

MODELLI TEORICI E RADICI CULTURALI: UNA RIFLESSIONE SUGLI ESITI EMERGENZIALI TRA OCCIDENTE ED ORIENTE

GIANLUCA SCARCHILLO – ALESSANDRO SCHIOPPA

ABSTRACT: Quanto ogni sistema è fedele al ‘sentiero’? Quanto le emergenze incidono su di esso? Lo scritto cerca di indagare il rapporto tra il retroterra culturale e giuridico, da un lato, e la reazione all’emergenza, dall’altro. Si tenta in esso di ricostruire, prima, i connotati essenziali dell’esperienza giuridica cinese così come di quella occidentale e, segnatamente, statunitense per poi osservarne il tipo di risposta alla diffusione del virus globale. Lo scopo è cercare di comprendere quanto la crisi pandemica (ma anche le crisi in generale) possano mettere alla prova i Sistemi e la loro coerenza rispetto alla c.d. *path dependency*. Può l’emergenza innescare una deviazione rispetto alle proprie radici culturali o può consolidarle? Può così sollecitare ‘movimenti’ dei sistemi avvicinandoli o può rafforzarne i connotati storici dimostrandone la coerenza? Dinanzi a tali tematiche/problematiche l’analisi comparatistica s’impone per una riflessione prospettica.

RESUMEN: ¿Hasta qué punto es fiel cada Sistema al ‘camino’? ¿En qué medida le afectan las emergencias? El trabajo trata de investigar la relación entre el trasfondo cultural y jurídico, por un lado, y la reacción ante la emergencia, por otro. En él se intenta reconstruir, en primer lugar, los rasgos esenciales de la experiencia jurídica china, así como la de Occidente y, en particular, la de Estados Unidos y, a continuación, observar el tipo de respuesta a la propagación del virus global. El objetivo es intentar comprender hasta qué punto la crisis pandémica (pero también las crisis en general) puede poner a prueba los sistemas y su coherencia con respecto a la ‘*path dependency*’. ¿Puede la emergencia provocar una desviación de las propias raíces culturales o puede consolidarlas? ¿Puede, por tanto, provocar ‘movimientos’ de los sistemas, acercándolos entre sí o puede reforzar sus connotaciones históricas demostrando su coherencia? Ante tales cuestiones/problemas, se impone el análisis comparativo para una reflexión prospectiva.

PAROLE CHIAVE: Cina; Diritto Romano; Occidente; Stati Uniti; Emergenza pandemica.

PALABRAS CLAVE: China; Derecho romano; Oeste; Estados Unidos; Emergencia pandémica.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L’orizzonte della libertà in Occidente. – 3. L’eredità di Confucio in Cina. – 4. Il contatto tra i due mondi: scontro e incontro. – 5. L’emergenza sanitaria in Cina. – 6. L’emergenza sanitaria in Occidente. – 7. (*segue*) Il caso degli USA. – 8. Considerazioni conclusive.

* Per quanto il presente contributo sia frutto di riflessioni comuni, ai fini della valutazione dei prodotti della ricerca sono da attribuire a Gianluca Sarchillo i §§ 1-4-5-8 e ad Alessandro Schioppa i §§ 2-3-6-7.

1. Introduzione

L'emergere di un virus che ha soffocato il pianeta Terra in una improvvisa morsa di incertezza ed insicurezza ha indotto il mondo intero a reagire in modi che nella sua vasta superficie si sono differenziati a seconda della realtà sociale, culturale e giuridica propria di quella specifica (più o meno grande che sia) porzione di mondo.

Esso ha dunque riguardato tutti (come vuole d'altronde l'etimologia del termine 'pan-demia'), ma non tutto il 'dèmos' della Terra ha reagito allo stesso modo.

Questo ci porta, anzitutto, ad una prima considerazione: una innegabile diversità di partenza. Ciò può sembrare una valutazione di immediata portata, ovvia o financo una banalità, ma a volte le banalità non sono altro che 'consapevolezze inconsapevolmente accantonate o sottovalutate'.

La diversità ed il suo valore nello studio dell'umano si manifesta certamente nella 'fisiologia', ma forse anche di più nella 'patologia'. Anzi, la patologia fa emergere la solidità o comunque il livello di compressione e di resistenza del bagaglio sociale-giuridico-culturale e l'entità del compromesso necessario per superare le avversità.

Un'ulteriore considerazione attiene al tempo che mostra il modo con cui ripassiamo sui nostri passi a distanza di decenni e secoli, o di come ripercorriamo certi percorsi in modo diverso poiché meno disposti a compiere certi sacrifici, oppure di come si cambi itinerario. Ciò motiva l'esigenza di affrontare l'analisi comparatistica anche con una prospettiva diacronica.

Infine, un'ultima considerazione è relativa alla più o meno reversibilità dello stato di emergenza¹ e della compressione degli spazi di libertà degli individui, complementare all'espansione extra-ordinaria di quelli dello Stato.

La riflessione che si è tentato di svolgere pone l'attenzione, da un lato, sulla cultura occidentale e sul ruolo che ha giocato la libertà nello sviluppo di un intero patrimonio culturale, sociale e giuridico prendendo poi in analisi, più nello specifico, gli Stati Uniti in ragione della notevole centralità storicamente riconosciuta a questo concetto, particolarmente enfatizzata a livello comunicativo e nello sviluppo della *forma mentis* del cittadino. Questa si manifesta poi nella crisi, nell'insofferenze dinnanzi all'espandersi del potere centrale, nelle diverse entità del compromesso da trovare tra libertà e sicurezza, nelle diverse letture e declinazioni date a questo complicato equilibrio, così come nelle discriminazioni e nei passati sacrifici dei diversi e dei più deboli causati dal panico che ha sovente accettato la ragione lungo il selciato della storia delle epidemie.

¹ Sul tema delle differenze concettuali tra eccezione ed emergenza, tra punto di non ritorno e punto di consolidamento della legalità costituzionale, si vedano, da ultimo, le preziose riflessioni di M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 31 ss.

Nel fare ciò si è seguita l'analisi offerta dagli studi di John Fabian Witt, il quale offre una sistematizzazione delle differenti letture ed approcci circa il modo con cui intervenire nelle emergenze ed al delicato rapporto tra libertà e diritti e salute pubblica.

L'altro fronte cui viene rivolta l'attenzione nelle righe che seguono è quello della Cina in ragione del diverso modo di intendere la società, il rapporto tra comunità e singolo e, in particolare, per la precedenza data alla prima rispetto al secondo. Anche qui si assiste ad un lungo percorso storico, culturale e giuridico che affonda le radici nel confucianesimo, incontra l'Occidente, vive l'esperienza della codificazione nel solco del socialismo di stampo cinese.

Il rigoroso intervento di limitazione degli spazi di libertà dei singoli si colloca così in un'ottica di per sé orientata alla primazia della comunità ed alla sua salvaguardia già prima dell'emergenza.

Tornano alla mente i versi leopardiani de *La Ginestra*, ove l'illustre poeta scriveva:

«[...] quell'orror che primo
Contra l'empia natura
Strinse i mortali in social catena»².

Ciò che nell'imperversare delle insidie della natura varia e si differenzia dinanzi agli occhi del comparatista è, dunque, il modo in cui ci si stringe 'in social catena'.

Questo è infatti parso particolarmente rilevante agli scriventi giacché il diritto è anche – e soprattutto – legato agli specifici 'approcci' di un'area culturale, intrisa dell'eredità valoriale della propria '*path dependency*' che grandemente influenza le proprie scelte.

Il diritto, quindi, non vive di pura tecnica ma è un 'filo rosso' in evoluzione, il quale risente di sé stesso, è un'esperienza umana e culturale che (proprio come fanno le insidie della natura) viene ad *emergere* nel bene e nel male, nella buona e nella cattiva sorte.

Il diritto è, dunque, un' 'emergenza culturale'.

2. L'orizzonte della libertà in Occidente

Per il mondo così detto occidentale la libertà ha costituito nel tempo un orizzonte verso il quale è stato rivolto lo sguardo da varie prospettive, in molteplici circostanze e con diverse speranze e aspirazioni. Ha illuminato gli intellettuali, ha fatto scorrere fiumi di inchiostro, ma ha anche acceso gli entusiasmi, rinfanciato gli animi e così ha portato a mutare quelle circostanze, ha fatto rincorrere quelle speranze e realizzare quelle aspirazioni.

² G. LEOPARDI, *La Ginestra o il fiore del deserto*, versi 147-149.

Certamente quello verso l'orizzonte è per sua natura un percorso lungo, a tratti periglioso e dagli approdi via via incerti, ma ha costituito anche un istinto ed una 'vocazione' irrefrenabile.

Ciò che, in particolare, emerge ed assume un considerevole rilievo è la continua dialettica tra libertà ed autorità. Una dialettica che ha animato le vicende e gli sviluppi storici e che ha determinato altalenanti e cangianti combinazioni dell'uno e dell'altro elemento.

Una certa maturità e modernità del tema è stata raggiunta – come noto – con l'«Età dei Lumi», nella quale la libertà venne concepita come un prodotto della natura, nata assieme all'uomo, come una componente intrinseca dell'esistenza umana, che il diritto non aveva il compito di concedere, bensì di riconoscere e tutelare. L'Illuminismo, dunque, proseguiva sulla scia della concezione giusnaturalistica dei diritti e della libertà, affrancandosi dalle concezioni e dalle costruzioni della tradizione³.

L'Illuminismo si presenta ai nostri occhi anzitutto come un modo di pensare, come un nuovo approccio che conferisce unitarietà a quella moltitudine di intellettuali che hanno sviluppato e propugnato idee e pensieri di diversi e variegati contenuti⁴. Tale metodo si fondava saldamente sulla ragione, sull'uso dell'intelletto come strumento per uscire dallo «stato di minorità» di cui parlava Kant⁵. Questa mentalità rinnovata investe tutti i campi del sapere e dell'opera dell'uomo, entra nei salotti ma anche nelle corti dei principi, si diffonde nel mondo borghese di matrice industriale e mercantile che fremeva per liberarsi dalle costrizioni di quella politica ed economia che costituiva lo strascico logoro dell'impalcatura feudale di uno Stato soffocante. Le note critiche ed il malcontento che esso

³ M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea*, Bari-Roma, Laterza, 2012, 145. In particolare, sul diritto naturale ed il suo impatto sulla legislazione e la codificazione si richiamano le riflessioni di R. DAVID – C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, (Edizione italiana a cura di) R. SACCO, Padova, Cedam, 2004, 51 ss.

⁴ G. FASSÒ, *Illuminismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, a cura di A. AZARA-E. EULA, 179, Torino, 1957³.

⁵ G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179; sul punto anche U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, 298, ove si legge che: «Emanuele Kant ha pubblicato su una rivista tedesca un articolo che è rimasto fondamentale – Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo? – nel quale ha affermato, emblematicamente: «illuminismo è l'uscita dell'uomo da uno stato di minorità il quale è da imputare a lui stesso. Minorità è l'incapacità di servirsi del proprio intelletto senza la guida di un altro. Imputabile a se stessi è questa minorità se la causa di essa non dipende da difetto di intelligenza, ma dalla mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro. *Sapere aude!* Abbi il coraggio di servirti della tua propria intelligenza! – è dunque il motto dell'illuminismo». In queste poche righe di Kant, che condensano il suo pensiero sull'argomento, ci sono almeno due delle componenti fondamentali dell'illuminismo: il razionalismo, inteso come mito della ragione, e il coraggio del razionalismo, accompagnate, in negativo, dalla critica allo stato tradizionale di minorità che deriva non dalla mancanza di qualità naturali ma dalla «mancanza di decisione e del coraggio di servirsi del proprio intelletto senza esser guidati da un altro».

attraeva, nutrite dallo spirito dei Lumi, indussero alcuni Principi illuminati ad avviare degli interventi riformatori per rinnovare il volto del loro potere e dello Stato, mentre altrove, dove ciò non avvenne, maturarono sentimenti e forze rivoluzionarie⁶.

Il firmamento illuminista risplende di illustri e note personalità che hanno declinato, nei loro campi e con le loro prospettive, quella devozione verso la ragione e verso il libero pensiero facendo tesoro anche delle elaborazioni di chi li aveva preceduti⁷.

Le radici del fenomeno possono essere scorte nell'Inghilterra della metà del XVII secolo, di cui sono esemplari le riflessioni di Locke e gli studi di Newton, ed alle quali in Francia fa poi seguito con entusiasmo Voltaire⁸. Quest'ultimo, in

⁶ G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179. Sul punto si veda anche A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati*, in *Trattato di Diritto Comparato*, diretto da R. SACCO, Torino, Utet, 2018., 195 ss.

⁷ G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179.

⁸ Difatti, come viene osservato in U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione* cit., 305 ss., la dialettica ed il confronto tra l'Inghilterra ed il continente hanno spesso caratterizzato l'Illuminismo e nello specifico le riflessioni che Voltaire ha dedicato con ammirazione al modello politico inglese. Questo, infatti, realizzando una limitazione al potere del sovrano ed una partecipazione del popolo era diventato, dopo la Gloriosa Rivoluzione del 1688, un punto di riferimento per gli illuministi, un prototipo ambito che trasudava le teorizzazioni di Locke. Emergeva, dunque, un «nuovo modello al quale ispirarsi, quello del re «primo pilota» dello stato, che rappresenta la visione laica del principe cristiano, cioè la versione che fonda i poteri del sovrano non più sul modello divino, ma su quello della ragione e delle buone leggi, che possono costare care, ma che costano, in ogni caso, un prezzo che vale la pena di pagare». Così U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione* cit., 306, ove si richiamano le parole delle *Lettere Inglesi* di Voltaire. È interessante altresì richiamare gli studi di N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale*, Milano, Mondadori, 2018, 120 ss., ove si dà conto della fitta rete di rapporti attraverso la quale Voltaire diffonde le sue idee. Nello specifico gli illuminati proselitismi del pensatore settecentesco avvenivano attraverso un considerevole flusso epistolare che coinvolgeva più di 1400 persone, di cui buona parte (il 70%) era di nazionalità francese. Inoltre, solo del 12% delle lettere è nota la provenienza e dove erano dirette e di queste il 57% vennero inviate a o da Parigi. Quanto all'Inghilterra, invece, vi furono solo alcune lettere scambiate con Jonathan Swift e con Alexander Pope poiché per lo più vennero scambiate con personaggi non di spicco, come un mercante (Sir Everard Fawkener) ed un poeta (George Keate). Inoltre, il flusso epistolare e le connessioni si infittiscono se si considerano anche le penne di Rousseau e di d'Alembert. Questo intreccio, in particolare, coinvolgeva principalmente Parigi e si restringeva, in misura preponderante, a fasce della popolazione piuttosto elevate. Difatti, coinvolgeva «18 principi e principesse, 45 duchi e duchesse, 127 marchesi e marchese, 113 conti e contesse, e 39 baroni e baronesse. L'aristocrazia costituiva circa lo 0,5 per cento della popolazione francese del Settecento, ma circa un quinto della cosiddetta «repubblica delle lettere», alla quale peraltro apparteneva un numero sorprendentemente alto di ufficiali reali, per essere una rete comunemente associata alla visione critica dell'ordine stabilito. [...] Naturalmente, le reti delle corrispondenze epistolari ci illustrano soltanto una parte della storia dell'illuminismo. Chi conosceva Voltaire, Rousseau o d'Alembert era animato dal vivo interesse di incontrarli di persona, oltre che di intrattenere con loro un rapporto epistolare. Si era infatti costituita anche una «repubblica dei salotti», di qui l'importante ruolo di mediazione svolto dalle *salonnières*, le proprietarie delle case che divennero centri di socializzazione e di scambio, e i cui inviti erano ambiti dagli

particolare, dà risalto al pensiero filosofico e scientifico inglese, e Montesquieu⁹ ne richiama le idee politiche, diffondendo quelle concezioni del liberalismo figlie in buona parte del giusnaturalismo d'oltremarica¹⁰.

Proprio il liberalismo, infatti, costituirà la dottrina che molto ha inciso sulle sorti dell'Occidente. Questa ruota attorno all'esigenza di liberare l'uomo, esigenza che «si era portata al primo piano come rivendicazione della libertà di coscienza, libertà di pensiero, maturata con l'illuminismo, caratterizzando alcuni obiettivi, tradotti in termini istituzionali, nello Stato moderno, e consegnati in documenti solenni, come le Dichiarazioni dei diritti»¹¹. Il fulcro della dottrina del liberalismo – nelle sue articolazioni politiche, giuridiche ed economiche – si esprime in «principi e norme di diritto, che riguardano l'organizzazione dello Stato e del potere. In sostanza tutto l'ordinamento dello Stato tipicamente ottocentesco [...] presenta un denominatore comune, quello delle garanzie giuridiche di tutte le libertà»¹². Lo Stato moderno è dunque, in quest'ottica, l'esito delle ondate rivoluzionarie di matrice liberale che travolgendo l'assolutismo hanno portato all'affermazione di spazi di libertà, di diritti e di principi¹³.

Nel vecchio mondo l'esempio più evocativo risiede in quella 'libertà che guida il popolo' contro le roccaforti dell'*Ancien Régime*. Non solo in senso letterale ma anche in termini giuridici e con riferimento alle radicate istituzioni dell'assolutismo monarchico alle quali si sostituì «la concezione di una società illuminista,

aspiranti intellettuali». Così, ID, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 121 ss.

⁹ Quanto a Montesquieu (1689-1755), si veda, *ex multis*, M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 193 ss. In particolare, viene osservato che all'interno del *De l'Esprit des lois* (del 1748) viene costruita una prima nitida ripartizione dei poteri tra legislativo-esecutivo-giudiziario. Inoltre, «presso ogni popolo veniva a maturazione un diritto [...] [che] trovava meccanismi di protezione contro gli interventi dell'autorità del sovrano». Ed aggiunge che «i meccanismi migliori per difendere i diritti e le libertà della tradizione erano [...] quelli maturati nel regno inglese [...]». Qui, a suo vedere, trovava la sua migliore espressione il principio del governo misto [...]. In riferimento al ruolo della libertà nello sviluppo della democrazia, anche alla luce del contributo di Montesquieu, v. M. TUTUNARU, *The concept of Freedom and the Respect for the Law in a Rule of Law*, in *J.L. & Admin. Sci.*, 2017, VIII, 75.

¹⁰ G. FASSÒ, *Illuminismo* cit., 179 ss.

¹¹ G. PERTICONE, *Liberalismo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, a cura di A. AZARA-E. EULA, Torino, 1957³: 831.

¹² G. PERTICONE, *Liberalismo* cit., 831.

¹³ G. PERTICONE, *Liberalismo* cit., 831 ss. Si veda anche quanto osservato da S. ZAMAGNI, *Responsabili, Come civilizzare il mercato*, Bologna, il Mulino, 2019, 40, ove l'A. mette in luce che «il grande problema che la filosofia politica europea, nel periodo che va dal Rinascimento alla Rivoluzione francese, si trovò ad affrontare fu quello di come assicurare un ordine sociale senza ricorrere al principio di autorità o a presupposti teologici. La soluzione che Thomas Hobbes (1651) aveva suggerito – ci vuole uno Stato assoluto, cioè un Leviatano per rendere sostenibile la vita associata – se poteva essere sopportato all'epoca dei regimi assolutistici dei secoli XVI e XVII, non poteva più essere accolta dopo il 1649, l'anno della proclamazione della Repubblica inglese e soprattutto dopo la Gloriosa rivoluzione (1688) e la Dichiarazione dei diritti (1689)».

così come elaborata da Diderot, Voltaire e Rousseau, secondo cui l'uomo, inteso come essere razionale e responsabile, acquisisce con la nascita un diritto inalienabile alla libertà di pensiero, di credo religioso e di attività economica. All'uomo si contrappongono non più i vari gruppi organizzati sulla base del differente status, ma solo lo Stato, che ha il dovere, mediante la sua legislazione, di liberare i cittadini dai tradizionali legami posti dalle autorità feudali, ecclesiastiche e familiari, siano questi attuali o futuri, al fine di concedere i medesimi diritti a tutti»¹⁴.

Viene ad affermarsi col tempo l'idea di uno Stato di diritto che, ricalcando le teorizzazioni di Locke e di Montesquieu¹⁵, mira a ripartire i poteri e ad organiz-

¹⁴ K. ZWEIFERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato*, Milano, Giuffrè, 1998, 100 ss. In particolare, rispetto ai 'poteri intermedi' della Francia monarchica, nella prospettiva di Montesquieu, v. G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 2018, II, 173 e nota 85, reperibile al link <www.comparazioneDirittocivile.it>.

