

Scienze  
giuridiche



# ESPERIENZE GIURIDICHE IN DIALOGO

*Il ruolo della comparazione*

A CURA DI

Michele Graziadei e Alessandro Somma



Collana Scienze Giuridiche 9



# Esperienze giuridiche in dialogo

Il ruolo della comparazione

*a cura di*

*Michele Graziadei e Alessandro Somma*



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

2024

Volume finanziato con i fondi del progetto di Ateneo “50 years of the Italian Workers’ Statute: from the fordist culture to gig-economy”, responsabile scientifico Prof. Alessandro Somma.

Copyright © 2024

**Sapienza Università Editrice**

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

[editrice.sapienza@uniroma1.it](mailto:editrice.sapienza@uniroma1.it)

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

*Registry of Communication Workers registration n. 11420*

ISBN 978-88-9377-310-2

DOI 10.13133/9788893773102

Publicato nel mese di marzo 2024 | *Published in March 2024*



Opera distribuita con licenza Creative Commons Attribuzione – Non commerciale – Non opere derivate 3.0 Italia e diffusa in modalità open access (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

*Work published in open access form and licensed under Creative Commons Attribution – NonCommercial – NoDerivatives 3.0 Italy (CC BY-NC-ND 3.0 IT)*

# Indice

## INTRODUZIONE

Dialogo tra esperienze giuridiche e comparazione: verso nuovi paradigmi? 11

*Alessandro Somma*

1. Modalità e canali del dialogo tra esperienze giuridiche 11
2. Il ruolo e il metodo della comparazione: la dissociazione tra formanti 14
3. Segue: gli scopi della comparazione 18
4. Comparazione che unisce e comparazione che divide 21

## IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO PRIVATO

La giurisprudenza quale strumento di trasformazione ordinamentale: tra l'ermeneutica e la comparazione 29

*Mauro Grondona*

1. La giurisprudenza di fronte all'ermeneutica e alla comparazione 29
2. Il ruolo trasformativo della giurisprudenza di fronte al pluralismo giuridico 34
3. Il potenziale ruolo conciliativo e stabilizzatore di una comparazione giuridica in funzione ermeneutica 39

Diritti nazionali e comparazione attraverso le lenti del diritto uniforme dei contratti 47

*Roberta Peleggi*

1. Considerazioni introduttive 47

2. La Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci: un esperimento riuscito di dialogo tra diritti nazionali	49
3. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: uno sguardo d'insieme	54
4. I Principi Unidroit nella prassi applicativa	58
4.1. I Principi Unidroit come legge del contratto	60
4.2. I Principi Unidroit come <i>global background law</i>	63
4.3. Il richiamo ai Principi Unidroit quale standard internazionale a conferma del diritto statale	65
4.4. Il richiamo ai Principi Unidroit quale ausilio per l'interpretazione e l'integrazione del diritto statale	67
5. Brevi note conclusive	73
Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale	75
<i>Guido Smorto</i>	
1. Introduzione	75
2. Gli Stati Uniti d'America	77
3. L'Europa	79
4. La Cina	80
5. Un banco di prova. I dati tra libera circolazione e protezione	82
6. La contesa per la sovranità digitale e la circolazione dei modelli	86
7. Declamazioni teoriche e regole operazionali	94
8. Legislatori e corti	102
9. Il dialogo tra ordinamenti e l'uso della comparazione	104
10. Conclusioni	107
Il mercato delle riforme e la circolazione imposta di modelli	111
<i>Alessandro Somma</i>	
1. La costruzione europea come dispositivo neoliberale	111
2. L'allargamento a sud e il <i>Washington consensus</i>	113
3. L'allargamento a est e il ruolo della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo	115
4. La crisi del debito e il Meccanismo europeo di stabilità	118
5. La crisi pandemica e il mito dell'Europa che cambia	121



6. A mo' di conclusione: il debito come strumento di produzione e riproduzione delle soggettività	126
Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo	129
<i>Giuseppe Vettori</i>	
1. La civilistica dal secondo Novecento al nuovo secolo	129
2. Il ruolo della comparazione nella teoria delle fonti	130
3. Contaminazioni	133
4. Giustizia contrattuale e buona fede	134
5. Complessità e interazione delle fonti nei primi venti anni del Duemila	138
6. Il diritto muto, il mondo digitale e le scienze cognitive	140
7. La tutela del consumatore e il ruolo dell'Unione europea	144
8. Uno sguardo al futuro. La sostenibilità e il postdiritto	148
IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO DEL LAVORO	
Lo Statuto dei lavoratori fra "debiti" e "crediti" ordinamentali	155
<i>Massimiliano Delfino</i>	
1. Le ragioni della comparazione	155
2. La comparazione "ascendente" e "discendente"	156
3. Lo Statuto e la comparazione: la nuova disciplina dello <i>ius variandi</i> e l'antecedente spagnolo (cenni)	157
4. Il campo di applicazione soggettivo dello Statuto e i lavoratori subordinati ai tempi della <i>gig economy</i> : le differenze con i sistemi di <i>common law</i>	159
5. Segue: i <i>gig worker</i> nell'ordinamento italiano	165
6. L'art. 18 e le influenze della comparazione "filtrata"	167
7. Brevi conclusioni	169
Diritti collettivi e <i>gig economy</i> : il ruolo dello Statuto dei lavoratori italiano in chiave comparata	171
<i>Emanuele Menegatti</i>	
1. <i>Platform economy</i> v. rappresentanza collettiva	171
2. Il declino della rappresentanza collettiva negli ordinamenti anglosassoni	175
3. Il quadro italiano di supporto alla libertà e attività sindacale	182
4. Conclusioni: verso una libertà sindacale 2.0	186

## IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO PUBBLICO

Comparare le identità costituzionali: circolazione degli argomenti giuridici e contesti storico-politici	193
<i>Alessandra Di Martino</i>	
1. Su alcune metafore nella comparazione	193
2. L'identità costituzionale <i>hat Konjunktur</i> : la prospettiva delle culture costituzionali	197
3. Uno sguardo ravvicinato: le identità costituzionali <i>in context</i>	202
3.1. <i>Identité constitutionnelle</i> e tradizione repubblicana francese	203
3.2. <i>Verfassungsidetitüt</i> e statualità in Germania	209
3.3. L'identità costituzionale alla Consulta: tradizione giuridica e temperamento del conflitto	217
3.4. L'"abuso" dell'identità costituzionale nella giurisprudenza dei Tribunali costituzionali ungherese e polacco	223
La "fabbrica del diritto" e il ruolo della comparazione	237
<i>Matteo Nicolini</i>	
1. I fattori di produzione del diritto: dialogo, interessi, attori globali	237
2. Statica e dinamica del dialogo, tra paradigmi evolucionista e diffusionista	241
3. Il dialogo globale, tra mutazione giuridica e resistenza	243
4. Dinamica inter-formanti, <i>network</i> e mercato delle riforme	245
5. I nuovi soggetti del dialogo: gli <i>holder of global capital</i>	250
6. Dialogo, <i>private lawmaking</i> e mediazione di interessi	251
7. Il mercato delle riforme: catena produttiva e uso strategico della comparazione	253
8. La costruzione del <i>private lawmaking</i> : l'interesse generale degli <i>holder of capital</i>	257
9. Società e diritto <i>privately made</i> : il diritto della «comprasfera»	261
10. Il superamento del <i>public-private divide</i> e la costruzione della <i>mortgaged society</i>	265
11. <i>Private lawmaking</i> , dissoluzione dei corpi politici e ruolo della comparazione	266

La comparazione come servizio e la comparazione come rete: gli strumenti a disposizione della Corte costituzionale per l'utilizzo del diritto comparato	269
<i>Paolo Passaglia</i>	
1. Premessa	269
2. La comparazione come servizio	270
3. La comparazione come rete	274
3.1. La Corte e la dottrina	275
3.2. La Corte e le altre corti	277
3.3. Segue: la dimensione orizzontale	278
3.4. Segue: la dimensione verticale	284
CONCLUSIONI	
Che cosa è accaduto al diritto privato europeo?	
Il nuovo movimento in atto	295
<i>Michele Graziadei</i>	
1. Prologo	295
2. Esperienze in dialogo	296
3. Nulla rimane fermo in Europa	297
4. Le articolazioni del diritto	302
5. La dimensione costituzionale: qualche rapido appunto	307
6. Epilogo	310
Gli Autori di questo volume	311



# Introduzione

## Dialogo tra esperienze giuridiche e comparazione: verso nuovi paradigmi?

*Alessandro Somma*

### **1. Modalità e canali del dialogo tra esperienze giuridiche**

Da tempo il diritto ci appare come un fenomeno sconfinato, sul quale siamo naturalmente portati a riflettere a partire da un raffronto tra esperienze giuridiche. Questo avviene nell'applicazione di fonti sovranazionali o comunque riconducibili a un sistema ultranazionale di regole, dove la comparazione viene indotta dalle dinamiche istituzionali che disciplinano l'appartenenza a contesti più ampi rispetto a quello nazionale. Il raffronto può però avvenire al di fuori del «solco della statualità» tracciato dal «sistema di Westfalia»<sup>1</sup>, semplicemente per individuare modelli da indicare come punto di riferimento per promuovere l'evoluzione dell'ordinamento o da utilizzare per la soluzione di controversie: siano essi modelli fatti propri dal legislatore o modelli direttamente adottati dai consociati nell'esercizio delle loro prerogative e libertà.

---

<sup>1</sup> P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. Alpa (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2005, p. 17.

Altrimenti detto, non vi è solamente un ricorso dovuto alla comparazione, come quello prescritto dalle disposizioni volte a disciplinare la soluzione di controversie che presentano elementi di internazionalità. Esso ricorre invero con crescente intensità in situazioni nelle quali se ne sottolinea la rilevanza quale espediente retorico, ovvero complementare rispetto al catalogo delle argomentazioni formalmente ammesse come fondamento per le soluzioni individuate entro il circuito del diritto. Il tutto secondo schemi cui le corti ricorrono in modo più o meno occulto, stante la difficoltà di tracciarle<sup>2</sup>, e tuttavia non certo da ieri. Tanto da consentire di ritenerli il frutto di una prassi consolidata, tradizionalmente studiata con riferimento alle materie privatistiche<sup>3</sup>, ma non certo trascurata dai comparatisti di formazione pubblicistica<sup>4</sup>.

Detto questo, riflettere sul dialogo tra esperienze giuridiche e sul ruolo rivestito nel merito dalla comparazione, significa chiamare in causa concetti che i suoi cultori hanno coniato da tempo e da tempo utilizzano per descrivere i fenomeni cui dedicano la loro attenzione. Tutti sono più o meno legati al modo di concepire la mutazione giuridica sviluppatosi come reazione ai paradigmi evuzionisti, tipici degli anni in cui nasce la moderna comparazione giuridica<sup>5</sup>. È oramai pacifico che il diritto cambia in virtù di un processo imitativo, e non anche in omaggio a una sorta di meccanismo determinista: quello per cui esso è naturalmente destinato a svilupparsi secondo uno schema nel quale il progresso rappresenta un valore universale. Si fonda su questa considerazione una risalente letteratura sulla «circolazione dei modelli», ricavata in ultima analisi dalla constatazione che «la nascita di un modello è un fenomeno più raro di quanto lo sia l'imitazione»<sup>6</sup>.

A partire da questo schema la letteratura si è concentrata sulle ragioni dell'imitazione, interrogandosi sul ruolo nel merito rivestito dal

<sup>2</sup> R. Sacco, *Droit commun de l'Europe et composantes du droit*, in M. Cappelletti (a cura di), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Lyden London ecc., 1978, p. 100 s. e A. Pizzorusso, *La comparazione giuridica e il diritto pubblico*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, p. 66

<sup>3</sup> A. Gambaro et al., *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, Milano, 2004 e G. Alpa (a cura di), *Il giudice e le sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, 2005.

<sup>4</sup> In particolare G.F. Ferrari (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden e Boston, 2019.

<sup>5</sup> Per tutti G. Tarde, *Le droit comparé et la sociologie*, in *Bulletin mensuel de la Société de législation comparé*, 1900, p. 530 s.

<sup>6</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 127.

prestigio o al contrario dall'imposizione<sup>7</sup>. Strettamente connesso il tema della relazione tra diritto e società, a ben vedere risalente almeno tanto quanto la riflessione sul diritto nella sua essenza di sovrastruttura alle dipendenze dell'economia nella sua essenza di struttura<sup>8</sup>.

La trattazione di questi aspetti si deve tradizionalmente ai comparatisti di formazione privatistica<sup>9</sup>. Sono maturate in quel contesto le riflessioni sui «trapianti giuridici», locuzione notoriamente utilizzata per ricostruire la mutazione giuridica nel corso dei secoli come catena di imitazioni più o meno fedeli di regole e istituzioni, tutte in massima parte modellate sul diritto romano, oltre che sul *common law* inglese<sup>10</sup>. E soprattutto i privatisti hanno sottoposto a vaglio critico una simile lettura, in ultima analisi valorizzando le «teorie del diritto come specchio»<sup>11</sup>, le quali alimentano l'idea secondo cui le regole e le istituzioni di una società riflettono il suo assetto politico ed economico.

Questo volume documenta la ricchezza delle riflessioni che in tema di mutazione giuridica sono maturate nella letteratura comparatistica di formazione pubblicistica. Lì si approfondisce tra l'altro il tema della relazione tra le metafore utilizzate per descrivere la mutazione giuridica, evidenziando le implicazioni riconducibili alla loro attinenza con la «meccanica delle scienze mediche e naturali», o al loro evocare «l'interazione di corpi organici» o ancora il loro essere «legate alla sfera comunicativa». Per rilevare come le prime metafore indichino di norma l'adesione a una prospettiva funzionalista, le seconde e le terze un approccio di tipo ora strutturalista ora culturale (De Martino). Il tutto con evidenti e articolate ripercussioni sul ruolo dei cultori del diritto comparato nell'indirizzare la mutazione giuridica, e in tal modo nel definire l'interazione tra dimensione economica e dimensione giuridica, e più precisamente la capacità della prima di imporsi sulla seconda.

---

<sup>7</sup> Aspetto su cui si sofferma anche R. Sacco, da ultimo in *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007, p. 47.

<sup>8</sup> Ad es. R. Guastini, *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Marxismo e teorie del diritto*, Bologna, 1980, p. 7 ss.

<sup>9</sup> Per tutti M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford, 2019, p. 442 ss.;

<sup>10</sup> A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2. ed., Athens G., 1993. Anche S. Ferreri, *Assonanze transoceaniche: tendenze a confronto*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 172 ss.

<sup>11</sup> W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplant*, in *43 American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 492 ss.

Si deve poi alla letteratura comparatistica di sensibilità pubblicistica anche l'approfondimento del ruolo che il circuito della politica riveste nel definire l'interazione tra dimensione economica e dimensione giuridica. A essere stigmatizzata è nel merito la relazione che i «detentori dei capitali globali» costruiscono con «le comunità statali», concepita dai primi in forme tali da azzerare «l'alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e sostanza regolativa (privatistica)»: le forme «tipiche dello Stato operante come dispositivo neoliberale» (Nicolini).

Da segnalare il ricorso al paradigma del «mercato delle riforme» per documentare le modalità attraverso cui si esercita l'imposizione in discorso. Queste non sono evidentemente quelle alla base della diffusione planetaria del *common law* e del *civil law*, in massima parte riconducibile alle vicende del colonialismo occidentale. Prevalgono ora meccanismi come quelli che sono alla base della nascita e dello sviluppo della costruzione europea, studiati finora dai comparatisti di sensibilità privatistica (Somma). Meccanismi di cui si mette ora proficuamente in luce l'incidenza sulle architetture costituzionali degli Stati (Nicolini), la cui analisi critica risulta se non altro incentivata dalla circostanza per cui le recenti crisi hanno finalmente «posto fine alla mitologia del mercato» (Vettori).

Il tutto costituisce un evidente riscontro di come l'imposizione, assai più del prestigio, abbia oramai acquisito un peso preponderante nel determinare la mutazione giuridica. Tanto da mettere in luce un definitivo mutamento di paradigma relativo a questo specifico aspetto, il quale non può evidentemente non avere ricadute sulla metodologia comparatistica. Se cioè il dialogo tra esperienze giuridiche produce effetti *ratione imperii*, esso richiede di utilizzare strumenti di analisi diversi da quelli concepiti per il caso in cui questi si producano *imperio rationis*: primi fra tutti gli strumenti utilizzati dalla geopolitica, peraltro già richiamata nella riflessione sistemologica<sup>12</sup>.

## **2. Il ruolo e il metodo della comparazione: la dissociazione tra formanti**

Peraltro i motivi di apprezzamento per la letteratura comparatistica di formazione pubblicistica non finiscono qua. Si deve a quest'ultima

<sup>12</sup> V. i contributi raccolti in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 2020, 2 e tra questi I. Castellucci, *Geodiritto. Il diritto come dimensione della geopolitica e del conflitto*, p. 21 ss.



anche lo studio dei canali utilizzati nel dialogo tra esperienze giuridiche, ulteriori rispetto a quelli tipici dei tradizionali processi imitativi<sup>13</sup>. Canali sovente poco intellegibili per lo studioso, e che tuttavia vanno acquisendo una rilevanza crescente nello sviluppo del dialogo tra esperienze giuridiche: in particolare di quello in cui si prescinde dall'interlocuzione con i legislatori e che tuttavia conserva un collegamento con la dimensione istituzionale, assente invece nelle ipotesi in cui il dialogo è affidato alla sola scienza giuridica.

Sono in particolare da segnalare gli approfondimenti sulle reti cui le corti danno vita direttamente, o per il tramite di organizzazioni internazionali o sovranazionali: tra le prime la Conferenza delle Corti costituzionali europee, e tra le seconde la Conferenza mondiale sulla giustizia costituzionale promossa dalla Commissione di Venezia, la Rete delle corti superiori nell'ambito della Corte europea dei diritti dell'uomo e la Rete giudiziaria dell'Unione europea su iniziativa della Corte di giustizia Ue (Passaglia).

Questi approfondimenti consentono di sottolineare come discutere di esperienze giuridiche in dialogo costituisca una semplificazione funzionale all'economia del discorso, ma non anche capace di descrivere le dinamiche cui la locuzione rinvia. Essa non deve cioè mettere in ombra la circostanza per cui l'interlocuzione è un meccanismo particolarmente complesso che evidentemente non riguarda le esperienze giuridiche nel loro complesso, bensì i diversi operatori che le animano: primi fra tutti i legislatori, i dottori e i giudici<sup>14</sup>.

Il dialogo avviene insomma a livello di formanti, come da tempo si afferma, ovvero di «universi di regole dotate degli stessi caratteri»<sup>15</sup>, i quali sono di norma dissociati: non integrano un tutto coerente ma evidenziano al contrario profonde «asimmetrie». I cultori del diritto affezionato alla dogmatica e al formalismo reputano queste ultime il portato di «errori dell'interprete»<sup>16</sup>, ma i più hanno oramai assimilato la

---

<sup>13</sup> Sui quali per tutti A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 4. ed., in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 2018, p. 23 ss.

<sup>14</sup> Ovviamente i possibili interlocutori sono più numerosi, e tuttavia il riferimento quasi esclusivo a questi tre costituisce una costante nella letteratura giuridica: per tutti R.C. van Caenegem, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori* (1987), Milano, 1991.

<sup>15</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 3.

<sup>16</sup> R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2019, p. 55 ss.

teoria dei formanti e della loro dissociazione. Sono invero sempre più numerosi i cultori del diritto positivo consapevoli che l'interpretazione costituisce un atto conoscitivo e creativo insieme, o se si preferisce il frutto di «comunicazione e interazione» (Vettori).

A ben vedere, tra i cultori del diritto positivo non tutti puntano sull'interpretazione per alimentare un dialogo tra esperienze giuridiche, del resto percepito come inevitabile alla luce di una crescente «contiguità globale in gran parte indipendente dalla politica» (Vettori). Vi è anche chi invita alla prudenza, e comunque a focalizzarsi sulle «risorse ermeneutiche interne all'ordinamento», che «una volta innescate ben potranno essere messe pienamente a frutto». In tale prospettiva il ricorso alla comparazione non deve porsi al servizio della «creazione di nuovo diritto», bensì limitarsi a promuovere la «stabilità nella trasformazione» e soprattutto evitare di mettere in discussione «la stessa possibilità dell'ordine» (Grondona).

Non è questa la sede idonea a discutere di uso ermeneutico del diritto comparato, tema sul quale il dibattito è risalente e tuttavia ancora capace di appassionare e ispirare contributi raffinati<sup>17</sup>. Si può peraltro segnalare che, come abbiamo appena detto, appare quantomeno difficoltoso differenziare ciò che costituisce creazione di nuovo diritto e quanto invece trasformazione rispettosa dell'ordine. Soprattutto se si considera che la comparazione caratterizza il dialogo tra esperienze giuridiche in particolare laddove sono chiamati in causa temi nuovi o che concernono vicende non costringibili entro i confini nazionali: temi nei quali il richiamo all'ordine evidenzia contorni particolarmente sfuocati, se non direttamente privi di punti di riferimento. È quanto emerge in modo esemplare in materia di sovranità digitale, dove il ricorso alla comparazione emerge in tutta la sua essenza di «strumento fondamentale nella contesa» (Smorto), ovvero di dispositivo squisitamente politico e con ciò privo dei punti fermi cui rinvia il riferimento all'ordine. Lo stesso dicasi per la disciplina del lavoro nell'ambito del cosiddetto capitalismo delle piattaforme, e in particolare per l'inquadramento della relazione tra questa e coloro i quali instaurano con essa

---

<sup>17</sup> Come si sa, sulla scia di risalenti riflessioni dovute in particolare a Tullio Ascarelli: ad es. *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952. Per tutti V. Cariello, *Comparazioni e interpretazione*, Torino, 2020 e M. Grondona, *Premesse per una discussione sul rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile*, in *Specula iuris*, 2021, 2, p. 153 ss.

rapporti almeno apparentemente privi del requisito della subordinazione nel senso tradizionale del termine (Menegatti).

Ciò detto, non è scontato che nei contesti in cui la comparazione costituisce un imprescindibile punto di riferimento per la disciplina di uno specifico ambito, essa sia poi effettivamente valorizzata dai consociati. È quanto si ricava dalle vicende che hanno interessato il diritto uniforme del commercio internazionale, ovvero un ambito nel quale la comparazione costituisce il fondamento degli articolati più iconici: primo fra tutti i celeberrimi Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali<sup>18</sup>.

Come è noto, l'articolato costituisce un esempio di diritto uniforme tra i più prestigiosi e rinomati, il cui contributo al dialogo tra esperienze giuridiche è dato tra l'altro dal suo crescente impiego come ausilio nell'interpretazione del diritto nazionale dei contratti realizzata a livello di corti. Il tutto a partire da soluzioni equilibrate dal punto di vista degli interessi in gioco: i Principi Unidroit promuovono «comportamenti etici tra le parti, elevando il principio di buona fede a norma inderogabile e imponendo loro il dovere di cooperare, nonché disposizioni dirette a sanzionare condotte sleali e a proteggere gli interessi dell'impresa dotata di minore forza economica e negoziale» (Peleggi).

Se così stanno le cose, i Principi Unidroit non riproducono la tradizionale relazione tra dimensione economica e dimensione giuridica, ovvero non costituiscono l'esito di un dialogo tra esperienze giuridiche fortemente condizionato dalla prima. Forse è questa la ragione per cui il loro utilizzo come legge del contratto è relativamente limitato, sovente su iniziativa di arbitri o «in combinazione con il diritto statale dalle corti statuali ma in funzione suppletiva» (Peleggi). Il tutto secondo uno schema noto con riferimento all'uso giurisprudenziale del diritto comparato, limitato e in massima parte ridondante, se non rilevante alla stregua di un mero sfoggio di erudizione<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Su cui è d'obbligo il riferimento all'opera di Joachim Bonell: ad es. *The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles*, in 23 *Uniform Law Review*, 2018, p. 15 ss.

<sup>19</sup> La situazione non è mutata rispetto a quanto ricostruito in una indagine non più recente: cfr. A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001.

### 3. Segue: gli scopi della comparazione

Come si sa, allo scopo della comparazione giuridica i suoi cultori hanno dedicato numerosi e appassionati dibattiti, in ogni caso più di quanto sia avvenuto in altri ambiti giuridici e non. Probabilmente questa situazione si può riscontrare in tutti i campi del sapere di recente individuazione, i cui studiosi sono particolarmente attivi nell'elencare le ragioni per cui occorre procedere in tal senso<sup>20</sup>. Ciò non toglie che i cultori del diritto comparato si siano spinti a produrre elencazioni decisamente fantasiose nel tentativo di legittimare l'identificazione del loro campo del sapere quale scienza autonoma.

Riflettendo sulle finalità delle scienze in genere, si è invero rilevato che nessuno penserebbe di chiedere all'astronomo quali siano quelle identificative del suo sapere: l'astronomia ha indubbiamente avuto notevoli applicazioni, avendo contribuito al raggiungimento di traguardi importanti come l'atterraggio sulla luna, e tuttavia le sue fortune non ne hanno mai condizionato la legittimazione come scienza. Proprio questo accade invece al diritto comparato, i cui cultori sono restii ad affermare che la loro materia, in quanto consente di «misurare la differenza fra dati appartenenti a sistemi diversi»<sup>21</sup>, semplicemente «soddisfa il bisogno di conoscere»<sup>22</sup>. Di qui, a titolo esemplificativo, l'enfasi sulla «comprensione tra i popoli» riconducibile alla circostanza per cui, essendo i «politici nei vari Paesi... frequentemente reclutati tra i giuristi», questi «saranno meglio preparati per affrontare le difficoltà che nascono nelle relazioni internazionali se hanno appreso, nella loro formazione professionale, attraverso lo studio del diritto internazionale e del diritto comparato, a conoscere la diversità dei principi giuridici e dei punti di vista ammessi nei diversi Paesi»<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> I meccanismi che presiedono alla identificazione di un campo del sapere come scienza autonoma sono particolarmente complessi e in ultima analisi legati, oltre che a vicende tipiche di quel campo, a strategie accademiche. Al proposito per tutti A. Nützenadel, *Umstrittene Bilder. Visualisierung und wissenschaftliche Disziplinbildung in der Ökonomie seit dem 18. Jahrhundert*, in E. Alloa e F. Falk (a cura di), *BildÖkonomie. Haushalten mit Sichtbarkeiten*, Paderborn, 2013, p. 115 ss. e M. Stolleis, *Verfassungs(ge)schichten als Objekt rechtswissenschaftlicher Reflexion und Disziplinbildung*, Tübingen, 2017.

<sup>21</sup> R. Sacco, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in Id. (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, cit., p. 243 s.

<sup>22</sup> R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 3 ss.

<sup>23</sup> R. David, *Observations sur le rôle possible de l'Unesco en matière de droit comparé* (21 gennaio 1947), *Unesco/Cons. Jur./1/1947*. Anche A. Tunc, *La contribution possible*

A ben vedere, tra le molte finalità della comparazione elencate dai suoi cultori, ve ne sono alcune che sembrano riscuotere un consenso maggiore di altre. Spiccano infatti quelle concernenti la promozione di una convergenza degli ordinamenti giuridici nazionali, per molti aspetti costitutive della materia come campo autonomo del sapere giuridico: come si sa, in occasione del mitico congresso parigino di inizio Novecento<sup>24</sup>, si volle attribuirle il compito di identificare «il diritto comune dell'umanità civilizzata»<sup>25</sup>.

Le pagine dedicate al dialogo tra esperienze giuridiche nella costruzione del diritto uniforme documentano l'attualità di una simile finalità della comparazione (Peleggi). Altre finalità sono indicate in particolare dai cultori del diritto positivo, per i quali la comparazione costituisce un espediente attraverso il quale incrementare la qualità dei risultati di volta in volta attesi.

In particolare i cultori del diritto processuale civile sottolineano il profilo degli scopi pratici della comparazione, e anzi rimarcano che il riferimento al mero scopo conoscitivo finisce per alimentare approcci scienziati alla materia. In questo ambito si è contestata con veemenza la possibilità di una comparazione «fredda» nel senso di «politicamente neutrale» cui rinvia l'approccio criticato, che si reputa condannato ad alimentare un punto di vista «di stampo neopositivistico» perché teso a sviluppare una «teoria pura del diritto»<sup>26</sup>. Di qui la sottolineatura che la comparazione giuridica costituisce uno strumento volto in particolare a promuovere riforme legislative, il che equivale a dire che il dialogo tra esperienze giuridiche deve mirare al loro miglioramento<sup>27</sup>.

Gli scopi della comparazione sono evidenziati anche dai cultori del diritto del lavoro, e ciò non stupisce. Si tratta invero di una materia relativamente giovane, sorta per differenziarsi dal diritto civile e dalla relativa matrice individualista, finalità per la quale occorreva esaltarne

---

*des études juridiques comparatives è une meilleure compréhension entre nations*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1964, p. 47 ss.

<sup>24</sup> Da ultimo finalmente demitizzato da T. Amico di Meane, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, 2022, p. 135 ss.

<sup>25</sup> R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Bulletin mensuel de la Société de Législation Comparée*, 1900, p. 383 ss.

<sup>26</sup> V. Denti, *Diritto comparato e scienza del processo*, in R. Sacco (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, cit., p. 209 s.

<sup>27</sup> A. Dondi, *Comparazione oggi. Brevi (e molto limitate) impressioni dal côté processuale*, in A. Somma e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparazione e diritto positivo. Un dialogo tra saperi giuridici*, Roma, 2020, p. 333 ss.

la matrice politico normativa. Il tutto ricorrendo in particolare ai raffronti tra esperienze giuridiche, i quali si sono pertanto fin da subito legittimati attraverso lo specifico risultato perseguito dai loro autori, ovvero alla luce degli orientamenti di volta privilegiati nell'ambito della disciplina<sup>28</sup>.

Come si diceva, per molto tempo questi ultimi hanno avuto come punto di riferimento la volontà di sottrarre la relazione di lavoro alle dinamiche tipiche di una relazione di mercato qualsiasi, quella a cui guardano tradizionalmente i cultori del diritto civile. Nel tempo le cose si sono però modificate: quel particolare dialogo tra esperienze giuridiche alimentato entro la costruzione europea ha riportato in auge proprio il paradigma per differenziarsi dal quale il diritto del lavoro era sorto<sup>29</sup>. Con il risultato che la comparazione si è trovata a promuovere riforme in linea con la tendenza a riaffermare l'antica riduzione della relazione di lavoro a relazione di mercato qualsiasi<sup>30</sup>.

Quest'ultima tendenza sembra caratterizzare le evoluzioni della disciplina in ambiti capaci di identificarne le tendenze di fondo. È il caso, emblematico, del licenziamento illegittimo o del demansionamento, in ordine ai quali negli ultimi anni si sono introdotti elementi di flessibilità sconosciuti al diritto del lavoro così come esso si era edificato nel corso del tempo<sup>31</sup>, comunque assenti dallo schema fatto proprio dallo Statuto dei lavoratori (Delfino).

La stessa tendenza trova però ostacoli ad affermarsi nella trattazione di tematiche recentemente impostesi all'attenzione dei cultori del diritto del lavoro, come in particolare quello prestatato attraverso piattaforme. Lì si moltiplicano i tentativi di rappresentarlo come privo del requisito della subordinazione, e con esso delle forme di tutela individuale e collettiva tipiche di un simile inquadramento<sup>32</sup>. La comparazione ben può aiutare a comprendere come una simile tendenza rispecchi modalità diffuse nei Paesi di *common law*, come pertanto il diverso contesto che caratterizza i Paesi di *civil law* dovrebbe indurre a contra-

---

<sup>28</sup> L. Gaeta, *La comparazione nel diritto del lavoro*, *ivi*, p. 183 ss.

<sup>29</sup> U. Romagnoli, *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in A. Somma (a cura di), *Lavoro alla spina welfare à la carte*, Milano, 2019, p. 263 ss.

<sup>30</sup> Citazioni in A. Somma, *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lavoro e diritto*, 2018, p. 307 ss.

<sup>31</sup> Per tutti U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 2001.

<sup>32</sup> Ad es. A. Aloisi e V. De Stefano, *Il tuo capo è un algoritmo. Contro il lavoro disumano*, Roma e Bari, 2020.

starla. A meno che non si intenda promuovere la diffusione del modo neoliberale di concepire la relazione di lavoro, ovvero assecondare il «trend di costante declino della sindacalizzazione e di indebolimento della contrattazione collettiva presente negli Stati Uniti e nel Regno Unito» (Menegatti). È del resto noto che il *common law* è il diritto del capitalismo neoamericano e dunque di matrice neoliberale, laddove il *civil law* offre tradizionalmente strumenti con cui sostenere un modello di capitalismo alternativo come è quello di matrice keynesiana<sup>33</sup>.

Si ricava dalla breve rassegna ora abbozzata, che i cultori del diritto positivo fanno un ricorso crescente alla comparazione, e che questo ha in qualche modo influito sul modo di concepire i raffronti: sempre più legati a finalità specifiche e sempre meno riconducibili al mero proposito di incrementare le conoscenze circa le coordinate delle esperienze giuridiche di volta in volta prese in considerazione. Ciò non deve peraltro preoccupare, se non altro perché costituisce l'indizio di una definitiva affermazione del diritto comparato come campo del sapere giuridico. Certo, si tratta di un campo rispetto al quale i cultori del diritto comparato possono rivendicare una primogenitura ma non anche una esclusiva: è in un certo senso il prezzo da pagare per il successo della disciplina, come del resto si ricava in ambiti diversi da quello giuridico<sup>34</sup>. È peraltro un prezzo accettabile, se non addirittura uno stimolo a ridefinire le competenze specifiche dei cultori del diritto comparato, e in particolare a identificarle in vicende relative soprattutto alla sistemologia e alla metodologia: la cassetta degli attrezzi di chi opera raffronti, rispetto alla cui composizione si può ancora invocare una sorta di esclusiva senza apparire anacronistici<sup>35</sup>. È anche questo un nuovo paradigma che sembra emerge con decisione dalle più recenti tendenze in tema di dialogo tra esperienze giuridiche.

#### 4. Comparazione che unisce e comparazione che divide

Il ricorso alla comparazione promosso nel diritto del lavoro ci porta a mettere in luce due diversi e opposti schemi relativi al suo impiego.

---

<sup>33</sup> Citazioni in A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Torino, 2019, p. 99 ss.

<sup>34</sup> Citazioni in G. Resta, A. Somma e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparare. Una riflessione tra le discipline*, Sesto San Giovanni, 2020.

<sup>35</sup> A. Somma, *Per un dialogo tra comparazione e diritto positivo*, in Id. e V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Comparazione e diritto positivo*, cit., p. 381 ss.

Per il primo essa attiene a un dialogo tra esperienze giuridiche volto a incentivare la circolazione di modelli o comunque una loro tendenziale convergenza: lo abbiamo visto in ordine alla volontà di favorire la diffusione di un approccio neoliberale alla disciplina della relazione di lavoro. Chi intende invece opporre resistenza a una simile diffusione, o quantomeno evitare una sua incontrastata accettazione, finalizza il dialogo alla rivendicazione di una identità nazionale da cui discende la scelta di avversare la circolazione di modelli: ad esempio quelli utilizzati nelle esperienze angloamericane in materia di lavoro prestato attraverso piattaforme, al fine di alimentare per il loro tramite processi di mercificazione.

Altrimenti detto, possiamo distinguere una comparazione che unisce o costruttiva, e una comparazione che divide o distruttiva<sup>36</sup>. Il tutto in funzione delle finalità di volta in volta perseguite dall'autore dei raffronti, che a tal fine si svilupperanno secondo metodologie più o meno idonee, rispettivamente, a far emergere le comunanze o le differenze. La comparazione costituisce invero un «confronto degli stati di due oggetti su una proprietà»<sup>37</sup>, che produce unità nel momento in cui ci si concentra sul profilo delle proprietà e divisioni se invece l'enfasi è sugli oggetti e dunque sul contesto in cui sono immersi<sup>38</sup>.

Come abbiamo detto, la moderna comparazione giuridica nasce con finalità unificanti, che hanno accompagnato la sua evoluzione e non l'hanno certo abbandonata fino ai tempi più recenti, come del resto documentato con riferimento all'attualità del diritto uniforme (Pelleggi). Le medesime finalità hanno del resto accompagnato la globalizzazione in quanto fenomeno per molti aspetti riassuntivo dei caratteri della nostra epoca, sia con riferimento all'assetto delle relazioni tra individui, e dunque al modo di stare insieme come società, sia riguardo alle relazioni tra corpi politici e con ciò al contesto internazionale e sovranazionale<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> Sia consentito un rinvio ad A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit..

<sup>37</sup> A. Marradi, *Introduzione all'edizione italiana*, in N.J. Smelser, *La comparazione nelle scienze sociali* (1976), Bologna, 1982, p. 13.

<sup>38</sup> E. Jayme, *Osservazioni per una teoria postmoderna della comparazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, I, p. 813 ss. Anche Id., *Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur*, in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1997, p. 230 ss.

<sup>39</sup> D'obbligo il riferimento alla produzione di Maria Rosaria Ferrarese, ad es. *Prima lezione di diritto globale*, Roma e Bari, 2012.



