

Isaidat Law Review

A comparative approach to knowledge

N. 2 2021



Istituto Subalpino per l'Analisi e
l'Insegnamento del Diritto delle Attività
Transnazionali

Isaidat Law Review covers all aspects of comparative and transnational law. It is also dedicated to the neighbouring fields of legal anthropology, law and language, law and arts, law and the cognitive sciences, as well as to the dialogue between law and other disciplines. Articles are subject to double blind peer review.

La linea editoriale della Isaidat Law Review coinvolge tutte le aree del diritto comparato e transnazionale. Accoglie inoltre articoli sui temi contigui dell'antropologia giuridica, sui rapporti tra lingua e diritto, diritto e arti, nonché sull'apporto delle scienze cognitive al diritto e, più in generale, sul dialogo tra il diritto e le altre discipline. I contributi che appaiono sulla rivista sono soggetti a una procedura di peer review a doppio cieco.

Editor Prof. Rodolfo Sacco

Deputy Editor Prof. Michele Graziadei

Responsabile di redazione Dr. Domenico di Micco

Comitato di direzione /Steering committee

Gianmaria Ajani

Gianantonio Benacchio

Mauro Bussani

Raffaele Caterina

Rossella Cerchia

Silvia Ferreri

Antonio Gambaro

Bianca Gardella

Alberto Gianola

Michele Graziadei

Elena Ioriatti

Sabrina Lanni

Barbara Pasa

Barbara Pozzo

Marina Timoteo

Comitato scientifico internazionale / International advisory board

Jürgen Basedow

Pablo Salvador Coderch

James Gordley

Nicholas Kasirer

Duncan Kennedy

Hein Kötz

Horatia Muir Watt

Etienne Le Roy

Vernon V. Palmer

Reiner Schulze

François Terré

Jacques Vanderlinden †

Marcilio Franca Filho

Comitato editoriale / Editorial board

Domenico di Micco

Lorenzo Bairati

Giovanni Boggero

Marco Giraudo

Geo Magri

Sabrina Praduroux

Federico Riganti

Shaira Thobani

Contacts

info@isaidat.org - www.isaidatlawreview.org

ISSN: 2039-1323

Isaidat Law Review is supported by ISAIDAT - Subalpine Institute for the Analysis and Teaching of Transnational Affairs Law, under the patronage of the Accademia Nazionale dei Lincei.

Isaidat Law Review è sostenuta da ISAIDAT - Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali, ente di ricerca con il patrocinio dell'Accademia Nazionale dei Lincei.

Indice

Jurists and the Law

Il codice di chi?, <i>Rodolfo Sacco</i>	5
Some remarks on lawyers' use of knowledge. Charting a course, <i>Marco Giraudo</i>	13

Humans in the Eyes of the Law

Questions about intersections: Latin American feminist approaches to multiple oppressions, <i>Isabel C. Jaramillo</i>	23
Le droit de famille et le droit privé en Italie : Le cas de la responsabilité extracontractuelle en famille, <i>Bianca Gardella Tedeschi</i>	29
Derecho a la identidad personal y otros intereses existenciales del ser humano: un viaje por la doctrina italiana, <i>Sonia Lidia Quequejana Mamani</i>	45

The contract, the market, the law

Geo-blocking, <i>Mateusz Badowski</i>	61
---	----

IL CODICE DI CHI?

*Rodolfo SACCO**

L'humanité a connu et connaît encore de nombreuses façons d'établir des règles. Parmi celles-ci, une place centrale mérite certainement celle des codifications. Et où en sommes-nous dans la parabole des codes ? S'agit-il d'une époque dépassée ou est-elle plus à la mode que ce que pensent de nombreux juristes ?

Et le code conduit inévitablement au problème de son interprétation.

Quelle est la règle confiée au code ?

L’umanità ha conosciuto e conosce molti modi per fare le regole. Tra questi, un posto centrale merita certamente quello delle codificazioni. E a che punto siamo nella parabola dei codici? È forse un’età finita o, forse, è persino più in voga di quanto molti non pensino?

E il codice porta inevitabilmente con sé il problema della sua interpretazione. Qual è la regola che davvero sta nel codice?

1. INTRODUZIONE

Nell’anno in cui anche la Cina si dota di un proprio codice civile, sono lieto di condividere qui alcune riflessioni che – non senza un po’ di malriposta speranza – auspico possano raggiungere anche il legislatore. Anche il codificatore.

Anch’io infatti, in altri tempi, ho codificato. Nel 1972 la Somalia, diventata indipendente¹, creò una commissione a cui fu affidato il compito di redigere un progetto di codice civile. Mi ritrovai ad essere membro di quella commissione e, in particolare, ricevetti da quella l’incarico di stendere un progetto preliminare, cosa che io feci. Ma quando ormai mi preparavo a presentare il mio avanprogetto, l’autorità politica somala sciol-

* Professore emerito nell’Università di Torino, Rodolfo Sacco è socio nazionale dell’Accademia dei Lincei ed è membro di numerose altre Accademie e associazioni scientifiche tra cui l’Institut de France (Académie de sciences morales), l’Accademia Europea, l’Accademia delle Scienze di Torino, l’Istituto Lombardo (accademia di scienze e lettere), l’International Academy of Comparative Law. Dal 2003 al 2006 è stato presidente di IALS, International Association of Legal Sciences (organo dell’UNESCO per le scienze giuridiche).

È dottore Honoris Causa delle Università di Parigi II, di Tolone, di Ginevra e dell’Università Mc Gill (Montreal, Canada).

¹ Già sul finire dell’Ottocento, gli Inglesi e gli Italiani iniziarono ad acquisire il controllo di gran parte della costa somala, finendo così per creare i protettorati della Somalia britannica nel nord e della Somalia italiana al centro e al sud. Nel 1936, la Somalia italiana fu fatta confluire nell’Africa Orientale Italiana e rimase tale, amministrativamente parlando, fino al 1941, quando passò sotto il controllo militare britannico. Dopo la fine della seconda guerra mondiale, il nord del Paese rimase protettorato britannico, mentre la restante parte fu affidata ad una amministrazione fiduciaria italiana che, tra le altre cose, vi impiantò anche un’Università. Nel 1960, le due regioni si unirono nella Repubblica Somala, finalmente indipendente. Il 1969 vedrà il colpo di stato del maggiore Mohammed Siad Barre porre fine a quella breve esperienza.

se la commissione, decidendo, al contempo, di affidare la codificazione a giuristi di fede islamica. Così finì la mia – breve – esperienza di codificatore.

Tuttavia, questi precedenti ben dimostrano la mia fiducia nella possibilità e nell'utilità del codice. Questo mi contrapponeva, invero, e forse ancora mi contrappone, ad alcuni colleghi. Penso in particolare a Natalino Irti, autore, molti anni fa, di un'opera molto citata², in cui sosteneva che la codificazione – soprattutto quella del diritto civile – non sarebbe più praticabile e che, comunque, non sarebbe più fruttuosa per una serie nutrita di ragioni.

Il diritto civile, secondo lui, avrebbe perso la sua centralità nel sistema giuridico delle nostre società perché avrebbe ceduto il suo posto alla Costituzione, al diritto amministrativo, al diritto del lavoro, e così via. A tutto ciò, si aggiungerebbe poi il fatto che ciò che resta del diritto civile sarebbe regolato, più che dalla volontà di un legislatore dotato di una superiore autorità, mediante trattative e accordi conclusi dagli enti, dalle categorie e dalle forze via via interessate (organizzazioni territoriali, economiche, politiche, confessionali). Aggiungiamo poi che là dove la legge interviene, essa non ha più il carattere di generalità e astrattezza che la contraddistingueva un tempo: ogni regola generale è infatti fronteggiata da quantità sempre crescenti di deroghe ed eccezioni. A tutto ciò si aggiunga infine il fatto che il codice trova una sua ragion d'essere laddove sia ispirato da idee centrali e per questo unificanti. Nel secolo XIX, queste idee furono la proprietà e la libertà contrattuale; e oggi, proprio queste idee sono invero corrose in nome di valori collettivi, sociali, o votati allo scopo di proteggere il cittadino dalla sua propria impreparazione, dalla sua debolezza, dai suoi errori.

Ma è davvero un quadro così fosco quello che vive oggi la codificazione?

2. IL FERMENTO DEI CODIFICATORI

Pochi anni dopo, nel 1982, la International Academy of Comparative Law riunì a Caracas i giuristi di tutto il mondo per discutere il tema: «La codificazione, forma superata di legiferare?». Fu affidato a me il compito di curare la relazione italiana sul tema.

Per trattare il tema, presi le mosse da un dato di fatto. Negli ultimi trenta anni erano entrati in vigore – qua e là nel mondo – ben quarantasette codici civili (fra cui gli *Osnovy* dell'Unione Sovietica, l'*opčansky zákoník* cecoslovacco, e i codici greco e portoghesi), e nel momento in cui parlavo anche i Paesi Bassi e il Québec stavano codificando e molti pensatori autorevoli auspicavano che venisse anche codificato il diritto civile di quei Paesi che non avevano ancora compiuto tale passo: ad esempio, della Scozia. Neanche a dirlo, tra i quarantasette codici appariva anche quel codice somalo che avrei dovuto redigere io stesso.

Da allora sono passati quarant'anni. E, oggi, persino la Cina si è dotata di un codice civile³.

² N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

³ Il codice civile cinese è stato approvato dall'Assemblea del Popolo il 28 Maggio del 2020 ed è entrato in vigore il 1 Gennaio 2021. A ben vedere però la storia della codificazione in Cina è assai più lunga e assai più complessa. Superata infatti non senza difficoltà una certa riluttanza culturale, diversi tentativi di codificazione fallirono piuttosto malamente già nei primi decenni del Novecento. Sarà poi il 1931 a vedere l'approvazione di un Codice civile che rimarrà però scarsamente applicato e, in seguito alla nascita della Repubblica Popolare Cinese nel 1949, resterà in vigore - per così dire "confinato" - nella sola Taiwan. Il neonato codice civile cinese è disponibile in una traduzione italiana *Codice civile della Repubblica Popolare Cinese*, O. Diliberto, D. Dursi, A. Masi, (a cura di), Pisa, 2021.

Da tutto ciò, un'evidenza, vera ieri come oggi: se le istituzioni codificano, è difficile disconoscere la possibilità, l'utilità e la funzionalità del codice. E l'analisi delle argomentazioni di Irti mi permise già allora di rafforzare questo giudizio.

Naturalmente, partendo da qui, ci possiamo porre un'ulteriore domanda: qualsiasi Paese può codificare? Vale a dire, si può codificare in qualsiasi situazione culturale, politica, sociale, economica?

Io credo che si possa dare a questa domanda una risposta suggerita dalla logica e confermata dall'esperienza (nel mio caso, ormai, quasi centenaria!).

In primo luogo: per fare un codice veramente nuovo, che rompa con il diritto e con la prassi precedente, bisogna che nel Paese in questione brilli un grande teorico o fiorisca una scuola omogenea, capaci l'uno e l'altra di esporre in modo ordinato e intellegibile le regole del diritto. Si pensi a Domat e Pothier che prepararono la strada per il Code civil francese. Si pensi a Savigny, Arndt, Dernburg, Jhering, Crome, Windscheid che prepararono la strada per il bürgerliches Gesetzbuch tedesco.

Eppure, nella maggior parte dei casi, un codice civile non è creato sulla base del pensiero nazionale. Al contrario, in genere si prende un codice straniero giudicato buono e lo si traduce. Il Code civil fu infatti imitato in Italia, in Polonia, nell'Egitto e negli altri Paesi di lingua araba, in Paesi di lingua castigliana o portoghese.

Altre volte, più rare, il codice viene invece in essere cristallizzando lo stato della giurisprudenza quale si presenta nel momento della redazione del testo. Ma questo richiede un alto livello di dialogo tra i formanti, un alto prestigio delle corti e una capacità organizzativa e sistematica non comuni.

In ogni caso, in tutte e tre le ipotesi, le Nazioni, e i legislatori che queste mettono al lavoro, si rivolgono con fiducia al diritto codificato. E chi redige un codice sa di avere al proprio fianco la teoria delle fonti del diritto, la sociologia, la storia recente. E non è poco.

3. IL CODICE, IL CONTENUTO, IL SUO INTERPRETE

E così nasce dunque il codice.

È stato pubblicato, è entrato in vigore, le sue regole condizionano i giudici che gli daranno applicazione. E proprio qui arriva il nostro interprete.

Il giudice ha davanti a sé il testo, e lo interpreta. Ma il discorso vale, in modo più generale, per ogni interprete; vale in particolare per il professore, il quale interpreta la legge e poi trasmette il suo pensiero, la sua interpretazione allo studente, cioè al giudice di domani.

In ogni caso, nel momento dell'interpretazione il sapiente è solo. Nel senso che non può comunicare con il legislatore. Il giudice può infatti consultare il sapiente (il quale fa conoscere il proprio pensiero mediante i suoi scritti), ma non può consultare il legislatore.

Il giudice conosce quindi la regola del diritto attraverso il testo scritto.

E il testo è davvero in grado di indicargli in modo univoco il contenuto della norma? Il testo ha davvero un significato oggettivo univoco?

Se cento giudici leggono quella data legge, saranno sempre tutti d'accordo nel fissarne il significato? O, piuttosto, potrebbe capitare che giudici diversi trovino nella legge significati diversi? O, allo stesso modo, che anche un singolo giudice, posto di fronte al testo, possa ritenere che le interpretazioni possibili siano più di una? O, infine, persino che fattori ed elementi diversi dal testo possano influire sulla sua interpretazione?

L'interpretazione del testo, e i problemi pratici e teorici che essa suscita, attirano invero da molto tempo l'attenzione degli studiosi, anche dei non giuristi. Religioni molto diffuse insegnano che la verità si trova scritta in testi, il cui contenuto è stato rivelato da Dio; e ovviamente i maestri del pensiero religioso si pongono i problemi teorici relativi all'interpretazione del testo. La scienza che riguarda l'interpretazione di messaggi contenenti dottrine o precetti è chiamata ermeneutica. Più in generale, la scienza che riguarda la correlazione fra la parola e il significato si chiama semantica o semiologia.

Ma l'ermeneutica giuridica non è mai stata in grado di insegnare al giurista un *criterio* per riconoscere il significato vero e corretto del testo e distinguerglielo dalle interpretazioni erronee. La semantica ci dà i lumi per individuare il significato della parola solo quando alla parola corrisponde in modo riconoscibile il cosiddetto *referente*, ossia il reale indicato dalle parole. Dico *elefante* e il referente della parola è l'elefante. Ma i termini giuridici non hanno referenti.

Ormai da più di settant'anni – e soprattutto da quando parlo di un «diritto muto⁴» – porto la mia attenzione sul fatto che dati normativi non espressi, impliciti, sottintesi, talora inconsci, concorrono con le parole scritte per creare la norma.

Un secolo fa molti giuristi credevano invece che il testo avesse un significato oggettivo univoco, e che un interprete, purché capace di evitare errori, fosse in grado di scoprire questo significato. Oggi questa illusione è pressoché scomparsa⁵.

Il significato unico del testo è un'illusione.

Il significato oggettivo del testo è anch'esso una illusione.

Il significato del testo è quello che gli assegna il soggetto che si misura con il testo. Nel momento della creazione del testo, il significato è quello pensato dal redattore (se il testo è redatto da un collegio, i significati possono variare da un membro all'altro dell'assemblea). Nel momento dell'applicazione della norma, il significato è invece quello pensato (con totale sicurezza, o in mezzo a grossi dubbi) dall'interprete.

4. GLI OCCHI DELL'INTERPRETE

Il pensiero e la volontà del legislatore sono dunque oramai lontani, sono estranei.

L'interprete conosce il testo. In qualche caso avrà anche informazioni sul pensiero dell'autore del testo. Ma non si può certo dire che egli abbia davanti a sé la mente dell'autore. Oltre a ciò, la dottrina delle fonti ci insegna che la norma è valida se è promulgata e pubblicata, e solo il testo (e non, la volontà del suo redattore) è stato promulgato e pubblicato.

Ciò che dico non deve spaventarci.

Fattori imponenti assicurano una significativa omogeneità tra il pensiero del legislatore e quello dell'interprete, e l'omogeneità nel pensiero dei mille e mille interpreti.

Essi parlano una medesima lingua, e ciò significa che nella normalità dei casi sono abituati a dare a quella parola quei dati significati e non altri. E tra loro operano ancora altri legami.

L'ermeneutica indica all'interprete le vie da seguire per trovare il significato corretto del testo. Anche la dottrina che credeva nel significato oggettivo della dichiarazione sviluppava una teoria dei «mezzi ermeneutici», mediante i quali l'interprete identifica la volontà del legislatore: la storia, lo scopo – ossia la funzione della norma –, i dati socio-logici, la correlazione che lega ogni norma al sistema giuridico cui appartiene.

⁴ R. SACCO, *Il diritto muto*, Bologna, 2015; Id., “*Mute Law*”, The American Journal of Comparative Law, vol. 43, no. 3, American Society of Comparative Law, 1995, pp. 455-467.

⁵ ID., *Il concetto di interpretazione del diritto*, Torino, 1947; rist., [2003].

Ma questo sapere, rivolto alla storia, alla società, alla funzione del diritto, ha come oggetto dati estranei al testo, preesistenti ad esso. Si dice all'interprete che deve conoscerli; si tace che sono dati extra-testuali, che condizionano il valore del testo, che incidono su esso; si tace che, utilizzati per scoprire il significato del testo, in realtà contribuiscono a creare il significato della norma; operando insieme con il testo, concrezano la norma. Se il testo è la fonte del diritto per eccellenza, se è la fonte primaria, quegli altri fattori hanno anch'essi l'effetto proprio delle fonti (qualcuno li chiama «fonti secondarie»).

Dobbiamo allora domandarci se la presenza attiva di questi fattori, presenti nella mente dell'interprete, possa creare caotiche disparità nell'interpretazione, in ragione del numero e della varietà degli interpreti. E naturalmente noi risponderemo che la cultura degli interpreti ha un certo grado di omogeneità, e che gli interpreti possono anche sorvegliarsi per evitare che differenze culturali facciano scoppiare conflitti troppo laceranti.

È però bene tener presente ciò che ci insegnava ancora una volta l'esperienza. Essa ci offre due dati indiscutibili.

Il primo dato è questo. Gli interpreti elaborano soluzioni plurime e contrastanti; infatti due opere di dottrina, dovute ad autori diversi, recano contraddizioni significative; del pari, una data corte suprema talora muta giurisprudenza. Ma questi interpreti sono portatori di una cultura unica, o, comunque, di culture compatibili. In tutti i casi storici noti, ciò è stato sufficiente per evitare una gestione del diritto troppo arruffata e caotica.

Veniamo al secondo dato. Lo storico ci può ben insegnare che le Pandette di Giustino (insegnate nelle Università per sette secoli consecutivi) hanno subito interpretazioni variabili. Il progresso del pensiero giuridico produsse un'instancabile evoluzione del diritto applicato, e non c'è motivo di rammaricarci se ciò è avvenuto. Più recentemente, nei due secoli lungo i quali si è protratta l'applicazione del Code Napoléon, l'interpretazione di taluni articoli o la ricostruzione di talune norme che si trovano alla base di date soluzioni è mutata con il succedersi di ogni nuova generazione. Per esempio, la norma per cui l'atto di disposizione dell'erede apparente è efficace nei confronti del terzo di buona fede è stata ricostruita in sei modi diversi dalle sei generazioni di giuristi che si sono applicati al problema.

Da quando è noto che il senso del testo non è oggettivo, è diventata centrale, nella teoria generale del diritto, la figura dell'interprete.

Noi possiamo parlare di «un interprete», al singolare, perché per un momento trascuriamo le differenze che possono esistere – ed esistono di fatto – nelle tante interpretazioni operate dai singoli giuristi.

Questo interprete svolge il suo lavoro ricorrendo alla propria cultura. La società ha cura di predisporre scuole in cui si forma l'interprete del diritto. Ma, a ben vedere, anche prima di frequentare queste scuole, il futuro interprete comprende cosa dice il diritto. A questo proposito, si è parlato di una «*Vorverständnis*», cioè di una precomprensione del diritto, di una conoscenza delle regole, anticipata rispetto alla lettura del testo. Ebbene, questa conoscenza previa è in larghissima misura comune a tutti gli interpreti, anche se poco istruiti e poco perspicaci. Essa è visibile senza il minimo sforzo, visibile anche dalla persona meno preparata, non tanto nei riguardi di «ciò che, in quell'ordinamento, è norma», quanto nei riguardi di «ciò che, in quell'ordinamento, non è - e non sarà mai - norma». Anche l'uomo della strada sa, senza aver mai letto il testo, che il venditore non deve pagare il prezzo al compratore, sa che è proibito sfondare la finestra del pianterreno di una casa non nostra, entrare nella casa, cercare il denaro e portarlo via, sa che durante l'udienza civile è proibito prendere a schiaffi il giudice.

L'interprete porta con sé la propria precomprensione, porta con sé la propria cultura; l'interprete preparato (giudice o avvocato) porta con sé il sapere cui anni di studio e di esperienza gli hanno dato accesso.

E come opera questo interprete, una volta posto davanti al testo?

Egli prenderà posizione di fronte ai problemi che pone la lingua del testo.

Egli soppeserà regole extra-giuridiche, parallele al diritto (regole etiche, per esempio) o sentimenti che sospingono a favore di soluzioni date.

Egli si misurerà con realtà correlate al diritto come l'interesse dei soggetti, la funzione della norma, i valori.

La lingua pone all'interprete problemi molto interessanti.

Innanzitutto, egli sa che esiste una lingua specialistica giuridica, diversa dalla lingua che adoperiamo per i bisogni comuni. Ma può avvenire che la legge sia redatta nella lingua dei bisogni comuni⁶. Può avvenire che la lingua giuridica di un Paese contenga in sé due diversi reticolati. Ciò è avvenuto in Italia, perché nel XIX secolo gli Italiani hanno modellato la loro lingua giuridica ispirandosi a quella francese, ma alla fine di quel secolo hanno introdotto una rete di vocaboli ispirati al sistema concettuale tedesco, e così alcune parole hanno avuto due significati⁷.

L'interprete conosce regole tradizionali, che suggeriscono come utilizzare la lingua. Ma queste regole sono malsicure. Esiste il criterio secondo cui «là dove la legge ha voluto, l'ha detto; se non ha parlato, non ha voluto». Ma esiste anche la regola opposta, secondo cui «se la ragione del decidere è identica in due ipotesi, anche la soluzione è identica».

La pagina più appassionante di tutta la teoria dell'interpretazione riguarda il peso dei dati extra-giuridici.

Osserviamo che talora è il testo legale stesso a far rinvio a valutazioni deontiche affermatesi nella società. Ecco il rinvio a *good faith*, a *good morals*, a *public policy*.

Ma negli ultimi cento anni ha avuto uno sviluppo imprevisto il ricorso a dati cui il legislatore non dedica richiami esplicativi, perché ai suoi tempi la dottrina insegnata nelle scuole non formulava discorsi specifici. Vediamo di che si tratta.

L'interprete è dotato di ragione, non può credere che il legislatore si allontani dalla ragione, pre-comprende che il diritto è conforme alla ragione. Sa che l'invocazione della ragione è stata alla base del diritto che si è affermato con le rivoluzioni francese e americana; la giustizia è apparentata con la ragione. È del tutto evidente che l'opera e la ricerca dell'interprete saranno guidati e sorretti dal suo amore per la giustizia (dall'amore per la sua visione della giustizia, dalla visione della giustizia che la sua cultura gli ha donato). Questa giustizia impone l'applicazione di un trattamento giuridico, previsto espressamente per un'ipotesi, ad una classe di ipotesi lata, latissima. Questa giustizia consente anche di restringere un trattamento giuridico per disapplicarlo a soggetti che meritano protezione (ad es. i disabili, i malati).

L'interprete trova poi, nello scibile extra-testuale (giuridico o non giuridico) insegnamenti, criteri, che gli faranno meglio conoscere lo strumento giuridico cui il testo intende dare applicazione, e la realtà sociale cui la norma deve applicarsi.

Ecco l'interprete illuminato dalla storia (specialmente dalla storia del diritto). Ecco l'interprete comparatista, ammaestrato dal diritto dei Paesi simili al suo. Ecco l'interprete che sa analizzare criticamente la realtà sociale (la politologia, l'economia gli hanno offerto i dati necessari).

⁶ Esempi storici: il codice civile montenegrino del 1888; il codice civile per la cosiddetta Repubblica Democratica Tedesca-D.D.R.-del 1975.

⁷ Il comparatista sa bene, ad esempio, che *nullo* talvolta significa *void* e talaltra *voidable*.

5. IL CODICE DEL LEGISLATORE O IL CODICE DELL'INTERPRETE?

Poco fa ho detto che l'interprete si misura con realtà correlate al diritto.

Il diritto non è fine a se stesso. La norma giuridica impone obblighi e assegna diritti per tutelare interessi dati e negare protezione a interessi non meritevoli. Tutela la salute (e quanto l'abbiamo visto in questi terribili anni di pandemia da Covid-19!), la diffusione della cultura, l'economia. Scoraggia la creazione del rischio, l'imprevidenza, la sopraffazione.

