona, *La sustainable corporate governance nelle proposte*

trova spazio, strategicamente utilizzata dalle imprese, la questione dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile.

2. *L'uso strategico della narrativa dello sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente*

Rimasta da sempre inascoltata nelle sfere delle scelte “business driven”, l'attenzione all'ambiente e allo sviluppo sostenibile ha acquistato attualità – come spesso succede - sull'onda della crescente sensibilizzazione causata da catastrofi umane e ambientali non raramente accelerate (o favorite) da un certo modello di produzione e di sviluppo. A dispetto di un dibattito internazionale che alimenta i filoni di regolazioni sempre più sensibili alle tematiche ambientali, l'interesse delle imprese verso questi temi non riesce autenticamente a prendere le distanze dalla prospettiva tradizionale che rimane pur sempre quella di massimizzazione dei profitti e di controllo della distribuzione della ricchezza. Un buon numero di esempi sembra rafforzare quanto qui si sostiene.

Anche a prescindere da più sofisticate riflessioni sul “dumping sociale”, tragedie come quella – ad esempio - del Rana Plaza a Dacca o di Karachi in Pakistan sono indicative della forza di un capitale che, da sempre poco attento alla tutela di interessi sociali e da sempre interessato ad abbassare il costo della mano d'opera, preferisce delocalizzare le imprese, esternalizzare la produzione e sfruttare subfornitori localizzati⁹. Una possibile soluzione, per evitare siffatte derive è stata individuata nella previsione di soggetti certificatori deputati a controllare che – anche quando si esternalizzano le produzioni – non venga meno il rispetto degli standard di sicurezza sui luoghi di lavoro. L'utilità di questi modelli di certificazione è discutibile e sorge il dubbio che essi finiscano esclusivamente con l'allungare la catena dei controlli. Basti pensare che a Karachi, poche settimane prima dell'incendio della fabbrica, il rispetto degli standard di sicurezza SA8000 era stato attestato da una impresa di certificazione (la TINA Italy, con sede a Genova) che, tuttavia, non aveva mai visitato i laboratori di produzione.

In questo contesto la firma dell'*Accord on Fire Building Safety* - con il quale alcuni *brand* (con il supporto del governo locale) oltre a condannare l'accaduto dichiaravano di impegnarsi a controllare che fossero adottate adeguate misure di

di riforma del diritto europeo: a proposito dei limiti strutturali del c.d. stakeholderism, in *Riv. Società*, 2022, p. 25 ss.; A. Keay, *Tackling the Issue of the Corporate Objective: An Analysis of the United Kingdom's Enlightened Shareholders Value' Approach*, in *29 Sidney Law Rev.*, 2007, pp. 577-578. Sul ruolo dello *stakeholder value* quale limite alla teoria della massimizzazione del profitto, G. A. Denis, T. Beauchamp, L. N. Bowie Norman, *Ethical Theory and Business*, cit., p. 5.

⁹ A. Griffiths, *Brands, “Weightless” Firms and Global Value Chains: The Organisational Impact of Trade Mark Law*, in *Legal Studies*, 2019, p. 2 ss.

sicurezza nonché assicurate idonee condizioni di lavoro nella filiera del *ready-made garment* - sottende l'apprezzabile aspirazione a limitare ogni forma di sfruttamento lavorativo¹⁰. Il rinnovato *International Accord for Health and Safety in the Textile and Garment Industry* (2021) si muove sulla linea a suo tempo tracciata dall'originario accordo del 2013 e ne irrobustisce l'impianto, prevedendo l'irrigidimento dei controlli sicurezza nei luoghi di lavoro, la formazione dei lavoratori, la possibilità di condurre ispezioni nelle fabbriche. Il sistema inoltre si completa di un sistema bifasico per la risoluzione delle controversie che, ispirato ad esigenze di equità, celerità ed efficienza in ipotesi di controversie, rimette ad una Steering Committee il compito di definire tempi e modalità di un *Dispute Resolution Process*. L'art. 3 dell'accordo, rimasto immutato nei periodici e non sempre scontati rinnovi dello stesso, prevede che le parti, laddove insoddisfatte, possano rivolgersi ad un "final and binding arbitration process" (governato dalle UNCITRAL Arbitration Rules) davanti alla *Permanent Court of Arbitration*. La procedura è chiaramente pensata per approdare ad una rapida definizione della controversia che va nell'interesse di entrambe le parti e, in tal direzione, intende sfruttare al meglio la sostanziale flessibilità dell'arbitrato.

Ciò posto, le perplessità affiorano sol che si consideri che, per un verso, nella dinamica arbitrale, la necessità di proteggere la reputazione del *brand* coinvolto può impedire (a meno che la parte non vi acconsenta) che siano rese note informazioni sull'identità dell'impresa implicata; e, per altro verso, rende palese un deciso *favor* verso *settlement agreements* i cui contenuti le imprese ritengono sia conveniente mantenere riservati. Riguardato tutto ciò dal punto di vista degli interessi che prendono la scena, il funzionamento del sistema racconta dello scudo che, a tutela della propria reputazione, le imprese erigono schermandosi dietro esigenze di riservatezza e *non disclosure*¹¹.

La reputazione è, d'altra parte, un elemento essenziale, sia nei mercati *B2B* sia in quelli *B2C*, alla costruzione del rapporto di fiducia cliente-fornitore. Pubblicità, comunicazioni di immagine, *marketing* mirano in sostanza a costruire un *brand*, a

¹⁰ Cfr., il sito del Bangladesh Accord:

<https://bangladeshaccord.org/>. Sul difficile processo che ha condotto alla firma dell'ultimo nuovo accordo, "A rischio il Bangladesh Accord", Dress The Change, 14 aprile 2019. Consultabile su: <https://dressthechange.org/a-rischio-il-bangladesh-accord/#:~:text=Il%20Bangladesh%20Accord%20%C3%A8%20un,e%20e%202.000.000%20di%20lavoratori>

¹¹ A. Griffiths, *op. cit.*, p. 12 ss. In una controversia sorta in merito al mancato rispetto dei termini del Bangladesh Accord (BA), la richiesta di due trade unions di rendere pubblico il nome delle aziende convenute è stata rifiutata dalla Permanent Court of Arbitration dell'Aia sulla base della previsione dell'art. 19 del BA, cfr., *As Brands Adopt New Bangladesh Accord, a Look at how Disputes are Handled by the Legally-Binding Pact*, in *The Fashion Law*, Consultabile su: <https://www.thefashionlaw.com/as-brands-sign-off-on-a-new-accord-in-bangladesh-a-look-at-how-disputes-are-handled-by-the-legally-binding-pact/>.

renderlo attrattivo, a creare valore, in maniera da incrementare il patrimonio intangibile delle imprese¹².

Si tratta di un *asset* che, non diversamente da attività reali o finanziarie, chiede costanti investimenti perché la sua creazione dipende da un *Reputation Start-Up Effect* che va gestito e “protetto”, pena il rischio di un suo deterioramento¹³. Va da sé che il concetto di reputazione è, per dir così, multidimensionale, influenzato da diverse variabili quali le performance, il management, l’attrattività di beni o servizi prodotti, e sicuramente le politiche in tema di responsabilità sociale. Si tratta di variabili che operano tutte in un contesto emozionale e ciò spiega la rilevanza che assume la reputazione, quale strategia di posizionamento delle imprese sul mercato. Una valida conferma è offerta dallo scandalo *Dieseltgate* che prova come il rischio reputazionale sia tuttavia meglio compreso in presenza di “cattive condotte”. Diverso è il contesto di riferimento. Diverso il modo in cui è utilizzata la componente reputazionale. Diverso, di conseguenza, il suo ruolo, qui centrato sulla abilità dell’azienda di sfruttare competitivamente i vantaggi offerti.

La campagna pubblicitaria della Volkswagen “Think Blue” narra della capacità di generare fiducia attraverso l’offerta di definiti standard di prodotto avvalendosi del messaggio su ecocompatibilità e coinvolgimento dei clienti. Questi ultimi erano chiamati a condividere con l’azienda l’attenzione per l’ambiente, non semplicemente scegliendo auto “green”, ma anche adottando comportamenti, in auto come in tutti gli altri contesti della loro vita, attenti alla salvaguardia del pianeta. Progetto ambizioso che muovendosi in linea con la cd *impression management theory* di matrice aziendale evidenzia, appunto, l’importanza di acquisire consensi fra gli *stakeholders*. Ma progetto adulterato visto che, come noto, le auto producevano emissioni nocive superiori a quelle consentite dalle regolamentazioni ambientali in merito¹⁴. La reazione dei mercati, nel caso *Dieseltgate*, fu immediata. Il crollo delle azioni della Volkswagen nella borsa di Francoforte fu prontamente seguito dalla necessità di sviluppare una nuova politica imprenditoriale che, appunto, ripristinasse la reputazione dell’azienda¹⁵.

E gli esempi – sull’onda di un evidente aumento della *litigation* in materia ambientale – potrebbero continuare. Vicende come quelle di H&M’s “conscious” collection, L’Oréal, ExxonMobil dimostrano che la preoccupazione di vendere una

¹² G. J. Mailath e L. Samuelson, *Who Wants a Good Reputation?*, in *Review of Economic Studies*, vol. 68, 2001, p. 417; per una rassegna sulla letteratura in tema di rischio reputazionale, G. Gabbi, A. Patarnello, *Il valore della reputazione bancaria tra “risk management” e scelte strategiche*, in *Banca Impresa Società*, 2010, p. 336 ss.

¹³ G. J. Mailath e L. Samuelson, *Who Wants a Good Reputation?*, cit., p. 416.

¹⁴ M. Geuss, *Volkswagen’s emissions cheating scandal has a long, complicated history*, *Ars Technica*, 2017, in <https://arstechnica.com/cars/2017/09/volkswagens-emissions-cheating-scandal-has-a-long-complicated-history>

¹⁵ J. Welch, *The Volkswagen recovery: leaving scandal in the dust [2019]*. Emerald Publishing Limited, <https://www.emeraldinsight.com/doi/full/10.1108/JBS-04-2018-0068>

buona reputazione sul mercato legata all'adozione di una condotta responsabile non raramente supera gli svantaggi connessi all'assunzione di condotte rischiose. Quanto precede permette, così, di evidenziare una duplice frattura fra i valori che alimentano la narrativa sulla sostenibilità e il modo in cui ad essi si tenta di dare attuazione. La prima frattura si fonda sulla narrativa della sostenibilità e cioè sulla necessità di considerare “both development and environmental protection, and that neither of these rights can be neglected”¹⁶. In questo senso, il richiamo allo “shared value” intende recuperare al dibattito giuridico l'idea che le *corporations*, oltre alla produzione di utili, siano anche chiamate a non produrre esternalità negative o, addirittura, a generarne di positive per l'ambiente e la comunità nel suo complesso¹⁷. Sul filone della *Corporate Social Responsibility*, l'obiettivo della *Triple Bottom Line* (planet, people, profit), arricchito dai richiami a “peace” e “prosperity” è entrato nel dibattito sul ruolo della corporation e sulla necessità che queste individuino *policy* aziendali in grado di creare valore per gli *stakeholder* e per l'ambiente. L'idea, dunque, è semplice, al limite della banalità. Il suo fondamento è rappresentato dalla necessità di obbligare le imprese ad essere più “virtuose”, vale a dire a coniugare, da un lato, ambiente e tutela dei diritti umani e, dall'altro, interesse economico degli investitori¹⁸. Tuttavia, è un'idea che non appare di agevole realizzazione, a causa della difficoltà di bilanciare la logica dei “profitti” con quegli interessi extra-proprietari che appartengono a quanti sono interessati - a vario titolo - all'attività di impresa¹⁹.

Certo, il proposito “to free the human race from the tyranny of poverty and (...) to heal and secure our planet” che si incontra nel Preambolo dell'Agenda 2030 mira a ristabilire una giustizia sociale ed ecologica in perfetto equilibrio con l'economia²⁰. Sullo sfondo giace pur sempre l'interrogativo su come si possa sconfinare la povertà di cui al SDG1 (e in cui anche gli altri SDGs, in fondo, si risolvono) senza

¹⁶ Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). International Court of Justice - Separate Opinion Weeramantry, 1997.

¹⁷ L. A. Bebchuk & R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, cit., p. 96; S. Bonini, J. Emerson, *Maximizing Blended Value - Building Beyond the Blended Value Map to Sustainable Investing, Philanthropy and Organizations*, 2005, <https://static1.squarespace.com/static/5e751af4c211ed2321221bd9/t/5f0fad1d9809d92284178338/1594862877623/pdf-max-blendedvalue.pdf>; L. Ventura, *Benefit Corporation e Società Benefit tra innovazione creativa e imitazione di modelli*, in AA.VV., *Dalla benefit corporation alla società benefit*, a cura di B. De Donno e L. Ventura, Bari, 2018, p. 82 ss. Da ultimo, sul ruolo giocato dalla solidarietà nel diritto societario, G. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, p. 279 ss.

¹⁸ S. Bruno, *Il ruolo della s.p.a per un'economia giusta e sostenibile: la proposta di Direttiva UE su “Corporate Sustainability Due Diligence”. Nasce la stakeholder Company?* in *Rivista di Diritti Comparati*, 3, 2022, p. 304 ss. Sul punto si rinvia anche all'ampia analisi della Commissione Europea, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance - Final Report*, 2020.

¹⁹ E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., p. 2 ss.

²⁰ United Nation, *Transforming our world: the 2030 Agenda for sustainable world*, 2015, <https://sdgs.un.org/>

intervenire su un sistema produttivo che quella povertà genera. Al dibattito – in altri termini – sembra essere estranea la considerazione che, legato al concetto di sviluppo economico, il discorso sulla sostenibilità ha un respiro corto²¹, specie se la sua messa a punto viene in parte demandata al diverso ruolo che le grandi società sarebbero chiamate a svolgere, lasciando che il compromesso governi il piano delle decisioni politiche²².

Non si intende criticare il processo di sensibilizzazione che l'individuazione degli SDG ha innescato, ma solo segnalare che si sta tentando di risolvere le più grandi crisi del mondo – povertà, fame, violenza, cambiamento climatico, eguaglianza di genere, educazione, etc. – utilizzando lo stesso processo che ha portato il mondo a quelle crisi: un sistema produttivo che si fa volano di sviluppo ma usa le risorse naturali, come se non dovessero mai esaurirsi ed è incapace di individuare “a mechanism for the optimal allocation of those natural resources”²³. Significative, in questa direzione, le parole di Ban Ki Moon secondo cui “the post-2015 agenda should be determined by governments’...even while acknowledging the demands of civil society to be involved in the decisions which affect them”²⁴. Sfidata, com'è, da problematiche legate a lavoro, produzione, sistema dei mercati e della concorrenza, salute, lotta alla povertà, alla fame, diritti umani, ecc., traspare dal messaggio la consapevolezza che la sostenibilità debba entrare innanzitutto nell'agenda del legislatore chiamato – attraverso regolazioni attente – a compiere

²¹ K. Gwiazdon, *Goals within an unsustainable law and governance framework*, in AA., *Ecological limits of Development*, K. Kish and S. Quilley ed., Routledge, London 2022, p. 252 ss. M. Nicolini, *I processi di decisione politico-normativa come private lawmaking*, 2023, in *DPCE on line*, 2023, p. 612.

²² Un esempio di compromesso è quello che ha accompagnato il recepimento in Italia della Direttiva SUP (Direttiva (Ue) 2019/904 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 giugno 2019 (sulla riduzione dell'incidenza di determinati prodotti di plastica sull'ambiente), come recepita dal dlgs. 8 novembre 2021, n. 196. L'art. 3, comma 1 (recante la definizione di plastica così come prevista dalla Direttiva 2019/904/UE) specifica – rispetto a quanto previsto dal diritto comunitario – esclude dalla definizione “materiali quali vernici, inchiostri, adesivi nonché rivestimenti in plastica aventi un peso inferiore al 10 per cento rispetto al peso totale del prodotto, che non costituiscono componente strutturale principale dei prodotti finiti”. Nonostante il campo di applicazione della Direttiva 2019/904/UE si estenda anche alle plastiche realizzate a partire dalle biomasse – e non solo a quelle derivanti da fonti fossili – il legislatore italiano, attraverso il decreto di recepimento, ha ritenuto (art. 5, comma 3, Dlgs. 196/2021) di introdurre una significativa eccezione, così allontanandosi dalle Linee Guida sull'applicazione della Direttiva 2019/904/UE. Tanto senza considerare la riduzione dell'ammontare della sanzione per le aziende in caso di violazione all'obbligo di etichettatura ambientale. Dal 14 gennaio 2022, l'immissione sul mercato di imballaggi non conformi all'art. 219, comma 5, Dlgs. 152/2006, è punita con una sanzione amministrativa pecuniaria che varia da 5.000 a 25.000 Euro in luogo di quanto stabiliva l'art. 261, comma 3, Dlgs. 152/2006 (da 5.200 a 40.000 euro).

²³ B. Pozzo, *Sustainable development*, cit., p. 11 ss. Condivisibilmente C. Mignone, *Diritti e sostenibilità. Una ricostruzione per immagini*, cit., p. 230 non ritiene che meccanismi elaborati dal mercato, quali ad esempio, *tradable pollution rights* siano in grado di risolvere il dilemma della sostenibilità. Di “strategic formalism” ovvero di adattamento delle questioni ambientali agli strumenti normativi tradizionali discorre M. Nicolini, *Law, the Humanities and Political Incertitude in a Time of Climate Change*, in *Legalities*, 2021, vol 1, n. 1, p. 93 ss.

²⁴ O. Fox and P. Stoett, *Citizen Participation in the UN Sustainable Development Goals Consultation Process: Toward Global Democratic Governance?*, in *Global Governance: a Review of Multilateralism and International Organization*, 22, pp. 555-574, reperibile http://brill.com/view/journals/22/4/article-p555_7xlm

interventi di sistema che conducano al rispetto di diritti umani, dell'ambiente e della società nel suo complesso²⁵. Il mercato, dal canto suo e a prescindere da nobili desiderata, si concentra sugli strumenti di governo degli interessi economici, stabilisce regole, fissa standard in grado di conformare gli stessi interessi statali “disaggregando le funzioni tradizionalmente proprie a questi ultimi in uno spettro di agende e priorità fra loro diversificate”²⁶ in cui si smarrisce il ruolo e la funzione del regolatore pubblico.

Il secondo aspetto (cui si accennava in precedenza) è quello che vede gli “*holders of global capital*” appropriarsi della questione ambientale e sociale e sfruttare l'ambiente e il discorso sugli ESG come “assets” per la creazione di prodotti di natura speculativa, direttamente ovvero indirettamente, ricollegati all'ambiente²⁷. La fantasia con cui le sfide ambientali sono colte e piegate a scopi finanziari svela, all'opposto, come gli interessi di natura privata incontrino quelli della “public finance and the income and solvency of state”²⁸. La finanza, intercettando il messaggio degli ESG, sembra infatti sfruttare le potenzialità del “mercato ambientale della sostenibilità”, rivelando una grande capacità di adattamento sistemico. Con l'obiettivo di reindirizzare i flussi di capitali verso investimenti c.d. “sostenibili”, i nuovi strumenti finanziari non fanno altro che coprire anche i rischi derivanti da tali investimenti²⁹.

Si determina così uno “scambio tra interesse economico di parte e interesse pubblico-generale (...) che riarticola la società secondo modelli di *governance* di ispirazione esclusivamente privatistica”. Come dire che, metabolizzato il messaggio ambientale quale “vital part of contemporary human rights doctrine, for it is *a sine qua non* for numerous human rights such as the right to health and the right to life itself”³⁰, le imprese e gli investitori sembrano impegnati strategicamente nella riconcettualizzazione di una nozione di “business” costruita su scopo, affidabilità,

²⁵ Sull'ampiezza e anche indeterminatezza del concetto di sostenibilità, B. Pozzo, *Sustainable development*, cit., p. 19; Id., *Le nuove regole dello sviluppo: dal diritto pubblico al diritto privato*, in AA.VV., *Benessere e regole dei rapporti civili*, Napoli, 2016, p. 85.

²⁶ M. Bussani, *Introduzione al diritto comparato*, LeMonnier, Milano, 2022, p. 148 e p. 159 ss.

²⁷ A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, p. 104 ss.; ISDA, Overview of ESG-related Derivatives Products and Transactions, 11 gennaio 2021, in <https://www.isda.org/2021/01/11/overview-of-esg-related-derivatives-products-and-transactions/>; S. Davini, P. De Gioia Carabellese, *Derivati ESG ed altri prodotti finanziari sostenibili*, in *Diritto bancario*, 2021, *passim*. www.dirittobancario.it/approfondimenti/derivati/derivati-esg-ed-altri-prodotti-finanziari-sostenibili ; A. Hudson, *The Law on Financial Derivatives*, 6a ed., Sweet & Maxwell, London, 2017.

²⁸ F. Capra, U. Mattei, *The Ecology of Law: Towards a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland, 2015, p. 53.

²⁹ P. de Gioia Carabellese – S. Davini, *Derivati sostenibili, “green-washing” e tutela legale: dallo “stakeholder” al “green stakeholder”*, in *Riv. giur. dell'ambiente*, 2021, p. 2 ss.

³⁰ International Court of Justice, *Gabcikovo-Nagymaros Project Case 1997*, Separate opinion of vice-president Weeramantry, https://jsumundi.com/en/document/opinion/en-gabcikovo-nagymaros-project-hungary-slovakia-separate-opinion-of-vice-president-weeramantry-thursday-25th-september-1997#opinion_1723

valori e cultura che apre a socialità e diritti nei limiti pur sempre fissati dall'ordine economico. L'allineamento alla retorica della trasparenza e delle regole di informazione di matrice pubblicistica è, in questa direzione, strumentale alla creazione dell'immagine di una realtà produttiva che sebbene ostenti l'*empowerment* dei diversi portatori di interessi lascia che siano i grandi detentori di capitale a rideterminare “significato e portata delle garanzie costituzionali e dei processi decisionali pubblici”³¹.

3. *Le diverse strade della trasparenza in attesa di “Godot”. L'esempio americano*
 Almeno a livello teorico, l'attenzione alla sostenibilità (ambientale e sociale) ha innescato in tutti gli ordinamenti il dibattito sulla *Corporate Social Responsibility*, sullo scopo ultimo delle società commerciali, sulla *sustainable corporate governance*, sulla necessità di superamento di una visione *short-terminist*, sul livello di coinvolgimento degli *stakeholders*. Le grandi società dovrebbero agire come *responsible corporate citizens* adoperandosi per la costruzione di una società migliore e, in siffatta prospettiva, adoperarsi per la creazione di un valore sostenibile. Non deve sorprendere quindi se, pur in presenza di un diverso modello di sviluppo, siffatto messaggio trovi conferma sia al di qua che al di là dell'oceano. È in questo clima di crescente attenzione verso l'ambiente e gli ESG che, in America, 181 CEO delle più grandi corporation, abbandonando la periodica *Business Roundtable* deputata ad adottare i *Principle of Corporate Governance*, hanno elaborato lo “Statement on the Purpose of a Corporation”.

Il documento è interessante non solo perché mira a ribaltare la linea costantemente seguita dal 1997 e centrata sul rilievo da attribuire allo “shareholder value”. L'ulteriore motivo di attenzione nei confronti di questo documento è rappresentato dal tentativo strategico di individuare punti di contatto fra interessi privati e interessi generali sottolineando la possibilità di conciliare sostenibilità e capacità delle imprese di “creating jobs, fostering innovation and providing essential goods and services” (Statement on the Purpose of a Corporation). Nel documento, pur precisandosi che gli amministratori devono “deliver value to their customers, invest in employees, deal fairly with suppliers and support the communities in which they

³¹ M. Nicolini, *Against the failure of the legal intion. Literary narratives, Brexit and the fate of the Anglo-British constitution*, in R. Mullender et al. (eds), *Law and Imagination in Troubled Times. A Legal and Literary Discourse*, Abingdon-New York, 2020, 239 ss.; R. A. Posner, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Harvard University Press, 2009, passim.

operate”³², si ribadisce tuttavia con fermezza “il “commitment to a free market economy”.

Difficile non osservare, quando si passa in rassegna l’elenco dei firmatari, che si tratta di grandi realtà economico/finanziarie abituate ad organizzare le proprie catene produttive, a decidere l’an, il *quando* e il *quomodo* dell’investimento, nonché a scegliere accuratamente a quale diritto sottoporsi³³. Sono questi gli attori economici che, posizionandosi nel mercato globale, definiscono l’assetto normativo di uno scambio che va nella direzione della salvaguardia della *free market economy* senza allontanarsi da una misurazione delle *performance* economiche alla luce di parametri quantitativi più che qualitativi³⁴. In questo scenario, anche quando inteso ad incanalare i comportamenti economici delle grandi imprese verso condotte attente ai diritti umani, l’intervento del legislatore raramente appare all’altezza dell’obiettivo che si prefigge. L’esperienza comparatistica offre più di una conferma.

In California, un legislatore precocemente sensibile al messaggio di impedire lo sfruttamento e l’impiego di manodopera anche minorile, ha adottato nel 2010 *Transparency in Supply Chains Act* (CTSCA - Calif. Civil Code § 1714.43), imponendo ai produttori e ai rivenditori di fornire informazioni sugli sforzi assunti “to eradicate slavery and human trafficking from its direct supply chain for tangible goods offered for sale”.

L’obiettivo senz’altro nobile di equipaggiare i consumatori con una serie di informazioni sugli sforzi compiuti dall’impresa, per liberarsi da qualsiasi forma di schiavitù lavorativa e di educarli e guidarli nella scelta di beni prodotti in maniera responsabile, si smarrisce tuttavia fra le pieghe di un articolato normativo che non riesce a tarare la condotta delle imprese. Imprecisa la terminologia, limitati i parametri di riferimento.

L’imprecisione si coglie nel generico richiamo a quella “direct supply chain” che, in assenza di ulteriori criteri, non offre indizi sufficienti a identificare chi siano i “direct suppliers”. La insufficienza dei parametri di riferimento è nella previsione di stretti obblighi di *disclosure* sì da mandare esenti da responsabilità le imprese che a quelli si siano conformate (Sect. 1714.43 del Calif. Civil Code). L’informazione sulle

³² Cfr. *Statement on the Purpose of a Corporation*, https://system.businessroundtable.org/app/uploads/sites/5/2023/02/WSJ_BRT_POC_Ad.pdf (visitato il 30 gennaio 2023)

³³ K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019, p. 77; A. Somma, *Introduzione*, cit., p. 155; M. Nicolini, *I processi di decisione politico-normativa come private lawmaking*, cit., p. 615.

³⁴ Fra i tanti contributi, L. Enriques e M. Garagantini, *Regolazione dei mercati finanziari, rating e regolazione del rating*, in *Banca Impresa Società*, 2010, pp. 475 ss.; A. Sacco Ginevri, *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell’attività*, in *Nuove leggi civ.*, 2010, pp. 291 ss.; G. Ponzanelli, *Quando sono responsabili le agenzie di rating*, in *AGE*, n. 2, 2012, p. 441.

modalità di controllo delle catene di approvvigionamento dei prodotti o di svolgimento dell'audit per valutare la conformità agli standard contro la schiavitù nelle catene di approvvigionamento, in altri termini, non impone alle imprese di riferire su tutti i potenziali rischi di lavoro forzato³⁵.

In *Barber vs Nestlé USA*, la vittoriosa difesa della multinazionale è tutta centrata su questo profilo. Imputata di appoggiarsi – sia pur indirettamente – sul lavoro minorile per la produzione di un cibo per gatti, i giudici precisano che la legge esclusivamente impone alle “companies to disclose their efforts to ensure compliance, but not to report every instance of slave labor at the farthest reaches of their supply chains”. E la *Nestlé*, a quello sforzo di “ensure compliance” si era rigorosamente attenuta. La “safe harbor doctrine” finisce così con lo schermare la *corporation* che, a conferma del peso assunto dagli interessi economici delle grandi multinazionali, non deve andare “above and beyond”³⁶. In un panorama quale quello americano, la vicenda racconta della difficoltà per i giudici di dare accesso a tutele e interessi che appaiono pur sempre in sottordine rispetto alle logiche del mercato.

Tanto meno, a livello federale, il tentativo di portare il discorso sul piano normativo ha avuto migliore esito. La mancata approvazione di un Bill che, modificando il *Securities Exchange Act* del 1934, chiedeva alle aziende di rendere note le loro iniziative per vietare lavoro forzato, schiavitù, tratta di esseri umani e le peggiori forme di lavoro minorile all'interno delle catene di approvvigionamento conferma della forza che assume quel *commitment to a free market economy* di cui si diceva³⁷. Come dire, parafrasando Becket, che c'è attesa di qualcosa, ma nessuna possibilità di cambiamento. Il tempo, di fatto, sembra restare fisso.