¹⁵ Pare opportuno offrire una breve specificazione sulle differenze tra la separazione dei poteri concepita (dapprima) da Locke e (poi) da Montesquieu. Il primo distingue tra il potere legislativo, l'esecutivo ed il 'federativo'. In particolare, viene osservato che questa costituisce «la teoria della separazione dei poteri 'inventata' da Locke al fine di limitare l'onnipotenza del potere sovrano (il problema che Hobbes aveva lasciato in eredità al pensiero politico) e di garantire la tutela dei diritti dei cittadini», così M. L. LANZILLO, *Perché si lotta per il potere?*, in *Potere, Perché si lotta per il potere?*, in *Le domande della filosofia*, IX, a cura di M. FERRARIS, Roma, Gruppo Editoriale L'Espresso, 2021, 35. Il secondo, invece, distingue tra il potere legislativo, quello esecutivo ed il giudiziario. Con particolare riguardo alla tripartizione lockiana (legislativo-esecutivo-federativo) è stato osservato che il fatto che il giudiziario non figuri come potere a sé stante può esser dovuto alla realtà inglese che Locke aveva davanti a sé al tempo. Ossia un contesto nel quale si assisteva alla fusione del potere giudiziario col potere legislativo. Su tale questione poi si diramano divergenti letture in merito a quale dei due comprendesse l'altro. La spiegazione che, in particolare, offre Caravale circa tale fusione si fonda sullo «stretto legame tra la teoria del pensatore inglese e la tradizione di *common law*. In questa tradizione la titolarità di un diritto era inscindibilmente connessa alla difendibilità dello stesso davanti ad una corte di giustizia, di modo che il momento processuale era parte integrante del momento sostanziale [...]. L'omissione del giudiziario tra i poteri in cui il governo nato dal patto sociale si articolava sembra, allora, derivare dalla convinzione che i diritti, di origine sia naturale, sia consuetudinaria, sia legislativa, esistevano solo in quanto difendibili giudizialmente e che detta difesa avveniva nell'ambito dell'ordinamento in cui gli stessi diritti erano nati e non poteva, pertanto, essere monopolizzata dal governo nato dal patto sociale». Per queste analisi (circa il rapporto tra legislativo e giudiziario) e la citazione riportata: M. CARAVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 113 ss. In particolare, quanto all'aspetto per cui 'il rimedio precede il diritto' come caratteristica dello sviluppo della tradizione di *common law* v. V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, Giappichelli, 2018, 266. È interessante, infine, ricordare come il confine sfumato tra il potere legislativo e giudiziario ha fatto ravvisare la necessità di un intervento che si è tradotto nel *Constitutional Reform Act* del 2005 che ha creato una *Supreme Court* separata dalla *House of Lords*. In particolare «è stata l'esigenza di eliminare dall'ordinamento inglese ogni confusione tra il potere giudiziario e gli altri poteri, che potesse fare insorgere sospetti, alla luce della nuova cultura degli *human rights*, sulla effettiva indipendenza e imparzialità del giudice di vertice dell'ordinamento». V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 277.

zare le funzioni in un delicato equilibrio ed allo stesso tempo a garantire gli spazi di libertà ed autonomia dei singoli¹⁶.

Con la Rivoluzione il ceto borghese ha inteso superare l'*Ancien Régime*¹⁷ e realizzare uno Stato che garantisse uguaglianza e libertà ai cittadini¹⁸. Quanto poi all'affermarsi della fratellanza – l'altro emblema valoriale della Rivoluzione – fu necessario invece, dell'ulteriore tempo perché gli venisse riconosciuto un adeguato spazio. In generale, infatti, lo slancio per le questioni sociali che hanno arricchito il patrimonio culturale e giuridico europeo fu, dunque, successivo rispetto a questa iniziale ed affannosa corsa verso le libertà¹⁹.

Già con la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino veniva proclamata la centralità dei diritti naturali, tra i quali rientra proprio la condizione di parità dei diritti ed anche la libertà e la proprietà²⁰. Con tale pro-

¹⁶ G. PERTICONE, *Liberalismo* cit., 832.

¹⁷ Per alcune profonde riflessioni sul superamento dell'*Ancien Régime* per via della Rivoluzione e circa il diritto soggettivo v. G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis De Tocqueville*, in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 14 ss. e, per un ulteriore approfondimento dell'incontro tra l'itinerario scientifico di Gino Gorla e l'opera di Alexis de Tocqueville, cfr. P. RIDOLA, *Gorla, Tocqueville e la comparazione*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2021, 3 ss.

¹⁸ In riferimento ai valori rivoluzionari G. ALPA, *Solidarietà, Un principio normativo*, Bologna, il Mulino, 2022, 20 ss. mette in luce che per molto tempo furono la libertà e l'uguaglianza ad avere maggiore slancio rispetto alla fraternità che, invece, per guadagnare uno spazio ebbe bisogno, dopo la Rivoluzione, di un percorso storico-giuridico più lungo; per delle interessanti analisi si veda altresì G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 25, ove l'A. osserva che nella visione dei diritti in chiave moderna, ai diritti del singolo è permesso allargarsi fino a che non collidono con i quelli di altri, ed aggiunge che «[l]a libertà, dice la Costituzione rivoluzionaria del 1791, consiste nel poter fare tutto ciò che non nuoce agli altri, e questa definizione è confermata nella Costituzione giacobina del 1793». Sul tema della Rivoluzione francese v. K. ZWIEGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 106; nonché A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 203, ove si osserva che: «la Rivoluzione francese, non dissimilmente dalla Rivoluzione americana di poco precedente, si presentò come movimento politico di rifondazione dello Stato sulla base di valori universali. Se l'ordinamento francese assunse come stella polare del suo percorso futuro il valore dell'eguaglianza formale di tutti avanti la legge, ciò si dovette alla Rivoluzione».

¹⁹ G. ALPA, *Solidarietà, Un principio normativo* cit., 20 e 23. L'illustre A., inoltre, mette in luce, ivi, 16, che anche il concetto di solidarietà, nella sua declinazione sociale, economica e politica, che anima le Costituzioni odierne e quindi la vita degli Stati, ha preso forma nell'Illuminismo. È bene, inoltre, precisare che gli scriventi, benché consci della centralità della solidarietà e delle esigenze sociali maturate ed espresse nel solco della storia giuridica europea, in queste righe rivolgono particolare attenzione all'aspetto della libertà in ragione del particolare rilievo che essa assume ai fini delle presenti considerazioni sulla *forma mentis* e, quindi, sulla c.d. *path dependency* che informa l'esperienza giuridica dell'Occidente.

²⁰ G. ALPA, *Solidarietà, Un principio normativo* cit., 20-21; G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza* cit., 25 ss.; M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 203-204. Sul punto è interessante altresì richiamare quanto osservato da A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 207, in particolare viene messo in luce che: «nella *Déclaration des droits* non si possa trovare la lista di tutte le istituzioni di cui ha bisogno il cittadino di uno Stato liberal-democratico. Essa piuttosto pone in forma accentuatamente didascalica i fondamenti di un nuovo modo di concepire lo Stato e la cittadinanza, ricorrendo a forme espressive talmente efficaci da

pulsore spiccatamente borghese vide poi la luce il Codice civile del 1804²¹.

Il grande valore che da quel momento venne attribuito alla libertà fa ancora risuonare le parole del rivoluzionario-ribelle Benjamin Constant pronunciate col Discorso tenuto all'*Athénée royal* di Parigi nel 1819. Afferma infatti l'*ex* Tribuno: «Siamo moderni, che vogliamo godere ciascuno dei nostri diritti, sviluppare ciascuno le nostre facoltà come meglio ci sembra, senza nuocere ad altri; vegliare sullo sviluppo di tali facoltà nella prole affidata dalla natura al nostro affetto, che è tanto più illuminato quanto più è vivo, mentre abbiamo bisogno dell'autorità solo per riceverne gli strumenti generali d'istruzione ch'essa può riunire, allo stesso modo in cui i viaggiatori accettano da lei le grandi strade, senza farsi dirigere nella vita che vogliono seguire». Prosegue poi: «la libertà individuale [...], ecco la vera libertà moderna. La libertà politica è di conseguenza indispensabile. Ma chiedere ai popoli dei nostri giorni di sacrificare, come quelli di un tempo, tutta la libertà individuale alla libertà politica, è la via più sicura di allontanarli dall'una; e a quel punto non si tarderebbe a sottrarre loro anche l'altra»²².

L'idea che propugnava Constant – considerato anche che l'Europa in cui risuonavano queste parole era quella della Restaurazione – si poneva a difesa delle libertà individuali²³ contro quanto autoritativamente potesse esser disposto dallo Stato. Per scongiurare quel pericolo e così garantire la protezione degli spazi di

risultare ancor oggi feconde di conseguenze». A quel punto però, considerano gli A., restavano dal punto di vista istituzionale «insoluti, anzi, aperti a varie soluzioni, i problemi capitali che concernono il problema della tutela e, poi, della effettività dei diritti fondamentali che la stessa *Déclaration des droits* formula in modo schiettamente individuale».

²¹ G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 68; K. ZWEIFERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 106. Viene infatti osservato che «la borghesia creò poi un codice che teneva conto delle pretese di libertà ed uguaglianza propuginate durante la Rivoluzione. Solo in Francia, perciò, la codificazione trovò la sua origine nello slancio di un movimento rivoluzionario, solo qui vi fu la completa congruenza tra la realtà sociale e l'immagine della società presente nel codice». Congruenza che, invece, non vi sarebbe stata nel successivo Codice civile austriaco (ABGB). Difatti, l'orizzonte valoriale di matrice illuminista che questo incarnava cozzava grandemente con il contesto sociale di un Paese in cui in molte realtà agricole vi era ancora la «servitù della gleba, difficilmente distinguibile da uno stato di schiavitù». Ivi, 197.

²² B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, Milano, RCS edizione speciale per Corriere della Sera, 2010, 40-41.

²³ Sul punto v. G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1948, 134, ove l'illustre A. osserva che Constant nell'opera richiamata aveva fatto comprendere che la libertà dei moderni stesse muovendo nella direzione del godimento intimo, isolato. Avverte però l'A. che tale forma di individualismo, osteggiato da Tocqueville, e che viene definita come 'deteriore', «rappresenta soltanto una tendenza e non una affermazione assoluta nel mondo moderno; più o meno questa tendenza v'è sempre stata, essa si particolarizza secondo la storia dei vari tempi e luoghi: ma, come spiccata tendenza, essa è una caratteristica del mondo moderno». Questa versione 'deteriore' dell'individualismo viene a realizzarsi allorché a seguito della lotta per la libertà al legame che unisce chi si batte non si sostituisce un nuovo legame fraterno e solidale. Al riguardo v. G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti* cit., 132 ss.

libertà del singolo diventava cruciale che questo potesse prender parte alla gestione del potere per mezzo di un meccanismo rappresentativo²⁴.

Un altro ben noto esempio della tensione dell'Occidente verso la libertà è costituito dagli Stati Uniti. In questo caso, infatti, tale tensione si è manifestata su più fronti.

Anzitutto su quello della genesi della nazione stessa. A partire dalla prima metà del XVII secolo l'area orientale del nord America iniziava a comporsi di un mosaico di tredici colonie, le quali non erano così saldamente congiunte né tra di loro né con la madrepatria inglese. Nella fase iniziale gli sforzi di queste popolazioni erano per lo più volti ad assicurarsi la sopravvivenza e l'equilibrio interno. Questo generalmente non implicava la presenza di cultori del diritto poiché era invece sufficiente – in alcune colonie – la saggezza della guida spirituale che dirigeva le controversie rifacendosi ai dettami della Bibbia. In un secondo momento però, agli albori del XVIII secolo, man mano che si intensificavano i traffici commerciali, venne avvertita sempre di più la necessità di fare riferimento ad un quadro giuridico che fosse adeguato alle correnti necessità. Così gradualmente affluirono in nord America sia giuristi di formazione londinese sia testi giuridici inglesi tra i quali spiccano i noti *Commentaries on the Law of England* di William Blackstone. Non stupisce quindi il fatto che tra le fila degli indipendentisti, prima, e tra i nomi riportati in calce della Dichiarazione d'Indipendenza, poi, vi fossero diversi giuristi²⁵.

La rottura con la madrepatria, in particolare, è proprio dovuta alla volontà di mantenere un perimetro di libertà che i coloni vedevano sotto scacco.

Tra i fattori che portarono a certi malumori vi fu anzitutto l'imposizione. Difatti, quanto veniva disposto in tale ambito usciva dal Parlamento, attraversava l'atlantico e ricadeva sui coloni prescindendo da ogni loro coinvolgimento nella decisione. L'assenza di una componente che esprimesse le ragioni delle colonie rappresentandole nel Parlamento della madrepatria contravveniva a quanto espresso dalla *Magna Carta*²⁶ che mirava proprio, attraverso la rappresentanza di coloro che verrebbero gravati dall'imposizione, a garantire un margine di libertà di fronte al sovrano. A ciò si aggiunga anche la negazione del ruolo delle Assem-

²⁴ K. S. VINCENT, *Benjamin Constant and Constitutionalism*, in *Historia Constitutionum*, 2015, XVI, 43; M. CARAVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 220 ss.

²⁵ K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 290.

²⁶ In particolare, A. GIULIANI, *I valori del diritto comune europeo nella Jurisprudence di Adam Smith*, in Scintillae Iuris. *Studi in memoria di Gino Gorla*, Tomo II, *Dialogo tra ordinamenti, diritto dei commerci e diritto europeo*, Iura naturalia e diritti fondamentali, Milano, Giuffrè, 1994, 1044, nel ricostruire la prospettiva e mentalità inglese ed il rapporto di questa con la *common law*, osserva che «[l]a Magna Charta venne interpretato come baluardo di tutte le libertà, ivi compresa quella commerciale [...]».

blee²⁷ delle colonie che venivano sostituite nelle loro funzioni dal Parlamento inglese e la successiva attribuzione alla *East India Company* del crisma di monopolista per i traffici del tè con l'America²⁸.

Come è noto, quindi, quel giogo che sempre più gravoso pesava su delle popolazioni la cui tradizione coloniale era orientata all'uguaglianza ed alla libertà²⁹ condusse a quella sanguinosa lotta per l'affrancazione da un potere avvertito come invadente e lontano.

L'altro fronte dal quale presso gli statunitensi viene (tutt'oggi) riflessa la tensione verso un principio di libertà, è quello del rapporto tra la Federazione e gli Stati.

Al momento della nascita degli Stati Uniti venne scelto – non senza contrasti – il modello federale. Difatti, tale questione aveva visto la contrapposizione tra federalisti ed antifederalisti³⁰, ove gli uni miravano a realizzare un'unione che potesse dar vita ad un solido Stato gli altri temevano che la vastità dei poteri centrali potesse minacciare e soffocare le realtà statali. Dopo la prevalenza in Costituzione delle ragioni federaliste, le ansie degli antifederalisti vennero alleviate con l'adozione del *Bill of Rights* del 1791 con il quale si poneva un argine al potere centrale³¹. All'approvazione dei primi dieci emendamenti – che passano alla storia proprio con la denominazione di *Bill of Rights* e che rievocano per certi versi la citata *Magna Carta* – fece poi seguito nel 1868 il XIV emendamento che mira a contenere pure il potere statale rispetto ai diritti dei cittadini.³²

²⁷ A tale riguardo, per completezza, si ricorda che «presso ogni colonia era attiva l'Assemblea popolare dei rappresentanti delle contee, che aveva il compito di risolvere le vertenze tra le comunità e adottare decisioni generali: la sua autorità era cresciuta nel tempo, tanto da farla diventare l'istituzione centrale della colonia nella quale si adottavano le principali scelte di governo, si risolvevano le vertenze tra comunità, veniva interpretato in maniera creativa e innovativa il diritto della tradizione. Un ruolo, cioè, molto simile a quello del Parlamento della madre patria. In sostanza, l'ordinamento della tradizione inglese proseguiva nelle colonie, con gli adattamenti imposti dalle condizioni naturali, difensive e sociali del nuovo mondo e soprattutto con l'assenza dei tanti privilegi cetuali che caratterizzavano la madre patria [...]». Così M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 196-197.

²⁸ M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 196 ss.

²⁹ In particolare, viene osservato da M. CARVALE, *Storia del diritto dell'Europa moderna e contemporanea* cit., 197, che «[...] la tradizione americana esaltava in ogni colonia l'uguaglianza giuridica degli abitanti e, di conseguenza, la pienezza del loro status di libertà».

³⁰ Per una analisi storico-giuridica circa tale contrapposizione v. G. MARTINICO, *Il federalismo di Thomas Jefferson*, in *Diritti Comparati*, 2021, I.

³¹ G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi* cit., 64. Inoltre, sul *Bill of Rights*, nella prospettiva di Madison, v. R.B. GINSBURG – M. HARTNETT – W.W. WILLIAMS, *My Own Words*, New York, Simon & Schuster, 2016, 228 ss.

³² V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 320. Sul ruolo del *Bill of Rights* e del XIV Emendamento in rapporto agli Stati dell'Unione in prospettiva storica v. G. MARTINICO, *Il federalismo di Thomas Jefferson* cit., 245.

La struttura che venne concepita dai Padri della nazione rispondeva all'intento di realizzare la divisione dei poteri e di impedire che questi si accentrassero nelle mani di pochi. Di qui la nota espressione *'checks and balances'* che riassume e descrive questo sistema.

L'articolazione offerta dalla Costituzione si poneva quindi come un baluardo a difesa dei diritti e delle libertà di fronte alla minaccia di potenziali torsioni autoritarie che sovente hanno (e che, nel tempo, avrebbero) connotato il vecchio mondo.³³ Non stupiscono, infatti, le riflessioni confluite nel *The Federalist Papers*, in cui Alexander Hamilton riconosce che la via per preservare la libertà consiste proprio nel frazionare il potere, per cui, afferma, «[...] I agree, that 'there is not liberty, if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers'»³⁴.

A tessere le lodi del neonato sistema statunitense fu, in particolar modo, Alexis de Tocqueville, la cui voce risuona con chiarezza tra quegli europei che con stupore hanno guardato oltreoceano, ammirandone il funzionamento e la capacità di preservarsi. Egli mise in luce come, a parer suo, l'energia promanata dall'associazionismo³⁵ ed il decentramento proprio dell'architettura della Federazione statunitense fossero le ragioni del suo buon funzionamento democratico. Difatti, ne *La Democrazia in America* si è soffermato, tra i vari aspetti, sul fatto che la popolazione tendesse continuamente ad associarsi³⁶ ed affrontare le sfide della vita contando solamente su sé stessa e rivolgendosi all'autorità solo quan-

³³ N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 135. L'A. richiama le preoccupazioni di Hamilton sulla minaccia che avrebbe fronteggiato la giovane nazione come nella storia era già capitato altrove: quella del rischio di uno scivolamento del potere nelle mani di qualcuno. Viene a tal proposito riportato un significativo passaggio delle riflessioni di Hamilton all'interno delle analisi di Ferguson: «[n]el primo articolo dei *Federalist Papers*, Alexander Hamilton individua con chiarezza il principale pericolo che avrebbero dovuto affrontare i neonati Stati Uniti: [...] Un'ambizione pericolosa spesso si cela dietro la maschera pretestuosa dello zelo per i diritti del popolo piuttosto che sotto l'apparenza minacciosa dello zelo per la fermezza e l'efficienza del governo. La storia ci insegna che la prima si è dimostrata una strada molto più certa verso l'introduzione del dispotismo rispetto alla seconda, e che tra gli uomini che hanno rovesciato la libertà delle repubbliche, il maggior numero ha iniziato la carriera facendo una corte ossequiosa al popolo; cominciando da demagoghi e finendo da tiranni [...]».

³⁴ A. HAMILTON – J. MADISON – J. JAY, *Federalist No.78*, in *The Federalist Papers*, a cura di M.A. GENOVESE, New York, Palgrave Macmillan, 2009, 236.