La norma è concepita sempre in vista di uno scopo, ad essa è affidata una funzione, un compito. La regola che salvaguarda la libera concorrenza e, in generale, la regola che tutela l'autonomia privata, vogliono impedire che il cattivo produttore prevalga sul produttore valido. La regola che in taluni casi colpisce il contratto usurario vuole difendere il mercato da alcune cause perturbanti (ipotesi del contraente male informato, costretto, e così via).

Da qualche tempo l'interprete ha preso in esame un dato sicuramente significativo: il valore tutelato dalla norma. E ora il giurista riflette sui compiti del diritto, chiamato a difendere la dignità umana, il libero uso della propria lingua, la gestione della propria vita fatta in conformità con la propria cultura (anche se minoritaria, anche se legata a una società sottosviluppata), specialmente in conformità con la propria fede religiosa.

Ho parlato di interessi, di finalità. È noto che nel secolo scorso un movimento scientifico, sviluppatosi in Germania, e battezzato *Interessenjurisprudenz*, sostenne che il diritto doveva essere conosciuto, studiato, analizzato esclusivamente attraverso gli interessi (talora contrapposti) che esso tutela.

È altrettanto noto che un secolo prima, sempre in Germania, un grandissimo giurista, Jhering, inserì nelle basi stesse della teoria generale del diritto i richiami alla finalità della norma. Si parla, a questo proposito, di una visione teleologica del diritto.

Ora osserviamo che non si deve pensare che il giurista disposto a rivolgersi allo scopo della norma, agli interessi meritevoli di protezione, ai valori riconosciuti dall'ordinamento trovi disponibili indicazioni precise e univoche, facilmente consultabili e praticabili, capaci di stabilire la corretta applicazione della norma. Quando consideriamo lo scopo del diritto, ci troviamo di fronte lo scopo di quella singola regola, lo scopo di quell'istituto cui appartiene la regola, lo scopo del diritto in generale. Quando parliamo dello scopo della norma, dell'interesse tutelato dalla norma, del valore che ispira la norma parliamo di dati altrettanto difficili da individuare e ricostruire quanto è difficile individuare e ricostruire il significato del testo.

Io, interprete; io, legislatore mancato, mi rivolgo quindi qui ai giuristi di oggi e di domani che vedo nella veste di legislatori, e dico loro quel poco che credo di sapere sul legislatore e sull'interprete.

Il legislatore *crede* di creare il diritto. In realtà, *egli crea un testo cui altri uomini daranno un significato o più significati*.

L'interprete sarà leale (o così almeno si spera!), si accosterà al testo con l'intenzione di scoprirne i segreti, di scoprirne i significati, di far suo, per intiero, il pensiero e la volontà del legislatore.

Ma per far ciò, l'interprete ricorrerà a ciò che sa sul significato delle parole. E l'interprete è dotato di un suo proprio sapere, di una sua propria morale, di una sua propria esperienza: in una parola, è dotato di una cultura. E, anche se volesse, non potrebbe mettere a tacere questa sua cultura. Armato di questa cultura, egli donerà al testo un significato.

L'interprete vede nel redattore del testo un'autorità. Il legislatore sappia vedere nell'interprete l'operatore che, con il soffio del proprio sapere, dà vita al testo.

E, infine, l'ultimo dato. Il legislatore è sempre un maestro. L'interprete è un giudice; un giudice che ieri era studente; un giudice, il cui sapere gli fu donato dal maestro.

SOME REMARKS ON LAWYERS' USE OF KNOWLEDGE

Charting a course

*Marco GIRAUDO**

Drawing on Guido Calabresi's intellectual example, this article outlines law as lawyers' use of knowledge framework to explore the ways law adapts to uncertainty and new phenomena. It is the outset of a theory to analyze the role played by the tacit dimension of lawyers' use of knowledge, during periods of widespread uncoordinated discovery of new legal phenomena. Such an approach focuses on the way lawyers use dispersed bits of knowledge across various domains of social sciences, by integrating them into meaningful models of the world to be used for the adjudication of legal entitlements over new objects. It is a step towards the exploration of potential instability affecting legal formants used to make sense of newly emerging realities. The learning processes at the core of the lawyers' use of knowledge might generate unexpected instability of the prevailing legal rules for new social and legal relations. A failure to acknowledge such a systemic insecurity in a time of change could result in dangerous legal instability and jeopardize the legitimacy of lawyers' independence in the eyes of society at large.

Guardando all'esempio intellettuale di Guido Calabresi, questo articolo riflette sul diritto qui inteso come uso della conoscenza da parte dei giuristi, per esplorare come esso si adatti all'incertezza e ai nuovi fenomeni. L'intento è quindi quello di analizzare il ruolo giocato dalla dimensione tacita dell'uso della conoscenza da parte dei giuristi, rispetto alla scoperta diffusa e non coordinata di nuovi fenomeni giuridici. A tal fine ci si concentrerà allora sul modo in cui i giuristi usano frammenti di conoscenza dispersi in vari domini delle scienze sociali, integrandoli e riorganizzandoli di fatto in modelli utili per costruire la qualificazione giuridica di nuovi oggetti e fenomeni. Questo articolo vuol essere quindi un passo verso l'esplorazione della potenziale instabilità che colpisce i formanti, usati anche per dare senso alle nuove realtà emergenti. I processi di apprendimento che sono al centro di un uso instabile della conoscenza da parte dei giuristi potrebbero generare infatti anche un'instabilità inaspettata delle regole giuridiche prevalenti, applicate alle relazioni sociali e giuridiche. Il mancato riconoscimento di una tale incertezza sistematica, ancor più in un periodo di cambiamento, potrebbe risultare in verità in una pericolosa instabilità giuridica e mettere di fatto in pericolo la legittimità dell'indipendenza dei giuristi agli occhi della società tutta.

* Marco Giraudo is postdoc in law and economics at Collegio Carlo Alberto and University of Turin. He wishes to thank G. Russi for precious insights and suggestions over the years.

1. INTRODUCTION

In a time of theoretical and practical creative disruption elicited by tumultuous innovation, the need for interdisciplinary approaches and analysis is all the more needed. In recent years, authoritative research programs have been outlined, with the aim of expanding the intellectual weaponry to the avail of jurists to explore the normative implications of newly emerging orders of action.¹ The lawyers' ambition is to match the rise of new forms of power relations in society with an adequate and robust order of rules to preserve pluralism so as to avoid social conflicts.

Law is incomplete in the face of new realities and central planners cannot keep the pace of change in the order of actions. In such a scenario, courts are the ultimate keepers of the legal system and the guardians of the prevailing order of legal rules and the values thereby embedded. Their failure to counter new forms of power and coercion made possible by technological advancements would spell the demise of the order of liberties and rights as we know it. This article shares preliminary remarks on the practical importance of interdisciplinary analysis and tools to make sense of new phenomena, to allow creative use of existing legal materials and gear jurists up with adequate "means of action".²

As it happens in any social process, the role of exemplars in guiding participants' actions is as important as the role of shared beliefs and intrinsic motivations.³ The republic of jurists is no exception⁴. This is why this short essay reflects on the figure of Guido Calabresi as a forerunner of current research agendas, as he inaugurated a value-driven interdisciplinary endeavor by enlarging lawyers' analytical and normative tools to govern newly emerging phenomena.

His whole scholarship sends a word of caution against the dogmatic use of economic and legal theory in order to maintain dialogue between bordering disciplines. The cost of hyper specialization and formalism would be the loss of substantial insights as well as the forfeiture of any chance to properly address emerging relevant issues in modern societies. In fact, the lack of adequate expanded theories of the law would mean the lack of theoretical instruments of action to defend rights and liberties in new contexts.

From his perspective, disciplinary boundaries are porous and their crossing is allowed as long as it ensures a desirable solution for specific issues.⁵ In this view, he assimilates all systems of knowledge as potential sources of epistemic borrowings insofar as they supply effective explanations of facts and justification for normative solutions. An eclectic approach that is key to access the "world as lawyers see it" which is the reference point for his reflections around the law.⁶

¹ S. GRUNDMANN, H. MICKLITZ, M. RENNER, *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*. Cambridge, 2021.

² Law is a mediated action, where theoretical explanation of practical decisions is essential to justify legal rules being applied. See M. GRAZIADEI, 'Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge', *Theoretical Inquiries in Law*, 10 (2), 2009, pp. 723–743.

³ See C. ENGEL, "Learning the law", *Journal of Institutional Economics*, 4: 3, 2009, 275–29.

⁴ S. HARNAY, A. MARCIANO, *Intellectual property rights and judge-made law. An economic analysis of the production and diffusion of precedent*, in Porrini D, Ramello G (eds) *Property rights dynamics in third millennium: a law and economics perspective*, London, 2006, pp. 198–218.

⁵ G. CALABRESI, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, 55 Stan. L. Rev. 2113, 2003; Id., 1991, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, 100 YALE L.J. 1211, 1224.

⁶ See G. CALABRESI, *The Future of Law and Economics*, Yale University Press, 2016.

The cooperation between epistemic groups enlarges what a comparative lawyers would call the pool of legal formats available, in order to elaborate “expanded theories” of the law.⁷ Such an openness to multi-disciplinarity allows the interpreter a deeper understanding of “the unanalyzed experience of the human race”.⁸

This short note simply pays a tribute to Calabresi’s courage to engage in creative interdisciplinary research without alienating economists or positivist lawyers; an attitude which he has preserved throughout his career.

It is inspired by Calabresi’s intellectual courage in unveiling the personal dimension underlying lawyers’ understanding of the “cathedral of law” as a cultural artifact of their mind⁹, whereby shared values, beliefs and intuitions define the way lawyers’ see it. With the same spirit, this article develops a few reflections on law *as lawyers’ use of knowledge* as a framework to share some remarks on how law evolves amid incomplete rules and uncertainty. The celebrated proposition, “We know more than we can tell” is also true in the province of the law.¹⁰ In this sense, Calabresi’s scholarship is a mind opening journey through such a tacit dimension of lawyers’ legal knowing, which is the ultimate feature of the human dimension of the law.

2. IN PRAISE OF CALABRESI’S TACIT USE OF KNOWLEDGE

Since his first article in 1961, Guido Calabresi has been conducting legal analysis in a way that demonstrates his willingness to sacrifice technically accurate terms to facilitate participation in the discussion of societal changes that affect both the economy and the law. For instance, his “sloppy” usage of economic terms such as “costs” is justified by the attempt to communicate with lawyers and facilitate the use of economic knowledge within the legal profession. Loose use of economic terms does not mean “inaccurate” or “unsound”.¹¹ Instead, Calabresi “translates” juridical thoughts to foster their integration with other knowledge and enable the study of complex phenomena.

As a hermeneutical effort, law is concerned with accommodating facts and rules into meaningful and coherent courses of action, even when such a reconstruction is not straightforward. Legal decision making is a case-oriented activity, when lawyers use the combination of various variable-oriented knowledge borrowed from bordering disciplines they need “intellectual coordination devices” to accommodate them into coherent intellectual models.¹² In fact, interdisciplinary *must work*, when formal inconsistencies

⁷ R. SACCO, (1991) Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II) *The American Journal of Comparative Law*, 39(1):1-34.

⁸ *ivi*, p. 97.

⁹ Indeed, the metaphor at heart of one of the most successful articles in history of legal scholarship describes the law as a collection of possible pictures of a cathedral. Law as an artwork, law as the produce of creative tacit use of materials tools. See CALABRESI, MELAMED (1972), *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of The Cathedral*, *Harvard Law Review*, 85(6):1089.

¹⁰ See M. POLANYI, *The Tacit Dimension*, London, 1966.

¹¹ See Calabresi’s presentation of his own research method, “I have tried throughout this article to write in a way noneconomists can understand. As a result, I have let my terms become remarkably sloppy from an economists’ standpoint. Misguided though I may be, I feel sure some of this is essential. Therefore, learned brethren, be gentle if at times you see things termed “costs” you would not recognize as “costs,” or as “profits” things you would surely term “costs.” CALABRESI, (1961). *Some Thoughts on risk distribution and the law f Torts*, *Yale Law Journal*, 70 (4), Footnote n.4 p 500.

¹² C. ENGEL, “*The Difficult Reception of Rigorous Descriptive Social Science in the Law*”, in N, Stehr, B, Weiler (eds), *Who Owns Knowledge? Knowledge and the Law*, London, 2008.

arise they shall be tacitly accommodated into a coherent view of the legal world.¹³ Logical and coherent justification is often a good substitute for scientific accuracy of the inferences upon which the decision is made insofar as it is “adequate enough” to explain the use of a legal rule.¹⁴ That is true up to the point that “judicial overstating” of extra-legal propositions is widespread.¹⁵

In this respect, Calabresi's scholarship is a perfect illustration of how the “connectionist cognitive architecture” and “coherence-based reasoning” guide the use of new knowledge in the face of a newly emerging reality to be legally categorized.¹⁶ Premises and facts, choices and knowledge progress bi-directionally in legal decision-making, meaning that legal rules announced in decisions are influenced by lawyers' knowledge of the underlying facts which themselves influence lawyers' views in return. In this context of discovery and limited knowledge “decisions are made effectively and comfortably when based on coherent mental models”,¹⁷ even when these models are not provided by the official legal sources of the law.

The ability to integrate pieces of knowledge into coherent mental models is a central aspect of decision making in law for it allows to conform and bring to unity a seemingly chaotic reality. Once these coherent models are embedded in legal decisions, their adoption is favored by group dynamics,¹⁸ whereby models of the world embedded in precedents unconsciously become the factual reference for further legal decisions¹⁹. Hence, it is crucially important to observe how lawyers integrate dispersed pieces of knowledge about newly emerging realities into legal decisions and doctrines. These models about the extra-legal world will become the premises upon which lawyers' normative views as a collective will be shaped and legal rules will be framed.

In fact, law means legal texts and language “in context” and the way context is explored shapes lawyers' actions as much as the legal texts themselves. If lawyers gain effective command of bordering disciplines to explore the implications of new realities as well as to justify their creative use of existing legal materials, they will be more likely to have their legal innovations adopted by their peers and society at large. For thanks to such a richer intellectual artillery, they will better explore the implications of new realities as well as justify their creative use of existing legal materials.

The use of metaphors and narratives borrowed from bordering disciplines is essential in this respect, for they supply coherent models for pieces of reality that would otherwise go beyond the reach of legal knowledge.²⁰ Such hermeneutical tools allow judges to use legal rules in context beyond their original scope, thus metaphors and narratives become both instruments of exploration and of legal understanding of newly emerging realities. After all, Gestalt psychology suggests that the difference between the image of a charming woman and a witch does not depend on any external feature,

¹³ G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, Syracuse, 1985.

¹⁴ HELLER, MICHAEL, “The Dynamic Analytics of Property Law”, *Theoretical Inquiries L.* 2 (1):75-95, 2001; See also G. CALABRESI, *Reflections of a Torts Teacher on the Bench*, *J. Tort Law*; 11(2): 161–17.

¹⁵ See S. DAN, N. SCURICH, *Judicial Overstating*, 88 Chi.-Kent L. Rev., 2013, p. 411.

¹⁶ D. SIMON, “Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making”, 71 U. Chi. L. Rev., 2004, p. 511.

¹⁷ S. DAN, N. SCURICH, *Judicial Overstating*, 88 Chi.-Kent L. Rev., 2013, p. 411.

¹⁸ See J. R. MACEY, “The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis”, *Chicago-Kent Law Review*, 65(1), 1989, pp. 93–113.

¹⁹ See A. F. DAUGHEY, J. F. REINGANUM, “Stampede to Judgment: Persuasive Influence and Herding Behaviour by Courts”, *American Law and Economics Review*, 1, 1–2, 1999, pp. 158–189.

²⁰ See P. BROOKS, P. GEWIRTZ, eds., *Law's Stories: Narrative and Rhetoric in the Law*. Yale University Press, 1996; M. JHONSON, “Mind, Metaphore, Law”, 58, *Mercer Law Review*, 2007, pp. 845-861.

but on the way we cognitively combine scattered information into a meaningful image. Law is no exception, as it is the composition of many mediated actions based on shared expectations, beliefs about newly emerging phenomena.²¹ To properly address lawyers' selection of metaphors and narratives it is necessary to come to terms with the tacit and personal dimension of knowledge.

When Guido Calabresi was asked what the most important aspect of his legal education was, he replied, "I am a refugee!" fleeing from an autocratic regime.²² Such a personal and value driven posture constitutes the core of his legal thinking and scholarship.²³ His "mind-cracking neologisms",²⁴ metaphors, and narratives (e.g. the "evil deity", "the cathedral of the law", "moral costs") are great examples of his effort of imagination, of integration and of translation of relevant extra-legal knowledge. His allegories are an illustration of how fruitful such an approach can be.

Hence, the values entrusted with the lawyers and the court system become constitutive and decisive to understand how law develops and stabilizes with regard to new realities. In the face of uncertainty, judges' hunch is an essential component of legal decision making.²⁵ If necessary, they resort to "guess" possible outcomes to make the "great trade-off" between the many interests, values and rules that are involved in any decision.²⁶ The higher the uncertainty around newly emerging phenomena the greater the role of narratives, of expectations, and of beliefs as well as of the values thereby embedded. In such a framing process, in the long run substance and outcomes tend to prevail over formal stability and continuity based the protection of reliance.²⁷

Calabresi's "admission" of such a personal dimension of knowledge is by no means an anomaly in the broader context science. Science itself is a belief-guided social process based on the shared belief in the "power of thought and [the][...] obligation to cultivate the things of the mind."²⁸ In fact, in philosophy of science, there is growing consensus around the characterization of science as a social process that can be analyzed through the lenses of social epistemology. Scientific knowledge is a social achievement by groups of scientists that coordinate their activity through consensus and authority.²⁹ As the social epistemologist Philippe Kitcher puts it: "the chief epistemological problem of our day is to understand how to improve the knowledge-seeking endeavors of communities of investigators. [...] The philosophers have ignored the social structure of science (I should have said "the sciences")."³⁰ At the same time, for science not to be confined to each scientist's personal knowledge space, scientists must communicate their discoveries so that they can complement each other's contribution. To this end,

²¹ M. GRAZIADEI, *What Does Globalisation Mean for the Comparative Study of Law?*, in Journal of Comparative Law, 16:2, 2021, pp. 511-536.

²² See L. KALMAN, *Some thoughts on Yale and Guido*, Law and contemporary problems, 77(2), 2014, pp.15-43.

²³ G. CALABRESI, *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, cit.

²⁴ See G. CALABRESI, "Neologisms Revisited", 64 Md. L. Rev. 736, 2005, p. 741.

²⁵ C. M. YABLON, (1990) *Justifying the Judge's Hunch: An Essay on Discretion*, Hastings L.J., 41(2):231-279.

²⁶ See CALABRESI GUIDO (1991), *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, YALE L.J. 100, pp. 211, 1224.

²⁷ See GUIDO CALABRESI, (1985) *Ideals, Beliefs, Attitudes, and the Law*, op cit ; see also in general on the topic D. Kennedy, (1976). *Norm and Substance in Private Law Adjudication*, Harv. L. Rev. 89:1685-1697

²⁸ M. POLANYI, *The logic of liberty*, (1951), London, 2007.

²⁹ see M. POLANYI, "The Republic of Science: Its Political and Economic Theory", Minerva, 1, 1962, pp. 54-73.

³⁰ P. KITCHER, "The Importance of Social Epistemology", Journal on Research Policy and Evaluation, 01 March 2018, Vol.6(1); Id., *The Advancement of Science: Science without Legend, Objectivity without Illusions*, Oxford, 1991.

common standards of knowledge must be established, to help screen out unsound claims and integrate research results of different individuals and groups. The need for common standards should not hinder innovation and emergence of new domains of knowledge, thus a balance between consensus and optimal diversity must be achieved.³¹ In reference to that, Calabresi's gift to recombine standard economics and law with a personal touch is an effective illustration of how to balance innovation and a certain degree of shared standards within the discovery process of the law.

3. LAW AS LAWYERS' USE OF KNOWLEDGE

From a certain viewpoint, we could argue that Calabresi provides a powerful synthesis of two strands of legal scholarship, that have developed in response to the attack to the ideal of legal certainty staged by legal realists at the beginning of the XX century.³²

In fact, when legal realists resolved that "deduction does not solve cases, but only shows the effect of a given premise; and if there is available a competing but equally authoritative premise that leads to a different conclusion then there is a choice in the case"³³ they raised awareness on the existence of systemic discretion and contradiction within law. This led to the collapse of the ideal of legal certainty based on dogmatic assumptions and resulted in new definitions of the law, most of them influenced by the use of bordering disciplines – e.g. sociology, economics, psychology politics. Ever since, lawyers have recursively turned to extra-legal knowledge with oscillating enthusiasm to find certainty they lost in the law. Technology, economics, ethics (and lately Artificial Intelligence) are all examples of lawyers' transient collective illusion that law can find certainty again by interrogating neighboring disciplines. In fact, as A. Corbin acknowledged: "The less [jurists] know of economics and ethics and politics, the more likely [they] are to enjoy the illusion that in them we find certainty, or at least the illusion that certainty is just around the corner." (edit is mine).³⁴

As a general distinction, we may differentiate between two types of reactions to the fall of the myth of legal certainty. Some scholars began to investigate extra-legal disciplines concerned with the study of social reality in order to complement legal knowledge and solve its inner contradiction; an approach we will call *law as knowledge*. They concentrated on the quest for true and justified beliefs about the aspects of reality, which legal knowledge could not grasp to find guidance and criteria to conform the law to "objective criteria" rooted in social sciences. The main question became that of extending the "legally relevant" knowledge that may enable/constrains lawyers' actions and decisions. In fact, some scholars did not give up with the idea that - despite the acknowledgment of discretion and incompleteness - the ideal of legal certainty could be found "somewhere else". As L. Fuller pointed out, a certain group of legal realists held legal

³¹ Ivi

³² See for instance the legal realism à la Corbin: But it is impossible to prepare such a catalog. Millions of "situations" have not yet been passed upon at all, and we do not yet know enough to hazard a prediction or to formulate a rule. Society is going to use constraint in any "situations" not yet covered by our system of stated rules. A. CORBIN, "*What is a Legal Relation?*", Illinois Law Quarterly, 50, 1922, p 28.

³³ K. LLEWELLYN, (1931) "*Some Realism about Realism*", Harv. L. Rev., 44 1222, 1257. On the relationship between legal realism and the L&E movement is addressed in O. WILLIAMSON, Revisiting legal realism: the law, economics, and organization perspective, in S. Medema (ed.) Cosean economics: Law and Economics and the new institutional economics, Berlin, 1998.

³⁴ A. Corbin cited in G. CALABRESI, "*The future of Law and Economics*", Yale University Press, 2016, p 174.

certainty in the highest esteem and did not give up on the idea that judicial outcomes could be predictable. The illusion of finding it in the of-the-moment-fashioning neighboring discipline never ceased to lure legal scholars.³⁵ Their interest shifted to studying social consequences of legal decisions, as if consequentialism could provide firm and univocal answers to legal contradictions and gaps. They used to say, “To be ignorant of [law’s] effect is to be ignorant of its meaning [...], then, to know anything [...], we must proceed into these areas which have traditionally been conceived (save by the historical school) as not-law”.³⁶

In this sense, Llewellyn and other realists used to distinguish between: “(i) predictability of judicial decision, and (ii) ready availability of the materials upon which prediction is based”³⁷. According to them, knowledge “about extra legal arguments” and other methods of reasoning ought to be included in the lawyers’ domain (e.g. arguments of “policy”), in an attempt to downplay the implications in the “indeterminacy critique” at the core of the more extreme positions within legal realism.³⁸

By contrast, the second type of reaction to the demise of the ideal of legal certainty focused on legal agents’ motivations rather than on expanding the pool of knowledge enabling/constraining lawyers’ actions and decisions. Under such an approach - we may call *law as choices* - we can find many analysis concentrating on judicial behavior such as Rubin³⁹, Priest⁴⁰, Posner⁴¹ to name but a few. These research programs are aimed at studying how legal parties’ and judges’ decisions are influenced by incentive structures and other personal motivations. These authors emphasize the role of behavioral sciences – e.g. theories of maximizing behavior standard law and economics – in shaping legal adjudication rather than that of extra-legal disciplines to give content to legal rules.⁴² The initial standard economic analysis approach has been enriched with behavioral analysis of law programs aimed at complementing it with “new and better understandings of decision and choice”⁴³ drawing on behavioral economics and empirical legal studies, which have become very popular ever since.⁴⁴

After having sketched out these two grand reactions to the fall of legal certainty, it is possible to see where Calabresi’s scholarship can be located, as he combines both perspectives. Calabresi’s intellectual honesty – about law’s limits and strengths in terms of coherence and completeness - allows him to use legal materials and epistemic borrowings free from the burden of finding legal certainty somewhere. In fact, in his scholarship, the legitimacy of lawyers’ decisions does not come from being honest agents of the law, as if a lawyer was a mere “oracle of the law”. By contrast, he anchors such a le-

³⁵ See H. DAGAN, “The Real Legacy of American Legal Realism”, Oxford Journal of Legal Studies, 38 (1), 2018, pp. 123–146.