Certo, la globalizzazione vive per molti aspetti una fase discendente, che alcuni reputano opportunamente introduttiva di un vero e proprio mutamento di paradigma: tanto da evocare il concetto di de-globalizzazione. O almeno da mettere in luce i crescenti moti di differenziazione dai paradigmi veicolati dall'occidente, come avviene in particolare con riferimento alla contestuale formazione di un profilo autonomo del cosiddetto sud globale (Nicolini): tema il cui approfondimento mette nuovamente in luce la riflessione presso i cultori del diritto comparato di sensibilità pubblicistica<sup>40</sup>.

Il tema è particolarmente controverso e caricato di significati forti, primi fra tutti quelli riassunti entro il concetto particolarmente vago e ambiguo di «sovranoismo»<sup>41</sup>. E tuttavia le ripercussioni sul dialogo tra esperienze giuridiche sono evidenti, innanzi tutto presso coloro i quali promuovono una interlocuzione al fine di incentivare convergenze. Questi non rinunciano a invocare un uso della comparazione capace di contribuire alla edificazione di «ordine post-statuale e post-nazionale». E tuttavia completano i loro propositi con indicazioni inevitabilmente destinate a limitare la carica universalistica o cosmopolitica delle loro proposte, in particolare quelle concernenti lo sviluppo di «nuove forme di attuazione piena dei diritti e dei doveri e nuove tutele e rimedi contro le disuguaglianze, e la violazione della identità e della dignità di ogni persona» (Vettori): un simile programma non è attuabile senza coinvolgere il livello nazionale<sup>42</sup>, o comunque puntando sul solo globalismo costituzionale<sup>43</sup>.

Peraltro il ripiegamento verso una comparazione più sensibile alle istanze identitarie, e non semplicemente volta a circostanziare le istanze universaliste, emerge indubbiamente come un tratto caratterizzante l'attuale riflessione tra i cultori del diritto.

A ben vedere una simile parabola è recente, ma collocata sulla scia di tendenze oramai consolidate e comunque capaci di marcare una net-

---

<sup>40</sup> Ph. Dann, M. Riegner e M. Bönemann (a cura di), *The Global South and Comparative Constitutional Law*, Oxford etc., 2020.

<sup>41</sup> A. Somma, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

<sup>42</sup> Per tutti G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma e Bari, 2021, part. p. 159 ss.

<sup>43</sup> A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *Dpce online*, 2021, spec. p. 804 ss. Anche P. Bianchi, *Miti e leggende del costituzionalismo globale*, in *AmbienteDiritto.it*, 2023, 4, p. 1 ss.

ta distinzione rispetto al passato. Fino a pochi anni or sono si celebrava la convergenza tra esperienze giuridiche come orizzonte immobile e indiscutibile, tanto da poter sorvolare senza problemi su differenze radicate nel tempo come quelle tra *common law* e *civil law*<sup>44</sup>. Questa prospettiva è stata prima criticata dal punto di vista della sua incapacità di fare i conti con le peculiarità della cultura giuridica, se non con la sua incommensurabilità<sup>45</sup>. Poi sono emerse le critiche di chi ha condannato la convergenza imposta dall'alto e celebrato quella incentivata dal basso: espressioni suggestive che però nascondono uno scontro tra fonti di produzione del diritto, rispettivamente tra legislatore e scienza giuridica<sup>46</sup>.

Ora il dibattito ha preso una piega più diretta nel senso della maggiore considerazione delle differenze tra esperienze giuridiche.

Si spiega così il confronto tra ordinamenti in materia di sovranità digitale «funzionale alla costruzione delle identità nazionali o regionali, spesso definite in contrapposizione alle scelte e alle preferenze espresse dagli altri». Un confronto che non si arresta alla dimensione strettamente tecnico giuridica per «conferire un'identità e una giustificazione alle scelte compiute», esprimendo nel merito «una precisa visione del mondo» e con essa la proiezione di strategie geopolitiche: in particolare quelle statunitensi che fanno leva sulla esaltazione delle libertà economiche e quelle europee incentrate sulla tutela dei diritti della persona contrapposte all'autoritarismo cinese, ma in ultima analisi volte a sostenere le proprie imprese in una competizione internazionale sempre più aspra e insidiosa per gli operatori occidentali (Smorto).

Simile quanto si registra a proposito della tendenza a contenere l'«universalismo costituzionale» e a favorire in sua vece l'«identità costituzionale» come argine all'invadenza della costruzione europea, o se si preferisce del vincolo esterno che ne costituisce l'essenza<sup>47</sup>. Una

<sup>44</sup> Ad es. Lord Woolf, *Introductory Remarks*, in Accademia dei giusprivatisti europei, *Code européen des Contrats*, vol. 1, Milano, 2004, p. xxxiii.

<sup>45</sup> P. Legrand, *L'analyse différentielle des jurisprudences*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 1053 ss. Anche Id. (a cura di), *Comparer les droits, résolution*, Paris, 2009.

<sup>46</sup> Con proposte dal fondamento scientifico discutibile, come in particolare quelle raccolte sotto l'etichetta evocativa di Neopandettistica: per tutti R. Zimmermann, *Roman Law and European Legal Unity*, in A. Hartkamp et al. (a cura di), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 1994, p. 65 ss.

<sup>47</sup> Cfr. A. Somma, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un*

tendenza che non caratterizza l'esperienza italiana<sup>48</sup>, ma che si è oramai delineata negli ordinamenti francese e tedesco con finalità concernenti la tutela della sovranità popolare e del suo utilizzo per promuovere l'emancipazione sociale e individuale. Diversamente da quanto avviene in Paesi come la Polonia e l'Ungheria, dove l'identità costituzionale ha invece valenza regressiva: è scollegata dalle «idee di limitazione e ordinamento del potere» e da «quelle di legittimazione democratica del potere e di partecipazione» (Di Martino).

La valenza identitaria del ricorso al dialogo tra esperienze giuridiche emerge poi nella riflessione lavoristica, oltre che negli specifici ambiti cui abbiamo appena fatto riferimento, nella precisazione che per l'ordinamento italiano «l'analisi comparata non avrà lo scopo di proporre un trapianto di regole tra ordinamenti», bensì «più semplicemente quello di far risaltare i difetti degli ordinamenti anglosassoni considerati». Questo perché in materia occorre «considerare il legame a filo doppio con il sistema economico, le peculiarità dei sistemi di relazioni industriali, della tradizione sindacale, della cultura del business» (Menegatti). Il tutto nel solco di una letteratura che da tempo segnala come in materia lavoristica i raffronti debbano valorizzare il contesto (Delfino)<sup>49</sup>, e dunque indurre quasi naturalmente forme di comparazione, se non destinata a dividere, quanto meno sensibile ai profili identitari.

Gli esempi di un crescente ricorso alla comparazione che divide si potrebbero moltiplicare, ma quelli cui abbiamo fatto riferimento sono sufficienti a mettere in luce una tendenza che sembra preludere a un vero e proprio mutamento di paradigma: dopo quello concernenti il ruolo rivestito dall'imposizione nella mutazione giuridica e quello derivante dall'enfasi sugli scopi della comparazione. A questi possiamo cioè aggiungere le trasformazioni subite dal raffronto esperienze giuridiche, che cessa di essere lo strumento quasi esclusivo di un moto verso la convergenza e diventa un espediente utilizzato per riscoprire le ragioni di una resistenza all'omologazione.

---

*dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, 2023, p. 161 ss.

<sup>48</sup> Dove la teoria dei controlimiti offre un argine troppo tenue all'invasione del vincolo esterno: per tutti M. Luciani, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2016, 2.

<sup>49</sup> Notoriamente sulla scia di O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, in *82 Law Quarterly Review*, 1966, p. 41 ss. e Id., *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *37 Modern Law Review*, 1974, p. 1 ss.

Sempre però nel solco di dinamiche descrivibili in termini di dialogo: l'apertura non è sinonimo di convergenza, esattamente come la rivendicazione di identità non implica la chiusura. Come del resto emerge dalla riflessione dei cultori del diritto civile che, se per un verso limitano i compiti della comparazione precisando come il suo utilizzo non debba mettere a rischio la stabilità dell'ordine, per un altro verso le intimano di contribuire al presidio e allo sviluppo di «un ordine politico effettivamente liberal democratico... nel quale oggi tutti ci riconosciamo». Ora, è opinabile che l'ordine liberal democratico sia effettivamente un orizzonte condiviso, almeno nel contesto italiano nel quale il costituzionalismo si definisce in termini di democratico sociale<sup>50</sup>. E tuttavia non è certo opinabile che quell'orizzonte presupponga una interazione tra ordinamenti nazionali refrattari a chiusure in ultima analisi repute incompatibili con il «consolidamento della stessa liberaldemocrazia» (Grondona).

---

<sup>50</sup> Per tutti O. Chessa, *C'è posto in Europa per il costituzionalismo democratico sociale?*, in E. Mostacci e A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, p. 50 ss.

## IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO PRIVATO



# La giurisprudenza quale strumento di trasformazione ordinamentale: tra l'ermeneutica e la comparazione

*Mauro Grondona*

## **1. La giurisprudenza di fronte all'ermeneutica e alla comparazione**

Il titolo del mio intervento, e poi il suo sintetico svolgimento (che vuole conservare il tono dell'esposizione orale), allude, ovviamente, a due traiettorie della giurisprudenza contemporanea – quella ermeneutica e quella comparatistica –, nonché del prossimo futuro. Qui, però, alludendosi al futuro (ma, appunto, non già all'immediato, che, se non altro nelle questioni culturali, è sempre una continuazione del presente; quanto al prossimo, che potrà invece muoversi lungo la linea della discontinuità, rispetto al presente), serve allora subito una qualche, pur minima, cautela.

I primissimi, anche se, direi, già ben visibili, segnali di reazione, contro, almeno, una delle due traiettorie (segnatamente, la traiettoria ermeneutica) non solo si avvertono netti, ma, soprattutto, si presentano con quel carattere di compiutezza strutturale che fanno ben sperare: non solo chi condivide queste critiche, ma anche chi da queste critiche si senta piuttosto lontano, come chi scrive, ben sapendo, infatti, quanto assai più dannoso sia, invece, quel ristagno intellettuale che inevitabilmente conduce a un conformismo che, come tale, va sempre stigmatiz-

zato, nei termini di una falsa coscienza intellettuale (quando non, pur in senso lato, politica)<sup>1</sup>, perniciosa per quell'indispensabile confronto sulle idee, in vista della costruzione, sempre *in fieri*, di quegli spazi culturali, in costante movimento, che sono, o dovrebbero essere, la principale fonte di legittimazione di un ordine politico effettivamente liberal-democratico; che è poi quello nel quale, oggi, tutti ci riconosciamo, se non altro pensando al modello storicamente compiuto di Stato di diritto, una struttura istituzionale irrinunciabile<sup>2</sup>, perché benefica alla realizzazione di sé e del "sé", e quindi della propria libertà, nella misura storicamente attuabile, s'intende.

<sup>1</sup> Colpiscono le pagine (il passo non è breve ma è molto significativo) di L. Capogrossi Colognesi, *Riccobono e la scuola romana*, in M. Varvaro (a cura di), *L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'incontro internazionale di studi (Palermo, 29-30 marzo 2019)*, Palermo, 2020 (il volume è ad accesso aperto), p. 5 ss., qui pp. 16-17: «Sono sempre restato con la curiosità di comprendere il motivo dell'indiscutibile centralità accademica di Albertario, già ben evidente nel corso degli anni '30, rispetto al sistema delle carriere e dei concorsi universitari. Dal confronto tra gli elenchi scrupolosamente redatti da Talamanca dei collaboratori alla rivista varata nel '35, *Studia et documenta*, controllata da Albertario, e quel *Bullettino*, legato al nome ed alla memoria di Scialoja, si coglie bene il flusso di tutti i giovani, impegnati nella loro carriera, alla corte del *dominus* indiscusso, che era allora Albertario. Non fu una buona cosa perché ciò comportò un diffuso conformismo nel modo di far ricerca e nel lavoro intellettuale, accentuando quel tanto d'uniformità implicito in ogni moda culturale. Beffardo, Volterra ci ricordava l'*imprimatur* richiesto ad ogni avanzamento di carriera, per ogni riconoscimento accademico: "sa applicare correttamente il metodo interpolazionistico". Vera il sottile disprezzo di chi, voltandosi indietro, contempla uno spettacolo di macerie. Ma sul singolare quesito dei motivi di tanta forza in un personaggio così modesto, lo stesso Volterra non m'ha aiutato granché, lasciandomi con più di una curiosità insoddisfatta. Contemplando la desolante connotazione comune a quasi tutta la produzione romanistica di quegli anni (ricca peraltro di non pochi importanti contributi d'intrinseco valore), dove s'incontra la sistematica e stereotipa analisi dei testi orientata a individuarne tutte le mende, in una complessiva riscrittura di storie e di istituti. Certo, il contesto aiutava processi del genere: era un mondo piccolo, l'università e l'intero orizzonte culturale del nostro paese, in quegli anni espressione di una società relativamente arretrata e sottoposta alla pressione di un conformismo politico che neppure l'alleanza con Hitler e le leggi razziali avrebbero scosso. È un aspetto che dimentichiamo troppo facilmente, più attenti alla gloria di quei "pochissimi che ebbero" parimenti a sdegno di essere oppressi e di farsi oppressori" [cit. di G. De Sanctis], che non alla ristrettezza degli orizzonti d'allora. In quella stagione dove imperversò una romanità di cartapesta, con tutti gli orpelli – ma anche i vantaggi pratici per i cultori delle discipline coinvolte in questo recupero – nulla di strano che alla più generale piramide autoritaria del fascismo, corrispondesse una struttura gerarchica monolitica nell'ambito di una singola disciplina. Ma è una considerazione che non ci aiuta molto, nella sua genericità, dovendo forse rivolgerci ad un altro aspetto, se pure indiretto, del quadro politico nazionale cui ora facevo riferimento».

<sup>2</sup> I consueti accenti critici si leggono da ultimo in A. Somma, *Oltre al mito. Il Manifesto di Ventotene nel prisma del pensiero neoliberale*, in *Specula Iuris*, 2022, 1, p. 177 ss.



Dicevo: primissimi ma netti segnali di reazione. Soprattutto per la forza d'urto che esprimono e per la chirurgicità dell'attacco, condotto non solo, e forse non tanto – almeno nei più agguerriti e consapevoli<sup>3</sup> –, in chiave strettamente tecnico-giuridica, il che lo renderebbe più debole, ma soprattutto nei termini di una riflessione a largo raggio, e di cui il versante tecnico-giuridico è solo un affluente, sull'intero assetto istituzionale, e dunque di teoria generale della politica e del diritto, che è ben altra cosa rispetto alla funzione qualificatoria operata attraverso il linguaggio tecnico del diritto. E infatti, il problema che subito emerge attiene a ciò che facilmente possiamo chiamare ordine della convivenza, e dunque ordine socio-politico, che è il luogo nel quale necessariamente devono essere pensati i progetti di vita individuali, cioè la libertà dell'individuo<sup>4</sup>, in relazione al contesto storico-culturale in cui esso opera, altrimenti si rinuncia a quella capacità critica che è fondativa dell'intera dimensione esistenziale dell'essere umano, e che non può essere davvero tale, se non costantemente adeguata al presente, anche a costo di rinnegare, o comunque di ripensare, magari in termini

---

<sup>3</sup> Per tutti va ovviamente visto M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. 9, Milano, 2016, p. 391 ss. Da ultimo v. l'intervista (anche piuttosto divertente) a Riccardo Guastini: *Distinguendo e interpretando. Intervista di Vincenzo Antonio Poso a Riccardo Guastini*, [www.giustiziainsieme.it/en/lavoro-e-diritti-sociali/2626-distinguendo-e-interpretando-intervista-di-vincenzo-antonio-poso-a-riccardo-guastini](http://www.giustiziainsieme.it/en/lavoro-e-diritti-sociali/2626-distinguendo-e-interpretando-intervista-di-vincenzo-antonio-poso-a-riccardo-guastini). Tra i giovani studiosi, meritano almeno un richiamo: di G. Portonera, *Antonin Scalia*, Torino, 2022; L. Oliveri, *Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori: qualche considerazione intorno a "Elogio della giustizia"*, in *Rivista di diritto commerciale*, 2022, II, p. 215 ss.

<sup>4</sup> Si deve a Vincenzo Barba l'aver richiamato l'attenzione del pubblico italiano sul volume di C. Fernández Sessarego, *Il diritto come libertà. Lineamenti per una determinazione ontologica del diritto* (trad.it.), a cura di V. Barba, Macerata, 2022, che al tema del progetto di vita individuale (l'autore era un giusprivatista), e dunque nella prospettiva di una libertà intesa come fenomenologia giuridica che, a certe condizioni, si fa ontologia, dedica significativa attenzione, con evidente sensibilità e (invero indispensabili) aperture, e, anzi, nette prese di posizione teorico-generaliste. Va allora altresì almeno segnalato l'ambizioso volume di M. Spanò, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022, che (pur senza dirlo) si candida a rinnovatore della teoria generale del diritto, ormai in buona parte in effetti invecchiata e in cerca di nuove e appaganti sistemazioni; e v. allora, in particolare, gli scritti raccolti in: H. Dagan e B.C. Zipursky (a cura di), *Private Law Theory*, Cheltenham e Northampton Ma, 2020; S. Grundmann, H.-W. Micklitz e M. Renner, *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021. Anche in senso critico rispetto a quest'ultima proposta v. ora F. Viola, *Diritto e cultura* (8 novembre 2022), [www.academia.edu/90470121/Diritto\\_e\\_cultura](http://www.academia.edu/90470121/Diritto_e_cultura)). Per molte e indispensabili connessioni con la filosofia politica, va ora visto G. Preterossi, *Teologia politica e diritto*, Roma e Bari, 2022.

radicalmente oppositivi, tutto o molto di ciò che da una determinata tradizione derivi, anche, in via d'ipotesi, la più gloriosa o antica<sup>5</sup>.

Orbene, una prima tendenza (appunto la tendenza ermeneutica) è quella di una giurisprudenza che, in sé, e cioè nel quadro generale della teoria delle fonti, è fattore di costante, e anzi incessante, trasformazione ordinamentale. Da questo punto di vista, il ricorso alla comparazione da parte della giurisprudenza non è decisivo, e anzi, al limite, potrebbe pure essere avvertito come irrilevante, se non addirittura dannoso, dato che le risorse ermeneutiche interne all'ordinamento, una volta innescate, ben potranno essere messe pienamente a frutto, come più avanti verrà specificato.

Si può allora subito precisare: non c'è dubbio che, se non altro nell'Europa continentale, e certissimamente in Italia, siamo ancora all'interno dell'onda lunga di quell'*hermeneutic turn* che così potentemente – per taluno beneficamente, per talaltro perniciosamente – ha prodotto uno sconquasso delle fonti del diritto, non solo colpendo l'idea stessa di gerarchia delle fonti, ma producendo una riscrittura sostanziale di molti settori del diritto, soprattutto grazie alla moltiplicazione e alla flessibilizzazione di tali fonti; una riscrittura, com'è del resto ben noto, tutta protesa verso la costante decostruzione di una giuridicità (e io direi: in particolare codicistica, se non interamente codicistica) ormai non più in linea, perché troppo stabile e troppo assiologicamente connotata in senso monistico, con quella sensibilità prima individuale e poi sociale che non poteva attendere oltre il proprio rinnovamento<sup>6</sup>, aprendosi così lo spazio per una ricostruzione, non organica ma neppure frammentaria, dell'intero ordine giuridico della socialità, appunto in gran parte rifondato, o comunque ripensato, a partire dalle esigenze indivi-

<sup>5</sup> Vedo ora la seguente, illuminante notazione di un Arnaldo Momigliano non ancora ventiduenne: «credo che una delle cose più pericolose e più “decadenti” sia l'esaltare una morale e una fede, perché ha la capacità di dominare meglio gli uomini. Si capisce che una morale o una fede instaurata da millenni ha un'autorità superiore che la filosofia crociana. Il guaio è che con questi principi si hanno i neo-cattolici e i neo-giudei ortodossi odierni, che rinunciano o meglio comprimono la loro moderna spiritualità per trovare la pace in una religione costituita, cioè rinunciano ad essere loro, interamente loro, per un po' di sicurezza. Io vedo che così presso cattolici come presso giudei ogni “ritorno” è accompagnato dalla rinuncia alle proprie capacità critiche» (G. De Sanctis e A. Momigliano, *Carteggio 1930-1955*, a cura di L. Polverini, Tivoli, 2022, p. 23 s.). Ma allora v. altresì *ivi*, p. 34 s.: «credo che gli Ebrei possano fare qualcosa di utile solo se vivificano con lo stato d'animo che viene loro da una lunga tradizione le esigenze del pensiero immanentistico e storicistico nostro».

<sup>6</sup> E spesso si è trattato di un autorinnovamento, cioè per impulso e per forza individuali: sul punto v. ancora M. Spanò, *Fare il molteplice*, cit., *passim*.

duali, che hanno profondamente rinnovato l'intero orizzonte giuridico tradizionale e che si sono mosse all'interno di una generale esigenza di modernizzazione dell'idea stessa di diritto, cioè della giuridicità "occidentale" nel suo complesso: fenomeno, questo sì, di portata ampia e trasversale, e rispetto al quale, allora, le risorse della comparazione, soprattutto quando maggiormente orientata sul versante socio-antropologico, più che giuridico, sono, effettivamente, e ancora saranno, ottimamente impiegate quali indispensabili strumenti euristici, da cui il diritto – inteso come unità di misura dell'ordine sociale e dello spazio sociale dell'agire individuale – non potrà che trarre benefici conoscitivi<sup>7</sup>, così peraltro rafforzandosi quell'esigenza metodologica tutta nel segno dell'ibridazione<sup>8</sup> – che va oltre un'interdisciplinarietà spesso di facciata, quando non troppo prudente, e comunque, ormai, «parola... così usurata che non la si può più usare seriamente» –, che è la cifra esistenziale della contemporaneità, perché trova il proprio punto di appoggio sociale nella complessiva condizione umana; un'ibridazione che viene allora recepita dalle varie discipline quale approccio metodologico finalizzato alla comprensione di una realtà che è davvero tale, appunto in prospettiva ermeneutica, solo nel momento in cui ci si volga ad essa per comprenderla, ricostruendola: una comprensione che in questo senso è sempre produttiva di significati, se non nuovi o inattesi, ulteriori e diversi rispetto a quelli discendenti da una comprensione della realtà ridotta a una apparentemente lineare ricognizione di dati, come tali sempre pre-esistenti al giudizio – ipotesi, però, non realistica fino in fondo, anche se, in certa misura, da assumere come plausibile – quando non indispensabile –, o, se non altro, da accettare *prima facie*, purché vi sia poi piena consapevolezza circa la rilevanza e il peso dello sguardo dell'osservatore, rispetto a quanto osservato.

Ma dicevo: se consideriamo la tendenza ermeneutica della, e nella, giurisprudenza, qui il ricorso alla comparazione non risulta essere decisivo, una volta che le risorse ermeneutiche vengano messe a frutto fino in fondo per intervenire sull'ordinamento giuridico, nell'idea che

---

<sup>7</sup> V. ora diffusamente M.-C. Foblets, M. Goodale, M. Sapignoli e O. Zenker (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford, 2022, *passim*, ma in particolare la Part II (*Recurring themes in law and anthropology*) e la Part V (*Current directions in law and anthropology*).

<sup>8</sup> C. Giunta, *Dopo la Storia: su due libri di Roberto Pertici* (28 dicembre 2022), [www.snaporaz.online/su-dallottocento-al-dopostoria-di-robotto-pertici](http://www.snaporaz.online/su-dallottocento-al-dopostoria-di-robotto-pertici). *Ivi* si leggono anche le parole letteralmente citate subito a seguire nel testo.

il diritto è la forma rappresentativa della società, e, in particolare, di quel pluralismo sociale che esprime lo spazio sociale delle relazioni individuali, e che, come tale, è destinato a sua volta a riflettersi nello spazio ordinante del diritto, così pertanto producendosi una convergenza tra ordine sociale e ordine giuridico, a garanzia di una “mobilità stabile” dell’ordine politico liberal-democratico, che è poi l’unico ordine politico, come si è qui sopra accennato, idoneo a pluralisticamente favorire, e anzi a realizzare, siffatta convergenza ordinante, così al contempo favorendo la piena esplicazione della libertà individuale, in questo senso fattore di ordine e non già di disordine, frammento di un ordine sociale progressivamente attingibile (anche in chiave prescrittiva, donde l’esigenza, già richiamata, di assumere come pre-esistenti al giudizio una serie di elementi, che esprimono certamente un *prius* logico destinato come tale a sfociare in un *posterius* deontologico) grazie alle relazioni tra differenti dimensioni dell’individualità.

## 2. Il ruolo trasformativo della giurisprudenza di fronte al pluralismo giuridico

“Mettere a frutto fino in fondo le risorse ermeneutiche” significa, come ovvio, rivendicare una autolegittimazione non tanto della scienza giuridica – perché essa è pacifica, posto che la legittimazione della scienza, in sé, è la legittimazione politica di una forza intellettuale e culturale, indiscutibile, se non altro nelle società aperte: anzi, è proprio questa legittimazione politica della scienza, e dunque del pensiero, che fonda la dimensione ermeneutica dello spazio sociale, e quindi dell’ordine sociale, a sua volta legittimando la politicità dell’ordine socio-giuridico –, ma della giurisprudenza, in questo senso non già fonte di secondo grado, e dunque, da un lato, attuatrice di una prescrizione legislativa, e, dall’altro, esecutrice di una sapienza tecnica a essa derivata da quella stessa scienza giuridica che in questo senso vorrebbe essere la vera e unica fonte legittimante ogni *ius dicere* giurisprudenziale.

Una giurisprudenza così intesa trova sempre fuori di sé la propria legittimazione, nella logica di un ordine sociale, nonché istituzionale, precostituito, che, però, è allora politicamente dissonante rispetto a quell’idea di mobilità ordinamentale, e in particolare di ordine spontaneo, che non può essere disgiunta, almeno in una certa, e non direi minimale, misura, dall’ordine politico liberal-democratico, al cui inter-

no, appunto, il pluralismo politico-giuridico legittima ciascun componente l'ordine sociale a operare nella logica della produzione di nuovi significati socialmente rilevanti, e dunque nella logica della fonte primaria del diritto.

In questa linea, la consapevolezza della rilevanza del sé è consapevolezza di potere incidere all'esterno del sé, e dunque di poter operare in chiave di trasformazione sociale: che è esattamente ciò che, ormai da tempo, e sempre più velocemente, sta accadendo, ed è ovvio che, considerando l'apparato giuridico alla luce della sua principale funzione di apparato ordinatore, e, appunto oggi, di conciliazione pluralistica, l'idea stessa di fonte del diritto, così come l'approccio al ragionamento giuridico, non potrà non essere incisa da queste profonde novità, che come tali richiederebbero un altrettanto profondo sforzo teorico, per dar vita a quei nuovi paradigma di cui la scienza giuridica è ormai da qualche tempo alla ricerca<sup>9</sup>.

In questa prospettiva, allora, ricondurre la giurisprudenza e il potere decisionale di essa alla tecnica di una qualificazione sempre mediata dal potere legislativo, nella convinzione (che, ovviamente, è anche una professione di fede istituzionale, per dir così, nonché una elaborazione teorica, la quale ammette però falsificazioni) che il "fatto" assuma giuridica rilevanza solo a condizione che possa essere concettualizzato in termini di "caso"<sup>10</sup>, esprime una fedeltà e una volontà di resistere a una trasformazione tutta interna (e io direi spontanea, nel senso migliore del termine) all'ordine sociale.

Al contrario, il principale ruolo assunto dalla giurisprudenza di oggi è quello di consapevole (e responsabile: il che certamente pone il problema non di una responsabilità latamente politica o strettamente giuridica, ma di una effettiva trasparenza decisionale e di un efficace controllo argomentativo – aspetti, oggi, a maggior ragione insoddisfa-

---

<sup>9</sup> A mio avviso, in Italia, proprio a Francesco Viola si deve il più raffinato tentativo teorico di mettere a punto una rinnovata teoria generale del diritto idonea, da un lato, a rendere conto di quelle tante novità fattuali che ovviamente sarebbe grave errore pretendere di espungere da una teoria del diritto che voglia davvero essere efficiente in quanto tale, e, dall'altro, a offrire agli operatori pratici rinnovati strumenti di lavoro e rinnovate prospettive della giuridicità contemporanea e del senso profondo di essa, necessariamente collegato alla dimensione antropologica dell'essere umano. In questa direzione, la rilevanza della comparazione è ovviamente primaria.

<sup>10</sup> Richiamo qui la prospettiva messa in chiaro, come sempre in modo affascinante, nella *lectio magistralis* tenuta dal prof. Natalino Irti il 16 novembre 2022 all'Università Ca' Foscari di Venezia. Uno svolgimento più sintetico in N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, p. 40 ss.

centi, se si sia convinti che un diritto a trazione giurisprudenziale è un diritto aperto a quella creatività individuale che senza dubbio rappresenta la cifra di un liberalismo politico inteso in senso forte, cioè come teoria politica connotata da una funzione tra l'adattativo e il trasformativo che non può essere sterilizzata) strumento di una politica del diritto che, principalmente in una società aperta, dovrebbe essere appunto... aperta a quel pluralismo giuridico che non può significare soltanto pluralità di ordinamenti giuridici, perché ciascuno di essi, ovviamente, richiede comunque una valutazione in termini gerarchici, così depotenziando la forza costruttiva e come tale istituzionale di tale pluralità ordinamentale.

Mi riferisco, piuttosto, a un pluralismo giuridico che dovrebbe significare incontro e scontro politico-sociale. La società aperta è tale anche, e soprattutto, di fronte al conflitto, che anzi favorisce, o dovrebbe favorire, sublimandolo però in quella, prima evocata, "mobilità stabile" del complessivo assetto liberal-democratico, e cioè del rapporto tra ordine sociale e ordine politico-giuridico: ovvio che, sotto il profilo della teoria e della dottrina filosofico-politiche, proprio qui emerge il costante problema di quel (far professione di) liberalismo integrale che può, però, portare alla sua stessa disfatta: ma proprio la società aperta, in questo senso, è un "cuore rivelatore" (volendosi pensare al celebre racconto di E.A. Poe), perché, certamente, la fiducia individuale e sociale nel liberalismo (ma in un liberalismo più procedurale che non sostanziale, dunque assiologico, e come tale filosofico-politico, in verità) può portare alla distruzione non solo dell'ordine politico liberale, ma anche di quell'ordine sociale senza il quale non ci può essere né libertà, né liberalismo.

Del resto, la società aperta non ama la prudenza, non è avversa al rischio (politico)<sup>11</sup>, accettandolo come un elemento fondamentale, e anzi un presupposto, della sua stessa esistenza.

---

<sup>11</sup> U. Terracini, *Costituzione della Repubblica e libertà democratiche*, in *Atti del Convegno «La Costituzione italiana. Storicità ed attualità»*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1979, p. 53, richiama la «permanente e ripetuta sperimentazione» delle libertà democratiche quale sicuro indice non solo di vitalità democratica, e dunque di effettività democratica (presupposto indefettibile di una efficienza democratica che pure va perseguita), ma di espansione democratica, cioè di conquista o di acquisizione di quei nuovi diritti che a molti spiacciono, forse non comprendendo che la dimensione esistenziale (e la sua espansione) è connaturata all'ordine democratico, e dunque la stessa esistenza individuale è in questo senso un elemento riconducibile alla politicità democratica.

L'apertura all'individualismo, e quindi alla centralità del sé, non può trovare un limite nella tendenza (che pure si invoca e anzi si afferma, in altri contesti geo-politici) alla chiusura della società, perché ciò sarebbe avvertito, ormai, come autoritarismo; ma deve piuttosto far sorgere ed accrescere quel senso di responsabilità individuale, tale da sfociare, poi, nell'esigenza di protezione, da parte di tutti, del bene comune della libertà, così irrobustendo e non già indebolendo la società aperta, in un costante processo di estensione di quella liberal-democrazia che in questa chiave potrebbe anche essere connotata in termini di ordine politico progressivo, appunto per non richiamare la celebre ma ambigua formula della democrazia progressiva – che, come tale, era però soprattutto deprivata della libertà individuale, da cui un intero ordine politico né democratico, né liberale.

Di più. Se pensiamo alla società aperta quale paradigma politico, e dunque quale ordine politico-sociale, oggi disponiamo di una teoria filosofico-politica che si è di molto rafforzata grazie a quella ibridazione a cui facevo prima riferimento: penso, in particolare, e limitandomi a un cenno, a quell'idea alla base della fisica quantistica (o meglio, di una certa concezione della fisica quantistica), e sulla quale insiste molto Carlo Rovelli<sup>12</sup>, che il mondo, e dunque potremmo dire la realtà, la fenomenologia, la stessa ontologia sociale, sulle quali il diritto si esercita, primariamente in chiave qualificatoria, non sono fatte di sostanze con qualità, ma di una rete di influenze reciproche – e noi giuristi ben potremmo dire di relazioni e di rapporti, così rinnovando una classica categoria dogmatica, oggi, se non da riscoprire, certo da meglio utilizzare e da rivitalizzare<sup>13</sup>, appunto in chiave trasformativa –, la cui forza qualificatoria in questo senso è necessariamente instabile e adattativa, così dovendosi necessariamente ribaltare l'idea di fattispecie come strumento di qualificazione di un fatto che logicamente lo precede: la stessa fattispecie va immaginata nella prospettiva della relazione reciproca, e dunque il fatto è parte di questa relazione (rievocando la nota formula, potremmo dire: non ci sono fatti, ma solo relazioni).

---

<sup>12</sup> Il riferimento, ovviamente, al notissimo C. Rovelli, *Helgoland*, Milano, 2020.

<sup>13</sup> In questa prospettiva è assai utile R. Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, vol. 1 (*Dispense integrative ad uso degli studenti*), Milano, 1962, tutto incentrato intorno alle situazioni giuridiche soggettive e alla loro realizzazione.

Poi c'è, però, una seconda tendenza, che per noi, almeno oggi, qui, è quella più interessante e forse anche quella più significativa (pur, in certa misura problematica).

Anche in questo caso, certamente, abbiamo una giurisprudenza che opera in chiave trasformativa, ma non lo fa come fonte del diritto primaria, quanto, piuttosto, nella prospettiva di un impiego di tecniche interpretative che, affinandosi ed espandendosi, e attingendo, appunto, alle potenzialità della comparazione, utilizzano il diritto straniero, il diritto comparato, nonché l'approccio metodologico in chiave comparatistica per arricchire, senza dubbio, in prima battuta, l'ordinamento, ma nell'idea che l'ordinamento giuridico è, e deve rimanere, un ordine; e dunque il ricorso alla comparazione si gioca tutto sul versante dell'interpretazione del diritto e non della creazione di nuovo diritto, cioè sul versante della stabilità nella trasformazione e non già su quello dell'instabilità trasformativa, in cui la stessa possibilità dell'ordine è messa in discussione, anzi è respinta.

Si potrebbe forse dire: se la tendenza ermeneutica privilegia la discontinuità sulla continuità, l'opposto accade con la tendenza comparatistica.

Questa sensibilità (che al limite è anche uno scrupolo) a cavallo tra il politico e il metodologico è assai presente nella ormai notissima sentenza sui cosiddetti risarcimenti punitivi, su cui più avanti verrò e che anzi si presenta per noi quale interessante *case study*.

Se allora, osservando criticamente o comunque problematicamente le due tendenze giurisprudenziali qui sopra velocemente tratteggiate, è immaginabile che questo duplice flusso giurisprudenziale, a cavallo della continuità e della discontinuità, sia destinato, appunto in un futuro non immediato ma prossimo, a collidere con la crescente esigenza che il legislatore, quantomeno quello italiano, si incarichi di fissare una linea di politica del diritto con maggiore consapevolezza, rispetto agli scopi dello stesso intervento legislativo, e quindi rispetto al controllo e ai limiti dell'interpretazione: una maggiore consapevolezza destinata poi a corrispondere a una maggiore capacità di incidere sugli orientamenti giurisprudenziali.

Da questo punto di vista, proprio la sentenza sui *punitive damages*, ovvero, e meglio, sui risarcimenti punitivi, è significativa sul versante del *self restraint* giudiziale e della fiducia riposta in un ordine giuridico a fondamento legislativo, più che giurisprudenziale.



### 3. Il potenziale ruolo conciliativo e stabilizzatore di una comparazione giuridica in funzione ermeneutica

Anche su questi aspetti, qualche osservazione di carattere generale può essere utile.

Se consideriamo il ruolo trasformativo svolto dalla giurisprudenza all'interno di ordinamenti giuridici che, per richiamare una distinzione assai valorizzata da Gino Gorla, sono ordinamenti giuridici aperti, non c'è dubbio che la traiettoria legislativa può entrare in tensione (se non in collisione) con la traiettoria giurisprudenziale, proprio in riferimento ai sistemi liberal-democratici, che sono sistemi non solo strutturalmente aperti ma funzionalmente orientati a recepire quelle aspettative che il pluralismo sociale esprime, come si è già osservato più sopra.