³⁵ Sul tema v. G. GORLA, *Commento a Tocqueville, L'idea dei diritti* cit., 159 ss. Inoltre, per alcune interessanti riflessioni circa il ruolo delle formazioni sociali nell'ambito del rapporto tra i singoli e l'autorità con rimandi al pensiero di Tocqueville v. L. ANTONINI, *Le vicende del principio di sussidiarietà orizzontale nel panorama normativo italiano ed europeo*, in AA. VV., *I servizi di pubblica utilità alla persona*, coordinato da G. VITTADINI, Milano, Franco Angeli, 2000, 211 ss., ove si offre un'analisi dello sviluppo delle teorizzazioni filosofiche e sociali in materia di sussidiarietà.

³⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, a cura di N. MATTEUCCI, Torino, Utet, 2014, 226 ss. Si tratta in particolare del Libro I, Parte II *'Il funzionamento delle Istituzioni: la vita politica'*, Capitolo IV *'L'associazione politica negli Stati Uniti'*, ove l'A. osserva che «[n]egli Stati Uniti ci si associa per scopi di sicurezza pubblica, di commercio e d'industria, di morale e di religione.

do riteneva che fosse inevitabile fare altrimenti³⁷, poiché, affermava che una collettività di soggetti che agisce in libertà può conseguire col proprio volere ogni risultato³⁸. Inoltre «Tocqueville vide le associazioni politiche americane come un indispensabile contrappeso ai pericoli della tirannide intrinseci alla democrazia moderna, foss'anche solo la tirannide della maggioranza. Tuttavia, la maggiore forza del sistema americano, secondo lui, andava ricercata nelle sue associazioni non politiche»³⁹.

Inoltre, la diffidenza nei confronti dell'autorità pubblica e del potere di cui questa poteva disporre indusse i costituenti ad orientarsi verso il già richiamato modello federale che, peraltro, sottraeva al governo centrale il controllo sulla *common law* degli Stati. Lo sviluppo del diritto non promanava, infatti, da un potere centrale e sovrano ma si sviluppava principalmente nelle Corti dal fluire della vita giuridica del popolo americano, e così, unitamente alla presenza di organi giudicanti indipendenti, si mirava a mantenere un tratto di «democraticità del sistema»⁴⁰.

Tagliati i ponti con il sovrano inglese, infatti, la legittimazione del diritto statunitense non proveniva da un potere esterno, ma dall'interno, da quel popolo la cui volontà era stata espressa dalla Costituzione ed incastonata nell'*incipit* «*We the People*».

Ancora, con particolare riguardo al diritto privato, è interessante osservare come la sua evoluzione sia dipesa principalmente dall'attività delle Corti, dalla collettività e dall'autonomia dei singoli, prescindendo in larga parte dallo Stato, il

Non c'è nulla che la volontà umana disperi di raggiungere con la libera azione della potenza collettiva degli individui».

³⁷ Un meccanismo simile sembra emergere anche nel pensiero di Aristotele come osservato da L. ANTONINI, *Le vicende del principio di sussidiarietà orizzontale nel panorama normativo italiano ed europeo* cit., 212, ove l'attuale Giudice della Corte costituzionale osservava che «pur con tutte le differenze da quella moderna, la libertà di autonomia di Aristotele già contempla qualcosa di vicino alla sussidiarietà quando afferma che compito del potere è di permettere la felicità nella diversità, rimanendo però suppletivo e non creatore della società». Inoltre, è esplicativo delle considerazioni di Tocqueville il passaggio de *La democrazia in America* in cui egli afferma che «[l']abitante degli Stati Uniti impara fin dalla nascita che bisogna contare su sé stessi, per lottare contro i mali e gli ostacoli della vita; egli non getta sull'autorità sociale che uno sguardo diffidente e inquieto, e ricorre al suo potere solo quando non può farne a meno», così A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America* cit., 226.

³⁸ N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 135-136, ove sono riportate le parole di Tocqueville.

³⁹ N. FERGUSON, *La piazza e la torre, Le reti, le gerarchie e la lotta per il potere. Una storia globale* cit., 136.

⁴⁰ G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law* cit., 168.

quale in questa prospettiva viene percepito «come una potenziale minaccia a questa autonomia se va oltre il suo ruolo di tutore della legge»⁴¹.

Questo quadro poi si arricchisce se lo si pone nel contesto federale americano, poiché all'aspetto dell'autonomia privata si aggiunge la questione delicata e costante dell'insofferenza statunitense per l'invasione da parte del potere centrale degli spazi che gli Stati tendono a custodire gelosamente.

Invero, le principali branche del diritto privato appartengono alla competenza dei singoli Stati dal momento che non rientrano nella elencazione dell'articolo 1 sezione 8 della Costituzione che enumera le materie che vengono attribuite al Governo federale. Da ciò si trae che – anche alla luce del X Emendamento – «la competenza legislativa degli stati è la regola e la competenza federale l'eccezione»⁴². Chiaramente, non mancarono occasioni di straripamenti di potere che hanno animato il dibattito su questo delicato rapporto. Si pensi alla '*implied powers clause*' che (consentendo alla Federazione di compiere tutti quegli interventi necessari ad esercitare i poteri attribuitigli)⁴³ ha costituito e costituisce lo strumento attraverso il quale la Federazione amplia il perimetro del suo intervento. Oppure alla '*commerce clause*', che attribuisce al Congresso il potere di legiferare in materia di commercio internazionale, interstatale e con le Tribù indiane⁴⁴.

Inoltre, la forte dialettica tra Federazione e Stati ha registrato un passaggio importante quando, ritornando sui suoi passi rispetto al precedente orientamento espresso in *Swift v. Tyson*, la Corte Suprema degli Stati Uniti «seppelli l'idea di una *federal common law* nella decisione del caso *Eirrie Railroad Co. v. Tompkins* (1938) dichiarando che l'idea di un *common law* federale è in contrasto con la costituzione la quale vuole che il diritto federale sia solo quello che è riferito alle materie che la stessa riserva alla competenza legislativa del Congresso».⁴⁵

Il complicato rapporto tra Stati e Governo federale, tuttavia, continua ad essere una nota dolente nella realtà statunitense⁴⁶, un *odi et amo* – per dirla con Catullo –, specialmente se si considerano le recenti dinamiche emergenziali.

⁴¹ G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law* cit., 171.

⁴² V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 324.

⁴³ C. BOLOGNA, *Jefferson e la separazione del potere*, in *Diritti Comparati*, 2021, I, 177-178, nota 38, dà conto del dibattito tra Thomas Jefferson ed Alexander Hamilton sul punto.

⁴⁴ K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 301.

⁴⁵ A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 144. Quello richiamato dall'Autore è il noto caso: *Eire Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Sul punto si veda anche K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 308; V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 335-337; G. CINÀ, *Riflessioni sul rapporto tra diritto privato e Stato nelle tradizioni di common law e civil law* cit., 12.

⁴⁶ Sul punto è interessante osservare le analisi di saggistica contemporanea offerte da F. COSTA, *Questa è l'America, storie per capire il presente degli Stati Uniti e il nostro futuro*, Milano, Mondadori, 2020, 41 ss., ove il giornalista si sofferma su alcuni ordini di ragioni che possano offrire una spiegazione circa questo difficile rapporto. Egli osserva, infatti, che «[è] anzitutto una questione di

3. L'eredità di Confucio in Cina

Il quadro che si sta tentando di tratteggiare in queste righe richiede ora di allargare l'orizzonte di analisi e di soffermare l'attenzione su un contesto molto distante da quelli cui si è fatto cenno finora: la Cina. Difatti, un'analisi che si rivolge al tema del rapporto tra libertà ed autorità nello scenario emergenziale non potrà certo prescindere dal contesto in cui il rapporto tra singolo e Stato assume connotati piuttosto diversi da quelli cui l'occidentale è abituato. A tal fine occorre brevemente ripercorrere alcuni dei passaggi e degli aspetti che hanno determinato l'evoluzione di un sistema giuridico e di un'intera civiltà.

Per lo sviluppo del diritto cinese ebbe grande rilevanza la dialettica tra due principi: il *Li* ed il *Fa*⁴⁷. In particolare, secondo la dottrina Confuciana la base per un ordine sociale stabile e solido era da ricercare nei rituali tradizionali, il '*Li*', che si traducevano concretamente in cerimonie e modelli comportamentali sviluppatasi attraverso la saggezza delle generazioni che si sono succedute.⁴⁸ Tale dottrina ed il relativo ritualismo si traducevano all'interno della convivenza sociale in alcune dinamiche relazionali che quindi dovevano esprimere ordine ed armonia. Il comportamento concreto da tenere, inoltre, andava declinato in base alla situazione specifica nonché in relazione alla propria posizione all'interno della società⁴⁹.

dimensioni» e aggiunge poco dopo che «[i]l punto non è solo che questo spazio apparentemente infinito abbia convinto nel corso dei secoli le persone a sentirsi il più possibile autosufficienti, soprattutto fuori delle città: è che per molto tempo è stato effettivamente così». Così Ivi, 41. All'aspetto geografico poi si aggiunge un altro fattore, certamente non di poco conto e che molto ha influito sulla mentalità e l'approccio del popolo americano: il dato storico. Difatti, «per chi si era appena guadagnato l'indipendenza da un sovrano prepotente e oppressivo – [...] a partire da una questione di tasse, con la rivolta del tè a Boston – l'idea di allestire un nuovo potere prepotente e oppressivo era intollerabile». L'importanza ed il 'peso' di questo retroterra storico si riverbera, quindi, su molti aspetti della cultura statunitense ed infatti ciò porta l'A. a mettere in luce che: «[l]a venerata cultura imprenditoriale statunitense, con la sua enfasi sulla libertà d'impresa, sul *laissez faire*, sul valore del sacrificio individuale e della concorrenza, così come lo straordinario ingegno che permette ancora oggi agli americani di sfornare ogni anno una quantità di idee, brevetti, invenzioni, intuizioni e premi Nobel che non ha paragoni nel pianeta, affonda le sue radici in questo contesto. In gran parte degli Stati Uniti da secoli si guarda al Congresso e alla Casa Bianca con una distanza e uno scetticismo in buona parte indipendenti dal fatto che a Washington comandino i democratici o i repubblicani». Così Ivi, 42.

⁴⁷ In tema di *Li* e *Fa* si vedano le interessanti analisi di S. PORCELLI, *Il Codice civile della Repubblica Popolare Cinese frutto del dialogo tra Cina e diritto romano*, in questa rivista, 41, 2020, 268 ss; ID, *Diritto e logica. Da Roma alla Via della Seta*, in questa Rivista, 39, 2018, 217 ss.

⁴⁸ L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform*, in Aa.Vv. *Understanding China Today, An Exploration of Politics, Economics, Society, and International Relations*, a cura di S. BERETTA – J. BERKOFKY – L. ZHANG, Cham, Springer, 2017, 315; L. XIAOPING, *L'esprit du droit chinois, perspectives comparatives*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1997, 1, 7 ss.

⁴⁹ Sul tema v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese*, Milano, Franco Angeli, 1999, 49; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 362 ove si precisa che la condotta consona in cui va ad estrinsecarsi il *Li* si configura in «modo diverso a seconda

In tal modo perché si potesse avere una società in armonia il *Li*, la formazione morale, ricopriva un ruolo ben più importante⁵⁰ delle severe sanzioni (penali ed amministrative) previste da apposite norme⁵¹, il ‘*Fa*’⁵². Nella prospettiva di Confucio, infatti, solamente un governo fondato sulla virtù è in grado di governare con successo, poiché – senza mai proporre l’abolizione della legge – egli riteneva che questa (in quanto eludibile o violabile) fosse meno efficace rispetto alla

che la situazione concreta si riferisca a rapporti tra un superiore ed un inferiore, tra una persona anziana ed una più giovane, tra un nobile ed un borghese, tra parenti, amici o stranieri, tra padre e figlio, tra fratello maggiore e minore, tra moglie e marito». Sul punto sia consentito, inoltre, richiamare anche G. SCARCHILLO, *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L’arbitrato commerciale in Cina*, in *Contr. impr. Eur.*, I, 2016, 244, ove alla nota 11 – richiamando le analisi di M. TIMOTEO, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in *L’altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. VARANO, Milano, 2007 – si procedeva ad enucleare così le cinque relazioni fondamentali: «sovrano e suddito, padre e figlio, marito e moglie, fratello maggiore e minore e fra amico e amico». Pare interessante anche fare riferimento alle analisi di L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A ‘Triangular’ Struggle in China-Reflections on Italy’s Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315. L’A. richiama, in particolare, il pensiero del filosofo Zhongshu Dong (179-104 a. C.) nella cui interpretazione il Confucianesimo consiste in sostanza nell’osservanza delle così dette Tre *Gang* e Cinque *Chang*. Le prime sono le relazioni umane fondamentali che intercorrono tra il sovrano ed il suddito, tra marito e moglie e tra padre e figlio. Le seconde, invece, consistono in delle durature norme etiche che consistono nella benevolenza nei confronti degli altri ‘(*Ren*)’, nella rettitudine ‘(*Yi*)’, nella ritualità tradizionale e la correttezza insegnate dagli antenati ‘(*Li*)’, nella saggezza ‘(*Zhi*)’, nell’onestà e affidabilità ‘(*Xin*)’.

⁵⁰ La fortuna del «*Li*» si deve soprattutto al fatto che, sotto l’imperatore Wu, il confucianesimo diventò l’ideologia ufficiale dell’impero cinese. Esso, lungi dall’essere una religione dogmatica, si presentava come una scuola di virtù civiche e morali, che prendeva le mosse dall’esistenza di un ordine cosmico basato su una interazione tra cielo, terra e uomini nella quale, mentre i primi due elementi seguivano regole invariabili, gli uomini, con le loro azioni, potevano mantenere l’ordine o creare il disordine. L’armonia derivava sia dal rapporto degli uomini con la natura sia dalle interazioni tra gli uomini. Era una concezione nella quale l’individuo non è mai preso in considerazione in sé stesso, bensì come parte di una collettività. Ciò rappresenta una peculiarità della Cina rispetto all’*asian legal tradition* caratterizzata, al contrario, dal fenomeno religioso (si pensi, ad esempio, agli ordinamenti islamico e induista). Sul punto, cfr. L. MOCCIA, *Prologo breve sulla originalità del diritto (tradizionale) cinese e sull’importanza del suo studio in prospettiva storico-comparativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 993.

⁵¹ Di questa scuola e del conseguente ruolo del «*Fa*», la storiografia e la sinologia giuridica hanno per lungo tempo messo in evidenza la sua connotazione penale e dispotica. Tuttavia, ritenere tutto il diritto scritto come avente ad oggetto regole esclusivamente penali non appare più totalmente fedele alla realtà. Una più attenta lettura dei codici, infatti, attesta la presenza di alcune norme civilistiche che ci mostrano come «molto deciso sarebbe stato l’impegno già dei primi imperatori cinesi nel prescrivere formule legali che coprissero la vita dei sudditi fin negli aspetti più intimi, nonché soprattutto la tendenza a fare della legge, piuttosto che della volontà dei governanti o delle sole consuetudini e pratiche convenzionali (rituali), un centro di regolazione delle attività economico sociali». Così L. MOCCIA, *Il diritto in Cina tra ritualismo e modernizzazione*, Bollati e Boringhieri, Torino, 2009, 30.

⁵² L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: a ‘Triangular’ Struggle in China-Reflections on Italy’s Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315; ID, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective*, in *Studium Iuris*, Padova, Cedam, 2004, 897.

correttezza rituale (*Li*) nell'illuminare ed indirizzare il comportamento umano⁵³. Tale principio, quindi, è in grado di indurre le persone a correggere autonomamente il proprio modo di agire, generando una comunità in cui si perde il bisogno della sanzione. Ciò in quanto sono i singoli stessi ad inibire le condotte scorrette dal momento che sono ben consci del fatto che un certo comportamento sia sbagliato, biasimevole nonché motivo di vergogna⁵⁴.

In un tale contesto, dunque, nel quale le regole dell'educazione prevalgono rispetto a quelle formali, in cui le condotte di ciascuno sono valutate con la lente di una morale condivisa e poiché è proprio da questi che discende l'armonia dell'intera comunità, allora si può comprendere la preminenza che la dimensione collettiva ha avuto rispetto a quella dell'individuo⁵⁵. Difatti, il comportamento di ciascuno deve essere tale da non alterare il preesistente equilibrio naturale nel quale interagiscono il cielo, la terra e gli uomini e l'educazione di ciascuno mira proprio a trasmettere questa accezione di correttezza dell'agire umano dal quale dipende l'ordine complessivo del cosmo. Inoltre, anche l'eventuale controversia rispecchia questo approccio poiché proprio per ripristinare l'armonia si mira, prioritariamente, a conciliare pacificamente le parti⁵⁶.

Non stupisce, dunque, che nel tempo ci sia stata una lunga estraneità della nozione di diritto soggettivo giacché l'armonia non è il risultato della somma algebrica dei diritti soggettivi, della loro equilibrata composizione, ma del rispetto da parte di ciascuno della pace e dell'ordine naturale che preesistono all'uomo⁵⁷.

⁵³ N.P. HO, *Legal Realism and Chinese Law: Are Confucian Legal Realist, Too?*, in *Tsinghua China L. Rev.*, XIII, 134 ss. Sul tema v. anche R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 49. In riferimento alla Cina tradizionale R. SACCO, *Il diritto muto, Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, Il Mulino, 2015, 29, osserva che «I cinesi non riconoscevano la consustanzialità del *fa*» e degli altri rami del diritto. Il *fa* era redatto dagli organi del potere, era approvato dal potere, il potere ne curava l'applicazione. Le regole applicabili ai rapporti privati si sviluppavano ed evolvevano senza che il potere se ne curasse, senza che i professionisti del potere o del sapere lo studiassero; esse si concretavano in un diritto spontaneo, che funzionava grazie a meccanismi sociali ignorati dal potere e ignorati dagli uomini del sapere».

⁵⁴ N.P. HO, *Legal Realism and Chinese Law: Are Confucian Legal Realist, Too?* cit., 135.

⁵⁵ L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315. Sul tema v. anche R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 51.

⁵⁶ R. SACCO, *Cina*, in *Dig. Civ.*, II, Torino, Utet, 1988, 361; K. ZWEIFERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 361-362. Se, per un verso, è vero, come affermano R. DAVID e C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 2004, 438, che fino al XX secolo la concezione dell'ordine sociale venne elaborata in modo completamente autonomo rispetto ad ogni influenza esterna, per un altro verso, ciò non dà certo ragione a quegli studiosi che in passato sono arrivati a porre in dubbio la stessa esistenza del diritto in Cina, ritenendo addirittura il modo di intendere l'ordine sociale cinese antitetico al diritto. Così J. GILISSEN, *Diritto cinese, I) Antichità e tradizione*, in *Enc. giur.*, XI, 1989, 1 ss.

⁵⁷ V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente*, in *Comparazione e Diritto Civile*, IV, 2015, 156-157, reperibile alla pagina web <www.comparazionedirittocivile.it>.

Alla luce di tale modo di percepire il rapporto tra singolo e comunità viene osservato che nella società tradizionale cinese si ebbe, come conseguenza del Confucianesimo, l'instaurarsi col tempo di una mentalità orientata alla burocrazia e si lasciò uno spazio notevolmente circoscritto alle libertà personali ed all'individualismo⁵⁸.

Nella ricerca dell'armonia sociale un diverso approccio era, invece, propugnato dalla scuola 'Legista' che assegnava un ruolo preminente al *Fa* nella convinzione che le leggi fossero lo strumento idoneo a contrastare l'inclinazione al male propria dell'uomo. Benché nel tempo abbia comunque conservato una certa rilevanza, tale dottrina, dopo un periodo di fioritura, cedette il passo a quella confuciana quando con l'avvicinarsi delle dinastie lo scettro passò nel 206 a. C. alla dinastia Han. Questa, infatti, sposando il pensiero di Confucio ne determinò la effettiva diffusione in tutto l'impero, divenendone l'ideologia di riferimento⁵⁹. Difatti, i funzionari dell'impero la veicolavano attraverso l'articolata macchina dell'amministrazione che operava nelle varie e concentriche realtà amministrative locali in cui era articolato l'impero e proseguiva poi nelle reti famigliari (gerarchizzate) e nelle singole famiglie che, come più piccola forma di comunità, erano vocate all'armonia⁶⁰. Tale articolata struttura sociale che congiunge amministrazione pubblica e famiglie ha chiaramente frenato – come viene fatto notare da Lihong Zhang – la valorizzazione dell'individuo e lo sviluppo dell'individualismo⁶¹.