³⁶ K. LLEWELLYN, (1921) op cit. p. 1251.

³⁷ L. L. FULLER, *American Legal Realism*, Proceedings of the American Philosophical Society, Vol. 76, No. 2 (1936), p. 194.

³⁸ See H. DAGAN, (2018) op cit.

³⁹ P. H. RUBIN, (1977) “Why Is the Common Law Efficient?”, J. Legal Stud. 7, p. 51.

⁴⁰ G. L. PRIEST, (1977), “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”, J. Legal Stud. 6, p. 65.

⁴¹ R. Posner experimented with both *law as knowledge* and *law as choices* endeavors. As to the first examples see R. POSNER, *What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)*, Supreme Court Economic Review 3(1) 1993.

⁴² See R. POSNER, (2010) “Response. Some Realism about Judges: A Reply to Edwards and Livermore”, 59 Duke Law Journal, p. 1177

⁴³ SUNSTEIN, CASS R. “Behavioral Analysis of Law.”, The University of Chicago Law Review 64, no. 4 (1997), pp. 1175–95.

⁴⁴ C. JOLLS, “Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules”, Vanderbilt Law Review, 51, 1998, pp. 1653-1677.

gitimacy to the responsibility and transparency through which lawyers must shape and adapt an incomplete system of law to the newly emerging phenomena, in order to attain the outcomes and to serve the values openly acknowledged in their decisions⁴⁵.

In this way, the personal views of an individual lawyer or judge determine the employment of legal knowledge to solve a specific case, in a way that is transparent and accountable. At the same time, there is a social dimension in the way lawyers select and collectively adopt new solutions after adequate theoretical and practical testing. In fact, Calabresi emphasizes the role of “peer review” of new legal solutions within the judiciary, which is aimed at filtering out those personal views too much at odd with the prevailing lawyers’ use of knowledge. The job of courts is to “further change and reform only after testing it from a very conservative (again not in a “right” or “left” sense) point of view”.⁴⁶

On the other hand, he mentions lawyers’ knowledge of the world which partially shapes their normative views as well as justifies their decisions in terms of expected outcomes. Calabresi’s account of the law involves the constant joint operation of lawyers’ commitment to their shared beliefs about the “the world as it is” and their shared normative beliefs about the world as it “should be”.

As a result, we may argue that Calabresi’s approach straddles between law as choices and law as knowledge reactions. He combines them in an eclectic mode where the place of extra-legal knowledge is relevant but not exclusive, for the role of lawyers’ personal views, values and motivations play an equally important part in explaining their decisions in the face of law’s contradictions. The idea of *law as lawyers’ use of knowledge* may capture such a tacit and eclectic dimension of Calabresi’s interdisciplinary account of the law. Lawyers’ discretion in filling gaps and adapting the law is constrained not only by the need to use epistemic justification for their decisions, but also by their collective moral and social responsibility to enforce the values they collectively choose to preserve and enforce.

4. THE INTERDISCIPLINARY CHALLENGE AND THE INSTABILITY OF LEGAL FORMANTS

To a comparatist’s ears, Calabresi’s approach may sound like the theory of legal formants in action at its finest. He breaks down law into its elementary components coming from inside and outside the black letter law, in order to explain how courts and scholars use them in different contexts to justify the assignment of entitlements upon new activities.⁴⁷ It is an expansion of the bundle of legal formants to be explored through the borrowing of epistemic items from bordering disciplines, which present similarities to legal transplants dynamics.

The broadening of the analysis to include learning dynamics inside the judiciary adds an additional dimension to legal inquiry. For learning dynamics can have a twofold effect on the stabilization of lawyers’ use of knowledge and on formants themselves. In fact, the judicial process may not confine itself to stabilizing interpretations of legal rules or principles, but it may also operate as a (de)stabilizing mechanism of the prevailing set of interpretations of empirical premises, which - if proved wrong, incomplete or

⁴⁵ G. CALABRESI, (2010) “*Being Honest About Being Honest Agents*”, Harvard Journal of Law & Public Policy, 33(3), p 907-913.

⁴⁶ G. CALABRESI, “*Reflections of a Torts Teacher on the Bench*”, cit.

⁴⁷ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, cit.

irreconcilable with hierarchically superior legal rules - may be rejected. Legal entitlements may eventually turn out to be unstable as a result of the demise of models of the extra-legal reality, which "have a life of their own independent of that of the conclusions they supposedly support".⁴⁸

As it happens, guesses about future developments might eventually prove wrong, thus eliciting shifts in lawyers' use of knowledge. Social epistemology dynamics inside the judiciary may lead to unseen shifts in "lawyers' views of the world", thus shaking the prevailing interpretation of social facts and affecting the stability of legal entitlements thereupon edified.⁴⁹

In a time of high uncertainty and rapid innovation in order of actions, such an awareness is essential to counter ill-founded expectation of stability of the prevailing structures of legal entitlements.⁵⁰

From this general remarks about legal formants' instability in a time of uncertainty, few comments can be made to be further developed in future research.

First, we may suggest that the role of 'creative disruption' - that redefines market relations - is then present in the domain of law too, when uncertainty about the actual implications of a new reality looms. It results out of courts' learning about actual interdependences between legal situations within the new reality. In fact, the possible revision of early solutions has both a creative and a disruptive side to it, which reflects the adversarial nature of legal positions.⁵¹ On the one hand, it creates and reinforces the protection of legal entitlements based on those views of the extra-legal world that turn out to prevail. On the other hand, it has a disruptive side with regard to the alternative entitlement structures based on different views on the extralegal world which are eventually rejected by learning dynamics and newly emerging evidence.

This view complements "free marketers'" traditional understanding of the law that sees it as a stabilizing social process, whereby organs "of the state, including judges and legislature" will play out as "a means of overcoming uncertainty and complexity".⁵² Yet, this perspective is true in the majority of cases when the evolution of law tends to be smooth in the face of a slowly evolving order of actions.⁵³ More often than not, in fact, judges pull towards stability and legal certainty if "the truth [concerning the underlying reality] is too dangerous or too much at war with past experience", and so they tend to ignore it, at least for some time.⁵⁴ However - as the notion of legal creative destruction suggests - there are other instances where newly emerged political and cultural attitudes are translated into formal judicial decisions, even if their implications are "at war" with precedents.⁵⁵ To some extent, legal creative disruption is the unintended consequences of pluralism and evolution in the law, which - like any coordination mechanism in society - can eventually prove not to work as expected.

Second, this article places the attention on the fact that courts as well suffer the unavoidable curse of ignorance and lack of foresight in the face of emerging new phe-

⁴⁸ Ivi.

⁴⁹ J. R. SEARLE, (1995). *The Construction of Social Reality*. New York: Free Press.

⁵⁰ See e.g. M. GRAUDO, (2021). *On legal bubbles: some thoughts on legal shockwaves at the core of the digital economy*. Journal of Institutional Economics, In press, 1–18.

⁵¹ U. PAGANO, M. VATIERO, "Positional Goods and Legal Orderings" in Encyclopaedia of Law and Economics, 2019.;

⁵² B. LEONI, *Liberty and the Law* (Princeton, 1961).

⁵³ M. RIZZO, (1999) *Which kind of legal order? Logical coherence and praxeological coherence*. Journal des Économistes et des Études Humaines, 9, 4, 497–510

⁵⁴ G. CALABRESI, "Reflections of a Torts Teacher on the Bench", cit.

⁵⁵ See also R. J. LIPKIN, *Conventionalism, Constitutionalism, and Constitutional Revolutions*, U.C. Davis Law Review. 21, p.645.

nomena, and this is even more true in the presence of disruptive technological innovation. In particular, courts' inability to anticipate the consequences of their decisions can first facilitate the rise of specific views of the world based on a set of expectations and guesses concerning the new reality.⁵⁶ Then, when the actual implications of new phenomena become clear, courts may progressively become aware of the shortcomings of their early anticipations and start revising their decisions.

5. CONCLUSION

Drawing on Guido Calabresi's intellectual example, this article outlines a law as *lawyers' use of knowledge* framework to explore the ways law adapts to uncertainty and new phenomena. It is the outset of a theory to analyze the role played by the tacit dimension of lawyers' use of knowledge, during periods of widespread uncoordinated discovery of new legal phenomena. Such an approach focuses on the way lawyers use dispersed bits of knowledge across various domains of social sciences, by integrating them into meaningful models of the world to be used for the adjudication of legal entitlements over new objects. It is a step towards the exploration of potential instability affecting legal formants used to make sense of newly emerging realities. The learning processes at the core of lawyers' use of knowledge might generate unexpected instability of the prevailing legal rules for new legal relations. A failure to acknowledge such a systemic insecurity in a time of change could result in dangerous legal instability and jeopardize the legitimacy of lawyers' independence in the eyes of society at large.

⁵⁶ T. J. ZYWICKI, P. J. BOETTKE (2017), 'Conclusion: The Future of "Austrian" Law and Economics', in Idd. (eds), Research Handbook on Austrian Law and Economics, Cheltenham, pp. 423–429.

QUESTIONS ABOUT INTERSECTIONS

Latin American feminist approaches to multiple oppressions

*Isabel C. JARAMILLO**

While generally claiming to represent all women, feminism has too often been the domain of white, highly educated women, and this has also been the case in Latin America.

However, since the 1980s, something has changed. While it is true that the feminist movement is still dominated by white, middle-class women, it is also true that it now includes prominent black and indigenous activists. Thus, the simple demand for equality has been replaced by a more complex set of demands for justice.

Pur avendo generalmente la pretesa di rappresentare tutte le donne, il femminismo è stato troppo spesso il dominio delle donne bianche e altamente istruite, e questo è stato anche il caso dell'America Latina.

Tuttavia, a partire dagli anni '80, qualcosa è cambiato. Se è vero infatti che il movimento femminista è ancora dominato da donne bianche e della classe media, è però anche vero che oggi conta anche importanti attiviste nere e indigene. Così, la semplice richiesta di uguaglianza è stata sostituita da un insieme più complesso di richieste di giustizia.

* Isabel C Jaramillo Sierra is Professor at Universidad de los Andes, Bogotá. She holds a lawyer degree from Universidad de los Andes and an SJD from Harvard Law School (LLM waived, 2000, 2007). She has also been consultant to the Colombian government on issues of sexual and reproductive rights, and institutional reform for the transition. In 2015 and 2017 she acted as AD HOC Justice to the Colombian Constitutional Court and the State Council. In 2017 Isabel C Jaramillo was nominated to the Colombian Constitutional Court by President Juan Manuel Santos.

This paper is inspired by the Author's lecture on 10 December 2021 at the University of Eastern Piedmont at the invitation of Prof. Bianca Gardella Tedeschi.

1. INTRODUCTION

In the Woman's Convention held in Akron in 1851¹, Sojourner Truth² challenged women activists to think of the problems faced by black women at the time: slavery, poor working conditions, destitution. She was an exception in many ways, including her ability to reach the closed precincts where women discussed their rights. While generally claiming to represent all women, feminism, too often, has been the realm of white and highly educated women.

It has not been completely different in Latin America, where most mobilization about women's rights in the nineteenth and early twentieth century have been led by elite women and have concerned the reform of laws that create barriers to their access to power. Since the 1980's, however, the Latin American and Caribbean women's movement has both changed its outlook and framing. While still dominated by white middle class women, it has prominent black and indigenous activists. The simple claim of equality has been replaced by a complex set of demands for justice: an all embracing and multifaceted justice for all.

In this paper I want to propose a map of Latin American feminist understandings of the problem of multiple oppressions and briefly contrast them with the claim of intersectionality as set forth by professor Kimberle Crenshaw Williams in her work from the early 1990's³. I will argue that, even if many young feminists are quite eager to use the word intersectionality to require the inclusion of diverse voices, there is still a lot of work to be done for us to be able to use intersectionality meaningfully. I will use the case of the Pacific Mid-wives in Colombia to illustrate the type of debates we would need to engage in if intersectionality was a dominant framework and point to some of the reasons that might have hindered such debates up until now.

2. LATIN AMERICAN LEGAL FEMINIST APPROACHES TO MULTIPLE OPPRESSIONS

Latin American legal feminist approaches to multiple oppressions, in my view, fit in three categories: solidaristic feminists, radical feminists, and critical feminists. Solidaristic feminists include activists and academics that are convinced that Latin American and Caribbean women are "slaves of slaves" and their emancipation cannot happen in a fragmented or incremental manner. Because "revolution" is always too far in the future, given the dominance of conservative and right-wing parties, however, they struggle to

¹ Ohio Women's Convention at Akron met for two days on May 28-29, 1851 in Akron, Ohio.

² She was an American abolitionist and women's rights activist. Truth was born into slavery in Swartekill, New York, but escaped with her infant daughter to freedom in 1826. After going to court to recover her son in 1828, she became the first black woman to win such a case against a white man. She gave herself the name Sojourner Truth in 1843 after she became convinced that God had called her to leave the city and go into the countryside "testifying the hope that was in her". Her best-known speech was delivered extemporaneously, in 1851, at the Ohio Women's Rights Convention in Akron, Ohio. The speech became widely known during the Civil War by the title "Ain't I a Woman?": "And ain't I a woman? Look at me! Look at my arm! I have ploughed and planted, and gathered into barns, and no man could head me! And ain't I a woman? I could work as much and eat as much as a man – when I could get it – and bear the lash as well! And ain't I a woman? I have borne thirteen children, and seen most all sold off to slavery, and when I cried out with my mother's grief, none but Jesus heard me! And ain't I a woman?". It was published by journalist Marius Robinson in The Anti-Slavery Bugle on June 21, 1851.

³ K. CRENSHAW, "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color.", Stanford Law Review, vol. 43, no. 6, 1991, pp. 1241–99.

help the worst situated women using the tools at hand, including legal tools. The “poorest of women”, in their view, cannot be defined in the abstract but needs to be “found” through feminist community work and service provision. In the 1980’s rural women (*campesinas*) and domestic workers (*muchachas*) were the poorest women, in the 1990’s and early 2000’s victims of armed conflicts and dictatorships were the women worst situated, in the first decades of the 2000’s women victims of traffic and migrants are the group to support. In each case, solidaristic feminists have worked to make the legal system fulfill the liberal promise that it holds by demanding equal treatment with men, teaching human rights to the oppressors, reforming legislation to acknowledge the specific suffering of the poorest of women in their particular circumstances, and channeling resources (local and global) to the chosen victim. They have been shrewd, and they have been successful in their strategies to secure that the poorest of all are surviving.

LAC solidaristic feminists have not foreground race or ethnicity to conclude that racialized and indigenous women are always and everywhere the worst situated. Rather, they have kept truth to the conviction that direct work with communities will provide enough information to know who are in most need of their efforts. When confronted with questions about black and indigenous women, about lesbians and transexuals, LAC solidaristic feminists have responded that these have been the women they work for: who else do you think are the rural women, the domestic workers, the victims of armed conflict, the trafficked and the migrants? They just do not see the point of insisting on race and ethnicity as markers of difference. As a participant in many events and workshops the solidaristic feminists organize, I have to say that the rooms are usually filled up with white poor and uneducated women. One or two blacks. No indigenous women.

Radical feminists in Latin America have been mostly in academia and international organizations working for women’s rights. The most influential among them has been Alda Facio⁴, a Costarrican legal scholar who has been working with the UN since the 1990’s. Her book “Cuando el género suena cambios trae” (When you hear gender things change) is read throughout Latin America and the Caribbean by young scholars wishing to change the world. In this book, she proposes a method for legal reform that starts from consciousness raising around a given issue, follows by identifying gender biases and prejudices, and proceeds to identify rules that need to be changed and allies that may be summoned to advance such reforms. Her most recent work, heavily influenced by her experience in the UN, advocates for the implementation of “women’s law”: CEDAW and the Conventions on Violence against Women (Belen do Pará and Istanbul). As other radicals, LAC radical feminists are convinced that solving the women’s question will bring about justice for all, as the women’s question is veritably at the “root” of all injustice.

LAC radical feminists have refused to see feminism as divided along political, racial or ethnic lines. They hold a method for justice that should include all, and is available to all, even men. So at the same time they are humble about their capacity to imagine the future, just as solidaristic feminists are, but ambitious about the future they will settle for. Nothing less than complete justice will do. Unlike solidaristic feminism, radical fe-

⁴ Alda Facio Montejo is a Costa Rican feminist jurist, writer, teacher and international expert in gender and human rights in Latin America. She is one of the founding members of the Women’s Caucus for Gender Justice at the International Criminal Court. Since 1991, she has been the Director of Women, Justice and Gender, a program within the United Nations Latin American Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders (ILANUD) and vice president of the Justice and Gender Foundation. She was also one of the founding members of Ventana in the 1970s, one of the first feminist organizations in her native Costa Rica. Since 2014, she has been one of five United Nations special rapporteurs for the Working Group against Discrimination against Women and Girls.

minism in LAC refuses to see possible conflicts among women and to theorize multiple oppressions.

Critical feminists are strictly academical and located in elite law schools in the region. They are not apologetic about taking distance from activism; they defend academic disengagement as a strategy that makes possible “taking a break from feminism” if it is in order. Their approach is oriented by a concern over distribution and their tools for thinking about the law are both realist and cls inspired. They have questioned feminists for their understanding of the way in which law shapes issues such as abortion, land reform, gender violence, political representation, and maternity leaves. They have argued that excessive attention to legislation may hinder our understanding of the role of law in distributing resources and shown the importance of taking into consideration administrative bylaws, judicial decisions, and even legal scholarship.

3. INTERSECTIONALITY AS A LEGAL CATEGORY

In the 1990's professor Kimberlé Crenshaw Williams used the expression “intersectionality” to point to the invisibility of black women's experience in the law and the harm that resulted from it. She showed us how US antidiscrimination law was built on distinct categories that, when applied to real world facts, ended up making it impossible for some individuals to demand a solution. Her analysis of the *Moore vs. Hughes Helicopters Inc* is illustrative⁵. In this case, decided by the 9th circuit in the 1980's, the plaintiff alleged that there was a discrimination in the promotion of women and of black men. She asked for remedies along gender and racial lines. The Court, however, started by denying that she, as a black woman, could represent the class of all women. Then it asserted that there were so few women in the company that a case of disparate impact in promotion could not be made on their behalf. So even if it was clear that black women were being fired to not be promoted, and all women were being discriminated in promotions, the Court found insufficient evidence that black women were being discriminated in promotions.

As Crenshaw has insisted, “intersectionality” is meant to insist that antidiscrimination law take into consideration multiple oppressions and to reveal that multiple oppressions don't just “accumulate” to make the lives of some people worse but create veritable distinct experiences of discrimination.

LAC solidaristic feminists have not trusted antidiscrimination law and discourse to produce the type of results that Crenshaw seems to be interested in. Rather, they have used basic labor law, administrative law, and criminal law to guarantee that the poorest of women can get a minimum protection. Instead of expecting judges to acknowledge the harm of multiple oppressions, they have fought to reform the law so that particular identities can be recognized as sources of harm. LAC Radical feminists have strongly opposed existing law as expression of the male point of view and therefore of male interest in oppression. Critical feminists, on their part, have insisted on denouncing the hollow hope of rights and shown how background rules and legal discourse produce harm.

⁵ *Moore v. Hughes Helicopters, Inc.*, 708 F.2d 475 (9th Cir. 1983). This case concerns the proper use of the "disparate impact" model of proof in employment discrimination cases. Tommie Moore is a black female employee of Hughes Helicopters, Inc. ("Hughes"), a manufacturer of commercial and military helicopters. Moore, suing on behalf of a class of black female Hughes employees, alleges that Hughes has discriminated against black females in violation of Title VII of the Civil Rights Act of 1964, as amended, 42 U.S.C. §§ 2000e, *et seq.*

Distrust of anti-discrimination law is reasonable in countries that have not developed strong anti-discrimination laws, which is the case of Latin American countries. It is not obvious, on the other hand, that the path inaugurated by the US and Europe should be reproduced exactly. But it is difficult to imagine how to make visible the distinct situation of black and indigenous women so that it can find a remedy through law. As opposed to the “domestic servant” or the “raped civilian”, black and indigenous women have multilayered and complex identities that cannot be isolated to claim particular remedies in particular legal regimes. They also tend to disagree much more often with the white feminists that have “discovered” justice for all than the later would recognize. And black and indigenous women will not become the mainstream in legal academia anytime soon. Let me use the case of the Pacific Mid-wives in Colombia to illustrate the uses and limitations of intersectionality.

4. THE CASE OF ASOPARUPA

Mobilization along racial lines in Colombia has a long history, though not very successful. Even though Colombia has the second largest black population in the America’s, only Brazil has more afro-descendants on its territory, racism is diffused by strong territorial segregation: most blacks live in inhospitable regions, isolated from the capitals and the centers of power. Many of these communities live in the Pacific Coast, without water, electricity, public education or access to health. In these communities, mid-wives have traditionally served as first respondents in health issues and been crucial to disseminating knowledge about sexual and reproductive health. Using traditional medicine, and largely illiterate, these mid-wives not only provide treatment, but also act as community builders. They are mostly women.

During the 2020, these midwives were confronted with the urgent demands of their communities for medical treatment and took upon themselves taking care of patients in the almost complete absence of medical doctors in their territory. Enough of them died from exposure to COVID 19 to make it a tragedy for their communities. They asked constitutional judges to give them the same treatment that emergency laws gave doctors: special access to security garments and special payments for their effort during the pandemic. The judges recognized that they were in risk and that they were providing medical treatment to the communities and ordered equal treatment in access to security garments. However, they did not recognize their work as worthy of equal payment. The case is pending decision by the Colombian Constitutional Court.

When I was approached about this case, I asked the black women lawyers that were litigating the case if they had thought it through. I was concerned that if they insisted on payment “as doctors” they might get entangled in regulation of their practice as “doctors” and intense surveillance from health authorities. I have learned from my conversations with the mid-wives movement in Colombia that they oppose being treated as “doctors” and being forced to formalize their knowledge and work within the system. They argued that the mid-wives in the Pacific were not only dying of COVID 19 but of hunger. Their traditional modes of subsistence were lost with the impoverishment of their communities. They pointed out that they would make a claim as “black women” and ask for equality not as mid-wives but as black mid-wives. They were less interested in fighting the establishment than their white and mestizo counterparts; their hunger was more real than the far-removed authorities. In the current state of Colombian law, though, this move would demand that they show their practices are “ethnic” and would come at the cost of further exotization and isolation.

How does intersectionality help here? I think that it makes the voices of black midwives legitimate in a context in which it is difficult to recognize racism as a relevant source of oppression. It allows them to pursue their own strategy without having to negotiate with all other midwives, who are very divided about ways to move forward in legalizing their work. Comparing themselves to doctors, however, does not seem very productive. As I explained to them, they are working against a very strong prejudice against traditional medicine as all available data shows that one of the key factors in maternal mortality, which is still high in Colombia (about 35 women per 100,000 births), is not having access to health facilities. They do not have data to show that their care helps women to overcome risks during pregnancy and they cannot distance themselves from the statistics that show that they work in the regions with higher mortality rates.

5. CONCLUSIONS

To conclude, I am convinced that the work of Kimberle Crenshaw is important to foreground the legal aspects of multiple oppressions and the ways in which race and ethnicity shape the experience of women. LAC legal feminists, while interested in multiple oppressions, have neglected race and ethnicity as an independent source of harm. Their own legal solutions to multiple oppressions might not be enough for cases that involve these aspects. While anti-discrimination law is not necessarily the legal arena where these battles will be fought, the tools it offers to think through the problems of justice are crucial. The case of ASOPARUPA highlights some of the ways in which equality law can advance the debate and show new possibilities.

LE DROIT DE FAMILLE ET LE DROIT PRIVÉ EN ITALIE

Le cas de la responsabilité extracontractuelle en famille

*Bianca GARDELLA TEDESCHI**

La responsabilité civile a réussi à pénétrer même le domaine, autrefois fermé, du droit de la famille et cette tendance gagne du terrain dans de nombreux systèmes juridiques occidentaux.

Dans ce contexte, la jurisprudence joue un rôle clé, mais elle est encore loin d'établir un système complet de responsabilité parentale. Le présent article vise à explorer les raisons de cette dynamique.

La responsabilità civile è riuscita a penetrare anche nel campo un tempo chiuso del diritto di famiglia e questa tendenza sta guadagnando terreno in molti sistemi giuridici occidentali.

La giurisprudenza gioca un ruolo chiave in questo scenario, ma è ancora lontana dal definire un sistema completo di responsabilità genitoriale. Questo articolo vuole esplorare le ragioni di questa dinamica.