Da questo punto di vista, una riflessione critica ha oggi il compito di soffermarsi su quanto sia opportuno che gli ordinamenti siano tendenzialmente aperti (nonché su che cosa debba oggi intendersi per ordinamento aperto), perché, ovviamente, il principale problema è quello della intensità, della qualità e della velocità del cambiamento.

Ciò, appunto perché un ordinamento aperto (aperto non solo dal punto di vista politico, e quindi assiologico, ma dal punto di vista delle tecniche argomentative impiegate, perché è ovvio che lo stesso impiego in funzione ermeneutica della comparazione<sup>14</sup> da parte della giurisprudenza – così unendosi le due tendenze sopra richiamate –, è un fattore direttamente incidente sul grado di apertura e sul tasso di mobilità dell'ordinamento) può risultare financo troppo... aperto: può cioè essere un ordinamento caratterizzato da un cambiamento troppo veloce, non solo rispetto alla struttura istituzionale, ma anche rispetto alla stessa cultura giuridica presente al suo interno, nonché rispetto a quella frazione della società che non condivide quei cambiamenti attuati per via giurisdizionale, e dunque avvertiti come non legittimati democraticamente.

Qui, evidentemente, l'aspetto politico e quello tecnico sono fortemente intrecciati.

Del resto, quando emerge questa difficoltà, e cioè la velocità del cambiamento ordinamentale, e in certa misura istituzionale, vengono

---

<sup>14</sup> V. Cariello, *Comparazioni e interpretazione*, Torino, 2020, spec. p. 78 ss., con ampia e acuta attenzione prestata all'elaborazione sviluppata da Tullio Ascarelli.

subito alla mente due affermazioni, una adesiva e una critica, o comunque maggiormente prudente, rispetto al ruolo trasformativo della giurisprudenza.

L'affermazione adesiva, di Paolo Grossi, suona così: la legittimazione democratica dei giudici (appunto rispetto al ruolo costruttivo e trasformativo) sta tutta nella loro preparazione tecnica<sup>15</sup>.

Qui, la legittimazione tecnica si fa legittimazione politica.

L'affermazione critica, o comunque cauta, è di Guido Calabresi: se, come studioso, egli è al limite portato a estremizzare una tesi (anche per quel senso di ebrezza intellettuale connessa all'atto creativo del pensare), come giudice segue invece la linea di quella prudenza che ha appunto lo scopo di evitare cambiamenti troppo repentini o troppo radicali<sup>16</sup>.

Qui, c'è una tecnica che frena, una sapienza tecnica che, vedendo benissimo fin dove potrebbe estendersi e quali risultati potrebbe conseguire, si autolimita, pensando agli effetti politici della decisione, e quindi alla duplice prospettiva, istituzionale e sociale.

Ora, se pensiamo a un prudente e cauto, tutto nel segno della continuità, uso ermeneutico del diritto comparato, o comunque del diritto straniero, la memoria va subito a un giurista italiano che al diritto comparato e alla comparazione ha sempre guardato con particolare attenzione, anche per ragioni personali. Alludo ovviamente a Tullio Ascarelli<sup>17</sup>.

In sintesi, la sua posizione potrebbe essere espressa in questi termini: l'ordinamento giuridico è senza dubbio, e necessariamente, in costante movimento; l'interprete, teorico e pratico, ha certamente una incidenza costruttiva nel sistema, ma questa continua ricostruzione della regola applicata deve comunque evitare che il tasso di discontinuità operante nell'ordinamento (e qui penso a una discontinuità che non è solo strettamente normativa, ma che è anche metodologica, e più in generale culturale: del resto, non c'è dubbio che un massiccio impiego della comparazione in senso ermeneutico porti quasi naturalmente a una discontinuità culturale e metodologica ben più significativa, forte e intensa, rispetto a quella discontinuità legislativa conseguente a un

---

<sup>15</sup> G. Alpa (a cura di), *Paolo Grossi*, Roma e Bari, 2011, p. 262.

<sup>16</sup> G. Calabresi, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, 2013, *passim*.

<sup>17</sup> T. Ascarelli, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952.

*legal transplant*) risulti superiore a ciò che potremmo anche chiamare il tasso di recettività sostenibile, tanto socialmente quanto istituzionalmente.

L'ordinamento non può reggere, oltre un certo limite, questa trasformazione, in qualche misura spontanea, che proviene dal basso, di fonte giurisprudenziale.

Forse, oggi, in un momento in cui, soprattutto negli Stati Uniti, c'è un così forte ritorno all'empirismo, da cui la volontà, prima di valutare e di prescrivere, di descrivere e di misurare, anche rispetto al diritto comparato e all'impiego della metodologia comparatistica, il criterio empirico può servire a evitare che la regola nuova, la regola innovativa, non sia poi eccessivamente nuova e innovativa, fino al punto da confliggere con quella base materiale e sociale che l'approccio empirico è stato in grado di far emergere e che sta alla base dell'ordinamento.

Sempre dal punto di vista teorico, un altro elemento critico, rispetto all'uso massiccio di una comparazione in funzione ermeneutica, è, o può essere, il seguente: il ruolo attivo della giurisdizione, e dunque l'attitudine delle giurisdizioni degli ordinamenti liberal-democratici ad attingere in modo costante alle esperienze giuridiche altrui, oggi deve comunque tener conto di un certo rallentamento di quello che è stato chiamato liberalismo espansionista, o aperturista<sup>18</sup>, e che, nella prospettiva della teoria giuridica, ha messo a frutto e in certa misura anche radicalizzato quella espansione della libertà individuale in gran parte attuata grazie al ruolo trainante svolto dalla giurisprudenza. Sotto questo punto di vista, la giurisprudenza rappresenta il formante del diritto che, in quanto più vicino alle pretese fatte valere in giudizio, è, o può essere, maggiormente sensibile al cambiamento, e anzi primario fattore di cambiamento.

Lungo questa linea di pensiero, anche nella prospettiva della teoria della comparazione, e in riferimento al cosiddetto dialogo tra giurisdizioni, può forse ricordarsi che quel gruppo di sentenze del 2008 (le cosiddette "sentenze di San Martino"), così importanti per il civilista italiano per la vicenda del danno non patrimoniale, hanno espressamente affermato che spetta al giudice, e in particolare al giudice di merito, accertare se un nuovo interesse di carattere non patrimoniale

---

<sup>18</sup> A. Reckwitz, *The End of Illusions. Politics, Economy, and Culture in Late Modernity*, Cambridge, 2021, p. 131 ss.

non solo abbia acquisito una rilevanza giuridica, ma abbia assunto una rilevanza costituzionale.

Se ragioniamo pensando unitariamente alla comparazione e all'approccio empirico qui si sopra appena richiamato, non solo assume rilevanza il contesto ordinamentale all'interno del quale si è pervenuti a una certa soluzione, ma soprattutto è decisiva l'omogeneità di quel contesto, con la conseguenza che, all'interno di uno spazio giuridico comune come quello dell'Unione europea, il ruolo costruttivo ma al tempo stesso stabilizzatore e armonizzatore delle trasformazioni operate dalla giurisprudenza risulta fondamentale affinché possano circolare quelle soluzioni che, da un lato, si sono affermate perché socialmente soddisfacenti (valutazione in chiave empirica), e che, dall'altro lato, funzionano quale *tertium comparationis* all'interno di questo spazio giuridico comune (valutazione in chiave comparatistica), e dunque quali sostegni argomentativi di una traiettoria giurisprudenziale resa appunto possibile grazie alla comparazione.

Evocavo prima il tema dell'attuale fase recessiva del liberalismo aperturista e della parallela affermazione di un liberalismo regolatorio<sup>19</sup>, che a noi giuristi ricorda non poco quel fenomeno del diritto privato regolatorio e che qui richiamo ancora nella prospettiva di una giurisprudenza trasformativa, e dunque di una giurisprudenza che, proprio nella prospettiva del diritto comparato, può svolgere fino in fondo il ruolo di fonte del diritto, se sia però sostenuta da una teoria della comparazione adeguata. In altri termini, occorre una teoria della comparazione che, nella chiave della politica del diritto, orienti la giurisprudenza che procede al ritmo del cambiamento sociale: è quindi necessaria una giurisprudenza regolatoria che assicuri, in primo luogo, la costante sopravvivenza di un ordine entro il quale la libertà individuale possa compiutamente svolgersi, ma sempre operando dall'interno di quell'ordine, e cioè assicurando quell'indispensabile misura di continuità, e dunque di stabilità del sistema, a garanzia della stessa libertà individuale.

Da qui nasce infatti il problema teorico, anche nella prospettiva della teoria della comparazione.

In questo senso: se l'attivismo giurisprudenziale accompagna le esigenze di cambiamento che progressivamente emergono, e se questo attivismo giurisprudenziale è supportato in chiave teorica dal dialogo

---

<sup>19</sup> *Ivi*, spec. p. 158 ss.

fra le corti, si può immaginare che, a un certo punto, l'avanzamento tanto sociale quanto giurisprudenziale (ovvero l'avanzamento sociale attuato attraverso la giurisprudenza) subisca un arresto o comunque un indebolimento per ragioni connesse allo stesso sviluppo giurisprudenziale.

Siamo cioè di fronte a una giurisprudenza che ha portato molto avanti l'accoglimento di pretese individuali – ma, come ho precisato sopra, nella prospettiva di uno spazio giuridico, e anche sociale, omogeneo (ed è proprio questa omogeneità che ha consentito quella trazione giurisprudenziale a fondamento comparatistico) –, e siamo così giunti a un punto in cui l'avanzamento sociale, o comunque la trasformazione sociale, suscita una reazione contraria che guarda al diritto nazionale quale principale criterio di qualificazione e di giudizio.

Direi allora che, se non tutti, molti di questi aspetti emergono dalla notissima pronuncia, resa a sezioni unite, nel 2017, in cui la Corte di cassazione italiana è tornata sul tema dei *punitive damages*, ma in particolare sul tema dei risarcimenti punitivi, nonché su quello delle funzioni della responsabilità civile<sup>20</sup>.

Ora, nella prospettiva strettamente comparatistica, non si può dire che la sentenza abbia effettivamente avuto a che fare con i *punitive damages*.

Come molti probabilmente ricorderanno, il caso era in sostanza questo: un motociclista indossante un casco prodotto in Italia e commercializzato negli USA cade e subisce un grave danno biologico. Si arriva a un accordo tra il motociclista e la società statunitense, nel senso che la somma ottenuta dal motociclista come risarcimento soddisfa la pretesa risarcitoria del danneggiato, il quale si impegna a non avanzare alcuna ulteriore richiesta, nemmeno a titolo di danni punitivi.

La società statunitense agisce in via di manleva nei confronti della società italiana.

Il giudice statunitense accoglie la domanda della società statunitense contro la società italiana, e dunque si pone la questione della delibazione e della delibabilità della sentenza statunitense.

---

<sup>20</sup> Cass. sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro italiano*, 2017, I, c. 2613 ss., con note di A. Palmieri e R. Pardolesi, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, c. 2630 ss., di E. D'Alessandro, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piovette*, c. 2639 ss., di R. Simone, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*, c. 2643 ss., e di P.G. Monateri, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite*, c. 2648 ss.

Ora, se la Cassazione rileva come, a ben vedere, non fossimo di fronte a una sentenza di condanna ai danni punitivi, è anche vero che la controversia ha offerto alla Cassazione il destro per riflettere in termini rinnovati sulle funzioni della responsabilità civile.

Nella prospettiva della comparazione e dell'incidenza della comparazione, uno degli aspetti più interessanti della sentenza attiene all'impiego dell'ordine pubblico in funzione non restrittiva, e cioè non difensiva di determinati valori nazionali, ma in funzione espansiva dell'ordinamento: un'espansione in chiave rimediale, in chiave protettiva.

Va anche detto che, sotto questo aspetto, la pronuncia a sezioni unite si è mostrata assai più prudente di quanto non fosse accaduto con l'ordinanza di rimessione, perché, in effetti, in questo provvedimento il riferimento a una concezione di ordine pubblico internazionale in funzione promozionale dei diritti individuali e delle posizioni soggettive individuali era molto netto e aveva anzi assunto una portata centralissima, nell'economia della motivazione.

Nella pronuncia a sezioni unite c'è invece una maggiore moderazione, ma c'è anche una linea di continuità con l'ordinanza di rimessione, perché la Corte scrive, nel solco della giurisprudenza più recente, che l'ordine pubblico è diventato il distillato del sistema di tutele approntato a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, e quindi occorre far riferimento alla Costituzione e alle garanzie offerte ai diritti fondamentali della persona dalla Carta di Nizza.

Da questo punto di vista, un'argomentazione fondata su una tale concezione dell'ordine pubblico non solo ha una portata *naturaliter* espansiva, ma universalizzante, nella chiave del rafforzamento, come detto, dei rimedi e delle tutele (rimedi e tutele nei limiti del possibile individualizzati); e l'approccio in chiave universalizzante, proprio nella prospettiva di un diritto transnazionale che ha al suo interno l'esigenza di consolidare una dimensione giuridica comune, è oggi al centro anche della comparazione, oltretutto della teoria giuridica come tale<sup>21</sup>.

Da questo punto di vista, se cioè leggiamo in parallelo teoria della comparazione e diritto transnazionale, ordine pubblico internazionale (ma da questo punto di vista si dovrebbe anche dire ordine pubblico

---

<sup>21</sup> P. Zumbansen (a cura di), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, New York NY, 2021.

transnazionale) e ordine pubblico nazionale, la stessa Corte rileva che si tratta di un rapporto non di sostituzione ma di coesistenza, e quindi di arricchimento reciproco, in vista del rafforzamento della dimensione rimediale.

E questo è un altro aspetto rilevante per una teoria della comparazione e per una metodologia comparatistica che guardino alla giurisprudenza e al diritto vivente quali fondamentali fattori di trasformazione giuridica. L'apertura degli ordinamenti, quantomeno di quegli ordinamenti che si trovano all'interno di uno spazio giuridico comune, non solo consente di elaborare in modo spontaneo (cioè al di là dell'assetto istituzionale dato) un diritto comune, e in particolare una disciplina comune dei diritti fondamentali (qui potremmo dire che quel liberalismo espansionista, aperturista, di cui parlavo prima, trova un punto di conciliazione con quel liberalismo regolatorio, che ha bensì bisogno di un contesto normativo, ma si tratta di un contesto normativo connotato a partire dai diritti fondamentali della persona, dunque rimesso alla giurisdizione, per quanto riguarda l'effettività della tutela, e tuttavia disciplinato dal legislatore, pensandosi al generale assetto ordinamentale), ma è prodromica a realizzare una costante espansione ordinamentale nel duplice segno del rafforzamento di una tutela effettiva e della continuità ordinamentale.

Ci sono due ulteriori aspetti connessi alla rilevanza comparatistica della sentenza in parola.

Un primo aspetto riguarda il riferimento espresso ai danni punitivi nel senso di *punitive damages*, quindi nel senso di un istituto di diritto straniero, che è bensì destinato a rimanere diritto straniero, ma che può appunto trovare rilevanza nell'ordinamento italiano.

Ora, da quanto detto fin qui, è chiaro che la forza della comparazione non sta necessariamente nel trapianto giuridico (soprattutto oggi); sta, in particolare, nel rafforzamento della tutela in chiave universalizzante, e dunque nell'attribuzione di rilevanza giuridica a interessi che altrove hanno già trovato tutela.

Ecco che da, questo punto di vista, con riferimento ai *punitive damages* intesi in senso proprio, la Corte afferma che, a certe condizioni (che poi sono quelle del controllo della motivazione della sentenza straniera), l'istituto di diritto straniero entra in Italia, ma l'entrata dell'istituto straniero per via di delibazione si appoggia nuovamente su quella idea

di ordine pubblico internazionale non solo fattore di espansione, ma modellatore delle risposte dei vari ordinamenti giuridici.

E qui emerge un secondo aspetto, che si collega alle funzioni della responsabilità civile, che in sostanza vengono ripensate, o meglio chiarite, in questo senso: se l'interpretazione dell'ordine pubblico è tale da estendere in chiave transnazionale le tutele, è evidente che l'argomento comparatistico, o ancor meglio lo sguardo comparatistico, sfocia nell'utilizzo del diritto straniero per irrobustire il diritto italiano. Nella materia della responsabilità civile questo irrobustimento passa per il recupero della funzione sanzionatoria: recupero perché la funzione sanzionatoria, se non altro con riferimento al danno non patrimoniale, non è mai venuta meno.

La funzione sanzionatoria svolgerebbe quindi due compiti: da un lato, allargare la dimensione rimediale collegata alla responsabilità civile; dall'altro, attingere, anche se indirettamente, a esperienze straniere al fine della individuazione di quei presupposti ordinamentali (come appunto la tutela di diritti fondamentali della persona; il caso di specie riguardava infatti il diritto alla salute) che possano essere letti in chiave transnazionale e che, anzi, proprio come tali svolgono una funzione promozionale: della soggettività dell'interesse da proteggere e della oggettività del rimedio.

In conclusione, una giurisprudenza che, passando per la comparazione, sia attenta al diritto transnazionale e anzi lavori nella prospettiva di una giuridicità transnazionale, è una giurisprudenza che non adotta un atteggiamento radicale e conflittuale, da cui controreazioni legislative (e più in generale politico-culturali), ma accompagna l'evoluzione di un sistema giuridico, non entrando in conflitto frontale con gli altri formanti del diritto.

Da questo punto di vista, si potrebbe forse anche dire che una giurisprudenza sensibile alla comparazione, all'internazionalizzazione del diritto, e quindi alla dimensione transnazionale del diritto, è una giurisprudenza capace di incidere sulla stessa funzione promozionale degli ordinamenti: una funzione promozionale rispetto ai diritti e ai rimedi, quindi rispetto al consolidamento della stessa liberaldemocrazia, nel segno della necessaria e costante convergenza (mai neutra o neutrale) di tecnica giuridica e politica del diritto.



# Diritti nazionali e comparazione attraverso le lenti del diritto uniforme dei contratti

Roberta Peleggi

## 1. Considerazioni introduttive

Una delle prospettive da cui il contributo della comparazione al dialogo tra i diritti nazionali si può apprezzare più nitidamente, è quella che si avvale del filtro del diritto uniforme.

Anche a voler prescindere dal fatto che l'unificazione internazionale del diritto è stata considerata, sebbene in tempi ormai risalenti, la vera ragione dell'esistenza del diritto comparato quale scienza autonoma, per essere poi più correttamente annoverata tra i principali fini pratici che questa persegue<sup>1</sup>, è indubbio che il diritto uniforme – quale creato al di fuori di processi spontanei di imitazione<sup>2</sup>, sostanzialmente con l'obiettivo di superare la frammentarietà e garantire maggiore certezza

---

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, M.J. Bonell, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in G. Alpa et al., *Diritto Privato comparato. Istituti e problemi*, Roma e Bari, 2012, p. 3 ss.

<sup>2</sup> Sul ruolo della imitazione quale motore della mutazione giuridica e dell'uniformazione, R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., Milano, 2019, p. 7 ss.; M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford, 2019, p. 442 ss.

nelle relazioni giuridiche in determinati ambiti<sup>3</sup> – si nutre dell’apporto della comparazione e, anzi, non può prescindervi<sup>4</sup>.

A cominciare dalle scelte preliminari in ordine alle materie la cui disciplina si presti a essere armonizzata e alle tecniche *hard* o *soft* di volta in volta più adatte allo scopo<sup>5</sup>, tenendo conto del grado di convergenza delle regole giuridiche riscontrabili a livello nazionale ma anche (e soprattutto) di fattori politici e culturali<sup>6</sup> capaci di influenzare la qualità finale delle singole iniziative e il successo che queste potranno ottenere in concreto<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Se a tale obiettivo rispondono essenzialmente le norme di diritto materiale uniforme che riguardano il diritto degli affari, non bisogna dimenticare che l’uniformazione può interessare anche materie sensibili, servendo a promuovere valori squisitamente politici o a tutelare categorie di soggetti deboli come i lavoratori e i consumatori: cfr. S. Ferreri, *Le fonti a produzione non nazionale*, in *Trattato di Diritto civile*, dir. da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano*, vol. 1 (*Le fonti scritte*), Torino, 1998, p. 191 ss. (p. 209).

<sup>4</sup> Ciò non significa che i comparatisti abbiano sempre guardato con favore ai tentativi di uniformazione del diritto; anzi, negli anni più recenti si è andato affermando un certo atteggiamento critico, se non addirittura una certa ostilità, verso i risultati omologanti che questa produrrebbe, anche nel senso di sopprimere la spinta della ricerca comparatistica verso la valorizzazione delle differenze e delle specificità dei singoli oggetti del raffronto: cfr., da ultimo, A. Somma, *Scienza giuridica, politica e economia nell’uniformazione del diritto privato*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2021.

<sup>5</sup> Per una trattazione generale sulle differenti tecniche di unificazione del diritto, oltre che sulla differenza tra approccio conflittualista e approccio sostanzialista, resta fondamentale l’opera di R. David, *The International Unification of Private Law*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, cap. 5, *The Legal Systems of the World. Their Comparison and Unification*, Tübingen etc., 1971; sul tema anche M.J. Bonell, *Comparazione giuridica*, cit., p. 10 ss.; S. Ferreri, *Unificazione, Uniformazione*, in *Digesto Discipline privatistiche Sez. civ.*, vol. 19, Torino, 1999, p. 504 ss.

<sup>6</sup> È affermazione diffusa quella per cui gli Stati sono disposti a rinunciare al proprio diritto a vantaggio del diritto uniforme solo nella misura in cui questo non sia percepito come un pericolo per la sovranità statale (cfr., tra altri, J. Goldring, *Globalisation, National Sovereignty and the Harmonization of Laws*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 435 ss.; H.D. Gabriel, *The Rise of Soft Law in Institutional International Commercial Law and Why it is a Good Idea*, in *Unidroit* (a cura di), *Eppur si muove: The Age of Uniform Law - Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th Birthday*, vol. 1, Rome, 2016, p. 273 ss.). Tale presupposto si verifica tipicamente rispetto a quelle che la dottrina ha definito come “interface rules”, ossia regole predisposte ai fini della disciplina delle transazioni concluse tra operatori commerciali che si trovano in Paesi diversi, allo scopo di evitare i conflitti di legge e di limitare il *forum shopping* (cfr. D.W. Leebbron, *Claims for Harmonization: A Theoretical Framework*, in *Canadian Business Law Journal*, 1996, p. 63 ss. (p. 75 ss.)).

<sup>7</sup> «If harmonization is taken to embody goals that are desirable, the obstacles to their achievement must be recognized, and provided for»: così osserva T. Harvin, *The ‘Transplant Effect’ in Harmonization*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 65 ss., nel discutere dell’applicazione della teoria dei trapianti giuridici anche al fenomeno dell’armonizzazione del diritto, con i relativi possibili esiti di ibridazioni o addirittura di ‘rigetti’.

Data la fondamentale importanza che il diritto dei contratti riveste per la realizzazione degli scambi commerciali, vera cifra della odierna globalizzazione economica<sup>8</sup>, tale ambito è uno di quelli maggiormente interessati dal processo di ravvicinamento delle discipline statali, in cui infatti coesistono molteplici strumenti normativi assai diversificati quanto a natura giuridica e campo di applicazione.

Tra gli esempi più autorevoli, anche sotto il profilo del prestigio delle organizzazioni internazionali che ne hanno promosso l'elaborazione<sup>9</sup>, figurano la Convenzione delle Nazioni Unite sulla vendita internazionale di merci, siglata a Vienna nel 1980 (nel prosieguo: Convenzione di Vienna o Convenzione) e i Principi Unidroit dei Contratti commerciali internazionali (nel prosieguo: Principi Unidroit o Principi).

Per le ragioni che si avrà modo di evidenziare, si concentrerà qui l'attenzione sui Principi Unidroit, non senza avere dedicato qualche riflessione preliminare alla Convenzione di Vienna. Dopo un inquadramento generale sui Principi, si tratterà brevemente dell'applicazione che questi hanno finora ricevuto nell'esperienza pratica, focalizzandosi, in modo particolare, sul ruolo che hanno assunto ai fini dell'interpretazione del diritto statale.

## **2. La Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di merci: un esperimento riuscito di dialogo tra diritti nazionali**

Concepita poco prima dell'attuale boom del commercio globale quale frutto di un percorso durato quasi un cinquantennio<sup>10</sup>, la Con-

---

<sup>8</sup> Cfr. N. Acocella, *La globalizzazione e l'equilibrio economico mondiale*, Roma, 2020.

<sup>9</sup> Com'è noto, al pari del processo di produzione del diritto in generale, anche il processo di unificazione del diritto è ormai da tempo policentrico, realizzandosi mediante il coinvolgimento di più attori, tra cui *in primis* organizzazioni internazionali a vocazione sia regionale sia globale (cfr., per tutti, S. Ferreri, *Le fonti a produzione non nazionale*, cit., p. 270 ss.). Pur accompagnandosi al rischio del prevalere di metodi tecnocratici, il ruolo crescente assunto da organizzazioni sempre più aperte a una partecipazione allargata ha permesso di arginare, almeno in parte, il potere esercitato dai Paesi più forti, costretti nei consessi internazionali a fare i conti con gli interessi degli Stati economicamente più deboli (per simili rilievi, M.R. Ferrarese, *Le organizzazioni internazionali e gli Stati "contraenti"*, in *Rassegna italiana sociologia*, 2003, p. 197 ss.)

<sup>10</sup> È qui appena il caso di ricordare che l'idea di procedere alla elaborazione di un testo per la regolamentazione universalmente uniforme della vendita commerciale

venzione di Vienna rappresenta un esempio particolarmente felice di comparazione al servizio della costruzione di un diritto che aspira a essere universalmente accettato.

Definita come un modello eclettico<sup>11</sup>, un *legal hybrid*<sup>12</sup> o, ancora, come un *mixed legal system* in miniatura<sup>13</sup> per essere riuscita a conciliare, mediante contaminazioni, adattamenti, formule di compromesso, se non addirittura riserve, il diritto dei Paesi di *civil law* e *common law* la cui influenza è stata preponderante<sup>14</sup>, senza sacrificare eccessivamente le istanze degli allora Paesi socialisti<sup>15</sup> e di quelli cosiddetti in via di sviluppo<sup>16</sup>, la Convenzione di Vienna è uno dei trattati internazionali

---

risale alla fine degli anni Trenta del secolo scorso. Sotto l'egida dell'Unidroit, un gruppo ristretto di autorevoli giuristi guidati da Ernst Rabel preparò il *Rapport sur le droit comparé en matière de vente* cui fecero seguito due progetti di legge uniforme (rispettivamente, nel 1935 e nel 1936). Lo scoppio della seconda guerra mondiale condizionò in negativo l'avanzamento dei lavori in materia, che ripresero con un'iniziativa del governo olandese nel 1951. Nel 1964 si addivenne all'approvazione di due Convenzioni portanti, rispettivamente, una legge uniforme sulla vendita internazionale di merci (Luvi) e una legge uniforme sulla formazione dei contratti di vendita internazionale (Lufc), che però ottennero uno scarso successo, vuoi per ragioni politiche vuoi di qualità intrinseca del testo. A quel punto l'iniziativa passò alla neo costituita Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (Uncitral) che, in virtù del suo mandato e della sua composizione interna, avrebbe avuto maggiori chance di promuovere un articolato dal sapore autenticamente internazionale. Il testo definitivo fu approvato nel 1980 all'unanimità dai 62 Paesi presenti alla Conferenza diplomatica.

<sup>11</sup> F. De Ly, *Sources of International Sales Law: An Eclectic Model*, in *Journal Law & Commerce*, 2005-2006, p. 1 ss.

<sup>12</sup> A. Janssen e N. G. Ahuja, *Bridging the Gap: The CISG as a Successful Legal Hybrid between Common Law and Civil Law?*, in *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2017, p. 129 ss.

<sup>13</sup> U. Magnus, *The Vienna Sales Convention (CISG) between Civil and Common law - Best of All Worlds*, in *The Journal of Civil Law Studies*, 2010, p. 67 ss.

<sup>14</sup> Il travaso di soluzioni dai sistemi di *civil law* e di *common law* verso la Convenzione è evidente in molte delle sue disposizioni; in taluni casi, si è trattato di contaminazioni tra regole, raramente di innovazioni vere e proprie: per una efficace sintesi, si v. U. Magnus, *The Vienna Sales Convention*, cit., p. 74 ss.

<sup>15</sup> Con riferimento ai Paesi del blocco socialista, alcuni dei quali avevano all'epoca già adottato legislazioni più permissive per i rapporti internazionali, i temi di maggiore frizione riguardarono la rilevanza da attribuire agli usi, la necessità della forma scritta, l'efficacia della accettazione contenente modifiche rispetto all'offerta, la validità dell'offerta con un prezzo indeterminato (sul tema cfr., tra altri, P. Maskow, *The Convention on the International Sale of Goods From the Perspective of Socialist Countries*, in AA.VV., *La vendita internazionale. Atti del convegno S. Margherita Ligure* (26-28 sett. 1980), Milano, 1981, p. 39 ss.; S.G. Zwart, *The New International Law of Sales: A Marriage between Socialist, Third World, Common and Civil Law Principles*, in *North Carolina Journal of International Law*, 1988, p. 109 ss.

<sup>16</sup> Gli aspetti maggiormente controversi rispetto ai Paesi in via di sviluppo, il cui gruppo

in materia di diritto commerciale con il più elevato numero di ratifiche. Nonostante alcuni influenti attori globali ne siano tuttora fuori<sup>17</sup>, e l'adesione nel continente africano e tra i Paesi arabi sia ancora limitata<sup>18</sup>, essa ha, infatti, raggiunto i novantasei Stati contraenti<sup>19</sup>.

---

comprendeva anche Paesi ricchi come quelli esportatori di petrolio o di recente industrializzazione, riguardarono la rilevanza degli usi e le disposizioni da adottarsi in punto di ispezione della merce e denuncia dei vizi da parte del compratore. Il testo sottoposto alla discussione durante il negoziato attirò, infatti, molte critiche da parte di questi Paesi, in quanto percepito come congegnato appositamente per avvantaggiare i Paesi occidentali e più avanzati economicamente, con secoli di esperienza nei traffici commerciali e una *legal expertise* molto più sofisticata di quella dei paesi poveri (cfr. G. Eörsi, *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in *American Journal of Comparative Law*, 1983, p. 333 ss.; S.K. Date-Bah, *Problems of the Unification of International Sales Law from the Standpoint of Developing Countries*, in *Digest of Commercial Laws of the World*, 1980, p. 39 ss.; E. Hayes Patterson, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Unification and the Tension between Compromise and Domination*, in *Stanford Journal of International Law*, 1986, p. 263 ss.)

<sup>17</sup> Quanto al Regno Unito, che ebbe un ruolo tutt'altro che secondario in sede di conferenza diplomatica, oltre a coloro che hanno sostenuto una presunta incompatibilità tra il diritto inglese e il testo convenzionale, vi è chi ha posto l'accento, quale causa della mancata ratifica, sull'assenza di una reale urgenza politica e di adeguati gruppi di pressione (cfr., ad es., M. Furmston, *An English View of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, in *Uniform Law Review*, 1998, p. 419 ss.). Trascorso un periodo così lungo dall'entrata in vigore della Convenzione senza che il Regno Unito l'abbia ratificata, un simile argomento non può certo convincere, tanto più ove si consideri che, molto frequentemente, l'accordo delle parti ai fini della esclusione della Convenzione si accompagna alla scelta dell'applicazione della legge inglese (cfr. R. Goode, *Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 751 ss.; E. Simos, *The CISG: A Lost Cause in the UK?*, in *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 2012, p. 257 ss.; per una recente analisi dei condizionamenti politici all'adesione degli Stati alle convenzioni di diritto materiale uniforme, cfr. J. Hoekstra, *Political Barriers in the Ratification of International Commercial Law Conventions*, in *Uniform Law Review*, 2021, p. 43 ss.). Tuttavia, vi è da dire che oltremarica il dibattito circa l'opportunità della ratifica della Convenzione ogni tanto si riaccende, com'è avvenuto all'indomani del voto sulla fuoriuscita dalla Unione europea o al momento della pubblicazione, nel 2016, della proposta di Regolamento sul diritto europeo della vendita. Fuori dall'Europa, si fa notare l'assenza dell'India (la cui mancata ratifica è certamente condizionata dalla scelta inglese) e del Sudafrica; in entrambi i Paesi, si registra tuttavia già da qualche anno un dibattito dottrinale volto a sostenere le ragioni dell'adesione.

<sup>18</sup> Per quanto riguarda il continente africano, gli Stati aderenti sono Ghana, Cameroon, Congo, Belin, Burundi, Gabon, Guinea, Lesotho, Liberia, Madagascar, Uganda, Zambia, oltre all'Egitto e alla Mauritania che si aggiungono agli altri Paesi arabi che ne sono parte, cioè Arabia Saudita, Azerbaijan, Armenia, Bahrain, Siria, Iraq, Mauritania, Libano.

<sup>19</sup> Per l'elenco completo degli Stati contraenti si veda all'indirizzo [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status).

La poderosa giurisprudenza che la riguarda è in continua crescita<sup>20</sup>, e svariate iniziative scientifiche a livello internazionale si fanno carico di diffonderla in modo da promuoverne, come richiede il suo art. 7(1)<sup>21</sup>, l'uniforme applicazione<sup>22</sup>. Allo stesso obiettivo contribuisce la sterminata letteratura che se ne interessa: oltre ai commentari e alle rassegne di giurisprudenza, una miriade di contributi ne analizzano la

<sup>20</sup> Ad oggi, la Convenzione è stata applicata almeno in tremila casi tra corti statali e tribunali arbitrali. Tuttavia, indagini empiriche, ancorché non particolarmente recenti, hanno dimostrato che esiste, soprattutto in alcuni Paesi, una certa tendenza a escluderne l'applicazione, essendo peraltro tutt'altro che rara, soprattutto nei settori commerciali in cui la autoregolamentazione è molto sviluppata, la predisposizione di formulari contrattuali contenenti una scelta in tale senso (cfr. F. De Ly, *The Relevance of the Vienna Convention for International Sales Contracts - Should We Stop Contracting it Out*, in *Business Law International*, 2003, p. 241 ss.; sulla applicazione della legge inglese in luogo della Convenzione nel settore delle *commodities* agricole, v. di recente M.G. Bridge, *The CISG and Commodity Sales: a Relationship to be Revised?*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2021, p. 271 ss.). Quando siano le parti a escludere la Convenzione in contratti negoziati individualmente, l'esclusione non sembra, però, essere motivata da ragioni di demerito della stessa quanto piuttosto dalla mancanza di familiarità degli avvocati con questo testo (per una ampia indagine sul tema, si v. L. Spagnolo, *CISG Exclusion and Legal Efficiency*, Alphen aan den Rijn, 2014).

<sup>21</sup> Nell'ambito della amplissima letteratura in tema di uniforme applicazione della Convenzione di Vienna, si veda, per la nostra dottrina, M.J. Bonell, *Art. 7*, in C.M. Bianca e M.J. Bonell (a cura di), *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987, p. 65 ss.; Id., *L'interpretazione del diritto uniforme alla luce dell'art. 7 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, in *Rivista del diritto civile*, 1986, p. 221 ss.; F. Ferrari, *Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus outward Trend in CISG Case Law*, in *Uniform Law Review*, 2017, p. 244 ss.; Id., *Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale*, in *Revue Internationale de droit comparé*, 1996, p. 813 ss.; S.M. Carbone, *L'attualità dei criteri interpretativi adottati nella CVIM*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 909 ss.; per la dottrina straniera, J. Felemegas, *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform interpretation*, in *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 2001, p. 115 ss.

<sup>22</sup> Tra le iniziative private create per favorire la circolazione della giurisprudenza resa in attuazione della Convenzione, che si affiancano al sistema di raccolta ufficiale predisposto dall'Uncitral (*Case Law on Uncitral Texts Database*), piace qui ricordare Unilex, progetto assolutamente pionieristico, e non solo per l'Italia, avviato nei primi degli anni Novanta da un gruppo di ricercatori sotto la direzione scientifica del prof. Bonell, cui chi scrive ha il piacere di collaborare nella qualità di *editor-in-chief* (insieme a M.J. Bonell e E. Finazzi-Agrò). La banca dei Unilex, consultabile gratuitamente all'indirizzo internet [www.unilex.info](http://www.unilex.info), contiene riferimenti bibliografici e organizza in modo sistematico la giurisprudenza statale e arbitrale relativa sia alla Convenzione di Vienna sia ai Principi Unidroit, e oltre a rendere disponibile il testo della decisione nella versione originale, ove disponibile, fornisce, in lingua inglese, un *abstract* della medesima corredato di *keywords* e un lemmario ragionato per una più agevole ricerca delle decisioni per singole questioni a opera degli utenti.

disciplina, confrontandola con uno o più diritti nazionali o complessi di regole transnazionali.