Queste peculiarità, in particolare, emersero al momento dell'incontro (o scontro) della Cina col mondo occidentale verso la metà dell'Ottocento. Tra le differenze⁶² che vennero in evidenza tra i due mondi, infatti, vi era proprio «la

⁵⁸ L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 315.

⁵⁹ R. SACCO, *Cina* cit., 361-362; K. ZWEIGERT – H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 363.

⁶⁰ Quanto alla complessa architettura organizzativa, sociale ed della famiglia, proiettata verso l'armonia, si vedano M. GORÉ – A. ZHENG, *Le Droit Chinois*, Paris, Que sais-je?, 2022, 8-11; L. ZHANG, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective* cit., 897-898, in cui l'A. osserva che prima dell'ascesa del comunismo la società cinese era organizzata in un sistema assimilabile a quello delle *gens* romane ed al di sopra di colui che era a capo della singola *gens* vi era il 'mandarino', che in veste di funzionario politico di nomina imperiale era la figura più alta della scala sociale; su tali aspetti v. altresì V. VARANO-V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 521.

⁶¹ L. ZHANG, *The codification of civil law in China: history, current situation and prospective* cit., 898. L'A. osserva che il valore dell'individuo e lo sviluppo dell'individualismo costituiscono (dal punto di vista etico e sociale) ciò che sta alla base della *civil law* quale erede dell'esperienza del diritto romano.

⁶² M.H. HURLOCK, *Social Harmony and Individual Rights in China*, in *Colum. L. Rev.*, XCI-II, 1993, 1337, richiamando le riflessioni di tre autori, mette in luce la differenza tra la prospettiva occidentale e quella cinese circa il rapporto tra individuo e collettività, ed osserva che «[a]s Dutton, Stephens and Hsu show, there is a broad divergence between Chinese and Western concepts of the individual subject and subject's relation to the state. Western concepts begin with the eigh-

posizione dell'individuo che in occidente aveva assunto un ruolo preminente durante l'illuminismo e la Rivoluzione francese, mentre in Cina esso rilevava solo in quanto parte di un gruppo, in primo luogo come membro della famiglia, in senso più ampio, come appartenente all'impero cinese»⁶³.

Il rapporto, ed il confronto culturale, col mondo occidentale fu intenso anche perché dopo la guerra dell'oppio, in cui ebbero la meglio proprio le potenze occidentali, si ebbe una ampia diffusione in Cina di opere che nel campo politico, scientifico, culturale ed economico erano particolarmente «Western-influenced»⁶⁴.

A ciò si aggiunga che, viste le concessioni e il depauperamento di spazi di giurisdizione derivanti dalle condizioni che i paesi occidentali imposero alla Cina ad esito della guerra, essa avvertì «l'esigenza di sottrarsi a questa privazione della giurisdizione, dandosi una legislazione e un ordinamento tali da essere 'accettati'»⁶⁵. Da qui sorse l'esigenza, anzitutto, di conoscere l'«altro» con la conseguenza pratica di doverne studiare l'esperienza giuridica e di compararla con quella della Cina⁶⁶.

Col tempo però, nonostante l'apertura verso percorsi di riforma e rinnovamento che erano stati avviati per stare al passo con la concorrenza delle potenze occidentali e per evitare una condizione di vulnerabilità nei confronti di queste, l'impero cinese, sotto i colpi dei tempi, dei cambiamenti e della storia, stava giungendo al tramonto e con l'abdicazione della dinastia Qing nel 1911 si apriva la stagione della Repubblica⁶⁷.

teenth-century rational individual who creates government to preserve his or her rights. The Chinese view begins with the social collective and finds the individual's identity and interests inseparable from it». Sulle differenze tra le due tradizioni e sul loro incontro e rapporto v. anche S. RUSSO, *Libertés, droits de la personnalité et technologies, Le paradoxe chinois à la lumière du Code civil*, in *Cahiers Droit, Science & Technologies*, XIV, 2022, 135-136.

⁶³ V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 521.

⁶⁴ L. ZHANG, *Comparative Law in China*, in *New Frontiers of Comparative Law*, (a cura di) I.C. TONG – S. MANCUSO, Hong Kong, LexisNexis, 2013, 90.

⁶⁵ S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina*, in *XXI Secolo, Enc. Treccani*, 2009, reperibile al link: https://www.treccani.it/enciclopedia/diritto-romano-in-cina_%28XXI-Secolo%29/.

⁶⁶ Sul tema v. L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90.

⁶⁷ Sul percorso di rinnovamento del patrimonio giuridico attraverso il contatto con l'Occidente avviato sotto la dinastia Quing v. L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90-92. Inoltre, circa questa apertura verso l'Occidente ed il successivo passaggio dall'Impero alla Repubblica v. K. ZWEIGERT-H. KÖTZ, *Introduzione al Diritto Comparato* cit., 366; V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente*, 157. Come evidenzia S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, a cura di L. FORMICHELLA – G. TERRACINA-E. TOTI, Torino, Giappichelli, 2005, 59 ss., «L'orientamento ad inserirsi nel sistema romanista, che maturò in Cina in quegli anni, trovava le sue cause prossime in tre fattori: a) nell'esempio costituito dal vicino Giappone che aveva recepito il sistema giuridico romanista a partire dal 1869, ed aveva realizzato il Codice civile entrato in vigore nel 1898; b) nel grande valore e nel prestigio della scienza giuridica tedesca, la cui diffusione si era rafforzata anche in tale area per la predetta rece-

L'apertura verso l'Occidente che caratterizzò tale fase della storia cinese portò ad una intensa attività normativa ispirata all'esempio europeo che, nell'ottica della modernizzazione, tendevano a superare gran parte della tradizione giuridica di matrice confuciana⁶⁸. In questo contesto venne riconosciuto ampio spazio al diritto comparato come via attraverso la quale rinnovare il quadro giuridico cinese con la lente dell'esperienza occidentale in diversi ambiti⁶⁹.

Tale percorso di comparazione con l'Occidente europeo e statunitense e di importazione di istituti giuridici e concetti s'interruppe però allorché nel 1949 con la fondazione della Repubblica Popolare Cinese si decretò il superamento e l'abbandono del precedente sistema giuridico dalle fattezze capitalistiche e occidentali con l'obiettivo di realizzare il comunismo in Cina⁷⁰. Chiaramente anche la comparazione giuridica – focalizzata da quel momento sull'Unione Sovietica – ebbe per lungo tempo un graduale assopimento⁷¹.

Il Partito Comunista che da quel momento governò il paese riconosceva il ruolo di guida alla classe dei lavoratori, mirava alla primazia produttiva dell'impresa statale e cooperativa ed alla prevalenza dell'interesse generale sull'attività economica complessiva. Abrogando, inoltre, il tessuto normativo precedente apriva la strada all'ordinamento popolare, nel quale per disciplinare la vita pubblica bastava quanto fosse deciso dal Partito per poi essere attuato dalla sottostante scala gerarchica⁷². In particolare, «[l]a dottrina politica veniva ad occupare il rango di un ordine sociale (informale, non scritto) che la volontà dell'uomo non deve mutare, e che è a monte di ogni altro diritto. La volontà del partito veniva

zione; c) più in generale in quella cultura giuridica fondata sulla combinazione della interpretazione sistematica e della comparazione legislativa elaborata prevalentemente sui codici (di particolare significato continuava ad essere il Codice civile francese, a cui si aggiungevano, in questi decenni in Europa, i recenti ZGB svizzero del 1911, Progetto italo-francese di codice delle obbligazioni e dei contratti)». In questo senso si arriverà alla predisposizione di un progetto di codice civile modellato su quello tedesco completato nell'estate del 1911 composto da cinque libri e trentasei capitoli a cura della commissione per la codificazione. Questo, pur non essendo mai entrato in vigore, «esercitò una influenza determinante nella formazione del diritto cinese del XX secolo grazie alla giurisprudenza della Corte Suprema di Pechino, che negli anni 1912-1928 applicò ufficiosamente regole ricavate dal primo progetto cinese di codice civile sotto la denominazione di 'principi generali' (come fonte postergata alla legge e alla consuetudine)», così G. CRESPI REGHIZZI, *Il periodo nazionalista nella storia del diritto cinese*, in *Quaderni Fiorentini*, 15, 1986, 574, nt.17.

⁶⁸ D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways*, in *Tsinghua China L. Rev.*, XIII, 2020, 152.

⁶⁹ L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 93.

⁷⁰ D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 153.

⁷¹ L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 97. Viene, inoltre, messo in luce dall'A. che successivamente «[i]n 1978 China began to reform its economy and adopted an open policy. Comparative legal studies were revived».

⁷² V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente* cit., 157; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 375-376.

ad occupare il rango di un diritto scritto, positivo, ideologico, applicato con grande latitudine di discrezionalità dai funzionari dello stesso partito. Alla base della società poteva perpetuarsi, fino a mutamento dei costumi, la tradizione popolare autogestita, più o meno intaccata dal contatto con gli europei»⁷³.

Tempo dopo l'avvio della Repubblica Popolare Cinese, nel 1966, Mao Tse-Tung, avviò la 'Rivoluzione Culturale' che si opponeva fermamente, sia dal punto di vista politico che culturale, nei confronti dell'Occidente ma anche – ritenendo che fosse di intralcio alla realizzazione del Comunismo⁷⁴ – contro il Confucianesimo⁷⁵. Tuttavia, tale tentativo di rimuovere una filosofia così saldamente radicata si rivelò vano ed il Confucianesimo continuò ad essere praticato con naturalezza (anche durante la rivoluzione culturale) dalla gente comune⁷⁶. La paralisi giuridica che essa causò al sistema socialista durò fino a che, nel 1978, dopo un consistente silenzio legislativo, non si avviò una nuova fase di riforma ed apertura⁷⁷.

Dopo l'arresto, nel 1976, delle quattro principali figure della rivoluzione comunista, il comando passa, nel 1979, a Deng Xiaoping, il quale ribadendo la dottrina politica socialista, la centralità del potere e del partito comunista ed il collettivismo in economia, frena l'ideologia rivoluzionaria e la lotta di classe. A ciò si aggiunge che, avendo preso atto del fallimento economico causato dell'esperienza politica svolta fino ad allora, l'orientamento del nuovo vertice fu quello di rinnovare, modernizzando, l'economia, la difesa così come la scienza e la tecnologia⁷⁸. Fu in tale fase che il percorso riformatore condusse, in economia, verso lo sviluppo di un approccio maggiormente aperto al mercato ma mantenendo le caratteristiche proprie di una Cina socialista mentre, dal punto di vista giuri-

⁷³ Così A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 376.

⁷⁴ L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 317.

⁷⁵ A. GAMBARO-R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 377-378.

⁷⁶ L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: A 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 318.

⁷⁷ D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 153.

⁷⁸ V. CARRIERO, *Brevi note su origini e fini del diritto in estremo oriente* cit., 157 ss.; A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 378.

dico, verso una valorizzazione della *rule of law*⁷⁹, anch'essa, potremmo dire, con caratteristiche cinesi⁸⁰.

Il desiderio di modernizzazione e rinnovamento, inoltre, emerge anche dalla costituzione del 1982⁸¹ che conferma le nuove prospettive assunte dal vertice politico e dalla successiva ed intensa attività del legislatore⁸². In questo quadro giuridico che si arricchisce di certo non si può non menzionare – giungendo così a tempi più recenti – il traguardo della codificazione. Difatti, il Codice civile cinese, che è stato adottato il 28 maggio del 2020, rappresenta il risultato di un percorso che, con l'alternanza di battute d'arresto ed avanzamenti, si snoda lungo tutta la storia del Paese⁸³.

4. *Il contatto tra i due mondi: scontro e incontro*

Il lungo percorso storico e giuridico cui si è fatto cenno ha costituito l'occasione per un ripetuto contatto tra l'Occidente e la Cina. Tale contatto, però, ha avuto diverse declinazioni, assumendo ora i toni dello scontro, ora quelli di un incontro che ha offerto l'occasione per indagare e conoscere l'altra cultura.

Difatti, come già anticipato, nel momento del contatto-scontro, ossia ai tempi della colonizzazione delle potenze occidentali in Oriente, sembrò agli occhi della Cina che la scelta più strategica potesse essere quella di aprirsi all'esperienza giuridica occidentale affinché, con un rinnovamento giuridico a questo ispira-

⁷⁹ D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 154. Da ultimo, sia sull'iter inverso rispetto alla dinamica occidentale novecentesca che vede le costituzioni nascere dopo i codici sia sul ruolo del codice civile quale «strumento per riconoscere nuovi diritti, in attuazione appunto della *rule of law*, pur sempre nell'ambito di un ordinamento giuridico socialista», si veda O. DILIBERTO, *La via della seta e le vie del diritto*, in O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI (a cura di), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Seconda edizione aggiornata con indice analitico, Torino, Giappichelli, 2023, LV ss. e in Atti del Convegno 'Il codice civile cinese: bilancio e prospettive', 2023, a cura di O. DILIBERTO-D. DURSI-H. MEILING, (in corso di stampa).

⁸⁰ L. ZHANG, *Confucianism, Communism and Democracy: a 'Triangular' Struggle in China-Reflections on Italy's Historical Experience with Cultural Reform* cit., 319.

⁸¹ R. CAVALIERI, *La revisione della Costituzione della Repubblica Popolare Cinese e l'istituzionalizzazione del 'socialismo dalle caratteristiche cinesi per una nuova era'*, in *DPCE on line*, I, 2018, 307-310. L'A. analizza, in particolare, l'articolato intervento di modifica della Costituzione del 1982, maggiormente pervasivo, peraltro, rispetto alle modifiche precedenti.

⁸² A. GAMBARO – R. SACCO, *Sistemi Giuridici Comparati* cit., 379.

⁸³ Per la prima traduzione italiana del Codice civile cinese, cfr. O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI (a cura di), *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Pisa, Pacini Editore, 2021 e, recentemente, *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, Seconda edizione aggiornata con indice analitico, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI Torino, Giappichelli, 2023.

to, potesse essere «accettata» con maggiore facilità nei rapporti con le grandi ed ingombranti potenze straniere⁸⁴.

In particolare, nel sentiero storico-giuridico che conduce verso la codificazione, si suole vedere nella data del 6 aprile 1902 il «primo fermo proposito di rinnovamento e di consenso alla ricezione di modelli stranieri»⁸⁵. Difatti, con il Decreto di quel giorno di inizio secolo l'Impero, retto all'epoca dalla dinastia *Qing*, si avvaleva di una commissione che avviasse l'opera di codificazione del diritto penale e, in un secondo momento, del diritto civile, al fine così di «inserire la Cina nel processo di ammodernamento che agli inizi del secolo aveva coinvolto il mondo intero in tutti i campi e spiccatamente in quello giuridico»⁸⁶. Per mezzo del medesimo atto normativo, inoltre, il giurista e storico del diritto Shen Jiaben ed il funzionario Wu Tingfang, venivano inviati a studiare le leggi dei Paesi stranieri per svolgere una comparazione tra i diversi sistemi⁸⁷.

Non stupisce, infatti, l'attenzione rivolta da Jiaben Shen alla ricerca e allo studio comparatistico, animato dall'idea per cui il passato potesse essere utile al presente e che l'esperienza straniera potesse esserlo per la Cina. In tale prospettiva, inoltre, osservando egli l'empirismo della cultura orientale e la razionalità della scienza occidentale, considerava che fosse di particolare rilievo l'incontro ed il confronto tra le due mentalità, giacché lo studio all'insegna di una sola di queste – riteneva – fornisce una visione solo parziale della realtà⁸⁸.

Guardando verso l'Occidente, il panorama giuridico che si delineava a quel tempo mostrava, nell'area romanistica, un notevole rilievo scientifico riconosciuto all'opera di codificazione sia francese che tedesca; veniva inoltre in evidenza l'uso che il vicino Giappone aveva fatto dell'esperienza occidentale; ed infine, ampliando ulteriormente la prospettiva, occorre considerare che la «scienza giuridica fon-

⁸⁴ S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina* cit.; per questo aspetto v. anche M. TIMOTEO, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea*, in *Diritti Comparati*, III, 2022, 654, ove l'A. osserva come l'attenzione rivolta verso l'esperienza giuridica occidentale ebbe come stimolo iniziale (per quel lungo percorso che poi ha condotto, in un contesto chiaramente differente, alla recente codificazione) proprio il proposito di «potersi emancipare dalla posizione di dipendenza in cui l'avevano collocata i Trattati ineguali imposti al Paese dalle grandi potenze».

⁸⁵ Così E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra legge e dottrina*, in *L'Unità del Diritto*, XXIV, Roma, Roma Tre Press, 2020, 13.

⁸⁶ E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico* cit., 13.

⁸⁷ Sia consentito rinviare ancora a G. SCARCHILLO, *Storia ed evoluzione del modello orientale di risoluzione delle controversie. L'arbitrato commerciale in Cina* cit. 249 ove a nota 29 è riportato il testo di questa disposizione: «I contrasti nelle negoziazioni commerciali in corso presentano problemi sempre più numerosi. Invitiamo Shen Jiaben e Wu Tingfang affinché, in base alla natura delle negoziazioni, esaminino le leggi dei Paesi stranieri, ricerchino e studino con cura tutte le leggi ed i regolamenti adatti ad essere presi in considerazione e che essendo accettate sia da parte dei cinesi che da parte straniera possano regolare i contrasti in maniera più agevole. Noi ordiniamo».

⁸⁸ L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 91. L'A. richiama il pensiero di Jiaben Shen e riporta tale massima: «without rationality, the empiricist can not understand the nature of the thing and without the experience of the practice, the scholastics can not prove the natural rules».

data sulla preventiva elaborazione di fattispecie e delle loro conseguenze, sull'elaborazione dogmatica e sistematica, e su principi rapportati agli uomini, poneva a disposizione un metodo scientifico universalisticamente aperto che, da un lato, costituiva un ponte verso gli altri Paesi, d'altro lato, era capace di articolarsi per includere nuovi apporti»⁸⁹. Difatti, i testi dell'Occidente che venivano tradotti in lingua cinese⁹⁰ richiamavano il fondamento romano del diritto internazionale e dei diritti positivi. In ragione di ciò, quindi, tali «caratteri generali e riflessioni sul sistema giuridico romanistico portarono la Cina a orientarsi verso di esso e ad ampliare l'attenzione delle sue concretizzazioni moderne al suo *principium*, in consonanza con atteggiamenti emergenti nella cultura cinese di quel periodo»⁹¹.

Emerge, dunque, un consapevole mutamento di prospettiva, per il quale se in principio l'attenzione rivolta verso la cultura giuridica occidentale era motivata dall'esigenza di tutela della sovranità nazionale si iniziò a discutere circa l'opportunità di modernizzare il paese senza sforzarsi di preservare una propria autosufficienza. In tale scenario l'indagine sulle ragioni del successo occidentale, così come del Giappone, si concentrò non sulla capacità tecnica quanto «sul sistema giuridico-istituzionale, di cui il sistema del diritto romano era indicato e assunto come il fondamento»⁹².

Alla luce di queste considerazioni non stupisce che, ad esito di tale contatto tra le due culture, nel periodo 1907 – 1911, il primo progetto di codificazione che vide la luce traendo ispirazione dall'esempio nippo-tedesco attingeva proprio – chiaramente tramite la lente e la rielaborazione della pandettistica tedesca – al diritto romano. Pare opportuno altresì osservare che nell'avviare questo percorso di modernizzazione e, dunque, di codificazione ad esito del contatto con l'Occidente, sembrò più opportuno rivolgersi ai sistemi di *civil law* piuttosto che a quelli di *common law* poiché i primi consentivano una più agevole opera di trapianto. Tale approccio, tipicamente pragmatico, portò i cinesi a valorizzare lo studio del diritto romano⁹³. Difatti, come ebbe ad osservare più tardi Roscoe Pound, «La Cina ha codici eccellenti [...] Il Codice civile cinese è, nella sua essenza, il culmine di un'epoca di continui sviluppi che sono derivati dall'insegnamento del diritto

⁸⁹ Per queste analisi ed il testo citato v. S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina* cit.

⁹⁰ L'A. richiama in particolare H. WHEATON, *Elements of international law*, 1936 (trad. cin. 1864). La traduzione del primo testo di diritto straniero in Cina è opera, in particolare, di William A.P. Martin (1827-1916), v. L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90.