1. LE DROIT DE FAMILLE, ENTRE EXCEPTIONNALISME ET NORMALITÉ

La famille a plusieurs rôles dans la société. Dans la conception contemporaine, qui est partagée dans beaucoup de systèmes juridiques, son rôle principal est nécessairement constitué par les relations affectives entre époux, ainsi qu'entre parents et enfants et, inversement, entre enfants et parents. Tout de même, la famille n'implique pas que des relations affectives : elle est aussi un lieu où les enfants sont élevés, instruits et apprennent à vivre, où les parents vieillissent, où l'on gère des relations économiques et où l'on exerce du pouvoir. Le modèle traditionnel en occident a été la famille patriarcale, où le père de famille est la personne qui a des droits et des responsabilités envers sa femme et ses enfants, ainsi qu'envers les serviteurs qui habitent sous le même toit. Même le code Napoléon qui a été sous différents aspects très innovateurs sur le thème de famille, voit la femme soumise au mari et privée, en tant que femme mariée, des droits civiles.¹

* Professeur de droit privé comparé à l'Università del Piemonte Orientale “A. Avogadro”.

Ce n'est qu'au XXème siècle que la famille abandonne le modèle patriarcal traditionnel et subit une « modernisation » au nom du principe d'autonomie de l'individu et du principe d'égalité : égalité des époux, des enfants, des couples.²

Les réformes ont évolué d'une manière différente dans les divers systèmes juridiques de la tradition juridique occidentale ; cependant elles présentent des points communs dans l'évolution du droit de la famille : les premiers changements ont été introduits progressivement, sans, en principe, innover radicalement le modèle de base des différents pays et souvent les « révolutions » ont été anticipées par la jurisprudence,³ et ensuite appliquées par le législateur.⁴ Les réformes ont eu pour but la promotion de la liberté individuelle au sein de la famille. L'individu et ses droits deviennent donc prioritaires par rapport aux liens familiaux et à la hiérarchie qui avaient fondé pendant plusieurs siècles la base et les règles de la famille. Le parcours vers l'égalité des enfants légitimes et non légitimes, au nom d'une tutelle de l'individu, en est un exemple saillant.

Les réformes du droit de la famille n'ont pas touché à l'une des principales divisions du droit privé : celle entre le droit de la famille et le droit privé général, considéré comme droit du patrimoine. Cette division a été théorisée par Savigny qui a tracé une ligne nette entre les deux branches du droit sur la base d'argumentations que plusieurs auteurs reconnaissent encore actuelles.⁵ Au-delà d'une analyse systématique du droit, cette division émerge dans les études anthropologiques du droit, selon lesquelles les disputes familiales ont un essor différent des disputes patrimoniales, celles-ci n'étant pas marquées par un modèle de solidarité familiale.⁶ Néanmoins, la famille comme modèle d'organisation de l'activité économique et de répartition des biens dans la société est considérée comme une donnée établie par les anthropologues, les sociologues et les historiens.⁷ Cette division nette entre droit du patrimoine et droit de la

¹ Cet article est inspiré d'une conférence donnée à l'UCLY. Merci à Michel Cannarsa et Louis Daniel Muka Tsibende pour l'invitation. Merci à Motareh Bollon pour avoir lu une première version de cet écrit. Comme toujours, toute faute est à moi.

² V. LAAEIBAU-TERNEYRE, *La réception des principes de liberté et d'égalité, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressioniste*, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Etudes P. Catala, Litec, 2001, p. 83.

³ A. BÉNABENT, *Droit de famille*, LGDJ, Paris, 2014, p. 8 ; J. CARBONNIER, *Terre et ciel dans le droit français du mariage*, Mél. Ripert, 1950, p. 328 ; LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996; P. ZATTI, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, *Famiglia e matrimonio*, t. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 3. Sur le modèle patriarcal : T. VEBLEN, *The Beginnig of Ownership*, American Journal of Sociology, 4, 1899, p.352 et Id., *The Barbarian Status of Women*, American Journal of Sociology, 4, 1899, p. 503, où il propose une théorie qui relie la famille patriarcale à la propriété de l'homme sur la femme, pour expliquer comme l'idée même de propriété descend du pouvoir et de la coercition exercés par l'homme sur « sa » femme.

⁴ Pour l'Italie, parmi d'autres, Corte Cost. 176/1968 qui a déclaré inconstitutionnel le crime d'adultère pour la femme prévu à l'article 151 c.c ; Corte Cost. 46/1966 et 133/1970 qui a déclaré inconstitutionnel l'art. 156 c.c. sur l'obligation du mari à subvenir aux besoins de la femme.

⁵ Voir, pour la France, l'œuvre de Carbonnier pour les projets de réforme du droit de familles sur la tutelle des mineurs, rapports patrimoniaux entre époux, autorité parentale, illustré par A. BÉNABENT, cit., p. 9.

⁶ D. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its place in the Global genealogy of Classical Legal Thought*, American Journal of Comparative Law, 58, 2010, p. 811; M. R. MARELLA, G. MARINI, *La Famille*, in M. Troper (ed.) *Traité de Droit Constitutionnel Comparé*, Dalloz, 2012.

⁷ R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007. Le rapport général au congrès de droit comparé de 2014 a relevé comme, encore aujourd'hui, plusieurs systèmes juridiques de la tradition juridique occidentale, tel que l'Ecosse, considèrent que le droit de famille se situe à la confluence entre droit de l'Etat et droit traditionnel (voir F. SWENNEN, Contractualisation of Family Law –La Contractualisation du droit de famille, General Report to the XIX Congress of Comparative Law, Vienna, 2014, p. 3, recemment publié F. Swennen, Friederik Swennen Contractualisation of Family Law - Global Perspectives, 2015

famille a encore tenu dans le discours juridique quand le modèle de famille patriarcale a commencé à décliner en faveur d'un individualisme plus marqué.

Le droit comparé en est un témoignage intéressant : la séparation entre droit de la famille et droit privé général s'est imposée à la science comparative du droit jusqu'au XX siècle.⁸ Pour cette discipline, le « particularisme » du droit de la famille par rapport au droit privé général était un *leit-motif*. La séparation reflétait bien les divisions internes au systèmes juridiques comparés, car les spécialistes de droit de la famille occupaient, dans la plupart des cas, une place séparée par rapport aux spécialistes du droit des contrats. En plus, puisque le paradigme théorique du droit comparé était celui du fonctionnalisme⁹, la place d'honneur du droit comparé était pour le droit des contrats, qui servait magistralement à la cause d'harmonisation du droit.¹⁰

Toutes ces considérations ont permis au droit de la famille de conserver pour quelques temps, un caractère particulier, exceptionnel, qui se place entre le droit privé et le droit public et qui a la double fonction d'instrument à tutelle de l'individu et du groupe.

Le caractère d'exceptionnalité du droit de la famille par rapport à tout autre domaine du droit a été justifié sur la base de la différence des valeurs et des objectifs de la famille par rapport à d'autres formations de la vie sociale. Ainsi, on a pu affirmer que la solidarité entre ses membres, l'altruisme et une idée communautaire inspirent le régime juridique de la famille, tandis que le paradigme de l'individualisme régit le droit du marché. Ces relations entre le droit privé et le droit de la famille avaient été bien définies par Frances Olsen dans les années 80 du siècle dernier.¹¹ Selon cette auteure, la famille était caractérisée par une structure hiérarchique, le mari par rapport à la femme, les parents par rapport aux enfants, tandis que le droit privé général était dominé par l'individualisme. Les relations étaient définies par le statut, tandis que les relations non familiales étaient choisies par contrat. Les devoirs entre époux n'étaient pas entendus comme obligations stricto sensu. La substance des relations est déterminée par la volonté de l'Etat et non pas par celle des parties. L'immunité entre époux remplaçait le principe général de la responsabilité civile délictuelle. En même temps, le pouvoir de l'Etat de légiférer en matière de famille était à la fois contesté en vertu de la pré-existence de la famille à la norme juridique et à sa définition ou bien il est invoqué, en raison de l'importance de la famille dans la constitution de l'ordre social.

Le droit de famille a, donc, continué à garder son identité « mixte » de droit privé pouvant se déployer grâce à la présence de l'Etat. Celui-ci surveille, dans le modèle traditionnel, l'ordre public, donc que le couple soit formé d'un homme et d'une femme, que l'un des deux époux ne soit pas déjà marié et que l'enfant soit vraiment le

⁷ E. TODD, *L'origine des système familiaux*, t. I, l'Eurasie, 2011; J. GOODY, *Comparative studies in Kinship*, London, 1969; T RUSKOLA, *Legal Orientalism*, Harvard University Press, 2013, p. 60.

⁸ M. RHEINSTEIN (ed.), *IV International Encyclopedia of Comparative Law, Persons and Family*, Tübingen, 1975; M. A. GLENDON, *State, Law and Family: Family law in Transition in the United States and Western Europe* (1977); see also EAD., *Abortion and Divorce in Western Law* (1987); EAD., *Introduction: Family law in a time of turbulence*, IV International encyclopedia of comparative Law, Tübingen, 2006; H. D. KRAUSE, *Comparative Family Law, Past Traditions Battle Future Trends - and Vice Versa*, in Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006; J- HALLEY (ed.), *Family Law Exceptionalism*, Symposium Issue, 58 American Journal of Comparative Law (2010).

⁹ M. GRAZIADEI, *The functionalist heritage*, in P. Legrand, R. Munday (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 100; R. MICHAELS, *The Functional Method of Comparative Law*, M. Reimann, R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 339.

¹⁰ F. NICOLA, *Family Law Exceptionalism in Comparative Law*, 58 American Journal of Comparative law 777 (2010).

¹¹ F. OLSEN, *The Family and the Market*, 96 Harv. L. Rev. 1497 (1983); M. R. MARELLA, G. MARINI, *cit.*

fils de ses parents, ou bien surveille les procédures pour l'adoption. Dans tous ces actes, une pleine autonomie de la volonté n'est pas suffisante pour créer des liens familiaux.

Le XXIème siècle a de nouveau tout remis en question tant du point de vue des relations affectives que des relations économiques et de pouvoir. La famille est amenée à se confronter à de nouveaux modèles de relations. On lui demande, donc, d'être prête à accueillir des relations affectives et sexuelles entre personnes du même sexe. La notion de sexe est mise en cause par les législations sur le transsexualisme. Les relations homme et femme ont vu l'émancipation des femmes aussi dans le cadre familial. Les nouvelles possibilités de la technologie médicale ont changé le statut de parents.

Aujourd'hui, le droit de la famille se trouve à partager les mêmes troubles et les mêmes changements qui affectent l'institution de la famille. Il n'est pas toujours facile pour le législateur et pour les juges de prendre des décisions. Ils sont souvent confrontés à des choix difficiles, même « tragiques », car les règles¹² conçues traditionnellement pour la famille sont perçues comme trop anciennes. C'est donc aussi aux droits fondamentaux que l'on a fait appel pour changer le droit de la famille.¹³

Dans ce nouveau cadre, l'autonomie privée réclame et regagne une place dans le monde des relations familiales. La famille n'est plus vue seulement comme un domaine régi par l'ordre public, où l'ensemble des normes et des principes sont dérobés à la volonté individuelle pour lui être ensuite imposés. En matière de droit de la famille, le statut et l'application de la loi vont céder la place aux décisions relevant des volontés individuelles. La contractualisation des relations familiales devient désormais une réalité.¹⁴ La responsabilité civile cherche une place au sein des rapports familiaux. La possibilité même de réglementer la famille par le pouvoir public est de plus en plus controversée. L'ensemble du droit de la famille est maintenant un défi pour les juristes. Le particularisme du droit de famille est-il prêt à disparaître dans les régimes juridiques du monde occidental ? Il est clair que l'on ne peut pas avoir une réponse univoque à ce propos. Ce que nous pouvons à présent voir c'est une « privatisation » du droit de la famille lié, par contre, à une nouvelle conscience de l'importance des régimes familiaux dans l'Union Européenne. On a donc d'un côté des mouvements qui semblent minimiser l'importance du droit de la famille, qui pourrait trouver une justification dans le droit général privé. Et de l'autre côté, nous assistons à une harmonisation et à une uniformisation du droit de la famille au niveau européen.

Dans ce cadre complexe, mon article prend le point de vue du droit italien pour analyser l'évolution du droit privé général dans le droit de la famille et comme une telle évolution met en évidence une discordance entre les paramètres juridiques suivants : la réglementation de la famille, la tutelle de l'autonomie de la personne, les rapports parfois difficiles avec les autorités religieuses. Nous allons tout d'abord analyser comment les relations entre droit de la famille et droit privé patrimonial Italien ont été traditionnellement conçues, pour en apprécier ensuite leur évolution plus récentes ainsi que leur ouverture au droit privé commun, en particulier celui du contrat et de la

¹² G. CALABRESI, PH. BOBBIT, *Tragic choices*, New York, N.Y., 1978.

¹³ F. SWENNEN, *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, 2015, p. 5; S. CHOUDRY, J.HERRING, *European Human Rights and Family Law*, Oxford, 2010.

¹⁴ *Ibidem*; A. J. JULES, F. NICOLA, *The contractualization of family law in the United States*, National Report to the XIX International Congress of Comparative Law, Vienna, 2014; M. R. MARELLA, *The contractualisation of family law in Italy*, S.I.R.D., Rapports Nationaux Italiens au XIX Congrès de droit comparé – Vienne 2014, Milano, 2014, p. 193; K. BOELE - WOELKI, M. JONKER, *Family Law Contractualisation in the Netherlands: Changes and Trends*, in Lars van Vliet (Eds.), *Netherlands Reports to the Nineteenth International Congress of Comparative Law - Vienna 2014* (pp. 115-133). Antwerp, 2015.

responsabilité civile. En Italie, le recours au droit du contrat a été fortement freiné par la jurisprudence, mais l'expansion du droit de la responsabilité dans la famille a été décidément encouragé par la jurisprudence et la doctrine. La fine de l'article mettra en lumière comme l'expansion de la responsabilité vise à être une protection pour les intérêts que chaque individu poursuit dans la formation sociale de la famille.

2. LE DROIT DE FAMILLE EN ITALIE

Le code civil italien de 1942 avait séparé les rapports entre le droit de la famille et le droit commun pour éviter toute superposition. Les relations entre époux, ainsi que les relations entre parents et enfants, n'étaient destinées à être gouvernées ni par le contrat, ni par le principe de la responsabilité civile. Bien que les relations familiales ne soient pas assistées par la « *interspousal immunity* » du common law,¹⁵ elles étaient considérés comme des relations de statut, qui ne pouvaient pas être réglées individuellement surtout pour ce qui est de la formation du lien entre époux et de la définition de leurs devoirs et des devoirs entre parents enfants. Dans la même lignée, on avait affirmé que la violation d'un quelconque devoir énuméré par le législateur avait son propre régime de sanction à repérer exclusivement dans le domaine du droit de la famille.¹⁶ Le droit de la responsabilité civile n'aurait certainement pas pu prendre en ligne de compte d'une manière adéquate tous les intérêts qui étaient en jeu en cas de violation des devoirs à l'intérieur de la famille. En plus, d'un point de vue systématique, la plupart des devoirs étant incoercibles, tel que le devoir de fidélité, le différent régime en matière de violation des devoirs avait une justification logique dans le système du droit privé.¹⁷ Quant à l'autonomie de l'individu, le droit du contrat, qui exalte le rôle de l'autonomie privée et de la libre détermination, ne pouvait pas s'adapter à la réglementation de la famille. Celle-ci sacrifiait traditionnellement les aspirations de l'individu au profit de la tutelle de l'entité « famille ». En effet, au sein de la famille les individus devait adapter leur propre volonté aux intérêts supérieurs mis en évidence par le législateur. Le système était fonctionnel à un modèle de famille patriarcale, qui reconnaissait la présence d'un chef, justement le « père » de famille.¹⁸ La libération progressive de la femme, les révoltes contre ce modèle familial, la nouvelle égalité entre conjoints ont mis en crise les certitudes du passé. La Constitution de 1948 prévoit à l'article 29 que le mariage doit être ordonné sur l'égalité morale et juridique des conjoints. Le code civil, par contre, avait encore pour modèle le code civil précédent, celui de 1865, et affirmait la suprématie du mari, comme chef de famille. Le pouvoir sur les enfants était exercé exclusivement par le père, en tant que chef de famille. La jurisprudence avait fait toutes les démarches possibles pour diminuer la disparité entre les conjoints, mais on ressentait la nécessité d'une profonde réforme législative. En 1975, le législateur a approuvé la réforme du droit de la famille qui a permis de passer du modèle patriarchal traditionnel à

¹⁵ S. PATTI, *Intra-Family Torts*, International Encyclopedia of Comparative Law, Tübingen, 1998, ch 9, §5,p. 7; F. NICOLA, *Intimate Liability: Emotional Harm, Family Law and Stereotyped Narratives in Interspousal Torts*, 19 Wm & M JWOMEN & L 445 (2013); A. ASTONE, *Responsabilità civile e crisi della famiglia*, in Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti, vol.1, t.II, Famiglia e matrimonio a cura di G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Milano, p. 1813.

¹⁶ L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, G. Ferrando- L. Lenti (cur.), La separazione personale dei coniugi, Padova, 2011, p .572 et suivantes; A. ASTONE, cit., p. 1813.

¹⁷ D. CAVICCHI, *Doveri morali fra coniugi*, P. Cendon (cur.), La prova e il *quantum* nel risarcimento del danno, t. I, Torino, p. 547.

¹⁸ P. ZATTI, *Introduzione a*, G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, Famiglia e Matrimonio, in Trattato di Diritto di Famiglia, diretto da Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2002, p. 19 et ss.

une famille fondée sur l'égalité, où les conjoints, par le mariage, assument les mêmes droits et les mêmes devoirs (art. 143, 1 alinéa c.c., nouveau texte).¹⁹ Plus récemment une nouvelle intervention législative vise à rééquilibrer le statut entre enfants légitimes et enfants nés hors du mariage.²⁰ Nous pouvons désormais citer ce que Mary Ann Glendon avait affirmé à propos des changements des droits de famille prônant l'égalité entre femme et homme et l'élargissement du mouvement pour les droits humains et l'étendre aux nouveaux défis que les nouveaux modèles familiaux imposent aujourd'hui.²¹ C'est certainement le cas de l'Italie.

La réforme de 1975 n'avait pas pour but de mettre en cause la séparation entre droit privé général et droit de la famille ni elle n'avait non plus envisagé d'accroître l'importance de l'individu à l'intérieur du système social de la famille. Après 1975, la famille est toujours la « famille », vue dans le sens le plus traditionnel du terme, sauf pour ce qui est de l'égalité entre conjoints. Le droit de la famille a continué à être considéré comme un droit spécial, par rapport au droit contractuel et au droit des obligations et, par conséquent, on a évité de transposer et d'appliquer les mécanismes et les réparations du droit privé général à la famille. L'autonomie privée n'intervient donc dans le mariage que pour le consentement, tous les devoirs entre époux étant réglés par le lien de statut que le consentement a créé. Il en est de même pour la responsabilité civile, réservée aux cas de tutelle de l'individu, quand ses intérêts ne sont pas en conflit avec ceux de la famille.

Les réactions du gouvernement italien et de la société italienne à la vision stéréotypée de la famille sont très différentes et changent rapidement. La famille traditionnelle, composée d'un père, d'une mère et de plusieurs enfants, résiste encore. Mais de nouveaux modèles familiaux se développent et se répandent dans les sociétés occidentales. Le législateur italien, par contre, ne paraît pas prêt à consentir aux individus l'autonomie de se créer des règles, de créer une famille « tailor made » sur leurs propres préférences et sur leurs exigences. La seule concession qui a été faite est, justement, l'assimilation entre enfants non légitimes et enfants légitimes, mais seulement pour le bien des enfants et non pour désagrégner le régime de la famille. La famille s'est donc trouvée au milieu des changements de la société, où la réalité italienne a réagi, en optant souvent pour des choix plus conservateurs. La lutte, essentiellement politique, à l'égard de la réforme de la famille a par contre rejeté le modèle qui autorisait l'autonomie privée dans la réglementation de la vie familiale. Un modèle similaire au PACS a été fortement contesté et n'a jamais trouvé la possibilité de voir le jour dans le système juridique italien. L'introduction du mariage homosexuel paraît difficilement réalisable et même la ratification des mariages homosexuels célébrés à l'étranger font l'objet de contestations politiques ; les demandes de reconnaissance du rapport de filiation de la part de parents homosexuels étrangers ont suscité beaucoup de débats.²²

Faute d'une volonté politique capable d'aborder de façon efficace les nouveaux problèmes de la famille du XXIème siècle, les juristes et les activistes politiques ont eu recours à des instruments bien connus des privatistes. Les nouvelles sollicitations ont

¹⁹ T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2015; F. RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, spécialement p. 1007.

²⁰ C'est la loi du 10 décembre 2012, n. 219 (suivi du décret d'actuation approuvé par le Conseil des Ministres le 12 Juillet 2013), qui a introduit la même discipline entre parents et enfants, sans considération pour le lien, mariage ou non mariage, entre les parents.

²¹ M. A. GLENDON, *Family Law in a Time of Turbulence*, cit.

²² Consiglio di Stato 26 ottobre 2015, n.ri 4897, 4898 e 4899; Consiglio di Stato 4 novembre 2015, n. 5039 déclarent que l'Officier de l'état civil n'est pas habilité à transcrire le mariage omosexuel célébré à l'étranger.

éété prises en charge par le droit contractuel et par les responsabilités civiles, domaines traditionnellement étrangers au droit de la famille. Le recours aux règles contractuelles pour régler l'autonomie de l'individu a été fortement contrasté et encore aujourd'hui cette pratique a du mal à être reconnue.²³ En revanche, le système du droit de la famille a connu une forte expansion du principe de la responsabilité civile en matière de relations entre époux et, le cas échéant, dans les relations parents-enfants.

La présence du principe de la responsabilité au sein des relations familiales peut être reconduite à plusieurs facteurs.

D'un côté, la responsabilité civile a été conçue pour la tutelle de l'individu, contre d'éventuelles contraintes du groupe, en l'occurrence du groupe familial. L'émancipation de la femme a permis d'intervenir contre les instruments du droit de la famille et au nom de la responsabilité civile, dans les cas de lésions dont la cause est à retrouver dans le contexte familial. De l'autre côté, c'est la responsabilité civile même qui a connu une forte expansion en Italie, surtout dans le domaine des dommages à la personne. Les deux tendances se sont trouvées donc à opérer dans la même direction et à former un nouvel espace où les rapports entre époux et entre parents-enfants sont devenus un nouveau sujet de la responsabilité civile.

Pour comprendre ce qui s'est passé en Italie, il est nécessaire de présenter les fondements du droit de la famille et les fondements des dommages réparables afin d'analyser comment les deux courants ont pu se renforcer mutuellement.

3. LES REMÈDES AUX CRISES DE LA FAMILLE TRADITIONNELLE DANS LE DROIT ITALIEN DE LA FAMILLE

Le régime juridique du mariage est formulé dans le code civil à l'article 143 et aux articles suivants qui énoncent les droits et les devoirs issus du mariage. L'acte de volonté des époux doit être l'expression d'une volonté libre. Le contenu de la relation juridique entre les conjoints est, au contraire, fixé de façon rigide par le législateur, aux articles 143 – 145. Selon l'art. 143 cod. civ., les conjoints ont une obligation réciproque de fidélité, de collaboration, d'assistance aussi morale que matérielle.²⁴ Le devoir de fidélité est très significatif, et renvoie à une conception traditionnelle de la famille. D'un point de vue juridique, il traduit la difficulté de prévoir les conséquences juridiques en cas de violation.²⁵ Parmi les auteurs, on discute de la nature juridique de ces devoirs, car on se demande si le législateur entendait par obligations réciproques des conjoints les obligations au sens strict ou bien quelque chose de différent. Il est désormais convenu que l'art. 143 énonce bien des devoirs, mais ceux-ci sont totalement dépourvus d'une sanction juridique spécifique, car la sanction serait une restriction de la liberté personnelle.²⁶ Le conjoint créancier ne peut invoquer ni le devoir de fidélité ni le devoir de cohabitation. Mais pour certains, les devoirs entre conjoints ne touchent pas à la

²³ M. R. MARELLA, *The contractualisation of family law in Italy*, cit.; G. ALPA, E. BARGELLI, *I rimedi alla crisi familiare*, G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, (cur.), Famiglia e matrimonio, t. II, Separazione e divorzio, 2^o ed., in Trattato di diritto di famiglia diretto da P. Zatti, Milano, 2011, passe en revue des ouvertures que le droit de famille à permis à l'autonomie privée, cfr. G. GIACOBBE, P. VIRGADAMO, *Il matrimonio*, cit., p. 525 sur l'ammissibilité en droit italien des « prenuptial agreements »; G. OBERTO, *Diritto di famiglia e autonomia privata*, in Trattato del contratto diretto da V. Roppo, vol. VI, 2006, p. 107; M. M. ROCCA, *Convenzioni e contratti matrimoniali*, in P. Cendon (cur.), La prova ed il *Quantum* nel risarcimento del danno, Torino, 2013, p. 471; V. DI GREGORIO, *Programmazione dei rapporti familiari e libertà di contrarre*, Milano, 2003.

²⁴ C.M. BIANCA, *La famiglia*, in trattato di diritto civile, Milano, p. 58.

²⁵ F. RUSCELLO, *Il dovere di fedeltà*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, *cit.*, p. 1028.