³⁵ A. Prokopets, *Trafficking in Information: Evaluating the Efficacy of the California Transparency in Supply Chains Act of 2010*, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 2014, p. 364 ss.; B.T. Greer, *Opaque Transparency: Why California's Supply Chain Transparency Act is Unenforceable*, in *Oñati Socio-legal Series, Human Trafficking: Challenges and Opportunities for the 21st Century*, 8, n. 1, 2018, *passim*.

³⁶ 154 F. Supp. 3d 954 (C.D. Cal. 2015). Da ultimo, per un caso che coinvolge sempre la *Nestlé*, in relazione al lavoro minorile nell'industria del cacao cfr. Corte suprema, sentenza nel caso *Nestle USA, Inc. vs Doe et al.*, No. 19-416, 593 U.S. (2021), del 17 giugno 2021, reperibile https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-416_i4dj.pdf dove i giudici pure dismettono il *claim* sostenendo che la *Nestlé USA*, non possedeva né operava in piantagioni di cacao in Costa d'Avorio, ma acquistava cacao da talune aziende agricole di quel paese e forniva loro risorse tecniche ed Economiche. Sulla “safe harbor doctrine” *Cel-Tech Comms., Inc. vs L.A. Cellular Tel. Co.*, 20 Cal.4th 163, 182, 83 Cal.Rptr.2d 548, 973 P.2d 527 (Cal.1999); *Alvarez vs Chevron Corp.*, 656 F.3d 925, 933-34 (9th Cir.2011); *Pom Wonderful LLC vs Coca Cola Co.*, No. CV 08-06237 SJO(FMOx), 2013 WL 543361, at *5 (C.D.Cal. Apr. 16, 2013).

³⁷ “H.R. 6279 — 116th Congress: *Business Supply Chain Transparency on Trafficking and Slavery Act of 2020*.” [www.GovTrack.us](https://www.govtrack.us). 2020. April 24, 2023 reperibile <https://www.govtrack.us/congress/bills/116/hr6279>

3 bis Segue: il caso europeo

Un diverso cammino è invece quello tracciato dall'Europa. L'esigenza di vincolare la *performance* aziendale ad elevati standard qualitativi ha qui condotto all'elaborazione di una strategia che, sulla scia del *Green Deal*, si spinge in due direzioni diverse ma complementari³⁸ le quali investono il lato della offerta (le imprese) e quello della domanda (i consumatori/investitori). Collocandosi sulle stesse coordinate che assistono le politiche in tema di tutela del consumatore un legislatore europeo, impensierito dal possibile innesco di pericolosi meccanismi di alterazione della concorrenza, ha così cominciato a riflettere sulla necessità di approdare ad una “positivizzazione” dei canoni di responsabilità sociale delle imprese. Nell'ottica segnalata si spiega anche la necessità di definire nuove modalità e metriche di misurazione di aspetti intangibili, sociali e ambientali, chiamate ad arricchire i criteri di misurazione economica. D'altro canto, l'urgenza di aprire un tavolo di confronto per obbligare le aziende ad offrire agli *stakeholders* una visione complessiva e trasparente su condizioni di lavoro, diritti umani e inclusione, impatto ambientale, governance aziendale nonché sulla possibilità di adottare un piano di vigilanza per identificare i rischi e prevenire gli impatti gravi verso l'ambiente, le libertà fondamentali e i diritti umani, non era più procrastinabile, complice il progressivo consolidarsi a livello dei singoli ordinamenti di una stagione della responsabilità sociale dell'impresa che aveva trovato forte alimento proprio in storie di sfruttamento economico ed ambientale (dove Rana Plaza e Karachi rappresentano l'ennesimo esempio di speculazione). Un attento legislatore britannico, animato dal proposito di assicurare che lungo tutta la catena di approvvigionamento beni e servizi fossero prodotti nel rispetto dei diritti umani, ha introdotto il *Modern Slavery Act 2015*³⁹. La Sect. 54 si situa all'interno di un ordito normativo inteso ad eradicare ogni forma di sfruttamento (sessuale e di lavoro). Lo strumento utilizzato, sulla scia dell'esempio della California, è quello del *reporting* delle misure assunte “for each financial year of the organisation (...) to ensure that modern slavery does not take place in their business or supply chains anywhere in the world”⁴⁰. L'intervento britannico – è certo più stringente del CTSCA, cui peraltro il legislatore inglese dichiara espressamente di ispirarsi – ma si muove anch'esso al di fuori di qualsiasi obbligatorietà allorché

³⁸ Commissione europea, Direzione generale della Giustizia e dei consumatori, F. Torres-Cortés, C. Salinier, H. Deringer, et al., *Study on the due diligence requirements through the supply chain - Final Report*, 2020, reperibile all'indirizzo <https://data.europa.eu/doi/10.2838/39830> .

³⁹ Sect. 54 MSA che recita “(e)its effectiveness in ensuring that slavery and human trafficking is not taking place in its business or supply chains, measured against such performance indicators as it considers appropriate”.

⁴⁰ Cfr. Il punto 6.27 del Modern Slavery Strategy, reperibile https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/383764/Modern_Slavery_Strategy_FINAL_DEC2015.pdf

“requires business to be transparent about what they are doing in order to increase accountability”⁴¹. L'assenza di metriche che misurino gli indici di performance è uno fra gli aspetti più significativi di una legge che vuole attivare fra gli operatori economici un percorso virtuoso onde approdare spontaneamente alla definizione di *statements* più facili da elaborare e confrontare.

Certo, se messa a confronto con l'esperienza americana, emerge palese il maggior rigore con cui il legislatore inglese (ad esempio in materia di contenuto del *reporting* o di ambito di operatività dell'impresa) prova a venire a capo di ogni forma di sfruttamento del lavoro, ma anche qui – come per il CTSCA della California – vaga rimane la soluzione in merito all'ampiezza della *supply chain* la cui definizione appare rimessa all'apprezzamento discrezionale di un giudice chiamato a stabilire ciò che, in accordo con un principio di *common sense*, costituisce “own business”⁴². Tanto meno sfugge che, in Inghilterra come in California, l'arma dell'*enforcement* si presenta piuttosto “spuntata”, essendo rimesso il riconoscimento di un *injunction relief*, in presenza di violazioni, rispettivamente al Secretary of State (Sect. 54.11) e al California Attorney General's Office (Cal. Civ. Code § 1714.43(d)).

Il *corporate reporting* si fa, dunque, strumento di cui si avvale il legislatore che chiama le imprese a ragionare sull'indifferibile necessità di rendere noto, in maniera accurata, completa ed accessibile, in quali condizioni si svolge l'attività di impresa. Non solo si offrono informazioni utili ad accrescere l'*asset* reputazionale, ma l'ulteriore punto di caduta di siffatte dichiarazioni è – nelle intenzioni del legislatore inglese – quello di mettere in grado le stesse imprese di accorgersi del tipo di approccio seguito, delle sue eventuali carenze e della necessità quindi di porvi rimedio. Su questa linea, complice una medesima concezione dell'attività economica, si è indirizzato anche il legislatore norvegese del *Transparency Act 2017*. Considerazioni diverse possono proporsi per la Francia. Scelta più chiara e coraggiosa quella della *Patrie des droits de l'homme*⁴³ e non solo perché introduce nel Code de commerce l'articolo L. 225-102-4 che impone l'obbligo per la società madre e per quelle controllate direttamente o indirettamente (e con le quali vi è una stabile relazione economica) di “identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement”. Il legislatore francese, al pari di quello

⁴¹ Home Office, ‘Transparency in Supply Chains etc. A practical guide (Guidance issued under section 54(9) of the Modern Slavery Act 2015)’ (UK Government, 29 October 2015), www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/471996/Transparency_in_Supply_Chains_etc_A_practical_guide_final.pdf; R. Lindsay, A. Kirkpatrick e Jo En Low, *Hardly Soft Law: The Modern Slavery Act 2015 and the Trend Towards Mandatory Reporting on Human Rights*, in *Business Law International*, v. 18, n. 1, 2017, p. 31 ss.

⁴² R. Lindsay, A. Kirkpatrick e Jo En Low, *Hardly Soft Law: The Modern Slavery Act 2015*, cit., p. 32 ss.

⁴³ LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

olandese⁴⁴, sembra prediligere, in tema di diritti umani, la strada della autonoma individuazione di obblighi di *due diligence*. L'ampliamento della legittimazione ad agire assicurata *a toute personne*, purché in presenza *d'un intérêt à agir* che costringa a rispettare l'adozione del *plan de vigilance*, è in linea con quella aspirazione alla tutela dei diritti umani di cui la Francia si sente paladina. E, tuttavia, a fronte di siffatto rilevante proposito, la genericità e astrattezza che inevitabilmente attinge i discorsi in tema di responsabilità sociale di impresa marca anche qui, significativamente, un impianto regolatorio che, in tema di violazione degli obblighi risultanti dalle misure di vigilanza, i giudici del Conseil constitutionnel portano alla luce, ritenendo non “suffisamment claires” le misure previste⁴⁵. Non a caso sono gli stessi giudici a riconoscere che atteso il carattere ampio e “indéterminé de la mention des «droits humains» et des «libertés fondamentales» et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis” (punto 10 della motivazione).

L'indeterminatezza dell'ammontare della sanzione pecuniaria – da misurare in rapporto alla gravità dell'infrazione – viola insomma il principio di certezza della pena. La sentenza ha così determinato una sorta di “adeguamento forzato” della normativa dal quale emerge – se si vuole sfuggire al discorso sulla retorica – il condizionamento prodotto dagli interessi economici dell'impresa; un condizionamento che, appunto, traspare dal ragionamento dei giudici e diluisce la portata dell'originario disegno del legislatore.

Quanto precede non è tutto. Il sistema delineato dal legislatore francese prevede che il piano di vigilanza, sia elaborato dalle *les parties prenantes de la société*. Il clima è quello della collaborazione fra gli *stakeholders*. Nondimeno, se in trasparenza è evidente lo scopo di immaginare soluzioni condivise e dunque sostenute da tutti, non è chiaro chi siano esattamente queste parti “prenantes” della società e tanto meno quali le modalità del loro coinvolgimento.

Infine, ed è profilo di non secondario rilievo, si deve segnalare il diverso approccio seguito dagli ordinamenti in tema di responsabilità. In Francia la chiara esclusione

⁴⁴ Il riferimento è rispettivamente al norvegese Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act – Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold (åpenhetsloven) che richiama, nel suo art. 3, gli accordi e trattati internazionali in tema di diritti umani e condizioni di lavoro.

⁴⁵ Décision n° 2017-750 DC du 23 mars 2017 – Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

di ogni forma di responsabilità indiretta dell'impresa è nel richiamo espresso agli artt. 1240 e 1241 Code civil (art. 225-102-5 Code de commerce) con cui il legislatore ricorda che la responsabilità per violazione delle obbligazioni assunte con il *plan de vigilance* soggiace alle regole del diritto francese della responsabilità civile. Ciò vuol dire che, in un contesto normativo quale quello delineato, tutto si allinea al rispetto delle regole tradizionali della responsabilità per colpa, imprudenza o negligenza che, unitamente al nesso causale, spetta pur sempre al soggetto danneggiato dimostrare. La chiamata in causa “dell'obbligazione di mezzi” implica che le imprese debbano dimostrare di aver fatto tutto quanto in loro potere per prevenire i rischi legati ai diritti umani lungo la catena di fornitura. Un'altra considerazione merita la scena.

Se si mette da parte il più deciso atteggiamento francese dove quel “ainsi que l'environnement” chiude l'elenco di beni da fare oggetto di protezione indicando la scala di valori prescelta, è agevole accorgersi che la questione ambientale è considerata al margine di impianti regolatori il cui obiettivo principale è quello di porre rimedio al problema della vulnerabilità in cui si vengono a trovare le persone sui luoghi di lavoro.

Di questa non immediata rilevanza della sostenibilità ambientale è testimonianza il dibattito che ha accompagnato in Germania l'introduzione della *LieferkettenSorgfalts-pflichtenGesetz* (LkSG)⁴⁶, che pure impone alle società tutta una serie di obblighi di “due diligence” in tema di diritti umani (§4-8). La sostenibilità ambientale appare qui considerata solo nella misura in cui incide su quei diritti umani contemplati nel § 2 abs. 1 LkSG e negli allegati alla LkSG⁴⁷. La legge prescrive alle imprese il rispetto di una serie di requisiti specifici in materia di diritti umani e ambientali che devono coinvolgere la catena di fornitura. Il contenuto dell'obbligo si ferma comunque alle soglie della dimostrazione che le imprese hanno fatto quanto potevano per identificare ed eliminare i rischi, e che l'azione correttiva, ove necessario, sia stata assunta. In proposito la scelta del legislatore tedesco è però nel senso di escludere il ricorso al regime ordinario di responsabilità, fermo restando che “Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt” (§3 LkSG).

⁴⁶ Cfr., per la Germania, la Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten. (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG), in BGL, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2021 Teil I Nr. 46, ausgegeben zu Bonn am 22. Juli 2021 entrata in vigore il 1° gennaio 2023. Per l'Olanda Wet van 24 oktober 2019 n. 401 “Houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen” (legge di introduzione del dovere di diligenza diretto ad impedire la fornitura di beni e servizi che derivino dal lavoro infantile).

⁴⁷ § 2 para. 1 LkSG: Geschützte Rechtspositionen im Sinne dieses Gesetzes sind solche, die sich aus den in den Nummern 1 bis 11 der Anlage aufgelisteten Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte ergeben.

Tanto per tornare alla allegoria dell'attesa questa, insomma, in Europa non è stata vana. Alcuni legislatori nazionali hanno mostrato di raccogliere la sfida della sostenibilità e sono corsi ai ripari privilegiando ora il profilo del *reporting* ora quello della *due diligence*.

Esiste, tuttavia, un medesimo punto di flessione che accomuna le diverse architetture normative. Questo è rappresentato dalla mancanza di chiari standard e univoci criteri guida in grado di riempire di contenuti il concetto di sostenibilità. La metrica utilizzata per dare corpo alla responsabilità sociale si presenta infatti costantemente veicolata da un linguaggio generico e indeterminato che rischia – in assenza di precisi parametri – di appiattire verso il basso ogni forma di tutela.

Le “suitable measures to cease, prevent, mitigate adverse impact” di cui al *Transparency Act Novergese* (Sect. 4.1 (c)); le “mesures de vigilance raisonnable” cui accenna il legislatore francese (art. L. 225-102-4.-I. code du commerce); l'indicazione di “performance indicators as it considers appropriate” (Sect. 54.5 (e) MSA); ovvero “Die angemessene Weise eines Handelns, das den Sorgfaltspflichten genügt” (§ 3, abs 2 Sorgfaltspflichten – LkSG), rimandano alla necessaria definizione di criteri di giudizio e parametri di intervento, nella consapevolezza che il modo di agire appropriato deve tener conto dell’ “Art und Umfang der Geschäftstätigkeit des Unternehmens, o, *inter alia* “dem Einflussvermögen des Unternehmens auf den unmittelbaren Verursacher”, come con attenzione non manca di evidenziare un legislatore tedesco (§ 3, abs 2 – LkSG) il quale si rende conto che occorre disaggregare il concetto di sostenibilità per indicare in cosa essa si risolva. La *Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA)* riconoscendo che quello di *Angemessenheit* è un *abstrakter Rechtsbegriff* interviene in un documento a delinearne puntualmente i contenuti, consapevole che “Angemessenheit und Wirksamkeit stehen in einem engen Zusammenhang”⁴⁸. Laddove, fedeli alla loro tradizione culturale, gli inglesi ne fanno più che altro una questione di “common sense” rimessa alla valutazione del giudice⁴⁹. L'ulteriore spunto di riflessione che offre la presa in carico di tali interventi normativi investe considerazioni che

⁴⁸ Cfr., BAFA, *Angemessenheit Handreichung zum Prinzip der Angemessenheit nach den Vorgaben des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes*, reperibile in [file:///C:/Users/Virginia%20Zambrano/Downloads/handreichung_angemessenheit%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Virginia%20Zambrano/Downloads/handreichung_angemessenheit%20(1).pdf)

⁴⁹ Home Office, *Transparency in Supply Chains etc. A practical guide*, cit., para 3.6. Sulla sostenibilità quale termine difficile da definire, J. Mähönen, *Integrated Reporting and Sustainable Corporate Governance from European Perspective*, in *Nordic & European Company Law Working Paper*, 2019, p. 7, reperibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3491193> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3491193>; J. Du Plessis, and A. Rühmkorf, *New trends regarding sustainability and integrated reporting for companies: what protection do directors have?*, in *Company Lawyer*, vol., 36, 2, 2015, p. 55 ss. e *ivi* anche per la significative indicazioni bibliografiche in tema.

attengono al ruolo della componente reputazionale “since such a reputation is in itself a source of market advantages”⁵⁰.

4. Tra ambiente e impresa: l'articolato percorso dell'EU

L'attenzione alla sostenibilità economica, ambientale e sociale di cui al Regolamento 2020/852 al fine di “realizzare un'Unione a impatto climatico zero entro il 2050” in questa direzione, si veste sicuramente di nobiltà quanto agli intenti⁵¹. L'elaborazione di un sistema di classificazione comune per le attività economiche sostenibili, in grado di orientare imprese e investitori verso scelte ecosostenibili, rimuovere barriere al funzionamento del mercato interno e facilitare la raccolta dei fondi per i progetti di ecosostenibilità sottende un'esigenza di armonizzazione che crei condizioni in grado di sfruttare le potenzialità del mercato. D'altro canto, l'esigenza di una economia competitiva a basse emissioni era già stata contemplata nella decisione n. 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. Il Considerando 33 fa un chiaro riferimento alla necessità di coinvolgere sia consumatori che operatori economici nella “gestione” delle problematiche ambientali. Gli uni e gli altri, chiamati ad affiancare i quadri legislativi sul presupposto che entrambi debbano essere “responsible and accountable for ensuring that their policies, programmes, and budgets encourage and support activities that are economically and ecologically sustainable both in the short and long terms”, in modo da convertire l'economia mondiale in un'economia “inclusiva e verde nel contesto dello sviluppo sostenibile e della riduzione della povertà” (Decisione 1386/2013).

Fa da sfondo a siffatta visione la consapevolezza che posto che il mercato crea condizioni di pericolo per l'ambiente e i diritti umani, occorre scendere sul piano del mercato e, sfruttandone le strategie, lavorare a favore dell'ambiente. Detto, tuttavia, che il progressivo “disimpegno” dalla dimensione del *command&control* ha coinciso con la presa di coscienza della scarsa reattività del mercato a flussi regolatori di impianto pubblicistico, la questione rilevante diventa, a ben vedere, la concreta individuazione degli strumenti che – operando sul mercato – siano in grado di perseguire quell'obiettivo. Pensare che solo nel mercato debbano realizzarsi le condizioni per condotte socialmente responsabili è, però, argomento sostanzialmente fragile. L'invocazione di un'etica sociale che coinvolga l'impresa

⁵⁰ M. V. Russo e P. A. Fout, *A Resource-Based Perspective on Corporate Environmental Performance and Profitability*, in *The Academy of Management Journal*, 1997, vol. 40, p. 540.

⁵¹ Reg. (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2020 relativo all'istituzione di un quadro che favorisce gli investimenti sostenibili e recante modifica del regolamento (UE) 2019/2088.

non può condurre ad una marginalizzazione dell'intervento del regolatore pubblico specie in settori nei quali si gioca la partita dei diritti umani.

Non si può negare che la apertura alla dimensione “privatistica” sia per più versi seducente sebbene essa imponga: a) una chiara definizione di cosa significhi impatto ambientale; b) un'attenta individuazione degli obblighi di diligenza; e, c) delle conseguenze in caso di una loro violazione. Tanto, al fine dichiarato di assicurare le condizioni per il conseguimento dell'obiettivo proposto. Ma il tentativo di “costringere” le imprese ad una condotta socialmente responsabile, facendo giustizia della teoria della *shareholder primacy*⁵² trova già nella CSR saga una prima insoddisfacente risposta.

L'apparente coinvolgimento di gruppi di interesse sostanzialmente estranei alla catena di comando dell'impresa ma sempre più sensibili ad obiettivi di sviluppo sostenibile non raramente è stato utilizzato dai managers – come è accaduto in Italia nel caso Parmalat – a vantaggio esclusivo degli *shareholders*⁵³. L'esigenza di trasparenza in rapporto agli obiettivi di sviluppo sostenibile ha certo trovato risposta nella Direttiva 2014/95/EU sulla “non financial disclosure” che impone di dichiarare annualmente se le imprese di grandi dimensioni perseguono obiettivi di sostenibilità. Ma la trasparenza che pure ispira la Dir. 2017/828/EU, obbligando alla divulgazione sulle modalità con cui le società nelle quali gli azionisti investono sono monitorate rispetto ai temi ESG non risolve il vero problema rappresentato, il più delle volte, dalla mancanza di una effettiva sostenibilità, per dir così, di base.

L'integrazione, nei processi di produzione della catena del valore, sia degli *stakeholders* sia di obiettivi economici, ambientali e sociali (ESG) si presenta più complessa di quanto a prima vista appaia. Il principio di trasparenza, come criterio per assicurare una conoscenza diffusa e generale delle informazioni nonché un controllo costante dell'attività della società, non è parso assolvere alla sua funzione di empowerment di comunità, stakeholders, consumatori, etc. in assenza di scelte societarie che andassero realmente nella direzione della sostenibilità. Si è così alimentata una narrativa istituzionalizzata fatta di report densi di “positive information”, il che, se per un verso, racconta di quanto sia importante

⁵² J. Mahonen, *Commissione delle Comunità Europee, Libro Verde, Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*, Bruxelles, 18.7.2001, COM (2001) 366. Il problema ha sollevato anche in Italia un ampio dibattito di cui è difficile dare conto in maniera esaustiva. Si rinvia, esemplificativamente a C. Angelici, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale d'impresa”*, in *Riv. Società*, 2018, p. 3 ss.; M. Libertini, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, p. 1 ss. nonché, da ultimo, per una efficace e sintetica ricostruzione del dibattito, G. Alpa, *Solidarietà*, cit., p. 281 ss.

⁵³ Il caso è quello del “latte fresco blu” Parmalat, scelta imprenditoriale che si iscrive nel solco dell'introduzione del *tetrapack* e della procedura UHT e dove l'indicazione fresco voleva rinviare alla naturalità del prodotto.

responsabilizzare l'impresa, per l'altro, fa emergere il valore strumentale della *private regulation*.

5. Le società come “responsible corporate citizens”: la Corporate Sustainability Reporting Directive

In questo panorama non sorprende se, a livello europeo, il dibattito sulla *sustainable corporate governance* – complice un genuino interesse per la sostenibilità che sembrerebbe destinato a cambiare il modo tradizionale di intendere lo sviluppo economico – abbia cominciato ad acquistare uno spazio progressivamente crescente.

Sorretto dall'esigenza di evitare che, all'interno dello spazio europeo, potessero convivere soluzioni diverse le quali, compromettendone il corretto funzionamento, avrebbero determinato una pericolosa frammentazione del mercato interno, il legislatore europeo ha così trovato nei *Guiding Principles on Business and Human Rights delle Nazioni Unite* (UNGPs) il modello ispiratore per facilitare la convergenza degli stati verso l'adozione di soluzioni condivise. La decisione in ordine al tipo di sistema da utilizzare per dare concretezza alla responsabilità delle imprese ed evitare che il contatto con la realtà desse vita a pericolosi disallineamenti è parsa dipendere dall'attenzione posta alla lettura dei principi di cui al Pilastro I e II. Tenendo presente questo quadro – e certo facendo tesoro di quel diverso modo di procedere dei singoli legislatori nazionali – la strategia europea si è indirizzata verso la previsione sia 1) di autonomi obblighi di *due diligence* sia 2) di meccanismi di *due diligence* per il *reporting*.

Nella prima direzione è la proposta di Direttiva 2022/0051 COD della Commissione Europea in tema di *due diligence* al fine di imporre alle imprese il dovere di “identify, prevent, mitigate and account for actual and potential human rights and environmental impacts in their operations and supply or value chain” (par. 30 della Direttiva e Pilastro II dei Guide Principles). Nella seconda è parso, invece, che fosse necessario intervenire sugli obblighi degli amministratori, prevedendo un meccanismo di comunicazione trasparente e in grado di costruire quella *accountability* che sorregge la fiducia degli investitori. Strade entrambe percorse, come visto, dai singoli ordinamenti nazionali.

L'approvazione della *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) intende rafforzare le regole e le modalità di *reporting* in materia ambientale e sociale sul presupposto che “disclosers will change their practices only if they perceive that

shifts in user behavior will have an impact on [the companies'] core organizational goals” such as “enhanced profitability, market share, and reputation”⁵⁴.

L’obiettivo della rendicontazione integrata e di sostenibilità è non solo mostrare che le aziende sono cittadini aziendali responsabili che lottano per una crescita sostenibile a lungo termine ma anche garantire a *stakeholders* e investitori l’accesso a tutte le informazioni necessarie a valutare l’impatto dell’attività di impresa sull’ambiente e sulla collettività, nonché, nel caso degli investitori, facilitare una corretta analisi e stima del rischio legato ai cambiamenti climatici.

Invero, all’esigenza di ampliare le regole di trasparenza tanto la Direttiva 2014/95/EU quanto la Direttiva 2017/828/EU (recepita con il D.Lgs. n. 49 del 10 maggio 2019) avevano tentato – come visto – di offrire risposta. In entrambi i casi il discorso sulla trasparenza era apparso regalare un contesto adeguato a stimolare eventuali comunicazioni in tema di politiche sostenibili sviluppate dalle aziende. Tuttavia, non solo nella Direttiva 2014/95/EU, si parlava genericamente di dichiarazioni non finanziarie. Esse – poiché rese su base volontaria – non erano neppure inserite nel documento sulla gestione.

La più recente Direttiva 2022/2464 interviene sul precedente assetto normativo. Il cambiamento non è solo linguistico. L’uso del lemma “sostenibilità”, che tiene luogo di quelle informazioni “non finanziarie” di cui alla Direttiva 2014/95/EU, è scelta consapevolmente compiuta che recupera al discorso la necessità di tener conto, in una prospettiva olistica, tanto dell’andamento economico dell’impresa quanto della comprensione dell’impatto esterno da essa provocato su investitori e consumatori⁵⁵. In un’ottica di “doppia materialità” l’esigenza di riorientare i flussi di capitali verso investimenti sostenibili mira a creare le condizioni perché possa avere respiro una politica aziendale di lungo termine che sia inclusiva e gestisca i rischi economici, ambientali e sociali.

Di qui, in conformità con gli *European Sustainability Reporting Standards* (ESRS) il bisogno di individuare in maniera proporzionata e pertinente (*ex art. 29 ter*) una metrica che consenta di stimare in che misura l’impresa si sia allineata ai principi di rendicontazione di sostenibilità per assicurare certezza ed evitare che l’assenza di un chiaro riferimento alla “misura e ai contenuti” della sostenibilità renda una battaglia in salita capire in cosa essa consista (EFRAG PTF-ESRS)⁵⁶. A ciò si

⁵⁴ A. Genovese, *La gestione ecostenibile dell’impresa azionaria*, cit., p. 62; D. Weil, A. Fung, M. Graham e E. Fagotto, *The Effectiveness of Regulatory Disclosure Policies*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 25(1), 2006, pp. 155–181 reperibile a <http://www.jstor.org/stable/30162705>

⁵⁵ Comunicazione della Commissione, Orientamenti sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario: Integrazione concernente la comunicazione di informazioni relative al clima (2019/C 209/01). Su questi aspetti, si rinvia altresì a D. Corapi, *Evolution of Private Law in the Global Market of the 21th century*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, p. 358

⁵⁶ Cfr., <https://www.efrag.org/lab6>.

aggiunga, in linea con la politica comunitaria, l'attenzione alla trasparenza assicurata dalla pubblicazione delle informazioni sul relativo sito web dell'impresa cui si riferiscono le previsioni di cui agli artt. 29 *quinquies*; 36 bis; 40 *quinquies*; 40 *bis* CSRD.

Più di un dubbio sorge sul fatto che la pubblicazione del *report* sia in grado di raggiungere l'effetto sperato, specie considerando la inevitabile complessità di una rendicontazione che inevitabilmente si avvale di un linguaggio specialistico e appare perciò indirizzata a pochi investitori sofisticati.

Certo, la pubblicazione sul sito web dell'impresa garantisce l'accessibilità dell'informazione. Ma, come noto, la fruibilità della stessa dipende oltre che dal modo in cui è pubblicata sul sito web anche dal suo essere facilmente rinvenibile, cosa che non sempre si verifica. Il riferimento al luogo di pubblicazione è vago e non si presta a letture univoche. Considerato che un sito web è un insieme di pagine correlate non è detto, ad esempio, se per esso debba intendersi la prima pagina di un sito che contiene una breve introduzione dei suoi contenuti con il collegamento alle principali sezioni o, invece, la pagina iniziale del sito. Siffatta indeterminatezza compromette l'efficacia della stessa pubblicazione.