⁹¹ Così S. SCHIPANI, *Diritto romano in Cina* cit.

⁹² ID. Su questo aspetto si veda anche L. ZHANG, *Comparative Law in China* cit., 90, ove l'A. osserva che «the Chinese realised that the prosperity of the West was not only based on its military power, but also on its advanced political and legal system. As a result, the Chinese began to recognise the importance of the study of foreign laws; and their comparison with Chinese law».

⁹³ E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra legge e dottrina* cit., 14 ss. L'A. riporta le riflessioni svolte da XUE JUN, *La polemica sulla codificazione del diritto civile cinese*, reperibile al link: <<http://www.romanlaw.cn/sub2-35.htm>>.

to romano sulla base della codificazione di Giustiniano nelle Università italiane del dodicesimo secolo. [...] E' una forte testimonianza della permanente vitalità della tradizione giuridica romana che lo sviluppo giuridico dell'Estremo Oriente segua le impronte del moderno diritto romano piuttosto che del diritto inglese o angloamericano. Invero, il diritto romano moderno, fortemente sistematico, con la sua abbondante dottrina scientifica, è molto più adatto a Paesi che devono passare rapidamente da un corpo di tradizioni e consuetudini etiche e da un controllo sociale indifferenziato a un corpo di diritto moderno che non il diritto inglese ed angloamericano relativamente non sistematico»⁹⁴.

Tale contatto col mondo occidentale e, più precisamente, col patrimonio giuridico romano – occorre ricordarlo – non fu tuttavia lineare e costante. Occorreranno, infatti, molti decenni per giungere al traguardo corrente della codificazione. Di mezzo si pongono mutamenti e stravolgimenti di notevole peso storico e culturale che molto hanno inciso sul rapporto con l'altro e con l'esperienza occidentale, sul ruolo del giurista, e, financo, sul ruolo del diritto stesso⁹⁵.

Ciò che però merita di essere osservato nell'ambito di tale contatto attiene ad un preciso aspetto che pare essere particolarmente rilevante ai fini delle presenti riflessioni: il ruolo dell'individuo e, successivamente, degli spazi di libertà.

L'elemento che infatti non venne acquisito dal contesto occidentale quale figlio dell'esperienza giuridica romana ed imbevuto delle moderne concezioni ed impianti valoriali è il ruolo da questo riconosciuto all'individuo che nel mondo cinese ha, invece, assunto da sempre una posizione marginale, sia in epoca imperiale che nell'era comunista. Mentre quindi i singoli e le relazioni che essi intrecciano sono stati di grande rilievo per la formazione ed articolazione del diritto romano⁹⁶, la diversa prospettiva di cui è portatore sia il pensiero confuciano che

⁹⁴ Così R. POUND, *Roman Law in China*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, Milano 1954, 441 ss.

⁹⁵ Per una accurata analisi degli sviluppi storico-giuridici della Cina, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit. Giova, inoltre, richiamare anche la scansione temporale degli eventi che si trae in E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra legge e dottrina* cit., 18 ss., infatti, per tentare di schematizzare i grandi blocchi temporali di maggior rilievo all'interno della fitta selva di eventi, spesso fatta di rovi spinosi, si possono rammentare, dopo la nascita della Repubblica Popolare nel 1949, il periodo di edificazione di un ordinamento ispirato all'Unione Sovietica (1949-1957); la fase connotata dal 'nichilismo giuridico' (1958-1977); e quella della 'politica della porta aperta' (1978-2010).

⁹⁶ Per delle accurate analisi sul posto occupato dall'individuo e sui suoi rapporti giuridici nel diritto privato romano v. M. BRUTTI, *Il Diritto Privato nell'Antica Roma*, Torino, Giappichelli, 2011, 93 ss. Sul tema si vedano anche le riflessioni di L. ZHANG, *The codification of civil law in China: history, current situation and perspective* cit. 898 ove, in riferimento al contesto sociale e giuridico della Cina imperiale, richiama il mancato sviluppo dello spazio dell'individuo che invece è centrale per il diritto civile di origini romane, precisando, però, (v. nota 11) che oltre al rilevante ruolo dell'individuo il diritto romano ritiene comunque importante, e tutela, l'interesse collettivo. Sul tema giova il richiamo a F. DE MARTINO, *Individualismo e diritto romano privato*, Torino, Giappichelli, 1999, 51 ove si osserva che i tratti di individualismo che possono scorgersi nel diritto roma-

quello comunista non consentiva che dal contatto con l'Occidente di ascendenza romana penetrasse anche quel particolare rilievo del singolo.

Osserva al riguardo Patrick Glenn come nell'orizzonte confuciano si colloca proprio la primazia delle comunità e delle relazioni ed è proprio nell'ottica della prosecuzione e della prosperità di queste che trovano spazio il ruolo e le aspirazioni del singolo, il quale, in quanto pienamente parte della realtà, non viene escluso da tale approccio quanto, piuttosto, viene travolto da esso⁹⁷. La posizione dell'individuo rimane poi al margine – e sostanzialmente scompare nelle fasi di maggiore torsione totalitaria⁹⁸ – anche dell'orizzonte comunista, che a fronte di un approccio originario fortemente critico rispetto all'ottica individualistica dei diritti, ha aperto in tempi più recenti – in particolare con i Principi Generali del Diritto Civile – ad una concezione di diritti, anche individualmente definiti, intesi non come preesistenti alla società bensì come derivanti da essa⁹⁹.

Difatti, nei Principi Generali del Diritto Civile (figli di un'epoca di cambiamento¹⁰⁰ e che hanno preceduto il recentissimo Codice civile) è stato dato uno 'spazio codicistico' ai diritti, costituendo ciò una prima manifestazione del valore concordemente riconosciuto al diritto romano, come emerge dal pensiero di Jiang Ping secondo il quale: «L'idea dei diritti deriva dal diritto romano. Essa è l'essenza del diritto civile»¹⁰¹. In base all'articolo 5, in particolare, «I diritti e gli interessi civili legittimi dei cittadini e delle persone giuridiche sono protetti dalla legge; nessuna organizzazione od individuo può violarli»¹⁰².

no vanno comunque a connettersi con l'interesse comune che ha contribuito alla grandezza del destino romano. L'A., inoltre, – riferendosi alla codificazione francese – mette in luce come l'attingere alla cultura giuridica romana avveniva attraverso la lente interpretativa propria dell'orizzonte valoriale dell'epoca dei compilatori, figlia di un contesto sociale ed economico certamente differente rispetto a quello in cui certi principi e norme vennero elaborati, ivi, XVIII-XX.

⁹⁷ H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World, sustainable diversity in law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 336.

⁹⁸ Per delle puntuali analisi v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 147 ss.

⁹⁹ H. P. GLENN, *Legal Traditions of the World, sustainable diversity in law* cit., 354 ss.

¹⁰⁰ Si consideri, infatti, che tali Principi si collocavano nel solco di quella politica che intendeva «aprire la porta» ai diritti occidentali e all'economia occidentale dopo la morte di Mao Zedong al fine di perseguire la modernizzazione giuridica del paese, nell'attesa dell'approvazione di un più completo Codice civile». Così V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale* cit., 535. I Principi Generali del Diritto Civile hanno rappresentato, dunque, un passaggio importante di questa epoca di costante evoluzione e di rapidi mutamenti, costituendo un punto di riferimento per quel percorso normativo che è andato progressivamente a strutturare le fattezze del diritto privato cinese prima che si raggiungesse il traguardo della recente codificazione. Su tali aspetti, v. L. CHEN, *Continuity and change: some reflections on the Chinese Civil Code*, in *APLR*, 2021, XXIX, 291.

¹⁰¹ JIANG PING, *Il diritto romano nella repubblica popolare cinese*, in *Diritto Cinese e sistema giuridico romanistico. Contributi*, a cura di L. FORMICHELLA – G. TERRACINA – E. TOTI cit., 6.

¹⁰² Per queste analisi che richiamano il pensiero di Jiang Ping che si pone nel solco di grandi dibattiti dei giuristi cinesi v. E. TOTI, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico, tra*

Ampliando però l'angolo visuale, si riesce a cogliere il quadro ideale in cui tale disposizione è collocata, facendo riflettere la mentalità che ne determina poi l'effettiva declinazione pratica.

Difatti, l'articolo successivo, prevede che le attività civili devono essere conformi al diritto, ma, in assenza di previsioni normative sul punto, interviene la politica dello Stato, *rectius*, interviene «la politica del partito come fonte sussidiaria del diritto civile»¹⁰³. In generale, si assiste ad un'ambivalenza per cui, se da un lato si è attinto all'esperienza giuridica europea aprendo così ad istituti civilistici di origine 'borghese', concedendo tutela alle libertà personali (si veda la libera iniziativa economica) e alla proprietà privata (ad eccezione di quella sul suolo), nonché importando elaborazioni dogmatiche di matrice romano-germanica¹⁰⁴, dall'altro lato, tuttavia, si è registrato «il permanere, in talune aree, dello stile legislativo tradizionale, flessibile e fortemente dirigistico, che si esprime soprattutto in un diffuso utilizzo di clausole generali quali l'interesse pubblico, l'ordine economico sociale o la politica dello stato, nonché in diversi richiami alle finalità politiche e sociali del diritto civile e in un'immutata enfasi sulla proprietà pubblica e sul momento amministrativo»¹⁰⁵.

I diritti e gli spazi di libertà che in passato hanno subito pesanti costrizioni, progressive limitazioni¹⁰⁶, fino a giungere ad una totale revoca¹⁰⁷, hanno quindi in tempi più recenti riacquisito gradualmente uno spazio, fino ad arrivare al Codice civile entrato in vigore il 1° gennaio 2021. Un Codice che, oltre a mostrare le contaminazioni figlie dell'incontro con l'esperienza giuridica occidentale – di matrice romanistica¹⁰⁸ ma anche di *common law*¹⁰⁹ – riflette l'impianto ideologico e valoriale del socialismo cinese che si propone espressamente di promuovere e sviluppare¹¹⁰.

legge e dottrina cit., 33. Viene, inoltre, richiamato (Ivi, nota 51), per la versione italiana dei *Principi generali del diritto cinese*, R. BERTINELLI, *Verso lo Stato di diritto in Cina*, Milano, 1989.

¹⁰³ R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 186.

¹⁰⁴ Vengono, in particolare, richiamate ID., 185 – con la corrispondente trasposizione linguistica – le concettualizzazioni «del negozio giuridico (*falü xingwei*), della personalità giuridica (*farren*) e della rappresentanza (*daili*)».

¹⁰⁵ Per queste analisi e per il testo citato, ID., 185 ss.

¹⁰⁶ Per un'accurata panoramica storica e giuridica sulla Cina maoista, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 132 ss.

¹⁰⁷ R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 153.

¹⁰⁸ Per alcune preziose riflessioni sul rapporto tra diritto romano e Codice civile cinese v. S. SCHIPANI, *Via dei Codici civili e Codice civile cinese*, in questa rivista, 41, 2020, 186 ss.

¹⁰⁹ Per delle approfondite analisi sul Codice civile cinese v. D. XU, *Il modello cinese di codificazione civile*, in *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI cit., V-XX.

¹¹⁰ D. T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 158 ss. Inoltre, sembra significativo richiamare il testo dell'art. 1 (che apre il Titolo I 'Delle regole generali' del Libro I 'Delle disposizioni generali'): «Il presente Codice è emanato in conformità con la Costituzione allo scopo di tutelare i diritti e gli interessi legittimi dei

Essi, infine, vengono pur sempre concepiti nel solco di una peculiare declinazione del rapporto singolo-comunità e si collocano, peraltro, in una cornice costituzionale che riflette la primazia del secondo elemento rispetto al primo.

Ciò, in particolare, è emerso nei tempi correnti, i tempi della grande pandemia, i tempi dell'emergenza.

5. *L'emergenza sanitaria in Cina*

Quando con una inarrestabile progressione si è diffuso il contagio di Covid-19 si è inevitabilmente generato uno sconvolgimento delle comunità che in rapida successione sono state colpite.

Al fine di fronteggiare l'emergenza, la reazione che le varie realtà nazionali hanno avuto riflette il proprio retroterra culturale e giuridico. Il modo di porsi rispetto alla crisi sanitaria e di affrontarla risente chiaramente di una specifica 'path dependency'.

Nel caso della Cina, in particolare, le modalità di intervento e le misure adottare si collocano in una certa consonanza con l'approccio ai diritti tratteggiato poc'anzi. Tale quadro, infatti, si chiarisce ulteriormente se si considera l'orizzonte costituzionale in cui i diritti e le libertà si collocano.

Occorre osservare che l'anello di congiunzione tra reazione all'emergenza, da un lato, e diritti e libertà, dall'altro, è rappresentato dall'art. 51 della Costituzione del 1982, il quale ha costituito quindi la base giuridica delle misure poste in essere dalle autorità cinesi¹¹¹. In base alla norma, infatti, «Nel realizzare le proprie libertà e i propri diritti, i cittadini della Rpc non devono nuocere agli interessi statali, sociali e collettivi, né ai legittimi interessi o alla libertà di altri cittadini», facendo comprendere da ciò l'apprensione del testo costituzionale per una

soggetti di diritto, regolare i rapporti giuridici, mantenere l'ordine sociale ed economico, soddisfare le esigenze di sviluppo del socialismo con caratteristiche cinesi e sviluppare i valori fondamentali del socialismo». Per il testo dell'articolo tradotto in lingua italiana v. *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI, traduzione di M. HUANG, introduzione di D. XU cit. Inoltre, per delle analisi sul Codice civile cinese v. anche R. CABRILLAC, *Le Code civil chinois*, in *Recueil Dalloz 2020*, 2020, 1375 ss. Rispetto all'intelaiatura ideale e valoriale un cui si inserisce il codice e il suo obiettivo di disciplinare i rapporti tra i privati, tutelarne diritti, collocando il tutto nel quadro del socialismo cinese v. S. RUSSO, *Libertés, droits de la personnalité et technologies, Le paradoxe chinois à la lumière du Code civil* cit., 139. Infine, mette in luce M. TIMOTEO, *Il codice civile cinese: un punto dentro una linea* cit., 670-671, come nel corso del lungo itinerario che ha portato alla codificazione, la Cina sia passata da un approccio di 'passiva accettazione dei modelli stranieri' ad una maggiore consapevolezza delle peculiarità che connotano il proprio sistema giuridico e che intende valorizzare. Per tali aspetti v. anche EAD, *Il nuovo Codice civile cinese: prime riflessioni*, in questa Rivista, 41, 2020, 233 ss.; EAD, *La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali*, in questa Rivista, 39, 2018, 245 ss.

¹¹¹ M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative*, in *DPCE online*, II, 2020, 2049 ss.

convergenza degli interessi del singolo con quelli della sfera pubblica. Ciò che, in particolare, viene registrato – nonostante l'enumerazione costituzionale dei diritti e delle libertà e al di là della loro effettività – è che «l'equilibrio tra diritti soggettivi e interessi pubblici è visibilmente sbilanciato a favore di questi ultimi»¹¹².

Tale dinamica, per la quale il godimento di libertà e diritti è condizionato all'interesse pubblico nazionale, riflette, anche alla luce delle considerazioni svolte nelle righe precedenti, la preminenza della dimensione collettiva su quella individuale, della società rispetto al singolo, coerentemente con le concezioni confuciane, con la visione socialista sia del diritto che dello Stato e con il patrimonio valoriale asiatico¹¹³.

Tale norma, peculiare di un sistema socialista come la Cina e che, peraltro, era prevista anche in Unione Sovietica¹¹⁴, permette di evidenziare una rilevante differenza con l'esperienza giuridica occidentale. Nelle c.d. democrazie liberali, infatti, nell'ordine genetico si collocano prima i diritti e poi lo Stato, giacché essi gli preesistono, non vengono dallo Stato concessi ma è suo compito riconoscerli e quindi tutelarli. Diversamente, invece, nei regimi cui appartiene la Cina, lo Stato ha la precedenza rispetto ai diritti il cui esercizio dipende dallo Stato che, legittimamente, li concede e ne permette tanto il godimento quanto l'eventuale limitazione o revoca¹¹⁵.

Si può così comprendere come le misure d'emergenza abbiano trovato un terreno a loro consono per incidere agevolmente sulla vita della collettività, venendo queste calate in una specificità culturale e giuridica certamente meno restia – in confronto a quella dell'Occidente – rispetto all'adozione (e alla modalità concreta di adozione) di misure per loro natura invasive dello spazio di libertà degli individui. A ciò si aggiunga altresì l'orientamento espresso nei casi guida dalla Suprema Corte cinese da cui emerge la concezione per cui il ruolo delle corti

¹¹² Per queste analisi ed il testo citato, v. R. CAVALIERI, *La legge e il rito, lineamenti di storia del diritto cinese* cit., 173-174.

¹¹³ M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2049-2050. Sul punto l'A. richiama le analisi di P. PISICCHIO, *Valori confuciani, istituzioni e l'impatto con la pandemia nell'Estremo Oriente*, reperibile al link: <<https://www.comparativecovidlaw.it/asia/>>. Inoltre, descrivendo la reazione al Covid, viene osservato da G. MESSETTI, *La Cina è già qui*, Milano, Mondadori, 2022, 48 che la Cina «non ha mai smesso di essere confuciana. I valori del rispetto della gerarchia e degli anziani, la maggiore importanza data alla società nel suo insieme piuttosto che al singolo individuo, l'accettazione del proprio ruolo sono, da oltre due millenni, l'impalcatura della società cinese, nonostante i grandi cambiamenti che il Paese ha attraversato. L'identità dell'individuo ancora oggi dipende dalle continue relazioni con il gruppo di appartenenza, e il comportamento di un singolo è valutato a seconda di quanto è utile a migliorare l'armonia della società nel suo complesso».

¹¹⁴ Si tratta, nello specifico, dell'art. 39, comma 2, della Costituzione federale dell'anno 1977 che coincide grandemente con il contenuto del richiamato articolo della Costituzione cinese. M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2050.

¹¹⁵ M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2050.

nel fronteggiare l'emergenza sanitaria non è solamente quello di garantire i diritti individuali ma anche di fare in modo che la tutela di tali diritti non vada a causare effetti dannosi alla comunità. Accanto al sostegno delle posizioni individuali, quindi, si esprime, allo stesso tempo, una notevole e pragmatica apprensione per l'impatto sociale delle pronunce¹¹⁶.

Si consideri, per osservare dei casi specifici concernenti la vita dei privati, la 'libertà' di circolazione. Difatti, come osservato, al ricorrere delle circostanze descritte all'art. 51, la Costituzione consente di realizzare delle limitazioni ai diritti e libertà. In Cina, però, non esisteva, già da prima dell'emergenza, una vera libertà di circolazione che il Covid è andato a mortificare. Così come peraltro non esisteva ai tempi dell'Impero o come non esisteva neanche nella Russia sovietica, nella quale i cittadini afferivano a certe aree rurali o urbane dalle quali potevano spostarsi solo a fronte di un apposito permesso delle autorità dello Stato e registrato nel passaporto interno¹¹⁷. Pertanto, salva la possibilità di spostarsi all'interno della zona in cui si è registrati (rurale o urbana), in Cina vi erano già limitazioni agli spostamenti tra aree differenti, frenando così anche le migrazioni interne¹¹⁸.

A tale contesto, già improntato a limitazioni negli spostamenti, si è andata ad aggiungere l'adozione di misure restrittive implicanti l'impossibilità di uscire dalle proprie abitazioni e la sospensione di moltissime attività (come poi avverrà in varie misure altrove nel mondo), ma anche prevedendo severe sanzioni per quanti occultassero di aver contratto il virus o si muovessero dalle aree di confinamento rafforzato. Difatti, conformemente a quanto deciso dal Consiglio di Stato, poteva essere comminata una condanna a partire da dieci anni di reclusione e addirittura, in casi di particolare gravità, si poteva arrivare alla pena capitale¹¹⁹.

¹¹⁶ S. SEPPANEN, *Ideological Responses to the Coronavirus Pandemic: China and its Other*, in *U. Pa. Asian L. Rev.*, XXIV, 2020, 50 ss.

¹¹⁷ M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2051 ss., 2051 ss. Osserva, nello specifico, l'A., a nota 15. che «[l']art. 55 della Costituzione sovietica del 1977 prevedeva la libertà di domicilio, intesa però come inviolabilità ma non libera fissazione del medesimo. L'intento principale era prevenire l'urbanesimo (non diversamente nella Russia zarista [...])».