²⁶ T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit. p. 63; C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., p. 63.

sphère juridique, mais ils restent de l'ordre des devoirs moraux. Pour les juges, il s'agit tout de même d'une obligation destinée à avoir des effets dans la sphère juridique et elle garde donc un caractère juridique et non seulement moral.²⁷ La querelle est particulièrement vive pour ce qui relève du devoir de fidélité, car il est clair qu'il est difficile de prétendre l'exécution *in natura* d'une telle obligation. Mais il est tout aussi vrai que l'infidélité a des reflets juridiques, car elle constitue la base pour la séparation fautive.²⁸

Qu'arrive-t-il, si les conjoints ne veulent plus vivre ensemble ? Si le lien de couple est en crise, les conjoints ont la possibilité de se séparer et par la suite de divorcer. En Italie, le divorce a été introduit, malgré une farouche opposition de l'Eglise,²⁹ en 1970.³⁰ Il est curieux de remarquer que le mot « divorce » ne figure pas dans la loi, où le législateur a préféré opter pour le terme de « dissolution du mariage ». En tout cas, pour accéder au divorce, il fallait que les époux soient restés mariés au moins cinq ans, car il s'agit, dans l'esprit du législateur, d'un remède, voire même d'une solution du dernier ressort, face à une impossibilité objective de vie commune des époux.³¹ Il faut remarquer qu'en Italie le législateur n'a jamais voulu considérer le divorce comme une sanction contre le conjoint coupable. C'est pour cette raison que le divorce ne peut pas être décidé par le couple et que le seul consentement entre époux ne mène pas à la dissolution du lien. Pour le droit italien, des conditions objectives repérées par la loi elle-même doivent être présentes.³² Parmi les conditions, figure la séparation de corps prolongée, car elle prouve l'impossibilité pour les conjoints de vivre ensemble. Le régime du divorce a subi différentes modifications au fil du temps : d'abord en 1978 et ensuite une modification plus radicale de la loi a été introduite en 1987. Récemment, le Parlement a réduit le temps de séparation nécessaire pour accéder au divorce. Pour divorcer, il est maintenant suffisant pour les deux époux, d'accord dans leur volonté de terminer le mariage, une période de séparation de six mois. Dans ce cas, la déclaration sera prononcée devant l'Officier de l'état civile. En cas de défaut de consentement et donc de recours au juge, la séparation doit être de 12 mois.³³

Pour le droit italien, il est aussi important de savoir, si une cause fautive (*addebito*) éventuelle intervient dans la séparation. Le divorce n'est pas une sanction, mais une impossibilité pour les époux de poursuivre leur projet commun. Tout de même, le législateur a voulu envisager la possibilité que le mariage puisse finir à cause de l'un

²⁷ Cass. Civ. 9 giugno 2000, n. 7859, in Giur.it., 2001, I, 239.

²⁸ Art. 151 codice civile, 2 comma : Il giudice, pronunziando la separazione, dichiara, ove ne ricorrano le circostanze (...) a quale dei coniugi sia addebitabile la separazione, in considerazione del suo comportamento contrario ai doveri che derivano dal matrimonio.

²⁹ L'Eglise a longuement essayé de soustraire les mariages célébrés en régime concordataire, c'est-à-dire les mariages de droit canonique avec efficacité de droit civil, à l'application de la loi sur le divorce. La question est arrivée à l'examen de la Cour Constitutionnelle qui a déclaré la compatibilité entre la loi sur le divorce et les actes du Latran qui règlent les rapports entre l'Etat italien et l'Eglise. (Corte Costituzionale 8-7-1971, n. 169 in Foro it., I, 19 ; Corte Costituzionale, 11-12-1973, n. 176, Giust. civ., III, 57).

³⁰ Legge 8 dicembre 1970, n. 898, Sulla disciplina dei casi di matrimonio. La loi a fait l'objet d'un referendum populaire, qui a entraîné le maintien de la loi dans le système juridique italien (12 mai 1974).

³¹ Art. 1, I. 1 Dicembre 1970, n. 898 : le divorce est admissible quand « la communion spirituelle ou matérielle entre conjoints ne peut pas être préservée ou reconstituée » (trad. de l'auteur).

³² T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 217; G. GIACOBBE, P. VIRGADAMO, *Il Matrimonio*, t. II, Separazione personale e divorzio, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2011, p. 21 et ss; C.M. BIANCA, *La famiglia*, cit., p. 273 et ss.

³³ Par la loi du 1er août 1978, n. 436 le législateur est intervenu sur la prestation compensatoire. La loi 6 mars 1987, n. 74, *Nuove norme sulla disciplina dei casi scioglimento di matrimonio*, a revu la procédure et les délais d'obtention divorce, qui sont passés de 5 à 3 ans. La très récente loi 6 mai 2015, n. 55 vient de réduire de 36 à 12 mois le délai de séparation nécessaire pour obtenir le divorce.

des deux conjoints. La cause fautive est appelée « *addebito* », pour signifier que la séparation et le divorce vont « peser » plus sur l'un des deux conjoints, sans renvoyer pour autant à l'idée de culpabilité ou de faute. Quant aux effets, la présence d'une cause fautive dans la séparation va affecter exclusivement le régime patrimonial des conjoints, car elle va déterminer le montant de la prestation compensatoire. La présence d'une cause fautive ne renvoie pas à la réparation du dommage, surtout du dommage moral. Sa fonction vise à permettre au conjoint de retrouver le même style de vie qu'il a perdu à cause de la « faute » de l'autre conjoint.

La présence de solutions spécifiques dans le domaine du droit de la famille a toujours entravé l'expansion d'autres branches du droit, suivant le principe que là où il y a un outil juridique spécifique, le juriste n'a pas besoin des remèdes d'ordre général. C'est le cas notamment du droit de responsabilité civile, dans le cadre des relations familiales, le droit de la famille étant considéré comme droit spécial par rapport au droit commun de la responsabilité civile. Cela revient à dire que, si on ne peut pas démontrer l'existence d'une immunité entre époux, comme dans le vieux *common law*, il reste quand même une façon particulière et spécifique d'évaluer la responsabilité des faits illicites entre époux.

4. L'EXPANSION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE EN ITALIE

En Italie, la responsabilité civile est caractérisée par la présence dans l'article 2043 d'une clause selon laquelle seul le dommage « injuste » est réparable. L'article 2043 s'inspire soit de l'article 1382 du code civil français, soit du système allemand et limite donc le dommage réparable.³⁴ Selon ce texte : « Tout fait dolosif ou fautif qui cause à autrui un dommage injuste, oblige celui qui a commis le fait à réparer le dommage ».³⁵ Quant au dommage non-patrimonial, l'art. 2059 énonce que ces types de dommages ne sont pas réparables, sauf si une disposition spéciale en prévoit la réparation : selon ce texte, le dommage non-patrimonial ne doit être réparé que dans les cas déterminés par la loi. Cet article fait référence à l'article 185 du code pénal de 1930 selon lequel « tout délit qui a occasionné un dommage patrimonial ou non patrimonial oblige à la réparation le coupable ou les personnes qui, en vertu des règles de lois civiles, doivent répondre de son fait ».³⁶ La limitation de la réparation du dommage purement moral, dans les cas où les délits sont aussi des crimes, a considérablement circonscrit le champ d'application de la réparation morale. Pour les juristes italiens, cette limite était particulièrement évidente là où le dommage concernait les conséquences non-patrimoniales du dommage corporel.

L'impossibilité d'indemniser la victime du préjudice non-patrimonial subi, faute de la présence d'un crime, a poussé les juges à élaborer d'autres stratégies pour arriver à indemniser les aspects non patrimoniaux du dommage corporel. C'est dans ce but, qu'à partir des années 70, les juges ont forgé la catégorie de « *danno biologico* ». « Ce dommage (appelé également parfois à la santé), est défini comme celui résultant de l'atteinte à la santé ou à l'intégrité physique, mais *en soi*, c'est-à-dire indépendamment

³⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Le dommage existentiel*, Dalloz, 2010.

³⁵ Comme traduit par Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2-Responsabilité civile et quasi contrat, Thémis Droit, PUF, p. 191.

³⁶ Traduction par Muriel Fabre Magnan de l'article 185 code pénale qui récite : Ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che a norma delle leggi civili, devono rispondere per il fatto di lui.

des conséquences pécuniaires (perte de revenus professionnels ou frais médicaux) qui donnent lieu à une réparation particulière. Le dommage biologique comprend donc un aspect moral mais en soi et sur une appréciation objective de la part des experts ; il s'agit, d'après les juristes italiens, d'un préjudice subjectif moral. Il s'agit d'une réparation de principe du fait qu'une personne a été atteinte dans un de ces droits fondamentaux : son droit à la santé ou à l'intégrité physique. ». ³⁷ Il est important de remarquer que le « *danno biologico* » est le résultat d'un parcours intellectuel qui reconduit la réparation du dommage corporel à un principe d'égalité pour tous les individus. La vie et l'intégrité physique ont la même valeur pour tous et ne doivent pas être exclusivement liées à la capacité de chaque individu de produire des revenus professionnels.³⁸

L'évolution de la responsabilité civile du dommage à la personne voit l'élaboration d'une nouvelle catégorie, le « *danno esistenziale* » ou « dommage existentiel ». Il s'agit, cette fois-ci, d'une catégorie de dommage réparable élaborée par la doctrine, et en particulier par Paolo Cendon,³⁹ adoptée par une partie de la jurisprudence et qui encore aujourd'hui suscite des débats houleux. « Le dommage existentiel n'est pas une souffrance morale ou affective pure, mais une altération objective des relations sociales ou une perte de la qualité de vie : il se manifeste lorsque la victime a dû concrètement faire des choix de vie (non - patrimoniaux). Contrairement au dommage biologique, le dommage existentiel ne requiert pas non plus qu'il y ait une lésion à l'intégrité physique ou psychologique de la personne. »⁴⁰ Le dommage existentiel a été reconnu en 2003 et puis défini par la Cour de Cassation en 2006 comme « tout préjudice que le fait illicite provoque sur le comportement de la personne, altérant ses habitudes de vie et les relations qui lui étaient propres, bouleversant sa vie quotidienne et le privant d'occasions d'expressions et de la réalisation de sa personnalité dans le monde extérieur. Le dommage existentiel se fonde sur la nature non purement émotive et intérieure (propre du dommage dit moral), mais vérifiable objectivement, du préjudice, à travers la preuve de choix de vie différents de ceux qui auraient été adoptés en l'absence du fait dommageable ». ⁴¹

En novembre 2008, les juges de la Cour de Cassation, préoccupés par la surenchère réparatrice du dommage existentiel, invoqué dans la dénonciation de tout accident de la vie quotidienne, comme par exemple la rupture de talons de chaussures ou une coiffure ratée, ont remis en question la notion de dommage moral pour en décréter enfin l'annulation.⁴² En effet, à présent, en Italie le statut du dommage existentiel reste douteux : certains juges y ont encore eu recours, tandis que les sections de la Cour de Cassation ont pris une direction différente. Aujourd'hui encore, la Cassation et la

³⁷ M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, t. II, p. 192.

³⁸ La catégorie du *danno biologico*, créé par les juges a été reconnue par le législateur qui, dans la loi 209 du 7 septembre 2005, code des assurances privées, en donne la définition aux articles 138 et 139. « par dommage biologique on entend la lésion temporaire ou permanente du à l'intégrité psychophysique de la personne susceptible de reconnaissance médico-légale ayant une incidence négative sur l'activité quotidienne et sur les aspects relationnels de la vie de la victime, indépendamment d'éventuelles répercussions sur sa capacité de générer des revenus. » (M. Fabre-Magnan, *cit.*, p. 193).

³⁹ P. CENDON ET P. ZIVIZ, *Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003 ; P. CENDON, *Esistere o non esistere*, Responsabilità civile e previdenza 2000, 1251.

⁴⁰ M. FABRE-MAGNAN, *cit.*, p. 193.

⁴¹ Cass. SS.UU. (Cassation à chambres réunies), 24 mars 2006, n. 6572. Traduction par M. Fabre-Magnan « Le dommage existentiel », D. 2010, p. 2376

⁴² Cass. Civile, SS.UU. (Cassation à chambres réunies), 11 novembre 2008 n° 26972, 26973, 26974, 26975.

doctrine ne sont pas arrivées à déterminer les limites exactes du dommage dommageable.

Le cas italien de l'élargissement des limites des dommages réparables à la sphère du dommage à la personne a eu donc le mérite de mettre en évidence le fait que les changements de perspectives de vie, les déceptions, le stress psychologique peuvent être considérés comme des dommages réparables. Il est évident, donc, que la vie familiale entraînant aussi bien des joies que des angoisses et ayant une emprise directe sur les perspectives de vie de chaque individu, a tout de suite été intégrée au droit de la responsabilité civile. Les catégories du droit biologique psychique, mais surtout du dommage existentiel, ont montré de savoir s'adapter fort bien aux dommages produits au sein de la famille.

5. IL DANNO «ENDOFAMILIARE»: LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE DROIT COMMUN DANS LA FAMILLE.

L'élargissement de la responsabilité civile à la sphère du dommage à la personne a permis au droit de la famille de se recouper un rôle bien défini à l'intérieur des rapports familiaux. La présence du dommage biologique, dans ses composantes de dommage psychique, ainsi que la présence d'une catégorie sans forme prédéfinie, tel que le dommage « existentiel » ont permis aux actions prévues par l'art. 2043 de pénétrer dans la vie familiale. La privatisation de la famille a accéléré ce procès, puisque la famille devient le lieu où l'on cultive non seulement le sentiment de la famille, mais où les individus peuvent aussi exprimer leur propre personnalité. C'est donc là que l'érosion progressive de l'immunité familiale laisse le terrain à la responsabilité civile et fait parler plusieurs privatistes d'une « privatisation du mariage ». ⁴³

Il faut par contre préciser que les remèdes de la responsabilité civile sont considérés comme un mécanisme de clôture. ⁴⁴ On arrive, en principe, à invoquer la responsabilité civile là où les remèdes du droit de la famille n'arrivent pas à garantir une solution équitable. L'extension du droit de la responsabilité civile dans le domaine de la famille a vu timidement le jour il y a une vingtaine d'années pour gagner ensuite une place de plus en plus importante dans la doctrine et dans la pratique juridique. Mais il ne faut pas pour autant amplifier le rôle de la responsabilité civile. Le rapport entre les deux branches du droit, le droit de la famille et celui de la responsabilité, sont complexes. Le mariage entraîne des devoirs des époux dont la nature juridique a toujours été controversée. La responsabilité civile en matière de violation des devoirs matrimoniaux change-t-elle la nature juridique de desdits devoirs ? La violation des devoirs des époux est-elle à la fois violation des droits fondamentaux de la personne ? Est-il juste de laisser sans réparation la violation d'un droit fondamental « seulement » sous prétexte qu'elle a eu lieu en famille ? Il est évident que la relation familiale ne peut pas justifier la violation des droits fondamentaux.

Dans ce cadre assez flou, les juges ont dû accueillir les sollicitations les plus disparates. Le résultat a été une production jurisprudentielle restreinte, assortie d'une vaste production doctrinale.

Dans la jurisprudence, l'on retrouve plusieurs cas qui entretiennent des relations entre cause fautive, prestation compensatoire et responsabilité. En cas de séparation et de divorce, la cause fautive peut se révéler discriminatoire, surtout envers la femme car elle réduit la prestation compensatoire du conjoint « responsable » de la rupture du lien.

⁴³ L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, cit., p. 578.

⁴⁴ IBIDEM, p. 574, in G. Ferrando, L. Lenti, *La separazione personale dei coniugi*, Padova, 2011.

Mais qu'est-ce qui se produit si c'est la femme qui reste au domicile familial ? Si elle n'a pas de travail pour pourvoir aux besoins de la famille et qu'en plus elle n'aura pas droit à la prestation compensatoire ? Heureusement, la jurisprudence a su créer un équilibre entre les époux en faisant très clairement la différence entre prestation compensatoire et dommage subi par l'un des conjoints. L'art. 143 c.c. impose aux conjoints de pourvoir, chacun selon ses propres possibilités, aux besoins du foyer. S'il y a des disparités entre les apports patrimoniaux, celles-ci peuvent être rééquilibrées, sans que la « faute » de la séparation puisse peser sur la partie « responsable » de la rupture du lien, à travers le droit de la responsabilité civile.⁴⁵ Il est intéressant de remarquer que certains cas ont recours à la responsabilité civile délictuelle et d'autres à la violation d'une obligation impérative d'origine légale, violation de l'article 143 c.c., qui dans le droit italien a une nature contractuelle.⁴⁶

Le premier arrêt de la Cour de Cassation en faveur de la responsabilité civile pour la réparation d'un préjudice moral entre conjoints date de 2005.⁴⁷ Après avoir obtenu le divorce et l'annulation du mariage par l'Eglise, une femme a intenté une action en justice contre son mari, car celui-ci ne lui avait pas dit, avant le mariage, d'être affecté de *impotentia coeundi*. En plus, il avait refusé les soins par crainte que d'autres personnes ne puissent connaître ses problèmes. La femme (demandeur) a soutenu que le comportement de son mari était contraire à la bonne foi entre époux. Après le rejet de la demande par le Tribunal et la Cour d'Appel, la Cour de Cassation a enfin accepté la demande de réparation du dommage présentée par la femme.

Selon la Cour de Cassation, « Puisque les devoirs entre époux qui découlent du mariage ont une nature juridique, la violation des susdits devoirs, qui se traduit par des comportements tellement graves qu'ils impliquent une agression aux droits fondamentaux de la personne (parmi lesquels on inclut le droit à la sexualité), fait surgir le droit de l'autre conjoint à demander la réparation du dommage, patrimonial et non patrimonial, sans pouvoir affirmer que la violation des devoirs entre conjoints trouve sa propre sanction exclusivement dans les outils prévus par le droit de la famille, tel que la séparation, le divorce, la séparation fautive (*addebito nella separazione*), la pension alimentaire (*l'assegno di divorzio*) ».

Une fois admise la responsabilité civile entre conjoints, la Cour de Cassation a dû suivre les règles de la responsabilité en ce qui concerne la réparation du dommage non patrimonial qui peut être indemnisé seulement quand le comportement de l'agent est un crime, ou bien quand il y a violation des droits protégés par la Constitution. Dans ce cas-là, c'est la violation des droits garantis par la Constitution qui oblige, selon la Cour de Cassation, le mari à prendre ses responsabilités. L'art. 29 de la Constitution italienne garantit l'égalité entre époux qui, lors du mariage, acquièrent les mêmes droits et assument les mêmes devoirs, l'un envers l'autre, ce qui devient une spécificité du principe général d'égalité aux termes de l'art. 3.

La famille, selon la Cour, « n'est pas un lieu de compression ni de mortification des droits fondamentaux, mais le lieu de croissance et d'épanouissement individuels, caractérisée par le respect réciproque et la libre attribution des rôles. Chaque membre de la famille conserve ses caractéristiques particulières et reçoit tutelle en tant que personne selon l'art. 2 de la Constitution » qui reconnaît les droits fondamentaux aussi bien aux individus qu'aux agrégations sociales qui contribuent à la formation de la

⁴⁵ Cass. 15 Settembre 2011, n. 18.853, Giur. It., 2012, 1540.

⁴⁶ A. GENTILI, *I doveri giuridici tra coniugi*, in P. Cendon (cur.), *La prova ed il Quantum nel risarcimento del danno*, Torino, 2013, t.1, p. 597.

⁴⁷ Cass. Civ. 10 maggio 2005, n. 9801, Giur. It., 2006, p. 691.

personnalité. La Constitution, pour la Cour de Cassation, parfaît un système de pluralisme juridique où la personnalité de chaque individu doit s'exprimer et se développer. « Le respect de la dignité et de la personnalité de chaque membre de la famille apparaît dans sa totalité comme un droit fondamental, dont la lésion par un autre membre de la famille devient la prémissse logique de la responsabilité civile, car l'on ne peut pas admettre que des droits considérés comme fondamentaux soient traités différemment suivant que l'on se situe à l'intérieur ou à l'extérieur d'un contexte familial. ».

Puisque la sexualité est un droit fondamental de la personne humaine,⁴⁸ la violation de ce droit comporte un « dommage injuste » et donc réparable.

La Course rend, naturellement, compte que l'introduction du principe de la responsabilité civile peut avoir un effet négatif dans la solution des conflits familiaux. Elle affirme donc que la responsabilité civile n'intervient que dans les cas où le comportement de l'un des époux est grave et constitue une véritable « agression » à l'un des droits fondamentaux. Nulles importance ont pour la Cour « les comportements nuisibles qui pourraient présenter la moindre efficacité, à savoir ceux qui pourraient se justifier à l'intérieur de la famille, grâce à l'esprit de compréhension et de tolérance qui font partie du devoir d'assistance réciproque. ». La Cour donc conclut que la simple violation des devoirs entre conjoints, et même le fait fautif dans la séparation, ne peuvent entraîner forcément une responsabilité et l'obligation de réparation.

Les Tribunaux avaient devancé la Cour de Cassation dans l'application de la responsabilité civile au sein de la famille. A Florence, le tribunal avait jugé responsable le mari pour ne pas avoir soigné sa femme atteinte d'une maladie mentale. Les dommages et intérêts s'élevaient à 140 millions de lires, équivalant – grossso modo – à 70.000 euro.⁴⁹ Deux ans plus tard, à Milan un mari, qui avait abandonné sa femme lors d'une grossesse que le couple avait voulu depuis des années, a été considéré comme responsable pour avoir violé le devoir de solidarité et de loyauté entre conjoints, pour ne pas avoir subordonné ses intérêts personnels aux projets de vie commune.⁵⁰

Après larrêt de 2005, la responsabilité civile a été invoquée dans plusieurs cas de séparation entre époux. Parmi les cas où les Tribunaux ont reconnu la responsabilité extracontractuelle de l'un des conjoints, nous pouvons citer larrêt du Tribunal de Latina de 2012 qui a reconnu à une femme un dommage extrapatriomial de 150.000 Euros, car son mari ne lui avait pas fait part de sa propre *impotentia generandi*.⁵¹ Le Tribunal a reconnu la violation du devoir de loyauté et de solidarité qui imposerait à chaque partie d'informer l'autre de toute condition psychophysique qui pourrait compromettre la communion matérielle et spirituelle qui constituent le fondement du mariage.

La violation du devoir de fidélité par l'un des conjoints occupe une place à part. Dans quelle mesure la responsabilité civile intervient-elle en cas d'infidélité ? Est-ce qu'elle se réduit à la réparation de la « *separazione con addebito* » prévue par le droit de la famille et, donc, à une somme mensuelle en faveur du conjoint fidèle ? Est-ce le seul moyen pour l'Etat d'intervenir pour réparer l'adultère ? Est-ce une réparation à caractère uniquement pécuniaire qui a pour but l'indemnisation de la victime ou bien faut-il reconnaître que son caractère exclusivement patrimonial devrait changer de finalité ? Est-ce la fidélité un incident de la vie, qui ne peut pas trouver d'indemnisation dans les Tribunaux ?

⁴⁸ Cour Constitutionnelle, 18 décembre 1987, n. 561, nota in Giust. Cost., 2006, p. 691.

⁴⁹ Tribunale Firenze, 13 giugno 2000, nota in Famiglia e Diritto, 2001, p. 161.

⁵⁰ Tribunale Milano, 4 febbraio 2002, nota in Responsabilità Civile e Previdenza, 2002, p. 1440.

⁵¹ Tribunale Latina, 22 febbraio 2012.