Inoltre, benché non abbia subito, ad oggi, alcun processo formale di revisione<sup>23</sup>, essa ha dimostrato di saper superare la prova del tempo e di poter offrire risposte anche a questioni non specificamente contemplate all'atto della sua elaborazione come, ad esempio, quelle legate alla tutela dell'ambiente<sup>24</sup>, per non parlare delle conseguenze sugli scambi transfrontalieri di una crisi pandemica come quella causata dal Covid-19, che ha chiamato prepotentemente in causa le sue disposizioni in tema di esonero da responsabilità<sup>25</sup>.

Infine, ma non meno importante sotto il profilo che ci occupa, la Convenzione di Vienna ha stimolato fenomeni di mimesi secondo quella che viene definita, nel linguaggio della circolazione dei modelli, come circolazione di ritorno, rappresentando un modello di riferimento fondamentale non solo per il legislatore *lato sensu* internazionale (oltre agli stessi Principi Unidroit, vi si sono ispirati anche i Principi di Diritto europeo dei contratti, il *Draft Common Frame of Reference*, l'*Acte uniforme sur le droit commercial général* dell'Ohada), ma anche per il legislatore nazionale, entrando nel novero dei testi più consultati in sede di preparazione delle recenti codificazioni e riforme del diritto delle obbligazioni e dei contratti<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Una proposta di procedere alla revisione della Convenzione o all'elaborazione di un nuovo strumento che potesse colmare le lacune fu avanzata nel 2012 dalla Svizzera (cfr. A/CN.9/758 – *Possible future work in the area of international contract law: Proposal by Switzerland on possible future work by UNCITRAL in the area of international contract law* <https://undocs.org/en/A/CN.9/758>), senza tuttavia sfociare in una iniziativa concreta.

<sup>24</sup> Per un'analisi recente, si v. F. Zoll, *The CISG - An Environment-friendly Sales Law? a Brief Analysis of the Liability of the Seller for the Lack of Conformity from the Ecological Perspective*, in F. Benatti, S. García Long e F. Viglione (a cura di), *The Transnational Sales Contract - 40 Years Influence of the CISG on National Jurisdictions*, Milano, 2022, p. 621 ss.

<sup>25</sup> Cfr., tra i vari contributi, B. Zeller, *Covid-19 and Article 79 – a Revisit*, in F. Benatti, S. García Long e F. Viglione (a cura di), *The Transnational Sales Contract*, cit., p. 601 ss.; C. Witz e B. Köhler, *Le Covid-19 et les ventes internationales régies par la Convention de Vienne*, in *Recueil Dalloz*, 2022, p. 754 ss.; F. Marrella, *Forza maggiore e vendita internazionale di beni mobili in un contesto di pandemia: alcune riflessioni*, in *Rivista diritto internazionale private e processuale*, 2021, p. 533 ss.; G. Cordero Moss, *COVID-19 and Force Majeure Under the Vienna Convention on Sales and in Civil Law*, in *New York Dispute Resolution Lawyer*, 2020, p. 50 ss.; K.P. Berger e D. Behn, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Study*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2020, p. 70 ss.

<sup>26</sup> Cfr., *ex multis*, G. Schroeter, *Does the 1980 Vienna Sales Convention Reflect Universal*

### 3. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: uno sguardo d'insieme

Come ricordato di recente dal prof. Bonell<sup>27</sup>, al cui nome e impegno di studioso questo progetto è inscindibilmente legato, i Principi Unidroit non hanno avuto l'inizio facile che il gradimento pressoché unanime ottenuto nel mondo accademico già all'indomani della loro prima pubblicazione potrebbe lasciare immaginare<sup>28</sup>.

Quando, nel 1968, Mario Matteucci (all'epoca Segretario generale dell'Unidroit e successivamente suo Presidente), si fece portavoce in seno al Consiglio di direzione dell'Istituto della proposta di procedere alla «codification progressive du droit du commerce international», questa fu accolta con una certa freddezza, specialmente da parte degli esponenti dei Paesi di *common law* tra i quali vi fu persino chi domandò – quasi fosse uno dei delegati immaginati con sapiente ironia dal giurista ungherese Eörsi<sup>29</sup> – se dietro l'aggettivo *progressive* si annidasse anche l'intenzione di sovvertire le consolidate e, per loro stessa natura, ragionevoli dottrine del diritto inglese dei contratti.

Avviati i necessari studi preliminari, il progetto fu inserito nell'agenda di lavoro dell'Istituto nel 1971, senza tuttavia rientrare tra le priorità; il *Working Group* incaricato dell'elaborazione della prima edi-

---

*Values? The Use of the CISG as a Model for Law Reform and Regional Specificities*, in *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review*, 2018, p. 1 ss.; F. Ferrari, *The CISG and Its Impact on National Contract Law – General Report*, in Id. (a cura di), *The CISG and Its Impact on National Contract Law*, Munich, 2008, p. 413 ss.; A. Chianale, *The CISG as a Model Law: A Comparative Law Approach*, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2016, p. 29 ss.

<sup>27</sup> Relazione presentata in occasione dell'evento *100th Session of UNIDROIT's Governing Council: A Celebratory Event*, Bologna, 27 settembre 2021.

<sup>28</sup> Tale gradimento è testimoniato dalla voluminosa letteratura che riguarda i Principi, per la quale si veda [www.unilex.info/principles/bibliography](http://www.unilex.info/principles/bibliography). Quanto alle critiche rivolte ai Principi, queste si sono appuntate principalmente sulla presunta carenza di legittimazione democratica del processo di elaborazione che, ad esempio, secondo A. Somma, *Some like it soft. Soft law e hard law nella costruzione del diritto privato europeo*, in Id. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 153 ss., riguarderebbe anche altre fonti *soft* di origine dottrinale: rendendosi queste accattivanti grazie alla retorica della produzione dal basso, in realtà tenderebbero a occultare le dinamiche di potere che vi sono alla base. Nel caso dei Principi Unidroit, si può tuttavia obiettare, per un verso, che il processo di elaborazione si è aperto nel tempo alla partecipazione di osservatori esterni; dall'altro, che dal punto di vista dei contenuti, i Principi tentano un bilanciamento tra le ragioni dell'impresa e la tutela degli operatori meno forti sul mercato (vedi *infra* nel testo).

<sup>29</sup> G. Eörsi, *Unifying the Law (A Play In One Act, With A Song)*, in *American Journal of Comparative Law*, 1977, p. 658 ss.



zione – formato, come per le edizioni successive, da autorevoli esperti indipendenti provenienti da tutti i principali sistemi giuridici del mondo, tra i quali il Presidente della sessione odierna, prof. Guido Alpa – fu nominato nel 1980<sup>30</sup>. Da allora, favoriti dall'essere stati ideati nella forma duttile, non «pietrificata» tipica della *soft law* - e dall'aver mantenuto tale forma nel tempo<sup>31</sup> – i Principi dei contratti commerciali internazionali (denominazione che il progetto assunse nel 1985) sono stati pubblicati in quattro edizioni, la prima delle quali nel 1994 e l'ultima nel 2016, che ne hanno progressivamente arricchito i contenuti<sup>32</sup>, accreditandone la veste di “codificazione privata transnazionale” del diritto generale dei contratti<sup>33</sup>.

Fedeli, nella presentazione formale, al modello dei *Restatement of law* statunitensi<sup>34</sup>, condividono con questi l'idea di razionalizzare, si-

---

<sup>30</sup> Più ampi riferimenti in S. Vogenauer, *Introduction*, in Id. (a cura di), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2. ed., Oxford, 2015, p. 7 ss.

<sup>31</sup> Come ha osservato D.P. Fernandez Arroyo, *The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships*, in Unidroit (a cura di), *Eppur si Muove*, cit., p. 251 ss., l'elaborazione di Principi può essere un buon modo per testare in anticipo il grado di favore che potrebbero ottenere convenzioni internazionali o leggi modello, in cui questi fossero, in un secondo momento, eventualmente riversati. Nonostante si sia pensato a più riprese di trasfondere i Principi Unidroit in un progetto ambizioso quale un *Global commercial code*, eventualmente sul modello dello *Uniform Commercial Code* statunitense (cfr., sul tema, M.J. Bonell, *Do We Need a Global Commercial Code?* in *Dickinson Law Review*, 2001, p. 87 ss.) o, più semplicemente, in una convenzione internazionale, simili idee non hanno ancora trovato concreta attuazione. D'altro canto, come messo bene in luce da M.J. Bonell, *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?* in *Uniform Law Review*, 2007, p. 233 ss., il fatto che i Principi siano stati concepiti e rimangano un corpo di regole non vincolanti non rappresenta affatto un punto a sfavore, ma anzi una delle principali ragioni del loro successo.

<sup>32</sup> L'edizione del 1994 ha riguardato le vicende principali dalla vita del contratto (formazione, validità, interpretazione, adempimento, inadempimento), mentre le edizioni del 2004 e del 2010 hanno ampliato sensibilmente il campo di applicazione dei Principi, estendendolo a materie come la compensazione, le condizioni, la prescrizione, le obbligazioni plurisoggettive, la cessione del credito e del contratto. L'edizione del 2016, invece, non ha comportato l'aggiunta di nuovi capitoli ma alcuni adattamenti volti a rendere la disciplina offerta dai Principi meglio rispondente alle esigenze dei contratti di durata (*long-term contracts*). Per considerazioni più ampie, v. *infra* nel testo.

<sup>33</sup> Cfr. M.J. Bonell, *The Law Governing International Commercial Contracts and the Actual Role of the Unidroit Principles*, in *Uniform Law Review*, 2018, p. 15 ss.; sulla peculiare natura giuridica dei Principi Unidroit, si veda anche J. Basedow, *Uniform law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Uniform Law Review*, 2000, p. 129 ss.

<sup>34</sup> Similmente ai *Restatements of Law* statunitensi, i Principi Unidroit si compongono

stematizzare regole e principi che, nel caso del progetto Unidroit, sono ricavate da una costellazione di fonti, tra cui i diritti nazionali – più esattamente, i diritti dei Paesi della tradizione giuridica occidentale<sup>35</sup> – occupano un posto di primo piano<sup>36</sup>.

Tuttavia, avendo l'ambizione di costituire un corpo di regole pragmatico e particolarmente confacente alle esigenze del commercio internazionale, essi prevedono soluzioni che non sempre riflettono il cosiddetto *common core approach*, che possono cioè essere considerate il minimo comune denominatore tra i diversi modelli statali, ma anzi vi figurano soluzioni innovative<sup>37</sup> – quelle relative alla validità del mero accordo<sup>38</sup>, agli effetti dell'*hardship*<sup>39</sup>, alla negoziabilità dei termini di prescrizione<sup>40</sup>, per citare alcuni esempi che hanno fatto "breccia" nelle riforme recenti del diritto domestico<sup>41</sup> – o disposizioni che normalmente non compaiono nelle codificazioni nazionali, come ad esempio quella riguardante le discrepanze linguistiche tra più versioni del medesimo documento contrattuale<sup>42</sup>.

Ancora sotto il profilo dei contenuti, si può ricordare come, pur valorizzando al massimo l'autonomia privata, i Principi contengano norme – alcune delle quali tiepidamente accolte dai commentatori più attenti alla tutela alle aspettative degli operatori commerciali che ne

---

di Articoli (*black letter rules*) (precisamente 211 nell'ultima edizione), suddivisi in 10 Capitoli, e corredati da Commenti ed Esempi.

<sup>35</sup> I Commenti agli Articoli hanno, tra le altre, la funzione di chiarire le fonti e la *ratio* della soluzione prescelta dagli autori. Tuttavia, vi è chi lamenta una certa lacunosità dei riferimenti, pur riconoscendo come questa sia almeno parzialmente compensata dalla estrema accuratezza con cui l'Istituto ha reso pubblici i lavori preparatori (cfr. S. Vogenauer, *Introduction*, cit., p. 11 ss.).

<sup>36</sup> Per un confronto tra il diritto italiano e i Principi Unidroit, cfr. G. Alpa, *Italy*, in M.J. Bonell (a cura di), *A New Approach to International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Alphen Aan Den Rijn, 1999, p. 175 ss.

<sup>37</sup> Gli autori hanno, infatti, talvolta preferito il *better-rule* o *pre-statement approach* al *common core* o *re-statement approach*, nel senso cioè di dare preferenza non tanto alla regola che rappresentasse il minimo comune denominatore, quanto alla regola apparsa come preferibile o più adatta a andare incontro alle esigenze del commercio internazionale: cfr. M.J. Bonell, *Un codice internazionale del diritto dei contratti*, 2. ed., Milano, 2005, p. 49 ss.

<sup>38</sup> Cfr. art. 3.1.2 Principi Unidroit.

<sup>39</sup> Cfr. art. 6.2.3 Principi Unidroit.

<sup>40</sup> Cfr. art. 10.3 Principi Unidroit.

<sup>41</sup> Cfr. M.J. Bonell, *The Law Governing*, cit., p. 24 ss.

<sup>42</sup> Art. 4.7 Principi Unidroit.

costituiscono i primi destinatari<sup>43</sup> – volte a promuovere comportamenti etici tra le parti<sup>44</sup>, elevando il principio di buona fede a norma inderogabile<sup>45</sup> e imponendo loro il dovere di cooperare<sup>46</sup>, nonché disposizioni dirette a sanzionare condotte sleali<sup>47</sup> e a proteggere gli interessi dell'impresa dotata di minore forza economica e negoziale<sup>48</sup>. Ulteriore aspetto meritevole di essere ricordato è che, con l'edizione del 2016, si è riservata una particolare attenzione alla disciplina dei *long-term contract*<sup>49</sup>, categoria eterogenea preponderante nella realtà commerciale contemporanea<sup>50</sup>, le cui specificità – dovute anzitutto alla incidenza che il fattore tempo può avere sul contesto originario in cui l'accordo è

---

<sup>43</sup> Cfr. le osservazioni di L. Pontiroli, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di UNIDROIT: Much Ado About Nothing?*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1997, p. 605; F. Bortolotti, *The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals*, cit., p. 141 ss.

<sup>44</sup> Per l'affermazione della vena moralizzatrice che percorre i Principi, M.J. Bonell, *"Policing" the Contract Against Unfairness under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1994, p. 251 ss.; K.P. Berger, *The Relationship between the UNIDROIT Principles and the New Lex Mercatoria*, in *Uniform Law Review*, 2000, p. 156; H.D. Gabriel, *Ethics in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Uniform Law Review*, 2017, p. 132 ss.

<sup>45</sup> Cfr. art. 1.7 Principi Unidroit.

<sup>46</sup> Cfr. art. 5.1.3 Principi Unidroit.

<sup>47</sup> Cfr. ad es., artt. 3.2.5 e 3.2.6 Principi Unidroit.

<sup>48</sup> Cfr., in particolare, le disposizioni di cui agli artt. 2.1.20, 4.6, 3.2.7, 7.1.6, 7.4.13(2) Principi Unidroit. Per la nostra dottrina, cfr. G. Alpa, *La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, M.J. Bonell e F. Bonelli (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi UNIDROIT*, Milano 1997, p. 225 ss.

<sup>49</sup> Le novità dell'edizione 2016 riguardano l'inserimento di una definizione di *long-term contract* (art. 1.11), poche aggiunte alle *black letter rules* e ai Commenti (per un commento alla disciplina dei *long-term contract* offerta dai Principi Unidroit, v. G. Cordero Moss, *The UNIDROIT Principles: Long-Term Contracts*, in P. Galizzi, G. Rojas Elgueta e A. Veneziano (a cura di), *The Multiple Uses of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Theory and Practice*, Milano, 2020, p. 75 ss.; R. F. Zuniga Peralta, *Long-term Contracts and the Unidroit PICC: Towards a Realistic Regulation*, in *Uniform Law Review*, 2021, p. 492 ss.) Per la verità, all'interno dell'edizione del 2016 avrebbe dovuto figurare anche una norma sulla risoluzione del contratto per giusta causa (*termination for compelling reasons*), rivelatasi però troppo controversa, pur essendo stata concepita come applicabile in circostanze eccezionali (cfr., sul tema, F. Dessemontet, *Sanctity of Contracts vs Termination for Cause: Why is UNIDROIT Afraid of the Big Bad § 314 BGB?*, in A. Buchler e M. Miller-Chen (a cura di), *Private Law: National-Global-Comparative*, 2011, p. 395 ss.; S. Vogenauer, *Termination of Long-term Contracts "for Compelling Reasons"*, in UNIDROIT (a cura di), *Eppur si muove*, cit., p. 1698 ss.; P. Guo, *Termination for a Compelling Reason under the UNIDROIT Principles: The Status Quo and a Way Forward*, in *International Trade & Business Law Review*, 2018, p. 1 ss.).

<sup>50</sup> Sulle ragioni della diffusione dei contratti di durata nella realtà commerciale

maturato – si ritiene rendano opportuno un trattamento differenziato rispetto a quello riservato ai contratti ad esecuzione istantanea (cosiddetti *discrete contract*)<sup>51</sup>. E ciò a maggior ragione ove tali contratti, per la complessità dell'operazione sottostante (spesso implicante investimenti specifici da parte di uno dei contraenti e non facilmente riconvertibili) o per la natura del rapporto che si instaura tra le parti, siano qualificabili come relazionali<sup>52</sup>, cioè come rapporti in divenire di cui non si stabiliscano e non possano stabilirsi *ex ante* tutti gli aspetti<sup>53</sup>, con la conseguenza di risultare i contraenti più inclini alla cooperazione reciproca, al *risk sharing* e aperti alla possibilità di aggiustamenti *in itinere* che, nel caso ad esempio del verificarsi di circostanze imprevedute, consentano di proseguire la relazione contrattuale piuttosto che mettervi fine<sup>54</sup>.

#### 4. I Principi Unidroit nella prassi applicativa

Come indica il loro Preambolo, i Principi Unidroit possono essere usati sia in modo diretto sia in modo indiretto secondo una 'trilogia' (che può leggersi anche come una gerarchia) definita classica<sup>55</sup> in quanto comune a strumenti opzionali affini per scopi e, parzialmente, per

---

contemporanea, cfr. P. Lucarelli e L. Ristori, *I contratti commerciali di durata*, Milano, 2016 (in particolare, 19 ss.).

- <sup>51</sup> Cfr., sul tema, nell'ambito della nostra dottrina, M. Granieri, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.
- <sup>52</sup> Per la teoria dei *relational contract*, sia sufficiente ricordare i fondamentali studi di I.R. Macneil (*Whither Contracts?*, in *Journal of Legal Education*, 1969, p. 403 ss.; *Contracts Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract*, in *Northwestern University Law Review*, 1978, p. 854 ss.); S. Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business - A Preliminary Study*, in *American Sociological Review*, 1963, p. 55 ss.; C. J. Goetz e R. E. Scott, *Principles of Relational Contracts*, in *Virginia Law Review*, 1981, p. 1089 ss.
- <sup>53</sup> Si tratta, infatti, di contratti fisiologicamente incompleti: cfr., per la nostra dottrina, E. Guerirone, *Incompletezza e completamento del contratto*, Milano, 2007 (spec. 39 ss.); A. Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005.
- <sup>54</sup> Cfr. D. Robertson, *Symposium Paper: Long-Term Relational Contracts and the Unidroit Principles*, in *Australian International Law Journal*, 2010, p. 185 ss.; G. Rojas Elgueta, *From «Antagonistic» to «Empathic»: the Long-Term Contracts' Continuum and the Role of the UNIDROIT Principles*, in P. Galizzi, G. Rojas Elgueta e A. Veneziano (eds.), *The Multiple Uses of the UNIDROIT Principles*, cit., p. 97 ss.
- <sup>55</sup> Cfr. D. P. Fernandez Arroyo, *The Growing Significance of Sets of Principles*, cit., p. 251 ss.

contenuti quali i Principi di Diritto europeo dei contratti<sup>56</sup> e i Principi Latinoamericani del diritto dei contratti<sup>57</sup>. I Principi Unidroit possono, infatti, essere applicati per la disciplina di singoli rapporti e per la risoluzione di controversie; per interpretare e integrare il diritto materiale uniforme e il diritto statale; quale modello, sia per future legislazioni sia per la redazione di contratti o singole clausole<sup>58</sup>.

Per economia di trattazione, ci si limiterà qui a riferire sull'applicazione dei Principi quale legge regolatrice del contratto, per poi concentrarsi sul ruolo che questi vanno sempre più acquisendo quale *global background law*, per essere questo l'aspetto da cui può cogliersi con maggiore evidenza l'interazione reciproca che sussiste tra questi e i diritti nazionali<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> Per un raffronto tra Principi Europei e Principi Unidroit, si v. M.J. Bonell, *Un "codice" internazionale*, cit., p. 357 ss.; M.J. Bonell e R. Peleggi, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: A Synoptical Table*, in *Uniform Law Review*, 2004, p. 315 ss.

<sup>57</sup> Sul tema sia permesso rinviare a R. Peleggi, *Sui Principi latinoamericani del diritto dei contratti*, in *Liber Amicorum Angelo Davi*, Napoli, 2019, p. 281 ss.

<sup>58</sup> Con riferimento ai possibili modi di impiego dei Principi, si distingue tra una funzione prescrittiva e una funzione descrittiva: cfr., in proposito, R. Michaels, *Comment to Preamble: Purposes, Legal Nature, and Scope of the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model*, in S. Vogenauer (a cura di), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, cit., p. 36 ss. Sui diversi modi di impiego dei Principi, cfr. M.J. Bonell, *Un "codice" internazionale*, cit., p. 185 ss.

<sup>59</sup> Con riguardo al ruolo che i Principi assolvono ai fini dell'interpretazione e della integrazione del diritto materiale uniforme (Preambolo, comma 5), sia sufficiente osservare che la gran parte delle decisioni riguardano la Convenzione di Vienna, spingendosi talvolta arbitri e giudici a considerare i Principi nel loro complesso come espressione dei principi generali su cui la Convenzione si basa (art. 7(2) Conv.) e ad ammettere che possano essere richiamati persino per risolvere questioni ricadenti al di fuori dell'ambito di applicazione di questa (per i casi rilevanti si veda Unilex, [www.unilex.info/principles/cases/article/102#article\\_102\\_sub\\_2.4.1](http://www.unilex.info/principles/cases/article/102#article_102_sub_2.4.1); sul rapporto di complementarietà esistente tra la Convenzione di Vienna e i Principi Unidroit, si v. M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments?*, in *Uniform Law Review*, 1996, p. 26 ss.; sull'uso dei Principi quali *gap-fillers* della Convenzione, *ex multis*, M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*, in I. Fletcher, L. Mistelis e M. Cremona (a cura di), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001, p. 298 ss.; P. Perales Viscasillas, *Interpretation and Gap-filling under the CISG: Contrast and Convergence with the UNIDROIT Principles*, in *Uniform Law Review*, 2017, p. 4 ss.; M. Bridge, *The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, in *Uniform Law Review*, 2014, p. 623 ss. ). Per ciò che, invece, concerne l'uso dei Principi quale modello per il legislatore, si può notare come questo risalti in particolar modo rispetto ai processi di riforma intrapresi a livello domestico (riferimenti puntuali possono leggersi in R. Michaels, *Comment to Preamble*, cit., p. 143 ss.; A. Estrella Faria,

#### 4.1. I Principi Unidroit come legge del contratto

Relativamente alla applicazione dei Principi in forza di un'espressa scelta delle parti<sup>60</sup>, anche a voler considerare, per un verso, che tale scelta è considerata efficace davanti ai tribunali arbitrali, ma non anche dinnanzi alle corti statali se non in rarissimi casi<sup>61</sup>, per altro verso, che i lodi arbitrali restano per larga parte inediti, bisogna ammettere che i risultati sono stati finora meno significativi di quanto ci si potesse aspettare.

Stando ai dati raccolti nella banca dati Unilex<sup>62</sup>, le decisioni in cui i Principi sono stati designati come regole di diritto applicabili al contratto, anche solo alla stregua di clausole contrattuali<sup>63</sup>, sono una trentina<sup>64</sup>. Va peraltro precisato che in numerose situazioni il richiamo non

---

*The Influence of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts on National Laws*, in Unidroit (a cura di), *Eppur Si Muove: The Age of Uniform Law Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th Birthday*, Roma, 2016, p. 1318 ss.). Infatti, quanto al legislatore *lato sensu* internazionale, se è vero che i Principi hanno ispirato l'avvio di progetti similari come i Principi latinoamericani del Diritto dei contratti e i *Principles of Asian Contract Law*, d'altra parte, il fatto di costituire un *restatement* del diritto contrattuale li rende particolarmente utili quale cornice normativa di riferimento rispetto a iniziative di uniformazione che riguardino la disciplina di specifici tipi contrattuali. Infine, per raggugli in merito all'uso dei Principi quale *blueprint* per la redazione di contratti o singole clausole, si v. M.J. Bonell, *Un "codice" internazionale*, cit., p. 263 ss.

<sup>60</sup> Cfr. Preambolo, comma 2.

<sup>61</sup> Com'è noto, le regole di conflitto statali, quasi universalmente, escludono la scelta delle parti in favore di *corpora* normativi a-statali, cosicché l'eventuale richiamo ai Principi di fronte ai tribunali statali potrà valere, di regola, solo ai fini della determinazione *per relationem* del contenuto contrattuale, senza cioè che questi possano avere prevalenza sulle norme inderogabili della legge applicabile: cfr. M.J. Bonell, *Un "codice" internazionale*, cit., p. 185 ss.; R. Michaels, *Comment to Preamble*, cit., p. 52 ss.

<sup>62</sup> [www.unilex.info/principles/cases/article/102#article\\_102](http://www.unilex.info/principles/cases/article/102#article_102).

<sup>63</sup> A proposito di tale scelta, va rilevato che l'elevata compatibilità dei Principi rispetto ai diritti statali determina che le ipotesi di conflitto siano rare (si vedano, in particolare, i contributi raccolti in M.J. Bonell (a cura di), *A New Approach to International Commercial Contracts*, cit.) e che, quindi, non vi sia una significativa differenza tra la semplice incorporazione e i casi in cui i Principi sono stati validamente scelti come vera e propria *governing law* (cfr., in proposito, R. Michaels, *Comment to Preamble*, cit., p. 52 ss.)

<sup>64</sup> Tuttavia, come sottolineato da M.J. Bonell, *The Law Governing*, cit., p. 15 ss., le ragioni di un risultato così poco significativo sembrano doversi addebitare principalmente a un certo provincialismo e alla ancora relativamente scarsa conoscenza dei Principi da parte degli avvocati, oltre al vantaggio reputazionale di cui godono le leggi di alcuni Paesi ai fini della disciplina delle transazioni commerciali internazionali. Peraltro, si deve osservare che non può considerarsi fondato l'argomento che vede

ha avuto carattere esclusivo<sup>65</sup>, essendo stati questi richiamati, quale fonte primaria o suppletiva, congiuntamente a una data legge statale<sup>66</sup>, oppure insieme alla Convenzione di Vienna, in contratti soggetti all'applicazione di questa<sup>67</sup>.

Appena più numerosi sono i casi di applicazione dei Principi quale *ratio scripta* per determinare in concreto le regole ascrivibili alla *lex mercatoria*, ai principi generali del diritto o agli usi commerciali internazionali cui le parti, intenzionate a staccare il contratto dalla cornice statutale, si siano riferite nelle clausole di scelta del diritto<sup>68</sup>. Dinanzi alla vaghezza di tali formule, i tribunali arbitrali hanno visto nei Prin-

---

nella riluttanza verso la scelta dei Principi il timore che il lodo che li applichi non venga eseguito, la prassi evidenziando esattamente il contrario. Oltretutto, non vi è dubbio che pure talune regole, come ad es. quelle in materia di pagamento degli interessi, potenzialmente contrarie all'ordine pubblico in alcuni Paesi, potrebbero essere liberamente derogate dalle parti (cfr., per puntuali riferimenti, L.G. Radicati di Brozolo, *Non-National Rules and Conflicts of Laws. Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 841 ss.; M. Scherer, *The Use of the PICC in Arbitration*, in S. Vogenauer (a cur di), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, cit., p. 142 ss.).

<sup>65</sup> Si vedano, però, il lodo della Camera di Arbitrato Nazionale ed Internazionale di Milano del 1. dicembre 1996, [www.unilex.info/principles/case/622](http://www.unilex.info/principles/case/622); il lodo della ICC, Paris, n.8331/1996, [www.unilex.info/principles/case/647](http://www.unilex.info/principles/case/647); il lodo del *Centro de Arbitraje de México* (CAM) del 30 novembre 2006, [www.unilex.info/principles/case/1149](http://www.unilex.info/principles/case/1149); il lodo del *Chinese European Arbitration Centre* (CEAC) del 30 aprile 2018, [www.unilex.info/principles/case/2285](http://www.unilex.info/principles/case/2285).

<sup>66</sup> Si vedano, ad es., il lodo *ad hoc* (Parigi) del 21 aprile 1997 (applicazione del diritto russo insieme ai Principi Unidroit, [www.unilex.info/principles/case/651](http://www.unilex.info/principles/case/651)); il lodo della ICC, n. 10114, del marzo 2000 (applicazione del diritto cinese e applicazione dei Principi Unidroit in quanto espressione di *international practices*, [www.unilex.info/principles/case/696](http://www.unilex.info/principles/case/696)); il lodo della ICC n. 11880/2004 (applicazione dei Principi Unidroit e del diritto italiano, [www.unilex.info/principles/case/1427](http://www.unilex.info/principles/case/1427)); il lodo ICC-FA-2020-004, 2011 (applicazione del diritto inglese e dei Principi Unidroit, [www.unilex.info/principles/case/2276](http://www.unilex.info/principles/case/2276)). Come è avvenuto per la decisione del lodo ICC n.10865/2002, [www.unilex.info/principles/case/1397](http://www.unilex.info/principles/case/1397), in quanto corpo di regole supplementare percepito come neutrale i Principi possono agevolare l'accordo delle parti su di una data legge o aiutare a superare possibili conflitti («confronted with the possible conflicts and contradictions of the formulation of Article [X] of the Contract, the Parties have authorized and asked the Tribunal, in case of discrepancy between the laws of Turkmenistan and Switzerland, to have regard to the general principles of law and, in particular, to the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts»).

<sup>67</sup> Si veda, ad esempio, *Ad hoc Arbitration* (New York), s.d., [www.unilex.info/principles/case/1044](http://www.unilex.info/principles/case/1044); Corte arbitrale internazionale della ICC (The Hague), n.14633, del maggio 2008, [www.unilex.info/principles/case/2114](http://www.unilex.info/principles/case/2114).

<sup>68</sup> Cfr. Preambolo, comma 3.

cipi la base normativa per rendere più trasparente ed equilibrata la loro decisione<sup>69</sup>.

Si evidenzia, poi, la presenza di un numero più consistente di decisioni (circa sessanta) in cui, mancando una valida indicazione delle parti circa il diritto applicabile, il richiamo ai Principi è avvenuto su diretta iniziativa degli arbitri<sup>70</sup>. Posto che non sempre il testo della decisione consente di ricostruire le ragioni a fondamento della scelta, si può osservare che nella maggior parte dei casi i Principi sono stati selezionati in quanto regole di diritto considerate più appropriate per risolvere la controversia<sup>71</sup> (secondo il metodo cosiddetto *en voie directe*<sup>72</sup>), oppure quale espressione degli usi del commercio internazionale.

Sempre tra i casi di richiamo *ex officio* da parte degli arbitri, si segnalano, altresì, diversi lodi emessi nel quadro dell'arbitrato in materia di investimenti esteri<sup>73</sup>, in cui il riferimento ai Principi è valso sia a

<sup>69</sup> Per una critica alla pretesa autonomia e completezza della *lex mercatoria*, cfr. per tutti M.J. Bonell, *La moderna lex mercatoria tra mito e realtà*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1992, p. 315 ss. Sul cambio di paradigma intervenuto, a seguito della pubblicazione dei Principi Unidroit, nella concretizzazione dei contenuti della *lex mercatoria*, si veda, di recente, M. Torsello, *A New (Quasi) Codified Lex Mercatoria based on Soft Law Regulatory Competition and the Use of Comparative Law Methodology*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2022, p. 51 ss.

<sup>70</sup> Cfr. Preambolo, comma 4. Tra le decisioni, cfr. lodo parziale della ICC n.7110/1995, [www.unilex.info/principles/case/713](http://www.unilex.info/principles/case/713); lodo della ICC n.7365/1997, [www.unilex.info/principles/case/653](http://www.unilex.info/principles/case/653); lodo della ICC n. 9474/1999, [www.unilex.info/principles/case/690](http://www.unilex.info/principles/case/690). Come pragmaticamente osserva F. Bortolotti, *The UNIDROIT Principles and the Arbitral Tribunals*, cit., p. 141 ss., talvolta l'applicazione dei Principi può essere proposta dagli arbitri che non vogliono sentirsi in una posizione di inferiorità rispetto agli altri membri del collegio la cui legge sarebbe applicabile secondo le tradizionali regole di conflitto. Inoltre, in quelle situazioni in cui il tribunale arbitrale non abbia dubbi sull'esito della controversia, appare molto più facile poter motivare la decisione con riferimento a un insieme di norme ben organizzate come i Principi UNIDROIT piuttosto che dover ricorrere all'applicazione di una legge straniera con cui gli arbitri non abbiano familiarità.

<sup>71</sup> È questa la formula del Regolamento di arbitrato della ICC (cfr. art. 21(1)).

<sup>72</sup> Si veda, ad esempio, il lodo della ICC n. 11265/2003, [www.unilex.info/principles/case/1416](http://www.unilex.info/principles/case/1416), relativo a una controversia tra una società delle Bermuda e una società del Ruanda sorta da un contratto con elementi di collegamento con più Paesi (Bermuda, Francia, Ruanda, Tanzania), di cui nessuno sufficientemente stretto da giustificare l'applicazione di una data legge statale.

<sup>73</sup> Cfr. le decisioni raccolte in Unilex, [www.unilex.info/principles/cases/article/102#article\\_102](http://www.unilex.info/principles/cases/article/102#article_102), sub 2.1.5.4. Per una panoramica della casistica rilevante, cfr. M.C. Malaguti e E. Finazzi-Agrò, in F. Marrella e N. Soldati (a cura di), *Arbitrato, Contratti e diritto del commercio internazionale*, Milano, 2021, p. 489 ss.; sul ruolo dei Principi nell'arbitrato sugli investimenti esteri, cfr. M. Scherer, *The Use of the*



corroborare la soluzione raggiunta in base alla legge statale applicabile per scelta delle parti o in base alle regole di conflitto<sup>74</sup>, sia a interpretare e integrare le norme di diritto internazionale applicabili in forza del Trattato<sup>75</sup>.

## 4.2. I Principi Unidroit come *global background law*

Come si è anticipato, l'aspetto più interessante ai nostri fini è il ruolo che i Principi hanno assunto in rapporto di collaborazione o complicità con la *hard law*<sup>76</sup>, vale a dire quale ausilio per l'interpretazione e l'integrazione del diritto statale applicabile al contratto<sup>77</sup>. Si tratta di un uso emerso nell'esperienza pratica senza che gli autori l'avessero

---

*PICC in Arbitration*, in S. Vogenauer (a cura di), *Commentary on the UNIDROIT Principles*, cit., p. 113 ss., il quale osserva come il ricorso ai Principi possa rivelarsi utile quando il contenuto sostanziale della legge applicabile sia impossibile o eccessivamente oneroso da accertare; e se è vero che tali situazioni possono non presentarsi frequentemente al giorno d'oggi, vista la diffusione della tecnologia e la pubblicazione online di leggi e normative, è altrettanto vero che una certa percentuale di cause relative ai trattati di investimento viene intentata nei confronti di Paesi a basso reddito, che potrebbero non avere le risorse sufficienti per garantire l'accessibilità delle proprie fonti normative.

<sup>74</sup> Com'è noto, l'art. 42 della Convenzione ICSID prevede che, in assenza di scelta delle parti sul diritto applicabile, il Tribunale è chiamato a applicare il diritto dello Stato contraente che è parte della controversia, comprese le norme di conflitto, e i principi di diritto internazionale in materia. Si è detto che alcune disposizioni dei Principi, come ad es. il canone di buona fede, possono assumere una particolare rilevanza nel contesto dell'arbitrato degli investimenti privati, garantendo all'investitore un adeguato standard di correttezza sia durante l'esecuzione del contratto che in sede contenziosa.

<sup>75</sup> Questo è accaduto soprattutto con riferimento alla questione della determinazione del danno risarcibile: cfr. J. Hepburn, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Investment Treaty Arbitration: a Limited Relationship*, in *International Commercial Law Quarterly*, 2015, p. 905 ss.

<sup>76</sup> Parla del rapporto di collaborazione o complicità che può instaurarsi tra *hard e soft law*, M.R. Ferrarese, *Soft law: funzioni e definizioni*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law*, cit., p. 71 ss.

<sup>77</sup> Di notevole interesse per questo tema sono due recenti pubblicazioni: il volume che raccoglie i National Reports, provenienti da studiosi di venti Paesi, presentati nel corso del XX Congresso dell'Accademia Internazionale di Diritto comparato tenutosi a Fukuoka, Giappone, nel 2018 (A. Garro e J.A. Moreno Rodriguez (a cura di), *The Use of the UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*, Dordrecht, 2021) e una ricerca frutto della collaborazione tra IBA e Unidroit (*Perspectives in Practice of the UNIDROIT Principles 2016. Views of the IBA Working Group on the practice of the UNIDROIT Principles 2016*, disponibile all'indirizzo [www.ibanet.org/MediaHandler?id=D266F2AF-3E0B-4DC0-AFCE-662E5D49BB7E](http://www.ibanet.org/MediaHandler?id=D266F2AF-3E0B-4DC0-AFCE-662E5D49BB7E)).

inizialmente immaginato e che, a partire dall'edizione del 2004, ha trovato riconoscimento nel Preambolo<sup>78</sup>.