Se mettiamo da parte il caso dell'investitore abile nella ricerca, in tempi contenuti, del link dove sono contenute tutte le notizie, il consumatore, almeno quello medio, non sempre è equipaggiato della necessaria competenza, pazienza e meticolosità nella ricerca. La trasparenza, per raggiungere il suo scopo, deve presentare un "costo" di raccolta dell'informazione sostanzialmente basso in quanto "a [transparency] policy has effects when the information it produces enters the calculus of users and they consequently change their actions... [a] system is effective, however, only when discloser responses significantly advance policy aims"⁵⁷. La condizione dell'accessibilità, infatti, non è assicurata in presenza di tempi di raccolta lunghi e in presenza di un'informazione veicolata da formulazioni linguistiche incomprensibili perché particolarmente tecniche. Non è tutto. Il discorso sulla trasparenza e integrità delle informazioni rischia di vestire i panni di enfatiche declaratorie di principi se non si fa chiaro il legame fra poteri e responsabilità, da un lato, e regole di *enforcement*, dall'altro. La possibilità di attivare azioni di responsabilità presuppone, però, che si sia proceduto a fare chiarezza, identificando l'ampiezza di quella catena di valore e di fornitura di cui discorre l'art.

⁵⁷ A. Fung, M. Graham, and D. Weil, *Full Disclosure: The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge University Press, 2007, pp. 54-55; J. Mähönen, *Integrated Reporting and Sustainable Corporate Governance*, cit., p. 29; C. Marcon e M. Mancin, *Empirical Evidence on Current Integrated Reporting Practices*, in *Integrated Reporting: A New Accounting Disclosure*, a cura di C. Mio, Palgrave, 2016, p. 61 ss. Di ruolo centrale della trasparenza e delle politiche ESG discorre invece, A. Genovese, *La gestione ecostenibile dell'impresa azionaria*, cit., p. 66 ss.

29 bis della CSRD e, presuppone anche una netta definizione degli obblighi che gravano in capo ai soggetti che questa informazione devono rendere.

In mancanza di previsioni in tal senso appare ingenuo immaginare che informazione e trasparenza possano da sole bastare a tutela dei consumatori. Si tratta di aspetti certo importanti ma che rischiano di immettere sul tavolo solo una quantità di “dati non combustibili” che producono l’effetto contrario, finendo con il costringere i consumatori “a non muoversi più tanto son pieni ma sicuri di essere “veramente ben informati”. Dopo di che, scrive Roy Bradbury, si avrà “la certezza di pensare, la sensazione del movimento, quando in realtà si è fermi come un macigno⁵⁸”.

6. La proposta di Dir. 2022/0051 e lo sforzo per non far durar l’inferno

L’altro filone – quello della *due diligence* – di cui alla proposta di Direttiva 2022/0051 COD sembra perseguire un obiettivo altrettanto nobile che è chiamare le grandi società a partecipare alla costruzione della sostenibilità⁵⁹. Dice Calvino (*Le città invisibili*) “L’inferno dei viventi non è qualcosa che sarà; se ce n’è uno, è quello che è già qui, l’inferno che abitiamo tutti i giorni, che formiamo stando insieme. Due modi ci sono per non soffrirne. Il primo riesce facile a molti: accettare l’inferno e diventarne parte fino al punto di non vederlo più. Il secondo è rischioso ed esige attenzione e apprendimento continui: cercare e saper riconoscere chi e cosa, in mezzo all’inferno, non è inferno, e farlo durare, e dargli spazio.” La proposta di Direttiva segue sicuramente questa seconda opzione e forse con un po’ di ingenuità immagina di poter affidare alle imprese la individuazione di obiettivi strategici – eventualmente da trasferire al legislatore – a vantaggio della sostenibilità.

In linea con lo “Study on the due diligence requirements (nt. 14), 266”, la *due diligence* non dovrebbe essere limitata a ciò che le società sono già obbligate a fare, giacché come si osserva nella proposta “Due diligence [as] a legal standard of care would be an additional duty, which does not currently exist in this contests”. In maniera più incisiva di quanto non faccia la CSRD, l’obiettivo di questa proposta è, in prospettiva, trasformare la società per azioni in a *responsible corporate citizen* chiamandola ad individuare i rischi in tema di diritti umani e ad adottare un piano per la loro rimozione, mitigazione e riparazione; piano che dovrebbe riflettere gli interessi dei diversi soggetti a vario titolo coinvolti. Per la Commissione Europea “sustainability should be further embedded into corporate governance framework,

⁵⁸ Ray Bradbury, *Fahrenheit 451*, p. 72

⁵⁹ S. Bruno, *op. cit.*, p. 307 ss.; G.D. Mosco e R. Felicetti, *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di Corporate Sustainability Due Diligence*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2022, p. 185 ss.

as many companies still focus too much on short-term financial performance compared to their long-term development and sustainability aspects”⁶⁰.

In discussione non è semplicemente il rispetto delle disposizioni normative a tutela dei lavoratori, consumatori, ambiente diritti umani etc. Il progetto più ambizioso – ma anche più illusorio – sembra essere quello di investire la società per azioni di fini ulteriori, assegnando alla *due diligence* scopi e funzioni che, a ben vedere, le sono tecnicamente estranei. La portata dirompente della proposta di Direttiva è però evidente. La dimostrazione del rispetto dei livelli di sostenibilità dovrebbe coinvolgere tutta la catena di valore, e dunque coinvolgere anche le imprese costituite fuori dall’Unione Europea, nel tentativo di responsabilizzare tutti gli attori che intervengono nel processo produttivo. In questo senso è l’art. 5 della Proposta, così come la previsione di un regime di responsabilità (art. 22) che chiama in causa la società controllante nell’ipotesi in cui essa non abbia adeguatamente vigilato sull’attività svolta dal soggetto con cui intrattiene relazioni commerciali stabili. Il delineato regime di responsabilità si colloca, peraltro, accanto a quello ordinario e mira a sanzionare tutte le condotte che siano fonte di danno per l’ambiente o violino diritti umani. La proposta di direttiva sembra, in breve, voler agire in due direzioni.

Per un verso le imprese sono chiamate ad integrare la politica di sostenibilità nei regimi di gestione e governo dell’impresa. Le imprese, infatti, attraverso la *due diligence* sulla sostenibilità (art. 4) devono identificare i rischi avversi, in tutta la catena di produzione e individuare le soluzioni adeguate a mitigarli e/o ripararli. Agli indiscussi obiettivi reputazionali si collega, in linea con il Regolamento sulla tassonomia, l’esigenza di offrire agli investitori un quadro di informazioni fedele sulla opportunità o meno di effettuare l’investimento⁶¹.

In secondo luogo, è interessante osservare come siffatta previsione arricchisca di contenuti gli obblighi degli amministratori chiamati non solo a ragionare in un’ottica di lungo termine (art. 25) ma anche ad adottare *policy* di gestione che tengano conto degli obiettivi di tutti i soggetti interessati e, dunque, azionisti, consumatori, lavoratori, dipendenti e, ovviamente, anche della tutela dell’ambiente. La prospettiva della pluralità dei valori da perseguire – a tacere del dibattito che si attiva su questa accresciuta responsabilità dei amministratori - sembra però, anche qui, essere più declamata che voluta.

La previsione di cui all’art. 25 fa chiaro come gli amministratori debbano pur sempre perseguire l’interesse della società sebbene, nel farlo, occorra tenere conto dei bisogni degli *stakeholders*. In senso contrario si è osservato che “[t]he shift in

⁶⁰ The European Green Deal, COM (2019) 640 final.

⁶¹ Regolamento I(UE) 2020/852; G.D. Mosco e R. Felicetti, Prime riflessioni sulla proposta di direttiva UE in materia di *Corporate Sustainability Due Diligence*, cit., p. 202 ss.

meaning of stakeholder (...) has brought with it irresolvable problems. As we have noted, the range of stakeholders has been extended beyond the persons with a direct interest in the operation of the firm to include those who claim merely to be 'affected' by its activities (...). The new stakeholders make wildly divergent claims on the corporation. Some want shorter hours, others more pay; many wishes to forgo profit for some environmental consideration; and even more want guaranteed job security (...). In a stakeholder firm, their divergent demands are irreconcilable"⁶². L'omogeneità di interessi abbassa, in altri termini, i costi di assunzione delle decisioni mentre una *governance* contraddistinta da scontri di interesse "in the boardroom" rischia di trasformarsi in "a recipe for disaster"⁶³. Senza chiamare in causa la teoria dei giochi è evidente che in presenza di interessi contrastanti l'obiettivo di ciascuna parte è la massimizzazione del proprio vantaggio. In discussione – ai fini del discorso che si sta svolgendo - non è tanto il timore dell'impasse in cui la società potrebbe venire a trovarsi ma anche la difficoltà di configurare un sistema di responsabilità da azionare nei confronti degli amministratori o della società laddove siano disattese le indicazioni ricevute. L'auspicata dialettica fra interessi contrapposti nasconde poi un'ulteriore insidia. Il rischio è che nel contrasto fra "divergent demands" a decidere dell'interesse prevalente siano dei *corporate executives*, trascurando di considerare che la battaglia deve essere "affrontata" nelle sedi deputate all'assunzione delle decisioni politico-normative e in armonia con la tavola di valori prescelta. Vero è che nelle dinamiche della globalizzazione, il decisore pubblico appare sempre più destinato a subire le scelte dell'economia. La proposta di Direttiva, rimettendo ai *corporate executives* siffatte decisioni affida loro un compito di non marginale rilievo confermando quel

⁶² N. Barry, *The Stakeholder Concept of Corporate Control Is Illogical and Impractical*, in *The Independent Review*, VI, 4, 2012, p. 551; L. A. Bebchuk & R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, in *Cornell Law Review*, 106, 91, 2019, p. 96. Un approccio critico nei confronti delle posizioni di Bebchuk e Tallarita è sviluppato da C. Mayer, *Shareholderism versus Stakeholderism – A Misconceived Contradiction. A Comment on "The Illusory Promise of Stakeholder Governance"*, in *European Corporate Governance Institute, Working paper*, 522/2020, rinvenibile <https://ecgi.global/content/working-papers> secondo cui la penetrazione di interessi ulteriori nelle decisioni che assume la società deriva dal fatto che essi sono chiamati non a promuovere la massimizzazione della ricchezza ma del benessere anche degli azionisti. Favorevole a questa lettura, M. Libertini, *Sulla proposta di Direttiva EU su "Doveri di Diligenza e responsabilità delle imprese"*, in *Riv. Società*, 2021, p. 325 ss.

⁶³ H. Hansman, *Ownership of the Firm*, in *Journal Law, Economic & Organization*, 4, 2, 1988, p. 279; A. Alcock, *Corporate Governance: a Defence of the Status Quo*, in *Modern Law Rev.*, 1995, p. 906 ss. Nel Final Report della Commissione Europea "Study on directors' duties and sustainable corporate governance", si precisa (p. 146) che "A new requirement for companies to establish stakeholder engagement mechanisms, would introduce substantive requirements for companies to comply with. The costs for companies subject to the new directive would be linked especially to the time spent by employees and board members to identify which stakeholders to engage, propose the process to do so, approve and implement the selected plan of action. Indirect costs could be related to additional length and complexity these procedures might add to the normal functioning of company decision making processes. As regard public administrations, the new legislative instrument would not have direct budgetary implications at the EU level or national level".

cambio di ruolo dello stato che “da strumento di organizzazione della comunità diviene moltiplicatore della resa economica dei sistemi e garanzia di solvibilità dello stesso”⁶⁴. Si tratta, allora, di invertire il modo di ragionare in quanto “the better way is for the EU and national policymakers to decide these issues and to expect the corporation to faithfully implement them”⁶⁵.

Affidare “to a deputizing corporate board — mostly elected by shareholders who are highly unrepresentative of the citizenry — to tackle these problems” è, insomma, un po’ come raccomandare le famose pecore al lupo di cui alla favola di Esopo⁶⁶. La favola, come noto, narra di un pastore convinto di avere nel lupo un guardiano e non un nemico e un giorno gli affida il gregge. E il lupo, che non poteva aspettare occasione migliore, sgozza le pecore. Non bisogna fidarsi degli avidi, perché divorano tutto e non bisogna credere a chi cambia solo in apparenza e non nella sostanza. La morale è semplice.

7. Il quadro sistemico italiano fra scopo della società e social purpose

Se si mettono da parte le ricadute positive, in termini di armonizzazione, che l’approvazione della CSRD sembrerebbe destinata a produrre nei singoli ordinamenti, un discorso diverso deve farsi per la Proposta di Direttiva sulla *due diligence*.

In discussione, infatti, è la ricaduta del sistema delineato dalla Proposta di Direttiva su un diritto delle società che, per quanto riguarda l’ordinamento italiano, si basa su una architettura piuttosto semplice. Fissato lo scopo di lucro (art. 2247 c.c.) che rappresenta la ragione causale delle società per azioni, la gestione è attribuita agli

⁶⁴ Così M. Nicolini, *I processi di decisione politico-normativa come private lawmaking*, cit., p. 616; E. Barcellona, *La sustainable corporate governance*, cit., p. 15 ss. Nel senso di ritenere che lo Stato non sarebbe in grado di perseguire da solo questi obiettivi, senza chiamare le imprese a parteciparvi, S. Bruno, *Il ruolo della s.p.a per un’economia giusta e sostenibile*, p. 317 ma anche, in tal senso, G. Alpa, *Solidarietà. Un principio normativo*, cit., p. 278 sebbene poi un accento critico si colga laddove l’A. evidenzia come sia lasciato “agli amministratori e alla loro discrezionale valutazione la definizione dei relativi contenuti in funzione della concreta attività della società e dell’ambito dei suoi rapporti con l’ambiente sociale e naturale”, (p. 282)

⁶⁵ M. Roe - H. Spamann - J.M. Fried - C.C.Y Wang - J.M. Ramseyer - A. Farrel - R. Kraakman - L.A. Bebchuck - R.C. Clark, *Law and Business Professors' Submission to the EU on EY Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, consultabile sul sito <http://www.ec.europa.eu> p. 10. L’accoglimento della proposta tedesca di far salvi i cd e-fuels (carburanti sintetici derivati da idrogeno verde con l’aggiunta di CO₂), racconta della difficoltà di conciliare interesse dei consumatori, dei produttori di auto e dei lavoratori con la sfida della neutralità climatica di cui al Considerando 11 del Regolamento 2019/631. M. Maugeri, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Rivista delle Società*, 2019, 1003.

⁶⁶ Il rischio è confermato dal timore di un intervento del legislatore, C. Mayer, *Shareholderism versus Stakeholderism – A Misconceived Contradiction. A Comment on “The Illusory Promise of Stakeholder Governance”*, cit., che osserva che “If companies do not specify a corporate purpose that embodies stakeholders and shareholders, then regulation and public ownership will do it for them. If they do not retain sufficient shareholder value in their businesses to ensure fulfilment of commitments to their stakeholders then, as with the banks, regulators will impose capital requirements and dividend restrictions on them”.

amministratori ed è funzionalizzata alla realizzazione degli interessi societari. La razionalità economica cui gli amministratori devono ispirare la loro condotta è espressione del fatto che essi, nell'attività di gestione, sono costantemente chiamati a conciliare una pluralità di interessi, nel rispetto dei condizionamenti e delle finalizzazioni imposte dalla legge⁶⁷. Si tratta di un'attività la cui complessità è destinata ad accrescersi come dimostrano le problematiche legate a fenomeni di *climate change*, tutela ambiente e dei diritti umani, problemi di giustizia distributiva e di equità, come anche ha dimostrato la pandemia da Covid-19. Vestiti di maggiore o minore imprevedibilità, questi eventi e queste esigenze complicano lo scenario nel quale la razionalità economica prende corpo.

Orbene, interrogativi che scenari del genere sollevano possono intonarsi a tre diversi registri. In un primo senso occorre chiedersi se questo processo di "responsabilizzazione" della società debba essere il prodotto di una scelta volontaria (intendendosi, per scelta volontaria, ogni decisione rimessa alla stessa società, ai soci o agli amministratori e che possa trovare espressione in una previsione statutaria; nell'adesione al codice di autodisciplina; nell'adozione di codici etici; in una *due diligence* rigorosa etc.) o, come pare preferibile, essere imposta da un legislatore che interviene con norme imperative a delineare le condizioni che l'attività di impresa deve rispettare.

Il discorso, ove si prediliga la prospettiva della responsabilizzazione, apre però ad altre epifanie e si indirizza verso interrogativi che investono la questione della misura in cui il diritto societario sia in grado di caricarsi di tematiche redistributive e quale sia il modo migliore per dare ad esse attuazione. Certo il vento è cambiato e di questo cambiamento è segno tangibile la modifica degli artt. 9 e 41 della Cost. italiana che assegnano spazio alla tutela dell'ambiente, vietando che l'attività economica si svolga in contrasto con l'ambiente, la salute e l'utilità sociale. Ma quanto di questo cambiamento sia destinato a pesare è una pagina ancora da scrivere e il caso Ilva lo dimostra⁶⁸.

⁶⁷ P. Montalenti, *L'interesse sociale: una sintesi*, in *Rivista delle Società*, 2018, p. 305 ss. Sul fatto che i temi della Sustainable Corporate Governance siano anche temi di diritto commerciale, A. Genovese, *La gestione ecosostenibile dell'impresa azionaria*, cit., p. 28 ss. L'A., peraltro, mette in evidenza l'intervenuto mutamento nella lettura di quello "scopo di lucro" di cui all'art. 2247 c.c. che andrebbe inteso come limite alla gestione più che come scopo in sé. La posizione condivisa altresì da D. Corapi, *op. cit.*, p. 359 sembra così spiegare perché l'emergere di nuovi interessi non confligga con il chiaro dettato normativo. Non si vede in cosa il "limite alla gestione" possa differire dallo "scopo di lucro", atteso che la gestione trova pur sempre il suo limite nella necessità di conseguimento del lucro.

⁶⁸ In *Ardimento e altri c. Italia* del 5 maggio 2022 (che si accompagna a *Briganti e altri c. Italia*; *A.A. e altri c. Italia*; *Perelli e altri c. Italia*) la Corte EDU ha condannato l'Italia in merito alla vicenda Ilva per non aver dato seguito a quanto necessario a risolvere la crisi ambientale e sanitaria in atto. Due le notazioni. La prima investe la circostanza che i giudici, al fine di assicurare allo stato italiano un qualche margine di manovra, hanno centrato le loro riflessioni sulla violazione dell'art. 8, della CEDU, evitando accuratamente di chiamare in causa gli artt. 2 e 3. Per l'altro, l'apparente vantaggioso provvedimento con cui è stato finanziato il piano di decarbonizzazione (D. l. 21 marzo 2022, n. 21) fa emergere l'interesse verso le ragioni della

Come visto, in Europa, alcuni sistemi giuridici fanno un salto in avanti così da cambiare il paradigma di riferimento: emblematico, proprio in tema di *due diligence*, l'esempio francese.

Di questo sforzo verso la costruzione di una *responsible corporate citizen* e sia pur in assenza di quella organicità di approccio che caratterizza l'intervento francese, è traccia in vero anche nell'ordinamento italiano. L'esigenza di tener conto di interessi ulteriori rispetto a quelli dei soci si incontra in un articolato quadro normativo che si completa dell'art. 1, commi 376-384, l. 2015/208⁶⁹. La legge – come noto - introduce la figura delle Società Benefit chiamate, appunto, a realizzare un bilanciamento fra l'interesse dei soci e quello dei terzi perseguendo, oltre allo scopo istituzionale, anche una finalità di beneficio comune. La previsione di precisi obblighi informativi e di un rigoroso *enforcement* pubblico arricchisce una disciplina normativa che ha di mira “le esigenze sollevate dallo sviluppo della moderna *social enterprise*”⁷⁰.

Capire cosa voglia dire “beneficio comune” non è, tuttavia, semplice e, anche qui, in discussione sembra essere l'eccessiva ampiezza attribuita alla discrezionalità degli amministratori, cosa che finisce con il riflettersi sullo stesso regime di responsabilità di cui all'art. 2395 c.c. Tanto senza considerare che, anche a prescindere dal modello delle Società Benefit, nulla impedisce all'autonomia privata di arricchire il contenuto dello statuto con la previsione di finalità ulteriori, subordinando lo scopo di lucro al perseguimento, ad esempio, di finalità *lato sensu* sociali⁷¹. In tutti questi casi non v'è chi non veda come il vero punto in discussione sia rappresentato dal fatto che, anche quando spontaneamente la società si allinea ad una visione “sostenibile”, l'assenza di standard normativi cui uniformare la propria attività diluisce molto la portata di siffatta scelta.

Il secondo interrogativo, strettamente collegato al primo, investe la questione dell'ampliamento dei doveri fiduciari degli amministratori, che sarebbero chiamati ad orientare le loro scelte verso finalità di carattere sociale. Noto è lo sforzo della

produzione più che della bonifica delle aree inquinate. La saga non è finita qui, considerata la class action proposta contro l'Ilva, all'esito della quale il Trib. Milano, ud. 19 settembre 2022 ha deciso di investire del caso la CGCE chiamata a decidere quali siano il set delle sostanze nocive; quale il ruolo della valutazione del danno sanitario nel rilascio e riesame dell'Autorizzazione integrata ambientale (Aia); entro quali tempi si debba operare l'adeguamento.

⁶⁹ L. Ventura, *op. cit.*, p. 107.

⁷⁰ Cfr., L. Ventura, *op. cit.*, p. 84; R.T. Esposito, *The Social Enterprise Revolution in Corporate Law*, in 4 *Wm. & Mary Bus. L. Rev.*, 2013, pp. 646-647; J.H. Murray, *Social Enterprise Innovation: Delaware's Public Benefit Corporation Law*, in 4 *Harv. Bus. Law Rev.*, 2014, pp. 347-348; J.W. Yockey, *Does Social Enterprise law matter?*, in 66 *Ala. Law Rev.*, 2015, p. 772; J. Defourny, M. Nyssens, *Social Enterprise in Europe: Recent Trends and Developments*, in 4 *Soc. Enterprise J.* 2008, pp. 202 ss.

⁷¹ Ciò solleva un ulteriore problema rappresentato dalla necessità di distinguere queste società dalle Società Benefit, cfr. C. Angelici, *A proposito di Shareholders, Stakeholders e Statuti*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, II, 213 ss.; U. Tombari, *Corporate Social Responsibility (CSR), Environmental Social Governance (ESG), e “scopo della società”*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, II, 225 ss.

Commissione europea per procedere in questa direzione⁷². La soluzione, in Italia è stata condivisa da Assonime in un documento dal titolo “Doveri degli amministratori e sostenibilità” (2021) e si trova ripetuta anche nel Codice di *Corporate Governance* che invita gli amministratori a creare “valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società” (art. 1). Il messaggio che da tali documenti sembra ricavarci è che sull’amministratore grava un obbligo di diligenza dai contenuti piuttosto ampi. Ma qui bisogna intendersi. L’oggettivizzazione dell’agire diligente implica che il soggetto debba far uso del suo patrimonio di competenze tecniche ed esperienziali in vista della realizzazione di un determinato risultato⁷³. È riflessione al limite della banalità osservare allora che se agire nell’interesse della società significa porre in essere anche tutti quegli atti funzionalmente connessi a finalità di carattere gestorio, ambientale e sociale, sarà diligente quell’amministratore che – sempre nel rispetto della BJR – tiene conto, appunto, nelle sue scelte di siffatti ulteriori profili da valutare. Correttezza della gestione significa considerare gli interessi degli investitori nel capitale di rischio confrontandoli con quelli di clienti, lavoratori, fornitori, altri finanziatori a diverso titolo, e della comunità in generale in una prospettiva di sostenibilità. Va da sé che in ogni caso gli amministratori, per effettuare una gestione in linea con gli obiettivi della sostenibilità e che tenga conto delle esigenze dei vari portatori di interesse, debbano essere informati. Un’opportunità in tal senso sembrerebbe essere quella offerta dall’art. 46 Cost. che chiama almeno i lavoratori a forme di partecipazione “alla gestione delle aziende”⁷⁴. Ma si tratta di opportunità che, a conferma della difficoltà di abbandonare radicate impostazioni il legislatore italiano al momento non sembra aver raccolto.

Il terzo interrogativo riguarda appunto i soci.

L’art. 124-quinquies del T.U.F. che recepisce la Direttiva sui diritti degli azionisti (SHRD) 2017/828/UE prevede una serie di obblighi per gli investitori istituzionali chiamati – attraverso un costante dialogo con tutte le società partecipate, i soci e i portatori di interesse – ad adottare una “politica di impegno” su questioni rilevanti quali ad esempio la strategia di investimento e l’impatto sociale ed ambientale. Questo almeno sulla carta perché, quando dal piano del *sollen* si scende sul terreno del *sein* più di un dubbio sorge in merito all’eventualità che, in assenza di incentivi diretti, gli investitori intraprendano iniziative volte a stimolare l’adozione di

⁷² *Study on directors duties and sustainable corporate governance. Final report*, luglio 2020.

⁷³ L. A. Bebchuk & R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, cit., p. 111. Sul rilievo della diligenza nell’adempimento, A. Di Majo, *Obbligazioni in generale*, Art. 1147 c.c., Bologna, 1985, p. 417 ss.

⁷⁴ F. Denozza, *Il conflitto di interessi tra soci e altri stakeholder*, in Aa.Vv., *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, a cura di Sacchi, Milano, 2020, 485; *contra*, A. Daccò, *Spunti di riflessione*, cit., p. 382.

politiche orientate alla sostenibilità i cui benefici dovrebbero ricadere anche sulla collettività. V'è più.

Ragionando in punto di dialogo fra amministratori e soci – e fermo il rilievo che assumono le tematiche ESG –, si tratta poi di vedere fino a che punto i soci possano fornire indicazioni agli amministratori e in che misura questi li debbano considerare⁷⁵. Si tratta di un profilo non secondario che alimenta un interessante dibattito fra quanti ritengono che il coinvolgimento dei soci non solo è al momento privo di agganci normativi⁷⁶ ma indebolirebbe anche il ruolo attribuito all'organo amministrativo e quanti invece sono convinti che nulla impedisca un tal coinvolgimento⁷⁷.

In discussione non è il rilievo che assumono – come è giusto che sia – le questioni ambientali o sociali ma, piuttosto se “il potere propositivo dei soci possa essere utilizzato per portare in assemblea questioni legate a profili di responsabilità sociale dell'impresa. Più che la presunta estraneità di simili tematiche all'interesse sociale, oggi sempre meno scontata, rileva proprio la loro normale attinenza alla materia gestionale”⁷⁸. Sullo sfondo a stridere, come si vede, sono strutture e schemi normativi pensati per un diverso modello di sviluppo.

8. Tattiche di conservazione e la regola del “pay to play”

Tanto l'attività di *reporting* quanto l'adozione di una *due diligence* dei diritti umani dovrebbero in teoria funzionare anche quale strumento per aiutare le imprese ad individuare, nella prospettiva di una loro rimozione, lacune interne e barriere che ostacolano una piena attuazione dei diritti umani. La distinzione di ciò che è etico da ciò che non lo è, nella misura in cui è in grado di orientare le preferenze di mercato, dovrebbe così favorire una efficiente allocazione degli investimenti in materia di sostenibilità; orientare il dibattito sull'uso strategico dell'informazione da condividere; mettere in evidenza i rischi conseguenti ad una falsa divulgazione di informazioni sulla sostenibilità⁷⁹. Il tutto nella prospettiva della costruzione di

⁷⁵ A. Daccò, *Spunti di riflessione su capitalismo sostenibile e strumenti a disposizione*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2022, p. 372 ss.

⁷⁶ G. Strampelli, *Engagement degli investitori istituzionali e colloqui riservati con gli emittenti*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, I, p. 382 s.; L. Marchegiani, *La convocazione dell'assemblea*, in Aa.Vv., *I diritti degli azionisti nelle società quotate*, a cura di Ciocca - Marasà, Torino, 2015, 57; P. Marchetti, *Commento all'art. 2367 c.c.*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. Marchetti - Bianchi - Ghezzi - Notari, Assemblea, a cura di Picciau, Milano, 2008, 75.

⁷⁷ P. Fiorio, *Commento all'art. 2367 c.c.*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto societario*, Commentario diretto da Cottino - Bonfante - Cagnasso - Montalenti, I, Bologna, 2004, p. 519.

⁷⁸ S. Rossi, *Integrazione dell'ordine del giorno dell'assemblea nelle società quotate*, in Aa.Vv., *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario*, a cura di De Angelis - Rondinone, Torino, 2008, p. 41, nt. 25.

⁷⁹ Gli economisti discorrono di “signal theory” per significare che chi possiede le informazioni è incentivato a condividerle solo allorchè dalla condivisione scaturiscano risultati positivi. Gli strumenti che realizzano

quella *citizen responsible corporation* che chiama appunto le imprese a comportarsi seguendo quei canoni di buona fede, trasparenza, onestà, correttezza, solidarietà, rispetto della legge che dovrebbero in vero ispirare la condotta di tutti i cittadini. Messaggio certo importante che non toglie che il richiamo al contesto etico dell'agire si realizzi pur sempre in un *ambiente* economico.