Toutes ces questions ont animé les discussions des auteurs et sont parvenues jusqu'aux juges de la Cour de Cassation. La Cour a décidé que les réparations prévues par le droit de la famille n'excluent pas à priori la responsabilité civile entre époux. Mais l'infidélité devient un « dommage injuste » et elle entraîne par conséquent la réparation du dommage seulement quand elle atteint une « gravité » et une « intensité » telles à impliquer aussi la violation d'un droit fondamental. L'évidence de la lésion doit se concrétiser en quelque chose de plus concret que la seule souffrance psychique causée par l'infidélité et l'humiliation, la rage et la déception qui en dérivent. Selon la Cour de Cassation, l'infidélité devient un dommage injuste quant à cause de la modalité que l'on a mise en place, ou dans des contextes précis, a porté atteinte à la santé du conjoint, ou bien, quand l'infidélité constitue aussi une lésion à la dignité de la personne.⁵²

6. LA RESPONSABILITÉ CIVILE DANS LES UNIONS LIBRES (COPPIE DI FATTO E FAMIGLIE DI FATTO)

En 2013, la Cour de Cassation déclare applicable aux unions libres la discipline de la responsabilité civile quand une partie se rend responsable de la violation d'un droit fondamental de l'autre époux.⁵³ Selon la Cour de Cassation, le même degré de protection en cas de violation des droits fondamentaux est reconnu aussi bien aux unions légales qu'aux unions libres, car les droits fondamentaux sont reconnus, aux termes de l'article 2 de la Constitution, au sein de toutes les formations sociales où se réalise la vie de l'individu. Il est intéressant de remarquer que la Cour de Cassation fonde son arrêt sur l'art. 2 qui prévoit la protection des droits fondamentaux au sein des groupes sociaux où chaque individu se trouve à vivre. Dans le cas des unions libres, les droits de la vie familiale bénéficient d'une tutelle juridique de plus en plus ample, car la jurisprudence et la législation les considèrent désormais comme des « presque familles ». Dans les rapports entre conjoints, les devoirs spécifiques, dont la violation entraîne la responsabilité, sont mentionnés aux articles 143 et suivants du Code. Dans les unions libres, il n'existe pas de devoirs spécifiques : comment la responsabilité fonctionne-t-elle dans ces formations sociales qui s'imposent de plus en plus dans le droit ? Quelle est l'existence juridique des unions libres, si l'on ne tient pas compte de leur spécificité dans l'application du droit de la responsabilité civile ? La Cour de Cassation a donc reconnu que toutes les actions illicites qui surviennent dans les unions libres doivent être reconnues justement dans leur valence familiale. Cette opinion a été affirmé par la Cassation après l'adoption par le Parlement Italien de la loi sur les unions civiles (loi 76/2016).⁵⁴ Le fait illicite sera donc différent d'autres faits illicites, parce qu'ils ont porté atteinte à une formation sociale qui est reconnue par notre système juridique. Puisque les devoirs ne sont pas déterminés par la loi, mais par la libre autonomie des deux parties, le juge devra analyser le contenu du rapport pour établir le type de devoirs que les deux parties ont voulu se garantir réciproquement. Seule la violation de ces devoirs, ou par exemple une brusque et abrupte interruption de l'assistance morale et matérielle, peut faire appel au principe de responsabilité civile « *endofamiliare* ».

⁵² Cass. 15 settembre 2011, nota in Famiglia, Persone, Successioni, 2012, p. 9; I. GIANNECCHINI, *Risarcimento del danno per infedeltà coniugale*, P. Cendon (cur.), La prova ed il *Quantum* nel risarcimento del danno, Torino, 2013, t. I, p. 623.

⁵³ Cass. 20 giugno 2013, n. 15.481.

⁵⁴ Cass. Civ., sez. I, 15/06/2017, n. 14878.

7. LA RESPONSABILITÉ ENVERS LES ENFANTS

Traditionnellement, la responsabilité civile n'a jamais trouvé de terrain fécond dans les rapports de famille parents-enfants. L'immunité de la responsabilité dans les rapports parents-enfants doit être reconduite plutôt à une certaine autorité parentale, paternelle en l'occurrence, qui aurait laissé aux parents, et au père en particulier, une plus grande liberté quant au choix de l'éducation des mineurs. En cas de graves violations, le droit pénal a été l'instrument pour obtenir la meilleure protection de l'enfant envers des parents violents ou indifférents aux besoins de leurs enfants.

Notre société aussi bien sensible aux intérêts des enfants qu'au choix des parents dans l'éducation de leurs enfants ne cesse de lancer des défis également au droit de la famille. Parmi les réponses du législateur, on trouve le nouveau article 709 *ter* c.p.c., ajouté au code de procédure civile, par la loi 54/2006. L'article discipline une procédure spécifique en cas de désaccord entre parents séparés ou divorcés par rapport à l'exercice des devoirs parentaux. L'article contient aussi une clause pour la réparation des dommages causés aux enfants ou à l'autre parent. Cet article a scellé définitivement le droit d'entrée de la responsabilité civile dans le droit de la famille, mais il n'est pas clair s'il s'agit de la responsabilité générale aux termes de l'article 2043 c.c. ou plutôt d'une spécificité du rapport parents-enfants.⁵⁵

Quant à la jurisprudence, les juges ont commencé à accueillir les requêtes quand le droit de la responsabilité a été invoqué par des enfants qui s'estiment négligés par l'un des parents. A partir de l'année 2000, les Tribunaux ont commencé à reconnaître la responsabilité civile pour violation des devoirs parentaux. La Cour de Cassation a ainsi tenu pour responsable un père du dommage « existentiel » envers son fils, déjà majeur, pour avoir manqué à l'accomplissement du devoir de subvenir aux besoins de son fils naturel.⁵⁶ Le dommage consisterait en la lésion des droits fondamentaux de la personne, en tant que fils et mineur. D'autres arrêts ont suivi, à Bologne,⁵⁷ à Venise.⁵⁸ Le cas le plus récent décidé par la Cour de Cassation remonte à 2014.⁵⁹ Il s'agit d'un père qui n'a pas reconnu son enfant au moment de sa naissance. Trente ans plus tard, à travers une action directe visant à déclarer sa paternité, son lien de filiation avec l'enfant a été reconnu. L'homme avait subi deux actions : celle de la mère qui demandait la moitié de ce qu'elle avait dépensé pendant les années où elle avait eu en charge l'enfant. La Cour a reconnu le droit de la mère à récupérer la moitié du montant dépensé pour subvenir aux besoins de son enfant.⁶⁰ La deuxième requête faite au père concernait la réparation du dommage, en faveur cette fois-ci de l'enfant. La Cour a reconnu la violation des devoirs qui découlent du rapport de filiation : dans le cas échéant le père avait privé l'enfant de l'affection paternelle et avait montré une totale insensibilité à son égard, comme le montrent le non versement de la pension alimentaire pendant toutes ces années et le manque d'assistance à son égard.⁶¹

⁵⁵ G. A. PARINI, *Responsabilità civile e doveri genitoriali*, in Trattato di diritto di famiglia, diretto da P. Zatti, Milano, 2011, p. 1839.

⁵⁶ Cass. 7 giugno 2000, n. 7713.

⁵⁷ Corte di Appello di Bologna, 10 febbraio 2004, in Famiglia e diritto, 2006, p. 511.

⁵⁸ Tribunale Venezia, 30 giugno 2004; Tribunale Venezia, 18 aprile 2006;

⁵⁹ Cass. 22 luglio 2014, n. 16657.

⁶⁰ Le droit d'un des parents à la moitié des dépenses effectuées pour le fils avant le procès qui conduit à la reconnaissance de la paternité a été confirmé par Cass. 14 février 2015, n. 3559.

⁶¹ Tribunale Matera, 07/12/2017, n. 1370 ; récemment la Cour de Cassation a décidé dans la même direction : Cassazione civile, sez. I, 14/05/2018, n. 11696.

En effet, il s'agit toujours de cas où un des parents n'a pas subvenu aux besoins de son enfant naturel. Les arguments des juges font toujours appui sur la violation d'un droit garanti par la Constitution, qui peut être vu comme la violation d'un droit à l'épanouissement de la personne. Il faut préciser que dans les deux cas pris en examen à Bologne et à Venise la situation financière du père qui n'avait pas subvenu aux besoins de son fils était très disproportionnée par rapport à celle de la mère. Ce qui peut justifier l'importance du montant de plus de deux millions d'Euros fixé par la Cour de Bologne à la charge du père.

8. CONCLUSIONS

Pour conclure, une brève réflexion sur l'avenir de la responsabilité civile dans le domaine de la famille en Italie. Comme l'on peut voir, la responsabilité civile a pu pénétrer dans le domaine autrefois clos du droit de la famille. Cette tendance a commencé à gagner du terrain aussi dans beaucoup d'autres systèmes juridiques qui font partie de la tradition juridique occidentale. On a quand même l'impression, quand on lit les arrêts, que les juges ont été plus poussés par le besoin de proposer des solutions équitables dans la réparation des injustices que par une volonté consciente de construire un système de responsabilité des parents envers les enfants. Ils ont eu recours aux outils dont ils disposaient sans pour autant qu'un vrai système de responsabilité civile de la famille soit véritablement mis en place.

Mais, l'ouverture de la famille aux instruments classiques du droit privé a-t-elle vraiment entraîné une « privatisation » de la famille ? A-t-elle sensibilisé notre société et notre droit aux besoins de l'individu par rapport aux impositions de la famille ? Si on regarde le phénomène de plus près, il est vrai que la responsabilité civile a pu percer le domaine protégé de la famille, mais cela ne s'est pas produit au nom des droits fondamentaux de l'individu, mais plutôt au nom des droits fondamentaux dont l'individu bénéficie dans un groupe social donné, celui de la famille, qu'elle soit, ou non, caractérisée par un lien juridique fort comme celui du mariage. Comme Leonardo Lenti⁶² remarque, la responsabilité délictuelle dans la famille est invoquée à la fois par les plus conservateurs, car c'est une responsabilité qui presuppose l'existence des liens familiaux, qui sont à défendre, et par les plus individualistes, car la responsabilité civile est perçue comme l'outil qui a réussi à briser le particularisme du droit de la famille. On a l'impression que, malgré les proclames, nous n'assistons pas à une « privatisation » du droit de famille, mais à la réélaboration d'une nouvelle définition de famille. La notion de famille revient donc à nouveau comme une entité superposée aux besoins de chaque individu et qu'elle exige un régime juridique particulier, où les aspirations et la liberté de tous ses membres peuvent à tout moment être remis en cause afin de donner libre cours à cette entité désignée couramment sous l'appellation de « famille ».

⁶² L. LENTI, *Violazione dei doveri familiari e responsabilità civile*, cit., p. 571.

DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL Y OTROS INTERESES EXISTENCIALES DEL SER HUMANO

Un viaje por la doctrina italiana

Sonia Lidia QUEQUEJANA MAMANI*

Aunque se mantiene vigente el debate para definir los límites y el contenido intrínseco de los derechos de la persona, en este ensayo se desarrolla cómo la doctrina y la jurisprudencia han aportado a un paulatino esclarecimiento conceptual entre el derecho a la identidad personal y los demás derechos existenciales, toda vez que originariamente existió una significativa confusión dada la proximidad de definición de aquellas situaciones jurídicas.

Sebbene il dibattito per definire i limiti e il contenuto intrinseco dei diritti della persona sia ancora in corso, questo saggio intende sviluppare come la dottrina e la giurisprudenza abbiano contribuito a una graduale chiarificazione concettuale tra il diritto all'identità personale e gli altri diritti esistenziali.

1. IDENTIDAD PERSONAL Y SIGNOS DISTINTIVOS DE LA PERSONA

No resulta tarea sencilla describir el concepto de “identidad personal” en sentido integral y, además, atendiendo que resultó complicado el que esta figura jurídica fuera aceptada por los juristas y estudiosos de lo jurídico¹. Generó muchas dudas, lo que es comprensible en la medida que, para su aprehensión, fue necesario remitirse a su supuesto o sustento filosófico libertario, y a su cabal aplicación en la experiencia jurídica a través de la teoría tridimensional del Derecho, como fue planteada en Perú por el recordado Maestro Carlos Fernández Sessarego².

Máster en “Ciudadanía europea e integración euro-mediterránea” por la Universidad de Roma Tres (Italia). Asimismo, es Máster en “Peacekeeping & Security studies. La gestión civil y militar de las crisis en ámbito europeo e internacional” por la misma casa de estudios. Doctoranda por la Universidad de Turín (Italia). Miembro Asociada del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Máter Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia). Miembro de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia). Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, 2.^a ed., actualizada y ampliada, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 123.

² ID., *El Derecho como libertad. La teoría tridimensional del Derecho*, Lima, 2017, pp. 157 y 158.

En efecto, lo novedoso del concepto de “identidad personal” originó el que en lo jurídico se le confundiera, por un lado, con otras nociones que le son conceptualmente cercanas como es el caso de los signos distintivos, la intimidad de la vida privada, el honor y la reputación. De otro lado, la confusión se generaba en el hecho que el genérico concepto de “identidad personal”, tanto en su vertiente estática como en la dinámica, comprende variados aspectos del mismo.

Al respecto, es necesario recordar que todos los derechos de la persona se encuentran esencialmente vinculados por cuanto todos ellos tienen un mismo y único fundamento, desde que tutelan diversos aspectos de un mismo ser, que es el ser humano³. En efecto, todos estos derechos se refieren siempre al “yo”, en cuanto es a la persona a quien el derecho protege de modo amplio e integral⁴. Es el propio ser humano el único y absoluto fundamento, la razón de ser de los derechos, así como, según Vincenzo Roppo⁵, su pretensión a la limitación de poderes y comportamientos ajenos que los distorsionen o no lo respeten.

La relación fundamental entre los diversos derechos que protegen al ser humano explica la posibilidad de confusión que puede presentarse entre derechos que tutelan aspectos muy cercanos o afines de la persona.

Comenzó posteriormente el proceso de distinción entre el derecho a la identidad personal y de los otros intereses existenciales que le son próximos. La diferenciación de los derechos ha sido obra conjunta de la jurisprudencia y del análisis crítico de la doctrina.

2. IDENTIDAD PERSONAL, NOMBRE E IMAGEN: DIFERENCIAS

El nombre se presenta como un signo distintivo de la persona, como el instrumento más simple y directo para su primaria identificación⁶. Se reconoce que el nombre cumple una función identificadora e individualizadora de la persona humana dentro de la sociedad, la afirmación del propio yo⁷.

El nombre es uno de los medios de identidad estática de la persona, aunque no es un dato ni suficiente ni totalmente seguro para dar cuenta de la identidad de un ser humano. Es un instrumento de identificación de la persona⁸. No obstante, el nombre no da cuenta de la esencia del sujeto, mientras que la noción globalizante de identidad personal, por el contrario, es una expresión universal que permite la aproximación a la “verdad personal” de cada sujeto. Lo expresado sobre el nombre es aplicable también al seudónimo, que alcanza la importancia del nombre, tendiendo a sustituirlo.

Se ha logrado perfilar conceptualmente el deslinde entre el derecho a la identidad personal, en cuanto proyección social de la persona como su *verdad esencial*, y los signos distintivos de la persona (nombre, seudónimos, etc.).

³ V. ZENO-ZENCOVICH, “Personalità (diritti della)”, *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione civile, vol. XIII, 4.^a ed., Turín, 1996, p. 435 y ss.

⁴ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho y persona*, 5.^a ed., actualizada y ampliada, Buenos Aires, 2015, pp. 57 y ss.

⁵ V. ROOPPO, “Diritto della personalità, diritto alla identità personale e sistema dell’informazione. Quale modello di politica del Diritto?”, en AA.Vv., *L’informazione e i diritti della persona*, Nápoles, 1983, p. 29.

⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, *I diritti della personalità*, en *Diritto civile*, vol. I, dirigido por Nicolò Lipari y Pietro Rescigno, coordinado por Andrea Zoppini, Milán, 2009, pp. 535 y ss.

⁷ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, reimpresión, Nápoles, 1982, p. 272.

⁸ G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, 2.^a ed., Milán, 2019, pp. 191 y ss.

Sobre el derecho a la imagen, como han expresado con acierto Guido Alpa y Giorgio Resta⁹, su reconocimiento constituye históricamente un aporte de la jurisprudencia francesa, que inició a ocuparse del tema durante el siglo XX. En la experiencia jurídica italiana, las primeras sentencias que se ocuparon de la materia se remontan a finales del siglo XIX. Por este motivo se reflejan en manera particularmente nítida la diversa contribución de los modelos franceses y alemanes en la construcción de un sistema de tutela civil de la persona. Si por cincuenta años se tuvo la influencia francesa, ese sitio fue tomado por la cultura jurídica alemana, por su basamento conceptual y analítico.

Así, la atención de la jurisprudencia italiana en las primeras décadas del siglo XX se concentraron en tres aspectos: *a)* si la imagen es objeto de un derecho subjetivo, o se encuentra protegido solo indirectamente mediante las reglas de la responsabilidad civil y penal; *b)* si del derecho a la imagen es posible disponer como de todo otro derecho patrimonial y, especialmente, si en el caso de menores, pueden realizar actos válidos dispositivos sin la intervención de los que ejercen la patria potestad; *c)* si el consentimiento a la publicación del retrato tomado a la persona es revocable.

Efectivamente, desde la mitad del siglo pasado, la doctrina italiana asumió diferentes posiciones en el contexto de la más general controversia sobre la existencia misma de los derechos de la persona¹⁰. Se puede afirmar que, en el ámbito de la protección de la identidad personal, la imagen se presenta como un signo distintivo primordial. Cabe precisar que la problemática de la imagen se volvió más compleja, debido al perfeccionamiento de los medios y técnicas de difusión que caracterizan nuestra sociedad.

El Derecho se interesa de la protección jurídica del aspecto exterior de la persona, de su perfil somático. El objeto del derecho a la imagen, como indicada en su tiempo Emilio Onde¹¹, es también la protección del perfil físico de la persona y su reproducción por cualquier medio, que no puede ser necesariamente una copia literalmente fiel y puede ser intencionalmente alterada o deformada. El uso ilegítimo de la imagen puede comportar prejuicio al honor, al decoro y a la reputación del sujeto¹², por lo que debe valorarse en cada caso su utilización¹³.

La imagen, junto al nombre, constituye otro elemento para configurar la identidad estática del sujeto¹⁴. No puede olvidarse los otros aspectos de la persona, de carácter estático, que contribuyen a reconocer su identidad, su verdad social. Como en el caso de los signos distintivos, y particularmente del nombre. La imagen se presenta insuficiente para dar cuenta, ella sola, de la identidad personal. Con razón, Massimo Dogliotti ha expresado que ni los signos distintivos, ni la imagen agotan la identidad de la persona¹⁵. Estos elementos estáticos no brindan una proyección social completa que definan la identidad personal del sujeto.

⁹ IIDD., *ob. cit.*, pp. 215 y ss.

¹⁰ M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, en *Trattato di Diritto Privato*, t. I, 2.^a ed., dirigido por Pietro Rescigno, Turín, 1999, p. 177.

¹¹ E. ONDEI, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Turín, 1965, p. 348.

¹² P. PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, 3.^a ed., revisada y ampliada, Nápoles, 1994, p. 162.

¹³ ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.^a ed., revisada e integrada, Nápoles, 1991, p. 392.

¹⁴ G. ALPA, G. RESTA, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, ob. cit., pp. 215 y ss.

¹⁵ M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 177.

3. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LA VIDA PRIVADA Y DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

La noción de identidad personal está también vinculada con la de intimidad de la vida privada. En efecto, el derecho a la intimidad protege el interés de la persona de gozar de un ámbito en el cual pueda desarrollar lo que constituye el núcleo de su vida privada. Consiste en el derecho a la no representación hacia el exterior de los propios asuntos personales, es decir de aquellos que el sujeto requiere se sustraigan a la curiosidad ajena. Se trata de aquellas actividades que carecen de trascendencia social. La intimidad es una categoría en sí, madurada para ser utilizada como instrumento jurídico en la sociedad moderna¹⁶.

La intimidad puede describirse, como la desarrollo Adriano De Cupis¹⁷, uno de los más reconocidos especialistas europeos de los derechos de la personas, como el modo de ser del sujeto, en que se excluye al conocimiento ajeno aspectos de su vida. Por ende, comporta la tutela jurídica de situaciones y vivencias particularmente personales y familiares, que no tienen para los terceros un interés socialmente apreciable¹⁸. En general, el derecho a la intimidad tutela jurídicamente el interés de mantener en reserva la esfera interna de la persona, evitando su divulgación pública, especialmente a través de los medios de comunicación masivos o redes informáticas, vale decir, protege al sujeto de la curiosidad pública¹⁹.

No obstante, no debe olvidarse que en el derecho a la identidad personal se tutela la “mismidad” del sujeto, su verdad personal, en tanto que en el derecho a la intimidad de la vida privada no es importante la problemática de la “verdad personal”, por lo que es materia de protección jurídica es la esfera de su privacidad, de aquellos comportamientos que quedan al margen de cualquier forma de intrusiones de parte de aquellas personas ajenas al mundo de la intimidad personal como familiar.

La exigencia existencial de tutela mediante lo jurídico, la esfera de la intimidad personal y familiar se encuentra estrechamente vinculada a un determinado momento. La necesidad de tutela jurídica de la intimidad de la vida privada se acentúa con la aparición de las transformaciones y cambios que se hacen evidentes en la sociedad industrial y tecnológica. En la sociedad se acentúan, mediante el notable avance de las comunicaciones, los contactos entre las personas y se debilita la vida comunitaria y decae el valor de la solidaridad²⁰.

3.1. Antecedentes del derecho a la intimidad en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación

El derecho a la intimidad se encuentra protegida a nivel universal en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en el numeral 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 8.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

¹⁶ A. PALLADINO, A. DE MATTIA, G. GALLI, *Il diritto alla riservatezza*, Milán, 1963, p. 37.

¹⁷ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán, 1982, p. 283.

¹⁸ R. CATERINA, *Le persone fisiche*, 3.ª ed., Turín, 2019, p. 148.

¹⁹ M. PARADISO, *Corso di Istituzioni di Diritto Privato*, 11.ª ed., Turín, 2020, p. 139.

²⁰ Sobre el particular, M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 143.

Principalmente, el artículo 12 de la Declaración Universal tiene el siguiente texto:

Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Es en los Estados Unidos de Norte América donde, por primera vez, surgió la necesidad existencial de proteger la intimidad personal y familiar. El caso más recordado concerniente a la tutela la intimidad es el trabajo de Samuel D. Warren y Louis B. Brandeis²¹, dos estudiosos norteamericanos que en 1890 publicaron un reconocido ensayo que ha sido el punto de inicio de desarrollo del estudio del derecho a la intimidad²².

En la experiencia jurídica italiana el Código Civil de 1942 no protege la intimidad personal y familiar. Algunos autores, antes de su promulgación, se habían ya referido al derecho a la *riservatezza*, como es el caso, entre otros, de Massimo Ferrara Santamaria, que planteaba que se trataba de una configuración específica de los derechos fundamentales de los derechos de las personas, una de sus típicas afirmaciones autónomas²³.

Muchos otros son los autores que se han ocupado del tema instando a su tutela jurídica, como es el caso de Francesco Carnelutti²⁴, que afirmó que la persona tiene el derecho a que no se viole su privacidad, que no se le exponga al público sin su consentimiento o sin que el interés de la sociedad exija el sacrificio del interés individual. Por su parte, Adolfo Di Majo declaraba que este derecho postula la concreción judicial de diversas situaciones de hecho ilícitas antes que la rígida descripción del contenido de un derecho subjetivo²⁵. Entre otros juristas, como Mario Bessone²⁶, señalaba que el derecho a la intimidad e reserva integran la categoría de los derechos de la persona.

Por su parte, otros autores, como Franco Ligi, estimaban que el derecho a la intimidad es el interés existencial de vivir una vida privada, libre de publicidad no deseada, que los aspectos personales privados no sean convertidos en públicos²⁷, aunque de ámbito variable en relación a la persona, como señalaba Giorgio Giampiccolo²⁸.

Se reconoce a Adriano De Cupis²⁹ como el más vehemente defensor del derecho a la intimidad, considerándolo como un derecho general, a pesar de cierta perplejidad en la doctrina, como anotaba Michele Giorganni³⁰, en atención también a una intervención jurisprudencial no siempre coherente (como sucede, en otras experiencias, como la ale-

²¹ S. D. WARREN, L. B. BRANDEIS, “The right of privacy”, en *Harvard Law Review*, vol. IV, n.º 5, 1890. Se ha utilizado la versión publicada por *Quid Pro Books*, Nueva Orleans: 2015, pp. 1 y ss.

²² No obstante, es necesario indicar que diez años antes de la aparición del famoso ensayo de WARREN y BRANDEIS, es decir, en 1880, J. KOHLER (9 de marzo de 1849 – 3 de agosto de 1919), un reconocido jurista alemán, hiciera alusión a “*un derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada*”. T. AULETTA, *Riservatezza e tutela della personalità*, Milán, 1978, p. 26.

²³ M. FERRARA SANTAMARIA, “Il diritto alla illesa intimità privata”, en *Rivista di Diritto Privato*, vol. VII, primera parte, Padua, 1937, p. 169.

²⁴ F. CARNELUTTI, “Diritto alla vita privata (contributo alla teoria della libertà di stampa)”, en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año V, Milán, 1955, pp. 5 y 6.

²⁵ A. DI MAJO GIAQUINTO, “Profili dei diritti della personalità”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XVI, Milán, 1962, pp. 92 y 93.

²⁶ M. BESSONE, “Diritti dell’personalità, segreto della vita privata e droit à l’image”, en *Il diritto di famiglia e delle persone*, año VII, Milán, 1978, p. 585.

²⁷ F. LIGI, “Contributo allo studio comparato dei diritti della personalità negli ordinamenti: tedesco, americano, francese e italiano”, en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, vol. XXXI, Roma: 1956, p. 171.

²⁸ G. GIAMPICCOLO, “La tutela giurídica della persona humana e il c.d. diritto alla riservatezza”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año XII, Milán, 1958, p. 472.

²⁹ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2.ª ed., revisada y actualizada, Milán, 1982, p. 336.

³⁰ M. GIORGANNO, “La tutela della riservatezza”, en *Il diritto privato nella società moderna*, al cuidado de Stefano Rodotà, Bolonia, 1971, p. 139 y ss.

mana, como informa bien Alessandro Somma³¹). No le falta razón a Pietro Rescigno³² cuando afirma que este derecho ha representado una contribución notable a la elaboración de la categoría de los derechos de la persona, que incluso a inicios del siglo XX habían sido criticados sobre la base de objeciones lógicas formales que escondían, en realidad, un rechazo incluso de carácter político.