¹¹⁸ M. MAZZA, *Cina e Asia orientale di fronte alla sfida del Coronavirus*, in *DPCE online*, III, 2020, 4312.

¹¹⁹ M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2057 ss. Ciò, precisa l'A., era stato deciso dal Consiglio di Stato «con deliberazione del 15 febbraio 2020 (sulla scia delle linee guida adottate congiuntamente da Corte suprema popolare, Procura suprema popolare, ministero della Sicurezza pubblica e ministero della Giustizia il 10 febbraio 2020)», Ivi, 2057. In particolare, il primo caso registrato in Cina, nel quale si è eseguita una pena di morte per un reato collegato alla crisi sanitaria, risale al 9 luglio 2020 in forza di una sentenza della Corte popolare intermedia della Prefettura autonoma *hani e yi* di *Honghe* (Provincia di Yunnan) datata 1° marzo 2020 e che ha visto poi la conferma dell'Alta Corte Popolare della Provincia di Yunnan (il successivo 30 marzo). Nel caso di specie il soggetto, poi condannato, circolando in auto mentre vigeva il lockdown, tentò di sottrarsi ad un posto di blocco colpendo fatalmente con un fendente due agenti di polizia. Nella sentenza viene riportato il pentimento espresso dal condannato e la sua descrizione del proprio stato emotivo ai tempi del fatto, esprimendo il terrore che provava di fronte

Un altro aspetto che pare opportuno considerare è quello riguardante la *privacy* ed il suo conflittuale rapporto con l'emergenza. Anche su questo fronte è emersa la prevalenza dell'interesse pubblico su quello della riservatezza del singolo. Come noto, uno strumentario che ha visto un ampio utilizzo nel fronteggiare la sfida pandemica è certamente costituito dalle nuove ed avanzate tecnologie. Infatti, dall'inizio della pandemia il governo cinese ha provveduto alla predisposizione di una specifica applicazione che utilizza i dati immessi dagli utenti ed i *big data* attinenti alla diffusione del virus di cui dispongono le autorità sanitarie cinesi. In particolare, essa attribuisce a ciascun cittadino uno specifico colore (verde, giallo o rosso) a seconda del grado di 'pericolosità' di questo, determinato dallo stato di salute, consentendo o precludendo, di conseguenza, l'accesso alla dimensione pubblica¹²⁰. Le informazioni della applicazione sulle condizioni di salute (in particolare la temperatura) vanno aggiornate quotidianamente per mantenere la propria condizione di utente verde, la quale consente il più ampio livello di libertà di movimento e di godimento degli spazi pubblici. Laddove invece non si utilizzi l'applicazione si genera una sorta di 'presunzione di pericolosità sanitaria', per cui «il soggetto è considerato ipso facto e de iure, un 'codice rosso'»¹²¹.

Se in un contesto ordinario la Cina si caratterizzava già per una tipica prevalenza della dimensione pubblica su quella privata, con lo stato di emergenza – così come accade ed è accaduto, in diversi modi e con varie proporzioni, anche altrove nel corso del tempo – le prerogative del potere si sono notevolmente ampliate. Non stupisce dunque la forte vicinanza che viene registrata tra controllo sanitario e controllo sociale. Difatti, la raccolta delle informazioni e dei dati inerenti ai cittadini da parte delle autorità sanitarie si è caratterizzata per un non trascurabile collegamento con le autorità di polizia, alle quali, infatti, quei dati vengono trasmessi, rendendo così possibile realizzare, per il tramite del tracciamento del virus, un puntuale monitoraggio dei movimenti della popolazione¹²². Il pericolo, chiaramente, è che tali misure emergenziali, che hanno consentito alla

all'idea di venire costretto al ricovero in una struttura sanitaria dove sarebbe stato esposto al pericolo di esser letalmente contagiato dal virus. Per questa pronuncia v. <<https://www.comparativeco-vidlaw.it/2020/10/04/corte-popolare-intermedia-della-prefettura-autonoma-hani-e-yi-di-bonghe-nella-provincia-di-yunnan-1-marzo-2020/>>

¹²⁰ Sul punto v. M. CARDONE – M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto*, in *Nomos*, I, 2020, 12; M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2061 ss.; ID, *Cina e Asia orientale di fronte alla sfida del Coronavirus* cit., 4310 ss.

¹²¹ M. MAZZA, *Coronavirus in Cina: profili costituzionali e prassi applicative* cit., 2062 ss.

¹²² ID. Osserva inoltre l'A. che tale invasione di campo causata dalla pandemia non si limita all'uso della apposita applicazione di tracciamento ma è avvenuta anche attraverso altri strumenti come l'utilizzo di telecamere che individuano quanti sono sprovvisti di mascherina o presentano una temperatura corporea febbrile, oppure attraverso un ampio ricorso ai droni.

sfera pubblica di accedere nel terreno dei privati e di acquisirne grande contezza, possano poi valicare il confine dell'eccezionalità¹²³.

Il quadro, inoltre, si infittisce se si considera il sopraggiungere del Codice civile, la cui novità invita a prestare attenzione sulle future declinazioni del rapporto individuo-Stato, anche in tema di *privacy*. All'interno del Libro IV 'Dei diritti della personalità' è collocato il Titolo VI 'Dei diritti alla riservatezza e alla protezione delle informazioni personali', in cui l'art. 1033, in particolare, fa divieto ad organizzazioni o singoli di violare la riservatezza con i mezzi indicati nella norma o anche con altri non espressamente elencati, salvo, però, che la legge disponga diversamente o che il titolare del diritto esprima il consenso¹²⁴.

Infine, le stringenti misure adottate dal governo cinese, che hanno implicato forti limitazioni alle libertà personali e notevoli compressioni dei diritti con un tipo di bilanciamento che all'osservatore occidentale appare come notevolmente lontano dai propri canoni, si pongono in consonanza con un preciso 'contratto sociale'. Difatti, tale accordo intercorrente tra «PCC e popolazione che regge il Celeste Impero è infatti semplice: benessere e stabilità in cambio della rinuncia ad alcune libertà»¹²⁵. L'accettazione, dunque, della limitazione di spazi di libertà e del diffuso controllo sulle esistenze di ciascuno vengono percepiti come funzionali al raggiungimento dell'obiettivo comune: la fine dell'emergenza. Chiaramente, però, in tale contesto viene giocata una partita importante per il potere giacché tale meccanismo funziona se alla rinuncia dei singoli fa seguito la effettiva realizzazione del benessere promesso. Il superamento della crisi pandemica ha rappresentato dunque un pericoloso banco di prova per il potere centrale¹²⁶, come spesso avviene durante le emergenze.

¹²³ ID; M. CARDONE – M. CECILI, *Osservazioni sulla disciplina in materia di tutela dei dati personali in tempi di Covid-19. L'Italia e i modelli sudcoreano, israeliano e cinese: opzioni a confronto* cit., 13.

¹²⁴ Per la versione italiana del testo del Codice civile cinese v. *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, traduzione di MEILING HUANG, a cura di O. DILIBERTO – D. DURSI – A. MASI, introduzione di DIYU XU cit. Per un'analisi sul Codice civile nell'era dell'avanzamento tecnologico, anche con riguardo agli aspetti della riservatezza, v. D.T. AYALEW, *China's recent civil law Codification in the High-tech era: History, Innovations and Key Takeaways* cit., 161 ss.; nonché S. RUSO, *Libertés, droits de la personnalité et technologies, Le paradoxe chinois à la lumière du Code civil* cit., 133 ss.; con particolare riferimento al Libro del Codice sui diritti della personalità cfr. W. LIMING, *Il Libro del Codice civile cinese sui diritti della personalità. Punti salienti e innovazioni*, in questa Rivista, 41, 2020, 73 ss. e R. CABRILLAC, *Le Code civil chinois* cit., § 14. In tema di *privacy* v. anche R. FATIGUSO, *Così adesso Pechino regola la privacy dei cinesi*, in *Sole 24 Ore*, 17 agosto 2021, reperibile al link: <<https://www.ilsole24ore.com/art/cosi-pechino-adesso-regolamenta-anche-privacy-cinesi-AECY2Gd>>.

¹²⁵ G. MESSETTI, *Nella testa del Dragone, Identità e ambizioni della Nuova Cina*, Milano, Mondadori, 2020, 180.

¹²⁶ Per delle osservazioni su tali aspetti v. G. MESSETTI, *Nella testa del Dragone, Identità e ambizioni della Nuova Cina* cit., 180 ss.; V. CORALLUZZO, *L'impatto della pandemia di Covid-19 sulla politica interna e sulle ambizioni globali della Cina*, in *Dopo, Come la pandemia può cambiare la po-*

6. *L'emergenza sanitaria in Occidente*

Per registrare un primo commento alla luce del quadro che si è tentato di ricostruire nelle riflessioni che sono state fin qui svolte, si potrebbe osservare un duplice moto dei sistemi.

Da un lato vi è la Cina che si è aperta gradualmente al mercato, che ha guardato nel corso del tempo verso l'Occidente, e che si è anche ad esso avvicinata, attingendo alla sua esperienza giuridica, in particolare a quella del diritto civile romano, e ha così ri-organizzato il proprio patrimonio giuridico attraverso l'architettura codicistica di provenienza europea. Con il sopraggiungere dell'emergenza essa ha rafforzato il ruolo già di per sé preminente dello Stato operando in consonanza col proprio piano valoriale tanto confuciano quanto socialista in una prevalenza della dimensione (e della sicurezza) della comunità rispetto alle prerogative dei singoli.

Dall'altro lato vi è, in generale, l'area occidentale che, colpita dalla pandemia, si è trovata costretta ad assumere misure extra-ordinarie, per loro natura non in consonanza con un approccio culturale che riconosce tradizionalmente ampio spazio e rilievo alla singola persona i cui diritti e libertà preesistono allo Stato. Tali misure limitative, dunque, sono sembrate far tendere molti Stati occidentali verso un modello loro estraneo, quello in cui lo Stato, custode della comunità, definisce ed attribuisce ai singoli spazi di libertà che altrimenti non gli apparterebbero.

In questi casi, in cui il potere centrale sottrae terreno alla dimensione privata, sorgono chiaramente timori e perplessità. Pare tuttavia interessante osservare come, nonostante una prima fase che è stata fortemente limitativa e sofferta in molte realtà, come quella italiana, siano però anche rintracciabili delle peculiarità ed una *path dependency* che ha declinato in modo differente il complesso percorso di gestione della crisi e verso la auspicata soluzione e ripresa.

7. (segue): *Il caso degli USA*

Viste le brevi considerazioni svolte in apertura circa la storica centralità del valore della libertà nel nuovo mondo, non si può non soffermare l'attenzione per qualche istante sul trauma causato dalla collisione tra l'emergenza e l'indole libertaria statunitense.

Come osservato *supra* il complicato rapporto tra Stati e Federazione venne a tradursi nell'attribuzione, da parte della Costituzione, di una serie di materie al

litica, l'economia, la comunicazione e le relazioni internazionali, a cura di A. CAMPI, Rubettino Editore, 2020, 253, reperibile alla pagina web <<https://www.comparativecovidlaw.it/china/>>; per un ritratto del progressivo rafforzarsi della Cina pre-pandemia nel contesto globale v. C. BASTASIN, *Viaggio al termine dell'Occidente, La divergenza secolare e l'ascesa del nazionalismo*, Roma, Luiss University Press, 2019, 73-74.

Congresso lasciando, invece, il resto alla competenza dei singoli Stati. Nell'enumerazione di queste materie non rientrano espressamente i *'police powers'* necessari a fronteggiare l'emergenza¹²⁷.

Difatti, sul fronte della compressione dei diritti conseguente alle misure di contenimento dell'epidemia si evidenzia proprio tale rapporto Stati-Federazione. Nel concreto questo si traduce in un mosaico di diverse interpretazioni del bilanciamento tra emergenza e diritti.

È quindi presso gli Stati che si sono disposte le misure più limitative per le libertà dei cittadini proprio in virtù della titolarità di residuali e consistenti competenze attinenti alla gestione del contesto emergenziale. Il ruolo della Federazione, invece, è rimasto limitato ad una attività, comunque rilevante, volta a coordinare il quadro complessivo, senza tuttavia potersi imporre agli stati¹²⁸. Essa, pertanto, si è limitata ad influenzare e tentare così di indirizzare le scelte locali attraverso strumenti non cogenti o usando la leva della distribuzione dei fondi, fermo restando, però, lo spazio di manovra dei singoli Stati in sede di attuazione delle linee guida centrali¹²⁹.

¹²⁷ Sul punto si vedano le analisi di F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato*, in *L'emergenza sanitaria COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno I Fascicolo speciale monografico, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, (a cura di) R. TARCHI, 2020, II, 36, ove l'A. osserva che «[n]ell'ordinamento degli Stati Uniti manca un esplicito fondamento costituzionale per l'esercizio di poteri di emergenza da parte del governo federale, dovendo a questo proposito farsi riferimento ad un'interpretazione estensiva di vari articoli della Costituzione (es. art. I, sezz. 8 e 9, co. 3; art. II, sez. 2; art. IV, sez. 4). Il ruolo normativo predominante è perciò svolto dalla legge ordinaria, in particolare dal *National Emergencies Act* del 1976 ai sensi del quale il Presidente è legittimato a dichiarare un'emergenza nazionale attraverso una *proclamation* trasmessa al Congresso che indichi i poteri di matrice legislativa che intende esercitare per la durata dell'emergenza (annuale ma rinnovabile), sotto il controllo del Congresso stesso che può in ogni tempo dichiarare conclusa l'emergenza»; viene inoltre messo in luce da T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution*, in *Covid-19 and Constitutional Law. Covid-19 et Droit Constitutionnel*, coordinato da J.M. SERNA DE LA GARZA, Città del Messico, Universidad Nacional Autónoma de Mexico - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, 70, che l'assenza di disposizioni in merito alle emergenze nazionali è legata al timore nutrito dai padri fondatori rispetto all'eventuale rafforzamento del potere che il governo avrebbe potuto realizzare approfittando del contesto emergenziale attraverso le norme che gli avrebbero attribuito poteri d'emergenza; osserva, infine, J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19*, New Haven-London, Yale University Press, 4 ss., che «In the absence of a federal police power, and without federal political will to act through the commerce or spending powers, legal measures in the United States to stop the spread of contagion have mostly been the product of state law».

¹²⁸ F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti: un bilancio comparato* cit., 47, ove mettendo in luce il ruolo preponderante degli Stati nell'affrontare l'emergenza osserva che, invece, «lo Stato federale ha un ruolo importante di direzione e coordinamento, ma non possiede strumenti legali coercitivi nei confronti degli Stati».

¹²⁹ F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 45.

Difatti, si è assistito sia a delle limitazioni alla libertà di circolare nel territorio che a quella di riunirsi (consacrata nel I Emendamento) disposte dalla quasi totalità degli Stati, in autonomia o in consonanza con l'indirizzo del governo di Washington.

Tali restrizioni hanno dunque impedito ai cittadini di spostarsi dalle abitazioni se non per lo svolgimento di talune attività (come effettuare acquisti, per necessità sanitarie, o in virtù di certe professioni essenziali per la comunità) purché sempre nel rispetto del distanziamento interpersonale e con l'uso delle mascherine. La libertà di circolazione, inoltre, è stata chiaramente limitata (oltre che al loro interno) anche *tra* gli Stati, impedendo gli spostamenti transfrontalieri o disponendo quarantene a fronte di appositi controlli effettuati lungo i confini¹³⁰, tra i quali spicca il 'filtro' effettuato dal Rhode Island in base alla targa del veicolo¹³¹.

Anche la possibilità di riunirsi liberamente ha visto – come accennato – una notevole compressione giungendo ad un totale impedimento in quasi tutti gli Stati oppure, in altri, ad una limitazione del numero dei partecipanti (come nel caso dell'Arizona o del New Hampshire) e/o a seconda che si trattasse di un luogo pubblico o meno¹³².

È evidente come tali restrizioni hanno quindi impattato con una molteplicità di spazi di libertà della vita dei privati: dall'attività d'impresa¹³³ all'istruzione, fino alla libertà di culto¹³⁴.

A questo punto sembra utile richiamare la modellistica delineata da John Fabian Witt nell'opera *'American Contagions, Epidemics and the Law from Smallpox to COVID-19'* attraverso un'analisi del rapporto tra i diritti e le libertà dei singoli, da un lato, e le misure per contrastare le epidemie, dall'altro¹³⁵. Le scelte,

¹³⁰ F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 42.

¹³¹ Nel Rhode Island, in particolare, il Governatore aveva disposto di fermare tutte le vetture con targa newyorkese. Sul punto v. T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution* cit., 70, che riporta tale caso come esempio di «certain state laws that discriminated against out-of-state travelers». Su questa vicenda v. anche J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 61 ss.

¹³² F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 42, v. in particolare la nota 93.

¹³³ Sul tema v. anche R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano*, in *L'emergenza sanitaria COVID-19: una prospettiva di diritto comparato*, Quaderno I Fascicolo speciale monografico, in *Gruppo di Pisa. Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale*, a cura di R. TARCHI, 2020, II, 18; F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 43.

¹³⁴ Per ulteriori analisi sul punto v. F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 42 ss.; nonché J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 113 ss. per quanto, più specificamente attiene alle limitazioni alla libertà di culto v. R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano* cit., 18 e T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution* cit., 70-72.

¹³⁵ Sul punto illuminanti sono le analisi che sorreggono la modellistica offerta da J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit.

infatti, di volta in volta adottate dai decisori politici nel corso del tempo tendono a ricadere, a seconda del punto di equilibrio individuato, all'interno di uno dei due grandi modelli: «*quarantinist states*» e «*sanitationist states*».

Al fine di addentrare le nostre riflessioni nella modellistica tratteggiata dallo studioso di Yale occorre partire dal presupposto che l'interazione è anzitutto «*infectious disease*» – «*law*» e più in generale attiene al modo in cui tali patologie interagiscono con la società umana (per lungo tempo oggetto di studio degli storici della scienza e della medicina)¹³⁶.

Una lettura del fenomeno, che potremmo riassumere con l'espressione «*epidemics make the state*»¹³⁷, tende a riconoscere che le malattie, costringendo il mondo a contrattaccare ad esse, siano in grado di determinare il cambiamento, sollecitando, così, nuovi modelli e nuove soluzioni.

Un'opposta lettura ritiene, invece, che «*politics makes epidemics*»¹³⁸, ed è quindi la realtà per come essa è strutturata dal punto di vista sociale e giuridico a determinare tanto i modi in cui sorgono le epidemie e le vie attraverso le quali esse si diffondono, quanto le concrete modalità con cui affrontarle.

Come spesso accade, però, la 'verità' – suggerisce lo studioso – è nel mezzo ed osserva che «*[n]ew germs help make new laws and institutions, yet old ways of doing things shape the course of epidemics and the ways in which we respond to them*»¹³⁹.

In particolare, il rapporto epidemia-società, visto in questa ottica mediana, ha fatto riscontrare che gli Stati moderni hanno mostrato l'inclinazione a reagire a tali congiunture sanitarie seguendo o la via del c.d. «*sanitationism*» o del «*quarantinism*» o entrambe le vie¹⁴⁰.

Quanto al primo approccio, occorre considerare che, per quanto meno radicale e più accorto del secondo, esso tende comunque a limitare le libertà dei singoli sfumando così i contorni del mito per il quale negli Stati Uniti queste si fossero costantemente fatte prevalere, sempre e comunque, rispetto alla dimensione solidaristica. Invero, al fine di contrastare le epidemie che nel corso della storia si sono presentate¹⁴¹ fu avvertita la necessità di ricorrere all'esercizio dell'autorità statale con una compressione delle libertà dei singoli nell'ottica del raggiungimento della più efficace protezione della salute pubblica che talvolta rappresentò,

¹³⁶ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 5 ss.

¹³⁷ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 6.

¹³⁸ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit.

¹³⁹ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 7.

¹⁴⁰ Per queste analisi v. *ivi*, 6-9 e, per un primo quadro generale sulla risposta da parte dei diversi sistemi giuridici, *si vis* G. SCARCHILLO, *Come le pandemie cambiano il diritto attraverso le lenti del comparatista*, in *Comparazione e Diritto Civile*, 1/2023, 17 ss.