Prima di entrare nel dettaglio, vale la pena di evidenziare che all'affermarsi di tale funzione hanno concorso alcune qualità intrinseche dei Principi: l'essere facilmente accessibili, anche perché tradotti in moltissime lingue<sup>79</sup>, l'essere scritti in maniera chiara e comprensibile e in modo da non riprodurre concetti e termini di alcun ordinamento giuridico in particolare<sup>80</sup>.

Merita, inoltre, di essere osservato che se per la maggior parte si è trattato di dispute internazionali, non mancano esempi di controversie puramente domestiche (talvolta persino di natura non commerciale), rispetto alle quali il riferimento a un corpo normativo transnazionale come i Principi può apparire meno giustificato.

Può forse ulteriormente sorprendere che non sempre la legge applicabile al caso di specie è stata una tra quelle che si potrebbero definire meno elaborate, aggiornate o "complete"<sup>81</sup>, dimostrandosi così l'utilità dei Principi rispetto alla soluzione di questioni che pure in sistemi giuridici sofisticati possono non trovare una chiara o adeguata risposta<sup>82</sup>.

Se quanto appena riferito ha fatto guadagnare, a buon diritto, ai Principi Unidroit le definizioni di «nuovo *ius commune*»<sup>83</sup>, «*background law*» o «*common frame of reference* per l'uniforme interpretazione dei

<sup>78</sup> Cfr. Preambolo, comma 6.

<sup>79</sup> Oltre alle cinque versioni linguistiche ufficiali (inglese, francese, tedesco, italiano e spagnolo), corrispondenti alle lingue ufficiali dell'UNIDROIT, esistono anche traduzioni in molte altre lingue, tra cui il cinese, il giapponese, il portoghese, il russo (per le versioni linguistiche in cui sono disponibili le diverse edizioni dei Principi, si veda [www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts](http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts)).

<sup>80</sup> Si tratta, sostanzialmente, dei fattori o elementi che secondo Watson determinano la scelta di prendere in prestito soluzioni da un certo ordinamento piuttosto che da un altro: cfr. A. Watson, *Legal Transplants*, 2. ed., Athens e London, 1993, p. 111 ss. («The main criterion is simply accessibility. An outsider's system of law accessible above all when it is (a) in writing, (b) in a form that makes it relatively easy to find and understand (and this includes the language in which it is written), and (c) readily available»).

<sup>81</sup> Come si evince dai dati raccolti in Unilex (sotto la voce [www.unilex.info/principles/cases/keywords/all#by\\_domestic\\_law\\_involved](http://www.unilex.info/principles/cases/keywords/all#by_domestic_law_involved)), si è trattato, tra le altre, delle leggi di Stati come Australia, Inghilterra, Francia, Germania, Italia, Norvegia, Svizzera e Stato di New York.

<sup>82</sup> Cfr. M.J. Bonell, *The Law governing*, cit., p. 36.

<sup>83</sup> R. Michaels, *The UNIDROIT Principles as Global Background Law*, in *Uniform Law Review*, 2014, p. 643 ss.

diritti statali» su scala globale<sup>84</sup>, non può sottacersi come il riferimento a tale corpo di regole, spesso presente già all'interno degli atti defensionali, si sia manifestato con differenti gradi di intensità: sovente si è trattato di rimandi fugaci, di mere citazioni *obiter* di una o due disposizioni, una sorta di *lip service* da parte dei giudici, che non ha concretamente influito sulla decisione; altre volte, invece, si è trattato di richiami meditati in cui l'apporto dei Principi nell'orientare la decisione si è fatto più esplicito.

Benché il richiamo ai Principi quale ausilio nell'interpretazione del diritto statale sia pratica diffusa anche fra gli arbitri, si prenderanno qui in considerazione le sole pronunce statali, che d'altro canto sono le più numerose. Come protagoniste di questi rimandi, emergono le giurisdizioni di una trentina di Paesi e, in base allo scopo del richiamo, è possibile distinguere tra due gruppi di decisioni.

### **4.3. Il richiamo ai Principi Unidroit quale standard internazionale a conferma del diritto statale.**

Un primo gruppo di decisioni comprende quelle in cui il richiamo ai Principi (talvolta insieme alla Convenzione di Vienna, ai Principi europei o al Dcfr), è servito ad accreditare la compatibilità della soluzione raggiunta in base alla legge statale con gli standard internazionali o con una sorta di *global consensus* in materia contrattuale della cui esistenza i Principi sarebbero la prova (o che contribuirebbero a creare).

Su un numero complessivo di 106 casi, più della metà (precisamente 64) sono pronunce statali<sup>85</sup>. Qui il richiamo ai Principi – senza dubbio un arricchimento della motivazione del giudice come, d'altronde, il richiamo “volontario” a una fonte esterna all'ordinamento tipicamente si configura<sup>86</sup> – ha avuto piuttosto lo scopo di confermare la bontà delle

---

<sup>84</sup> A.M. Garro e J.A. Moreno Rodriguez, *The Unidroit Principles as a Common Frame of Reference for the Uniform Interpretation of National Laws*, in A. Garro e J.A. Moreno Rodriguez (a cura di), *The Use of the UNIDROIT Principles*, cit., p. 1 ss.

<sup>85</sup> Per i casi rilevanti si veda [www.unilex.info/principles/cases/article/102/issue/1942#issue\\_1942](http://www.unilex.info/principles/cases/article/102/issue/1942#issue_1942), sub 2.3.1.

<sup>86</sup> A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, in *Europa e Diritto privato*, 2010, p. 223 ss.

soluzioni adottate in base alla legge statale, amplificandone la persuasività<sup>87</sup>.

Tra le corti più aperte a questa pratica vi sono state finora quelle lituane (10 casi), cinesi (8 casi), spagnole (8 casi), russe (7 casi). Da parte di queste corti, l'argomento comparativo che poggia sul richiamo ai Principi può essere inquadrato anche nell'ambito del canone storico di interpretazione; tra le legislazioni emanate o in preparazione in cui l'influenza dei Principi è più visibile figurano, infatti, il codice civile lituano (2001)<sup>88</sup>, il codice civile della Federazione russa (approvato in più momenti, tra il 1994 e il 2008, e poi successivamente emendato nel 2015)<sup>89</sup>, la legge cinese sui contratti del 1999<sup>90</sup> (e ora il codice civile del 2021<sup>91</sup>), ma anche il progetto di riforma del Codice di commercio spagnolo<sup>92</sup>. Se si esclude la Spagna, si tratta – come è noto – di Paesi in cui si è posta l'esigenza di approntare in tempi relativamente rapidi un nuovo diritto che accompagnasse il passaggio da una economia pianificata a una economia di mercato; e sebbene la pubblicazione della prima edizione dei Principi proprio negli anni in cui questi Paesi avviavano i loro processi di riforma interni non sia stata che una favore-

<sup>87</sup> Cfr. O. Meyer, *The UNIDROIT Principles as a Means to Interpret or Supplement Domestic Law*, in *Uniform Law Review*, 2016, p. 599 ss.; E. Finazzi-Agrò, *L'effettiva incidenza dei Principi Unidroit nella risoluzione delle controversie internazionali: un'indagine empirica*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 557 s.; Id., *The Impact of the UNIDROIT Principles in International Dispute Resolution: An Empirical Analysis*, in *Uniform Commercial Code Law Journal*, 2011, p. 77 ss.

<sup>88</sup> Cfr. Mikelenas, *Unification and Harmonization of Law at the Turn of the Millennium: The Lithuanian Experience*, in *Uniform Law Review*, 2000, p. 243 ss., il quale afferma che gli autori del codice hanno fatto in modo di allineare i commenti del codice a quelli dei Principi in modo da garantirne la coerenza. Allo stato attuale, quello lituano rappresenta l'esempio più evidente di incorporazione dei Principi nel diritto domestico.

<sup>89</sup> Cfr., sul tema, A. Komarov, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Development of Contract Law in Modern Russia*, in *Unidroit* (a cura di), *Eppur si muove*, cit., p. 1493 ss.

<sup>90</sup> Cfr. Z. Yuqing e H. Danhan, *The New Contract Law in the People's Republic of China and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: A Brief Comparison*, in *Uniform Law Review*, 2000, p. 429 ss.; D. Huang, *The Unidroit Principles and their Influence in the Modernization of Contract Law in the People's Republic of China*, in *Uniform Law Review*, 2003, p. 107 ss.

<sup>91</sup> È interessante osservare come, a differenza della legge del 1999, il nuovo codice civile cinese abbia previsto anche una disposizione in materia di *hardship*.

<sup>92</sup> A. Martínez Cañellas, *The Influence of the UNIDROIT Principles on the Proposal of the Reform of the Spanish Commercial Code*, in E. Cashin Ritain e E. Lein (a cura di), *The UNIDROIT Principles 2004: Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification - Reports of the ISDC Colloquium (8/9 June 2006)*, Zurich, 2007, p. 215 ss.

vole coincidenza temporale, il loro utilizzo quale modello da parte di questi Paesi ha senz'altro contribuito ad accrescerne l'autorevolezza<sup>93</sup>.

Non mancano, poi, le decisioni rese altrove, come ad esempio in Georgia<sup>94</sup>, Australia<sup>95</sup>, Canada<sup>96</sup>, India<sup>97</sup>, Singapore<sup>98</sup>.

Dall'esame della casistica, è possibile desumere informazioni sul grado di "successo" delle varie disposizioni quale *benchmark* internazionale. Se alcune di queste sono state citate spesso dalle corti (ad esempio, le disposizioni che enunciano i principi di buona fede e di libertà contrattuale, il divieto del *venire contra factum proprium*, quelle riguardanti l'interpretazione del contratto, l'*hardship* e la *force majeure*, la nozione di inadempimento essenziale), altre compaiono un numero più limitato di volte (ad esempio, quelle che riguardano la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato o in tema di prescrizione), mentre ve ne sono talune di cui, almeno ad oggi, non si conoscono richiami espliciti.

#### 4.4. Il richiamo ai Principi Unidroit quale ausilio per l'interpretazione e l'integrazione del diritto statale

Il secondo gruppo di decisioni comprende quelle in cui il richiamo ai Principi è servito per interpretare o integrare la legge statale applicabile al contratto: si tratta di 222 casi, di cui 176 decisioni statali<sup>99</sup>.

Tra le pronunce attualmente più numerose, oltre nuovamente a quelle russe (37) e spagnole (20)<sup>100</sup>, figurano quelle paraguaiane (17),

<sup>93</sup> Cfr. J.A. Estrella Faria, *The Influence of the Unidroit Principles*, cit., p. 1322 ss.

<sup>94</sup> Cfr., ad esempio, Corte Suprema della Georgia, 14 febbraio 2020, [www.unilex.info/principles/case/2234](http://www.unilex.info/principles/case/2234).

<sup>95</sup> Cfr., ad esempio, Federal Court of Australia, *Hannaford Trading as Torrens Valley Orchards) v. Australian Farmlink Pty Ltd*, [www.unilex.info/principles/case/1366](http://www.unilex.info/principles/case/1366).

<sup>96</sup> Cfr., ad esempio, Cour d'Appel, Province de Québec, District of Montreal, *Hydro-Québec c. Construction Kiewit*, 16 maggio 2014, [www.unilex.info/principles/case/1922](http://www.unilex.info/principles/case/1922).

<sup>97</sup> Cfr., ad esempio, High Court of Delhi, *Hansalaya Properties and Anr. v. Dalmia Cement (Bharat) Ltd*, 20 agosto 2008, [www.unilex.info/principles/case/1454](http://www.unilex.info/principles/case/1454).

<sup>98</sup> Cfr., ad esempio, Court of Appeal, *Sembcorp Marine v PPL Holdings Pte Ltd et al.*, 25 luglio 2013, [www.unilex.info/principles/case/2209](http://www.unilex.info/principles/case/2209).

<sup>99</sup> [www.unilex.info/principles/cases/article/102/issue/1941#issue\\_1941](http://www.unilex.info/principles/cases/article/102/issue/1941#issue_1941), sub 2.3.2.

<sup>100</sup> Rispetto alle pronunce russe e spagnole, resta valido quanto detto sopra con riferimento alla influenza dei Principi sui processi interni di riforma, che induce più facilmente le corti a guardare alle soluzioni da questi previste. Per ulteriori osservazioni sulle decisioni rese dalle corti della Federazione russa, v. *infra* nel testo. In particolare, per quanto concerne la Federazione russa, è stato osservato da

italiane (15), australiane (13), inglesi (9). Da parte delle corti di altri Paesi come, ad esempio, Argentina, Paesi Bassi, Canada, Norvegia, i richiami sono stati finora più limitati<sup>101</sup>; in altri, tra cui Stati Uniti, Germania e Francia, i rimandi sono quasi o del tutto assenti<sup>102</sup>.

---

A.S. Komarov, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Development of Contract Law*, cit., p. 1497 ss., come i Principi, a parte l'influenza diretta sulla formulazione di numerose disposizioni del nuovo Codice, abbiano avuto, grazie anche alla loro traduzione nella lingua russa, un importante ruolo nell'agevolare un'adeguata comprensione e applicazione di alcuni concetti chiave e principi in materia contrattuale quali, ad esempio, la libertà contrattuale e il canone di buona fede, che pur introdotti *ex novo* nel tessuto codicistico, apparivano però lontani dalla sensibilità giuridica e culturale delle corti di quel Paese, abituate a operare nel contesto di una economia di piano.

<sup>101</sup> Per l'Argentina, si tratta di sei casi, per i Paesi Bassi di cinque casi, per il Canada e la Norvegia di due casi, rispettivamente.

<sup>102</sup> Ad esempio, negli Stati Uniti, dove i Principi hanno trovato espresso riconoscimento alla Sec. 1-302 UCC quali regole modello suscettibili di essere incorporate all'interno del singolo accordo, mancano riferimenti a opera delle corti. A parte evidenziare come ciò possa essere dovuto al fatto che i Principi sono percorsi dal principio generale di buona fede, che non è perfettamente in linea con il diritto statunitense, e che presuppongono «*an understanding of contract law as separate from procedure*», la dottrina (cfr. R. Michaels, *The UNIDROIT Principles as Reference for the Interpretation of U.S. Law, National Report XXth General Congress of the International Academy of Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2018, p. 31 ss.) attribuisce l'assenza di casi di richiamo (a fronte, peraltro, di qualche sporadico riferimento nelle memorie difensive) a un certo atteggiamento provinciale e sciovinistico da parte dei giudici, che d'altro canto caratterizza l'applicazione anche della Convenzione di Vienna e del diritto straniero in generale (per interessanti rilievi su questo tema, cfr. U. Mattei, *Il diritto giurisprudenziale globalizzato e il progetto imperiale. Qualche spunto, in Politica del diritto*, 2005, p. 85 ss.) Per quel che concerne la Germania, secondo la dottrina la pressoché totale assenza di richiami ai Principi da parte dei giudici tedeschi si potrebbe spiegare sia alla luce della percepita completezza del codice, di solito interpretato senza l'ausilio di fonti esterne, sia in base al fatto che le corti non si sentono autorizzate a citare i Principi, in quanto regole di carattere non vincolante, laddove manchi un'espressa indicazione delle parti (cfr. K. Erier e M. Schmidt-Kessel, *The Use of the UPICC in Order to Interpret or Supplement German Contract Law*, in A. Garro e J. A. Moreno Rodríguez (a cura di), *The Use of the UNIDROIT Principles*, cit., p. 151). Quanto alla Francia, se per un verso la dottrina riconosce che l'art. 1194 CC potrebbe lasciare in via di principio un qualche spazio ai fini dell'interpretazione dei contratti di natura internazionale, per altro verso si prefigura il ruolo maggiore che questi potranno assumere a seguito della riforma del codice in materia di obbligazioni e contratti intervenuta nel 2016, di cui sono stati tra le fonti dichiarate di ispirazione (cfr. P. Deumier, *Les Principes Unidroit comme cadre de référence pour l'interprétation uniforme des droits nationaux : Rapport national Droit français*, in A. Garro e J. A. Moreno Rodríguez (eds.), *The Use of the UNIDROIT Principles*, cit., p. 125 ss.; sull'influenza dei Principi per la riforma del codice francese, S. Rowan, *The New French Law of Contract*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2017, p. 805 ss.; B. Fauvarque-Cosson, *The UNIDROIT Principles, the World and the French Reform of Contract Law*, in *Unidroit* (a cura di), *Eppur si muove*, cit., p. 1350 ss.)

La natura del richiamo consente di distinguere quattro diversi scenari.

Il primo scenario riguarda i casi in cui il giudice ha richiamato i Principi, ritenendo che la soluzione in essi contenuta fosse più chiara o più completa di quella contenuta nella legge statale. Ad esempio, in una recente decisione di una corte olandese, l'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit in materia di effetti dell'*hardship* è stato citato per affermare che, anche se la pertinente norma del codice civile olandese non lo prevede espressamente, l'eventuale intervento correttivo del giudice presuppone che le parti abbiano preventivamente avviato trattative per il raggiungimento di un nuovo accordo e che il tentativo sia fallito<sup>103</sup>.

Il secondo scenario è quello in cui il richiamo ha assolto alla funzione di portare alla luce una norma implicita nel sistema, di leggere le disposizioni in una chiave evolutiva o di prendere posizione rispetto a più orientamenti giurisprudenziali o dottrinali esistenti. Oltre alle sentenze italiane cui si tornerà tra un attimo, si segnalano alcune sentenze australiane che hanno richiamato i Principi Unidroit a conferma del riconoscimento, anche in tale ordinamento, del dovere per le parti di comportarsi in buona fede nell'esecuzione del contratto<sup>104</sup>.

Per quel che concerne i casi italiani (si tratta di decisioni di tribunali di merito e di qualche pronuncia della Corte dei Conti della Regione Sicilia<sup>105</sup>), questi possono essere riuniti in due ulteriori sottogruppi: il primo è relativo al tema delle restituzioni contrattuali. Qui il richiamo

---

<sup>103</sup> Rechtbank Amsterdam, 30 aprile 2020, NCC 20/014 (C/13/681900), [www.unilex.info/principles/case/2259](http://www.unilex.info/principles/case/2259).

<sup>104</sup> Cf., ad es., la sentenza della *Federal Court of Australia* nel caso *Paciocco v Australia and New Zealand Banking Group Limited*, 08-04-2015, [www.unilex.info/principles/case/1921](http://www.unilex.info/principles/case/1921). Merita invero di essere richiamata anche una decisione spagnola sempre in tema di sopravvenienze, in cui la Corte, accogliendo le richieste della ricorrente, ha osservato come, mentre nel passato l'applicazione della clausola *rebus sic stantibus* da parte dei tribunali spagnoli era stata limitata a circostanze eccezionali, la tendenza più recente è, invece, di riconoscere una maggiore rilevanza al sopraggiungere di circostanze che alterino l'equilibrio del contratto, evoluzione questa suffragata da strumenti internazionali di diritto uniforme come i Principi UNIDROIT e i Principi Europei (cfr. Tribunal Supremo, 30 giugno 2014, [www.unilex.info/principles/case/1949](http://www.unilex.info/principles/case/1949)).

<sup>105</sup> Per puntuali riferimenti alla giurisprudenza italiana, si v. A. Veneziano e E. Finazzi-Agrò, *The Use of the UNIDROIT Principles in Order to Interpret or Supplement National Contract Law*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2018, p. 39 ss.; Id., *The Use of the UNIDROIT Principles in order to Interpret or Supplement National Law: an Italian Perspective*, in P. Galizzi, G. Rojas Elgueta e A. Veneziano (a cura di), *The Multiple Uses*, cit., p. 5 ss.

agli artt. 7.3.6 e 7.3.7 dei Principi Unidroit è servito a supportare l'adesione alla teoria secondo cui le obbligazioni restitutorie derivanti dalla dissoluzione del contratto non sono autonome l'una dall'altra, bensì reciprocamente dipendenti secondo la felice formula del «sinallagma rovesciato»<sup>106</sup>. Quanto al secondo gruppo di decisioni, il richiamo ai Principi Unidroit, specificamente all'art. 1.8, è invece servito a illuminare il principio già presente nell'ordinamento, quale concretizzazione del principio generale di buona fede, del divieto di tenere un comportamento contraddittorio (divieto del venire *contra factum proprium*).

Il terzo scenario, che si presenta in un numero esiguo di casi, riguarda il richiamo ai Principi per colmare una lacuna del sistema: qui il ruolo dei Principi si fa più incisivo. Un esempio è offerto da alcune decisioni del Corte suprema del Paraguay in cui il ricorso ai Principi è valso a supportare l'esistenza nel sistema del dovere di cooperazione tra le parti come specificazione del principio di buona fede. Vale la pena di evidenziare come dottrina e giurisprudenza di questo Paese siano particolarmente favorevoli, facendo leva sul richiamo da parte del codice civile ai principi generali del diritto<sup>107</sup>, ad aprire al ricorso ai Principi Unidroit in funzione suppletiva<sup>108</sup>, tale apertura mostrandosi

<sup>106</sup> Si tratterebbe, cioè, di «obbligazioni con segno invertito rispetto a quelle originariamente assunte ma pur sempre governate dal vincolo di sinallagmaticità», nel senso che ciascuna parte avrebbe diritto a ottenere indietro quanto prestato in base al contratto solo nella misura in cui sia in grado di restituire in natura o, se ragionevole, per equivalente monetario, la prestazione ricevuta: sul tema, *ex multis*, P. Gallo, *Restituzioni contrattuali ed inadempimento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. civ., Aggiorn., Milano, 2019; Id., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in Trattato Sacco di Diritto civile, Torino, 1996, p. 61 ss.; E. Bargelli, *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in AA. VV., *Le azioni di restituzione da contratto*, Milano, 2012, p. 13 ss.; Id., *Sinallagma rovesciato e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, p. 87 ss.

<sup>107</sup> Cfr. art. 6 codice civile del Paraguay.

<sup>108</sup> Esemplificativa di tale approccio è la decisione del Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, 24-10-2014, n. 95, [www.unilex.info/principles/case/1866](http://www.unilex.info/principles/case/1866), in cui si è affermato che «la doctrina extranjera ha dicho que los Principios UNIDROIT constituyen un medio de interpretación en aquellos ordenamientos jurídicos que consagran a los principios generales del derecho como fuente del derecho –como es el caso de Paraguay, Art. 6 del Cód. Civ.- Esto en la medida en que aquellos se identifiquen con éstos. Asimismo, mencionan que dichos principios han sido usados por tribunales nacionales para fundamentar sus decisiones (...). En la doctrina nacional, tenemos que Moreno Rodríguez expresamente aboga por la aplicación de los Principios UNIDROIT por parte de tribunales ordinarios, de hecho, menciona que los mismos ya han sido aplicados por órganos judiciales de diversos países del orbe».



in linea con i recenti sviluppi in tema di autonomia delle parti in punto di scelta della legge applicabile ai contratti internazionali che ha interessato questo Paese<sup>109</sup>, come altri nell'area latinoamericana<sup>110</sup>.

Infine, l'ultimo scenario è quello in cui i Principi sono stati richiamati quale fonte di ispirazione ai fini della possibile revisione del diritto domestico. Di particolare rilevanza a questo proposito sono alcune decisioni inglesi in cui si è discusso del superamento di due *doctrines* peculiari e ben consolidate della *law of contract*, ossia la cosiddetta *exclusionary rule* (i.e., il tradizionale approccio sostanzialmente contrario al

<sup>109</sup> Il Paraguay è, infatti, stato il primo Paese al mondo a consentire la scelta delle parti in favore di *non-binding rule* anche di fronte a corti statali, recependo nella propria legge di riforma (cfr. art. 5 della Ley n. 5393/2015 *sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales*) i Principi dell'Aja del 2015 sulla scelta della legge applicabile ai contratti internazionali (sui Principi dell'Aja del 2015, per la nostra dottrina, cfr. A. Davi e A. Zanobetti, *Autonomia delle parti e certezza del diritto nei Principi dell'Aja sulla scelta della legge applicabile ai contratti commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2017, p. 881 ss.; per un commento della legge del Paraguay, cfr. M. Rodriguez, *The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past?*, in *Unidroit* (a cura di), *Eppur si muove*, cit., p. 1146 ss.). Vale la pena di ricordare che nel 2021 è stata pubblicata la *Legal Guide to Uniform Instruments in the Area of International Commercial Contracts (with a Focus on Sales)*, nuovo strumento a disposizione degli operatori del diritto e degli attori del commercio internazionale, frutto della collaborazione tra Unidroit, Uncitral e Conferenza dell'Aja, che intende svolgere una funzione esplicativa e di raccordo tra alcuni dei testi normativi di maggiore successo elaborati sotto l'egida delle singole istituzioni, e in particolare la Convenzione di Vienna, i Principi UNIDROIT e i Principi dell'Aja, in modo tale da «promuoverne l'adozione, l'uso e l'interpretazione uniforme e, in ultima analisi, contribuire a un ambiente giuridico prevedibile e flessibile per le transazioni commerciali transfrontaliere fondate sul principio della libertà contrattuale».

<sup>110</sup> Si veda la recente legge di riforma uruguaiana del diritto internazionale privato (ley n. 130/2020), il cui art. 45, riprendendo il disposto dell'art. 5 della legge paraguayana sul diritto applicabile ai contratti internazionali, recita: «Ley aplicable por acuerdo de partes.- Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan. De acuerdo a lo establecido en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte». Per un commento alla riforma nel suo insieme, si vedano J. Samtleben e G. A. Lorenzo Idiarte, *Das Allgemeine Gesetz des Internationalen Privatrechts von Uruguay*, in *Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 2021, p. 811 ss.; sul tema anche E. Florio de Leòn, *The New Uruguayan Private International Law: An Open Door to Party Autonomy in International Contracts*, in *Uniform Law Review*, 2021, p. 180 ss. Per un'approfondita analisi degli ultimi sviluppi in terra latinoamericana, L. Serafinelli, *Le recenti evoluzioni latinoamericane in materia di scelta del diritto applicabile ai contratti internazionali. Parte I: l'autonomia conflittuale e la rilevanza della comparazione giuridica nel diritto internazionale privato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2020, p. 403 ss., e Id. *Le recenti evoluzioni latinoamericane in materia di scelta del diritto applicabile ai contratti internazionali. Parte II: The New OAS Guide on the Law Applicable to International Commercial Contracts*, *ivi*, 2021, p. 75 ss.

ricorso alle trattative per l'interpretazione dei contratti scritti<sup>111</sup>), e la nota distinzione tra *penalty clauses* e *liquidated damages clauses* in tema di liquidazione anticipata del danno<sup>112</sup>. Quanto alla prima questione, si può osservare come, quando la Camera dei Lords, nel 2009, ha deciso nel senso del mantenimento dello *status quo*<sup>113</sup>, lo ha fatto richiamando i Principi in chiave, si potrebbe dire, di anti-modello: rilevando cioè che l'art. 4.3 Principi Unidroit, chiamato in causa (insieme all'art. 8 della Convenzione di Vienna) dalla più progressista Corte di appello<sup>114</sup> a sostegno dell'apertura al ricorso alle trattative a fini interpretativi anche nel diritto inglese<sup>115</sup>, non è rappresentativa di un *global consensus*, ma riflette, nello specifico, la filosofia francese dell'interpretazione del contratto, «as such incompatible with English law».

Per quel che riguarda la seconda questione, il ricorso ai Principi è servito nuovamente a giustificare la decisione di non apportare modifiche al sistema, ma questa volta sulla base di una diversa considerazione. Infatti, pur riconoscendo che la *penalty rule* è una regola ormai antiquata e verso cui la dottrina è sempre più critica, i giudici della *Supreme Court* hanno escluso che la sua abolizione rappresentasse «a proper course to take». Nel decidere ciò, hanno osservato come la soluzione inglese si collochi nell'ambito di una tendenza volta a rendere possibile un controllo sulle clausole penali manifestatamente eccessive e sproporzionate che accomuna molti ordinamenti stranieri, nonché «influential attempts to codify the law of contracts internationally,

<sup>111</sup> Cfr. *Proforce Recruit Limited v. The Rugby Group Limited* [2006] EWCA Civ 69, [www.unilex.info/principles/case/1119](http://www.unilex.info/principles/case/1119); *The Square Mile Partnership Ltd v Fitzmaurice McCall Ltd* [2006] EWCA Civ 1689, [www.unilex.info/principles/case/1156](http://www.unilex.info/principles/case/1156); *Chartbrook Limited v Persimmon Homes Limited* [2008] EWCA Civ 183; [2009] UKHL 38, [www.unilex.info/principles/case/1373](http://www.unilex.info/principles/case/1373).

<sup>112</sup> *Cavendish Square Holding BV v El Makdessi - Parking Eye Ltd v Beavis*. Per un commento da parte della nostra dottrina, E. Calzolaio, *Il nuovo volto della clausola penale nel diritto inglese*, ne *I Contratti*, 2016, p. 817 ss.

<sup>113</sup> *Chartbrook Limited v Persimmon Homes Limited* [2009] UKHL 38, [www.unilex.info/principles/case/1512](http://www.unilex.info/principles/case/1512).

<sup>114</sup> Cfr., in particolare, *Proforce Recruit Limited v. The Rugby Group Limited* [2006] EWCA Civ 69, [www.unilex.info/principles/case/1119](http://www.unilex.info/principles/case/1119); per un commento della decisione, si v. M.J. Bonell, *The UNIDROIT Principles and CISG – Sources of Inspiration for English Courts?*, in *Uniform Law Review*, 2006, p. 305 ss.

<sup>115</sup> Per un richiamo ai Principi Unidroit e alla Convenzione di Vienna in senso favorevole al superamento della *exclusionary rule*, si veda anche la decisione neozelandese *Hideo Yoshimoto v Canterbury Golf International Limited* (2000) NZCA 350, [www.unilex.info/principles/case/802](http://www.unilex.info/principles/case/802).

including the Unidroit Principles of International Commercial Contracts».

## 5. Brevi note conclusive

Il crescente processo di globalizzazione economica cui si è assistito almeno a partire dai primi anni del Novecento ha favorito, e continua a favorire, la creazione di regole uniformi che possano fare fronte alla complessità delle relazioni giuridiche del mondo contemporaneo.

Sebbene oggi appaia prevalente l'elaborazione di strumenti privi di una forza giuridica vincolante, ciò non toglie che la comparazione resti la premessa metodologica fondamentale per ogni iniziativa che si ponga come obiettivo il ravvicinamento dei diritti nazionali<sup>116</sup>.

Ne è chiara dimostrazione un "prodotto" come i Principi Unidroit, che prendono a prestito, distillano, ibridano, talvolta innovano le soluzioni rinvenibili nei diritti nazionali attraverso un processo di astrazione che aspira, anche grazie all'*imprimatur* da parte di una prestigiosa organizzazione internazionale, a farne un serbatoio di soluzioni suscettibili di essere usate, in guise diverse, senza limiti spaziali<sup>117</sup>.

E se il successo dei Principi può forse apparire ancora limitato ove si guardi solo ai risultati della loro applicazione diretta, sotto altro angolo visuale emerge, invece, chiaramente il significativo contributo che essi hanno apportato al dialogo e alla comunicazione tra i diritti nazionali: riducendo gli ostacoli linguistici<sup>118</sup>, agevolando la costruzione di una grammatica comune, facilitando l'accesso e la comprensione del diritto straniero, favorendo l'uso dell'argomento comparativo nel ragionamento del giudice, nonché la circolazione e la convergenza delle soluzioni giuridiche. Non meno importante, mutando la prospettiva da cui studiare e insegnare il diritto in questa materia<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Cfr. H. Miur Watt, *Globalization and Comparative Law*, in M. Reimann e R Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford 2019, p. 622 ss.

<sup>117</sup> Cfr. S. Kozuka, *The Bifurcated World of Uniform Law: The Uniform Law of "Islands" and of "The Ocean"*, in Unidroit (a cura di), *Eppur si Muove*, cit., p. 340 ss.

<sup>118</sup> Per la definizione dei Principi come un «esperanto contrattuale», cfr. F. Galgano e F. Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, 3. ed., Padova, 2011, p. 309.

<sup>119</sup> A partire dalla Facoltà che ha ospitato questo incontro, in cui il prof. Bonell ha insegnato per molti anni come titolare della cattedra di Diritto privato comparato, i Principi Unidroit sono stati inseriti nei programmi dei corsi e/o tra i materiali didattici in molte facoltà giuridiche e università di tutto il mondo (per maggiori ragguagli, cfr. R. Michaels, *Comment to Preamble: Purposes, Legal Nature, and Scope of*

---

*the PICC; Applicability by Courts; Use of the PICC for the Purpose of Interpretation and Supplementation and as a Model*, in S. Vogenauer (a cura di), *Commentary*, cit., p. 175 ss.).

# Il ruolo della comparazione giuridica nella contesa per la sovranità digitale

Guido Smorto

## 1. Introduzione

La comparazione giuridica costituisce uno strumento essenziale nella contesa per la sovranità digitale<sup>1</sup>. In un ambito nel quale gli ordinamenti sono chiamati ad applicare un diritto territoriale ad un fenomeno globale, ed in cui la concorrenza riguarda i confini e le competenze istituzionali degli stessi<sup>2</sup>, la comparazione diviene in molti casi lo strumento principe attraverso cui giustificare scelte strategiche e rappresentare una cultura giuridica.

La definizione delle regole di governo della sfera digitale in corso in questi decenni sta avvenendo all'interno di un fitto dialogo tra ordinamenti. Questa comunicazione tra i diversi attori della regolazione è di fondamentale importanza. Contribuisce a costruire le modalità di

---

<sup>1</sup> Per una panoramica della letteratura in tema di sovranità digitale si rinvia all'analisi di P. Hummel, M. Braun, M. Tretter e P. Dabrock, *Data sovereignty: A review*, in 8 *Big Data & Society*, 2021, i quali passano in rassegna oltre seicento articoli in materia e identificano sei differenti nozioni di sovranità. Sulla polisemia dell'espressione sovranità digitale si veda, inoltre, E.M.L. Moerel e P. Timmers, *Reflections on Digital Sovereignty*, EU Cyber Direct, Research in Focus series, 2021.

<sup>2</sup> Di «functional allocation of power» parla, ad esempio, F. Pasquale, *From Territorial to Functional Sovereignty: The Case of Amazon*, in *Law and Political Economy (LPE) Project*, 6.12.2017, [lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon](http://lpeproject.org/blog/from-territorial-to-functional-sovereignty-the-case-of-amazon).

comprensione e di definizione dei problemi e delle sfide che presenta la rivoluzione digitale, a identificare le soluzioni, a mettere a punto le categorie attraverso cui ordinare e descrivere la nuova realtà. Soprattutto, il confronto con altri ordinamenti è funzionale alla costruzione delle identità nazionali o regionali, spesso definite in contrapposizione alle scelte e alle preferenze espresse dagli altri<sup>3</sup>.

In questi anni ciascuno dei tre principali attori della contesa globale – gli Stati Uniti d’America, l’Europa e la Cina – ha dato vita non solamente a sistemi di regole distinti, ma soprattutto ad una peculiare narrazione che va ben oltre la sfera digitale, per conferire un’identità e una giustificazione alle scelte compiute, espressione di una precisa visione del mondo. In questo modo, la sfera digitale si è progressivamente trasformata nel terreno d’elezione per la definizione dei valori di fondo, dei diritti e degli interessi da tutelare, nel quale si condensano scelte, ideali e aspirazioni di una società nel suo complesso. Alla luce di queste premesse, scopo delle riflessioni che seguono è quello di ripercorrere le principali narrazioni che si contendono il campo nella contesa per la sovranità digitale e di riflettere in particolare sul ruolo della comparazione giuridica nel plasmare queste diverse identità.

---

<sup>3</sup> Cfr. J. Black, *Regulatory Conversations*, in 29 *Journal of Law & Society*, 2002, p. 165: «Discourse forms the basis of regulation. It constitutes regulation in that it builds understandings and definitions of problems (for example, “market failure”, “risk”) and acceptable and appropriate solutions (criminalization, “meta-regulation”, “precautionary principle”), it builds operational categories (for example, “compliance”), and produces the identities of and relations between those involved in the process. It is functional in that it is designed to achieve certain ends (for example, the strategic use of rule design; the deployment of skills of argumentation and rhetoric by all involved at every stage). It is coordinating in that it produces shared meanings as to regulatory norms and social practices which then form the basis for action (for example, the formation of regulatory interpretive communities). D’altra parte, a dispetto della sua inafferrabilità, o forse proprio per questo, l’espressione stessa «sovranità» ha sempre avuto un ruolo di primo piano non solo per descrivere ma anche e soprattutto per plasmare la realtà. Sul punto cfr. S. Beaulac, *The power of language in the making of international law: the word sovereignty in Bodin and Vattel and the myth of Westphalia*, Leiden, 2004, p. 1: «The word “sovereignty” is one of those powerful words which has its own existence as an active force within social consciousness. Through the cognitive process of the human mind, not only can language represent reality, but it may play a leading part in creating and transforming reality, including the activity of modelling the shared consciousness of society. Such a word is thus a *form of social power*».