Immaginare una società impegnata nella cooperativistica composizione di interessi confliggenti, capace di prendere le distanze dalla mera attenzione agli utili per intercettare e dare soddisfazione ai diversi portatori di interessi è esercizio di utopia. Basti pensare alla resistenza ad accettare *policy* di imposizioni fiscali o limitazione dei profitti (che pur alimentano il *welfare*) per accorgersi dell'illusorietà della rappresentazione che vede le società abbracciare solidaristiche campagne di impegni in responsabilità sociale. A spostare il discorso su un piano più squisitamente giuridico, di siffatta difficoltà, è conferma il fatto che (anche in tutti gli interventi normativi che hanno preceduto l'approvazione della *Corporate Sustainability Reporting Directive* (CSRD) nulla è detto sulle modalità in cui questo coinvolgimento degli stakeholders dovrebbe avere luogo e tanto meno delle conseguenze che dovrebbe produrre⁸⁰.

questa condivisione sono attività di reporting e marketing, codici etici etc., in grado di influenzare la percezione degli stakeholders e la loro volontà di supportare le iniziative dell'impresa: F. Zerbini, *CSR initiatives as market signals: A review and research agenda*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 146, n. 1, 2017, pp. 1-23; E. Eberhardt-Toth, *Who should be on a board corporate social responsibility committee?* in *Journal of Cleaner Production*, vol. 140, 2017, pp. 1926-1935. Dell'importanza della *CSR voluntary disclosure* per un'impresa che opera nel mercato dei capitali di rischio, M. E. Porter e M.R. Kramer M.R., *The Link between Competitive Advantage and Corporate Social Responsibility*, in *Harvard Business Review*, vol. 84, n. 12, 2006, pp. 78-92. G. Smorto, *Reputazione, fiducia e mercati*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 2016, p. 201.

⁸⁰ Il MSA inglese, Sect. 54. 11 recita "The duties imposed on commercial organisations by this section are enforceable by the Secretary of State bringing civil proceedings in the High Court for an injunction or, in Scotland, for specific performance of a statutory duty under section 45 of the Court of Session Act 1988" così ricalcando la soluzione adottata dal CTSCA della California. Dal canto suo, per il legislatore tedesco (§ 11, abs 1, LkSG) "Wer geltend macht, in einer überragend wichtigen geschützten Rechtsposition aus § 2 Absatz 1 verletzt zu sein, kann zur gerichtlichen Geltendmachung seiner Rechte einer inländischen Gewerkschaft oder Nichtregierungsorganisation die Ermächtigung zur Prozessführung erteilen". Nè l'indiscussa apertura del legislatore francese, che pure attribuisce la legittimazione ad agire a "toute personne" purchè siano portatrici "d'un intérêt à agir à cette fin" (L. 225-102-5 code du commerce) cambia il quadro di riferimento essendo controbilanciata, per dir così, da quell'intervento del *Conseil Constitutionnel* di cui si è detto. In quest'ottica si è osservato, G. Calabresi e A.D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harvard Law Rev.*, 1089 (1972): "The first issue which must be faced by any legal system is one we call the problem of "entitlement." Whenever a state is presented with the conflicting interests of two or more people, or two or more groups of people, it must decide which side to favour. Absent such a decision, access to goods, services, and life itself will be decided on the basis of "might makes right" — whoever is stronger or shrewder will win.' Hence the fundamental thing that law does is to decide which of the conflicting parties will be entitled to prevail. The entitlement to make noise versus the entitlement to have silence, the entitlement to pollute versus the entitlement to breathe clean air, the entitlement to have children versus the entitlement to forbid them — these are the first order of legal decisions. Having made its initial choice, society must enforce that choice. Simply setting the entitlement does not avoid the problem of "might makes right"; a minimum of state intervention is always necessary".

In pratica, e con buona pace del discorso sulla tutela dell'ambiente e dei diritti umani, il sentiero della sostenibilità e responsabilità sociale in tanto è percorso in quanto non ribalta le logiche del mercato⁸¹ ma le asseconda e, anzi, riesce a confezionare consenso. In un contesto caratterizzato da evidenti asimmetrie informative, trasparenza e *accountability* – per richiamarsi alla direttiva sulle informazioni di sostenibilità – si convertono allora in strategie utilizzate essenzialmente per “capitalizzare” consumatori e investitori⁸².

Il caso *Commodore vs H&M*, la cui decisione è, al momento, ancora pendente è un buon esempio di come le società, interiorizzato il messaggio sulla sostenibilità, siano indotte ad effettuare investimenti volti ad aumentare e mantenere la reputazione se ciò permette di generare benefici economici⁸³. Non sfugge, qui, come l'esclusiva attenzione alla componente reputazionale onde costruire quel clima di fiducia che induce a decidere se avere o meno rapporti con determinati attori economici abbia facilitato l'attivazione di una condotta opportunistica.

La vicenda racconta, appunto, di un uso *misleading and deceptive* della strategia di marketing dell'azienda, portata avanti attraverso “the use of in-store signage, tags, and online information, among other sources of information” in modo da fidelizzare “on the growing segment, consumers who care about the environment”⁸⁴. Di siffatto uso ingannevole dell'immagine etica o eco-friendly di prodotti immessi sul mercato al solo fine indirizzare le preferenze e la domanda dei consumatori la *litigation* è piena e si tratta di un filone che, recuperando al dibattito le discipline della tutela del consumatore, pubblicità ingannevole, ingiustificato arricchimento, va progressivamente espandendosi. Merita però osservare anche come si chiudono queste partite giudiziarie.

Quando non ritenute inammissibili, l'approdo più ambito dalle società è la “out-of-court resolution”. È accaduto, come visto in Bangladesh a seguito del ricorso alla procedura arbitrale ad opera di alcuni sindacati. È la soluzione cui si è approdati in *Lee vs Canada Goose* a proposito della pubblicità sull'utilizzo sostenibile di pelliccia per confezionare giacche⁸⁵ o, ancora, nel caso di uno shampoo per cani promosso

⁸¹ M. Nicolini, *I processi di decisione politico-normativa*, cit., p. 618.

⁸² G. Smorto, *op. cit.*, p. 199 ss.

⁸³ E. Posner, *Law and Social Norms*, Cambridge, Harvard University Press, 200, p. 35 ss.

⁸⁴ *Commodore vs H&M Hennes & Mauritz LP* - No. 7:22-CV-06247 (S.D.N.Y. presentato il 22 luglio 2022). Nella specie, l'azienda svedese che produce abiti fast-fashion (collocandosi al secondo posto sul mercato, dopo Zara) aveva pubblicizzato una linea di abiti apparentemente eco-friendly etichettati con l'espressione “conscious”. La ecosostenibilità era dimostrata attraverso l'uso distorto degli standard offerti da Higg Index, che fissa indicatori di sostenibilità destinati a valere per l'industria tessile ed elaborati dalla *Sustainable Apparel Coalition*. Su questi aspetti, da ultimo, K. A. West, *Goodbye to Greenwashing in the Fashion Industry: Greater Enforcement and Guidelines*, in *101 North Carolina Law Rev.*, 2023, p. 857 ss. In proposito, *Lee vs Canada Goose US, Inc.* 06-29-2021, 20 Civ. 9809 (VM).

⁸⁵ *Lee vs Canada Goose US, Inc.*, No. 20 Civ. 9809 (VM); 2021 WL 2665955, at *7 (S.D.N.Y. June 29, 2021).

come prodotto naturale da *Burt's Bees* la cui società madre è la *Clorox*⁸⁶. L'elenco potrebbe continuare, ma ciò che vicende del genere mostrano è (di là dagli effetti previsti di performance operativa) quanto valga la reputazione sul valore di mercato dell'organizzazione (e le tecniche per acquistarla) e quanto alto sia l'interesse verso soluzioni transattive proprio per evitare o mitigare danni alla stessa (emblematico esempio di qualche anno fa il *settlement* della casa farmaceutica Glaxo)⁸⁷. Insomma la reputazione diviene anche bene che qualifica l'intero mercato. Se crolla la reputazione delle imprese, crolla anche il loro framework. Un altro profilo merita la scena.

L'allontanamento dalla materialistica rilevanza del momento economico a vantaggio di una visione "responsabilmente sociale" presupporrebbe che, in contesti dove l'antiteticità degli interessi è un dato strutturale, debba essere il decisore pubblico a compiere la scelta di fondo e "decide which side to favour"⁸⁸. Attribuire, per contro, alle società siffatto compito significa riconoscere loro il potere di intervenire su aspetti istituzionali, sociali, culturali e politici, estromettendo definitivamente il legislatore dal circuito delle decisioni relative a quel catalogo di valori che vede nella persona il suo punto di riferimento.

Non si intende criticare la scelta normativa di introdurre un *sustainability reporting*. Si tratta di una scelta certo opportuna, ma anche di una scelta attraverso la quale il legislatore, senza alcun impegno di risorse pubbliche o di più strutturati interventi sistemici, ha inteso rimettere alle imprese lo sviluppo di processi di *compliance*, informazione, best practice al fine di premiare (sfruttando le logiche del mercato) condotte responsabili e rispettose dei diritti umani e dell'ambiente⁸⁹.

⁸⁶ Goldfarb vs Burt's Bees, Inc., No. 21 Civ. 04904 (VM) (S.D.N.Y. June 3, 2021).

⁸⁷ In tal senso muove la vicenda della casa farmaceutica Glaxo responsabile di aver messo in commercio un farmaco antidepressivo per minori senza un'attenta informativa sui gravi effetti collaterali che il farmaco era in grado di produrre. La casa farmaceutica, per sfuggire alla responsabilità civile e penale ha preferito addivenire ad un "plea agreement also includes certain non-monetary compliance commitments and certifications by GSK's U.S. president and board of directors", <https://www.justice.gov/opa/pr/glaxosmithkline-plead-guilty-and-pay-3-billion-resolve-fraud-allegations-and-failure-report>. Sul punto, altresì, nota 8. Illuminante, sul ruolo giocato dalla *reputation* nella definizione di *private rules*, D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, in 64 *Ohio State Law Journal*, 2003, p. 430.

⁸⁸ L. A. Bebchuk & R. Tallarita, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, cit., p. 122, osservano "We wish to stress that the consequences of stakeholderism ultimately depend on the discretion of corporate leaders even under stakeholderist proposals that would require corporate leaders to attach independent weight to stakeholder interests".

⁸⁹ Su questi aspetti, D. K. Peterson, *The Relationship between Perceptions of Corporate Citizenship and Organizational Commitment*, in *Business & Society*, vol. 43, n. 3, 2004, pp. 296-319; S. Brammer e A. Millington, *Corporate Reputation and Philanthropy: An empirical analysis*, in *Journal of Business Ethics*, vol. 61, n. 1, 2005, pp. 29-44; X. Luo X., C.B. Bhattacharya, *Corporate Social Responsibility, Customer Satisfaction, and Market Value*, in *Journal of Marketing*, vol. 70, 2007, pp. 1-18. Di attrattività per gli stessi dipendenti discorre, K. B. Backhaus, B. A. Stone e K. Heiner, *Exploring the relationship between corporate social performance and employer attractiveness*, in *Business & Society*, vol. 41, n. 3, 2002, pp. 292-318. In questo senso, ancora, C. Mignone, *Diritti e sostenibilità. una ricostruzione per immagini*, cit., p. 222.

Inosservato – *recte* oscurato - è il fatto che dietro l'immagine della unitaria *corporate responsible citizen* si celino però precisi interessi economici.

Quanto sin qui allineato trova composizione in una cornice di contesto che vuole mettere in discussione quell'aspirazione ad un “blissful state of cooperative and responsible enterprise” che anima oggi – anche sulla scia degli interventi comunitari – il dibattito dottrinale⁹⁰. Eccessiva l'enfasi che accompagna l'idea di questo diretto coinvolgimento delle società nel raggiungimento di uno dei 17 obiettivi ESG per costruire “the allegiance of consumers, workers and publics and to create new forms of emotional ties to particular companies and brands”⁹¹. Ingenuo pensare che tutela dei diritti umani, rafforzamento della coesione sociale, crescita economica e stabilità possano passare attraverso un impegno responsabile di soggetti privati. La presenza di interessi divergenti o non cooperativi, mettendo come si diceva da parte la teoria dei giochi, rende tutto il dibattito sulla responsabilità sociale una bella favola narrata per far scomparire la realtà fra le pieghe dell'immaginario. In altri termini, che il fuoco delle riflessioni sia centrato sul diverso e attivo ruolo che le imprese di grandi dimensioni sarebbero chiamate ad interpretare sulle ali di una cultura della sostenibilità che “has inspired the philosophy of EU law in corporate matters”⁹² non toglie che le problematiche ambientali e sociali si collochino pur sempre al crocevia di uno scambio fra spinte al consumo e ragioni della produzione⁹³. Il dubbio, allora, è che tutto il dibattito sulla responsabilità sociale e la sostenibilità sia null'altro che il tentativo di far salvo l'attuale sistema di produzione e dimostrare l'adeguatezza morale del *profit system*. Messo “sotto attacco” un certo modello economico in quanto genera danni alla salute, all'ambiente, accentua diseguaglianze sociali e periodicamente innesca crisi finanziarie, il ricorso alla responsabilità sociale è parsa la strada migliore (consapevolmente perseguita) per far salvo un sistema la cui finanziarizzazione consolida esclusivamente aspettative verso la remunerazione degli investimenti⁹⁴. A cambiare sono però “le forme”, non certo la sostanza. In questo scenario il *commitment* per tutto ciò che è negletto, sotto

⁹⁰ T. Levitt, *The danger of corporate responsibility*, in *Harvard Business Review*, 1958, p. 42.

⁹¹ D. Whyte, *The Autonomous Corporation: The Acceptable Mask of Capitalism*, in *King's Law Journal*, 2018, p. 2; H. J. Glasbeek, *The Corporate Social Responsibility Movement—The Latest in Maginot Lines to Save Capitalism*, in *11 Dalhousie Law Journal*, 1988, p. 363.

⁹² Sulla scia dell'impostazione che si critica D. Corapi, *Evolution of Private Law in the Global Market of the 21st century*, cit., p. 358.

⁹³ S. McFarland Taylor, *Ecopiety: green media and the dilemma of environmental virtue*, New York University Press, 2019, *passim*. Il discorso che qui si sviluppa trova conferma sol che si guardi al settore dell'agroindustria, dove sfruttamento intensivo del suolo, filiere produttive lunghe e sfruttamento della mano d'opera vanno nella direzione opposta a quella della sostenibilità, A. Iannarelli A., *La direttiva sulle pratiche commerciali: un'occasione persa per la tutela dei produttori agricoli?*, 2019, in *Dir. lav. relaz. ind.*, p. 441.

⁹⁴ A. Somma, *op. cit.*, p. 105; C. Mignone, *Diritti e sostenibilità*, cit., p. 220; M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017, *passim*.

rappresentato, eticamente sostenibile diventa la parola chiave, il prezzo necessario da pagare per continuare a far parte di un gioco le cui regole sono rimaste fatalmente immutate. La formula è insomma quella del *pay to play*; formula al limite della banalità ma che descrive bene la dinamica che contraddistingue l'attuale sistema il quale, per mantenere inalterata la logica della *free enterprise* e, dunque, per consentire al sistema capitalistico di uscire dall'assedio (*recte* dalle critiche cui è sottoposto per le distorsioni cui conduce) impone il pagamento di questo prezzo.

9. Conclusioni

Nella retorica politica americana un posto di rilievo è occupato dalla parte conclusiva del sermone “A Modell of Christian Charity”, con cui Lord Winthrop ricordava ai suoi concittadini che essi erano in “accordo” con Dio e dovevano dunque essere un modello di riferimento per tutti. Basato sul discorso della montagna nel Vangelo di Matteo il sermone racconta ancora oggi del mito dell'unicità americana⁹⁵. Lo sforzo dell'Unione Europea di trasformare la sua economia e farne una realtà efficiente e competitiva nel rispetto dell'ambiente, senza dimenticare di proteggere salute e benessere dei cittadini da eventuali rischi ambientali, condivide con questa metafora del mito il suo eccezionalismo. La direttiva sulle informazioni in tema di sostenibilità e la Proposta di Direttiva sulla *due diligence* rappresentano l'ultimo atto di una serie di interventi che mirano, come dice la Commissione EU nella sua strategia sulla biodiversità (comunicazione 20 maggio 2020) a riportare “la natura nella nostra vita” chiamando anche le imprese a comportarsi come cittadini responsabili. Non v'è dubbio, infatti, che di fronte a problemi ambientali, sociali e politici, le imprese siano tenute a svolgere il proprio ruolo e debbano impegnarsi a sfruttare tutte le opportunità, anche tecnologiche, loro offerte per contribuire a questo obiettivo. È tuttavia ingenuo pensare che ciò possa realizzarsi in assenza di un previo, chiaro intervento del legislatore chiamato a definire limiti e standards che le imprese devono seguire e senza procedere ad una riconcettualizzazione attorno alle nozioni di scopo, affidabilità, valori umani abilitanti e cultura di ciò che si intende per “business”. Senza un intervento in questa direzione non pare saggio affidare il perseguimento di questi obiettivi – nel corto, medio e lungo periodo – a quelle stesse società che i danni causano⁹⁶.

Nell'ottica della sostenibilità, diritto e regolamentazione (e dunque le scelte pubbliche), sono chiamate a svolgere un ruolo vitale nella definizione dei criteri su cui allineare questioni legate a proprietà e governance, misurazione e performance,

⁹⁵ Matteo 5,1-7,14.

⁹⁶ Servirebbe, insomma, come osserva Wagner “a heavy dose of government policy”, così G. Wagner, *But Will the Planet Notice? How Smart Economics Can Save the World*, New York, 2012, p. 137–138.

finanza e investimenti. Si tratta di aspetti chiave che hanno a che vedere con quel cambio di paradigma nello sviluppo economico (di cui si è detto) e dovrebbero essere considerati congiuntamente onde far fronte a quella fisiologica imprevedibilità, che per quello che qui interessa, assiste eventi quali il clima, il cambiamento dell'ecosistema, l'andamento dei mercati azionari.

Ritenere, all'opposto, che il solo intervento su alcuni aspetti societari possa creare, in linea con l'art. 2 Trattato di Lisbona, le condizioni di piena occupazione, progresso sociale, e miglioramento della qualità dell'ambiente rischia di essere fuorviante e di ripetere quella metafora della "Winthrop's City Upon a Hill" che come noto interpreta l'utopia del sogno, nella specie, quello americano.



ANNA PARRILLI

UNCOVERING COLONIAL-APARTHEID LEGAL GEOGRAPHY.

WOMEN'S RIGHT TO LAND, HOUSING AND PROPERTY BEFORE THE CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Abstract The article discusses the innovative approach adopted by the Constitutional court of South Africa towards women's land, housing, and property rights in two landmark decisions: *Daniels v. Scribante* (2017) and *Rahube v. Rahube* (2018). The first section introduces the notion of "apartheid geography" and the land reforms promoted by the South African national government since 1994. The second section discusses the *Daniels* and *Rahube* cases. In these rulings, the judges partially departed from the traditional legal methods and reasoning by reading the impugned provisions through the lens of legal geography. The last section deals with the gendered approach adopted by the court in *Daniels* and *Rahube* and the implications with regard to the protection of women's land and property rights. The aim is to highlight the Constitutional court capacity to uncover the resilience of colonial and apartheid spatial logic in contemporary South African legal system by combining legal geography methodology and the intersectional approach to land, race, and gender.

Keywords Land, race, gender, women's rights, property rights, apartheid, legal geography, intersectional approach, South Africa.

TABLE OF CONTENTS: Introduction – 1. Apartheid legal geography and land reforms in South Africa – A. Spatial and gender inequality under colonialism and apartheid – B. The land reform programme in South Africa – 2. The Constitutional court's approach to land, housing, and gender – A. *Daniels v. Scribante* (2017) – B. *Rahube v. Rahube* (2018) – 3. Decoding and dismantling colonial-apartheid legal geography – A. Racial and gender inequalities in law: a "past sin"? – B. A new spatial and gender-responsive jurisprudence for South Africa – C. Women's land and property rights under customary law(s): a complex and nuanced relationship – 4. Concluding observations

Introduction

This contribution addresses the Constitutional court's role in advancing women's rights to land, housing, and property in South Africa within the framework of post-apartheid land reforms.

As is known, the colonial and apartheid regimes shaped South African human and legal geography.¹ Law was instrumental in establishing and maintaining racially and classed-based spaces. Moreover, it contributed to the uneven distribution of goods and resources between white and black people.²

In turn, the construction of racially identified spaces influenced the drafting and implementation of South African law. This occurred as places inscribed with legal significance «are not simply the inert sites of law but are inextricably implicated in how law happens».³ Thus, during the colonial and apartheid regime, law and space co-constituted each other on terms beneficial to white people.⁴

As regards rights to land, housing, and property, Western categories and legal constructs were transplanted into the South African legal system during the colonial administration.⁵ This also entailed introducing the Western understanding of rural and urban development, i.e., capitalism, individualised cash economy, cheap migrant labour working.⁶

¹ The term “legal geography” has been firstly used by F.W. Maitland, *Township and Borough: The Ford Lectures 1897*, Cambridge University Press, Cambridge, 1898, p. 11 with reference to the legally relevant relationships between the law, space, and the community. In the past two decades, legal geography methodology is contributing to investigate the interdisciplinary connections between law and space by focusing the attention on how spaces affect legal implementation and drafting (the spatiality of law), how law contributes to the construction of spaces and places, and how do lawyers understand and engage with matters of jurisdiction and scale. See L. Bennet, A. Layard, *Legal Geography: Becoming Spatial Detectives*, in *Geography Compass*, vol. 9, n. 7, 2015, pp. 406 – 422 doi: 10.1111/gec3.12209. See also N.K Blomley, *Law, space, and the geographies of power*, Guilford Press, New York, 1994; I. Braverman, N. Blomley, D. Delaney, A. Kedar (eds), *The expanding spaces of law: a timely legal geography*, Stanford University Press, Stanford, 2014, M. Nicolini, *Territorial and Ethnic divide: A new legal geography for Cyprus*, in M. Nicolini, F. Palermo, E. Milano (eds.), Brill, Nijhoff, 2016, pp. 285 – 315.

² T.W Bennet, *African Land – A History of Dispossession*, in R. Zimmermann, D. Visser (eds.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press, 1996, pp. 65 – 94.

³ I. Braverman, *Who's afraid of methodology? Advocating a methodological turn in legal geography*, in I. Braverman et al. (eds), *The expanding spaces of law: a timely legal geography*, Stanford University Press, Stanford, 1994, p. 1.

⁴ On the definition of apartheid geography see R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography: transformation and the limits of law*, in *Constitutional Court Review*, vol. 9, n. 1, 2019, p 197. doi:10.2989/ccr.2019.0008. See also, A. Akinwumi, *Powers of reach legal mobilization in a post-apartheid redress campaign*, in *Social & Legal Studies*, vol. 22, n. 1, 1993, pp. 25–41; J Robinson, *The Power of Apartheid: State Power and Space in South African Cities*, Butterworth-Heinemann, Oxford, 1996.

⁵ See M. Nicolini, *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica mista dell'Africa Australe*, BUP, 2016, pp. 117-131; pp. 156 – 166.

⁶ See H. Wolpe, *Capitalism and Cheap Labour-Power in South Africa: From Segregation to Apartheid*, in *Economy and Society*, vol.1, n. 4, 1972, pp. 425–56; N. Worden *The Making of Modern South Africa: Conquest Segregation and Apartheid*, 3rd ed, Blackwell, 2000, p. 75.

Furthermore, the apartheid regime contributed to the drawing of South African (physical, human, and legal) geography through land dispossession and relocation of black people to racially based “homelands” and reserves.⁷

In 1994, the National Government advanced land reforms to redress past injustices and promoting fundamental civil rights through land restitution, land redistribution, and the reform of the tenure system.⁸

Within the framework of land reform programme, women’s rights to land, housing, and property, as well as women’s organizations engagement in the process of land redistribution, restitution and tenure reform were granted particular attention.

The alteration of South African traditional forms of economic and social organization during the colonial and apartheid regimes was particularly harmful for women. Due to dispossession and overpopulation, landlessness increased within the reserves and the homelands. This crisis was deepened by colonial policies, according to which customary land and inheritance laws had to be strictly enforced by white officials and traditional (male) leaders. The patriarchal version of customs was preferred as it better served colonial and apartheid policies.⁹

Against this background, the article discusses the innovative approach adopted by the Constitutional court of South Africa towards women’s land, housing, and property rights, highlighting the judge’s contribution to the development of a new «spatial jurisprudence» beyond colonial and apartheid spatial construction.¹⁰

In the first section, the article deals with the spatial and gender inequalities in land access and ownership produced by settler colonialism and apartheid rule. In this regard, it introduces the notion of “apartheid geography”.¹¹ Then, it discusses the land reform programmes promoted by the South African national government to redress historical injustices.

The second section focuses on the Constitutional court’s approach towards women’s land, housing, and property rights by drawing the attention on two landmark decisions: *Daniels v. Scribante* (2017) and *Rahube v. Rahube* (2018).¹²

In the judgments at hand, the Court partially departed from traditional legal methods and reasoning by providing an extensive social and historical contextualisation of land and housing claims.

⁷ See T.W Bennet, *African Land – A History of Dispossession*, cit., pp. 65 – 94.

⁸ White Paper on South African Land Policy (April 1997), Department of Land Affairs, available at the website www.gov.za, 1997.

⁹ A. Claassens, *Recent changes in women’s land rights*, in *Journal of Agrarian Change*, vol. 13, n. 1, 2013, p. 73. doi:10.1111/joac.12007.

¹⁰ R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography*, cit., p. 195.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Daniels v Scribante & Another* [2017] ZACC 13, 2017 (4) SA 341 (CC); *Rahube v. Rahube* [2018] ZACC 42, CCT319/17 (CC).

As occurred in previous rulings, the court showed awareness of the resilience of spatial inequalities created by the colonial and apartheid regimes. However, in *Daniels* and *Rahube*, the judges' arguments went beyond the "black-letter law" to read the impugned provisions through the lens of legal geography. By doing so, the Court actively contributed to the reconfiguration of spatial relationship in post-apartheid South Africa.

The ruling also considered land and housing issues from a gendered perspective. By adopting an intersectional approach to land, race, and gender,¹³ the judges concluded that colonial and apartheid construction of rural and urban spaces marginalized women by enforcing the «patriarchal model of men as the heads of extended families presiding over their wives and children».¹⁴

The last section of the article discusses the implications of the gendered approach adopted by the Constitutional court with regard to women's land, housing and property rights.

The aim of the article is to highlight the Constitutional court's capacity to decoding "apartheid geography" in contemporary South Africa legal system, capturing the points at which law, space, and gender intersect. Legal geography methodology and the intersectional approach to race, gender and space successfully combined and helped the judges to uncover the reiteration of apartheid spatial constructions, as well as gendered patterns in apparently neutral legal provisions.

1. Apartheid legal geography and land reforms in South Africa

A. Spatial and gender inequality under colonialism and apartheid

Apartheid spatial inequality is a recurring theme in South African case law with reference to housing, land, and property rights.¹⁵ In this respect, the term "apartheid geography" has been used in literature to denote «the creation and maintenance of racially identified spaces, coupled with racial and class-based segregation and an uneven distribution of social goods and public amenities»,¹⁶ also shaped through discriminatory law and practices.¹⁷

¹³ K. Crenshaw, *Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color*, in *Stanford Law Review*, n. 43, 1991, pp. 1241–1299. See also, L. McCall, *The complexity of intersectionality*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, vol. 30, n. 3, The University of Chicago Press, pp. 1771–1800.

¹⁴ A. Claassens, *Recent changes in women's land rights*, cit., p. 74.

¹⁵ See, *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others [2000] ZACC 19, 2001 (1) SA 46 CC*; *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers [2004] ZACC 7, 2005 (1) SA 217 CC* at paras 11 - 12; *Federation of Governing Bodies of South African Schools (FEDSAS) v. Member of the Executive Council for Education, Gauteng and Another [2016] ZACC 14, 2016 (4) SA 546 (CC)* at para 38; *Gelyke Kanse and Others v Chairperson of the Senate of the University of Stellenbosch and Others [2019] ZACC 38*.

¹⁶ R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography*, cit., pp. 195-217. See also J. Robinson, *The Power of Apartheid: State, Power and Space in South African cities*, Butterworth-Heinemann, Oxford, 1996.

To mention just a few examples, racialization of South African urban and rural spaces occurred under the Black Land Act 27 (1913), the Natives (Urban Areas) Act 21 (1923); the Black Communities Development Act 18 (1936).