¹⁴¹ Per una scansione temporale delle patologie che si sono susseguite nella storia degli Stati Uniti (e che hanno sovente anche avuto portata mondiale) v. F. CLEMENTI, *Gli Stati Uniti e la risposta al Covid-19, tra Federazione e Stati, nell'anno delle elezioni presidenziali*, in *DPCE Online*, II, 2020, 1875, nt. 1.

tuttavia, anche la congiuntura in occasione della quale si ebbe a determinare un generale miglioramento delle condizioni di vita delle fasce sociali più indigenti¹⁴².

La storia statunitense è, infatti, costellata di epidemie, le quali hanno costantemente fatto sorgere sia il ‘drammatico dilemma’ libertà-salute sia l’annosa questione del rapporto tra Stati e potere centrale. Questa si evidenzia in particolare sin dagli inizi, allorquando – anche a causa dei «*weak Articles of Confederation*» – gli interventi normativi in materia erano di matrice statale mancando invece il governo centrale del potere necessario ad intervenire. Tale situazione non sarebbe poi di molto cambiata (quantomeno in questo ambito) con la ratifica della Costituzione nel 1788¹⁴³.

Dal canto loro le Corti sostennero le differenti misure di limitazione delle libertà che nel tempo vennero adottate sia dalle autorità statali che da quella federale, nei limiti però delle rispettive competenze ma con i consueti tentativi di ampliamento della seconda¹⁴⁴.

L’attenzione per il tema della salute pubblica (oltre alla sua rilevanza pratica) portò nel XIX secolo allo sviluppo di un filone giuridico noto come «*the jurisprudence of hygiene*» o «*sanitary jurisprudence*» il quale, alimentando ampi dibattiti, indusse spesso a considerare che – in ragione di un principio di solidarietà ed interdipendenza – fosse opportuno realizzare un miglioramento nelle condizioni di vita dei più indigenti, così da evitare che queste continuassero ad agevolare l’insorgenza e la trasmissione delle infezioni.

Sulla scia, inoltre, delle posizioni espresse dal Chief Justice John Marshall dalla Corte Suprema e da Lemuel Shaw dalla Supreme Judicial Court del Massachusetts¹⁴⁵, emerse, in particolare, la visione di John Billings¹⁴⁶, quale sostenitore di tale *jurisprudence* e precursore di un «*progressive sanitationism*». Per il chirurgo e docente di *law of hygiene* occorre un impegno collettivo per il bene collettivo e, siccome i singoli potevano ben poco dinnanzi alle sfide sanitarie, occorre che fosse lo Stato – così come face-

¹⁴² Per questo primo ritratto del ‘*sanitationism*’ v. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 13.

¹⁴³ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 16 ss.

¹⁴⁴ Su tale aspetto si vedano Ivi, 21-26 le interessanti analisi circa gli interventi delle Corti che toccano aspetti sanitari, ove vengono richiamati i casi *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824); *Commonwealth v. Alger*, 61 Mass. 53, (1851); *Brick Presbyterian Church v. Mayor of New York*, 5 Cow 538 (N.Y. Sup. Ct. 1826); *Coates v. Mayor of New York*, 7 Cow 585 (N.Y. Sup. Ct. 1927); *Van Wormer v. Mayor of Albany*, 15 Wend. 262 (N.Y. 1836); *Metropolitan Board of Health v. Heisner*, 37 N.Y. 661 (1868).

¹⁴⁵ L’A. richiama, in particolare, il pensiero di John Marshall quale Chief Justice della U.S. Supreme Court per come era emerso dal caso *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 79 (1824) e del Chief Judge Lemuel Shaw della Supreme Judicial Court del Massachusetts con riferimento al caso *Commonwealth v. Alger*, 61 Mass. 53, 86 (1851) (Shaw C.J.).

¹⁴⁶ Il riferimento è all’opera di J.S. BILLINGS, *Jurisprudence of Hygiene*, in *A Treatise on Hygiene and Public Health*, 1879, richiamata dall’A. (v. nt. 34).

va per tutelare la libertà e la proprietà – a prendersi cura della salute pubblica. Potendo ciò anche implicare, di conseguenza, che proprio la libertà o la proprietà vedessero delle limitazioni dinnanzi alle urgenze della salute pubblica. In tale prospettiva, dunque, vista l'incapacità dei singoli di provvedere ciascuno alla sicurezza collettiva, tutti vanno ad essere in balia della protezione dello Stato, il quale agisce per preservare la collettività anche sacrificando la dimensione individuale e, chiaramente, i relativi diritti¹⁴⁷.

Anche la libertaria America, dunque, ebbe ad accarezzare di tanto in tanto il fascino del Leviatano al cospetto del quale la salvezza diviene la *consideration* delle libertà in quel contratto figlio di un irrisolto dilemma dell'umano¹⁴⁸.

Nell'ottica, dunque, di un intervento dello Stato volto a migliorare le condizioni di quelle che venivano concepite come «*dangerous classes*», si registrarono, nella seconda metà del XIX secolo, una molteplicità di interventi che andavano dall'urbanistica alla salute degli infanti¹⁴⁹, unitamente ad un certo attivismo di movimenti dediti alla sensibilizzazione circa le condizioni dei lavoratori ed alla

¹⁴⁷ Per questi aspetti J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 26 ss.

¹⁴⁸ Sia consentito svolgere a margine una digressione volta a mettere in luce quanto questo scambio sia una delle vie che l'uomo trova dinnanzi a sé sul suo cammino (talvolta in senso letterale), come ciò abbia da sempre costituito una possibile declinazione dell'esistenza umana e, infine, come gli usi testimonino proprio l'eventualità di questa scelta. Se si guarda, in particolare, alla materia dell'ospitalità gratuita¹ lungo gli antichi cammini, si può osservare che essa presentava degli elementi ricorrenti nello spazio, cioè presso differenti culture, e nel tempo (oltre chiaramente a degli elementi peculiari di differenziazione). Difatti, tanto nel contesto indogermanico, quanto in quello paleogreco così come in quello paleoromano si usava garantire all'ospite riparo notturno e, in taluni casi, anche del cibo. Ospitare il viandante che bussava alla porta costituiva sostanzialmente un dovere incentrato sulla protezione da garantire a costui. A seconda dei casi, si traduceva nel saluto al momento in cui lo si accoglieva, nel brindisi, nella lavanda dei piedi o delle mani, nella condivisione del pasto, nonché nella messa a disposizione di vesti pulite, del luogo per lavarsi e per il riposo, fino – talvolta – nella possibilità di trascorrere la permanenza notturna con una delle donne di quella casa. Ospitalità di tal fatta era in uso in diversi angoli della terra. Occorre però precisare che, all'incirca ovunque, la cura e la protezione che ne derivava – salvo casi eccezionali – era circoscritta a massimo tre notti (o giorni). Se ne ha testimonianza all'interno del *Miles Gloriosus* di Plauto ove viene apostrofato come '*odiosus*' colui che si trattiene per più di tale limite temporale che, peraltro, ricorre altresì presso i popoli islamici e tra i Germani. Una norma (con diverse versioni) del patrimonio giuridico di questi ultimi, in particolare, diceva «Per due giorni ospite, a partire dal terzo domestico». Tale formula, dunque, da conto «di come una sosta troppo prolungata potesse trasformarsi per l'ospite in un legame di dipendenza dal padrone di casa, nella perdita della libertà». Per queste analisi e per il testo citato v. H.C. PEYER, *Viaggiare nel Medioevo, Dall'ospitalità alla locanda*, Roma-Bari, Edizioni Laterza, 1997, 8 ss. Tale riflessione su questo specifico tema ci offre l'immagine di come il realizzarsi del sinallagma tra libertà e protezione è, lungo il selciato delle esperienze sociali e giuridiche della storia dell'uomo, sempre presente come una possibile soluzione. E di ciò gli usi, come manifestazione giuridica più immediatamente connessa con l'umano, ne offrono una chiara testimonianza presso varie comunità.

¹⁴⁹ Si tratta, in particolare, dell'adozione nel 1867 di una nuova disciplina per le abitazioni popolari concepita per incrementare gli standard abitativi di New York, cui fecero seguito ulteriori riforme progressiste agli inizi del XX secolo. A ciò si aggiungano anche interventi volti a fornire

tutela della sicurezza dei consumatori nonché a preservare la salute della popolazione migrante¹⁵⁰.

Se tali prospettive aprirono la strada a molteplici interventi pubblici tesi a migliorare le vite delle fasce sociali più povere nell'interesse della comunità¹⁵¹, a Londra si era invece andata sviluppando nella prima metà del XIX secolo un'altra lettura della *jurisprudence of hygiene* (poi approdata in alcuni casi anche negli Stati Uniti), per la quale occorreva far leva più sulla responsabilità individuale che su quella sociale, nell'ottica della salvaguardia della produttività dell'industria inglese e della sicurezza delle classi più abbienti. Tale approccio veniva promosso dal riformatore di area conservatrice Edwin Chadwick, il quale, in uno report del 1842¹⁵², sosteneva che proprio attraverso un miglioramento delle condizioni igieniche generali¹⁵³ si potesse garantire, da un lato, una riduzione dei costi necessari a soccorrere i più indigenti e, dall'altro, generare un incremento dell'offerta di manodopera per l'industria¹⁵⁴.

Si delinearono così due declinazioni pratiche del *sanitationism* che, nel corso del XIX e del XX secolo, tendevano a fronteggiarsi: una progressista ed una conservatrice. Entrambe – benché con prospettive differenti – miravano, tuttavia, a preservare la salute degli indigenti e dei lavoratori.

Secondo Witt queste erano entrambe «*forms of liberal politics*», e l'Ordinamento statunitense si dimostrava parimenti adeguato a realizzare tali differenti versioni del *sanitationism* ottocentesco attraverso degli interventi calibrati, a livello

latte sano e vaccini contro il vaiolo e la difterite ai bambini. V. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 28 ss.

¹⁵⁰ È il caso, circa i consumatori, della *National Consumer League* che volse l'attenzione alle condizioni di lavoratori, la cui insalubrità poteva mettere a rischio i consumatori della classe media quali acquirenti dei beni da questi prodotti. La lotta alla tubercolosi ed altre malattie infettive diffuse presso le comunità migranti fu, invece, la *mission* della Visiting Nurse Service. V. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 29. Sull'aspetto da ultimo richiamato, viene osservato nel saggio di F. RAMPINI, *Oriente e Occidente, Massa e Individuo*, Torino, Einaudi, 2020, 222, che «La ricorrenza di pandemie negli Stati Uniti dell'Ottocento contribuisce alle legislazioni restrittive sull'immigrazione: vengono prese di mira singole etnie, in particolare la cinese».

¹⁵¹ Per delle riflessioni sul rapporto tra corpo fisico e quello politico e sociale, nonché sulla percezione dell'indigente nell'ottica di preservare la collettività dal contagio si vedano le analisi di F. SERPICO, *Corpi infetti, paura e controllo sociale ai tempi del covid-19*, in G. PALMIERI, *Oltre la pandemia, Società, salute, economia e regole nell'era del post Covid-19* (a cura di) I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 547-448.

¹⁵² E. CHADWICK, *Report on the Sanitary Condition of the Labouring population of Great Britain*, 1842.

¹⁵³ L'A. nel descrivere le analisi di quel Report, fa riferimento in particolare al ruolo che un miglioramento dei servizi igienico-sanitari, idrici e fognari avrebbe potuto giocare rispetto alla salute della popolazione e con ciò, nella prospettiva di Chadwick, rispetto alla produttività.

¹⁵⁴ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 30-31.

statale, in base alle circostanze specifiche delle diverse realtà locali, considerando, invece, che residuava un limitato spazio di intervento per il governo federale¹⁵⁵.

L'altra via attraverso la quale orientare la reazione alle crisi sanitarie passa sotto l'evocativa denominazione di «*Quarantinism*».

Questa strategia risulta connotata da un maggiore tasso di rigidità delle autorità, le quali sono meno disposte a scendere a compromessi con le esigenze di tutela dei diritti e delle libertà indirizzandosi, invece, verso una preponderanza del controllo sui singoli in nome di un efficiente risultato a beneficio della comunità. Pertanto, nell'esperienza giuridica statunitense in fatto di epidemie accanto all'approccio '*liberal sanitationist*', appena osservato, ebbe a svilupparsi quello '*quarantinist*' non meno importante storicamente¹⁵⁶ ma anche connotato da un alto potenziale di degenerazione.

Difatti, la predisposizione di quarantene e controlli, rafforzati da sanzioni penali a carico dei trasgressori, che – sin dall'esperienza coloniale – vennero predisposti presso i porti e che inevitabilmente incisero molto sul normale svolgimento delle varie attività, furono spesso caratterizzati da marcate tinte di discriminazione¹⁵⁷.

In generale, molti sono stati i casi in cui il panico – così come il 'sonno della ragione', per dirla con Goya – ha generato 'mostri'.

Viene osservato da Witt che le autorità di salute pubblica sovente presero di mira varie minoranze nell'applicare le misure di sicurezza¹⁵⁸.

Tra questi esempi di delirio e discriminazione si può richiamare quando nel 1793, allorché gli Stati Uniti vennero colpiti dalla febbre gialla, emerse la c.d. «*Black immunity*» cioè la narrazione che asseriva che la comunità nera fosse immune alla malattia, così da poter essere impiegata per quei lavori che altrimenti sarebbero rimasti incompiuti mentre il resto della popolazione rimaneva in isolamento¹⁵⁹. Si consideri anche che, a tale proposito, si è parlato di '*immunocapi*'

¹⁵⁵ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 32-33.

¹⁵⁶ Per delle analisi in chiave storica circa i rigidi sistemi predisposti anche nel contesto italiano per far fronte alle epidemie del passato v. E. NOVI CHAVARRA, *Epidemie, Pandemia e Disaster Studies. Note per un'altra narrazione dell'emergenza*, in G. PALMIERI, *Oltre la pandemia, Società, salute, economia e regole nell'era del post Covid-19* (a cura di), I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 569 ss.

¹⁵⁷ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 36 ss.

¹⁵⁸ Come, ad esempio, venne lamentato dai cattolici irlandesi nel XIX secolo, ivi, 39.

¹⁵⁹ Sullo spopolamento di Philadelphia (la capitale del tempo) per effetto dell'epidemia e dell'isolamento si sofferma F. RAMPINI, *Oriente e Occidente, Massa e Individuo* cit., 222: «[N]el 1793 una pandemia di febbre gialla arriva in America dall'Africa sulle navi degli schiavisti, trasmessa dalla zanzara *Aedes Aegypti* e con tasso di mortalità del cinquanta per cento. Stermina un decimo della popolazione di Philadelphia, allora capitale degli Stati Uniti. Costringe alla fuga in campagna il presidente George Washington, il suo governo e l'intero Congresso, contribuendo a im-

*tal'*¹⁶⁰ come incremento di valore di cui godeva il proprietario dello schiavo per la raggiunta immunità¹⁶¹.

Un altro caso che fa ulteriormente riflettere è quello verificatosi a Los Angeles nel 1924 quando, siccome tra i morti di peste bubbonica molti erano di origine messicana, l'intervento si concentrò proprio su tale comunità attraverso la demolizione di edifici reputati insalubri senza però far corrispondere a costoro alcuna forma di compensazione, giacché quell'intervento veniva motivato dal pericolo che proveniva proprio da quelle costruzioni¹⁶².

Oppure, guardando a tempi più prossimi ad i nostri, si consideri la piaga dell'AIDS in cui la paura incrociò il pregiudizio impedendo ai decisori politici di 'formare' i giovani sullo 'scabroso' tema della sessualità nell'ottica di una prevenzione volta a frenare il contagio. Anzi talvolta vennero anche avanzate proposte indirizzate a realizzare delle limitazioni di libertà per quanti fossero stati esposti alla malattia o l'avessero contratta. L'approccio marcatamente *quarantinist*, che andava assumendo delle venature anche repressive vista la sovrapposizione della temuta patologia alla tematica scottante dell'amore omosessuale¹⁶³, fece sorgere dei dubbi circa la sua reale efficacia. Difatti, veniva osservato che tale approccio, portando a ghetizzare e disincentivando l'emersione dei casi, scontava una maggiore difficoltà nella loro individuazione, nella cura ma anche nella prevenzione¹⁶⁴.

primere nella giovane classe dirigente della nuova nazione un radicato pregiudizio a favore del modello rurale e contro i «miasmi» delle città». Sull'impatto della febbre gialla, il rifugiarsi in campagna e sul conseguente impiego della popolazione afroamericana nei lavori da svolgere e quindi sulla «Black immunity» v. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 37 ss.

¹⁶⁰ Il concetto di 'immunocapital', precisa l'A. (v. nt. 5 di p. 39), viene ripreso dalle analisi di K. OLIVARIUS, *Immunity, Capital, and Power in Antebellum New Orleans*, in *American Historical Review*, CXXIV, 2019, 425 ss.

¹⁶¹ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 38 ss.

¹⁶² J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 43-44. Un altro esempio è costituito dalle rigide misure disposte nei confronti della comunità cinese con lo scoppio della peste bubbonica di cui si dà conto nel saggio di F. RAMPINI, *Oriente e Occidente, Massa e Individuo* cit., 219, ove l'A., riferendosi al dilagare della patologia, scrive: «Devastante all'inizio soprattutto in Asia, con una particolare recrudescenza in India (dieci milioni di morti), arriva fino alle Hawaii nel 1899 e a San Francisco nel 1900: è in questi contagi che le quarantene mirate contro i cinesi degenerano in episodi di violenza, come l'incendio doloso appiccato alla Chinatown di Honolulu per «disinfettarla». Del trattamento della comunità cinese a San Francisco dà conto, invece, J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 42 ss.

¹⁶³ Sul delicato tema delle discriminazioni basate sull'orientamento sessuale ed il rischio del loro accentuarsi in relazione alla diffusione dell'HIV si vedano le accurate analisi di G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 99 ss.

¹⁶⁴ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 89 ss. Sul punto v. anche G. ALPA, *Il diritto di essere sé stessi* cit., 105 ss., ove l'A. descrive con chiarezza il 'circolo vizioso' che si viene a creare: «i diversi sono criminalizzati, quindi sono costretti ad

Maturò così l'idea che si dovesse seguire la via di quello che veniva chiamato «new sanitationism», una visione – che stava prendendo piede nel XX secolo – per la quale le libertà civili non erano un ostacolo alla salute pubblica, bensì diventavano determinanti per affrontare tali sfide¹⁶⁵.

La via migliore per affrontare le epidemie, veniva osservato, era quella che, garantendo il rispetto delle libertà e dei diritti civili, induceva le categorie fragili e quanti avessero già subito un contagio a correre ai ripari sia *ex ante* che *ex post*, perciò verso forme di prevenzione e verso degli specifici trattamenti¹⁶⁶.

La domanda che risuona in mezzo al fuoco incrociato di virus e misure restrittive di Stati e Federazione (accompagnato da un dialogo tra Legislatori e Corti) è quella che attiene al corretto punto di equilibrio tra diritti individuali ed interesse generale. Le Corti, infatti, benché abbiano affrontato le gravi discrepanze costituzionali o le problematiche attinenti alla ripartizione delle competenze, sono sempre state molto caute nell'esprimere giudizi attinenti al merito delle scelte di discrezionalità della politica e tecnica dell'emergenza¹⁶⁷. Difatti, se è vero quanto osservava de Tocqueville circa il forte e quasi inevitabile collegamento esistente negli Stati Uniti tra l'evento politico e l'intervento del giudice¹⁶⁸, è vero anche che le scelte – seppur tragiche per dirla con Calabresi e Bobbitt¹⁶⁹ – richiedono un decisore politico, che le adotti.

Il compito del giudice – osserva Witt – consiste nell'applicare la legge e vigilare affinché gli esperti di *public health* (che sono, comunque, meglio equipaggiati¹⁷⁰

agire occultamente; ciò li spinge a non avvalersi dei presidi medici per curarsi ove siano infetti, con la conseguenza che chi viene a contatto con loro rischia di porre a repentaglio la propria salute. L'identità è correlata con l'emarginazione sociale, con la povertà, con le condizioni sociali e con la salute».

¹⁶⁵ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 87. L'A., inoltre, descrive *infra* il passo avanti di questa versione 'new' del *Sanitationism* in tali termini: «[t]he new sanitarians took nineteenth-century concerns about poor living conditions and poverty and added rights and civil liberties to the mix». Nella sistematica di Witt, che si sta cercando sinteticamente di ricostruire, fa, infine, da contraltare al *New Sanitationism* anche una declinazione aggiornata del *quarantinism*: il 'New Quarantinism'.