No obstante, la jurisprudencia italiana asumió prontamente la tutela de la intimidad personal y familiar. Así si bien el Código Civil italiano de 1942 no reguló en su texto una norma de tutela expresa de la intimidad personal y familiar, el artículo 2 de la Constitución de Italia de 1947, que reconoce y garantiza “los derechos inviolables del hombre”, actúa como cláusula general que sirve de fundamento para la protección de cualquier derecho natural o interés existencial que se sustenta en la dignidad de la persona, no obstante algunas voces discrepantes, como la de Francesco Macioce³³.

No es necesario, tratándose de los derechos de la persona, que exista una norma que acoja expresamente un determinado derecho subjetivo para que produzca su tutela. Bastaría recurrir al artículo 2 de la referida Constitución. Autores como Cesare Massimo Bianca³⁴ afirmaban que, respecto al derecho a la intimidad, se pueden evidenciar dos frases de evolución en el derecho italiano. La primera, alrededor de los años setenta, y una segunda fase, actual, caracterizada por la intervención del legislador, especialmente sobre la protección de datos personales.

En efecto, el derecho a la intimidad tutela jurídicamente la exigencia de la persona que los hechos y actos de su vida privada no sean divulgados, interés existencial que ha sido reconocido después de un intenso debate jurisprudencial y su respaldo constitucional³⁵. Este derecho se diferencia del derecho al secreto, por cuanto este prohíbe la difusión pública de las situaciones de la vida privada del sujeto, mientras el derecho a la intimidad prohíbe el abusivo conocimiento de la vida privada ajena y la comunicación a terceros de los hechos reservados. Por ello, puede expresarse que la intimidad protege al sujeto frente a la curiosidad pública, en tanto que el derecho al secreto la protege contra la curiosidad individual. Lo que ha llevado a sostener a juristas como Arianna Fusaro³⁶ que la necesidad de garantizar jurídicamente la intimidad de la persona se constituye en una exigencia innegable de la sociedad moderna.

Como señala un sector de la doctrina italiana³⁷, el concepto de intimidad (*riservatezza*) traduce en el ordenamiento jurídico de Italia la noción de *privacy*, que tiene sus orígenes en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos, donde es conceptualizado como el *right to be let alone* (en forma literal, el derecho a ser dejado solo), comprendiendo como poder de exclusión a terceros del conocimiento de hechos personales y de oponerse a la injerencia en la esfera física o moral de la personal.

En el caso del ordenamiento jurídico peruano la situación es semejante. El artículo 3 de la constitución de 1993 actúa como cláusula general y abierta mediante la cual es po-

³¹ A. SOMMA, “I diritti della personalità e il diritto generale della personalità nell’ordinamento privatistico della Repubblica Federale Tedesca”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, año L, Milán, 1996, p. 807.

³² P. RESCIGNO, “Conclusioni”, en Alpa, Guido; Mario Bessone y Luca Boneschi (dir.), *Il diritto all’identità personale*, Padua, 1981, p. 188.

³³ F. MACIOCE, *Tutela civile della persona e identità personale*, Padua, 1984, pp. 25 y 26.

³⁴ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, t. I, 2.^a ed., Milán, 2002, p. 176.

³⁵ A. DE VITA, “Commentario all’articolo 10 del codice civile”, en Pizzorusso, Alessandro; Roberto Romboli; Umberto Breccia y Anna De Vita, *Delle persone fisiche, art. 1-10, Commentario del codice civile*, al cuidado de Francesco Galgano, Bolonia, 1988, pp. 584 y 585.

³⁶ Ar. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, Padua, 2002, p. 188.

³⁷ L. NIVARRA, V. RICCIUTO, C. SCOGNAMIGLIO, *Diritto privato*, 5.^a ed., Turín, 2019, p. 169.

sible proteger cualquier derecho de la persona, a pesar que no se encuentre tipificado como un expreso derecho subjetivo dentro del ordenamiento jurídico positivo.

En la jurisprudencia italiana es posible encontrar numerosos casos de tutela de la intimidad personal y familiar. Se puede citar que la corte constitucional, en su sentencia del 12 de abril de 1973, reconoció expresamente el derecho a la intimidad entre los derechos inviolables del hombre protegidos por el artículo 2 de la Constitución italiana, la que los reconoce y garantiza. La Corte Suprema, por su lado, con fecha 27 de mayo de 1975, siguiendo la indicación de la Corte Constitucional, resolvió el afamado caso en el cual la víctima fue la princesa Soraya, la segunda esposa de Mohammad Reza Pahleví, último Sah o emperador de Irán. En este último pronunciamiento se configura un autónomo derecho a la intimidad de la vida privada. El fallo de la Corte Suprema representó un vuelco significativo dentro de la jurisprudencia italiana. Cabe recordar también que en el notorio caso del famoso tenor Enrico Caruso, en 1956, emitido casi veinte años antes que el fallo antes citado, la Corte, ignorando la doctrina italiana que desarrollaba por aquellos tiempos la temática de la intimidad, no había resuelto favorablemente la demanda de tutela de la intimidad del reconocido cantante.

No obstante, es necesario tener presente que siete años después de haber dejado de proteger la intimidad de Caruso, la Corte Suprema de Italia, con sentencia de fecha 20 de abril de 1963, tutela los detalles íntimos de las históricas relaciones amorosas entre Benito Mussolini y Claretta Petacci, expuestas en un filme sobre la vida del primero. La corte, en efecto, reconoció la intimidad de la vida privada, pero sin referirse de modo explícito al derecho a la intimidad. En efecto, la Corte Suprema fundamentó su fallo argumentando que la divulgación de noticias sobre la vida privada de una persona era lesiva a la “libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como individuo”³⁸.

3.2. Alcances de la noción de intimidad

Debe considerarse, como lo hace notar Alberto Trabucchi³⁹, que cada vez se reconoce un derecho amplio y general a la intimidad, es decir la protección de la vida privada como derecho fundamental de la persona a salvaguardarse de las diversas formas de intrusión en la esfera de la intimidad, así como sobre todo de toda forma de invasiva divulgación de sus actos y hechos personales.

Por su parte, otro sector de la doctrina italiana⁴⁰, ha considerado que el derecho a la intimidad del individuo se presenta, a diferencia de otros aspectos de tutela de los derechos de la persona, estrechamente vinculado a las transformaciones profundas que acontecen en la sociedad industrial, que ha introducido un diverso modelo de vida: creciente contacto, pero también, mayor ajenidad entre los sujetos respecto a la dimensión comunitaria de la sociedad, más amplio dinamismo y circulación que permiten a las personas actuar en ambientes y situaciones entre ellos independientes, revistiendo roles diferentes y proyectando diversos perfiles de la propia persona. No obstante, principalmente por el incesante avance y proceso tecnológico, el perfeccionamiento de los medios de comunicación de masa y de los instrumentos de recopilación de datos y noticias que, actuando en forma inédita, podría ocasionar graves lesiones y agresiones a la intimidad del sujeto, por lo que requieren necesariamente adecuadas y eficaces defensas.

³⁸ Sobre la jurisprudencia italiana puede verse L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA; F. D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile*, 1, Turín, 1986, p. 174.

³⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 48.^a ed., Padua, 2017, p. 333.

⁴⁰ M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 206.

El estrecho vínculo con los elementos más característicos de la sociedad industrial explica, ha señalado Massimo Dogliotti⁴¹, como la exigencia de protección de la intimidad de la persona se haya manifestado (hasta la segunda mitad del siglo xix) en el mundo anglosajón (especialmente en la experiencia jurídica de los Estados Unidos), desarrollándose décadas después en Europa continental, entre contrastes y oposiciones que ponían en discusión la categoría misma de los derechos de la persona, actualmente consolidada. En efecto, como indica también Dogliotti⁴², las polémicas fueron incentivadas, además de la escasez (en realidad, inexistente) de protecciones normativas de los ordenamientos jurídicos por este derecho de la persona, por su contenido a veces indeterminado (a diferencia de otros derechos como el nombre, integridad física, que tienen un objeto más específico y concreto) y susceptible de enriquecimiento y nuevas aperturas.

Como señala unos los juristas italianos que más ha influenciado en el derecho de las personas en el Perú, Pietro RESCIGNO⁴³, el peligro de agresiones y de invasiones en la esfera interna individual es antiguo como la curiosidad del ser humano. Con razón, afirma también el profesor emérito de la Universidad de Roma “La Sapienza”, en la materia de los derechos de la persona los problemas más delicados, son precisamente, los que conciernen a la tutela de la intimidad⁴⁴.

En la actualidad, sostiene Rescigno⁴⁵, la amenaza contra la intimidad de la persona ha crecido por el progreso de la técnica, que crea formas nuevas e imprevisibles de reproducción y de difusión de la palabra, del pensamiento, de la imagen del sujeto. El cine, las fotografías, el internet, posan sus ojos en ámbitos, antes recónditos, de la persona.

El profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Perú, Juan Morales Godo, sostuvo que “lograr una definición del derecho a la vida privada no es fácil”. Para este jurista alcanzar una definición de la intimidad no se ha lograda ni en el sistema del *common law* ni en el romano-germánico al que pertenece nuestro ordenamiento jurídico debido a que ha sido “prácticamente imposible encerrar todas sus posibilidades en una definición”⁴⁶. Es por este motivo que la definición se produce en sentido negativo cuando se sostiene que es aquella esfera de la vida de una persona que, por su connotación y sus propias características, debe estar excluida del conocimiento público.

Es factible comprender los alcances del bien jurídico protegido cuando se hace referencia a la “intimidad”, así como precisar las consecuencias que sufre la persona que ha sido víctima de una ilegítima intrusión a su esfera íntima. Estas consecuencias dependen de la intensidad y gravedad que presente la intromisión o injerencia en el ámbito de la intimidad de la vida privada atendiendo a los parámetros de los usos y costumbres que impidan en el vivir social. De otro lado, es también viable determinar cuáles son los actos y las manifestaciones que pueden considerarse como intrusiones, intromisiones o injerencias en la intimidad de la vida privada.

El derecho a la intimidad tiene un contenido dinámico, el mismo que está en función de diversas variables, que, para autores como Vincenzo Zeno-Zencovich, están constituidas por los datos, por la modalidad de su obtención o de presentación, por los desti-

⁴¹ *Ibidem*, p. 207.

⁴² *Ibidem*, p. 207.

⁴³ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, 11.^a ed., Nápoles, 1996, p. 235.

⁴⁴ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, ob. cit., p. 236.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁶ J. MORALES GODO, *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Lima, 1995, pp. 104 y 105.

natarios, por el tiempo⁴⁷. La noción de intimidad no puede desligarse del ambiente social en el cual vive el “sujeto de derecho”, por lo que su protección puede acentuarse o liberalizarse, según sea el caso.

El derecho subjetivo a la intimidad es la respuesta jurídica al interés existencial de la persona de lograr preservar del conocimiento de los demás un restringido espacio de su vida privada. Se presenta el justificado interés que los actos, de cualquier alcance o modalidad, no estén expuestos a la intrusión, curiosidad, fisgoneo o injerencia de parte de los demás. Por ende, la intimidad de la vida privada está representada por todas aquellas actividades y actitudes, gestos, palabras que, realizados en el ámbito restringido al que se ha hecho mención, carecen normalmente de trascendencia social.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Italia ha señalado que aun en el caso de personajes ampliamente conocidos por el público, el derecho a la intimidad de la vida privada no puede ser rechazado. Solo se exceptúa de esta regla si así lo exigiera “un real interés social a la información u otras exigencias públicas”⁴⁸. Los personajes públicos, por ende, tienen una intimidad que debe ser protegida dentro de los límites expuestos.

En tanto, el codificador peruano de 1984 al ser consciente de la importancia que representa para la persona la protección del ámbito de la intimidad de la vida privada personal y familiar, dispuso su tutela mediante el artículo 14 del Código Civil vigente⁴⁹. Debido a que el ser humano requiere esta protección para desarrollar su vida libre de intrusiones y de sobresaltos, los que originan alteración de su necesario equilibrio psíquico y serenidad interior.

3.3. Limitaciones al derecho a la intimidad personal y familiar

Se presenta una limitación natural del derecho a la intimidad personal que proviene de las relaciones familiares. En el ámbito de la familia cada uno de sus miembros, si bien de una parte requieren la protección de tales relaciones frente a terceros, por otra renuncia implícitamente a un tramo de su intimidad que comparte con los componentes de su familia, la que conoce aspectos de dicha intimidad en cuanto producto de una vida en común.

La renuncia natural a una porción de la intimidad entre familiares se origina antes del matrimonio. El no divulgar intimidades, es decir, ciertas graves o comprometedoras situaciones, puede ser razón de impugnación del matrimonio de parte del otro cónyuge.

Como anota bien Pietro Perlingieri⁵⁰, la intimidad de la vida privada como derecho existencial digno de tutela jurídica asume importancia también en relación al lugar-comunidad de los afectos. En la más amplia problemática de la intimidad un papel en sí relevante asume la tutela de la intimidad de la vida privada en el ámbito familiar. La posición de los sujetos que constituyen su núcleo concierne a las relaciones internas, caracterizadas por la necesidad de la recíproca discreción, garantizándola al sujeto y al grupo familiar en su conjunto, como a las relaciones externas, por la necesidad que los terceros no realicen búsquedas y divulgaciones lesivas a la intimidad de la vida familiar.

Asimismo, el conocimiento de las vivencias internas puede encontrar su causa en la correspondencia intercambiada entre los futuros cónyuges. De allí se origina la obligación de que cada uno de ellos de devolverse la referida correspondencia a efecto de pre-

⁴⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, “Una svolta giurisprudenziale nella tutela della riservatezza”, en *Il diritto alla informazione e della Informatica*, Milán, 1986, p. 933.

⁴⁸ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, ob. cit., p. 163 y ss.

⁴⁹ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, 13.^a ed., ampliada y actualizada, Lima, 2016, pp. 204 y ss.

⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.^a ed., Nápoles, 1991, p. 389.

servar de la curiosidad de terceros de aspectos de la intimidad divulgados en ella. En este sentido, el artículo 80 del Código Civil italiano de 1942 establece que, en caso de ruptura de los espousales o promesa de matrimonio, se puede demandar la devolución de los regalos que se hubieren recibido con ocasión de dicho acto. Por analogía, se ha llegado a afirmar, que se ha considerado la existencia de la obligación de la restitución de la correspondencia e incluso de las fotografías y otros recuerdos⁵¹.

Debe considerarse también que el derecho a la intimidad entraña ciertos deberes o limitaciones en cuanto a su ejercicio. Por ser el Derecho una relación entre sujetos, no existen derechos absolutos en cuanto a su ejercicio. Como lo expresada el profesor Carlos Fernández Sessarego en la Exposición de Motivos del Libro primero del Código Civil de 1984 dedicado al derecho de las personas, que “la intrusión en la vida privada o su divulgación se justifican cuando existe un definido interés social, una razón de orden público”. Es así que “frente a una circunstancia de esta naturaleza, como podría ser una indagación policial, no cabe oponer el respeto que la ley reconoce a la privacidad de la persona”. Por otro lado, el titular del derecho puede prestar su asentimiento para la puesta de manifiesto de su intimidad, siempre que con ello no se cause agravio a las buenas costumbres⁵².

Sobre el particular, el interés social por conocer algunos aspectos de la vida privada del sujeto, sin que ello signifique penetrar en el núcleo mismo de su intimidad, se manifiesta especialmente en el caso de personas que, por cualquier circunstancia han adquirido notoriedad pública. Por tal motivo, se restringe, en cierta medida, la protección de la vida privada de tales personas, sin que ello signifique una indebida injerencia en la esfera misma de la intimidad. Ello no quiere decir desconocer o poner límites al derecho a la intimidad personal y familiar de los personajes públicos. Estos grupos son titulares del derecho a tener una intimidad que debe ser respetada, aunque algunas actividades de su vida privada puedan ser puestas de manifiesto sin lesionar la intimidad o el honor del sujeto. La intimidad se constituye en el núcleo de la vida privada, salvo excepcionales razones de interés público de conformidad con un mandato legal o judicial. La notoriedad que adquiera una persona no le priva del derecho a que se respete su intimidad, aunque, por razones de interés social, se restrinja en cierto nivel la tutela de determinados aspectos de su vida privada. Como anota bien Pietro Rescigno⁵³, la prensa, el cine, la radio, la televisión (actualmente las redes sociales), son materia de decisiones de los jueces en caso de lesión a la intimidad, incluso de las personas públicas, materia que no ha sido ajena a los legisladores.

3.4 El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información

Modernamente se presenta en el vivir comunitario dos derechos que, amparados ambos por las constituciones, suelen colisionar. Por un lado, el derecho a la intimidad de la vida privada y, por el otro, el derecho a la información de que goza la comunidad social frente a hechos de interés general. Debe tenerse en cuenta que, al tratar del derecho a la información, que se sustenta en la libertad de expresión, debemos tener en cuenta su doble vertiente que consiste, por una parte, recoger y brindar información y, de la otra, en el derecho de cada persona, y de la sociedad, a recibirla.

⁵¹ M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 157.

⁵² C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas. Análisis de cada artículo del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984*, ob. cit., p. 204.

⁵³ P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, ob. cit., p. 235.

Resulta complejo establecer una definitiva demarcación entre ambos derechos que permita al juez contar con un criterio aplicable a los casos en que se presenten conflictos de este tipo. Corresponde a los jueces evaluar las circunstancias a fin de encontrar una adecuada solución al conflicto, vale decir, en los en que sean irreconciliables la protección de la intimidad, de un lado, y la del interés social por conocer detalles que supongan una intrusión en la esfera de la intimidad de la vida privada, por el otro.

Como ha expresado Carlos Fernández Sessarego⁵⁴, el problema del contraste de intereses entre el derecho a la identidad y la libertad de información se disipa en forma si se llega a tener en cuenta que lo que es digno de tutela no es la imagen que cada persona tiene sobre sí misma, no se trata de aceptar la pretensión psicológica o mental de la persona que sustenta su identidad en una exclusiva visión de raíz subjetiva. Por el contrario, lo que resulta evidente es que la identidad personal debe apoyarse en elementos objetivos, en comportamientos y situaciones notorias. Evidentemente lo que se trata es tutelar jurídicamente la “verdad históricamente comprobada”.

Por ello, a Massimo Dogliotti⁵⁵, en la doctrina jurídica italiana, no le ha faltado razón al afirmar que todavía no está resuelto el problema respecto a los límites de la protección de la intimidad de la vida privada y la libertad de expresión. Por ello, se puede evidenciar que no se presenta aún una delimitación precisa entre ambos derechos, cada uno de ellos es merecedor de protección jurídica. En realidad, el problema es el de los límites y compatibilidad entre intereses opuestos.

No obstante, el derecho existencial a la intimidad de la vida privada de una persona es un derecho fundamental, vale decir, una exigencia que deriva de su propia naturaleza de ser libre, no se puede ignorar la importancia que reviste la libertad de información, que es la base de toda organización social respetuosa de la dignidad de la persona. Esta libertad no solo tiene una vertiente individual sino, al mismo tiempo, una vertiente social, debido al interés de la comunidad de estar informada de aquello que de importancia acontezca en ella.

3.5. El Código Civil peruano de 1984 y la intimidad

El artículo 14 del Código Civil peruano atinente al derecho a la intimidad personal y familiar tiene como antecedente el artículo 80 del Código Civil de Portugal, de 1967, y el artículo 18 del Código Civil de Bolivia de 1975⁵⁶.

Como expresaba el Profesor Fernández Sessarego en la Exposición de Motivos del Libro Primero del Código Civil peruano de 1984:

«[L]a persona carecería del equilibrio psíquico necesario para hacer su vida, en dimensión comunitaria, si no contase con quietud y sosiego psicológicos, con una elemental tranquilidad espiritual, con la seguridad de que los actos de su vida íntima no son ni escudriñados ni divulgados⁵⁷».

Fue esta convicción la que llevó al codificador peruano de 1984 a incorporar en el código el derecho a la protección de la intimidad personal y familiar, pese a que eran escasos los antecedentes legislativos en la materia, aunque, por el contrario, eran numerosos los casos protegidos por la jurisprudencia comparada de los países con mayor tradición jurídica aún, en ciertos casos, sin contar con norma expresa que la tutelara jurídicamente.

⁵⁴ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, ob. cit., p. 193.

⁵⁵ M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 228.

⁵⁶ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Código Civil. IV: Exposición de motivos y comentarios*, Comisión encargada del estudio y revisión del Código Civil, compilada por Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, p. 81.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 80.

En el texto del vigente artículo 14 comprende, como se menciona en la Exposición de Motivos al Libro Primero del Código Civil peruano elaborado por el profesor Fernández Sessarego, “dos distintas pero conexas situaciones vinculadas a la tutela de la intimidad de la vida privada, ya sea personal o familiar”. Según lo expuesto por el codificador de 1984, profesor Fernández Sessarego, en la referida Exposición de Motivos del Libro Primero, en dichas situaciones “consisten tanto en la simple intrusión en dicha esfera como en la divulgación de cualquier acto a ella atinente”. Es, así, que “en el primer caso se persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intranscendente curiosidad de terceros”. Es, por ello, que la norma “pretende impedir, con el mismo propósito, el despliegue de diversas actitudes que supongan fisgonear y entrometerse en la intimidad de la vida privada o represente una invasión, un hurgamiento o búsqueda indebida en bienes o propiedades de la persona, sin que medie un público interés”⁵⁸.

En efecto, el codificador de 1984 consideró que en el artículo 14 se protegían dos situaciones vinculadas con la protección de la intimidad, como el hecho de la simple intrusión o entrometimiento en el ámbito de la intimidad personal y familiar, de un lado, y la divulgación de hechos relacionados con la intimidad del sujeto o de su familia, del otro.

Es necesario precisar que el codificador del Libro de derecho de las personas del Código Civil peruano de 1984 consideró que con la amplia expresión “puesta de manifiesto” se comprendían dos situaciones distintas pero vinculadas como son, la primaria, referida a la “simple intrusión” en el ámbito de la intimidad, y la secundaria relacionada con la divulgación de lo que indebidamente se había “puesto de manifiesto” de dicha intimidad mediante una indebida intrusión, vale decir, de lo que se había evidenciado a raíz de dicha intromisión.

4. IDENTIDAD PERSONAL, DERECHOS AL HONOR Y A LA REPUTACIÓN: DIFERENCIAS

El derecho al honor y el derecho a la reputación protegen intereses existenciales muy cercanos y próximos. En el primero se protege jurídicamente el sentimiento que posee la persona en vinculación con su propia consideración. Como señalaba Adriano De Cupis, es “el sentimiento o conciencia de la propia dignidad personal”⁵⁹. Por ende, se trata de una actitud subjetiva de autoestima del sujeto. Por el contrario, en la esfera del derecho a la identidad personal se sitúa en una dimensión objetiva donde lo que se protege es la es la “verdad” personal, la proyección social del sujeto en su plenitud de verdad.

La reputación, a diferencia del honor, es la valoración que de la persona tienen los demás miembros de la sociedad⁶⁰. La fama, como también se le conoce, tiene que ver con el juicio crítico que sobre una persona formula aquellos que la conocen en tanto la frecuentan⁶¹. Distintamente de la autoestima en que consiste el sentimiento del honor, la reputación es la estima del sujeto tienen los otros, por lo que se diferencia del honor en tanto trasciende el ámbito de la simple subjetividad.

⁵⁸ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Código Civil. IV: Exposición de motivos y comentarios*, ob. cit., p. 80.

⁵⁹ A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, ob. cit., p. 251.

⁶⁰ V. ZENO-ZENCOVICH, voz “Onore e reputazione”, en *Digesto*, vol. XIII, 4.^a ed., sección Derecho Civil, Túrin, 1996, p. 91.

⁶¹ *Ibidem*, p. 91.

En efecto, como ha manifestado Vincenzo Zeno-Zencovich⁶², entre las diferencias entre la identidad personal y reputación, concierne en que la primera está constituida por la proyección social de la personalidad del sujeto y del conocimiento de que esta tiene la colectividad, la segunda representada un juicio sobre la persona expresada por la sociedad. Por ende, la primera se presenta como un *prius* respecto a la segunda, necesario, pero no suficiente. Así, mientras la identidad concierne al momento gnoseológico de la relación de un sujeto con los otros, pudiéndose resolver en consecuencias positivas, negativas o neutras, la reputación concierne al momento crítico, en que se da conocimiento de un juicio positivo o negativo.

La reputación, por concernir a un juicio de valor que los demás realizan sobre el sujeto, la “verdad personal” no es un factor prioritario de ella. En cambio, respecto a la identidad personal, lo que es relevante no es la valoración. Respecto a la identidad personal se trata de una actitud de carácter gnoseológico. En la reputación, por su lado, prepondera la actitud axiológica. Los demás emiten un juicio de valor respecto a la persona y sobre esta base se construye la reputación de la persona, sin que necesariamente sea un factor determinante en cuanto a su formulación.