The production of apartheid geography was further characterised by statutory measures which allowed the native people eviction from their land. In particular, the Group Areas Acts n. 41 (1950) and the Group Areas Acts n. 36 (1966) regulated the acquisition, alienation and occupation of land and established six self-governing territories (KwaNdebele, QwaQwa, Gazankulu, Lebowa, KwaZulu-Natal and KaNgwane) and four independent nation states, the so-called “homelands” of Transkei, Bophuthatswana, Ciskei, and Venda.¹⁸ These acts created racially identified urban spaces. Moreover, black people who were not required as workers in the urban areas were forced to move to designated township and reserves.

The legacies of racialisation of spaces, segregation and land deprivation are still visible in contemporary South Africa, where black people are still «experiencing precarious tenure in land and housing rights».¹⁹

The colonial and apartheid regimes used the legal system «to advance a racist agenda and ensure that the formation of South Africa’s urban and rural areas occurred on terms beneficial to white people».²⁰ Law was instrumental «to determine who could be present, as well as when and on what terms this was to occur».²¹

When it comes to women, they were simply “absent” in the apartheid legal construction of rural and urban spaces, as they were excluded from holding land, housing, and property rights.

More in details, pre-colonial era exhibited a variety of forms of acquisition and inheritance of land which also allowed women to acquire land and housing.²² Under the colonial and apartheid regimes instead the Western legal concept of exclusive ownership was introduced. Land was only vested in men and women’s land, housing, and property rights were connected to marital status; thus, impairing women’s social and economic position within the rural family and the society.²³

¹⁸ In 2021, the Parliament of South Africa voted against the amendment of Section 25 of the Constitution which provided for the expropriation for land reform without compensation. See Elmien du Plessis, *No expropriation without compensation in South-Africa Constitution – for the Time Being*, in *VerfBlog*, 2021/12/09, available at www.verfassungsblog.de, 2021.

¹⁹ A Lemon (ed.) *Homes Apart: South Africa’s Segregated Cities*, Indiana University Press, 1991, p. 1 - 9.

²⁰ R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography*, cit., p. 198.

²¹ *Ivi.* p. 199.

²² B. Oomen, *Chiefs in South Africa: Law, Power and Culture in the Post-Apartheid Era*, Boydell & Brewer Ltd, Oxford, 2005; D. Posel, *State, Power and Gender: Conflict over the Registration of African Customary Marriage in South Africa c. 1910–1970*, in *Journal of Historical Sociology*, vol. 8, n. 3, pp. 223–256.

²³ H.J Simons, *African Women: Their Legal Status in South Africa*, C. Hurst & Co, London, pp. 264-266

During the negotiation of the post-apartheid Constitution, rural women's organizations were successful in ensuring that customary law should be subject to the Bill of Rights.²⁴ Furthermore, they repeatedly challenged discriminatory laws before courts.²⁵ Gender inequalities in terms of land and housing have been also subject to discussion and addressed by the government within the framework of the post-apartheid land reforms. In this context, women and civil society organisations actively campaigned to advancing women's rights to land and property.

Despite their engagement in such a transformative project, South African women still suffer from consolidated gendered patterns governing land, housing, and property.

B. The land reform programme in South Africa

In the 1990s, the post-apartheid governments started land and property reforms. The aim was to ensure security of tenure for labour tenants in white-owned farms, as well as redistribution and restitution of land. Due to the relevance of land rights in the transition from apartheid to constitutional democracy, land reforms were embedded in the 1996 Constitution.

Section 25 grants a considerable degree of protection to property owners; at the same time, it provides that «the state must take reasonable legislative and other measures within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on equitable basis», advancing land rights on equal terms. Yet, the reform process is hampered by extensive institutional dysfunctions, lack of transparency, and systemic rights violations, thus, impeding the fulfilment of post-apartheid constitutional promises.²⁶

This failure is particularly harmful for young people and women,²⁷ who, as already mentioned, were excluded from land ownership by the codification of the «the overlapping patriarchies of white officials and black elders» in colonial and apartheid laws.²⁸

²⁴ C. Albertyn, *Women and the Transition to Democracy in South Africa*, in *Acta Juridica*, 1994, pp. 39–63.

²⁵ *Ivi*, pp. 39–63.

²⁶ Department of Agriculture, Land Reform & Rural development of South Africa, *Annual Report, 2020/2021 on Agriculture, Land Reform and Rural Development*, available at www.dalrrd.gov.za, 2022.

²⁷ D. Hitchcock-Lopez, *If a Person Must Die, Then So Be It: A Constitutional Perspective on South Africa's Land Crisis*, in Wash. U. J. L. & Pol'y, 2019, p. 318.

²⁸ A. Claassens, *Recent changes in women's land rights*, cit., p. 82. See further, S. Marks, *Patriotism, Patriarchy and Purity: Natal and the Politics of Zulu Ethnic Consciousness*, in L. Vail (ed.), *The Creation of Tribalism in Southern Africa*, University of California Press, Berkeley, 1989, pp. 215–40.

In the aftermath of the apartheid, land, housing, and property rights remained the cornerstone of activism in the quest for the advancement of women's socio-economic rights and the catalysts of the democratization process.

In this respect, the Constitutional court is playing a decisive role in advancing the cause of women's equality and justice over land and housing.²⁹

2. *The Constitutional court's approach to land, housing, and gender*

In *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court of South Africa discussed the impugned legal provisions within the broader historical and social context in which they were conceived and operated.

The contextualisation of land claims allowed the Court to acknowledge the resilience of colonial and apartheid spatial logic in the contemporary legal construction of rural and urban spaces.

In this respect, legal geography methodology was instrumental in uncovering the duplication of apartheid legislation in contemporary land and property laws.³⁰

Furthermore, the Constitutional court adopted an intersectional approach by discussing the legal frameworks governing land, housing, and property in the light of the intersections between race, gender, and space. The result has been the development of a "post-apartheid spatial jurisprudence",³¹ which is also gender responsive.

A. *Daniels v. Scribante* (2017)

In *Daniels*, the applicant, Ms Yolanda Daniels, resided in a dwelling on the farm Chardonne as an occupier under the Extension of Security of Tenure Act 62, 1997 (ESTA). The dwelling required improvements to bring the house to a level «consonant with human dignity».³² The farm owner refused the permission to make the improvements. Ms Daniels unsuccessfully argued before the Stellenbosch Magistrates' Court, the Land Claim Court, and the Supreme Court of Appeal that she was entitled to make the necessary improvements without the consent of the property owner.

²⁹ *Mwelase and Others v Director-General for the Department of Rural Development and Land Reform and Another* [2019] ZACC 30.

³⁰ J. Dugard, *Unpacking Section 25: What, If Any, Are the Legal Barriers to Transformative Land Reform?*, in *Constitutional Court Review*, vol. 9, 2019, pp. 135-160.

³¹ R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography*, cit., p. 207.

³² *Daniels v. Scribante* at para 59

The Constitutional court instead rejected the argument that the owner has no constitutional obligation to ensure dignified living conditions to the tenant and ruled in favour of Ms Daniels.

The decision is ground-breaking, and it has been extensively discussed in literature because it acknowledged that constitutional positive obligations may have direct horizontal effects on private persons. In brief, the Court held that the imposition of a positive duty on a private individual was justified by the importance of Ms Daniels' right to adequate housing *ex art. 26 Const.*, and the tenuous nature of the owner's duty to compensate an occupier for the improvements. The imposition of such a duty indeed remains within the court's discretion.

The present article aims to discuss an additional aspect of the *Daniels* ruling that received little attention in scholarly contribution, namely the Constitutional court's approach to the legal construction of (rural) spaces.

In discussing whether an occupier under the ESTA had the right to improve his/her dwelling without the owner's consent,³³ the Constitutional court reframed the issue in terms of restoration of human dignity for a person holding precarious land rights due to the enduring effects of (mostly repealed) apartheid discriminatory legislation.

In the majority judgment, the Court extensively illustrated the colonial and apartheid policies that created spatial discrimination and socio-economic inequalities in South African society.

Then, the Court explicitly addressed the connection between racial discrimination and gender-based discrimination in land and property laws. Firstly, the ruling focused on the negative implications of colonial and apartheid laws in terms of women's land, housing, and property rights. Then, it recognised the resilience of gender-based discrimination in contemporary apparently gender-neutral legislation; and, thus, the gendered dimension of land disputes in South African legal system.

By adopting an eclectic approach to women's land and housing rights, which combined intersectionality and legal geography methodology, the Constitutional court concluded that, although past discriminatory laws were repealed, some legacies of the colonial - apartheid legal construction of spaces remain; thus, contributing to fostering race and gender-based discrimination in contemporary rural and urban spaces.³⁴

³³ Indeed, such a right is not contained in the Extension of Security of Tenure Act 62, 1997 (ESTA).

³⁴ In a separate concurring judgment, J. Cameron is more cautious towards the bold use of historical arguments in the majority ruling by affirming that «it is not within the competence of judges to write history» (para 149).

In his concurring opinion, Justice Froneman affirmed that three things must be done to fulfil constitutional promises in post-apartheid South Africa: «(a) an honest and deep recognition of past injustice; (b) a re-appraisal of our conception of the nature of ownership and property; and (c) an acceptance, rather than avoidance or obfuscation, of the consequences of constitutional change».³⁵

B. Rahube v. Rahube (2018)

The resilience of colonial-apartheid legislation and policies clearly emerges in *Rahube*, decided on 30 October 2018 by the Constitutional Court.

The Applicant, Ms Rahube, and the First Respondent, Mr Rahube, are siblings who moved into a house in Mabopane in the 1970s. In 1987, the Department of Interior of the Bophuthatswana Government Service issued a Certificate of Occupation in Mr. Rahube's name under the Native Proclamation Act R293 (1962). In 1988, the Department of Local Government and Housing of the Republic of Bophuthatswana issued a Deed of Grant in Mr Rahube's name as head of the household.

Under the apartheid regime only men were considered as “family head” and could obtain Deeds of Grants. Women, instead, were denied land and housing rights.

In 1991, the Upgrading of Land Tenure Rights Act automatically upgraded land rights acquired under the apartheid rule to ownership rights. Since the Native Proclamation Act excluded women from land and housing ownership, the upgrading measures indirectly perpetuated gender-based discrimination in contemporary land and property law.

In force of the Upgrading of Land Tenure Rights Act, Ms. Rahube was automatically excluded from property ownership in favour of her sibling, Mr Rahube. The latter instituted eviction proceedings against Ms Rahube in Garankuwa Magistrates' Court in 2009.

Ms. Rahube successfully opposed the eviction proceedings. The High Court held that the land tenure rights which the Upgrading of Land Tenure Act recognized and converted to land ownership were indeed acquired under a gender-based discriminatory legal regime.

The Constitutional court unanimously upheld the High Court's findings that section 2(1) of the Upgrading of Land Tenure Rights Act was unconstitutional and therefore invalid, since it violated women's right to equality.

As previously occurred in *Daniels*, the Court considered the broad historical and social context in which South African land regime operates.

³⁵ *Daniels v. Scribante* per J. Froneman at para 115.

As already noted, the Upgrading Land Tenure Act automatically converted to ownership the land tenure rights acquired under the Native Proclamation Act. The Native Proclamation did nothing but formalized customary land laws. Among the different traditional systems of land ownership and transmission, the patriarchal paradigm of land tenure was preferred. According to the official customary law, only the “family head” - i.e., men - could hold tenure rights. The Act applied also to those traditional communities where the living customary laws provided otherwise.

The Constitutional court found the impugned provisions irrational and unconstitutional because they were aimed to ensure security of tenure of those damaged by past discriminatory legislation; instead, they indirectly contributed to perpetuate land rights discrimination based on sex and gender.³⁶

In deciding the case, the Court made extensive use of the social and historical narrative to contextualise the dispute. The judges noticed that the Upgrading Land Tenure Act does not provide a definition of the “family head”. However, considered in the broad context of past discriminatory measures, policies, and social practices, it cannot be read in a gender-neutral way.³⁷ The contextualization of relevant legislation revealed that women were placed “outside the law”³⁸ and excluded from holding land tenure rights during the apartheid.

In light of these considerations, the Constitutional court found that section 2(1) of the Upgrading Land Tenure Act was irrational, since it was based on a position acquired under apartheid legislation and, thus, it contradicted the aim of the Act itself. Furthermore, the section under scrutiny was unreasonable, insofar it was designed to ensure equitable access to property and tenure security in a way that indirectly discriminated against women.

3. Decoding and dismantling colonial-apartheid legal geography

In both *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court shed light on a paradox hidden in the South African legal system: although post-apartheid land, housing, and property laws are explicitly designed to rectify historical injustices, they indirectly contribute to reproducing colonial-apartheid geography and, consequently, women’s spatial inequality and insecurity.

The resilience of colonial and apartheid geography in contemporary South Africa is mainly due to the long-lasting consequences of the past legal construction of

³⁶ *Harksen v Lane N.O.* [1997] ZACC 12; 1998 (1) SA 300 (CC); 1997 (11) BCLR 1489 (CC) at para 43.

³⁷ *Rahube v. Rahube*, at paras 23 and 33.

³⁸ *Rahube v Rahube*, per J. Goliath citing T. Nhlapo, at para 33.

spaces, as well as the duplication of the colonial-apartheid logic in contemporary legislation on urban and rural development.

In other words, in *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court showed awareness of the mechanisms that underpin the construction of urban and rural areas through law and their persistence over time. In doing so, it paved the way to a «post-apartheid spatial jurisprudence»,³⁹ which uncovers the duplication of colonial and apartheid patterns over land and property in present laws and administrative practices.

A. Racial and gender inequalities in law: a “past sin”?

It is not a novelty for the South African courts to draw by history in their reasonings as *argumentum quoad auctoritatem*. However, the resilience of colonial-apartheid construction of spaces in South African contemporary legal system has been rarely acknowledged by the judges.

As regards women’s socio-economic rights, the Constitutional court of South Africa has usually adjudicated disputes by describing apartheid geography as a “past sin” repaired by the 1996 Constitution. According to this view, the apartheid discriminatory legal system is still part of the history of the country, but it no longer affects South African people.⁴⁰

Take, for example, *Mazibuko v. City of Johannesburg* (2009) on water rights. The precedent-setting decision has been extensively criticised by legal scholars as it fails to advance the constitutional right to access to adequate water in poor urban areas.⁴¹

Mrs Lindiwe Mazibuko and other applicants challenged the City of Johannesburg Free Basic Water policy, which provided for six kilolitres of water per month free to every account holder in the city and the installation of a system of pre-pay water meters in the black township Phiri. Once the free water kilolitres per household had been consumed, the inhabitants had to buy extra water credit to avoid water supply to be shut off for the rest of the month. Mrs Mazibuko - who shared her dwelling with thirteen children, her two sisters and their mother – and the other applicants complained that the local water policy did not guarantee the right to access to sufficient water protected in the Constitution (art. 27).⁴² This was not least in

³⁹ R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography*, cit., p. 217.

⁴⁰ Ivi pp. 208 – 212. See also L. Stewart, *The Politics of Poverty: Do Socio-Economic Rights Become Real Only When Enforced by Courts?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, pp. 1510 – 1526.

⁴¹ L. Stewart, *Do Socio-Economic Rights Become Real Only When Enforced by Courts?*, cit., 2011, p. 152 – 1521.

⁴² *Mazibuko & Others v City of Johannesburg & Others* [2009] ZACC 28, 2010 (4) SA 1 (CC) at para 108.

consideration of the fact that the black township of Phiri, in Soweto, is one of the poorest and overcrowded areas of Johannesburg.

In an extremely conservative ruling, the Court considered apartheid spatial construction in historical terms by arguing that «[...] the group affected are people living in Soweto who have been the target of severe unfair discrimination in the past». The judges recognised that the apartheid legal framework was discriminatory based on race. However, in the Court's narrative, the effects of discrimination are depicted as something belonging to the past which does not affect contemporary South African society.

By considering the applicants as victims of a past discrimination, the judges failed to acknowledge the reproduction of spatial inequality in contemporary urban spaces through apparently race-neutral legislation and the negative consequences in terms of distribution of resources, public goods, and amenities.

As reported in *Mazibuko*, apartheid urban policies destined the township of Phiri to black people only. The urban plan conceived each dwelling as a single-family unit. However, racially based demographic policy and forced displacement of black people caused overpopulation. The dwelling of Phiri became overcrowded. Moreover, they lacked space and basic facilities. In brief, the houses were inconsonant with human dignity.

Furthermore, water supply was insufficient to meet the basic needs of the inhabitants and the distribution system of pre-paid water meters was unaffordable for low-income residents. Women were the «most adversely affected by prepayment water meter-related problems» since they have «to make difficult choices between going for days without water and conserving water in ways that compromise health or dignity».⁴³

The context in which the *Mazibuko* dispute originated was indeed the result of the apartheid spatial construction of urban spaces. Whilst apartheid legal system has been dismantled, the consequences of racial and class-based policies are still visible in South African rural and urban geography, and they contribute to foster spatial discrimination.

However, in *Mazibuko*, the Constitutional court did not recognise the resilience of apartheid geography.⁴⁴ The spatial narrative in this judgment depicted racial discrimination as a matter of the past and the contemporary urban spaces as gender and race neutral. By ignoring the long-lasting adverse effects of apartheid legal construction of spaces, the Court effectively allowed the reproduction of past

⁴³ J. Dugard, A. Alcaro, *Let's Work Together: Environmental and Socio-Economic Rights in the Courts*, in SAJHR, 2013, pp. 564-565.

⁴⁴ R. Madlalate, *Dismantling apartheid geography*, cit., pp. 208-212.

inequalities and it failed to ensure women's equal access to water, sanitation, and hygiene.

B. A new spatial and gender-responsive jurisprudence for South Africa

Almost a decade later, the attitude of the Constitutional court towards apartheid geography and its consequences in present times has changed.

In both *Daniels* and *Rahube*, the Court went beyond legal formalism to advance socio-economic rights within the framework of the transformative mandate of 1996 Constitution.⁴⁵

The extensive historical and socio-economic contextualisation of the disputes provided by the judges was more than a mere picture from past times. It was functional to the recognition of the resilience of apartheid legal construction of space and the impact of apartheid geography on women's rights in contemporary South Africa.

Furthermore, while previous judgments mainly concentrated on racial and class-based discrimination, in *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court explored the conflation of sex, gender, race and space in land, housing and property regimes. The intersectional approach towards race, gender, and space further contributed to uncovering the resilience of colonial-apartheid patterns in South African legal system.

Regarding sex and gender, in particular, the Constitutional court argues that in Section 9 of the Constitution both sex and gender are mentioned, and the terms are treated on distinct grounds. In *Rahube*, the impugned legislation discriminated based on both the biological and the sociological view of women, as well as their role in South African society.⁴⁶

Indeed, the approach to race, gender, space, and law contained in the *Daniels* and *Rahube* rulings can foster the already vibrant debate on women's spatial insecurity and discrimination with regards to land, housing, property, and related rights in South Africa.

⁴⁵ A. Sen, *Human Rights and the limits of law*, in *Cardozo Law Review*, 2005-2006, p. 2927; D. Brand, *Courts, socio-economic rights and transformative politics*, LLD Thesis, Stellenbosch University, Stellenbosch, 2009, p. 70.

⁴⁶ As noted by Justice Goliath in *Rahube* «The exclusion of women from being the head of the family is based on the social perception of what women can do and how they should behave. This is a sociological phenomenon, not a biological one. For these reasons, this judgment examines the provision using both the grounds of sex and gender in the Constitution, but reference will be made predominantly to gender because the overwhelming effect of the impugned provision is to reinforce social rather than biological characteristics attributed to women». *Rahube v. Rabube* at p. 9, note 22.

C. Women's land and property rights under customary law(s): a complex and nuanced relationship

These pioneering judgments are even more interesting if discussed within the larger debate on the status and content of customary law, the implications of the codification of indigenous laws on land, marriage and inheritance during the colonial and apartheid regimes, as well as their (direct or indirect) enforcement in the legal system.

Customary land and property systems, as well as chthonic and religious laws on marriage and inheritance, are mostly blamed for failing to secure women's land and housing rights.⁴⁷

However, a deep look into South African legal pluralism reveals a more nuanced and complex scenario as official customary law, i.e., codified in statutes, frequently diverges from living customary law applied in each traditional community.⁴⁸

When codifying customs, the colonial rulers extensively relied on the practices described by (male) traditional leaders, which exaggerated their status and prerogatives at the expenses of women and younger members of the community.⁴⁹

Moreover, codified customary law was deeply influenced by English common law and Roman-Dutch law, which contributed to strengthening the patriarchal system in society.

In both *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court discovered the (not so) hidden link between current discriminatory practices regarding land and housing rights and the colonial-apartheid legal framework, which enforced official customary legal provisions.

In *Rahube*, for instance, the Court expanded the boundaries of relevant considerations beyond the "black-letter law" to include the effect of racially based apartheid law and gender on the legal construction of urban and rural spaces. It affirmed: «Under apartheid, the effects of patriarchy were compounded by legislation that codified the position of African women as subservient to their husbands and male relatives».⁵⁰

⁴⁷ T.E. Higgins, J. Fenrich, *Customary Law, Gender Equality, and the Family. The Promise and Limits of a Choice Paradigm*, in J. Fenrich, P. Galizzi, & T. Higgins (eds.), *The Future of African Customary Law*, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 440 – 444,

⁴⁸ Alongside official and living customary law, South African jurisprudence listed another form of customary law: the academic law, i.e., the recording of customs in legal doctrine referred to by judges when deciding a case. These customary legal systems are described in the minority judgment by Justice Ngobobo in *Bhe and others v. Magistrate, Khayelitsha and Others, 2005 (1) SA 580 (CC)*.

⁴⁹ M. Mamdani (ed.), *Beyond Rights Talk and Culture Talk: Comparative Essays on the Politics of Right and Culture*, David Philip, Cape Town, 2000, p. 5. See also, L. Pospisil, *Formal Analysis of Substantive Law: Kapauku Papuan Laws of Land Tenure*, in *American Anthropologist*, vol. 67, n. 5, 1965, p. 186 – 214.

⁵⁰ *Rahube v. Rahube* at para 26

The colonial-apartheid legislation duplicated in some contemporary legal provisions over land; thus, perpetuating the racialized and gendered construction of space which characterized past regimes.

The nature and scope of customary law was influenced by the power relations and socio-economic context of colonial and apartheid regimes.

In pre-colonial rural context, women raised children and were primary crop producers. They played an essential role for the continuation of the rural family.⁵¹ Women's place in the rural and family economy gave them a bargaining power within the community.

Albeit generally within a patrilineal form of social organization, the relationship between women and land is more nuanced in living customs than in codified/official customary law.⁵² As documented in a range of anthropological and ethnographic accounts, pre-colonial women often enjoyed primary right to arable land and housing. This means that the patriarchal conception of society that characterized most traditional communities (but not all of them) was accentuated in the colonial and apartheid legal systems.⁵³ The preference for a patriarchal system of social organisation, the concept of "male primacy", and the Western legal construction of "exclusive ownership" vested into the Native Administration Act (1927) and, before that, the Natal Code of Native Law (1878) cemented the «overlapping patriarchies of white officials and black elders».⁵⁴

Compared to previous times, women's status under the apartheid regime sharply deteriorated. Land shortages created by apartheid law and practices changed the agricultural economy. Consequently, women became vulnerable to eviction and land-grabbing by male family members which did not rely on their agricultural work anymore. Codified customary law entrenched by apartheid laws adapted to the circumstances by vesting land rights exclusively in men.

As explained above, the Upgrading of Land Tenure Act censored in *Rahube* automatically converted to ownership the rights in property acquired under the discriminatory framework of sec. 23 of the Native Administration Act 38 (1927), it indirectly duplicated apartheid geography and gender discrimination in post-apartheid South Africa.

⁵¹ H.J Simons, *African Women: Their Legal Status in South Africa*, cit., p. 74

⁵² M. Mamdani, *Beyond Rights Talk and Culture Talk*, cit., pp. 1-13.

⁵³ T. Ranger, *The Invention of Tradition in Colonial Africa*, in E. Hobsbawm, T. Ranger (eds.), *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge UK, 1983.

⁵⁴ A. Claassens, *Recent changes in women's land rights*, cit., p. 82.

4. Concluding observations

The article deals with the recent developments in South African constitutional jurisprudence on women's land, housing, and property rights within the framework of the land reforms programme.

In *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court departed from traditional approaches to law. The judges abandoned legal formalism to discuss women's claims on land and housing within the broader South African historical and social context.

The innovative spatial and intersectional approach to land and housing disputes adopted by the Court uncovered the resilience of colonial and apartheid spatial logic in contemporary legal construction of rural and urban spaces in South Africa. Under the colonial and apartheid regimes, South African women were excluded from the legal construction of rural and urban spaces. Despite women's activism and women's public participation in the transition from apartheid to democracy, as well as government's pronouncements of prioritising women in access to land, official data shows that they still constitute less than a quarter of the beneficiaries of land redistribution and reallocation nationally.⁵⁵

Furthermore, land tenure reforms promoted by post-apartheid governments often failed to address consolidated discriminatory patterns on land.

In *Daniels* and *Rahube*, the Constitutional court shed light on the link between the structural women's spatial and economic inequalities and the resilience of colonial-apartheid geography.

Whilst past discriminatory land, housing and property laws are now repealed and replaced, they still operate silently in the interstices of the South African legal system, jeopardising women's socio-economic rights in both rural and urban areas.

⁵⁵ Department of Agriculture, Land Reform & Rural development of South Africa, *Annual Report, 2020/2021 on Agriculture, Land Reform and Rural Development*, available at www.dalrrd.gov.zaf, 2022.



DAVIDE GIANTI

COMPARING PARADIGMS: “AEQUITAS” AND “CONSCIENCE” AT THE BIRTH OF CIVIL LAW AND COMMON LAW TRADITIONS

Abstract The birth of continental and common law traditions was influenced by Christian theology and canon law in various ways and through unexpected channels. This circumstance is shared by both and should not be overlooked because of the distinctions between them. On the one hand, the propensity to equate canon law to Roman law that was rediscovered in the early Middle Ages is inaccurate, while the exaltation of the originality of the “common law legal genius” underestimates the primacy of belonging to a common matrix of Christian thinking. In both cases, canon law’s significance is reduced to obscurity; however, above all, an understanding of the role played by theology in creating new paradigms is prevented. This article aims to show how theology and classical canon law, as they were understood between the eleventh and fourteenth centuries, represented the common background used to create two new legal-theological paradigms on the continent and in England: *aequitas* and *conscience*.

Keywords: comparative law, equity, conscience, civil law, common law, legal theory, theology

TABLE OF CONTENTS: 1. Law and theology: a unique epistemic field for creating new nomic spaces – 2. The theological-juridical paradigm of “aequitas” at the birth of civil law tradition – 2.1 Theorising aequitas: glossators and Augustinian Platonism 2.2 Theorising aequitas: the relation between “naturalis aequitas” and “naturalis iustitia” – 2.3 Theorising aequitas: Eriugena and the transformation process from “aequitas rudis” to “aequitas constituta” – 2.4 Theorising aequitas: the elaboration of “aequitas canonica” – 3. The theological-juridical paradigm of “conscience” at the birth of common law tradition – 3.1. Penetrations routes of canonical doctrines: the birth of ecclesiastical courts in England – 3.2 Penetrations routes of canonical doctrines: the legal-theological influence on Chancery – 3.3. Theorising English equity: the avenues for creation of a new paradigm – 3.4 Theorising English equity: “conscience” and the rise of equity operational rules – 3.5 The secularisation of the paradigm and the shift from “conscience” to “equity”

1. Law and theology: a unique epistemic field for creating new nomic spaces

There is often a tendency to summarise the legal phenomenon¹ in which medieval continental legal scholars operated as the direct result of centuries of elaboration of Greek-Roman notions in the political and legal spheres. This is because they seem to have merely appropriated the Justinian Corpus.

However, on a closer look, the juridical phenomenon of which they made themselves interpreters and creators turns out to be the product of the fusion between a Greek-Roman antiquity and an equally vital and important millenary tradition, such as the Jewish-Christian tradition, conveyed throughout the Mediterranean basin through the spread of the Gospel message from the first century after Christ.²

This phenomenon, which progressively produced the fusion of monotheistic Jewish doctrines with those of the Hellenised Roman pagan world, must not be underestimated at all. This led, albeit in an uninterrupted continuity of forms and traditions, to a true epistemic paradigm shift that took the form of the overlapping and reciprocal influence of categories and concepts. If initially glanced, these forms may seem to overlap with those of the past; on the contrary, they gave rise to conceptual shifts that changed the way social, political, and legal phenomena were understood by individuals and new communities. This happened because they revolutionised the meaning of words, categories, and paradigms used to think about the reality of the world by proposing a comprehensive Christian interpretation that also had deep repercussions on the legal phenomenon.³

At the beginning of the second millennium of the Christian era, continental jurists constructed a new overall legal system using theological concepts to support individual constructions around the legal notions inherited from Roman law, which they rediscovered from the Justinian compilation. The first step of this enquiry is to reconstruct how they acquired this theological knowledge before establishing how much it influenced their work. We need to trace the channels through which philosophical and theological knowledge reached the legal class to prove its influence in the legal field.