## 2. Gli Stati Uniti d'America

Un'analisi di questo genere non può che iniziare con quella che è considerata la patria di internet e del web, non solamente sul piano tecnologico ma anche giuridico: gli Stati Uniti d'America. La pietra angolare della disciplina statunitense risale alla metà degli anni Novanta. La storia è nota e possiamo ripercorrerla per sommi capi. Dinanzi alle prime condanne subite dalle piattaforme digitali ad opera delle corti per i contenuti pubblicati dagli utenti, frutto dell'equiparazione con gli editori tradizionali<sup>4</sup>, il Congresso americano diede vita ad una delle norme più note e discusse al mondo: la *Section 230 del Communications Decency Act* (1996), la quale stabilisce un'esenzione da responsabilità degli *interactive computer services* per i contenuti generati dagli utenti<sup>5</sup>.

Il principale argomento a sostegno di una disciplina protettiva per le piattaforme digitali puntava sul loro carattere neutrale e non intrusivo: una caratteristica che le rendeva profondamente diverse dai media tradizionali, i quali tipicamente svolgono un ruolo attivo nella produzione e nella diffusione dei contenuti<sup>6</sup>. Un regime giuridico più favorevole per questi nuovi intermediari – si osservava – avrebbe scongiurato il pericolo di *chilling effect*, incoraggiandoli ad agire come “buoni samaritani” nel moderare i contenuti, proteggendo allo stesso tempo la libertà di parola e i rischi di *collateral censorship*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Stratton Oakmont v. Prodigy Services Co.*, Index No. 94-031063 (N.Y. Sup. Ct., Nassau County Dec. 11, 1995). In senso opposto, v. *Cubby v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

<sup>5</sup> 47 U.S.C. § 230 (1): «No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider»; (2) 'No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (A)».

<sup>6</sup> In giurisprudenza il richiamo è a *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), 869: «the Internet is not as “invasive” as radio or television». Il secondo argomento utilizzato si fonda sull'assenza di quella scarsità (delle frequenze), la quale tradizionalmente giustifica una normativa più severa per media come televisione o la radio le cui frequenze sono limitate.

<sup>7</sup> *Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997).

Richiamando la celebre opinione dissenziente del giudice Holmes in *Abrams*<sup>8</sup>, la Corte suprema degli Stati Uniti conìò la celebre metafora di Internet come «nuovo mercato libero delle idee»<sup>9</sup>: un luogo di libero scambio foriero di innovazioni benefiche che è meglio rimanga quanto più possibile libero da ingerenze governative. Senza timore di incorrere in responsabilità – è il ragionamento – si garantisce il libero scambio. Originariamente articolata in un'epoca segnata dal *laissez-faire*, la metafora del *marketplace* suggerisce che una regolazione pervasiva della sfera digitale possa scoraggiare questo libero scambio e compromettere l'innovazione<sup>10</sup>.

Grazie alla sec. 230, e alla speciale copertura che il 1. emendamento offre al *free speech*, prende forma un quadro normativo fortemente protettivo per le nascenti imprese che operano nella sfera digitale, e si realizza un'ampia delega del potere di autoregolamentazione ai privati. La nuova normativa sugli intermediari dell'informazione, infatti, non attribuisce loro semplicemente una speciale immunità da responsabilità, ma costituisce un potente argine ai tentativi di enti statali e locali di regolare le loro attività<sup>11</sup>. Nonostante le molte critiche, quelle «ventisei parole che crearono internet»<sup>12</sup>, e la potente metafora del *new*

<sup>8</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919) (Holmes, J. dissenting).

<sup>9</sup> *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), at 885: «as a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship». Sull'uso delle metafore nello spazio digitale si rinvia a A. Morelli e O. Pollicino, *Metaphors, Judicial Frames and Fundamental Rights in Cyberspace*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2020, p. 616 ss. Sul ruolo delle metafore nel ragionamento giuridico v. H. Bosmajian, *Metaphor and Reason in Judicial Opinions*, Carbondale, 1992.

<sup>10</sup> Cfr. 47 U.S.C. 230(b)(2): «It is the policy of the United States... to preserve the vibrant and competitive free market that presently exists for the Internet and other interactive computer services, unfettered by Federal or State regulation».

<sup>11</sup> Cfr. 47 U.S.C. 230(e)(3): «Nothing in this section shall be construed to prevent any State from enforcing any State law that is consistent with this section. No cause of action may be brought and no liability may be imposed under any State or local law that is inconsistent with this section». Anche le piattaforme digitali per lo scambio di beni e servizi hanno iniziato a invocare la legge per contestare qualsiasi tentativo di regolare le proprie attività ed evitare responsabilità, enfatizzando l'elemento "espressivo" della propria attività. In questa prospettiva, qualsiasi regolamento – ad esempio un'ordinanza comunale che disciplina gli affitti a breve termine - è inquadrato come «content-based financial burden» che condiziona il «commercial speech» e che, in quanto tale, è soggetto a «strict scrutiny».

<sup>12</sup> J. Kossseff, *The Twenty-six Words that Created the Internet*, Itacha e Londra, 2019.



*marketplace of ideas* che ne è alla base, sono rimaste il caposaldo del modello americano di governo della rete plasmando il modello di impresa e di mercato oggi dominante nel web<sup>13</sup>.

### 3. L'Europa

In opposizione al discorso nordamericano su competizione e mercato, l'Europa fonda la propria narrazione e la propria identità giuridica facendo appello al linguaggio dei diritti<sup>14</sup>. Una simile narrazione costituisce diretta espressione del progetto europeo sorto nel secondo dopoguerra e tradottosi a livello nazionale nelle costituzioni di Paesi come Germania e Italia e, sul piano sovranazionale, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per poi trovare definitiva consacrazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Ue<sup>15</sup>.

Nasce in questo quadro una concezione dei dati personali e della loro tutela come diritti fondamentali della persona umana. La costituzionalizzazione del diritto alla protezione dei dati è, infatti, un elemento centrale nella creazione di un'identità europea nella sfera digitale. La dignità umana e l'autodeterminazione costituiscono la base del diritto alla riservatezza delle persone, in una prospettiva che, a differenza di quella nordamericana, trascende la dimensione di mercato per collocare la questione entro i diritti della personalità<sup>16</sup>.

A partire da queste premesse, l'Europa ha costruito una narrazione che descrive una sfera digitale basata sui valori comuni europei, che

---

<sup>13</sup> Cfr. A. Chander, *How Law Made Silicon Valley*, in 63 *Emory Law Journal*, 2014, p. 642: «legal innovations in the 1990s that reduced liability concerns for Internet intermediaries, coupled with low privacy protections, created a legal ecosystem that proved fertile for the new enterprises of what came to be known as Web 2.0.».

<sup>14</sup> Per un'analisi comparatistica si veda P.M. Schwartz e K.N. Peifer, *Transatlantic Data Privacy Law*, in 106 *Georgetown Law Journal*, 2017, p. 115 ss., i quali parlano di «rights talk» per il modello europeo e di «marketplace discourse» per quello statunitense.

<sup>15</sup> Cfr. art. 8 Carta dei diritti fondamentali Ue (Protezione dei dati di carattere personale): «1. Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano; 2. Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge. Ogni individuo ha il diritto di accedere ai dati raccolti che lo riguardano e di ottenerne la rettifica; 3. Il rispetto di tali regole è soggetto al controllo di un'autorità indipendente».

<sup>16</sup> Per un confronto tra le due tradizioni, con particolare riferimento alla diversa estensione della libertà di espressione, si veda O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Internet. A Road Towards Digital Constitutionalism?*, Oxford, 2021, spec. p. 39 ss.

mette al centro le persone e i loro diritti e che ha l'obiettivo di plasmare una tecnologia «per la gente» (*Tech that works for people*)<sup>17</sup>, da realizzare attraverso una serie di interventi normativi fondati su alcuni principi cardine: solidarietà e inclusione, libertà di scelta, partecipazione, sicurezza in rete e sostenibilità<sup>18</sup>.

#### 4. La Cina

Il modello cinese si distacca tanto dalla narrazione americana del *marketplace* quanto dal discorso europeo su diritti individuali e sulle tutele costituzionali per mettere al centro una precisa visione di società, da realizzare in linea con gli indirizzi del Partito e con i valori del socialismo. In questa visione, il ruolo del soggetto pubblico è fondamentale nel promuovere il mantenimento dell'ordine e della stabilità sociale, l'armonia, la cooperazione e la sicurezza, e per consolidare i valori del socialismo e del confucianesimo attraverso il controllo della società da parte del Partito comunista<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Si veda, ad esempio, la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale della Commissione europea del 26 gennaio 2022, Com/2022/28 final, il cui primo capitolo si intitola significativamente «Mettere le persone al centro della trasformazione digitale»: «Le persone sono al centro della trasformazione digitale nell'Unione europea. La tecnologia dovrebbe essere al servizio e andare a beneficio di tutti gli europei e metterli nelle condizioni di perseguire le loro aspirazioni, in tutta sicurezza e nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali».

<sup>18</sup> A questi temi sono dedicati i diversi capitoli nei quali si divide la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale della Commissione europea e la maggior parte dei documenti europei sul tema. A tal proposito, si veda anche il documento della Commissione europea, *Shaping Europe's digital future*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/091014>.

<sup>19</sup> Cfr. *Xi Jinping gives speech at Cybersecurity and Informatization Work Conference, in China Copyright and Media*, 19.4.2016, <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2016/04/19/xi-jinping-gives-speech-at-cybersecurity-and-informatization-work-conference>: «We must... strengthen positive online propaganda, foster a positive, healthy, upward and benevolent online culture, use the Socialist core value view and the excellent civilizational achievements of humankind to nourish people's hearts and nourish society». Per una rassegna di documenti ufficiali sul tema in lingua inglese, si vedano *Chinese government outlines AI ambitions through 2020*, in *New America Foundation*, 26.1.2018, [www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-government-outlines-ai-ambitions-through-2020](http://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-government-outlines-ai-ambitions-through-2020); *Chinese expert group offers 'governance principles' for 'responsible AI'*, in *New America Foundation*, 17.6.2019, [www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-responsible-ai](http://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinese-expert-group-offers-governance-principles-responsible-ai). In dottrina, si rinvia a R. Cremers, *China's conception of cyber sovereignty: rhetoric and realization*, in D.S. Broeders e B. van den Berg (a cura di), *Digital Technologies and Global Politics*, Lanham, 2020, p. 129; H.S. Gao, *Data Regulation*

È per questo che nella Repubblica popolare cinese, internet, il web e le piattaforme digitali sono considerate infrastrutture tecniche che costituiscono parte integrante di una strategia nazionale unitaria. Questa visione strategica della sfera digitale si traduce in un sistema di governo basato su un *state-centric multilateralism*, che rivendica la centralità dello Stato nel definire le regole del gioco, in aperto contrasto con il *bottom-up multi-stakeholderism* occidentale che invece considera il settore privato e la società civile come gli attori chiave della sfera digitale<sup>20</sup>.

Negli ultimi anni questo progetto ha assunto lineamenti sempre più definiti, seguendo una traiettoria che si articola lungo due direttrici fondamentali. Per un verso, si stabilisce uno stretto controllo sulla libertà di espressione attraverso forme di censura e di selezione dei contenuti, il cui esercizio è spesso delegato alle stesse piattaforme. Per altro verso, si incoraggia uno sviluppo economico aperto e creativo, in cui i colossi del web diventano veicolo di nuove opportunità per l'intero Paese. È su questo secondo versante che la rivoluzione digitale incarna la promessa di rilancio nella competizione internazionale. E sono espressione di questa visione di una conquista collettiva della modernità una serie di leggi – tra l'altro, su concorrenza<sup>21</sup>, sicurezza dei dati<sup>22</sup>, protezione dei dati personali<sup>23</sup> e sistemi di raccomandazione algoritmica impiegati dalle piattaforme digitali<sup>24</sup> – che stanno contribuendo a definire le regole del gioco.

La centralità della tecnologia per le strategie complessive del Paese spiega anche il riferimento insistito alla sicurezza tanto nelle politiche interne quanto nella proiezione internazionale<sup>25</sup>. Tale nozione di sicu-

---

*with Chinese Characteristics*, in M. Burri (a cura di), *Big Data and Global Trade Law*, Cambridge, 2021, p. 251.

<sup>20</sup> Cfr. A. Chander e H. Sun, *Sovereignty 2.0*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*, 2021, p. 2404.

<sup>21</sup> [www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202011/t20201109\\_323234.html](http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202011/t20201109_323234.html).

<sup>22</sup> [www.gov.cn/xinwen/2021-06/11/content\\_5616919.html](http://www.gov.cn/xinwen/2021-06/11/content_5616919.html).

<sup>23</sup> [www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/a8c4e3672c74491a80b53a172bb753fe.shtml](http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/a8c4e3672c74491a80b53a172bb753fe.shtml).

<sup>24</sup> [www.cac.gov.cn/2022-01/04/c\\_1642894606364259.htm](http://www.cac.gov.cn/2022-01/04/c_1642894606364259.htm).

<sup>25</sup> Cfr. Art. 1 *Cybersecurity Law* (2016): «This law is formulated so as to ensure network security, to safeguard cyberspace sovereignty, national security and the societal public interest, to protect the lawful rights and interests of citizens, legal persons and other organizations, and to promote the healthy development of economic and social informatization», [www.chinalawtranslate.com/en/2016-cybersecurity-law](http://www.chinalawtranslate.com/en/2016-cybersecurity-law). Sul piano internazionale si veda WTO, *Joint Statement on electronic commerce, Communication from China*, 23.4.2019, INF/ECOM/19 («It's undeniable that trade-related aspects of data flow are of great importance to trade development.

rezza, declinata in base agli interessi nazionali, è dilatata al punto da ricomprendere qualsiasi considerazione che riguardi la sovranità e lo sviluppo economico<sup>26</sup>.

## 5. Un banco di prova. I dati tra libera circolazione e protezione

La disciplina sui dati rappresenta la migliore cartina di tornasole del confronto tra questi modelli. Del resto, i dati non sono solamente il bene più prezioso dell'economia digitale, ma soprattutto la loro circolazione avviene necessariamente a livello planetario, essendo il loro flusso indispensabile per il commercio globale di beni, servizi e informazioni sul web<sup>27</sup>. È per questo che la disciplina dei dati è divenuta subito il terreno di scontro tra le diverse concezioni della sfera digitale ed il luogo nel quale l'espressione sovranità digitale ha fatto il proprio ingresso nel dibattito pubblico.

*a) Stati Uniti d'America.* In coerenza con la retorica del *marketplace* e del *free speech*, negli Stati Uniti vige – almeno a livello declamatorio – un generale principio di libera circolazione dei dati, il quale si traduce in limiti stringenti alle ragioni che possano pregiudicarne o restringerne indebitamente la circolazione<sup>28</sup>. La protezione dei dati non assume rango costituzionale e manca una legge federale sulla *privacy*, la cui tutela è rimessa alle normative statali. Ove presenti, tali leggi sono co-

---

However, more importantly, the data flow should be subject to the precondition of security, which concerns each and every Member's core interests. To this end, it is necessary that the data flow orderly in compliance with Members' respective laws and regulations», docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/INF/ECOM/19.pdf&Open=True.

<sup>26</sup> Cfr. art. 1 *Data Security Law* (2021): «This Law is enacted for the purpose of regulating data processing, ensuring data security, promoting development and utilization of data, protecting the lawful rights and interests of individuals and organizations, and safeguarding the sovereignty, security, and development interests of the state», www.npc.gov.cn/englishnpc/c23934/202112/1abd8829788946ecab270e469b13c39c.shtml.

<sup>27</sup> Le due misure principali attraverso le quali si esercita la sovranità digitale sono le restrizioni alla circolazione transfrontaliera dei dati e l'imposizione di requisiti connessi alla localizzazione obbligatoria dei dati. Tutti e tre i modelli esaminati adottano precise misure al riguardo.

<sup>28</sup> Il primo caso nel quale è stato affermato il principio della copertura costituzionale alla libera circolazione dei dati sotto forma di «*free speech*» è *Sorrell v. IMS Health Care*, 564 U.S. 552, 570 (2011): «the creation and dissemination of information are speech within the meaning of the First Amendment».

munque strumentali al corretto funzionamento del mercato<sup>29</sup>. Eventuali abusi nell'uso dei dati sono sanzionati solo se si siano tradotti in un pregiudizio concreto per il consumatore e siano frutto di pratiche sleali o di difetto di informazione<sup>30</sup>. In coerenza con questo quadro, la tutela degli interessi lesi è rimessa all'autorità di regolazione del mercato<sup>31</sup>.

b) *Europa*. In modo opposto, in Europa la circolazione dei dati è condizionata alla tutela della privacy e alla protezione dei dati personali, considerati tratti essenziali della persona umana. Negli Stati membri, il diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali è riconosciuto in molte carte costituzionali. In Europa, il diritto alla riservatezza è affermato già con la Direttiva sul trattamento dei dati personali del 1995<sup>32</sup> e trova definitiva consacrazione nel Regolamento europeo del 2016 (Gdpr)<sup>33</sup>. La violazione di tali diritti è sanzionabile indipendentemente dalla prova di un pregiudizio concreto subito, tanto nei confronti dell'autorità pubblica che dei privati, secondo il principio dell'effica-

---

<sup>29</sup> Tale conclusione rimane valida anche in quei casi che all'apparenza si avvicinano di più al modello europeo, come nel caso del *California Online Privacy Protection Act* (CalOPPA), CAL. Bus. & Prof Code § 22575(a) (2017). Per un esame delle normative statali che impongono obblighi informativi a tutela della *privacy* del consumatore si rinvia a D. Solove, P.M. Schwarz, *Privacy Law Fundamentals*, Portsmouth, 2019, p. 205 ss.

<sup>30</sup> In giurisprudenza si vedano *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 133 S. Ct. 1138, 1155 (2013); *Spokeo, Inc. v. Robins*, 136 S. Ct. 1540, 1550 (2016). Nella legislazione si vedano, ad esempio, *The Gramm-Leach-Bliley Act*, 15 U.S.C. § 6803 (1999); *Health Information Technology for Economic and Clinical Health Act*, 42 U.S.C. §§ 300jj-300jj-52 (2012). Circa la limitata capacità di offrire tutela di questo tipo di rimedi si veda, in chiave critica, O. Ben-Shahar e C.E. Schneider, *More Than You Wanted To Know: The Failure Of Mandated Disclosure*, Princeton, 2014.

<sup>31</sup> Per una riflessione sul tema si veda C.J. Hoofnagle, *Federal Trade Commission Privacy Law and Policy*, Cambridge, 2016.

<sup>32</sup> Direttiva 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

<sup>33</sup> Regolamento Ue 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/Ce (regolamento generale sulla protezione dei dati), d'ora in avanti, denominato Gdpr. L'art. 1 del Gdpr recita: «1. Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché norme relative alla libera circolazione di tali dati. 2. Il presente regolamento protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali».

cia orizzontale<sup>34</sup>. È in questo quadro che si spiega una tutela rimessa all'autorità giudiziaria, così come molte delle caratteristiche peculiari della disciplina europea sul trattamento dei dati: dall'esigenza di una valida base giuridica per il loro trattamento<sup>35</sup> al diritto all'oblio<sup>36</sup>.

c) *Cina*. Anche la Cina ha sviluppato una peculiare visione della sfera digitale e, di riflesso, del trattamento dei dati e della loro circolazione. In opposizione tanto alla visione americana dei dati come *commodity* e di quella europea dei dati come diritti, la narrazione cinese si fonda su ragioni di sicurezza e su una concezione dei dati come risorsa strategica<sup>37</sup>. È per questo che – a differenza dell'Europa dove sono i

<sup>34</sup> Per un confronto tra Europa e Stati Uniti sul tema si rinvia a D.J. Solove, *Data Is What Data Does: Regulating Use, Harm, and Risk Instead of Sensitive Data*, in *GW Law faculty publications & other works*, 2023.

<sup>35</sup> Cfr. art. 6 Gdpr (Liceità del trattamento): «1. Il trattamento è lecito solo se e nella misura in cui ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'interessato ha espresso il consenso al trattamento dei propri dati personali per una o più specifiche finalità; b) il trattamento è necessario all'esecuzione di un contratto di cui l'interessato è parte o all'esecuzione di misure precontrattuali adottate su richiesta dello stesso; c) il trattamento è necessario per adempiere un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento; d) il trattamento è necessario per la salvaguardia degli interessi vitali dell'interessato o di un'altra persona fisica; e) il trattamento è necessario per l'esecuzione di un compito di interesse pubblico o connesso all'esercizio di pubblici poteri di cui è investito il titolare del trattamento; f) il trattamento è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore».

<sup>36</sup> Art. 17 Gdpr (Diritto alla cancellazione): «1. L'interessato ha il diritto di ottenere dal titolare del trattamento la cancellazione dei dati personali che lo riguardano senza ingiustificato ritardo e il titolare del trattamento ha l'obbligo di cancellare senza ingiustificato ritardo i dati personali, se sussiste uno dei motivi seguenti: a) i dati personali non sono più necessari rispetto alle finalità per le quali sono stati raccolti o altrimenti trattati; b) l'interessato revoca il consenso su cui si basa il trattamento conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), o all'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), e se non sussiste altro fondamento giuridico per il trattamento; c) l'interessato si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 1, e non sussiste alcun motivo legittimo prevalente per procedere al trattamento, oppure si oppone al trattamento ai sensi dell'articolo 21, paragrafo 2; d) i dati personali sono stati trattati illecitamente; e) i dati personali devono essere cancellati per adempiere un obbligo giuridico previsto dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento; f) i dati personali sono stati raccolti relativamente all'offerta di servizi della società dell'informazione di cui all'articolo 8, paragrafo 1». In giurisprudenza il riferimento è a C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*.

<sup>37</sup> NPC & Central Committee of the CPC, *Outline of the 13th Five-Year Plan for National Economic and Social Development of the People's Republic of China (2016-2020)*, 2016, en.ndrc.gov.cn/policies/202105/P020210527785800103339.pdf.

dati personali a ricevere una tutela più intensa – nel modello cinese, ancor prima di quella dei dati personali<sup>38</sup>, la categoria fondante è quella dei dati di importanza nazionale sul piano strategico<sup>39</sup>, a dimostrazione che al centro delle preoccupazioni ci sono esigenze di sicurezza nazionale, secondo una concezione che si riflette nelle principali leggi cinesi sul tema<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Anche se la *Personal Information Protection Law* (2021) accoglie la nozione di dati personali (per l'art. 4 «Personal information refers to various information related to an identified or identifiable natural person recorded electronically or by other means, but does not include anonymized information. Personal information processing includes personal information collection, storage, use, processing, transmission, provision, disclosure and deletion, among others»), le ragioni di sicurezza rimangono comunque centrali nell'impianto della legge (art. 10: «No organization or individual shall illegally collect, use, process, or transmit the personal information of other persons, or illegally trade, provide or disclose the personal information of other persons, or engage in personal information processing activities that endanger national security or harm public interests»), [http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/2021-12/29/c\\_694559.htm](http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/2021-12/29/c_694559.htm). Cfr. anche Art. 37 Pipl: «Personal information and other important data gathered or produced by critical information infrastructure operators during operations within the mainland territory of the People's Republic of China, shall store it within mainland China. Where due to business requirements it is truly necessary to provide it outside the mainland, they shall follow the measures jointly formulated by the State network information departments and the relevant departments of the State Council to conduct a security assessment; but where laws and administrative regulations provide otherwise, follow those provisions».

<sup>39</sup> Cfr. *Data Security Law* (art. 21: «The state shall establish a categorized and classified system and carry out data protection based on the importance of the data in economic and social development, as well as the extent of harm to national security, public interests, or the lawful rights and interests of individuals or organizations that will be caused once the data are altered, destroyed, leaked, or illegally obtained or used. The coordination mechanism for national data security shall coordinate the relevant departments to formulate a catalog of important data and strengthen protection of important data. Data concerning national security, lifelines of the national economy, important aspects of people's lives, major public interests, ect., are core data of the state, for which a stricter management system shall be implemented. All localities and departments shall, in accordance with the categorized and classified data protection system, prepare specific catalogs of important data for their respective regions, departments, and relevant industries and sectors, and give priority to the data listed in the catalogs in terms of data protection»). Altre disposizioni significative sono contenute nella *Cyber Security Law* (artt. 21, 34, 37).

<sup>40</sup> V. *supra*, note 37, 38 e 39. Per una riflessione critica in dottrina si rinvia, tra gli altri, a S. Animashaun, *Tearing down the 'Walled Gardens' among China's Tech Giants*, University of Hong Kong Faculty of Law Research Paper No. 2022/35, 14.6.2022; Y.C. Chin, Z. Jingwu, *Governing Cross-Border Data Flows: International Trade Agreements and Their Limits*, in 11 *Laws*, 2022, p. 63 ss.; R. Creemers, *China's Long and Winding Road in Global Cyberspace. Great Power Relationships or Common Destiny?*, 31.1.2021, [ssrn.com/abstract=3776814](https://ssrn.com/abstract=3776814).

## 6. La contesa per la sovranità digitale e la circolazione dei modelli

Queste tre distinte narrazioni si scontrano nella contesa in corso per il dominio della sfera digitale. La posta in gioco è altissima e riguarda il controllo di dati e software, intelligenza artificiale, standard e protocolli (5G, nomi di dominio, ecc.), processi (come per i sistemi di *cloud computing*), hardware (server, computer, cellulari, tablet), servizi (social media, siti di e-commerce) e infrastrutture (cavi, satelliti fino a intere città, nel caso delle *smart cities*), per estendersi ai campi più diversi, all'interno così come al di fuori del web, dalla libertà di espressione alla tutela dei consumatori e del mercato<sup>41</sup>.

a) *Stati Uniti d'America*. Se la tendenza ad ampliare il raggio d'azione delle normative nazionali e della giurisdizione delle proprie corti costituisce da sempre un tratto distintivo del diritto nordamericano<sup>42</sup>, tale propensione si fa ancora più marcata in tema di sovranità digitale<sup>43</sup>. La concorrenza tra ordinamenti è teorizzata e formalizzata in molti di questi documenti ufficiali, i quali fanno esplicito riferimento agli equilibri geopolitici, a equilibri competitivi e all'esigenza di porsi come leader globale della regolazione della sfera digitale<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> L. Floridi, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in 33 *Philosophy & Technology*, 2020, p. 371: «By “control” I mean here the ability to influence something (e.g. its occurrence, creation, or destruction) and its dynamics (e.g. its behaviour, development, operations, interactions), including the ability to check and correct for any deviation from such influence. In this sense, control comes in degrees and above all can be both pooled and transferred»). Sul punto si veda altresì A. Chander, H. Sun, *Sovereignty 2.0*, in *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* 2404 (2021), [scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2404](https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2404).

<sup>42</sup> T.L. Putnam, *Courts without Borders: Law, Politics, and US Extraterritoriality*, Cambridge, 2016.

<sup>43</sup> Il provvedimento che, a giudizio degli osservatori, meglio esemplifica questa tendenza è il *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* (Cloud Act) del 2018.

<sup>44</sup> Cfr. J. Biden, *Remarks by President Biden At Signing of An Executive Order Promoting Competition in the American Economy*. The White House (9.7.2021), [www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/07/09/remarks-by-president-biden-at-signing-of-an-executive-order-promoting-competition-in-the-american-economy/](https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2021/07/09/remarks-by-president-biden-at-signing-of-an-executive-order-promoting-competition-in-the-american-economy/) («In the competition against China... let's show that American democracy and the American people can truly outcompete anyone»); Office of Science and Technology Policy, *Accelerating America's Leadership in Artificial Intelligence* – The White House (11.2.2019), [trumpwhitehouse.archives.gov/articles/accelerating-americas-leadership-in-artificial-intelligence](https://trumpwhitehouse.archives.gov/articles/accelerating-americas-leadership-in-artificial-intelligence), ove si sottolinea l'esigenza di proteggere i valori americani nei confronti di «strategic competitors and foreign adversaries». Definisce la competizione sull'intelligenza artificiale come una competizione sui valori la



Fin dagli anni della sec. 230 gli Usa hanno avviato una politica sul commercio internazionale per affermare a livello globale il principio della libera circolazione dei dati<sup>45</sup>, secondo coordinate poi confluite in una serie di trattati bilaterali e regionali, i quali vietano restrizioni a tale circolazione<sup>46</sup>. In coerenza con la metafora del *new marketplace*, gli Stati Uniti hanno tenuto politiche attive nel favorire la libera circolazione e considerato ogni forma di restrizione posta da Paesi terzi come illegittima barriera al commercio.

L'esportazione del modello americano non è avvenuta solamente attraverso previsioni contenute nei trattati internazionali che stabiliscono la libera circolazione dei dati e il divieto di localizzazione dei dati quali barriere al commercio<sup>47</sup>, ma anche attraverso la promozione di accordi commerciali<sup>48</sup>, strumenti di controllo sugli investimenti stra-

---

National Security Commission on Artificial Intelligence *Final Report* (2021). Anche la normativa proposta dal Congresso americano nel 2021 è esplicitamente definita in opposizione al modello cinese. Sul punto cfr. E. Hine e L. Floridi, *Artificial Intelligence with American Values and Chinese Characteristics*, cit.

<sup>45</sup> White House, *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1 July 1997; U.S. Bipartisan Trade Promotion Authority Act of 2002.

<sup>46</sup> Cfr. *Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP*, art. 14.11 (Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means); *United States–Mexico–Canada Agreement – USMCA*, art. 19.11 (Cross-Border Transfer of Information by Electronic Means) («1. No Party shall prohibit or restrict the cross-border transfer of information, including personal information, by electronic means if this activity is for the conduct of the business of a covered person. 2. This Article does not prevent a Party from adopting or maintaining a measure inconsistent with paragraph 1 that is necessary to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure: (a) is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; and (b) does not impose restrictions on transfers of information greater than are necessary to achieve the objective»). Sul piano bilaterale, gli Stati Uniti hanno concluso accordi con Singapore (2003), Chile (2003), Australia (2004), Peru (2006), South Korea (2007), Panama (2012), Colombia (2012). L'art. 15.8 del *Free Trade Agreement between US and South Korea* «recognizes the importance of the free flow of information in facilitating trade, and acknowledging the importance of protecting personal information, the Parties shall endeavor to refrain from imposing or maintaining unnecessary barriers to electronic information flows across borders». Per una ricognizione sul tema si rinvia a Y.C. Chin, Z. Jingwu, *Governing Cross-Border Data Flows*, cit., 4.

<sup>47</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, le disposizioni contenute nel *Usmca*. Art. 19.11 («no Party shall prohibit or restrict the cross-border transfer of information, including personal information, by electronic means»); art. 19.12 («no Party shall require a covered person to use or locate computing facilities in that Party's territory as a condition for conducting business in that territory»).

<sup>48</sup> WTO - Communication from the United States, *The economic benefits of cross-border data flows*, S/C/W/382 del 17 giugno 2019.

nieri in imprese americane, soprattutto quando questi comportino l'acquisizione di dati sensibili<sup>49</sup>, e interventi *ad hoc* per singole imprese<sup>50</sup>.

b) *Europa*. Nel tracciare la rotta per una via europea al digitale, la Commissione Ue ha più volte sottolineato la necessità di disegnare una sfera digitale fondata su regole e valori tipicamente europei<sup>51</sup>. Questa nozione europea di sovranità digitale si declina in due direzioni diverse e complementari.

In primo luogo, l'Europa rivendica l'esigenza di definire in piena autonomia le proprie regole, riducendo al minimo la propria dipendenza da soluzioni digitali create altrove. Allo stesso tempo – come emerge dalla lettura dei documenti ufficiali e delle dichiarazioni rese dalle istituzioni europee<sup>52</sup> – l'obiettivo di dar vita ad una sfera digitale basata sui valori europei procede di pari passo con l'ambizione di influenzare il modo in cui le soluzioni per la sfera digitale sono sviluppate a livello globale e di esportare il modello al di fuori del Vecchio continente, promuovendo il ruolo di guida dell'Europa nel mondo<sup>53</sup>. Questa aspirazione ha trovato negli ultimi anni nuova linfa con il Gdpr – divenuto una sorta di “gold standard” a livello globale della tutela

<sup>49</sup> Cfr. *Foreign Investment Risk Review Modernization Act – FIRMA* (2018). Sul punto si rimanda a C. Egan, X. Zhu e S. Rasay, *Scrutiny of Chinese investments in US tech to continue under Trump or Biden*, in *S&P Global* dell'8 settembre 2020.

<sup>50</sup> V. *infra*, nota 85.

<sup>51</sup> Cfr. R. Huw Roberts, J. Cows, F. Casolari, J. Morley, M. Taddeo e L. Floridi, *Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies*, in *10 Internet Policy Review*, 2021, p. 1 ss.

<sup>52</sup> Cfr. *Digital sovereignty is central to European strategic autonomy* – Discorso del Presidente Charles Michel all'evento online *Masters of digital 2021*: «We have unique and undeniable strengths. Our market of 450 million people. And with it, comes our regulatory power. The famous “Brussels effect” – that enables us to set the highest standards for our citizens, while projecting these standards across the world. This is especially true in the digital domain. Take our General Data Protection Regulation (Gdpr) in 2016. And today's Digital Services Act and Digital Markets Act, proposed by the Commission. And we have another powerful tool: our competition policy. It has an effect beyond our borders. This ensures that consumers have more choice and fair prices in a fair market».

<sup>53</sup> Cfr. T. Madiaga, *Digital sovereignty for Europe*, in *EPRS Ideas Paper*, luglio 2020: «The notion of ‘technological’ or ‘digital sovereignty’ has recently emerged as a means of promoting the notion of European leadership and strategic autonomy in the digital field... In this context, ‘digital sovereignty’ refers to Europe's ability to act independently in the digital world». Cfr. E. Fahey, *The European Union as a Digital Trade Actor: The Challenge of Being a Global Leader in Standard-Setting*, in *27 International Trade Law and Regulation*, 2021, p. 155 ss.

della privacy<sup>54</sup> – il quale ha finito per rappresentare la dimostrazione più limpida della capacità di promuovere i valori europei nel mondo.

Se anche nel caso europeo i trattati internazionali hanno svolto un ruolo importantissimo, con clausole che riconoscono agli Stati contraenti il diritto di limitare la libera circolazione dei dati in nome del diritto alla privacy<sup>55</sup>, l'estensione della portata delle norme eurounitarie al di fuori dello spazio dell'Unione si è caratterizzata per il peculiare meccanismo stabilito dal Gdpr<sup>56</sup>, il quale subordina la libera circolazione dei dati ad una valutazione di «adeguatezza» del sistema di protezione dei dati personali nel Paese terzo<sup>57</sup>. È importante notare, a questo

---

<sup>54</sup> P.M. Schwartz, *Global Data Privacy: The EU Way*, 94 *New York University Law Review*, 2019, p. 771: «The cornerstone of EU law in this area, the General Data Protection Regulation (GDPR), is now widely regarded as a privacy law not just for the EU, but for the world»; A. Satariano, *GDPR a New Privacy Law, Makes Europe World's 8 Leading Tech Watchdog*, in *New York Times* del 25 maggio 2018.

<sup>55</sup> In generale, sull'aumento e sulla maggiore latitudine delle eccezioni contenute nei trattati commerciali in tema di privacy si rinvia a S. Yakovleva, *Three Data Realms: Convergence or Competition*, Amsterdam Law School Research Paper No. 2022-58: «While the substantive obligations on data flows have hardened and deepened, the exceptions counterbalancing them became much broader than typical exceptions from international trade commitments».

<sup>56</sup> Cfr. A. Chander, M.E. Kaminski e W. McGeeveran, *Catalyzing Privacy Law*, cit., p. 1765: «The adequacy process can thus be characterized as a deliberate legal export strategy»; G. Greenleaf, *The Influence of European Data Privacy Standards Outside Europe: Implications for Globalization of Convention*, in 2 *International Data Privacy Law*, 2012, p. 68 ss.; J.M. Scott e L. Cerulus, *Europe's New Data Protection Rules Export Privacy Standards Worldwide*, in *Politico* del 31 gennaio 2018.