El sustento y basamento del derecho al honor encuentra en la conciencia de la dignidad, de la calidad moral y en la autoestima de la persona. El honor se constituye en el íntimo valor del sujeto. Es un bien valioso, un sentimiento interior en su ser, una convicción profunda, que merece protección por parte del Derecho⁶³.

La protección del honor de la persona, señala Massimo Dogliotti⁶⁴, proviene de tiempos antiguos. Los romanos consideraron el valor fundamental de la vida social. Este aspecto de la persona fue en el derecho romano garantizado mediante la privada *actio iniurarum* y posteriormente con la acción pública, considerando el interés de la colectividad a la vindicación de la ofensa ocasionado al sujeto. Castigado en el derecho intermedio con la pena capital, el atentado al honor constituyó supuesto de delito en la mayor parte de los códigos penales modernos (como en los italianos de 1887 y 1930) con el objetivo de titular a la persona y de ordenar la convivencia social, de otra manera, estaría repleta de venganzas y odios⁶⁵.

El honor se materializa no solo como en ser exigente consigo mismo, sino que, en el ámbito social, se manifiesta en la consideración y el respeto que se merecen los demás. Como ha afirmado Arianna Fusaro⁶⁶, la doctrina civilista y penalista consideran al honor como el sentimiento que cada uno tiene de su propia dignidad moral. Emerge del aspecto subjetivo (honor *strictu sensu*), un significado objetivo, que es brindado en el ámbito de estima y respecto en que el sujeto goza al interior de la sociedad, de la comunidad.

En épocas pasadas, es cada vez complejo describir lo que se debe comprender por honor, por lo que se suele confundir con conceptos como la dignidad o autoestima. Se distingue, por los formantes doctrinario y jurisprudencial, dos aspectos en el honor. Uno de carácter subjetivo y otro objetivo. El primero es el sentimiento de autoestima de la persona y, el segundo, es la estima o consideración que de la persona tienen los demás miembros de la sociedad, de la comunidad a la pertenece el sujeto. Así también el honor se diferencia de la autoestima, porque el honor es a la vez el sentimiento de autoestima de la persona y de la consideración que de ella poseen los miembros del grupo en que se relaciona.

⁶² Id., *I diritti della personalità*, ob. cit., p. 535.

⁶³ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho a la identidad personal*, ob. cit., pp. 170 y ss.

⁶⁴ M. DOGLIOTTI, *I. Le persone fisiche*, ob. cit., p. 196.

⁶⁵ Ibidem, p. 197.

⁶⁶ Ar. FUSARO, *I diritti della personalità dei soggetti collettivi*, ob. cit., p. 50.

Respecto a la dignidad y el honor, no debe olvidarse que la primera es inherente a la persona, en cuanto se sustenta en la calidad de ser libre. En cambio, el honor es un sentimiento de la persona en relación con el aprecio que ella merece de los demás miembros de su comunidad. El honor halla su fundamento en la dignidad de la persona.

5. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL

Discusiones jurídicas respecto a la identidad personal surgen cuando se tratan la problemática respecto a los límites que dicha situación impondría al derecho a la información, que conlleva, para cierto sector del formante doctrinal, dudas y perplejidades respecto a los alcances del derecho a la identidad personal⁶⁷.

Un sector de juristas niega la autonomía del derecho a la identidad personal o, propugna su dependencia con relación a la libertad de expresión, lo que representa un problema que evidencia el conflicto el interés, principalmente individual, que corresponde a la identidad personal, y el interés, prevalentemente público, respecto a la circulación de las informaciones y al control social que de ella surge.

En efecto, se trata de dos intereses merecedores de tutela jurídica, lo que obliga a la labor de conciliar ambas exigencias. El derecho a la información concierne, por ser una situación jurídica subjetiva, la presencia no solo de una facultad para informar de parte del titular del derecho, sino la de un deber como es el de brindar información veraz, basada en principios de la ética y el orden público. El cumplimiento del citado deber lo puede requerir los destinatarios de la información sobre la base de lo que la doctrina ha denominado como “interés difuso”, que no se identifica ni con el interés individual, ni con el interés social, debido a que se trataría de un interés de naturaleza diversa⁶⁸.

Tanto la identidad personal y el derecho a la información deben tutelarse dentro de un plano de igualdad jurídica, por lo que no puede postularse la protección de aquella de manera residual. No debe olvidarse, como recuerda Vincenzo Zeno-Zencovich⁶⁹, que el término información ha asumido en la época moderna una multiplicidad de significados, a menudo relevantes para el jurista. En un primer sentido, atendiendo a su contenido, se comprende por información cualquier dato representativo de la realidad que es conservado por un sujeto o comunicado por un sujeto a otro. En un segundo sentido, considerando su aspecto funcional, bajo el término información se agrupan las actividades de comunicación al público desarrollada por los medios (radio, prensa, televisión, internet). En una tercera acepción, considerando su especialidad, la información integra una obligación en la esfera de algunos sujetos que entran en relación con otros.

A nivel del formante doctrinario, se va asentando la tendencia a tutelar autónoma y contemporánea ambos intereses, buscando un punto de equilibrio. No puede descartarse la presencia de determinados riesgos y dificultades que se originan en la práctica a regular normativamente la compatibilización de los dos derechos subjetivos. Todo lo señalado explica que, según expresaba Vincenzo Scalisi, “la garantía de los derechos de

⁶⁷ C. FERNÁNDEZ SESSAREGO, “El derecho a la identidad personal”, en AA. VV., *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*, ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA), Lima, 1990, p. 93 y ss.

⁶⁸ V. ZENO-ZENCOVICH, “Diritto di informazione e all’informazione”, en *Enciclopedia Italiana*, t. XXI, Roma, 2009, p. 302.

⁶⁹ ID., voz “Informazione (Profili Civilistici)”, en *Digesto*, vol. IX, 4.a ed., Turín, 1993, p. 2.

información y de crónica no se puede proponer ni concebir en términos alternativos o, aún peor, de antítesis respecto a la cuestión de la tutela a la identidad personal y viceversa”⁷⁰. Como este fino jurista observaba, no consiste en privilegiar uno u otro principio, sino de encontrar un equilibrio en la tutela que se atribuirse a ambos intereses.

Estas razones recomiendan no partir del prejuicio de catalogar al derecho a la identidad personal como un límite de la libertad de información⁷¹. La verdad personal y su protección es una exigencia que el legislador y el Estado deben atender, sin desconocer que el derecho a la expresión del pensamiento se erige como una de las más preciosas conquistas de nuestra civilización. La protección jurídica simultánea y armoniosa de ambos intereses parece ser la postura más coherente a las aspiraciones de la persona. No debe olvidarse que la identidad personal protege la “verdad históricamente comprobada” de la persona.

⁷⁰ V. SCALISI, “Lesione dell’identità personale e danno non patrimoniale”, AA. VV., *La lesione all’identità personale e il danno non patrimoniale*, Milán, 1985, p. 129.

⁷¹ V. ZENO-ZENCOVICH, “Diritto di informazione e all’informazione”, op. cit., p. 305.

GEO-BLOCKING

*Mateusz BADOWSKI**

Some traders, wishing to diversify the availability of their services or goods, introduce technical measures that prevent or restrict their use because of the location of the counterparty. This practice is commonly referred to as geo-blocking. The entry into force of Regulation 2018/302 on unjustified geo-blocking has had a definite positive impact on the development of the single internal market in the EU. However, given the relatively low awareness of consumers of their rights, it would be worthwhile to introduce an information obligation on the authorities responsible for providing practical assistance to consumers in the event of a dispute between a consumer and a trader arising from the application of this regulation.

Alcuni operatori, volendo diversificare la disponibilità e l'offerta dei loro servizi o beni, apportano al prodotto alcune alterazioni di carattere tecnico volte ad impedire o a limitare l'uso dei prodotti stessi in ragione della posizione geografica dell'utente o consumatore. Questa pratica è comunemente chiamata geo-blocking. L'entrata in vigore del regolamento 2018/302 sul geo-blocking ingiustificato ha avuto certamente un impatto significativo nel mercato unico dell'Unione Europea. Eppure, visto il basso livello di consapevolezza dei consumatori circa i loro diritti, sarebbe forse altrettanto opportuno introdurre anche un obbligo di informazione, in capo alle autorità garanti dei consumatori, riguardante i diritti che discendono da questo regolamento.

1. INTRODUCTION. THE CONCEPT OF GEO-BLOCKING

Some traders, wishing to diversify the availability of their services or goods, introduce technical measures that prevent or restrict their use because of the location of the counterparty. This practice is commonly called geo-blocking. It often happens that due to the location available offers are different depending on the place of residence or registered office¹. This is of course not the only reason for the price difference, another much more dependent on public authorities are charges and other levies².

* Mateusz Badowski is Assistant in the Department of Informatics Law at the Faculty of Law and Administration of the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Legal Researcher and PhD student at the Faculty of Law (European Legal Studies Institute) at the University of Osnabrück (PhD supervisor: Prof. Dr. Dr. h.c. Christian von Bar, FBA). This article is inspired by a previous research published in A. Gryszczyńska, G. Szpor, W. Wiewiórowski, *Internet. Globalne Gry. Global Games*, Warsaw, 2021.

¹ T. HOEREN, U. SIEBER, B. HOLZNAGEL (K. BECKMAN, U. MÜLLER), *Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*, 55th ed., Munich, 2021, Part 10 no. 166.

In the Polish literature on the subject, however, the scope of the definition of geo-blocking is often narrowed and defined as a digital instrument aimed only at segmenting online shopping applications on the basis of the customer's nationality, place of residence or place of business³. However, it is difficult to agree with the narrowing of the broad definition of geo-blocking only to "shopping applications". Although this state of affairs in relation to EU member states is arguably influenced by common law in the form of Regulation 2018/302 on unjustified geo-blocking⁴. Geo-blocking is similarly defined in German doctrine, although a broader meaning of the term described is used. In this understanding, geo-blocking refers to commercial practices whereby a trader offering its services in different countries or zones refers or automatically transfers potential customers to offers addressed to potential counterparties taking into account their geographical location⁵. By *de facto* closing or limiting the accessibility of a market and forcing the ordering of services or goods according to local jurisdiction, potential customers are excluded from access to often cheaper offers available in other countries.

Therefore, it should be noted that it is pointless to limit the meaning of geo-blocking to e.g. shopping applications. Geographical blocking is used at least as often, although at present due to binding regulations probably even more often than in sales contracts alone, in services providing online access to content covered by copyright. As an example of such services can be mentioned the restriction of availability of TV programmes, film materials or even broadcasts of sport events on the basis of the country. Geo-blocking therefore also refers to a technique widely used on the Internet to regionally block certain Internet content⁶. Geographical blocking remains a common practice in the EU digital market and its prohibition plays an important role in the Digital Single Market Strategy⁷. Both definitions also fail to take into account the complete blocking of content in a particular country, e.g. in the case of films made available via streaming services, which should also be considered as falling within the scope of the concept.

The described geo-blocking practice may consist in (1) preventing customers from accessing a website, (2) automatically redirecting customers to a website dedicated to another EU Member State, (3) refusing to accept payment or (4) refusing to deliver⁸. One of the purposes for suppliers and providers of various goods to collect location information from (potential) customers is precisely to be able to carry out geo-blocking. According to the Commission's sector inquiry, 36% of suppliers have not sold cross-bor-

² The differences in taxation and imposition of other levies, and the resulting depletion of the Polish market for e.g. smartphones, were pointed out during discussions on the consequences of introducing the reprographic fee by comparing the Polish and German situations (see, for example, the position of x-kom sp. z o.o. in an interview with Przemysław Ladra, Vice-President of x-kom, <https://www.youtube.com/watch?v=jtnK8m3tele>, [30.11.2021]).

³ L. ZOBOLI, *Unijne rozporządzenie w sprawie blokowania geograficznego – wiele halasu o nic?*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2019/2, Ch. I, Legalis.

⁴ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC (OJ L 60I, 2.3.2018, p. 1–15).

⁵ K. WEBER, Creifelds, Rechtswörterbuch, Munich, 2021.

⁶ H. GERSDORF, B. PAAL, *BeckOK Informations- und Medienrecht*, 32th ed., Munich, 2021, AEUV art. 101 no. 150.

⁷ L. ZOBOLI, cit.

⁸ T. HOEREN, U. SIEBER, B HOLZNAGEL (K. BECKMAN, U. MÜLLER), cit.

der in at least one category of their products and 38% of respondents collect this location information for geo-blocking purposes⁹.

The subject of geo-blocking is very broad and touches upon many branches of law, including, above all, media law in its broadest sense, copyright, anti-trust and free market regulations within the European Union¹⁰. The main legal act concerning the described practice within the European Union is the already mentioned Regulation 2018/302 on unjustified geo-blocking.

2. REGULATION 2018/302 ON UNJUSTIFIED GEOGRAPHICAL BLOCKING

Regulation 2018/302, which came into force on 3 December 2018¹¹, its aim is to introduce the "shop-like-a-local" principle¹² by preventing unjustified geographical blocking and other forms of discrimination directly or indirectly motivated by the nationality of customers, their place of residence or place of establishment¹³. The existence of the Regulation is expected to have a positive impact on the functioning of the European internal market and to strengthen the free movement of goods and services¹⁴. The implementation of the objectives and goals is to be periodically evaluated every 5 years¹⁵.

The Regulation introduces non-discriminatory provisions according to which a "trader" (a public or private body acting in a commercial, business, craft or professional capacity) may not block or restrict a customer's access to its web interface for reasons related to the customer's nationality, place of residence or place of establishment, nor redirect that customer to a version of its web interface that is different from the web interface the customer originally sought to access¹⁶. It is prohibited to vary the general conditions of access both as regards the means of payment and as regards the customer's nationality or place of residence or establishment¹⁷. The Regulation does not provide for sanctions for infringements of these prohibitions. Each Member State is required to designate a body or bodies responsible for the proper and effective enforcement of the Regulation¹⁸, to inform the Commission of measures taken in the event of infringements and to make public the taken action¹⁹. Currently, all EU Member States have already introduced legislation to bring their national laws into line with the regulations of Regu-

⁹ European Commission, Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry, Brussels 10.5.2017 COM(2017) 229 final, p. 12 no. 47.

¹⁰ R. DÖRR, *Geoblocking und öffentlich-rechtlicher Rundfunk*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2015/12, pp. 954-959 (955-956).

¹¹ Article 11(1) of Regulation 2018/302.

¹² Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Telekommunikationsgesetzes of 4.10.2018, (Drucksache 19/4722), p. 9.

¹³ Article 1(1) of Regulation 2018/302.

¹⁴ H. GERSDORF, B. PAAL, *cit.*

¹⁵ Article 9 of Regulation 2018/302.

¹⁶ Article 3(1-2) of Regulation 2018/302

¹⁷ Articles 4(1) and 5(1) of Regulation 2018/302.

¹⁸ Most EU Member States have chosen to give the competences of enforcement authorities to consumer protection bodies and the competences of assistance authorities to European Consumer Centers (European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the first short-term review of the Regulation on unjustified geographic blocking, Brussels, [30.11.2020.COM\(2020\)766](http://COM(2020)766) final, p. 4).

¹⁹ Article 7 of Regulation 2018/302.

lation 2018/302²⁰, although no enforcement or supervision measures were available in most Member States as recently as the first quarter of 2019²¹.

However, given the relatively low awareness of consumers of their rights, it would be worthwhile to introduce, in addition to the information obligation to lay down rules defining the measures to be applied in the event of infringement of the provisions of this regulation and ensuring their application referred to in Article 7(3) of Regulation 2018/302, information on the body responsible for providing practical assistance to consumers in the event of a dispute between a consumer and a trader arising from the application of the regulation in question (Article 8 of Regulation 2018/302)²².

Restrictions on access to online shops depending on the IP address of the country concerned, the automatic redirection of potential buyers from abroad and the exclusion of certain billing addresses depending on the country should therefore become a thing of the past once the geo-blocking regulation comes into force. For online providers of goods and services, this can lead on the one hand to a cross-border expansion of their product and service offerings, but on the other hand to complications in the execution of contracts. While end-customers may, thanks to the geo-blocking regulation, shop online across borders in the EU and benefit from favourable prices, suppliers may pay a high price for cross-border commercial transactions and subsequent disputes²³ and thus be exposed to costs that have not been built into the price of the goods or services.

3. GEO-BLOCKING IN STREAMING SERVICES

While geo-blocking in electronic commerce (e-commerce) is now subject to strict restrictions under the Regulation 2018/302 in question and national laws adapting national laws to it, the practice of geo-blocking is still the order of the day in, for example, the film sector. However, the permissibility of geo-blocking under antitrust law remains controversial. The widespread attempts to block access to films from foreign video-on-demand (VOD) portals result mainly from exclusive licences, most of which concern individual countries. After lengthy discussions, it was concluded that neither the geo-blocking regulation applies to content protected by copyright nor are these issues subject to any other restrictions under secondary law. However, antitrust requirements must be respected²⁴.

The film industry is particularly susceptible to licensing restrictions due to the fact that production costs are fixed costs that must be incurred before a return can be expected once a production is released in cinemas or on television or computer screens. Hence, securing revenue in individual licensing agreements is crucial from an economic point of view²⁵ and provides a sort of safety buffer for the business and an opportunity to reduce the risk of a given commercial venture. However, this cost is of-

²⁰ Cf. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/geo-blocking#Implementation>, [30.11.2021].

²¹ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the First Short-term Review of the Regulation on Unjustified Geographical Blocking, Brussels, [30.11.2020.COM](#)(2020) 766 final, p. 4.

²² So also e.g. L. GRAMLICH, *Neue Grenzen für Geo-blocking in der EU*, Zeitschrift für Vertriebsrecht 2019/1, pp. 7-9 (9).

²³ J. BERNHARD, *Die Geo-blocking-Verordnung in der Praxis*, Neue Juristische Wochenschrift 2019/8, pp. 472-476 (476).

²⁴ H. FANGMANN, *Geo-blocking ist tot, es lebe Geo-blocking! - Zur Zulässigkeit territorialer Beschränkungen im Filmbereich*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, 2021/3, pp. 220-229 (220).

ten borne by the final recipient: the consumer. The film industry, like others, has been affected by the closure of cinemas during the ongoing COVID-19 pandemic, with an estimated 70 percent drop in ticket sales in 2020 compared to 2019²⁶. On the other hand, the spread of the aforementioned virus has resulted in increased interest in streaming offerings and increased demand for services provided by, for example, Netflix, Amazon Prime Video and Disney+. Netflix alone gained about 26 million new subscribers for the first six months of 2020²⁷.

It is logical that in a crisis situation, the industry tries to make up for losses, and it may be definitely more profitable in such a situation to sell licenses to many recipients, even at lower prices, than to one big player for the whole e.g. European market. In addition, market segmentation is occurring. Until now, the hierarchy was as follows: first the material was available in cinemas, then on physical media e.g. DVDs, to be followed by material made available in streaming offerings for a fee and free of charge respectively. The last form of release was screening on free-to-air television. From the point of view of the film industry, making content available in this way brought with it the advantage of exclusivity of particular accessibility channels, which meant that they generally competed with each other to a lesser extent. The different distribution channels thus enjoyed exclusivity in terms of the content they could offer for a limited period of time and in a limited area. The effect of such action is an increase in profitability of making the same materials available. Due to the nature of Internet access, i.e. without the existing national borders, digital blocking was applied based on the approximate location of the end device (computer, smartphone, television) on the basis of its IP address²⁸. This is influenced by the relatively low use of VPN technology²⁹, and thus the high probability that the IP indicates the actual location of the recipient.

The EU internal market comprises an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured. This is stated in Article 26 of the Treaty on the Functioning of the European Union³⁰. Indeed, geographical blocking distorts the internal market as such, as digital barriers are erected along national borders. The single market was created before the ubiquitous Internet, before information and communication technologies became one of the main drivers of economic growth and before services played a key role in the European economy. The emergence of new services (e.g. in the fields of media, health, and smart metering) shows a huge potential that Europe will only be able to exploit if it overcomes the fragmentation that currently blocks the flow of and access to online content for consumers and businesses³¹. Al-

²⁵ S. ENGELS, *Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregreln. Eine Untersuchung am Beispiel der Filmwirtschaft*, Nomos, 2016, p. 48.

²⁶ Cf. in Poland: <https://www.money.pl/gospodarka/kiniarze-podsumowuja-rok-nawet-bez-najnowszych-ograniczen-jest-spisany-na-straty-6572326873062080a.html>, Access [30.11.2021].

²⁷ <https://wyborcza.biz/biznes/7,177150,26387431,subskrypcje-urosly-w-pandemii-wzrost-zainteresowania-wiarygodna.html?disableRedirects=true>, [30.11.2021].

²⁸ H. FANGMANN, cit., p. 221.

²⁹ Providers of such services even brag about the ease of changing the visible location. NordVPN, for example: "Changing your IP to an address from another country has never been so easy: just click the country marker" (<https://nordvpn.com/pl/servers/>, 30.11.2021).

³⁰ Official Journal of the EU C 202 of 7.6.2016.

³¹ This issue was recognized by the European Commission already in 2010 when it created the Strategy for smart, sustainable and inclusive growth (Communication from the Commission: Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth; COM(2010) 2020, Brussels, 3.3.2010, p. 23).

though only in 2015. The European Commission addressed this topic by creating a Single Market Strategy to meet the challenges of the digital economy and a connected Digital Single Market to enable improved access to online goods and services for consumers and businesses, while creating the right conditions for the development of networks and maximizing the growth potential of the European digital economy³².

Despite the above observations, the literature recognizes that the geographic blocking regulation, e.g. with respect to streaming services in conflict with copyright law, is in an unclear situation because copyright law in its current form is not able to resolve the conflict between copyright restrictions on territorial use and "borderless" availability via the Internet³³. It is therefore considered that such content is not covered by the Regulation. In the Commission's view, it is too early to assess all the direct and indirect effects of the implementation of this Regulation and to indicate any changes³⁴.

As long as copyright in the EU is subject to the principle of territoriality, geo-blocking of copyrighted content should be considered acceptable³⁵. Despite some hopes related to the case law of the Court of Justice of the European Union³⁶, until new regulations are introduced, geo-blocking in the film sector will remain a practice.

4. CONCLUSIONS

Geo-blocking should be understood as any commercial practice, carried out in the course of business or professional activity, consisting in differentiating an offer on the basis of a counterparty's geographical location, including preventing the counterparty from taking advantage of that offer.

The entry into force of Regulation 2018/302 on unjustified geographical blocking has had a definite positive impact on the development of the EU single internal market. However, in view of consumers' relatively low awareness of their rights, it would be worthwhile to introduce, in addition to an information obligation on the establishment of provisions defining the measures applicable in the event of infringement of the provisions of this regulation and ensuring their application (Article 7(3) of Regulation 2018/302), an information obligation on the authorities responsible for providing practical assistance to consumers in the event of a dispute between a consumer and a trader arising from the application of the regulation in question, as referred to in Article 8 of Regulation 2018/302.

As the law currently stands, Regulation 2018/302 on unjustified geographical blocking is deemed not to apply to copyrighted content. On the other hand, copyright law itself in its current form is also unable to resolve the conflict between copyright

³² European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Making the single market work: more opportunities for citizens and businesses (European Commission, COM(2015) 550 final, 28.10.2015), p. 1.

³³ Cf. A-L. WIRZ, *Media-Streaming und Geo-blocking : eine urheberrechtliche Analyse der Werkverwertung durch On-Demand-Dienste*, Springer Darmstadt 2019, p. 293.

³⁴ European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the First Short-term Review of the Regulation on Unjustified Geographical Blocking, Brussels, [30.11.2020.COM\(2020\) 766 final](#), p. 16.

³⁵ H. FANGMANN, cit., p. 229.

³⁶ Cf, for example, the Court's Judgment of 4 October 2011. Football Association Premier League Ltd and Others v QC Leisure and Others (C-403/08) and Karen Murphy v Media Protection Services Ltd (C-429/08); and, more recently, Judgment of the Court of 9 December 2020. Groupe Canal + v European Commission (C132/19 P).

restrictions on the territorial scope of use and "unlimited" accessibility via the internet. From the point of view of the consumer of goods, the extension of the scope of Regulation 2018/302 to this category of services as well, would undoubtedly be beneficial, particularly in view of current mobility. However, in the European Commission's view, it is still too early to assess all the direct and indirect effects of the implementation of this regulation and to make any changes in this respect. Consumers can defend themselves against geo-blocking practices by using paid and free VPN services, which often allow to circumvent imposed restrictions and blocks or by using "incognito mode" in browsers.

On the basis of the above, it should be concluded that, for example, computer games are goods which may partly be subject to Regulation 2018/302 and partly will benefit from the subjective exemption - as a work protected by copyright (Article 4(1) (b) of Regulation 2018/302). Discrimination prohibitions will therefore apply to games sold on physical media. On the other hand, the sale of games available in intangible form (e.g. browser games or a game download service) must be treated analogously to data streaming, i.e. the nondiscrimination provisions of the regulation will not apply to such services. Differentiation on the basis of the country of origin of the payment irrespective of the form of the game offered (tangible medium/online service) will always be subject to the prohibition of discrimination.