The essential link between the study of liberal arts and the study of law has always been emphasised by historians, but it has also been rightly emphasised that in the

¹

² BELLINI P., *‘Res publica sub Deo’. Il primato del Sacro nell’esperienza giuridica dell’Europa preumanistica*, Firenze, 1981; QUAGLIONI D., *‘Civilis sapientia’. Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna*, Rimini, Maggioli, 1989.

³ GIANTI D., *La Legge dei privati. Genealogia dei paradigmi continentali del contratto*, Mimesis Editore, 2017.

Middle Ages, the study of the arts was, above all, an indispensable preliminary to the correct reading and understanding of Holy Scriptures.⁴

In Christian Europe, knowledge of the relationships that link the metaphysical-theological plane with contingent earthly experience was the first and most urgent concern of every scholar. This explains why glossators were so interested not only in rediscovering the law contained in Justinian’s “sacred” texts but also in identifying the foundations on which the legal phenomenon rests. In pursuit of this goal, they turned precisely to insights into theological metaphysics, understood as the search for the root cause of all things.⁵

In the eleventh century, theological reflection vibrated in transalpine countries. Centres of study, such as the monastery of Bec, the school of Laon, the school of Chartres, and that of Caen, developed the fruit of acculturation programs developed during the Carolingian era, now attracting young scholars from all over Europe. Italy’s episcopal and monastic schools still focused on practical teaching and lacked metaphysical reflection; therefore, students sought successful experts from across the Alps. By the twelfth century, cathedrals in France had excellent regular schools, including Tournai, Angers, Reims, Bourges, and Paris, which were attended by students from all over Europe.

We do not have conclusive evidence of the first Italian law students attending French philosophy schools, but we do have evidence of the reverse. Those who were trained in science outside Italy came to study the law in Bologna. This evidence shows that the cultural centres of the time were closely related and shared a scientific method. The connection between the philosophical schools of Paris, Chartres, and Bologna’s juridical school was lively and productive.⁶ Evidence of this phenomenon can be found in the crossover that glossators made between concepts belonging to more traditional Augustinian Platonism and the thought of Scottus Eriugena. This result had no precedent in French theology and must be recognised to the glossators as an autonomous and original fruit of their reflection.

While it is known that the dominant philosophical current of this period was Platonism conveyed through Augustine’s thought,⁷ the philosophy of John Scottus Eriugena was rediscovered and enjoyed a golden age precisely in the twelfth

⁴ MC INERY R., *Beyond the Liberal Arts*, in WAGNER D. L., *The Seven Liberal Arts in the Middle Ages*, Bloomington, Indiana University Press, 1983; CAPRIOLI S., ‘*Modi arguendi*’. *Testi per lo studio della retorica nel Sistema del diritto comune*, Spoleto, Centro Italiano di Studi sull’Alto Medioevo, 2006; PIANO MORTARI V., *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, Iovene, 1976.

⁵ PADOVANI A., *Perché chiedi il mio nome? Dio, natura e diritto nel secolo XII*, Torino, Giappichelli, 1997; FASSO’ G., *I glossatori e il giusnaturalismo medievale*, in ID., *La legge della ragione*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁶ PETTI BALBI G., *Le università medievali*, in TRANFAGLIA N., FIRPO M., *La storia. I grandi problemi dal Medioevo all’Età Contemporanea. I. Il Medioevo. I. I quadri generali*, Torino, Utet, 1988, p. 581 ss.; BELLOMO M., *Saggio sull’università nell’età del diritto comune*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1992.

⁷ VASOLI C., *La filosofia medievale*, Milano, Feltrinelli, 1980.

century. The study of Eriugena's theology began in France and spread to Germany and England through the schools of Chartres and Paris, while Italian schools simultaneously did not excel in studying and sharing Eriugena's ideas.⁸ Italian students were required to visit France to improve their studies. Both these trends of theology, as we shall see, profoundly influenced the production of the first scholars of law competing in the cultural scene of this period.

2. The theological-juridical paradigm of “aequitas” at the birth of civil law tradition

2.1 Theorising aequitas: glossators and Augustinian Platonism

The most influential concept that the eleventh century legal rebirth on the European continent brought with it is represented by the pivotal doctrine of *aequitas*. During this period, this simple word was transformed into a new paradigm. It made up the guiding star of all medieval legal reflections and represented the means through which radically new legal solutions were elaborated in terms of assumptions from Roman sources in Justinian texts. The concept of *aequitas* informed the legal constructions of both civilians and canonists and can only be understood in its juridical meaning if it is placed within Christian theological speculation that matured during the early medieval centuries.

In the period in question, the metaphysical philosopher of reference for Christian scholars was Plato, because his doctrines could easily be made to agree with the fundamental dogmas of Christian religion. There is no coincidence that Augustine was the most influential philosopher in the early Middle Ages. In fact, his thought was organised around the nucleus of Platonic philosophy.⁹ In the eleventh century, Anselm of Aosta reconstructed Augustine's work into a compact and original system, becoming the main interpreter and exponent of his ideas. Before his arrival, Augustine's Platonism had been the primary source of authority in theological matters for all centuries of the early Middle Ages, but his thought did not continue. Thus, Anselm was also a cultural vehicle that brought Augustine's knowledge to the jurists' attention.

The fundamental work used to Christianise Plato was the “*Timaeus*”, a dialogue in which tools were found that allowed Christian thinkers a deeper understanding of

⁸ JEAUNEAU E., *Le renouveau érigenien du XII siècle*, in BEIERWALTES W., *Eriugena redivivus. Zur Wirkungsgeschichte seines Denkens im Mittelalter und im Übergang zur Neuzeit*, Heidelberg, 1987; MORAN D., *The Philosophy of John Scottus Eriugena. A Study of Idealism in the Middle Ages*, Cambridge-New York-New Rochelle-Melbourne-Sidney, 1989.

⁹ CHENU M. D., *La teologia come scienza nel XIII secolo*, Milano, Jaca Book, 1985; MARCHESI A., *Dal “Logos” greco al “Logos” cristiano*, Parma, Zara, 1994.

the mystery of creation and the order of the world.¹⁰ The Platonic ideas placed in the hyper uranium thus become the ideas of the divine word that constitutes the formal causes of all creatures, while God's Word itself, which coincides with the person of the Son, contains all archetypes and intelligible forms of creation. Thus, the corollary is that in the Father is found the subject that thinks of the ideas, and in the Holy Spirit, the one who communicates them into the world. Given these presuppositions, it becomes clear that God creates and orders the world by drawing on his own eternal nature that contains all things and that the final creatures are pale imitations of the originals in divine wisdom, the true ultimate cause of the existence of all things.

Based on these assumptions, human beings cannot, therefore, limit themselves to observing the perceptible forms of things in this world to understand it and all things that exist in it. They must attempt to make a backward journey towards what constitutes the origin and foundation of reality. This gnoseological path also concerns the legal phenomenon, and for civilians, it could be explained precisely through the concept of *aequitas*.

It is often assumed that what *aequitas* meant or what it was about a rule that made it *aequa* to glossators remained under-theorised,¹¹ but a legal-theological enquiry can shed more light on this issue. In his gloss to a passage in the Digest, Irnerius argues that "*aequitas in rebus ipsis percipitur*"¹², openly showing how he believes things reveal a precise mode of being. This can be shown precisely by the term *aequitas*, which refers to the providential plan through which God conceived and created the cosmos. A pupil of Irnerius, Martinus Gosias, goes even further and arrives at equating the concept of equity with God himself, affirming that "*nihil enim aliud est equitas quam Deus*."¹³ This equating of equity and God, in fact, makes *aequitas* one of the names that can be attributed to divinity, which allows human beings to relate to the Absolute Being. In fact, the latter, in its inexpressibility, differs from any other reality and yet must have some form in common with the real because otherwise it would not be thinkable in any way.¹⁴

¹⁰ GIBSON M., *The study of the “Timaeus” in the Eleventh and Twelfth Century*, in *Pensamiento. Revista de investigación e información filosòfica*, 25, 1969, pp. 183-194; GILSON E., *La filosofia nel medioevo dalle origini patristiche alla fine del XIV secolo*, Milano, Rizzoli, 2011.

¹¹ MANISCALCO L., *Equity in Early Modern Legal Scholarship*, Brill Hijhoff, Leiden-Boston, p. 19.

¹² D. 1.1.1.1 « *Ulpianus 1 inst. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet : iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes* ».

¹³ BESTA E., *L'opera di Irnerio* (contributo alla storia del diritto italiano), Torino, Ermanno Loescher, II, 1896.

¹⁴ SCHEEBEN, M. J., *I misteri del Cristianesimo*, Brescia, Morcelliana, 1960; AUER J., *Il mistero di Dio. II*. Assisi, Cittadella Editrice, 1982.

A problem arises when one considers that Augustine in "*De doctrina christiana*" uses a different term: *aequalitas*. He specifies that "*in patre unitas, in filio aequalitas, in spiritu sancto unitatis aequalitatisque concordia*"¹⁵, testifying how already Christian thinkers sometimes preached certain names regarding God as a whole, but much more often were inclined to attribute them to each of the three persons that make up the Holy Trinity to better describe it and better understand its reciprocal internal relationships.

However, the problem of Augustine's use of a different term cannot be avoided but must be brought back into the framework of a complete theoretical reconstruction. In the years in which the glossators began their reflections on *aequalitas*, the Chartres School rediscovered the notion of *aequalitas* during the analysis of the persons of the Holy Trinity, thanks to the work of Gilbert de la Porrée.¹⁶ Because of the prevailing neo-platonic matrix, it is obvious that God can only be a perfect, simple, eternal, and immutable unity; consequently, the term *aequalitas*, identifying the Person of the Son, first represents the equality of what is generated regarding what is generating in the Trinitarian relationships. This equivalence places the person of the Son as the source of proportions and inequalities regarding the things that have been created by divine wisdom in a project where nothing is random, but all things are bound in a harmonious whole.¹⁷

Nature produces things invariably and without confusion because the divine mind maintains the *unitatis aequalitas* of things, while the form imprinted in them to bring them into existence simultaneously limits and circumscribes them.¹⁸ The function of *aequalitas* that we see emerging above all others from this picture has a clear normative character of imposing a certain form; in fact, the law itself can be thought of as the form that is imprinted on the behaviour of those who live within the community.

The Word of God is therefore the form of the world in which it is possible to find the true and immutable law of the world. The reflection begun by Augustine and brought to completion by the scholars of the School of Chartres arrives at the substantial equalisation between *aequalitas* and *aequitas*. Since similar results in speculation were reached also by Peter Lombard in the "*Summa Sententiarum*",

¹⁵ SANCTI AURELII AUGUSTINI, *De doctrina christiana*, Turnholti, 1962, 1.5.5, p. 9.

¹⁶ CHATILLON J., *D'Isidore de Séville à saint Thomas d'Aquin. Etudes d'histoire et de théologie*, London, Variorum Reprints, 1985; GREGORY T., *Anima mundi. La filosofia di Guglielmo di Conches e la scuola di Chartres*, Firenze, Sansoni, 1955; MAIOLI B., *Gilberto Porretano. Dalla grammatica speculativa alla metafisica del concreto*, Roma, Bulzoni, 1975.

¹⁷ DU ROY O., *L'intelligence de la foi en la Trinité selon Saint Augustin. Genèse de sa théologie trinitaire jusqu'en 391*, Paris, Études augustiniennes, 1966; HARING N., *Two commentaries on Boethius (De Trinitate and De hebdomadibus) by Thierry of Chartres*, in *Annales d'histoire doctrinale et littéraire du Moyen Age*, 27, 1960, pp. 65-136.

¹⁸ CILENTO V., *Medio Evo monastico e scolastico*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1961, p. 217 ss.

theologians and glossators made their own teaching whereby *aequalitas* identified the Son-Word in the Trinitarian economy and equated it with *aequitas*, contained in the mind of man and capable of guiding his actions according to the perfect and providential plan willed by God.

2.2 Theorising *aequitas*: the relation between “*naturalis aequitas*” and “*naturalis iustitia*”

The syntagma *naturalis aequitas* was very often declined in parallel with that of *aequitas constituta*, a dichotomy already foreshadowed by Cicero in the “*Topica*”¹⁹ and which had been taken up again in the “*Liber de diffinitione*” attributed throughout the Middle Ages to Boethius. It is doubtful that medieval jurists, even though they quote these pagan sources, extensively borrowed the concepts underlying the reflections of these authors.

It is much more probable that the expression *naturalis aequitas* with all its background of theological-metaphysical connotations was borrowed from the version of Plato's “*Timaeus*” commented by Chalcidius. This is testified because Peter Abelard and the canonists borrowed many legal terms from this work, especially the syntagm *ius positivum*, which they then had the merit of spreading to other fields of knowledge.²⁰

Chartres thinkers, strongly influenced by the above-mentioned Platonic dialogue, eventually arrive at the result of equating in a single reality *naturalis aequitas* and *naturalis iustitia*, which are revealed in the providential order God has bestowed on the world and are common to both God and human beings.²¹ Thus, these thinkers come to configure a single reality that is referred to by different names depending on the perspective from which it is viewed, but which can be summed up in the equivalence between *naturalis iustitia*, *naturalis aequitas*, and the thought of God himself.

In this conceptual construction, the adjective *naturalis* merely emphasises that the order of things is conceived and willed by divinity. In this way, *aequitas*, which in the works of both civilians and canonists become the distinctive character of the reason of God and of the reason of man, coincide at the same time as *ius naturale*, which represents nothing other than one way of identifying the perfect unity of divine “logos”. From a theological-legal perspective, God as sovereign reigns over

¹⁹ CICERO, *Topica*, 23 : « *Quum autem de aequo et iniquo discernitur, aequitatis loci colliguntur. Hi cernuntur bipertito, et natura et instituto. Natura partes habet duas, tributionem sui et ulciscendi ius* ».

²⁰ KUTTNER S., *Sur les origines du terme “droit positif”*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 15, 1936, pp. 728-740.

²¹ CORTESE E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Milano, Giuffrè, 1962, p. 289 ss.

the cosmos through the *lex aeterna* already identified by Augustine, which is recognised and implemented by the rationality of man created in the image and likeness of the divine.²²

However, the glossators entered these reflections by noting the consubstantial legal ambiguity of equating equity and justice; therefore, they attempted to distinguish the areas and functions of the two concepts. Irnerius clearly states that "*bonum et equum vocat hic iusticiam differt autem equitas a iusticia; equitas enim in ipsis rebus percipitur et, cum descendit ex voluntate, forma accepta fit iusticia*"²³ and, in this way, reiterates that, even if it is a single entity, the two terms are considered from two different perspectives. *Aequitas* shows what eternal and immutable precepts of conduct emanate from God that man must follow, while justice identifies the act of will through which these precepts are realised. This act of will is a predicate of the third person of the Trinity, namely the Holy Spirit, which is characterised by the will of good and also the will of justice, and who becomes comprehensible to the human mind in the aspiration to goodness towards creation.²⁴ The Holy Spirit, therefore, takes on himself the task of realising the divine plan that has been predetermined by Son's rationality, and from this, it follows that justice assigns to everyone what *aequitas* has established he is entitled to.

One might think of such a way of belonging to God alone, but one must not forget that, in theological reflection, man is created in the image and likeness of God; in fact, even man's soul can be conceived in the threefold guise of memory, intellect, and will in the model of the Trinitarian economy.²⁵ Therefore, the individuality of the soul, rationally knowing what is good and acting accordingly, can transform *aequitas* into *iustitia*. The relationship established between God and man is only a resemblance given the substantial ontological difference between the two entities. Therefore, the justice to which man can aspire can only be finite, precarious, and transitory, awaiting true justice that can only be administered by God.

Irnerius's positions on equity were also taken up by his pupil, Martinus Gosia, who found in the processes of the human soul the same movements that proceed into the Trinity, whereby *aequitas* ideally precedes justice because the soul determines action only after having designed its characteristics. The followers of the school of Martinus went even further by stating that "*aequitas est rerum convenientiam que cuncta equiparat et paria iura desiderat.*" The term *convenientia* originally belongs to the domain of logic and physics, where it describes the similarity that allows things

²² CARON P. G., «*Aequitas*» romana, «*Misericordia*» patristica ed «*Epicheia*» aristotelica nella dottrina della «*Aequitas*» canonica. *Dalle origini al Rinascimento*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 45 ss.

²³ BESTA E., *L'opera di Irnerio*, cit., p. 1.

²⁴ CORTESE E., *La norma giuridica*...cit., p. 4 ss.

²⁵ BELL D.N., *Esse, vivere, intelligere: the noetic Triad and the Image of God*, in *Recherches de Théologie Ancienne et Médiévale Louvain*, 52, 1985, p. 19 ss.

to be related in kinds and species. This classification is made possible by the presence of a form in every object of reality and the simultaneous capacity of human rationality to abstract it from sensible contingencies through a procedure that shows its power precisely within the field of legal knowledge.

Indeed, applying the same mechanism of likeness of things to the domain of the juridical, one finds that factual situations that are similar because they are governed by the same *ratio iuris* must be governed analogously.

Moreover, the similarities between situations are certainly not the result of chance for medieval thinkers, but the result of a superior rationality that orders all things. It is precisely for this reason that glossators can argue that all creations must be catalogued according to the division into genus and species. Therefore, *aequitas*, besides a transcendent sense that equates it with God in the second person of the Trinity, is also an immanent entity and can be perceived in the relationships of proportion and harmony between things contained in the divine plan that unfold in creation.²⁶

The Holy Spirit represents the ultimate guarantor of this relationship of similarity in two respects: first, between the original causes, the divine ideas, and the individual entities in which these are substantiated according to the divine will, and second, between the relationships that exist, at a lower level, in the sensible realities organised according to genres and species.²⁷

These considerations added innovative ideas to Augustine's teachings, especially regarding *aequitas*, which would prove fundamental to medieval law. Theological speculation enriched the notion derived from Justinian sources by adding a metaphysical meaning that refers to the order of creation originating from God's reason. Thus, a legal concept originally reported only as a hermeneutic criterion for interpreting various cases could be configured as a concept encompassing the relationship between God and justice and making it possible for people to know what is right and good through reason and conform to it naturally.

2.3 Theorising aequitas: Eriugena and the transformation process from “aequitas rudis” to “aequitas constituta”

The above shows that theorising *aequitas* was made possible by the theological background of the glossators. The result configured this new paradigm as a dual

²⁶ ROTA A., *Il tractatus de aequitate come pars tertia delle Quaestiones de iuris subtilitatibus e il suo valore storico e politico*, in AGS, 146, 1954, p. 75 ss.; FITTING H., *Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin, 1894.

²⁷ GREGORY T., *Mundana sapientia. Forme di conoscenza nella cultura medievale*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1992.

order present in a transcendent sense in divine reason and in an immanent sense as a necessary law consubstantial to created beings that unfold in their reciprocal relations.

At this point, a second duality in the notion of *aequitas* can be identified in glossators' works. It emerges in their writings from the continuous juxtaposition of this term with the word "matter", which in medieval languages not only means the object of a particular study but also represents a philosophical concept.²⁸

An analysis of the works of glossators shows that jurists of the period sometimes accompany the term *aequitas* with the adjective *rudis* to indicate equity that is not yet concretised by the will, and sometimes accompany it with the participle *constituta* to indicate the same entity at the second manifestation stage. The first is the stage in which equity is shaped by the act of volition, and the second is when equity becomes a true positive law.²⁹ The use of adjective *rudis* was unknown to the theological reflection of the period, and the only authors to use it were Bernardo Silvestre and Peter Lombard.³⁰ The use of this term by glossators derives more from their knowledge of certain Latin classics in which it is commonly used. For example, in Ovid³¹ and Lucan³², it always indicates an inert and original matter waiting to come to life through the forms impressed by divinity.

However, a problem arises from the theoretical perspective. It must not be forgotten that in Augustinian thought that permeated the epistemic fields of the time, there is an inalienable distance between God and Matter because the former is an active creative power, while the latter is a passive power created from nothing. This insuperable hiatus would therefore seem irreconcilable with the doctrine expressed by glossators, establishing the possibility of the transformation of *aequitas* from *rudis* to *constituta*. The solution was found in the thought of Scottus Eriugena, another great Christian thinker who posited the relationship between God and Matter in a quite different and fascinating manner.³³

²⁸ KANTOROWICZ H., *Studies on the glossators of the Roman law: newly discovered writings of the twelfth century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1938.

²⁹ DE ZULUETA F., *The Liber pauperum of Vacarius*, London, Quaritch, 1927, p. 69 ss.

³⁰ MACCAGNOLO E., *Il divino e il megacosmo. Testi filosofici e scientifici della scuola di Chartres*, Milano, Rusconi, 1980, p. 457 ss.

³¹ PUBLIO OVIDIO NASONE, *Metamorfosi*, Torino, Einaudi, 2015, I. 5-9 : « Ante mare et terras et, quod tetigit omnia, caelum/unus erat toto naturae vultus in orbe/quem dixere chaos, rudis indigestaque moles, /nec quicquam nisi pondus iners congestaque eodem/non bene iunctarum semina rerum ».

³² MARCO ANNEO LUCANO, *Bellum civile*, Napoli, Loffredo, 2009, II. 7-12 : « Sive parens rerum, cum primum informia regna/materiamque rudem flamma cedente recepit/fixit in aeternum causas qua cuncta coerces/se quoque lege tenens et saecula iussa ferentem/fatorum immoto divisit limite mundum/sive nihil positum est... ».

³³ CRISTIANI M., *Itinerari e potenzialità del pensiero cristiano in età carolingia: la teologia trinitaria di Giovanni Scoto*, in LEONARDI C., MENESTO' E. (a cura di), *Giovanni Scoto nel suo tempo. L'organizzazione del sapere in età carolingia*, Atti del XXIV convegno storico internazionale dell'Accademia Tudertina e del Centro di studi sulla spiritualità medievale (Todi 11-14 ottobre 1987), Spoleto, Cisam, 1989, pp. 337-367.

Eriugena brought together a new synthesis of the text of Holy Scripture, the thought of Augustine, and that of the Greek Church Fathers. The theology developed by this thinker is based on the presupposition that every predicate of God has a meaning that exceeds that it possesses in the language of men because its ordinary object is only of a contingent and finite character. The purpose of noting this consubstantial inadequacy of language is not to prevent all forms of knowledge of divinity by stripping it of the attributes that man seeks to preach but to prevent the supreme essence of God from being limited and bridled by the word of man.³⁴ Eriugena even reaches the apparent paradox whereby the nature of God is unknown to the divinity itself because reason can only fully know what is finite and determined. The supreme being is infinite, cannot be named, and therefore, as the negation of all existing reality, can only be defined as nothingness³⁵. To understand himself, God must make himself other than himself; for this reason, he expresses himself in primordial causes and in the trinitarian economy, which represents the first manifestation of an eternal and unattainable truth in a symbolic form whose understanding, however, escapes us.

The Trinity is not only functional to man's attempts at knowledge, as it certainly corresponds to reality, but the supreme being remains a perfect unity, where the different moments represented by its various persons are summed up in a single act. God, therefore, begins to know himself in the first ideas, but in creating an inferior reality, such as that of the sensible world. God somehow in the work of creation emerges from mysterious indistinction to know himself completely³⁶.

The same process that we have seen as belonging to the supreme being also characterises man's thought, which is constructed in his image and likeness. Until man does not think, he is nothing, indistinct, and purely potential, whereas he begins to exist when he begins to think of something different from himself. Initially, this takes the form of what he imagines, but immediately afterwards, the thought is expressed in language, and what was previously only obscure becomes manifest.

Eriugena's theories had a profound influence on medieval glossators as evidence by the fact that they often argue that *aequitas* is born "*de occultis naturae finibus*" and, in fact, the law is nothing other than a form that moulds man's behaviour, drawing it

³⁴ CORVINO F., *Giovanni Scoto Eriugena e la scuola di Auxerre*, in DAL PRA M., *Storia della filosofia. La filosofia medievale: dal secolo VI al secolo XII*, Milano, Vallardi, 1976, p. 80 ss.

³⁵ GIOVANNI SCOTO., *De divisione naturae libri quinque*, P.L. 122, I. 13, 455C, SW 66., II.28: «*Deus itaque nescit se, quid est, quia non est quid, incomprehensibilis quippe in alio et sibi ipsi et omni intellectui [...] non [...] Deum seipsam ignorare, sed solummodo ignorare, quid sit, et merito, quia non est quid. Infinitus quippe est*».

³⁶ GIOVANNI SCOTO, *De divisione naturae*, cit., III.23: «*creatur enim a seipsa in primordialibus causis, ac per hoc seipsam creat, hoc est, in suis theophaniis incipit apparere ex occultissimis naturae suae sinibus volens emergere in quibus est sibi ipsa incognita, hoc est, in nullo se cognoscit quia infinita est et supernaturalis et superessentialis [...] descendens vero in principiis rerum ac veluti seipsam creans, se ipsam in aliquo inchoat nosse*».

out of primordial indistinct chaos. The gloss of Irnerius states that "*cum descendit ex voluntate, forma accepta fit iustitia*," an expression taken from the work of Boethius but perfectly in line with the thought of Eriugena, who was well acquainted with the Boethian doctrine.³⁷ The ideas proper to the Word also contemplate the models of intelligible realities represented by the ideal forms of legal transactions studied by jurists in their common life of relations.

Therefore, from the beginning, it was a common heritage for glossators to think of the legal phenomenon as an understanding of the world through fundamental concepts that found their keystone in God. This shows why the legal epistemic field also represents a window-wide open field in metaphysics, one of the fundamental elements of the divine project that regulates the world.

Glossators adhere in all respects to this metaphysical approach to reflection on equity and certainly consider this entity a formless matter from which all other concepts proper to legal science are substantiated through progressive specifications. On the one hand, the relationship between equity and justice can be modelled in an Augustinian sense as an economy of intra-trinitarian relations. On the other hand, Eriugena's thought becomes the means through which we understand how it is possible to generate equity itself, drafted in precepts starting from a rough and shapeless original matter to regulate complex historical relations. In this way, *aequitas rudis* is posited as an ineffable reality coinciding with God, from which all legal norms are produced in a descending motion of manifestations through specification. The *ius* can become *strictum* precisely because of these specifications that substantiate it in a defined form, while *aequitas* itself seems to be like perfect divine unity before it acquires self-consciousness with creation.

Every manifestation of God's nature is important for new theophanies of the real, and thus *aequitas rudis* and justice are also capable of giving substance to various legal norms. In glossators' analysis, first comes rude equity and then justice, from which positive law springs at a lower level. For them, this process (and it differs from the thought of Eriugena in this conclusion) can only occur thanks to the work of the Christian prince or jurists delegated by him, who constitutes a real bridge between the divine and humans. The Christian emperor is invested in by Grace, and his delegates function as instruments for the announcement of the juridical by divine Providence itself.³⁸ Thus, it is possible to explain how the law already exists in the original divine thought, but to become comprehensible, it must manifest itself in the lower form of *aequitas constituta* which is limited by the limitations of

³⁷ GILSON E., *L'essere e l'essenza*, Milano, Massimo, 1988.

³⁸ KANTOROWICZ E. H., *The King's two Bodies. A Study in medieval political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957.

language to become closer to man but inevitably moves away from divine perfection.³⁹

The jurists of the French School, known as ultramontanes, operating between the 13th and 14th centuries, detached from the explanations that referred to the imperial role in matters of law. Despite this, they still faced the issue of linking the divine origin of the juridical to the world of men. Thus, they once again found fertile ground in Eriugena's theories, and in their works the metaphor of "rude" equity as the shapeless material that is skilfully shaped by the artist to bring the *ius scriptum* to light frequently recurs⁴⁰.

From the beginning of the thirteenth century, civilian legal doctrine began to conceal the theological matrix of some concepts to progressively emancipate itself from philosophy and theological reflection, which deeply influenced the formation of new paradigms and the creation of a scientific method. Authors such as Giovanni Bassiano, Accursius and Azo claimed the role of a proper form of autonomous philosophical knowledge for *iurisprudencia*, and it is no coincidence that the affirmations that everything could be found in the Justinian corpus became increasingly frequent⁴¹.

At this stage, the legal phenomenon began the translation of the meaning of concepts originally of a clear theological matrix that gradually led to the secularisation of the discourse around the law.⁴² However, the legacy of theology was irreversible and profoundly influenced the theoretical ideas of both civilians and canonists.⁴³ When Accursius put his hand on the texts of his predecessors to

³⁹ ROTA A., *La concezione irneriana dell'equitas*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 26, 1949, p. 241 ss.; CALASSO F., *Medio Evo del diritto. I. Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 477 ss.; KANTOROWICZ E. H., *Studies in the Glossators of the Roman Law*, cit., p. 282 ss.; GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari, Laterza, 1995, p. 176 ss.