<sup>57</sup> Tale requisito di adeguatezza è previsto sia nella Direttiva del 1995 (art. 56) che nel Gdpr (art. 45). L'articolo 45, parr. 1-3, del Regolamento intitolato «Trasferimento sulla base di una decisione di adeguatezza», così prevede: «1. Il trasferimento di dati personali verso un Paese terzo o un'organizzazione internazionale è ammesso se la Commissione ha deciso che il Paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno del Paese terzo, o l'organizzazione internazionale in questione garantiscono un livello di protezione adeguato. In tal caso il trasferimento non necessita di autorizzazioni specifiche. 2. Nel valutare l'adeguatezza del livello di protezione, la Commissione prende in considerazione in particolare i seguenti elementi: a) lo stato di diritto, il rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali, la pertinente legislazione generale e settoriale (anche in materia di sicurezza pubblica, difesa, sicurezza nazionale, diritto penale e accesso delle autorità pubbliche ai dati personali), così come l'attuazione di tale legislazione, le norme in materia di protezione dei dati, le norme professionali e le misure di sicurezza, comprese le norme per il trasferimento successivo dei dati personali verso un altro Paese terzo o un'altra organizzazione internazionale osservate nel Paese o dall'organizzazione internazionale in questione, la giurisprudenza nonché i diritti effettivi e azionabili degli interessati e un ricorso effettivo in sede amministrativa e giudiziaria per gli interessati i cui dati personali sono oggetto di trasferimento; b) l'esistenza e l'effettivo funzionamento di una o più autorità di controllo indipendenti nel Paese terzo o cui è soggetta un'organizzazione internazionale, con competenza per garantire e

riguardo, che il trapianto di norme che un simile dispositivo mette in atto – ossia la spinta nei confronti del Paese terzo ad adottare un livello di protezione dei dati sostanzialmente equivalente a quello europeo – va ben oltre la portata immediata della norma. Sfruttando l'esigenza di uniformazione nell'offerta di beni e servizi e di razionalizzazione delle politiche aziendali<sup>58</sup>, si realizza un ampliamento di fatto della portata del Gdpr, come mostra la decisione – assunta da Microsoft all'indomani dell'entrata in vigore del Gdpr – di estendere le tutele previste dalle regole europee anche al di fuori dei suoi confini di applicazione<sup>59</sup>. Questo «Effetto Bruxelles»<sup>60</sup>, frutto della spinta di mercato, finisce poi per riverberarsi anche sulle scelte degli altri legislatori, a causa delle pressioni di quelle imprese che, adottato lo standard europeo anche fuori dall'Europa, esercitano poi un'influenza sui legislatori dei Paesi

---

controllare il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati, comprensiva di adeguati poteri di esecuzione, per assistere e fornire consulenza agli interessati in merito all'esercizio dei loro diritti e cooperare con le autorità di controllo degli Stati membri; e c) gli impegni internazionali assunti dal Paese terzo o dall'organizzazione internazionale in questione o altri obblighi derivanti da convenzioni o strumenti giuridicamente vincolanti come pure dalla loro partecipazione a sistemi multilaterali o regionali, in particolare in relazione alla protezione dei dati personali». Ad oggi la Commissione europea ha stabilito l'adeguatezza di Andorra, Argentina, Canada, Faroe Islands, Guernsey, Israele, Isle of Man, Giappone, Jersey, New Zealand, Corea del Sud, Svizzera, United Kingdom e Uruguay, cfr. [commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions\\_en](http://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en).

<sup>58</sup> Si vedano le interviste a dirigenti d'azienda riportate in K.A. Bamberger e D.K. Mulligan, *Privacy on the Ground Driving Corporate Behavior in the United States and Europe*, Cambridge Ma, 2015. In altri casi, la scelta delle imprese americane è stata quella di disabilitare l'accesso agli utenti europei. Cfr. A. Hern e M. Belam, *LA Times among US-based news sites blocking EU users due to GDPR*, *The Guardian* del 25 maggio 2018, [www.theguardian.com/technology/2018/may/25/gdpr-us-based-news-websites-eu-internet-users-la-times](http://www.theguardian.com/technology/2018/may/25/gdpr-us-based-news-websites-eu-internet-users-la-times).

<sup>59</sup> J. Brill, *Microsoft's Commitment to GDPR, Privacy and Putting Customers in Control of Their Own Data*, *Microsoft On Issues* del 21 maggio 2018, [blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/05/21/microsofts-commitment-to-gdpr-privacy-and-putting-customers-in-control-of-their-own-data](https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/05/21/microsofts-commitment-to-gdpr-privacy-and-putting-customers-in-control-of-their-own-data) («That's why today we are announcing that we will extend the rights that are at the heart of Gdpr to all of our consumer customers worldwide. Known as Data Subject Rights, they include the right to know what data we collect about you, to correct that data, to delete it and even to take it somewhere else»).

<sup>60</sup> Di «Brussels Effect» parla A. Bradford, *The Brussels Effect*, in 107 *Northwestern University Law Review*, 2012, p. 8 («Unilateral regulatory globalization occurs when a single state is able to externalize its laws and regulations outside its borders through market mechanisms, resulting in the globalization of standards»).

terzi per l'adozione di regole simili a quelle europee, così da godere di un vantaggio competitivo rispetto ai propri rivali<sup>61</sup>.

c) *Cina*. Anche la Cina ha rivendicato con forza la propria sovranità digitale<sup>62</sup>, in coerenza con il principio di sovranità territoriale e di mutua non interferenza negli affari interni che sono da sempre al centro della sua politica estera.<sup>63</sup> Nella sfera digitale questa rivendicazione si è tradotta in uno stretto controllo delle infrastrutture tecnologiche strategiche per il Paese<sup>64</sup>, secondo una traiettoria che ha riguardato inizialmente le infrastrutture fisiche per poi estendersi anche a software e contenuti<sup>65</sup>. Il famoso *Great firewall*<sup>66</sup> e, in modo meno eclatante, le tante disposizioni che impongono una ferrea localizzazione dei dati, ne sono una chiara riprova<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> Cfr. A. Chander, M.E. Kaminski e W. McGeeveran, *Catalyzing Privacy Law*, cit., 1789 («The Brussels Effect on Microsoft may thus be driving it to push for state privacy legislation that more closely maps on to the Gdpr and therefore does not raise regulatory costs for Microsoft-but may raise regulatory costs for non-Gdpr-compliant local competitors»).

<sup>62</sup> Cfr. Libro Bianco *The Internet in China*, [www.china.org.cn/government/whitepaper/2010-06/08/content\\_20207978.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/2010-06/08/content_20207978.htm) («Within Chinese territory the Internet is under the jurisdiction of Chinese sovereignty. The Internet sovereignty of China should be respected and protected.»). Per una ricostruzione della vicenda v. A. Wang, *Cyber Sovereignty at Its Boldest: A Chinese Perspective*, in 16 *OSTLJ Ohio State Technology Law Journal*, 2020, p. 403 ss.

<sup>63</sup> Una simile visione è riflessa nelle dichiarazioni ufficiali dei suoi leader. Cfr. le dichiarazioni del Presidente Xi secondo cui il rispetto della sovranità digitale implica «respecting each country's right to choose its own internet development path, its own internet management model, its own public policies on the internet, and to participate on an equal basis in the governance of international cyberspace – avoiding cyber-hegemony, and avoiding interference in the internal affairs of other countries». Per un resoconto si rinvia a F.S. Gady, *The Wuzhen Summit and the Battle over Internet Governance*, in *The Diplomat* del 14 gennaio 2016, [thediplomat.com/2016/01/the-wuzhen-summit-and-the-battle-over-internet-governance/](http://thediplomat.com/2016/01/the-wuzhen-summit-and-the-battle-over-internet-governance/); A. Chander, *The Asian Century?*, in 44 *UC Davis Law Review*, 2011, p. 727; A. Chander, H. Sun, *Sovereignty 2.0*, cit.

<sup>64</sup> W. Cong, *The Spatial Expansion of China's Digital Sovereignty: Extraterritoriality and Geopolitics* (2.9.2021), [ssrn.com/abstract=4019797](https://ssrn.com/abstract=4019797).

<sup>65</sup> Cfr. H.S. Gao, *Data Regulation with Chinese Characteristics*, cit.

<sup>66</sup> A. Wang, *Cyber Sovereignty at Its Boldest: A Chinese Perspective*, cit., p. 395 ss.; J. Fallows, *The Connection Has Been Reset*, in *Atlantic*, 3/2008, [www.theatlantic.com/magazine/archive/2008/03/the-connection-has-been-reset/306650/](http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2008/03/the-connection-has-been-reset/306650/).

<sup>67</sup> Cfr. Art. 37 *Cyber Security law* («Personal information and other important data gathered or produced by critical information infrastructure operators during operations within the mainland territory of the People's Republic of China, shall store it within mainland China. Where due to business requirements it is truly necessary to provide it outside the mainland, they shall follow the measures jointly formulated by the State network information departments and the relevant departments of the

D'altra parte, parallelamente all'ambizione di trasformarsi da una «grande» (*wangluo daguo*) ad una «forte» potenza digitale (*wangluo qiangguo*)<sup>68</sup>, si è modificata anche la politica cinese in tema di sovranità e, con essa, l'ambizione di esercitare la propria influenza a livello globale<sup>69</sup>. Nel disciplinare la circolazione transfrontaliera dei dati, anche l'ordinamento cinese attua meccanismi che favoriscono l'estensione della portata territoriale delle norme ai dati oggetto di trattamento al di fuori del territorio cinese, subordinando la circolazione dei dati ad una verifica sulla sicurezza non dissimile dall'*adequacy decision* europea<sup>70</sup>.

I trattati internazionali costituiscono la principale riprova di queste linee di tendenza. Mentre in una fase iniziale la circolazione dei dati non era neppure inclusa nei trattati sul commercio conclusi dalla Cina, negli ultimi anni questa posizione si è modificata notevolmente<sup>71</sup>. L'esportazione del modello cinese avviene anche attraverso altri canali.

---

State Council to conduct a security assessment; but where laws and administrative regulations provide otherwise, follow those provisions»).

<sup>68</sup> Cfr. R. Creemers, *China's Long and Winding Road in Global Cyberspace. Great Power Relationships or Common Destiny?* (31.1.2021), [ssrn.com/abstract=3776814](https://ssrn.com/abstract=3776814).

<sup>69</sup> Art. 2 *Data Security Law* (2021) («This Law shall apply to data processing activities and security supervision and regulation of such activities within the territory of the People's Republic of China. Where data processing outside the territory of People's Republic of China harms the national security, public interests, or the lawful rights and interests of individuals or organizations of the People's Republic of China, legal liability shall be investigated in accordance with the law»).

<sup>70</sup> Cfr. Art. 38 *Pipl* («1.A personal information processor that truly needs to provide personal information for a party outside the territory of the People's Republic of China for business sake or other reasons, shall meet one of the following requirements: (1) passing the security assessment organized by the national cyberspace department in accordance with Article 40 of this Law; (2) obtaining personal information protection certification from the relevant specialized institution according to the provisions issued by the national cyberspace department; (3) concluding a contract stipulating both parties' rights and obligations with the overseas recipient in accordance with the standard contract formulated by the national cyberspace department; and (4) meeting other conditions set forth by laws and administrative regulations and by the national cyberspace department. 2. Where an international treaty or agreement that the People's Republic of China has concluded or acceded to stipulates conditions for providing personal information for a party outside the territory of the People's Republic of China, such stipulations may be followed. 3. The personal information processor shall take necessary measures to ensure that the personal information processing activities of the overseas recipient meet the personal information protection standards set forth in this Law»).

<sup>71</sup> Con il *Regional Comprehensive Economic Partnership* del 2020 (Rcep), concluso con altri quattordici Paesi dell'area, la Cina si è impegnata a promuovere la libera circolazione dei dati, impedendo barriere commerciali alla loro circolazione e misure di localizzazione, [rcepsec.org/legal-text/](https://rcepsec.org/legal-text/). Sul punto si rinvia a M. Burri, *Digital Trade Rulemaking in Free Trade Agreements*, in corso di pubblicazione in D.

La *Global initiative on data security* ha ottenuto il supporto, tra gli altri, di Russia, Pakistan, Cambogia, Asean e Lega araba<sup>72</sup>. Allo stesso modo, la cosiddetta *Digital silk road* - la componente tecnologica della più ampia iniziativa che prende il nome di *Belt-road initiative* con la quale la Cina fornisce aiuto tecnico e commerciale a diversi Paesi della regione - svolge un ruolo centrale nell'espansione delle politiche cinesi in tema di digitale, esercitato in nome di una «comunità dal destino comune»<sup>73</sup>, suscitando le decise reazioni del Dipartimento di Stato americano, che ha tacciato questa strategia come un'esportazione dell'autoritarismo cinese<sup>74</sup>. Anche la Cina esercita uno stretto controllo sulle attività delle imprese cinesi all'estero, come mostrano le recenti vicende dell'app cinese di *ride-hailing* Didi, rimossa dagli *app store* cinesi per ragioni di sicurezza, dopo la sua quotazione alla borsa di New York.<sup>75</sup>

---

Collins e M. Geist (a cura di), *Handbook on Digital Trade*, Cheltenham, 2023, [ssrn.com/abstract=4281650](https://ssrn.com/abstract=4281650).

- <sup>72</sup> Ministry of Foreign Affairs of China, *Global Initiative on Data Security* del 29 ottobre 2020, [www.fmprc.gov.cn/web/ziliao\\_674904/tytj\\_674911/zcwj\\_674915/202010/t20201029\\_9869292.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/tytj_674911/zcwj_674915/202010/t20201029_9869292.shtml).
- <sup>73</sup> Cfr. M.S. Erie e T. Streinz, *The Beijing Effect: China's Digital Silk Road As Transnational Data Governance*, in 54 *New York University Journal of International Law and Politics*, 2021, p. 1 ss.; R. Creemers, *China's Long and Winding Road in Global Cyberspace. Great Power Relationships or Common Destiny?*, cit.
- <sup>74</sup> State Department, *The Elements of the China Challenge* 17 (2020) («Beijing provides digital technology and physical infrastructure to advance the CCP's authoritarian objectives throughout the [Indo-Pacific] region»); White House, *National Security Strategy*, 2017, 25 («China gathers and exploits data on an unrivalled scale and spreads features of its authoritarian system, including corruption and the use of surveillance»), [trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf](https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf). Sul punto v. anche C. Cheney, *China's Digital Silk Road: Strategic Technological Competition and Exporting Political Illiberalism*, in *Pacific Forum. Issues & Insights. Working Paper*, vol. 19, 2019, [pacforum.org/wp-content/uploads/2019/08/issuesinsights\\_Vol19-WP8FINAL.pdf](https://pacforum.org/wp-content/uploads/2019/08/issuesinsights_Vol19-WP8FINAL.pdf); S. Feldstein, *The Global Expansion of AI Surveillance*, in *Carnegie Endowment for International Peace*, 2019, [carnegieendowment.org/files/WP-Feldstein-AISurveillance\\_final1.pdf](https://carnegieendowment.org/files/WP-Feldstein-AISurveillance_final1.pdf); J. Parkinson, N. Bariyo e J. Chin, *Huawei Technicians Helped African Governments Spy on Political Opponents*, in *The Wall Street Journal* del 15 settembre 2015; L. Khalil, *Digital Authoritarianism, China and COVID*, Lowy Institutes, 2020, [www.loyyinstitute.org/publications/digital-authoritarianism-china-covid](https://www.loyyinstitute.org/publications/digital-authoritarianism-china-covid); A. Polyakova e C. Meserole, *Exporting digital authoritarianism* 5-6 Brookings, 2019, [www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/08/FP\\_20190826\\_digital\\_authoritarianism\\_polyakova\\_meserole.pdf](https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2019/08/FP_20190826_digital_authoritarianism_polyakova_meserole.pdf); M. Wang, *China's Techno-Authoritarianism Has Gone Global*, in *Foreign Affairs* dell'8 aprile 2021.
- <sup>75</sup> V. Liu e Y. Luo, *China Initiates Cybersecurity Review of Didi ChuXing and Three Other Chinese Mobile Applications*, Covington. Inside Privacy (6.7.2021), [www.insideprivacy.com/international/china/china-initiates-cybersecurity-review-of-didi-chuxing-and-three-other-chinese-mobile-applications/](https://www.insideprivacy.com/international/china/china-initiates-cybersecurity-review-of-didi-chuxing-and-three-other-chinese-mobile-applications/); L. Qiaoyi e Z. Hongpei, *3 more internet*

## 7. Declamazioni teoriche e regole operazionali

A dispetto dell'apparente inconciliabilità di fondo delle tre narrazioni proposte, un'analisi per formanti disvela una contraddizione tra declamazioni teoriche e regole operazionali e una parziale convergenza di soluzioni<sup>76</sup>. Il peso di principi e valori solennemente proclamati – mercato, diritti e sicurezza – esce spesso ridimensionato da un'analisi di dettaglio delle regole giuridiche di ciascuna delle tradizioni in esame<sup>77</sup>.

a) *Stati Uniti d'America*. Sul piano declamatorio la narrazione tipica del modello nordamericano – incentrato su una visione della sfera digitale come luogo per il libero scambio di idee, beni e servizi – si riflette nei documenti ufficiali, i quali si caratterizzano per riferimenti costanti ai «valori americani»<sup>78</sup>, con una particolare enfasi su libero mercato e innovazione<sup>79</sup>.

Più che autentica espressione di scelte culturali e valoriali, secondo molti osservatori questa retorica avrebbe un carattere strategico. La confluenza di interessi pubblici e interessi privati, che si realizza sul suolo americano condizionando le scelte politiche, sarebbe alla base del peculiare regime giuridico. Patria di grandi imprese tecnologiche che detengono la maggior parte dei dati a livello globale, la visione

---

*firms scrutinized amid rising data security concern*, Global Times (China) del 5 luglio 2021, [www.globaltimes.cn/page/202107/1227899.shtml](http://www.globaltimes.cn/page/202107/1227899.shtml).

<sup>76</sup> La distinzione tra declamazioni teoriche e regole operazionali si deve a Rodolfo Sacco. Per una ricognizione del tema si veda R. Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in 39 *American Journal of Comparative Law*, 1991, p. 1 ss.

<sup>77</sup> Nella letteratura comparatistica la tesi della convergenza di regole operative è stata oggetto di aspre critiche, soprattutto nella sua nota formulazione in termini di presunzione (cosiddetta *praesumptio similitudinis*) resa celebre da K. Zweigert e H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3. ed., Oxford, 1998. La riflessione successiva ha messo in luce come non ci siano conclusioni generali che possano trarsi in relazione ad una tendenza generale alla convergenza o divergenza tra declamazioni teoriche e regole operazionali. Sul punto ci si limita a rinviare alle riflessioni dello stesso R. Sacco, *Diversity and Uniformity in the Law*, in 49 *The American Journal of Comparative Law*, 2001, p. 171 ss.

<sup>78</sup> A titolo di esempio, si vedano Department of Defense, *Summary of the 2018 Department of Defense Artificial Intelligence Strategy: Harnessing AI to Advance Our Security and Prosperity*, [media.defense.gov/2019/Feb/12/2002088963/-1/-1/1/SUMMARY-OF-DOD-AI-STRATEGY.PDF](https://media.defense.gov/2019/Feb/12/2002088963/-1/-1/1/SUMMARY-OF-DOD-AI-STRATEGY.PDF); Trump White House Archives, *Artificial Intelligence for the American People*, 2021, [trumpwhitehouse.archives.gov/ai/](https://trumpwhitehouse.archives.gov/ai/).

<sup>79</sup> Così E. Hine e L. Floridi, *Artificial Intelligence with American Values and Chinese Characteristics*, cit.



americana della sfera digitale sarebbe funzionale a favorire i colossi americani del web attraverso la libera accumulazione di dati<sup>80</sup>.

La distanza tra declamazioni e regole tanto nelle politiche interne che – in modo più interessante – nelle sue proiezioni esterne disvelerebbero la natura strumentale dell’adesione a tali valori e principi. Sul piano interno, sono note le critiche ad un impianto normativo che non ostacola la concentrazione dei mercati<sup>81</sup> e favorisce un sistema di sorveglianza e di estrazione dei dati che spinge l’utente a delegare alle piattaforme le proprie scelte, con l’effetto di pregiudicare l’autonomia individuale<sup>82</sup>: una *de facto digital corporate sovereignty* così efficace da imporre all’interprete un ripensamento della nozione stessa di sovranità<sup>83</sup>.

Sul piano esterno, le contraddizioni del modello americano emergerebbero innanzitutto dal diverso atteggiamento assunto nei confron-

<sup>80</sup> Cfr. A. Chander e H. Sun, *Sovereignty 2.0*, cit. («This is because the United States is in the unique position of being home to many of the world’s leading technology firms. This means that during the ordinary course of regulating its companies, the U.S. exercised data sovereignty from the start»); O. Pollicino, *Judicial Protection of Fundamental Rights in the Internet*, cit., p. 174 («From this point of view, the US has in some way exported its paradigm of protection for fundamental rights through online platforms, the terms and conditions of which were heavily influenced, at least at least initially, by First Amendment lawyers»).

<sup>81</sup> La letteratura sul tema è amplissima. Per una prima ricognizione si rinvia ad A. Ezrachi e M.E. Stucke, *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Cambridge Ma, 2016; M. Patterson, *Antitrust Law in the New Economy. Google, Yelp, LIBOR, and the Control of Information*, Cambridge Ma, 2017.

<sup>82</sup> Anche in questo caso la letteratura sul tema è amplissima. Per una prima ricognizione si rinvia in primo luogo ai lavori seminali di S. Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, London, 2019; D. Lyon, *The Culture of Surveillance*, Cambridge, 2018. Con specifico riferimento al diritto nordamericano si vedano, tra gli altri, R. Calo, *Digital Market Manipulation*, in 82 *George Washington Law Review*, 2014, p. 995 ss.; R. Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, in 76 *George Washington Law Review*, 2008, p. 986 ss.; J. Kosseff, *Defending Section 230: The Value of Intermediary Immunity*, in 15 *Journal of Technology Law & Policy*, 2010, p. 123 ss.; F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, in 17 *Theoretical Inquiries in Law*, 2016, p. 494 ss.; J.M. Balkin, *Free Speech in the Algorithmic Society: Big Data, Private Governance, and New School Speech Regulation*, in 51 *University of California Davis Law Review*, 2018, p. 1149 ss.; K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in 131 *Harvard Law Review*, 2018, p. 1598 ss.; E. Goldman, *The Complicated Story of Fosta and Section 230*, in 17 *First Amendment Law Review*, 2019, p. 279 ss.

<sup>83</sup> Così L. Floridi, *The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU*, in 33 *Philosophy & Technology*, 2020, p. 371 («The real point is that, between companies and states, the former can determine the nature and speed of change, but the latter can control the direction of change.») Di una vera e propria «Magna Carta dell’impunità aziendale» parla F. Pasquale, *Platform Neutrality: Enhancing Freedom of Expression in Spheres of Private Power*, cit.

ti di imprese che hanno sede fuori dal proprio territorio ed i cui dati siano localizzati all'estero, specialmente se tali imprese siano in mani cinesi<sup>84</sup>. In tutti questi casi, il diritto americano è pronto ad invocare ragioni tanto di sicurezza quanto di tutela dei diritti individuali per limitare la circolazione dei dati<sup>85</sup>, come mostrano i più recenti trattati sul commercio conclusi dagli Stati Uniti e molte scelte di politica industriale<sup>86</sup>, che sembrano fare spazio sempre maggiore ad eccezioni basate sulla sicurezza<sup>87</sup>.

Il carattere strategico dell'invocazione di ragioni di sicurezza sembra ulteriormente confermato dalla latitudine con cui tale argomento è impiegato, al punto da ricomprendere l'autosufficienza dell'economica americana e la competitività delle sue imprese<sup>88</sup>: una «nuova» sicu-

<sup>84</sup> *In re Warrant to Search a Certain E-mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.*, 15 F. Supp. 3d 466, 474-75 (S.D.N.Y. 2014). Il culmine di quella che è stata definita la guerra fredda tecnologica tra Stati Uniti e Cina si è consumata con l'arresto della Chief Financial Officer e figlia del fondatore di Huawei, Meng Wanzhou. Per una ricostruzione della vicenda si rinvia a R. Creemers, *China's Long and Winding Road in Global Cyberspace*, cit.

<sup>85</sup> *Executive Order on Addressing the Threat posed by TikTok*, Exec. Order No. 13,942, 85 Fed. Reg. 48,637 (6.8.2020) («Any person or with respect to any party, subject to the jurisdiction of the United States» would be prohibited from transacting with ByteDance Ltd., the Chinese owner of Tik Tok, or any of its subsidiaries); *Executive Order on Addressing the Threat posed by WeChat* Exec. Order No. 13,943, 85 Fed. Reg. 48,641 (6.8.2020) (vieta «any transaction that is related to WeChat... with TenCent Holdings Ltd., Shenzhen, China, or any subsidiary of that entity»); Pres. Proc. No. 10,061, 84 Fed. Reg. 51, 295 (ordine a ByteDance di cedere tutti i diritti e interessi any beni o proprietà utilizzati per consentire o supportare le attività di TikTok negli Stati Uniti e «any data obtained or derived from TikTok or Music.ly application users in the United States» entro 90 giorni); Press Release, *U.S. Dep't of Com., Commerce Department Prohibits WeChat and TikTok Transactions to Protect the National Security of the United States* del 18 settembre 2020, 2017-2021.commerce.gov/news/press-releases/2020/09/commerce-department-prohibits-wechat-and-tiktok-transactions-protect.html.

<sup>86</sup> Per una ricognizione sul tema cfr. J. Benton Heath, *Trade and Security Among the Ruins*, in *30 Duke Journal of Comparative and International Law*, 2020, p. 228 («domestic industrial policy – meaning the protection of emerging or declining industries – is increasingly taking on a national security cast, particularly in the United States under President Trump»).

<sup>87</sup> Cfr. art. 29.2(b) Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP (Security Exceptions); art. 32.2(1)(b) US-Mexico-Canada Agreement – USMCA (Essential Security); art. 4(b) US-Japan Digital Trade Agreement (Security Exceptions).

<sup>88</sup> Lo sostengono, tra gli altri, Y.C. Chin e Z. Jingwu, *Governing Cross-Border Data Flows: International Trade Agreements and Their Limits*, cit., i quali rintracciano una simile tendenza in una serie di documenti governativi; White House, *National Security Strategy*, 2017, cit.; White House, *A Proclamation on Adjusting Imports of Steel into the United States*, 31.3.2022, [www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-](http://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-)

rezza nazionale – come è stata ribattezzata – più ampia ed elastica di quella tradizionale, funzionale ad attuare una sorta di protezionismo camuffato a danno della globalizzazione degli scambi<sup>89</sup>.

b) *Europa*. Anche per l'Europa si registra un contrasto tra le dichiarazioni teoriche e le regole operative, e anche in questo caso ad essere chiamate in causa sono scelte strategiche. In assenza di competenze in materia di sicurezza, riservate ai singoli Stati membri<sup>90</sup>, il linguaggio dei diritti e l'enfasi sulla tutela della persona e della privacy degli individui utilizzati dall'Unione europea divengono una scelta obbligata nella creazione di una narrazione unitaria. Simili richiami rispondono all'esigenza di affermare una competenza dell'Unione in tema di circolazione dei dati, fondata attraverso riferimenti alla Carta dell'Ue e alla disciplina in tema di protezione dei dati personali.

A questa prima ragione istituzionale se ne aggiunge una seconda, che guarda alle caratteristiche e soprattutto alle debolezze dell'economia del Vecchio continente. L'assenza di grandi imprese tecnologiche sul suolo europeo spiegherebbe l'atteggiamento più restrittivo in tema di circolazione dei dati<sup>91</sup>. È per questo che molti commentatori<sup>92</sup> e so-

---

actions/2022/03/31/a-proclamation-on-adjusting-imports-of-steel-into-the-united-states-2.

<sup>89</sup> Sulla centralità acquisita dalle questioni di sicurezza nazionale nel contesto del commercio globale si rinvia a J. Benton Heath, *The New National Security Challenge to the Economic Order*, in 129 *Yale Law Journal*, 2020, p. 1044; G. Vidigal, *WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue?*, in 46 *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, p. 203 ss.; H. Farrell, A.L. Newman, *Of Privacy and Power. The Transatlantic Struggle over Freedom and Security*, Princeton, 2019, p. 174; A. Roberts, H.C. Moraes e V. Ferguson, *Toward a Geoeconomic Order in International Trade and Investment*, in 22 *Journal of International Economic Law*, 2019, p. 655 ss.

<sup>90</sup> Considerando 16 Gdpr («Il presente regolamento non si applica a questioni di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali o di libera circolazione dei dati personali riferite ad attività che non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, quali le attività riguardanti la sicurezza nazionale. Il presente regolamento non si applica al trattamento dei dati personali effettuato dagli Stati membri nell'esercizio di attività relative alla politica estera e di sicurezza comune dell'Unione»).

<sup>91</sup> Cfr. I. Bremmer, *The Technopolar Moment: How Digital Powers Will Reshape the Global Order*, in *Foreign Affairs* del 1. novembre 2021 («Nonstate actors are increasingly shaping geopolitics, with technology companies in the lead. And although Europe wants to play, its companies do not have the size or geopolitical influence to compete with their American and Chinese counterparts»).

<sup>92</sup> Cfr. F. Burwell e K. Propp, *The European Union and the search for digital sovereignty: Building 'Fortress Europe' or preparing for a new world?*, in *Atlantic Council*, 6/2020, [www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/issue-brief/the-european-union-and-the-search-for-digital-sovereignty/](http://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/issue-brief/the-european-union-and-the-search-for-digital-sovereignty/); H. Gao, *Data sovereignty and*

prattutto le principali istituzioni statunitensi<sup>93</sup> hanno giudicato con scetticismo l'attenzione europea ai diritti con l'accusa, neppure troppo velata, di limitare il libero flusso dei dati attraverso la creazione di misure protezionistiche mascherate<sup>94</sup>.

Ad essere contestato è, in particolare, il diverso bilanciamento tra libera circolazione dei dati e ragioni di sicurezza che opera per i Paesi terzi e per gli Stati membri, i quali pure continuano a mantenere piena autonomia in materia di sicurezza<sup>95</sup>. Come emerge dalle decisioni Schrems I e Schrems II, l'Europa si mostra molto attenta a richiamare l'esigenza di un bilanciamento degli interessi in gioco nel fissare i limiti

---

*trade agreements: Three digital kingdoms*, 10/2021, [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3940508](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3940508); K. Propp, *Waving the flag of digital sovereignty*, in *New Atlantist* dell'11 dicembre 2019, il quale individua nell'incapacità europea di far emergere grandi attori privati in ambito digitale la ragione di alcune misure. In particolare, secondo quanto riporta questo articolo, il 92 per cento dei dati del mondo occidentale è archiviato negli Stati Uniti. Sei delle dieci aziende tecnologiche più grandi del mondo sono americane, nessuna è europea. Amazon Web Services (Aws), detenga un terzo del mercato globale di server esterni che ospitano dati aziendali. Microsoft e Google seguono a breve distanza, rispettivamente con il 16% e il 7,8% della quota di mercato.

<sup>93</sup> A proposito delle indagini delle autorità europee su Facebook e Google il Presidente americano Obama ha dichiarato: «Oftentimes what is portrayed as high-minded positions on issues sometimes is just designed to carve out some of their commercial interests». Per una riflessione sul tema si rinvia a K. Swisher, *White House. Red Chair Obama Meets Swisher*, Re/Code (15.2.2015), [www.vox.com/2015/2/15/11559056/white-house-red-chair-obama-meets-swisher](http://www.vox.com/2015/2/15/11559056/white-house-red-chair-obama-meets-swisher). Vedi, inoltre, United States International Trade Commission, *Digital Trade in the U.S. and Global Economies. Part 2*, 2014, p. 14, [www.usitc.gov/publications/332/pub4485.pdf](http://www.usitc.gov/publications/332/pub4485.pdf); U.S. Trade Representative, *National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, 2021, p. 216; M. Scott, *What's driving Europe's new aggressive stance on tech*, in *Politico* del 28 ottobre 2019, [www.politico.com/news/2019/10/28/europe-technology-silicon-valley-059988](http://www.politico.com/news/2019/10/28/europe-technology-silicon-valley-059988). Sul punto si vedano le dichiarazioni rese dal Commissario europeo per il mercato interno e i servizi Thierry Breton, *Questions to the Commissioner-Designate Thierry Breton*, European Commission, 2019, [https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/default/files/commissioner\\_ep\\_hearings/answers-ep-questionnaire-breton.pdf](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/default/files/commissioner_ep_hearings/answers-ep-questionnaire-breton.pdf).

<sup>94</sup> Sul punto si veda R. Creemers, *China's conception of cyber sovereignty: rhetoric and realization*, in D. Broeders e B. van den Berg (a cura di), *Digital Technologies and Global Politics*, Lanham, 2020, p. 177 ss.; S. Yakovleva, *Privacy Protection(ism): The Latest Wave of Trade Constraints on Regulatory Autonomy*, in *74 University of Miami Law Review*, 2020, p. 416 ss.

<sup>95</sup> Cfr. J.P. Meltzer, *The Court of Justice of the European Union in Schrems II: The impact of GDPR on data flows and national security*, August 5, 2020, Brookings, [www.brookings.edu/research/the-court-of-justice-of-the-european-union-in-schrems-ii-the-impact-of-gdpr-on-data-flows-and-national-security](http://www.brookings.edu/research/the-court-of-justice-of-the-european-union-in-schrems-ii-the-impact-of-gdpr-on-data-flows-and-national-security).

alla circolazione dei dati in ragione della tutela degli interessi individuali<sup>96</sup>. Allo stesso tempo, però, manca di esercitare un'analogia valutazione rispetto alla circolazione interna all'Unione<sup>97</sup>, pur in assenza di garanzie equivalenti a quelle richieste ai Paesi terzi<sup>98</sup>.

In modo simile, si sottolinea la contraddizione insita in una narrazione fondata sulla protezione dei dati come diritto fondamentale dell'individuo e che però pone limitazioni anche alla libera circolazione dei dati non personali<sup>99</sup>. Simili limitazioni – è facile concludere – non possono trovare fondamento nella retorica dei diritti e delle tutele della persona ma, più pragmaticamente, nella preoccupazione di favorire la nascita di campioni nazionali e di imprese europee finalmente in grado di competere con i colossi americani e cinesi<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Cfr. C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, par. 81 («Vista la gravità potenziale di tale ingerenza, è giocoforza constatare che quest'ultima non può essere giustificata dal semplice interesse economico del gestore di un siffatto motore di ricerca in questo trattamento di dati. Tuttavia, poiché la soppressione di link dall'elenco di risultati potrebbe, a seconda dell'informazione in questione, avere ripercussioni sul legittimo interesse degli utenti di Internet potenzialmente interessati ad avere accesso a quest'ultima, occorre ricercare, in situazioni quali quelle oggetto del procedimento principale, un giusto equilibrio segnatamente tra tale interesse e i diritti fondamentali della persona di cui trattasi derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta. Se indubbiamente i diritti della persona interessata tutelati da tali articoli prevalgono, di norma, anche sul citato interesse degli utenti di Internet, tale equilibrio può nondimeno dipendere, in casi particolari, dalla natura dell'informazione di cui trattasi e dal suo carattere sensibile per la vita privata della persona suddetta, nonché dall'interesse del pubblico a disporre di tale informazione, il quale può variare, in particolare, a seconda del ruolo che tale persona riveste nella vita pubblica»).

<sup>97</sup> Cfr. Art. 1, co. 3, Gdpr («La libera circolazione dei dati personali nell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi attinenti alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali»).

<sup>98</sup> Così, J. Sanchez, *TikTok, Schrems II, and Cross-Border Data Flows*, in *Cato Institute – Cato at Liberty* 6 luglio 2021, [www.cato.org/blog/tiktok-schrems-ii-cross-border-data-flows](http://www.cato.org/blog/tiktok-schrems-ii-cross-border-data-flows).

<sup>99</sup> Il riferimento è al Regolamento UE 2022/868 *relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (Ue) 2018/1724* e alla Proposta di regolamento riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (*normativa sui dati*), Com/2022/68 final, oltre a che alla legislazione di settore, come ad esempio la Proposta di regolamento *sullo spazio europeo dei dati sanitari*, Com/2022/197 final. Sul punto si vedano le considerazioni di O. Moerel e P. Timmers, *Reflections on Digital Sovereignty*, in *EU Cyber Direct, Research in Focus series*, 2021, p. 4, [ssrn.com/abstract=3772777](https://ssrn.com/abstract=3772777); S. Yakovleva, *EU's narratives and trade policy on data flows compared to US and China*, cit.; Id., *Editorial: On Digital Sovereignty, New European Data Rules, and the Future of Free Data Flows*, in *49 Legal Issues of Economic Integration*, 2022, p. 339 ss.

<sup>100</sup> Si vedano, ad esempio, le dichiarazioni riprese dalla stampa del Commissario europeo Thierry Breton («European data will be used for European companies in priority, for us to create value in Europe»). Per un commento critico cfr. F. Burwell e

c) *Cina*. Anche le posizioni cinesi in tema di dati sono spesso spiegate facendo ricorso a ragioni strategiche. In primo luogo, le rivendicazioni di sovranità da parte delle autorità cinesi – con il corredo di dichiarazioni sulle esigenze di sicurezza e sui rischi connessi alla dipendenza da infrastrutture tecnologiche in mano straniera<sup>101</sup> – farebbero da giustificazione ad un controllo pervasivo dei contenuti e di censura, espressione di un modello di governo autoritario.