¹⁶⁶ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 94.

¹⁶⁷ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 80-81.

¹⁶⁸ A. DE TOQUEVILLE, *La Democrazia in America*, a cura di N. MATTEUCCI cit., 122. Affermava infatti nel 1835 l'illustre A. che «[c]iò che uno straniero comprende con maggior fatica negli Stati Uniti è l'ordine giudiziario. Non vi è, per così dire, avvenimento politico in cui non si senta invocare l'autorità del giudice; dal che egli conclude che il giudice sia una delle principali forze politiche. Quando, poi, esamina la costituzione dei tribunali, non vi si scopre, in un primo momento, che attribuzioni e abitudini giudiziarie. Ai suoi occhi il magistrato sembra introdursi negli affari pubblici solo per caso; senonché, è un caso che si ripete tutti i giorni».

¹⁶⁹ Si fa riferimento all'efficace titolo di G. CALABRESI-P. BOBBITT, *Scelte tragiche*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹⁷⁰ Si noti – indugiano in una breve digressione – come questo è un motivo ricorrente anche in un altro ambito del diritto, affrontato dalle Corti statunitensi, in cui si pone il problema del bilanciamento tra valutazione del giudice e discrezionalità tecnica di quello specifico settore: è il

nell'apprestare certe soluzioni) rimangono nel solco di questa. Non a caso, infatti, «*American courts have historically resolved this tension by sending some difficult issues back to elected officials and back to public health experts for a second judgment*»¹⁷¹.

Qual è, dunque, il bilanciamento tra diritti individuali e imperativi di interesse generale¹⁷² e dove gli uni cedono il passo agli altri? Le Corti statunitensi non hanno trovato nel corso della storia una precisa ed onnicomprensiva risposta a questi delicati e mutevoli interrogativi e forse una risposta univoca valida per ogni (diverso) caso non può essere raggiunta. Queste hanno però usato il loro ruolo per insistere sull'importanza di un esercizio del potere¹⁷³ che fosse ben calibrato e ponderato e, quindi, all'insegna della razionalità e della competenza¹⁷⁴.

Pertanto, se generalmente le libertà civili non hanno prevalso nell'ambito della *law of public health* dinanzi all'emergenza, tuttavia esse hanno rappresentato le linee guida attraverso le quali le Corti hanno affrontato le difficoltà dei bilanciamenti e, quindi, le insidie del dover dare risposta a quei costanti interrogativi circa i diritti individuali ed il benessere collettivo¹⁷⁵.

È evidente, dunque, quanto il modo di rispondere a delle emergenze – quali che siano – risente grandemente di quel retroterra culturale che i giuristi identificano con l'evocativa espressione '*path dependency*'. Difatti, il patrimonio del pensiero, la cultura filosofica così come quella giuridica, che costituiscono le venatu-

caso del rischio di collisione tra il giudizio del giudice e la scelta strategica e gestionale del *director* di una *corporation* cui viene in soccorso l'approccio proprio della *Business Judgment Rule*. Su questa specifica tematica di diritto societario v. AA.VV., *Business Judgement Rule e mercati finanziari, efficienza economica e tutela degli investitori*, Quaderni giuridici – Consob, novembre 2016, 18, reperibile al link: <<https://www.consob.it/documents/11973/201676lqg11.pdf/f000fd43-5ef0-4644-ad16-aa68348069f8>>.

¹⁷¹ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 81.

¹⁷² Per ulteriori riflessioni sul delicato tema del rapporto tra diritti, libertà e misure di emergenza v. anche T. GINSBURG, *Covid-19 and the US Constitution* cit., 69 ss.; nonché F. SPAGNOLI, *L'emergenza covid-19 in Spagna e negli Stati Uniti* cit., 41 ss. Per una panoramica che coinvolge diversi contesti nazionali v. I.A. NICOTRA, *Stato di necessità e diritti fondamentali. Emergenza e potere legislativo*, in *AIC*, I, 2021, 105 ss., ove l'A. offre un interessante quadro richiamando le pronunce del Tribunale federale tedesco, del Tribunale costituzionale della Spagna, dell'Alta Corte di Giustizia di Madrid, del Tribunale amministrativo di Strasburgo e della Corte del Wisconsin; nonché R. TARCHI, *L'emergenza sanitaria da Covid-19: una prospettiva di diritto comparato. Riflessioni a margine di un seminario pisano* cit., 18 ss.

¹⁷³ Potere (quello di preservare la salute pubblica) che veniva inteso dal *Chief Justice* John Marshall come un attributo centrale della sovranità dello Stato, v. *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 203 (1824); cfr. J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 82.

¹⁷⁴ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 82. In particolare, l'A. osserva che: «[c]ourts could and did insist that such power to be exercised with rationality and competence. But otherwise, civil liberties gave way in an epidemics».

¹⁷⁵ J.F. WITT, *American Contagions, epidemics and the law from Smallpox to COVID-19* cit., 83.

re specifiche di un'intera civiltà dopo secoli di sedimentazione, non possono che emergere¹⁷⁶ sia nella fisiologia che nella patologia della storia.

Certo, osservando le liberaldemocrazie occidentali mentre per la prima evenienza la perfetta consonanza con la *path dependency* è più agevole e naturale, nella seconda (cioè nella patologia) la sua rilevanza è comunque sicuramente avvertita e fa porre dei rilevanti quesiti operativi, tuttavia, il '*path*' non è sempre seguito con rigore. A volte diventa dissestato, a volte si devia da esso.

Seguendo idealmente tale sentiero la sfida più impegnativa è certamente quella del coinvolgimento dei singoli, ove per coinvolgimento, però, non si intende il mero renderli destinatari di quelle decisioni necessarie per rispondere ad una qualsiasi emergenza. Non è sufficiente che siano delle mere «coscienz[e] spettatric[i]»¹⁷⁷ della reazione al pericolo, ma che ne siano anzitutto attori consapevoli.

In tale dimensione di dialogo tra lo Stato ed i singoli – ove maggiormente rispetto ad un contesto ordinario risulta evidente l'impatto del diritto nelle vite di ciascuno – e soprattutto in una realtà interconnessa come quella contemporanea, il diritto incontra la comunicazione. Perché una disposizione sia seguita occorre anzitutto che sia compresa, presupposto fondamentale per la *CONDIVISIONE*. Se ciò può apparire scontato si ricordi che è, però, il passaggio che occorre compiere se si opera in un contesto – per dirla con un dilemma aristotelico – in cui – anche nelle emergenze – si governano uomini liberi¹⁷⁸.

8. Considerazioni conclusive

Ecco allora che, attingendo alle profonde riflessioni di Natalino Irti, «la teoria del diritto incontra la teoria del linguaggio». Difatti, «[i]l comandare ha già in sé un atto di obbedienza: appunto, alla legalità linguistica, che, gettando un ponte tra gli individui, fa capire il contenuto dell'ordine o divieto»¹⁷⁹. Perché si abbia

¹⁷⁶ Vengono in mente su questo aspetto le evocative parole con cui il 5 dicembre del 1946 Gino Gorla, principiando la Prolusione pronunciata in apertura del corso in Istituzioni di Diritto Privato presso l'Università di Pavia, osservava: «[è] canone di interpretazione storica, ben noto se non sempre osservato, che il diritto, come espressione di una determinata civiltà, non si trova sempre e soltanto nelle leggi, nei codici, nelle opere dei giuristi, e che l'intimo significato delle leggi non va ricercato soltanto nella formula di esse, spesso statica e immobile nel volgere dei tempi, ma anche nel costume, nello spirito di quella civiltà e nelle personalità eminenti che la rappresentano». Così G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis De Tocqueville*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2021, 35.

¹⁷⁷ Si prende a prestito l'efficace espressione di '*coscienza spettatrice*' presente in B. ROMANO, *Nietzsche e Pirandello, Il nichilismo mistifica gli atti nei fatti*, Torino, Giappichelli, 60.

¹⁷⁸ Sul tema del rapporto tra governo e uomini liberi nel solco in quel caso del più ampio tema della sussidiarietà orizzontale, v. L. ANTONINI, *Le vicende del principio di sussidiarietà orizzontale nel panorama normativo italiano ed europeo*, in AA. VV. *I servizi di pubblica utilità alla persona*, a cura di G. VITTADINI, Milano, Franco Angeli, 212.

¹⁷⁹ Così N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti, (quasi un diario)*, Milano, La nave di Teseo, 2021, 17.

una condivisione del comando occorre passare per una fase volta a farne comprendere – anche al non addetto ai lavori – il contenuto.

Pertanto «[l]a ‘volizione’ adesiva è atto del destinatario, il quale, ‘condividendo’ il fine, vuole il contenuto stesso del comando. Sempre l’obbedienza nasce *in interiore homine*, poiché il soggetto, come ne sia motivato, accoglie nella volontà l’azione voluta da altri, e la fa propria e la reca a compimento. Così, capire – condividere – obbedire si tengono insieme in un circolo, che ha per inizio l’espressione linguistica di chi comanda»¹⁸⁰.

Già il curare la consapevolezza del cittadino attraverso la chiarezza di quanto viene disposto, sottraendolo così alla selva del groviglio confuso di norme, è un primo importante passo per coinvolgerlo, tenendo sempre vivo nella memoria di ciascuno quell’impegno binomio libertà-responsabilità¹⁸¹.

Come è noto e alla luce di quanto si ha avuto modo di osservare, l’Occidente, che nel corso della storia ha generalmente dato risalto allo spazio del singolo come parte viva di una collettività ed al suo nascere libero, ha dovuto fare fronte a limitanti e ripetute crisi ed emergenze sanitarie. Nel fronteggiarle si è fatto ricorso allo strumentario giuridico con un’individuazione variabile del punto di equilibrio tra autorità e singolo a seconda che si optasse per la via del ‘*sanitacionism*’ o del ‘*quarantinism*’.

Questo secondo orientamento, di cui se ne trovano chiare manifestazioni – come visto – nelle vicende emergenziali della storia statunitense, vede una sua eclatante manifestazione nella nota vicenda milanese della ‘Colonna infame’ narrata da Manzoni in cui l’illustre Autore, nel riportare una soluzione che – dinanzi alla piaga della peste – dovesse risultare efficiente agli occhi del popolo piuttosto che giusta, narra che «Ai giudici che, in Milano, nel 1630, condannarono a supplizi atrocissimi alcuni accusai d’aver propagata la peste con certi ritrovati sciocchi non men che orribili, parve d’aver fatto una cosa talmente degna di memoria, che, nella sentenza medesima, dopo aver decretata, in aggiunta de’ supplizi, la demolizion della casa d’uno di quegli sventurati, decretaron di più, che in quello spazio s’innalzasse una colonna, la quale dovesse chiamarsi infame, con un’iscrizione che tramandasse ai posteri la notizia dell’attentato e della pena. E in ciò non s’ingannarono: quel giudizio fu veramente memorabile»¹⁸².

Le riflessioni svolte, inoltre, sul modello cinese ci permettono di comprendere quale sia concretamente il ruolo delle misure draconiane adottate nei sistemi autoritari ma anche – più in generale – in quei sistemi che, sebbene siano connotati da un diverso approccio circa il rapporto tra autorità e singolo, esprimano però nella patologia un orientamento c.d. *Quarantinist*. Se da un lato, dunque, le

¹⁸⁰ N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti* cit., 18-19.

¹⁸¹ Per delle riflessioni sul punto v. G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, Einaudi, 120.

¹⁸² A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, introduzione di L. SCIASCIA, Milano, Tascabili Bompiani, 1985, 3.

stringenti limitazioni delle libertà individuali sono manifestazione della forza di chi detiene il potere, dall'altro, l'adozione di tali misure rappresenta un elemento di rafforzamento del potere medesimo.

Qualcosa di simile era infatti accaduto con la caccia all'untore narrata da Manzoni, ove, infatti, il diritto era stato lo strumento non per la ricerca della soluzione più giusta, ponderata ed efficace nel solco di una giustizia equilibrata, ma per raggiungere uno scopo politico, inteso a placare il terrore e l'incertezza piuttosto che l'emergenza in sé. Il diritto deve, invece, permettere il perseguimento della giustizia e quindi della equilibrata concretizzazione dei principi di libertà, uguaglianza e fraternità (si legga anche solidarietà), attraverso cui si dà espressione al valore essenziale della dignità umana¹⁸³.

Superare la crisi emergenziale, inoltre, significa per il potere anche superare una prova di solidità, proprio come aveva acutamente fatto notare Manzoni nel suo scritto facendo riferimento al «timor di mancare a un'aspettativa generale, altrettanto sicura quanto avventata, di parer meno abili se scoprivano degli innocenti, di voltar contro di sé le grida della moltitudine, col non ascoltarle»¹⁸⁴.

Il consegnarsi al Leviatano salvatore con il conseguente rafforzamento del potere, dunque, avviene o per via del rafforzamento del già esistente scambio tra libertà ed ordine, come nel caso del contesto cinese, o come marcata deviazione dal cammino generalmente percorso, nella fisiologia, dalle liberaldemocrazie.

Si vuole, in conclusione, soffermare l'attenzione su due aspetti in particolare, i quali schiudono due quesiti destinati a rimanere in buona parte aperti.

La prima questione attiene al 'moto' dei sistemi, all'avvicinamento che fisiologicamente si realizza in occasione dei trapianti giuridici o, in misura diversa, più semplicemente allorché si attinga all'esperienza altrui.

Difatti, si è osservato nelle righe che precedono un 'moto' della Cina per quanto attinente al 'diritto scritto', al diritto codificato, rispetto al quale si è richiamato quell'attingere agli ordinamenti giuridici che originano dall'esperienza del diritto romano ma anche, su alcuni fronti, al sistema di *common law*. In tal modo, dunque, la Cina si è sporta verso l'Occidente, affacciandosi alla sua variopinta cultura giuridica, prendendovi spunto e traendone strumenti e soluzioni da calare nel proprio contesto culturale e giuridico al fine di dargli un maggiore slancio globale¹⁸⁵.

¹⁸³ Per una interpretazione della tutela della vita da parte dello Stato come implicazione dell'obbligo di tutelare la dignità umana, che giustifica forme di solidarietà prescritte per legge, si rinvia alla recente riflessione di J. HABERMAS, *Proteggere la vita*, con un'introduzione di G. ZAGREBELSKY, Bologna, Il Mulino, 2022.

¹⁸⁴ A. MANZONI, *Storia della colonna infame* cit., 5.

¹⁸⁵ «Il diritto è uno straordinario strumento di dialogo tra Occidente e Oriente. Costruisce ponti, non muri. E in questo campo Cina e Italia possono sviluppare un dialogo fecondo che sarà utile anche a tutta l'Europa», così O. DILIBERTO, *La via della seta e le vie del diritto* cit., il quale con-

Nel corso dell'emergenza sanitaria, invece, si è assistito in Occidente ad una naturale 'rivincita dello Stato' chiamato ad intervenire in soccorso dei singoli e della comunità tutta come normalmente accade nei momenti di crisi.

In tali circostanze, infatti, viene ad allargarsi il potere dell'autorità che riacquisisce il terreno che la storia e la cultura gli hanno sottratto circoscrivendolo a quanto essenziale per tutelare la persona umana e per ri-conoscere i diritti propri di questa. Un fenomeno altrettanto naturale consiste nella tendenza prevedibile all'allargamento del ruolo dello Stato e nella consueta inclinazione di questo a straripare rispetto agli argini già di per sé ampliati per effetto dell'emergenza¹⁸⁶.

In generale, la tendenza all'allargamento del potere si verifica, in misura diversa, anche al di fuori delle crisi, ogni qual volta l'extra-ordinarietà diviene ordinarietà, l'eccezione diventa la regola (si pensi all'imbarazzante fenomeno dell'abuso della decretazione d'urgenza)¹⁸⁷ ed a maggior ragione allora ci si chiede – vista l'esperienza della pandemia, le possibili, benché scongiurate, altre future crisi, come quella ambientale (di cui sovente avverte la scienza) nonché quelle potenzialmente connesse con il conflitto russo-ucraino – come si atteggerà, di volta in volta, questo rapporto tra privato e pubblico¹⁸⁸, tra persona e Stato dopo che le crisi diventano un ricordo? Ci sarà una dipendenza dal 'Leviatano' per quanto utile e premuroso? Come ne risentirà dunque il 'diritto vivo', quello vissuto nel quotidiano della persona (fisica, ente o impresa che sia) ogni qualvolta si relazionerà con la macchina statale?

Si può osservare in controtuce in questi casi, specialmente poi laddove la declinazione sia quella del *quarantinism* e cioè meno disposta ad impiegare le

ferma e conclude prospettivamente che «il diritto, dunque, ancora una volta, è strumento di cooperazione, scambio, apprendimento reciproco, rispetto».

¹⁸⁶ Sul punto si vedano le riflessioni di G. AZZARITI, *Diritto e conflitti, Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, 146. «[...] appare connaturale al potere abusare degli strumenti che l'ordinamento giuridico offre, soprattutto nei casi – reali o presunti – di emergenza, quando cioè la necessità gli permette di operare al di fuori delle regole consuete, sostanzialmente in assenza, almeno momentanea, dei contro-poteri necessari affinché il «potere arresti il potere». I tentativi, dunque, degli ordinamenti giuridici di ammettere ma circoscrivere poteri eccezionali entro gli stretti confini dello stato di necessità devono costantemente – direi naturalmente – fare i conti con la tendenza a rompere gli argini. La vocazione del potere e dei soggetti che momentaneamente lo esercitano a forzare, fino a violare, i limiti entro cui le norme legittimanti – e la costituzione al massimo grado – tendono a costringerli, appare una costante che trova un suo delicatissimo punto di snodo nel legittimo esercizio di poteri d'eccezione».

¹⁸⁷ Sul tema dei rapporti formali tra i vari tipi di fonti e la specifica 'catena normativa' dell'emergenza si veda, *ex multis*, M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Rivista AIC*, 2/2020, 109 ss.

¹⁸⁸ Per un nuovo e positivo concetto di 'emergenza' con l'adozione di strumenti agili contro le 'crisi', alla ricerca del virtuoso equilibrio tra interesse pubblico e interessi dei privati nell'ambito di un sistema a 'concorrenza mediata', sia consentito rinviare, da ultimo, a G. SCARCHILLO-A. IMPERIA, *Golden Powers: una terza via per l'intervento pubblico in mercati internazionali strategici*, in *Dir. comm. internaz.*, 3/2023 (in corso di stampa).

energie nel prestare attenzione al faticoso compromesso con diritti, un 'moto' (certamente un 'moto emergenziale') verso l'approccio proprio di quei sistemi in cui è lo Stato che concede spazi di libertà. Si badi bene, ciò è prevedibile che accada nel mezzo di una crisi, ma il punto è un altro: siccome il diritto non è pura tecnica, non è mero strumento, ma è anche una questione di approccio, di mentalità¹⁸⁹, quanto della mentalità della 'concessione' tende a rimanere nel dopo?

Qua si giunge come il riflesso in uno specchio d'acqua al porsi la domanda, per l'appunto, speculare.

Ci si può aspettare, cioè, che si produca di volta in volta l'effetto proprio della fisica della molla¹⁹⁰? Ci si può aspettare, in altre parole, che tutta l'energia accumulata con le limitazioni ed i sacrifici giustamente fatti da ciascuno per il bene collettivo vada ad esprimersi dando un maggiore slancio ai diritti, alle libertà, al ruolo della solidarietà dei singoli e, infine, al riconoscere e tutelare piuttosto che al concedere ed elargire?

¹⁸⁹ Si tengano a mente, anche in questo caso, le richiamate riflessioni di G. GORLA, *Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis De Tocqueville* cit., 35.

¹⁹⁰ Sul tema v. la voce «molla», in *Dizionario delle Scienze Fisiche*, in Treccani, 1996, reperibile al link: <https://www.treccani.it/enciclopedia/molla_%28Dizionario-delle-Scienze-Fisiche%29/> ove si osserva che si tratta di un «Organo meccanico che è suscettibile, per la sua natura e la sua conformazione, di subire grandi deformazioni elastiche e poi tornare, al cessare delle sollecitazioni deformanti, alla configurazione primitiva, accumulando quindi e restituendo poi energia meccanica di deformazione, usato in moltissimi dispositivi, apparecchi e impianti; [...]».