⁴⁰ PIERRE DE BELLEPERCHE, *Lectura Institutionum*, Bologna, Forni, 1972: «*Dicunt doctores, et bene, quanta est differentia inter speciem et remotissimam materia, eadem est hic differenti. Scitis, antequam species formam recipiat, oportet per materiam remotam accipere, que per multas rei alterationes ad formam reducitur. Ita est, eodem modo, antequam rigor iuris esset, semper reperiebatur equitas, verumtamen, quia equitas latebat, plures ideo principes equitatem ad formam reducerunt et ad formam elimatam per iuris consultos et per principes et eius proceres et istud, tamquam bonum et equum, factum est lex*»; CINO DA PISTOIA, *In Codicem et Digestum Vetus Commentaria*, Frankfurt am Main, Vico, 2007: «*tanta est enim differentia inter ius et equitatem quanta est inter cyphum argenteum et materiam argenteam. Equitas enim latebat in suis occultis finibus et propter eliminationes et disputationes prudentium eliminatur et reducitur in speciem iuris [...] sicut et materia argenti trahitur de minera et purgatur et eliminatur antequam specificetur. Deinde fit species aut cyphi aut alterius vasis* ».

⁴¹ ACCURSIUS, *Glossa Magna*, Augustae Taurinorum, ex Officina Erasmiana, 1969 : « *sed nunquid secundum hoc oportet, quod quicumque vult iuris prudens vel iurisconsultus esse, debet theologiam legere ? Respondeo, non. Nam omnia in corpore iuris inveniuntur, ut C. de summa trinita et fide catholica et de sacrosan. eccle. et de episc. et cleri. (C. 1.1.2,3) et in auth. in multis titulis ubi de divinis tractatur* ».

⁴² DE LAGARDE G., *Alle origini dello spirito laico. I. Bilancio del XIII secolo*, Brescia, Morcelliana, 1961, p. 203 ss.; PARADISI B., *Diritto canonico e tendenze di scuola nei glossatori da Irnerio fino ad Accursio*, in *Studi medievali*, 6, 2, 1965, p. 155 ss.

⁴³ GARANCINI G., *Diritto naturale e storicità del diritto. La riflessione medievale sul diritto naturale. Ricerche di storia del diritto. I. Alcuni presupposti teorici*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 110 ss.

draw up the definitive Gloss to the Justinian corpus, although he looked with distrust in the legacy of his predecessors, he could not conduct his reflections by eliminating their legacy and therefore preferred to correct it in light of the new theological acquisitions that had been developing in the meantime. Thus, he adopted the equation between God and *natura naturans*, finally separating what is prior to creation and the creation itself, the ideas present in the divine mind, and their contingent realisation.⁴⁴

2.4 Theorising *aequitas*: the elaboration of “*aequitas canonica*”

The medieval notion of *aequitas* harmonised various sources of influence that came to meet during the first centuries of the second millennium. The above demonstrates how the Roman notion of *aequitas* was reconceptualised by glossators through the lenses of Christian philosophy and theology. Now, the aim is to demonstrate the enrichment of the meaning of *aequitas* delineated by medieval canonists using Christian concepts of *caritas* and *misericordia*. Through this process, a new paradigm was created, which would become, with the formation of the *ius commune*, the basis on which different civil-law countries eventually developed their own ideas on the nature and role of equity.

The flourishing of Christian theology and philosophy, the rediscovery of the Digest, and the emergence of glossators represented the intellectual background for the development of classical canon law starting from Gratian's compilation of the “*Decretum*” and served as the backdrop against which medieval canonists interpreted the idea of *aequitas canonica*.

Medieval canonists first addressed the relationship between *aequitas* and natural law. In dealing with natural law, canonists cannot avoid taking their starting point from the definition in the Justinian text, which reports a fragment of Ulpian⁴⁵ that is well known by glossators. However, they prefer to refer to biblical texts and the writings of the Church Fathers rather than indulging in broader legal-theological reflections and disputes to substantiate their positions.

This approach was also due to the choice made by the Gratian text in defining what natural law comprises. He limits himself to recall the *auctoritas* represented by the Mosaic law and the Gospel, affirming that “*ius naturale est quod in lege et evangelio continetur, quo quisque iubetur alii facere, quod sibi vult fieri et prohibetur alii inferre,*

⁴⁴ TIERNEY B., *Natura id est Deus: a case of juristic pantheism?*, in *Journal of the History of Ideas*, 24, 1963, p. 307 ss.

⁴⁵ D. 1.1.1.2 «*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius iuris peritia censeris*».

quod sibi nolit fieri”⁴⁶. When Gratian must describe the origin of the divine commandments that have been transfused into the sacred texts, he takes up only the patristic and Augustinian tradition that wants them to be a manifestation of the divine will itself and expunges any reference to *ratio*, the ordering rationality of creation that instead constitutes a fundamental element in the glossators' reflection on the concept of natural law.

The first Christian thinker to arrive at an expressly original equivalence between *ius naturale* and *ratio* was Peter Abelard, acknowledged as having theorised it in his “*Dialogus inter Philosophum, Iudaeum et Christianum*”.⁴⁷ Overall, however, first decretists who confronted Gratian's text, particularly those with an Italian background, seemed to show less theoretical thrust than that revealed by contemporary glossators and, in part, by canonists from beyond the Alps. The canonist reflection that followed Gratian and first decretists overcame rigid voluntarism and, through abelardian insights, accepted the point of arrival already reached by glossators, who recognise the rational substance of *ius naturale*. However, the attention of great canonists, such as Paucapalea and Huguccio, never rose to investigating the most pregnant metaphysical aspects of this issue, relying on the theoretical strength of the acquisition of the Christian tradition.

This approach, still tied to the stylistic features of monastic schools rather than being open to the innovations of contemporary theological schools, prevented more in-depth theoretical reflections. Contrary to what one might expect, the glossators were more influenced by nascent theological rationalism and the possibilities of Platonic metaphysics on this topic.

Despite a jungle of different opinions on the meaning to be attributed to the concept of natural law, which often boils down to a sterile listing of uncoordinated definitions, canonists eventually arrived at the development of a hierarchy within this notion, ranging from the movement of inanimate nature and animal instinctiveness to human rationality and the salvific plan drawn up by God for his creatures. In this way, they definitively sanctioned the subordination of all other customary human legislation to natural divine law, which becomes the yardstick of evaluation for the rationality of all positive legislation.

The most satisfactory syntheses of the debates of the canon law doctrine on the distinctions inside natural law are found only in the middle of the thirteenth

⁴⁶ D. 1. pr.

⁴⁷ PIETRO ABELARDO, *Dialogus inter Philosophum, Iudaeum et Christianum*, in P.L. 178, col. 1656BC: «oportet autem in his quae ad iustitiam pertinet, non solum naturalis, verum etiam positivae iustitiae tramitem non exercendi. Ius quippe aliud naturale, aliud positivum dicitur. Naturale quidem ius est quod opere complendum esse ipsa quae omnibus naturaliter inest ratio, persuadet, et idcirco apud omnes permanet, ut Deum colere, parentes amare, perversos punire, et quorumcunque observantia omnibus est necessaria, ut nulla unquam sine illis merita sufficiant».

century in the works of William of Auxerre and William Vasco, which sketch a complete picture that inextricably links human experience and divine reality.⁴⁸ At this stage of reflection, natural law can be distinguished into three different types, whereby next to the *universalissimum*, which is found in all things and corresponds to the Platonic natural justice described in the "*Timaeus*", there is the *universalius* one, dictated to all animal beings and which corresponds to the conception of Ulpian, and the *speciale* one, characteristic only of human rationality.

This different understanding by canonists of what is being understood by natural law obviously means that it also changes the definition of what the content of the notion of *aequitas* is. Reflections on the content of *aequitas* were addressed by Ivo of Chartres before Gratian, Albertus Magnus, and Thomas Aquinas. He cannot define equity but can show many of the factors that are subsequently considered in defining the concept of *aequitas canonica*. Thus, he frames the issue as surrounding its nature: he emphasises the contrast between *rigor* and *indulgentia*, as well as between *iudicium* and *misericordia*.⁴⁹

Several chapters of Gratian's "*Decretum*", which was written in 1140, address the issue of *aequitas*. Gratian cites old scholars, such as St. Isidore of Seville and his illustration of the two scales⁵⁰ and asserts that no one is required to follow a judgment if it is unjust.⁵¹ From that moment on, *aequitas* is contrasted with *rigor* and *ius strictum* by first decretists, and the distinction between *aequitas* and *misericordia* becomes even more hazy because of the canonical opposition to *rigor* in favour of the more religious concept of *misericordia*.⁵² First decretists immediately identified *naturalis aequitas* (or *iustitia*) with *ius* referred to by the Roman jurist Ulpian, and considered it to be the immanent and necessary law that governs the existence of all creatures.

Cardinal Hostiensis was active in the thirteenth century, when the classical canon law was already in effect. Despite not being novel, his concept of *aequitas* became the most popular in the late Middle Ages. He maintains that *aequitas* is derived from natural law and that it supersedes both the *rigor canonicus* and *ius strictum*. Moreover, he describes *aequitas* as justice tempered by the sweetness of mercy, something that the judge must always remember.⁵³ The first corollary of this reflection is that *aequitas* is described in much the same way as the *aequalitas* of the Chartres School, that is, as the highest idea of all that presides over both the

⁴⁸ FASSO' G., *La legge della ragione*, Bologna, Giuffrè, 1964.

⁴⁹ ROLKER C., *Canon Law and the Letters of Ivo of Chartres*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁵⁰ D.45 C.10

⁵¹ C.11 C.90

⁵² CARON P., *Aequitas romana, misericordia patristica ed epicheia aristotelica*, cit.

⁵³ GALLAGHER C., *Canon law and the Christian Community: the role of law in the Church according to the Summa Aurea of Cardinal Hostiensis*, Roma, Università Gregoriana, 1978.

foundation of things and the maintenance of relations between them. The second corollary is that custom, which is recognised as manifesting man's natural tendencies, derives the criterion for its own validity from its possible *recta ratio*, that is, conformity to the truth in Christian revelation.⁵⁴

The notion of *miser cordia*, which the canonists inherited from patristic works, can now help clarify the content provided by canonists to *aequitas*. Through the concept of *miser cordia*, they could set aside or mitigate the severity of certain texts that called for more stringent regulations or punishments, considering other, more lenient declarations.

Several *Summae* discuss *aequitas* in opposition to *ius scriptum* and show the influence of Roman law sources throughout the twelfth century, as the study of Roman law acquired importance. In the first moment, this opposition was underdeveloped, and it is unclear what *Summae* made of the distinction between *aequitas* and *miser cordia*. However, by the end of the twelfth century, canonists had become familiar with the conflict between *aequitas* and *rigor*.

Most scholars agree that Tornacensis was the first canonist to identify *miser cordia* with *aequitas*⁵⁵ and several canonists in the thirteenth century continued to associate *aequitas* with the concept of *miser cordia*, which was strongly linked with atonement and Christian sympathy. Teutonicus' gloss on Gratian's "*Decretum*" clarifies that the legists employed Roman law materials in a comparable context, and that these sources impacted how *miser cordia* and *aequitas* were assimilated. Teutonicus uses the *lex Placuit* (C.3.1.8) which states that *aequitas* should take precedence over *rigor* to prescribe that "*potius debet iudex sequi miser cordiam quam rigore*".⁵⁶

Finally, *aequitas* was described by Hostiensis as "*iustitia dulcore miser cordiae temperata and motus rationabilis regens sententiam et rigorem*" in the mid-thirteenth century. Later, canonists, legists, and moral theologians all found great favour with this definition of *aequitas*, which settled canonists' contention on the connection between *aequitas* and *miser cordia*. In this regard, *aequitas* of canonists developed a special connection with the ideas of moderation and relaxation of the harshness of rules in the name of Christian commiseration. Even if it was indistinguishable from that of legists in terms of its operation, as opposed to *rigor*, *aequitas canonica* was born and already vital.

⁵⁴ GROSSI P., *L'ordine giuridico medievale*, cit. ; MICHAUD-QUANTIN P., *Etudes sur le vocabulaire philosophique du Moyen Age*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1970.

⁵⁵ LANDAU P., "Aequitas," in *Corpus Iuris Canonici*, 20, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, 1994, p. 95.; CONKLIN G., *Stephen of Tournai and the Development of Aequitas Canonica*, in *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law*, 1988, p. 380, n. 19.

⁵⁶ See the ordinary gloss ad '*causae*,' C. 1 q.7 c.17 in *Corpus Iuris Canonici*, vol. 2 (1582), col. 802.

3. *The theological-juridical paradigm of “conscience” at the birth of common law tradition*

3.1. *Penetrations routes of canonical doctrines: the birth of ecclesiastical courts in England*

Before the Norman conquest, although the Saxon Church in Saxon England paid homage to and obeyed Rome, control over the canons remained in the hands of its own customs. To resolve conflicts between the Church and secular power, laypeople and ecclesiastics collaborated closely. It was traditional for the king's “witan”, an aristocratic assembly made up of the great and wise of the realm, to confirm that the legislation passed by Saxon provincial councils and members of the clergy were present in both the king's council and the courts of the various shires.⁵⁷

After the Norman conquest in 1066, when law-making and decision-making were concentrated in the Royal Court, common law started to develop. It is likely that the King's Court possessed much discretionary power in its early years. But once a judgment was made, it became a precedent, and over time, the “rigour of the law” emerged. Since the common law was governed when making choices for the first time with no precedent, some authors contend that the concept of “equity” in a broad sense must have had some impact on the common law from the beginning⁵⁸. Indeed, before the Battle of Hastings, the Church had already been firmly entrenched in the British Isles for several centuries, having a tremendous impact on all facets of culture as well as legislation. Moreover, as demonstrated above, in early medieval times, the Christian Church was the only institution that considered the concept of *aequitas*. Thus, we must consider that for five centuries, from William the First's conquest to Henry the Eighth's “Act of Supremacy”, England was a kingdom that clearly belonged to the Christian world and consequently came under the Papacy to varying degrees at various points in its history. Under this set of conditions, the total absence of legal-theological Christian influence would be surprising.

The first Norman king, William I, wanted to create a feudal country that was powerful, highly centralised, and where the crown held absolute control. Consequently, the well-established Christian Church within Saxon society hampered William's objectives. To respond to new needs and change power relations within the kingdom, a novel approach was established with the Roman

⁵⁷ KEETON G. W., *The Norman Conquest and the Common Law*, Benn, 1966; DAVIES W. and FOURACRE P. (eds), *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 215.

⁵⁸ MOSER J., *The Secularization of Equity*, in *Capital University Law Review*, 26 1997, pp. 483, 487; TUDSBERRY F., *Equity and the Common Law*, in *Law Quarterly Review*, 29, 1913, pp. 154, 156.

Church, and a new type of relationship was promoted between bishops and laypeople. Following 1066, William the Conqueror strengthened the Church internally, while limiting its political influence to ensure the independence of the new monarchy. To accomplish this, he strengthened the authority of ecclesiastical courts while forbidding bishops from interfering with the administration of justice in secular affairs.

From that moment, ecclesiastical courts represented the first established avenue for canon law to influence English law. Even though canon law was used by English ecclesiastical tribunals up to the sixteenth century, the situation did not change significantly following the schism brought on by Henry VIII. According to William Holdsworth, the monarch succeeded the pope as the source of the ecclesiastical courts' power, but canon law was enforced in the same way. The same was true of procedural law, which remained canonical, and this was the case with substantive law.⁵⁹ The reason for this, according to Langdell, is that since the same people could not simultaneously practise law in both legal sectors (common law and ecclesiastical law), magistrates and advocates in ecclesiastical courts were schooled in their own system and were scarcely impacted by common law.⁶⁰

Because of William I's plan, the bishops and archdeacons could not participate in the shire courts' adjudicative process or present issues involving ecclesiastical affairs to secular courts for resolution in accordance with temporal laws. The bishops and archdeacons were forced to hold their own Christian courts, where the clergymen themselves served as judges, to hear about both criminal and civil issues involving ecclesiastical matters. Unlike shire courts, which were governed by English customary law, the new ecclesiastic courts were governed by canon law. However, since William I's division of the legal system into Christian and temporal courts, it was customary for ecclesiastical courts to also hear cases brought by laymen under a rule known as "benefit of clergy". Initially, most people believed that because the Church was autonomous, its ecclesiastical courts rendered judgments fairer than the royal courts. Thus, to overcome this issue of competition, starting from the reign of Edward I (1239-1307), the King's Bench was given the authority to exert jurisdiction over ecclesiastical courts using the "writ of prohibition" that gave anyone sued in a Christian court over a secular problem the opportunity to challenge canon jurisdiction.

⁵⁹ See HOLDSWORTH W.S., *The Ecclesiastical Courts and their Jurisdiction*, in *The Association of American Law Schools, Select Essays on Anglo-American Legal Tradition*, vol. 2, Frankfurt, 1968, p. 298; HELMHOLZ R.H., *Canon Law and English Common Law*, (Selden Society Lecture), London, 1983.

⁶⁰ LANGDELL W.S., *The Development of Equity Pleading form Canon Law*, in *Select Essays on Anglo-American Legal Tradition*, vol. 2, pp. 777-778.

During these first centuries, there is little doubt that royal common law courts would have understood that laymen should no longer need to seek judgment within ecclesiastical courts if the same standards of fairness were applied by secular courts, as centralising the English court system was one of the major goals of the kings. Achieving this goal would have significantly diminished the influence of the Church. Thus, a jurisdictional system was developed to ensure that the Church progressively lost control over fairness and the distinctive qualities of the equitable ideals.⁶¹ By adopting these, royal courts grew increasingly and endangered the role of ecclesiastical courts by progressively substituting them.

3.2 Penetrations routes of canonical doctrines: the legal-theological influence on Chancery

The second avenue via which canon law made its impact influenced English law was the evolution of Chancery and the development of its jurisdictional powers. The analysis conducted thus far shows that ecclesiastical judges in medieval England should have some attitude towards considering *aequitas* when rendering rulings in ecclesiastical issues. However, the crucial element is that the same ecclesiastic personnel also served in the Chancery, and so there was no reluctance to consider them suitable to exercise such discretionary powers. It is well known that writs were the crucial procedural component of common law, and the king traditionally granted them through the Chancellor.⁶² It is conceivable that through these paths, they eventually came to utilise equitable ideas inside the king's bureaucratic apparatus if they were urged to apply the equitable standards used by the ecclesiastical courts.⁶³ Through the expertise and background of the chancellors, the value of *aequitas* might have been appreciated as a significant tool that secular courts may silently utilise to administer fairness in cases brought before them.

This hypothesis is also supported by other factual data. First, the monk Lanfranc of Pavia, who was well versed in Roman and canon law, served as William I's principal legislative advisor. Second, the first two systematic treatises on common law (composed, respectively, in the twelfth and thirteenth centuries) were written by men with some Romanistic training and thus the canonical implications that went along with it at the time. The reference is to Ranulf Glanvill and Henry Bracton, the

⁶¹ STUBBS W., *Seventeen Lectures on the Study of Medieval and Modern History and Kindred Subjects: Delivered at Oxford Under Statutory Obligation in the Years 1867-1884* (reprint 1993), Clarendon Press, 1887, p. 348.

⁶² MAITLAND F. W., *The forms of Action at Common Law* (reprint), Cambridge, Cambridge University Press, 1954.

⁶³ HOGUE A. R., *Origins of the Common Law*, Liberty Fund, 1986, p. 167.

latter of whom also gave canon law lectures at Oxford University for a while, in accordance with Gratian's “*Decretum*”.

In this way, the Chancery, which was initially tasked with writing royal charters and letters, quickly emerged as a legal entity in and of itself. As will be seen, the Chancery adopted the principles of equity to establish itself as the only venue in the common law court system through which equitable remedies could be granted. However, the method by which Chancery became an effective court of adjudication is unusual. Even though every king since William I had appointed a chancellor to guard the king's seal, the chancellor's responsibilities grew over time to make him the head of the king's entire secretariat. As a result, the chancellor and his clerks were later given the title of Chancery. Nevertheless, because of the nature of the job, the chancellor and his clerks were typically clerics and in charge of maintaining the state's records and creating the king's royal writs.

The real turning point was in 1285, when the Statute of Westminster II was enacted. The Chancery clerks were given the freedom to make their own decisions regarding whether to issue a plaintiff's writ, delay the case until parliament's next session, or craft a new writ. A careful examination of the records kept before the act reveals that the Chancery clerks were primarily in charge of managing court petitions. Giving the Chancery clerks discretion in legal questions is therefore significant. Indeed, some legal historians have concluded that it was through such discretionary power that equitable practice was institutionalised inside the king's courts. When a plaintiff had no legal options available to them and the writ system of common law became so inflexible that it was difficult to dispense justice in several cases, it was vital to find remedial actions for these positions. They could only be discovered outside of common law thanks to a judicial decision made by the Chancellor.⁶⁴

Since the monarch was the source of justice for the kingdom, he may be asked to exercise his prerogative of mercy on behalf of someone who could not seek justice through regular courts. The Chancellor, a member of the King's Council and the one who issued writs, represented the king in the exercise of this power. In fact, the Chancellor was also known as the “king's conscience” and decided issues only based on equity, free from any restraint from common law⁶⁵. Thus, what is of most interest here becomes the jurisdiction of the Court of Chancery.

It developed from the King's Council's authority to manage bills of complaint. In the second part of the fourteenth century, most petitioners started to send their petitions directly to the Chancellor. Once the writ categories were closed, the sole

⁶⁴ PEARCE R.R., *A History of the Inns of Court and Chancery*, R. Bentley, 1848.

⁶⁵ RAVA T., *Un'esperienza di interpretazione comparativa: origini e struttura delle fonti nella 'common law' inglese*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1974, p. 215.

general remedy was to submit the bill to the Parliament, hoping that legislation was passed. However, the Chancellor might oversee the situation *ad hoc* and issue a decree granting a specific remedy that only bound the parties to the lawsuit. Such orders were initially issued on the council. Initial complaints were made to the Royal Council on behalf of the King and afterwards by the Court, but as time went on, the Lord Chancellors, who had canon law training, became the final arbiters of "petitions for grace."⁶⁶ and in the fifteenth century the Chancellor started making orders in his own name.⁶⁷

Thus, progressively, the Lord Chancellor's authority to consider complaints from persons for whom common law had failed rose. The assumption of the research claims that the powers of the Chancellor did not create equity, but that the decisions of the Chancery led to equity guided by a new paradigm. The Chancellor decided on disputes using only the concept of *aequitas* as a reflection of the type of justice that must be applied to each unique situation.

The Lord Chancellors' background distinguished them from common law judges. Nearly all Lord Chancellors in medieval times were clergymen, even senior bishops, who were required to have canon law training, and so knew the canonical conception of *aequitas* very well.⁶⁸ Only a few laypeople had been named Chancellor until the time of the Chancellor Wolsey, whereas roughly 160 Churchmen had held that position. As noted by Scrutton, all of England's Chancellors from 1380 to 1488 were clergymen, and a string of lay Chancellors with common law training were chosen only from 1530 with Thomas More.⁶⁹ When we consider that the ecclesiastics' overall dominance in that position spanned the period between "the creation of equity" and its consolidation as a separate jurisdiction in the Court of Chancery, their influence becomes even more substantial. These were the years that set the foundation for the new system, one that would be unaffected by subsequent events⁷⁰.

In view of these historical elements, there is no doubt about the impact of Christian theology and canon law on the birth of the notion of English equity.⁷¹ Although there was no direct transfer of the ecclesiastical courts' substantive and procedural

⁶⁶ HASKETT T.S., *The Medieval English Court of Chancery*, in *Law and History Review*, 14, 1996, p. 245.

⁶⁷ BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History*, 3d ed., London, 1990, p. 117. For a reassessment of the Chancellor's figure through the analysis of its relationship with the King, see COSTANTINI C., *Equity Breaking Out: Politics as Justice*, in *Polemos*, 1, 2008, pp- 9-20.

⁶⁸ CALASSO F., *Medio Evo del Diritto*, cit., p. 326; FEDELE P., *L'equità. canonica*, in *Discorsi sul Diritto canonico*, Roma, 1973, pp. 69 ff.

⁶⁹ SCRUTTON T.E., *Roman Law Influence in Chancery, Church Courts. Admiralty and Law Merchant*, in *Select Essays on Anglo-American Legal Tradition*, vol. 1, p. 228.

⁷⁰ HOLDSWORTH W.S., *The Relation of the Equity administered by the Common Law Judges to the Equity administered by the Chancellor*, in *Yale Law Journal*, 1, 1916-17; ADAMS, *Continuity of English Equity*, in *Yale Law Journal*, 26, 1916-17, p. 550.

⁷¹ COSTANTINI C., *Millenaristic Equity. Theological Order and Legal Faith*, in *Polemos*, 10(2) 2016, pp. 329-355.

rules to the Chancery, there were some striking parallels. The bishop chancellors did not need to invent principles guiding their work in court.

Some authors have expressed doubts regarding the influence of canon law and claim that there is still some debate on the influence of canon law relative to Jewish and Roman influences⁷²; however, this influence is unquestionable. The demonstration is provided by the rise of a new and incredibly significant legal-theological paradigm. Considering the medieval connection between the Court of Chancery and the religious element, theology and canon law can help us better understand the original paradigm of "conscience" that appeared in that moment.

3.3. *Theorising English equity: the avenues for creation of a new paradigm*

The definition of "conscience" was a clerical invention⁷³ and represents the new legal-theological paradigm through which canonical doctrines penetrated the English legal world. The medieval petitions themselves referred to the Chancellor's religiosity. In addition, the pleas frequently mentioned God and Jesus. Hence, it is highly likely that chancellors brought into court their education and training in canon law and drew their inspiration from this area of knowledge. This theological-religious foundation of English equity aids in illuminating both its substantive and procedural standards.

Unlike the common law form of actions, which only seek to correct a legal wrong by (mainly) compensating financially, the jurisdiction of Chancery focuses on the more general moral concerns of right and evil. It aims to improve the wrongdoer's character and embody virtue ethics. Of course, the victim of the injustice receives compensation, but the goal of equitable remedies is to calm the guilty party's troubled conscience⁷⁴. When attempting to grasp equitable rights and remedies, misunderstandings result from failing to recognise an essential point. They do not aim to compensate for the harm done. They aim to justify the perpetrator ethically. According to Simpson, in medieval equity, the term conscience "*connoted what we now call the moral law as it applied to particular individuals for the avoidance of peril to the soul through mortal sin.*"⁷⁵ A crucial factor in this is that the bishops who served as medieval chancellors were interested in the defendant's soul since they were priests. One cannot ignore the fact that the chancellors' mindset and background influenced the development of English equity. Therefore, it is possible to affirm that

⁷² COING H., *English Equity and the Denunciatio Evangelica of the Canon Law*, in *Law Quarterly Review*, 71, 1955, pp. 223, 238; KAGAN K.K., *Three Great Systems of Jurisprudence*, Stevens & Sons, 1955, p. 33.

⁷³ SPENCE G., *The Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery*, vol 1, Lea and Blanchard, 1846, p. 410.

⁷⁴ See *Norton v Rely* (1764) 2 Eden 286, 288; 28 ER 908, 909.

⁷⁵ SIMPSON A.W.B., *A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, Oxford University Press, 1975, p. 398.

canon law impacted medieval chancellors because they were ecclesiastics, but it is also necessary to specify through which channels this influence was possible. Although religious connections are frequently mentioned, the means through which this happened have rarely been scrutinised.

The idea of *aequitas canonica*, which unifies the medieval world of theology and is entrenched in the entire judicial order, comprising both legal regulations and doctrinal expositions, is the most direct inspiration for the essence of English equity. The structure of *aequitas canonica* was Roman, but it had a canonical soul. Therefore, the chancellors looked to the comparable concept of *aequitas*, which unquestionably permeated all canon law, to orient their jurisdictional activity rather than to the specifics of ecclesiastical law. Hazeltine and Maitland have already anticipated that English equity could build on canonical principles and develop unique traits adapted to the social reality of England.⁷⁶

The first element of their legal-theological background that influenced chancellors can be deduced from the fact that they were confessors. Therefore, they were perfectly familiar with the *summae confessorum*, which were genuine manuals for confessors, providing concrete rules and guidance in deciding cases in accordance with conscience. It is highly likely that they would turn to well-known sources on the subject if they needed help in deciding on cases submitted to their attention.

The second element that influenced chancellors was the widespread belief that canon law was equitable. It was known variously as "the mother of exceptions", "the epitome of the law of love", and "the mother of justice", according to late medieval canonists and it was clear that *aequitas canonica* did not involve the judge's own subjective notion of what is equitable but was conceived as being *informata a jure*, based on stated principles.⁷⁷

The third element of influence on chancellors belonging to their canonical background is procedural and can be derived from analysing the similarities between Chancery practice and the *denunciatio evangelica* process. It offers a more detailed examination of the potential impact of canon law, both procedural and substantive, on English equity. A passage of the New Testament (Matthew 18:15–17), which describes a process for Christians whose "brother" insulted them, is the biblical basis for the *denunciatio evangelica*. The evangelical "procedure" is: first, speak privately to the offender. If this does not avail him, speak to him in the presence of one or two witnesses. If he still does not listen to you, you may complain to the Church. By bringing a person's crimes to the attention of the ecclesiastical

⁷⁶ MARTÍNEZ-TORRÓN J., *Comments on the Influence of Canon Law on the Common Law Legal Tradition*, in *Revue générale de droit*, 20 (1), 1989, pp. 5–30.

⁷⁷ LEFEBVRE C., *Natural Equity and Canonical Equity*, in *Natural Law Forum*, 8, 1963, pp. 122–36.

authorities so that they may take measures to reform the sinner and save his soul, *denunciatio* is involved in the third stage.

The Church's judgment was a command to the culprit to atone to sin in its most basic form. However, occasionally overcoming sin required more than just repentance and reformation, and it also frequently required financial compensation. The purely repentance operation acquired a legal character at this point, as previously stated. Instead of the sin's inherent characteristics, what separates concerns of justiciable conscience from problems of merely private conscience may be the influence that the sin has on other persons that can be made right. The issue at hand is whether the defendant committed a sin which had to be decided under the moral teaching of the Church, based on the *lex divina* and the *lex naturalis*.

One aspect is common to *summae confessorum*, the equitable nature of canon law, and *denunciation evangelica*: the idea of attentively evaluating facts, particularly what a person knows or can be recalled. For example, the confessor was expected to enquire distinctly and methodically into the alleged fault.⁷⁸ The practice of Chancery had a similar concept and was conducted *secundum conscientiam*, with a thorough investigation of the facts and a focus on testing the parties' consciences (bound by oaths) to help them accept what they internally know to be the truth. Although going *ad conscientiam* required a more thorough investigation of the facts, we must be careful not to imply that this investigation was unfettered. This did not imply that there were no restrictions based on proving or inferring facts. The distinction between public and private conscience made by Lord Nottingham much later shows that, even though the Chancellor's conscience may be guided by more liberal means, those means may not include his own purely personal knowledge or imaginations. Therefore, in fifteenth-century Chancery, the request that the defendant be examined was a common element of petitions to the Chancellor, and a claimant may satisfy his conscience by telling the truth and then by acting in a way that was almost obvious to be proper.

3.3 Theorising English equity: the paradigm of "conscience" as a means of introducing Christian doctrines in England.

The canon law itself gave rise to the legal-theological new paradigm of "conscience". Therefore, it is not a leap to suggest that this new English paradigm takes shape and contains the ideas held by theologians of the Middle Ages. There

⁷⁸ TENTLER T., *The Summa for Confessors as an Instrument of Social Control*, in TRINKHAUS C. and OBERMAN H.A. (eds), *The Pursuit of Holiness in Late Medieval and Renaissance Religion*, Leiden, 1974, pp. 103–25.

was much philosophical and theological thought about conscience during the medieval age.⁷⁹ Moreover, the entire society and cultural environment of the Middle Ages were familiar with the unbiased concept of conscience⁸⁰, and so, whether intentionally or not, undoubtedly guided the Chancellor's legal thinking.

The claim is that ecclesiastical chancellors developed English equity through the scholastic concept of “conscience”. The rational mind's role in early Christian theology may have been the most significant when it came to conscience. In various respects, it serves as a direct conduit to God. It takes the voice of God and conscience to prevent people from stumbling.

In the early Christian tradition, St. Paul defined conscience as “*human capacity to know and choose the good, the mind thinking morally and the will acting responsibly.*” Most importantly, he accentuated that conscience was not “*some special faculty different from the rest of human thinking and choosing nor is it some secret wisdom given only to the few.*”⁸¹ Evidently, it was already considered crucial for the logical mind to function.

Augustine of Hippo was the most influential theologian until Scholasticism, and his understanding of conscience was centred on a person's relationship with God. According to Augustine, man can find God through introspection and because conscience is “*conscience before God,*” Augustine believed it to be “*the most reliable witness*” to the “*integrity and truthfulness*” of our deeds⁸². Finally, according to a theory advanced for the first time by Jerome⁸³, “conscience” (conscience in the wide sense) was split into two separate processes known as “synderesis” and “conscience” (in the restricted sense).

Around 1235, Philip the Chancellor penned the first treatise on conscience,⁸⁴ which laid the foundation for subsequent works on this topic. Inspired by Jerome, he created a line between synderesis, which is aware of universal moral principles, and conscience, which puts these principles into practice through specific actions. After his work, St. Thomas Aquinas adopted this distinction, which broadly summarises the scholastic view of conscience⁸⁵. According to scholastics, the process of moral

⁷⁹ POTTS T.C., “Conscience” in KRETZMANN N., KENNY A. and PINBORG J. (eds.), *The Cambridge History of Later Medieval Philosophy*, Cambridge, 1982, pp. 687–704.

⁸⁰ HASKETT T.S., *Conscience, Justice, and Authority in the Late-Medieval English Court of Chancery*, in MUSSON A. (ed.), *Expectations of the Law in the Middle Ages*, The Boydell Press, 2001, p. 159.

⁸¹ See Romans 2:15-16 and 2 Corinthians 4:2.

⁸² AUGUSTINE OF HIPPO, *The Confessions of St Augustine* (Rev E Pusey tr, John Henry Parker 1838) 182.

⁸³ St. Jerome, *Commentary on Ezekiel*, 1.7.

⁸⁴ PHILIP THE CHANCELLOR, *Summa de Bono*; POTTS T., *Conscience in Medieval Philosophy*, Cambridge University Press, 1980, p. 12.

⁸⁵ THOMAS AQUINAS, *Summa Theologica*, 1a. lxxix 12

reasoning is conscience, and *synderesis* and *conscientia* are fundamental elements used by all scholastics to define conscience itself.⁸⁶

In his writings, Aquinas specifically discusses innate moral principles that we can understand only through reason. He established a more direct line of thought when separating *synderesis* from conscience: *synderesis* contains moral standards. Conscience applies these rules to specific circumstances. *Synderesis*, a repository of premises and precepts, and *conscientia*, an active witness which applies those principles to specific instances, engage in a syllogistic conversation to form the "scholastic conscience". Moral judgment is based on conscience (in the wide sense) and the duality between *synderesis* and conscience (in the limited sense).

This doctrine adheres to the academic tradition of prioritising reason. Thus, the best way to understand the scholastic conception of conscience is as a component of reason and part of the rational mind. Morality is known by conscience, first by reason, and then additionally taught by outside forces. Scholastics believe that morality is objective or social because reason is something that everyone can share. Everyone is aware of this, and church teaching provides equal assistance to everyone in cultivating their conscience.

In general, the concept of natural law, often referred to as the law of reason, was also connected to moral reasoning. The instrument of reason is used to disclose natural law. The focus of moral reasoning through natural law is on those moral principles that are inherent in all people and can only be understood through reason itself. These principles are supplemented by further learned and more precise rules. This suggests that there is a shared, objective, or social sense of morality among a group of individuals, and the content of this morality can be easily found in the Gospel. The New Testament heralded the tenet of charity, connoting love and compassion for one's fellow human beings, as the realisation of the fraternity of the Prophets of the Old Testament.⁸⁷ Therefore, community and compassion became at the core of Christian conscience. These assumptions made it possible to establish a factual foundation from which one could judge whether someone had acted morally and transform conscience into a practical legal tool.

These theological elements that characterise the notion of conscience were therefore fundamental to the jurisdictional activity of the Lord Chancellors. First, these principles showed how conscience is an objective content in the minds of medieval people. They also offered explanations of the theoretical framework surrounding the new legal paradigm, which was largely accepted and persisted throughout the sixteenth and seventeenth centuries to some extent. In addition,

⁸⁶ EARDLEY P., *Medieval Theories of Conscience*, in ZALTA E.N. (ed.), *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2021.

⁸⁷ NEWMAN R., *Equity in Comparative Law*, in *International Comparative Law Quarterly*, 17, 1968, pp. 807, 808.

they justified the circumstance that conscience has normative and fact-apprehending dimensions. Finally, they highlighted that observing pertinent facts is an essential component in the operation of conscience, together with choosing proper norms. The benchmark for conscience became something external to it, which was also approachable. Again, the relevance of this paradigm in the legal dimension is that it makes the law coherent with conscience, which is objective, constant, and unbiased.

The way of reasoning of the Lord Chancellors on legal issues found a solid basis in this new legal-theological paradigm that could provide a method to find new legal solutions. The human ability or inclination that corresponds to the objective of external moral law was identified in *synderesis*. This is what enables people to understand the law. Aquinas claims that because of this, "*the human mind has a natural disposition concerned with the fundamental principles of behaviour, which are the general principles of natural law.*" In contrast, *conscientia* entails the application of knowledge provided by *synderesis* to specific circumstances. It is an act, or an "actualisation", in Aquinas's terminology. *Synderesis* comprises rules (or, more precisely, our understanding of rules), but *conscientia* is concerned with their application (including misapplication).

3.4 Theorising English equity: "conscience" and the rise of equity operational rules

What has been said so far shows that the paradigm of "conscience" comprises factual (minor premise) and normative (major premise) components. Conscience provides both the guiding principle and the relevant circumstances (past, present, or future) that must be considered. This nuanced definition of conscience supports its use in referring to the Chancellor's application of the principle of right as well as the procedure for obtaining facts by requiring a party to recall them or confess, and for requiring that the facts be sufficient to satisfy the conscience of the court.

Synderesis could not be incorrect because it was (usually) considered "a form of knowledge" in medieval times. This leaves three potential points of error: failing to understand the relevant factual context, failing to understand the correct derivative moral precept, and applying the precept incorrectly to the facts. Therefore, it makes sense that any of these potential areas of error could be addressed when the Chancery was engaged in conscience correction.

The Court of Chancery had a "confessional" component because it claimed to be able to learn information that could otherwise only be known by the parties themselves. This was in line with the medieval conception of conscience, which emphasised that a third party, the priest, could influence a person's conscience. However, as we have previously seen, the power of the Chancery ended there if that

was not admitted. The Chancery was more concerned with what the parties understood about external facts than about their own internal dispositions, even when seeking this confessional information.

Although the scholastic notion of conscience cannot be traced in clear terms, its presence can be inferred from the characteristics of judgments rendered by the Court of Chancery. References to the ideas that conscience is an act of reason and that it is something common, objective, and shared by all participants are present and testify that the development of equity did not begin from the opinions of either judges or parties to a dispute⁸⁸.

Conscience was the defining characteristic of medieval Chancery, even more so than in the subsequent era. Consideration should be given to what exactly is meant by "medieval" in this situation. According to Robert Palmer, the Black Death gave the chancellor's court of conscience momentum and allegedly began operating in 1370.⁸⁹ According to J.L. Barton, the first-time conscience was brought up in relation to chancery was in 1391.⁹⁰ Although some variation of the phrase "*for the love of God and in the way of charity*" was widespread throughout the period covered, a brief glance at the cases documented by Baildon reveals that, as the fifteenth century advanced, appeals to conscience increased in frequency. The fifteenth-century Chancery, and the later fifteenth-century Chancery, is the medieval Chancery that we can refer to.⁹¹

Description of an Exchequer case from 1453 under the heading "Conscience" in Nicholas Statham's (d. 1472) "*Abridgment des libres annals*" is a notable exception to the overall lack of evidence on the term in medieval courts.⁹² Sir John Fortescue (1394-1476) famously stated, "*nous ne sum[us] an arguer ley en ce cas mez la conscience,*" and there are at least hints as to the possible concepts that underlie the paradigm of conscience.⁹³ After this statement, Fortescue continues to address conscience in more generic terms. The word "comes from con and scioscis," he claims. Together, they form the phrase "to know with God", which means to be as close to knowing God's will as is humanly possible. This observation is important

⁸⁸ HASKETT T., *Conscience, Justice and Authority*, cit., p. 159.

⁸⁹ PALMER R. C., *English Law in the Age of the Black Death, 1348-1381: A Transformation of Governance and Law*, The University of North Carolina Press, 2001.

⁹⁰ BARTON J.L., *Equity in the Medieval Common Law* in NEWMAN R. A. (ed.), *Equity in the World's Legal Systems*, Brussels, 1973, pp. 139–55, p. 146

⁹¹ See cases cited by KLINCK D.R., *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, London, Routledge, 2016, p. 14.

⁹² *Statham's Abridgment of the Law*, trans. KLINGELSMITH M. C., Boston, Boston Book Company, 1915, pp. 392–4.

⁹³ HEDLUND R., *The Theological Foundations of Equity's Conscience*, in *Oxford Journal of Law & Religion*, 4, 2015, pp. 119-140.

for several reasons, chiefly because it prompts one to use conscience judgments to understand and conduct God's purpose.

This strongly grounds conscience in God's law and implies that the judge of conscience is striving to know as God knows. Fortescue, who was not a priest, added that *"a man can have land by our law, and by conscience he shall be damned..."* to his closing statement. He does not distinguish between the conscience that may condemn a person and the conscience he is using in the case; in other words, he does not seem to consider juridical conscience to differ greatly from confessional conscience.

Therefore, the theological aspect must be considered, at least for this initial phase, to conceptualise conscience as a new legal paradigm. The conscience that was allegedly aroused does not appear to have been particularly that of the litigant or the Chancellor, but the impersonal and objective legal-theological paradigm well-known by clerics. If anything can be inferred from such statements, it is not an individual's subjective sense of right and evil that is at stake. A similar conclusion might be drawn from the identification of conscience with, or even its substitution for, ideas like "law," "reason," and "justice,"⁹⁴ that originally, we have seen also characterised the continental paradigm of *aequitas*.

Sadly, there are few records from the Medieval Chancery Court. Judgments were typically not documented or widely known because they were personal and did not establish a wider precedent. However, certain judgments were recorded in the Year Books, which were annual summaries of Chancery proceedings starting in the fifteenth century, and the notion of scholastic conscience is mentioned in some petitions. The Selden Society's published petitions containing the oldest mention of conscience, which dates from between 1420 and 1422⁹⁵.

Conscience seems to have received little attention before the 1420s, but, as already stated, scholastic conscience was strictly linked to moral judgment and natural law. Natural law itself was referred to as the law of reason because it is where objective morality may be found. Considering this, previous or contemporary references to "right" or "reason" do not suggest something significantly distinct from "conscience."⁹⁶ There is no distinction between claiming that someone acted against "good conscience", "reason", or "what is right" in the theological framework of the Middle Ages in England. Although the same objective moral norm was formerly referred to as God, charity, right, reason, or justice, it does not bear on the overall usage of conscience as a legal theological standard. This is the same

⁹⁴ See cases cited by KLINCK D.R., *Conscience, Equity and the Court of Chancery*, cit., p. 17.

⁹⁵ BAILDON W. P. (ed.), *Select Cases in Chancery A.D. 1364 to 1471*, London, Quaritch, 1896 (Publications of the Selden Society vol. 10), (n 17) Case 121, p. 119.

⁹⁶ BAILDON W. P. (ed.), *Select Cases in Chancery*, cit., (n 17) Case 19, p. 23.

paradigm that is used under different names. According to the petitions, "as conscience demands", "as right demands", and "as reason demands" are the formulas often used, and they refer to the objective Christian morality that could be found in culture and society. It was up to the Lord Chancellor to apply this morality to the facts of the case. This makes it obvious that when the term "conscience" is used, it refers to something objective, which in this case would have been the natural law⁹⁷.

It could also be inferred that requests for conscience-based official juridical interventions were widespread in settings other than chancery trials. In fact, invocations of conscience in Chancery may have merely been examples of the standard format used at that time in all petitions. This does not lessen the value of conscience as a paradigm of justice but may also make it prudent to exercise caution when presuming that Chancery was the only venue where conscience could be applied to the justification for righting wrongs. In fact, juridical conscience in the fourteenth century differed from notions in more modern times and implied what is now known as the moral code, as it related to specific people to prevent danger to the soul from fatal sin.

An analysis of the procedure developed by Chancery to solve cases brought to its attention reinforces this thesis. If we compare St. Germain's dialogues with the *Summa Hostiensis*, it can be assumed that Chancery's procedure was also influenced by a typical canonical procedure, the *imploratio officii iudicis per modum denunciationis*, or, in other words, the *denunciatio iudicialis privata*. Two characteristics of the latter exactly match the chancellor's practice, as opposed to that of common law courts.

First, an *imploratio to the officium iudicis*, which was limited to outlining the unlawful act, served as the first step in the process, while in the common law courts a hearing could not start until the plaintiff had already received a special writ for the case.

Second, a sentence was required to compel the defendant to stop engaging in illegal actions, whereas conventional common law courts acted *in rem* and not *in personam*. The goal of *denunciatio privata* was to stop illicit activity in addition to serving private interests. In this way, it was like the Court of Chancery's role, which went beyond the common law courts' limited role of deciding disputes between parties to either prevention or protection.

In conclusion, grasping the true meaning of the paradigm of conscience requires drawing attention to three elements. First, the Chancellor had a confessional role,

⁹⁷ ROUGHLEY F., *The Development of the Conscience of Equity*, in GLEESON J.T., WATSON J.A. AND HIGGINS R.C.A., *Historical Foundations of Australian Law*, vol. 1, The Federation Press, 2013, p. 158.

and this fact included the likelihood that his practice was influenced by canon law's principles and procedures. Second, the influence exercised by the legal theological paradigm of *aequitas canonica* was developed by canon law and conveyed through the background of Lord Chancellors and clerical staff. Third, theoretical or theological accounts of conscience provided the Chancellor with an unstated framework for understanding this concept and creating original operational rules.

3.5 *The secularisation of the paradigm and the shift from “conscience” to “equity”*

Lord Chancellors Worsley and More represent the last phase of medieval Chancery.⁹⁸ The perception of the role of Chancery and the view of the paradigm of conscience changed, but the operativity of the latter never disappeared.⁹⁹ The conceptual shift was marked by a progressive change in emphasis from the epistemic paradigm of “conscience” to the use of the word “equity” to identify an entire legal mechanism belonging to the system of common law¹⁰⁰. The first author who reconfigured conscience in the form of equity was St. Germain, with his famous work “*Dialogue in English between a Doctor of Divinitie and a Student in the Laws of England*”, which was written just before the English Reformation. This imaginary dialogue between a “doctor” of theology and a “student” of English common law deals with law, equity, the authority of the English courts and its author sought to disprove assertions that canon law was morally superior by demonstrating that “the common law had a parallel and equal relationship with conscience and divine law.”¹⁰¹ Therefore, although this work can be unquestionably considered the first book on modern English equity¹⁰², the treatise contains a long reflection on conscience and ideas about the relationship between conscience and equity, considered equivalent to Aristotle's *epieikeia*, as interpreted by Aquinas and Jean Gerson.

⁹⁸ METZGER F., *The Last Phase of the Medieval Chancery*, in HARDING A. (ed.), *Law-Making and Law-Makers in British History*, London, 1980, pp. 79–89.

⁹⁹ ENDICOTT T.A.O., *The Conscience of the King: Christopher St. German and Thomas More and the Development of English Equity*, in *University of Toronto Faculty Law Review*, 47/2, 1989, pp. 549–70.

¹⁰⁰ See BAKER J.H., *An Introduction to English Legal History*, 4th edn, London, 2002, pp. 105–108; HASKETT T. S., *The Medieval English Court of Chancery*, cit., p. 268.

¹⁰¹ BAKER J., *The Oxford History of the Laws of England, Volume VI: 1483–1558*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 502; HELMHOLZ R.H., *Christopher St. German and the Law of Custom*, in *The University of Chicago Law Review* 70, no. 1, 2003, pp. 130–131.

¹⁰² BARTON J.L., *Equity in the Medieval Common Law*, cit., p. 154; GUY J.A., *The Development of Equitable Jurisdictions 1450–1550*, in IVES E.W. and MANCHESTER A.H. (eds.), *Law, Litigants, and the Legal Profession*, London, 1983, pp. 80–86, p. 85; VINOGRADOFF P., *Reason and Conscience in Sixteenth-Century Jurisprudence*, in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, 2 vols., Oxford, 1928 (reprinted London, 1964),

Analysing St. Germain's discussion about conscience, a radical break from medieval ideas does not appear; rather, his considerations remain medieval and canonical.¹⁰³

It is important to emphasise this because it serves as a reminder that St. Germain was responsible for continuing the old paradigm, as he was subsuming it into a new one. He presents conscience under accepted scholarly practice and outlines how equity functions, explaining that it serves as a remedy for flaws in the strict common law system. The meaning he attributes to equity is taken from the traditional definition of *aequitas canonica* stated in *Summa Hostiense*, which has been attributed to a variety of authors, including Juan Andrés and Gulielmus Durantis. This definition reads, "*Aequitas est iustitia pensatis omnibus circumstantiis particularibus dulcore misericordiae temperata.*"¹⁰⁴

It is well-known that Jean de Gerson, also known as "Doctor Christianissimus" and "Doctor Consolatorius," who served as the Chancellor of the University of Paris in the fifteenth century, is the author from whom Saint Germain drew many of his concepts and nearly all his method.¹⁰⁵ Following Gerson, St. Germain affirms that conscience (in a strict sense) is the duality that unites *synderesis* with reason. *Synderesis* commands us to do what is "good",¹⁰⁶ reason informs us of what is "good",¹⁰⁷ and finally conscience performs what is "good".¹⁰⁸ St. Germain emphasises that conscience must always be grounded in some kind of law, so that it can have an objective foundation because it is guided by law. The law of reason, the rule of God, and the law of man are the three types of laws that he identifies as potential grounds for conscience.¹⁰⁹ The following corollaries can be deduced from this tripartition and make up a substantial portion of St. Germain's fundamental thesis. The foundation and compass of conscience are frequently positive human laws, either concurrently with or apart from other laws. Obviously, there are issues that the positive law does not address. This shows that there are some

¹⁰³ DOBBINS S., *Equity: The Court of Conscience or the King's Command, the Dialogues of St German and Hobbes Compared*, in *Journal of Law and Religion*, 9, 1991–2, pp. 126–7; ALLEN C.K., *Law in the Making*, 6th edn, Oxford, 1958, p. 390; DOE N., *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 134.

¹⁰⁴ *Summa Hostiensis*, Lugduni, 1537, book 5, title. "De dispensationibus", n. 1, fol. 289 r.

¹⁰⁵ VINOGRADOFF P., *Reason and conscience* cit., pp. 196 ss.; De Luca has also demonstrated that Saint Germain's structures are significantly impacted by Angelo Carleto de Clavasio's *Summa angelica de casibus conscientiae* (for example when discussing contractual issues).

¹⁰⁶ ST. GERMAIN C., *St. German's Doctor and Student*, PLUCKNETT T.F.T. and BARTON J.L. (eds.), Selden Society, 1974, 81 (*synderesis*): "a naturall power or motive force of the rational soule sette always in the highest parte therof / mouynge and sterryng it to good / & abhorrynge euyl".

¹⁰⁷ ST. GERMAIN C., *St. German's Doctor and Student...cit.*, 85 (reason): "that power of the rational soule / that deliberates and discerneth bytwene good and euyl".

¹⁰⁸ ST. GERMAIN C., *St. German's Doctor and Student...*, cit. 89 (conscience). "no thyng els / ... but an applynge or an ordering of any scyence [or knowledge] to some partyculer acte of man ..."

¹⁰⁹ ST. GERMAIN C., *St. German's Doctor and Student...cit.*, 111: "conscyence muste be orderyd by that human lawe / (as long as it remains in strength and force) in every way as it muste be in the proper cases vpon the lawe of god / and vpon the lawe of reason".

circumstances in which the laws of reason and God must complement or provide further justification for conscience beyond what is suggested by positive law. St. Germain does not eliminate the conflict between conscience and the law or the connection between Chancery and conscience; rather, he remains linked to the discussion about the paradigm of conscience but at the same time plays a significant role in the transformation of Chancery from a strict "court of conscience" (which, perhaps in various ways freely applied the natural law as the chancellors understood it) to a "court of equity", which was established to follow, supplement, and fill gaps in the common law rather than to conduct a more thorough examination of conscience.

It has already been underlined as St. Germain's perspective "constitutes rather a shift of emphasis from the concern for the spiritual health"¹¹⁰ of the accused. Instead, interpreting common law and ensuring that parties did not insist on legal claims became fundamental issues. This is because of Saint Germain's explanation of the foundation of reason. The conversation was released during a period when opposition to the Court of Chancery was on the rise, with one claim being that using one's conscience and following natural law arbitrarily interfered with the due course of common law jurisdiction.

According to St. Germain, conscience was built on human rules because reason is grounded in or informed by them and "common law rather than the decrees of the Church" determines if something is unconscionable¹¹¹. St. Germain upheld the scholastic perspective that positive legislation was legitimate as long as it did not conflict with the laws of reason or God. Thus, reason and positive law were combined to contribute to the paradigm of conscience.

St. Germain also had a significant impact because, among other things, explained canon law notions at the basis of equity in words familiar to those who practiced law in England, and in fact, his writings were exceptionally well known on his day. This fact was especially important because the text was published during a period when lay chancellors ruled over the clergy, implying that the canon law precepts that served as the theoretical foundation for conscience would still maintain their role in equity.

However, Chancery did not exercise the restraint that some believed it to be. It never stopped applying canon law principles. If the moral principles of natural law were applied and interpreted by the Church in medieval equity, now they were undoubtedly embedded in equity. As a result, equity and conscience began to reside in the same place rather than coming from theology and canon law. Natural law

¹¹⁰ KLINCK D.R, *The Unexamined “Conscience” of Contemporary Canadian Equity*, in *McGill Law Journal*, 46, 2000–1, pp. 571, 581.

¹¹¹ DOBBINS S., *Equity: The Court of Conscience or the King’s Command*, cit., pp. 113, 125.

and moral principles remained within equity, even when equity and the Church were officially split.

One argument endorsing this thesis is the analysis of the famous *Earl of Oxford case* (1615), a significant equity ruling¹¹². Lord Ellesmere's statement that Chancery's function is to correct men's consciences is part of the opinion that is frequently quoted. However, this is not the judgment's only significant utterance. Additionally, according to Lord Ellesmere, "*Equity speaks as the Law of God speaks.*" It is important to note that the Earl of Oxford's case was resolved in 1615, well after the Protestant Reformation (but prior to events that would have had a significant impact on religion following the Civil War). The law of God served as a reminder of the religious ethos promoted by early ecclesiastical Lord Chancellors and the fact that English equity has roots in Christian theology and canon law.¹¹³

A century later, Lord Nottingham still outlined the characteristics of equity's conscience in the case of *Coke v. Fountaine* (1733)¹¹⁴. He expressly stated that the conscience by which he proceeded was merely *civilis et politica* and was bound to specific measures. According to him, the notion of conscience *naturalis et interna* has nothing to do with court.¹¹⁵ According to Klinck, the word "measures" here refers to laws that "set standards or criteria" against which conscience is assessed. Once more, "scholastic conscience" exists in nature and is subject to an external immutable moral code. In previous decisions, it was observed that there was a difference between the conscience that equity supports and that which leaves individuals up. As a result, Lord Nottingham did not make a distinction; rather, he was "*declaring what had become of the established doctrine of the Court.*"¹¹⁶

Moreover, the same distinction between the relevance of private and public conscience has a clear theological matrix. This distinction was evident in medieval canon law. Ecclesiastical disputes involving "conscience" were governed and heard in two distinct forums: the confessional, which was considered "internal," and the canon law court, which was considered "external." The maxim "*de occultis non judicat ecclesia,*" the fundamental ecclesiastical principle that the Church did not judge secret matters, served as the focal point of this discussion. Canon law did not apply to certain private acts of conscience. The ecclesiastical court could only hear cases involving public acts of conscience.¹¹⁷ Given the strong connection between

¹¹² The *Earl of Oxford's Case* [1615] 21 ER 485, 486 (Lord Ellesmere LC); IBBETSON D., *The Earl of Oxford's Case (1615)*, in MITCHELL C. and MITCHELL P. (eds.), *Landmark Cases in Equity*, Hart Publishing, 2012, p. 20.

¹¹³ BRAY S. L. and MILLER P. B., *Christianity and Equity*, in WITTE J. Jr. and DOMINGO R. (eds.), *Oxford Handbook of Christianity and Law*, Oxford University Press, 2023.

¹¹⁴ *Cook v Fountaine* (1733) 36 ER 984, 990 (Lord Nottingham).

¹¹⁵ 36 Eng. Rep. 984, 990 (1676).

¹¹⁶ KLINCK D.R., *Lord Nottingham's "Certain Measures"*, in *Law and History Review*, 28, 2010, pp. 711, 714.

¹¹⁷ HELMHOLZ R. H., *Conflicts between Religious and Secular Law: Common Themes in the English Experience*, in *Cardozo Law Review*, 12, 1990–1, pp. 707, 709.

medieval Chancery and canon law, it is not surprising that Chancery would identify the same division. The scholastic understanding of conscience and the influence of medieval theology and canon law were still evident after the establishment of equity jurisdiction and the Reformation. There was no need to refer to an external moral norm because equity had already internalised it.