Ma non è solo questione di autoritarismo e censura. Accanto a queste preoccupazioni ci sarebbero, anche in questo caso, ragioni di mercato e di promozione degli interessi economici nazionali. La tendenza a trattare la materia della circolazione dei dati attraverso le ordinarie norme sul commercio internazionale, anziché con disposizioni specifiche sulla sfera digitale, chiama in causa le caratteristiche delle imprese locali, specializzate soprattutto nel settore della vendita di beni, anziché della fornitura di servizi come per le imprese americane. Allo stesso modo, la minor attenzione alla libera circolazione dei dati sarebbe frutto di una peculiarità dell'economia cinese, con la maggior parte dei grandi operatori del digitale che operano in via esclusiva o principale nel mercato interno, a differenza dei colossi del web americani la cui proiezione è quasi sempre globale<sup>102</sup>.

Anche in questo caso un'analisi del dato operativo sembra condurre a esiti più sfumati e talvolta in contrasto con le declamazioni di principio. In questi ultimi anni si è realizzata una significativa inversione di tendenza, frutto della presa d'atto degli effetti negativi per il commercio di simili politiche di localizzazione dei dati<sup>103</sup>, che ha spin-

---

K. Propp, *The European Union and the Search for Digital Sovereignty: Building "Fortress Europe" or Preparing for a New World?*, [www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2020/06/The-European-Union-and-the-Search-for-Digital-Sovereignty-Building-Fortress-Europe-or-Preparing-for-a-New-World.pdf](http://www.atlanticcouncil.org/wp-content/uploads/2020/06/The-European-Union-and-the-Search-for-Digital-Sovereignty-Building-Fortress-Europe-or-Preparing-for-a-New-World.pdf). Sul punto si veda anche Foo Yun Chee, *This is the EU's plan to compete with Silicon Valley*, [www.weforum.org/agenda/2020/02/eu-data-market-technology-silicon-valley](http://www.weforum.org/agenda/2020/02/eu-data-market-technology-silicon-valley).

<sup>101</sup> Cfr. il Discorso di Xi Jinping in occasione della Cybersecurity and Informatization Work Conference, China Copyright and Media del 19 aprile 2016, [chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2016/04/19/xi-jinping-gives-speech-at-cybersecurity-and-informatization-work-conference/](http://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2016/04/19/xi-jinping-gives-speech-at-cybersecurity-and-informatization-work-conference/) («the fact that [the internet's] core technology is controlled by others is our greatest hidden danger»). Per una riflessione critica sul punto si rinvia a A. Wang, *Cyber Sovereignty at Its Boldest*, cit.; [www.china.org.cn/government/whitepaper/2010-06/08/content\\_20207978.htm](http://www.china.org.cn/government/whitepaper/2010-06/08/content_20207978.htm).

<sup>102</sup> Così H. Gao, *Digital or trade? The contrasting approaches of China and US to digital trade*, in 21 *Journal of International Economic Law*, 2018, p. 297 ss.

<sup>103</sup> SICS Cyber Research Institute, *Study on Global Cross-border Data Flow and China's Strategy*, SICS Cyber Research Institute, 2019, [www.sicsi.net/Upload/ueditor\\_](http://www.sicsi.net/Upload/ueditor_)

to a significative aperture tanto nella normativa interna<sup>104</sup> quanto nei trattati internazionali<sup>105</sup>. L'enfasi sul carattere securitario e autoritario cinese, fatto di localizzazione dei dati e fondato su una nozione ampia di sicurezza, non tiene nel debito conto le aperture alla circolazione transfrontaliera dei dati quando ciò sia funzionale alle esigenze del Paese<sup>106</sup>. E la centralità delle ragioni di sicurezza cede il passo ad un'invocezione dei diritti individuali dei cittadini cinesi e perfino delle ragioni del mercato e della libera circolazione dei dati, in reazione a misure restrittive messe in atto dal governo nordamericano<sup>107</sup>.

---

file/ueditor/20200217/1581933527865681.pdf; S. Donnan e T. Mitchell, *Chinese laus prompt global business backlash*, in *Financial Times* del 1. Agosto 2016, [www.ft.com/content/8103baa0-5f9c-11e6-ae3f-77baadeb1c93](http://www.ft.com/content/8103baa0-5f9c-11e6-ae3f-77baadeb1c93). Sul punto si rinvia alle considerazioni di W. Cong, *The Spatial Expansion of China's Digital Sovereignty*, cit.

<sup>104</sup> Cfr. Data Security Law – Art. 7 («The state shall protect the data-related rights and interests of individuals and organizations, encourage the lawful, reasonable, and effective use of data, ensure free flow of data in an orderly manner and in accordance with the law, and promote the development of a digital economy with data as the key factor»); Art. 11 («The state shall actively carry out international exchanges and cooperation in fields such as data security governance and data development and utilization, participate in the formulation of relevant international rules and standards for data security, and promote the safe and free flow of data across borders»). Questa inversione di tendenza è ancora più marcata nel Personal Information Protection Law. Cfr. Art. 1 («This Law is enacted in accordance with the Constitution for the purposes of protecting the rights and interests on personal information, regulating personal information processing activities, and promoting reasonable use of personal information»).

<sup>105</sup> Art. 12.15, Regional Comprehensive and Economic Partnership (Rcep) 2020 (Cross-border Transfer of Information by Electronic Means): «1. The Parties recognise that each Party may have its own regulatory requirements concerning the transfer of information by electronic means. 2. A Party shall not prevent cross-border transfer of information by electronic means where such activity is for the conduct of the business of a covered person. 3. Nothing in this Article shall prevent a Party from adopting or maintaining: (a) any measure inconsistent with paragraph 2 that it considers necessary to achieve a legitimate public policy objective, provided that the measure is not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on trade; or (b) any measure that it considers necessary for the protection of its essential security interests. Such measures shall not be disputed by other Parties».

<sup>106</sup> Così L. Zhang e P. Zhiyi, *The Influence of China's International Rules on Data Security Needs to Be Improved*, in *3 Information Security and Communication Privacy*, 2022, p. 27 ss.

<sup>107</sup> Cfr. Reuters, *Chinasays U.S. TikTok, WeChat bans break WTO rules*, 5.10.2020, [www.reuters.com/article/us-usa-tiktok-ban-wto/china-says-u-s-tiktok-wechat-bans-break-wto-rules-idUSKBN26Q26O](http://www.reuters.com/article/us-usa-tiktok-ban-wto/china-says-u-s-tiktok-wechat-bans-break-wto-rules-idUSKBN26Q26O).

## 8. Legislatori e corti

La scomposizione in formanti offre anche un'altra importante conclusione sulla presunta convergenza di soluzioni. Le decisioni della Commissione europea sull'adeguatezza del sistema nordamericano di protezione dei dati, le proposte di introdurre normative in tema di privacy da parte di molti Stati americani<sup>108</sup>, l'inclusione in molti trattati sul commercio internazionale di eccezioni simili in tema di libera circolazione dei dati, l'introduzione nel nuovo codice civile cinese di un capitolo su protezione dei dati e privacy all'interno della sezione dedicata ai diritti della personalità (art. 1035) e le notevoli somiglianze tra Gdpr e Pipl<sup>109</sup>, sono tutti indici di un fitto dialogo tra i legislatori che, a dispetto delle premesse, sembra trovare importanti punti di convergenza<sup>110</sup>.

<sup>108</sup> Per una panoramica si rinvia ad A. Chander, M.E. Kaminski e W. McGeeveran, *Catalyzing Privacy Law*, cit., p. 1768 («Since the advent of the Gdpr and the Ccpa, the United States seen an unprecedented volume of legislative proposals that would regulate data privacy at the state level»).

<sup>109</sup> N. Zhu, *What kind of Personal Information Protection Law Do We Need?*, *Legal Daily* del 20 ottobre 2020, [www.legaldaily.com.cn/index/content/2020-10/20/content\\_8332111.htm](http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2020-10/20/content_8332111.htm); K. Xu, *Data Security Law: Location, Position and Institution Construction*, in 3 *Business and Economic Law Review*, 2019, p. 52 ss.; Y. Shi, *Network Borders of Sovereignty: From the Perspective of Regulating Cross-border Data Transmission*, in 3 *Journal of Intelligence*, 2018, p. 160 ss. In entrambi i casi la base per il trattamento dei dati è il consenso del singolo. D'altra parte, il principio del consenso al trattamento soffre di molte più eccezioni in Cina di quanto non accada in Europa: *China's Emerging Data Privacy System and GDPR*, Center for Strategic and International Studies, 9 marzo 2018, [www.csis.org/analysis/chinas-emerging-data-privacy-system-and-gdpr](http://www.csis.org/analysis/chinas-emerging-data-privacy-system-and-gdpr). Secondo L. Lucas, *China's artificial intelligence ambitions hit hurdles*, [www.ft.com/content/8620933a-e0c5-11e8-a6e5-792428919cee](http://www.ft.com/content/8620933a-e0c5-11e8-a6e5-792428919cee), queste novità hanno attribuito alla Cina il ruolo di guida asiatica in tema di tutela della riservatezza. D'altra parte, queste apparenti convergenze non possono far dimenticare le notevoli distanze di fondo tra i due modelli, a partire dal carattere non vincolante delle norme cinesi e del ruolo del tutto diverso delle autorità giudiziarie nell'attuazione delle disposizioni in parola. Sul punto si rinvia alle considerazioni di R. Huw, J. Cowls, J. Morley, M. Taddeo, V. Wang e L. Floridi, *The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation*, in 36 *AI & Society*, 2021, p. 59 ss.

<sup>110</sup> Per la tesi secondo cui il Gdpr converga quanto ai suoi effetti pratici con la disciplina di altri ordinamenti, e in particolare, con il modello nordamericano, si vedano, tra gli altri, K.A. Bamberger e D.K. Mulligan, *Privacy on the Books and on the Ground*, in 63 *Stanford Law Review*, 2011, p. 247 ss.; W. McGeeveran e *Friending the Privacy Regulators*, in 58 *Arizona Law Review*, 2016, p. 959 ss. In senso opposto, A. Chander, M.E. Kaminski e W. McGeeveran, *Catalyzing Privacy Law*, in 105 *Minnesota Law Review*, 2021, p. 1733 ss.



La circolazione dei modelli avviene anche nel dialogo tra corti<sup>111</sup>. Allo stesso tempo, il formante giurisprudenziale sembra farsi portatore più intransigente del modello di cui è espressione. La celebre saga *Schrems*, nella quale la Corte di giustizia Ue ha smentito la Commissione europea in due distinte occasioni, mostra chiaramente questa diversità. Com'è noto, sia il primo (*Safe Harbour*)<sup>112</sup> che il secondo accordo (*Privacy Shield*)<sup>113</sup> sono stati invalidati dalla Corte di giustizia per il mancato raggiungimento di un «adequate level of protection» dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini europei. Distaccandosi dalle conclusioni della Commissione, nelle due decisioni la Corte ha sottolineato la radicale diversità tra modello americano ed europeo quanto a temperamento degli interessi in gioco, ed i rischi di ingerenze nei diritti fondamentali delle persone insiti nel diritto americano. In modo speculare, la posizione assunta dalle corti americane sulle decisioni presidenziali in tema di limitazione della circolazione dei dati per ragioni di sicurezza, invalidate in nome del *free speech* e dell'insufficienza delle ragioni di sicurezza addotte per limitare la libera circolazione dei dati e della mancata considerazione di alternative al divieto, mostrano un notevole rigore nella valutazione delle ragioni che possano legittimare un allontanamento dal generale principio di libera circolazione dei dati<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Cfr. K. Kowalik-Bańczyk e O. Pollicino, *Migration of European Judicial Ideas Concerning Jurisdiction Over Google on Withdrawal of Information*, in *17 German Law Journal*, 2016, p. 315 ss.

<sup>112</sup> Decisione della Commissione a norma della direttiva 95/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio sull'adeguatezza della protezione offerta dai principi di approdo sicuro e dalle relative «Domande più frequenti» (Faq) in materia di riservatezza pubblicate dal Dipartimento del commercio degli Stati Uniti del 26 luglio 2000, 2000/520/Ce. La decisione è stata invalidata dalla Corte di Giustizia in Case C-362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner* (Schrems I).

<sup>113</sup> Decisione di esecuzione della Commissione a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, sull'adeguatezza della protezione offerta dal regime dello scudo UE-USA per la privacy del 12 luglio 201, 2016/1250/Ue. La decisione è stata invalidata dalla Corte di Giustizia in Case C-311/18, *Data Protection Commissioner v. Facebook Ireland Limited and Maximillian Schrems* (Schrems II).

<sup>114</sup> *TikTok Inc. v. Trump*, 490 F. Supp. 3d 73, 85 (D.D.C. 2020); *Maryland v. Trump*, 498 F. Supp. 3d 624, 642 (E.D. Pa. 2020). Cfr. B. Allyn, *U.S. Judge Halts Trump's TikTok Ban, The 2nd Court To Fully Block The Action*, NPR 2020, [www.npr.org/2020/12/07/944039053/u-s-judge-halts-trumps-tiktok-ban-the-2nd-court-to-fully-block-the-action?t=1609198010618&t=1611774870551](http://www.npr.org/2020/12/07/944039053/u-s-judge-halts-trumps-tiktok-ban-the-2nd-court-to-fully-block-the-action?t=1609198010618&t=1611774870551).

## 9. Il dialogo tra ordinamenti e l'uso della comparazione

Questa costruzione delle identità nazionali o regionali nella sfera digitale si esprime spesso attraverso la contrapposizione tra le proprie scelte e quelle degli altri attori della competizione globale. I riferimenti ai diritti stranieri riguardano tanto l'uso obbligato o necessario quanto quello complementare o volontario della comparazione<sup>115</sup>. Con riferimento al primo, accanto ai trattati internazionali e alle norme di conflitto – tipicamente considerati i casi per eccellenza di uso obbligato di un diritto extra-statuale – sono molti i meccanismi previsti a livello legislativo che impongono valutazioni di tipo comparatistico, come nel caso della decisione di adeguatezza prevista dal Gdpr<sup>116</sup>.

<sup>115</sup> La letteratura in tema di uso della comparazione è molto ampia. Per una rassegna si rinvia a U. Drobnig e S. van Erp (a cura di), *The Use of Comparative Law by Courts. XIVth International Congress of Comparative Law* (Atene 1997), The Hague, 1999; A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, Milano, 2001; AA.VV., *L'uso giurisprudenziale della comparazione*, Milano, 2004; G. Alpa (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2005; B. Markesinis e J. Fedtke, *The Judge as Comparatist*, in 80 *Tulane Law Review*, 2005, p. 11 ss.; G. F. Ferrari e A. Gambaro (a cura di), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, 2006; B.S. Markesinis, J. Fedtke e L. Ackermann, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?*, London, 2006; B.S. Markesinis e J. Fedtke, *Engaging with Foreign Law*, Londra, 2009; T. H. Bingham, *Widening Horizons: The Influence of Comparative Law and International Law on Domestic Law*, Cambridge, 2010; G. Smorto, *L'uso giurisprudenziale della comparazione, in Europa e diritto privato*, 2010, p. 223 ss.; V. Barsotti e V. Varano, *Il nuovo ruolo delle corti supreme nell'ordine politico e istituzionale. Dialogo di diritto comparato*, Napoli, 2012; M. Bobek, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford, 2013; M. Gelter e M. M. Siems, *Language, Legal Origins, and Culture Before the Courts: Cross-Citations Between Supreme Courts in Europe*, in 21 *Supreme Court Economic Review*, 2013, p. 215 ss.; T. Groppi e M-C. Ponthoreau (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, London, 2013; M. Gelter e M.M. Siems, *Citations to Foreign Courts – Illegitimate and Superfluous, or Unavoidable? Evidence from Europe*, in 62 *American Journal of Comparative Law*, 2014, p. 35 ss.; R. Hirschl, *Comparative Matters: The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014; M. Andenas e D. Fairgrieve (a cura di), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015; D. S. Law, *Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy*, in 168 *University of Pennsylvania Law Review*, 2015, p. 927 ss.; R. Hirschl, *Judicial Review and the Politics of Comparative Citations: Theory, Evidence & Methodological Challenges*, in E.F. Delaney e R. Dixon (a cura di), *Comparative Judicial Review*, Cheltenham, 2018; C. Lienen, *Judicial Constitutional Comparativism at the UK Supreme Court*, in 39 *Legal Studies*, 2018, p. 166 ss.; G.F. Ferrari (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism: The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden, 2019; M. Graziadei, *The European Court of Justice at Work: Comparative Law on Stage and Behind the Scenes*, in 13 *Journal of Civil Law Studies*, 2020, p. 1 ss.; A.S. King e P.K. Bookman, *Travelling Judges*, in 116 *American Journal of International Law*, 2022, p. 477 ss.

<sup>116</sup> Sulla dimensione comparatistica della decisione di adeguatezza e del sindacato operato dalla Corte di giustizia si veda M. Graziadei, *The European Court of Justice at Work*, cit., p. 1. Sebbene a giudizio della Corte di Giustizia la valutazione di

Ancor più interessante appare il ricorso alla comparazione quando non sia imposto da norme giuridiche. Una lettura dei documenti ufficiali e delle dichiarazioni delle più alte istituzioni dei tre attori globali mostra un assiduo e insistito richiamo ad ordinamenti stranieri in tutte e tre le tradizioni considerate.

Atteggiandosi a campioni del libero mercato, gli Stati Uniti criticano il modello europeo per il suo protezionismo<sup>117</sup> e soprattutto – a giudicare dalla frequenza con cui viene chiamato in causa nei documenti ufficiali – quello cinese per l'autoritarismo<sup>118</sup>.

Anche l'Europa fonda la propria narrazione su una contrapposizione con gli altri modelli. Se la Cina viene accusata di autoritarismo, censura e repressione<sup>119</sup>, anche gli Stati Uniti d'America suscitano diffidenza nell'osservatore europeo per la sua debole tutela della privacy

---

adeguatezza dell'ordinamento del Paese terzo non implichi necessariamente che questo adotti un livello di protezione «identico» a quello garantito nell'ordinamento giuridico dell'Ue, tale livello di protezione di libertà e diritti fondamentali deve però essere «sostanzialmente equivalente». Cfr. Schrems II, par. 94 («L'articolo 45, paragrafo 1, prima frase, del RgdP prevede che un trasferimento di dati personali verso un Paese terzo può essere autorizzato mediante una decisione adottata dalla Commissione secondo la quale tale Paese terzo, un territorio o uno o più settori specifici all'interno dello stesso garantiscono un livello di protezione adeguato. A tal riguardo, senza esigere che il Paese terzo considerato garantisca un livello di protezione identico a quello garantito nell'ordinamento giuridico dell'Unione, l'espressione «livello di protezione adeguato» deve essere intesa, come confermato dal considerando 104 dello stesso regolamento, nel senso che esige che tale Paese assicuri effettivamente, in considerazione della sua legislazione nazionale o dei suoi impegni internazionali, un livello di protezione delle libertà e dei diritti fondamentali sostanzialmente equivalente a quello garantito all'interno dell'Unione in forza di tale regolamento, letto alla luce della Carta»).

<sup>117</sup> U.S. Trade Representative, *National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*, p. 216 (2021). Sul punto si veda S. A. Aaronson, *What are we talking about when we talk about digital protectionism?*, in 18 *World Trade Review*, 2018, p. 541 ss.

<sup>118</sup> Office of the Secretary of State, *The Elements of the China Challenge* (2020), [www.state.gov/wp-content/uploads/2020/11/20-02832-Elements-of-China-Challenge-508.pdf](http://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/11/20-02832-Elements-of-China-Challenge-508.pdf); Office of the United States Trade Representative, *U.S. Statement on the Trade Policy Review of China* (2021), [ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/october/us-statement-trade-policy-review-china](https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/october/us-statement-trade-policy-review-china). Cfr. E. Hine e L. Floridi, *Artificial Intelligence with American Values and Chinese Characteristics*, cit. («Frequency analysis reveals that undergirding the American documents' emphasis on American technology and development is a competitive dynamic with China. While competition-related terms do not appear in the overall top focal words, China is mentioned in several of the documents... China's documents, on the other hand, barely mention America»).

<sup>119</sup> Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo *sulle minacce per la sicurezza connesse all'aumento della presenza tecnologica cinese nell'Unione e sulla possibile azione a livello di Unione per ridurre tali minacce* del 12 marzo 2019, 2019/2575(RSP) 2021/C23/01.

e dei diritti della persona<sup>120</sup>. In questa conflitto tra le due opposte polarità, l'Europa viene presentata come terza via tra l'assenza di regole americana e l'autoritarismo cinese, ossia tra la violazione della privacy da parte del settore privato in nome del profitto e di una concezione dei dati come *commodity* e le derive autoritarie dello Stato in nome della sicurezza e di un controllo sui comportamenti individuali<sup>121</sup>.

Sebbene simili riferimenti siano presenti in misura minore nei documenti ufficiali, anche la Cina ha costruito la propria identità in tema di digitale attraverso il confronto con gli altri, frutto di una narrazione che enfatizza l'opportunità che l'innovazione tecnologica ha offerto a quei Paesi che scontavano una forte arretratezza rispetto all'Occidente industrializzato, e che hanno avuto l'opportunità di saltare a piè pari la fase di sviluppo industriale e agganciare in un colpo solo i Paesi più avanzati. La rivoluzione digitale è divenuta così un'occasione irripetibile – ad oggi, possiamo dire ampiamente vinta – per la crescita di un sistema economico ancora legato all'agricoltura e per la modernizzazione della società, in competizione esplicita con le potenze occidentali, e in particolare con gli Stati Uniti, secondo la retorica del «catching up with the West»<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Cfr. Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Opinion 1/99 concerning the level of data protection in the United States and the ongoing discussions between the European Commission and the United States Government, 2 Dg Markt Doc. 5092/98, WP 15 (26.1.1999) («the current patchwork of narrowly- focused sectoral laws and voluntary self-regulation cannot be relied upon to provide adequate protection»).

<sup>121</sup> Cfr. C. Michel, *Digital sovereignty is central to European strategic autonomy* – Discorso del Presidente Charles Michel, cit. («In recent years, however, we have seen the abuse of personal data – the over-exploitation of data by companies in pursuit of profit. Or by states, like in China, for the purpose of controlling their citizens. We must use our new digital resources wisely to protect the “environment” of our fundamental values – democracy and individual freedoms. It is not only a political issue, it's also an economic one. We must ensure the sustainability of these resources. Citizens will not accept to be transformed into objects, to see their personal and consumption choices guided by secret algorithms... between an unregulated model and a state-controlled model we, Europeans, promote a human-centric, ethics-based approach, that serves our citizens»). Sulla via europea al digitale si veda anche U. von der Leyen, *Political guidelines for the next European Commission 2019-2024*. Opening statement in the European Parliament plenary session 16 July 2019. Speech in the European Parliament plenary session 27 November 2019, Publications Office of the European Union, 2020, [data.europa.eu/doi/10.2775/101756](https://data.europa.eu/doi/10.2775/101756).

<sup>122</sup> Cfr. S. Lengen, *Digital Imaginaries and the Chinese Nation State*, in I. Ahmad e J., Kang (a cura di), *The Nation Form in the Global Age. Global Diversities*, Cham, 2022, p. 207 («Narratives of 'catching up with the West' discursively reinforce the unity of the nation state as a comparative unit... This drive to catch up with Western powers is

## 10. Conclusioni

Un'indagine sull'uso della comparazione nella sfera digitale conduce a conclusioni che si pongono in linea di sostanziale continuità con la letteratura sul tema, pur se con importanti elementi di differenza. In primo luogo, la centralità della comparazione nella sfera digitale conferma la tesi secondo cui i riferimenti a ordinamenti stranieri sono più frequenti in quelle materie che presentano elementi di novità e sulle quali non si siano ancora raggiunte soluzioni consolidate<sup>123</sup>. Sulla stessa linea, a rafforzare il dialogo tra ordinamenti contribuisce l'esigenza di un coordinamento tra le diverse soluzioni rispetto a materie che, per loro stessa natura, trascendono i confini nazionali.

Allo stesso tempo, l'uso della comparazione nella sfera digitale assume spesso tratti peculiari rispetto a quelli descritti in letteratura. Tradizionalmente l'uso obbligatorio della comparazione riguarda le controversie in cui il riferimento al diritto straniero è imposto al giudice da fonti sopranazionali o da norme di conflitto. Nella sfera digitale, invece, l'uso obbligatorio della comparazione si distingue per la presenza di norme di diritto interno che impongono di effettuare un raffronto tra ordinamenti. Espressione paradigmatica di questo tipo di comparazione è la decisione di adeguatezza formulata dall'Unione europea come preconditione per la circolazione dei dati e il meccanismo analogo messo in piedi dal diritto cinese.

Anche sull'uso costruttivo o distruttivo della comparazione si registrano interessanti linee di discontinuità rispetto al passato. La letteratura comparatistica ha sempre concluso che, ove presente, il ricorso alla comparazione giuridica avvenga prevalentemente in chiave «costruttiva», allo scopo cioè di stabilire un'imitazione culturale tra modelli differenti<sup>124</sup>. In questo quadro, il richiamo ad esperienze giuridi-

---

an exercise in comparative nationalism»). Per una rassegna di esempi contenuti nelle dichiarazioni ufficiali delle massime autorità cinese si rinvia a R. Huw, J. Cows, J. Morley, M. Taddeo, V. Wang e L. Floridi, *The Chinese approach to artificial intelligence: an analysis of policy, ethics, and regulation*, cit., 63 («The desire to leapfrog the US is echoed in statements from China's political and military leadership»).

<sup>123</sup> Sulla credenza di un diritto destinato fatalmente a dover riconcorrere l'evoluzione tecnologica Cfr. J.A.T. Fairfield, *Runaway Technology can law keep up?*, Cambridge, 2021.

<sup>124</sup> Cfr. A. Somma, *Le corti italiane e l'uso complementare dei modelli normativi extraterritoriali nel processo di armonizzazione del diritto in ambito comunitario*, in AAVV, *L'uso giurisprudenziale della comparazione giuridica*, cit., 25 ss., che distingue tra un uso «costruttivo» o «distruttivo» del modello alieno, a seconda che tale uso serva

che straniera serve a conferire legittimazione a scelte e interpretazioni diverse da quelle consuete attraverso un richiamo in senso adesivo a modelli stranieri, al fine di innovare l'ordinamento giuridico anche contro il tenore letterale di alcune disposizioni o di alcuni orientamenti consolidati. Mentre sono considerati decisamente rari gli impieghi del diritto straniero e comparato a fini distruttivi o di conservazione dei valori dell'ordinamento<sup>125</sup>.

Ciò che invece emerge nella sfera digitale è il netto prevalere di una comparazione di tipo «distruttivo», le cui ragioni si distaccano da quanto generalmente messo in luce in letteratura. Tipicamente alla base del rigetto del modello straniero sono quasi sempre le strettoie di carattere formale poste dal sistema delle fonti, espressione di un giu-spositivismo statualistico che vede lo Stato come ordinamento esclusivo a validità territoriale entro il quale vale il principio *superiorem non recognoscentes*: un *horror alieni iuris* che spesso connota l'uso distruttivo della comparazione, frutto di una concezione statualistica e positivista del diritto che porta a respingere la soluzione straniera come estranea all'ordinamento giuridico nazionale.

Al contrario, nella definizione delle politiche del digitale la presa di distanza dagli altri attori sembra svolgere una funzione diversa, finalizzata innanzitutto a tracciare le radici culturali del proprio modello. Il richiamo al diritto straniero assume quasi sempre la funzione di marcare le differenze rispetto agli ordinamenti considerati ed è funzionale alla costruzione delle identità nazionali o regionali, spesso definite in contrapposizione alle scelte e alle preferenze espresse dagli altri. La comparazione giuridica diviene così uno strumento indispensabile per plasmare queste diverse identità<sup>126</sup>.

---

a incentivare l'evoluzione del diritto supportando soluzioni, anche contro il tenore letterale di alcune disposizioni o di alcuni orientamenti consolidati in dottrina e giurisprudenza, e con schemi usualmente ricondotti ad un testo normativo, promossi dalla letteratura o dalla prassi applicativa; ovvero a confermare le soluzioni già esistenti dichiarando l'estraneità di una certa soluzione rispetto all'esperienza giuridica di appartenenza.

<sup>125</sup> Cfr. A. Somma, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario*, cit., 287.

<sup>126</sup> Questo vale anche in quei rari casi in cui i riferimenti comparatistici sono volti a sottolineare la comunanza tra due modelli, finalizzati comunque a prendere le distanze da un terzo soggetto, come nel caso della pretesa convergenza europea e americana in tema di intelligenza artificiale rispetto al modello cinese. Cfr. U.S.-EU Trade and Technology Council Inaugural Joint Statement. (29.9.2021), The White House, [www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/29/u-](http://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/29/u-)

Le radici di questa distanza tra regole operative e declamazioni teoriche possono ricondursi tanto a ragioni strategiche quanto ad una sorta di *normative beautification*, ossia di una descrizione apologetica della propria tradizione culturale e giuridica offerta dagli attori locali, la quale non trova piena realizzazione nelle politiche effettivamente perseguite sul piano operativo<sup>127</sup>. Si spiegano in questa prospettiva la prevalenza nei documenti ufficiali di valutazioni di ordine emotivo rispetto a considerazioni di ordine strettamente tecnico<sup>128</sup>.

Infine, un'analisi per formanti ci offre strumenti di indagine utili per ricostruire il dialogo in atto tra ordinamenti nella sfera digitale. La rappresentazione a tinte nette delle scelte compiute nei tre diversi modelli passati in rassegna nasconde posizioni più sfumate e finisce per ammantare scelte in buona parte convergenti dietro ragioni e giustificazioni molto diverse. A dispetto della polarizzazione espressa a livello declamatorio, con giustificazioni che richiamano ragioni e principi differenti nel legittimare le proprie scelte, un'analisi delle regole operazionali rivela come ciascuno degli attori in campo operi un temperamento di ragioni legate alla tutela dei diritti, alla difesa del libero mercato e alla sicurezza.

Le eccezioni contenute nei trattati internazionali – le quali attribuiscono, a dispetto delle diverse giustificazioni invocate<sup>129</sup>, margini di manovra molto simili<sup>130</sup> – mostrano come sia soprattutto nella rivendi-

---

s-eu-trade-and-technology-council-inaugural-joint-statement/ («our common democratic values and human rights... opposed to uses of AI that do not respect this requirement, such as rights-violating systems of social scoring»).

<sup>127</sup> Sul punto cfr. J.Q. Whitman, *The Neo-Romantic Turn*, in P. Legrand e R. Munday (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003.

<sup>128</sup> Registrano questa tendenza E. Hine e L. Floridi, *Artificial Intelligence with American Values and Chinese Characteristics*, cit., ai quali si rinvia per un'analisi terminologica basata sulla «sentiment analysis» dei testi normativi statunitensi e cinesi in tema di intelligenza artificiale.

<sup>129</sup> Un'analisi delle misure sulla circolazione dei dati contenute nei trattati sul commercio internazionale riflettono le differenze descritte, con gli Stati Uniti d'America promotori di un sistema di libera circolazione dei dati sul mercato, l'Europa maggiormente attenta alla tutela della privacy e dei diritti e la Cina che contempera queste due esigenze con quelle legate alla sicurezza. Cfr. Y.C. Chin e Z. Jingwu, *Governing Cross-Border Data Flows: International Trade Agreements and Their Limits*, *Laws*, cit.

<sup>130</sup> N. Cory e L. Dascoli, *How Barriers to Cross-Border Data Flows Are Spreading Globally, What They Cost, and How to Address Them*, ITIF, 19.7.2021, [itif.org/publications/2021/07/19/how-barriers-cross-border-data-flows-are-spreading-globally-what-they-cost](https://itif.org/publications/2021/07/19/how-barriers-cross-border-data-flows-are-spreading-globally-what-they-cost). Oltre al richiamo alla sicurezza, è importante notare come considerazioni di sicurezza siano rimesse al giudizio insindacabile del Paese che le solleva. Sul punto si rinvia

cazione di un'autonomia nel controllo del flusso globale dei dati, e nella tendenza crescente ad ampliare la portata delle proprie norme oltre i confini territoriali di applicazione, che tale convergenza si realizza. In questo quadro, le diverse ragioni addotte sembrano essere utilizzate per mantenere ampi margini di discrezionalità nel flusso transfrontaliero dei dati e per estendere il proprio raggio d'azione oltre i confini del territorio di riferimento, nella contesa, oggi più che mai aperta, per la sovranità digitale.

---

alle considerazioni di H. Gao, *Data sovereignty and trade agreements: Three digital kingdoms*, Hinrich Foundation, 2022, [www.hinrichfoundation.com/research/article/digital/data-sovereignty-trade-agreements-digital-kingdoms/](http://www.hinrichfoundation.com/research/article/digital/data-sovereignty-trade-agreements-digital-kingdoms/).



# Il mercato delle riforme e la circolazione imposta di modelli

*Alessandro Somma*

## 1. La costruzione europea come dispositivo neoliberale

L'Europa unita costituisce per molti aspetti un dispositivo neoliberale, concepito per stimolare riforme in linea con la relativa ortodossia e per neutralizzare tensioni di altro segno<sup>1</sup>. Ciò non si ottiene però solo attraverso la produzione di regole, a partire da quelle che identificano le libertà fondamentali tutelate dal livello sovranazionale, prime fra tutte le disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei servizi e soprattutto dei capitali. Fondamentale è anche e soprattutto il ricorso a un meccanismo che potremmo definire in termini di mercato delle riforme, perché concerne la realizzazione delle cosiddette riforme strutturali come contropartita per l'assistenza finanziaria. Un meccanismo tanto pervasivo da essere costitutivo della costruzione europea, oltre che alla base della sua evoluzione, che da un simile punto di vista rappresenta il risultato di una circolazione imposta di modelli.

Che il mercato delle riforme sia costitutivo dell'Europa unita, lo ricaviamo in modo chiaro dal contesto in cui tutto ha avuto inizio: il varo dello *European recovery program*, il cosiddetto Piano Marshall, con-

---

<sup>1</sup> Per l'ampio e vivace dibattito su questi aspetti, sia consentito rinviare ad A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa e come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma e Bari, 2021 e Id., *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, 2023, p. 161 ss.

cepito come è noto per consolidare il fronte dell'Occidente capitalista nello scontro aperto dallo scoppio della Guerra fredda, nel solco delle iniziative intraprese dagli Stati Uniti per contenere il potere sovietico. Il Piano consisteva nel finanziamento della ricostruzione dei Paesi europei devastati dal secondo conflitto mondiale, tuttavia solo di quelli disposti a «sostenere gli sforzi volti a ripristinare un normale benessere economico nel mondo»<sup>2</sup>: a consolidare il loro ancoraggio all'occidente capitalista. Per questo venne costituita l'Organizzazione per la cooperazione economica europea, precorritrice dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (Ocse), concepita per coordinare gli aiuti del Piano Marshall, ma anche e soprattutto al fine di armonizzare le politiche economiche dei Paesi europei coinvolti. I quali venivano oltretutto indotti a risanare le loro economie perseguendo il pareggio di bilancio e dunque contraendo la spesa pubblica, e nel contempo creando un ambiente favorevole agli investitori, a beneficio dei quali occorreva comprimere i salari e ridurre la pressione fiscale<sup>3</sup>.

Certo, simili obiettivi non vennero perseguiti ovunque con la medesima determinazione ed efficacia. In Paesi come la Francia e l'Italia, dove i partiti si ispiravano al comunismo riscuotevano rilevanti successi elettorali, ci si accontentò di ottenere soprattutto la loro esclusione dagli esecutivi. In altri casi la contropartita per l'assistenza finanziaria fu un più deciso allineamento all'ortodossia neoliberale, come si ricava in modo esemplare da quanto avvenne in Germania<sup>4</sup>. In alternativa l'esecuzione del Piano Marshall determinò l'abbandono di propositi considerati incompatibili con il credo neoliberale, prima fra tutte la volontà di comprimere la proprietà privata dei mezzi di produzione manifestata dall'esecutivo inglese guidato dal laburista Clement Attlee. Tanto che il suo favore per le nazionalizzazioni finì per determinare la conclusione prematura dell'assistenza finanziaria<sup>5</sup>, con ciò mettendo in luce come l'uso politico dei fondi del Piano fosse almeno di fatto assistito da un vero e proprio impianto sanzionatorio.

<sup>2</sup> George Marshall nel discorso tenuto il 5 giugno 1947 all'Università di Harvard.

<sup>3</sup> Per tutti G. Mammarella, *Storia d'Europa del 1945 ad oggi*, nuova ed., Roma e Bari, 2006, p. 143 ss.

<sup>4</sup> Da ultimo B. Steil, *Il Piano Marshall. Alle origini della guerra fredda* (2017), Roma, 2018 e F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in *Costituzionalismo.it*, 2021, 2, p. 51 ss.

<sup>5</sup> M. Patrono, *Diritto dell'integrazione europea*, vol. 1 (*Initium Europae. Storia delle origini e fondamento del processo integrativo*), Torino, 2013, p. 72.

## 2. L'allargamento a sud e il *Washington consensus*

Il meccanismo per cui si concedono finanziamenti come contropartita per l'adozione di riforme in linea con l'ortodossia neoliberale resterà il principale motore della costruzione europea, pronto a essere azionato in occasione di tutti i passaggi cruciali che hanno scandito la sua evoluzione. Un primo riscontro lo ricaviamo in occasione dell'allargamento a sud, che ha interessato i Paesi liberati dalle dittature fasciste a metà anni Settanta, i quali chiesero subito di aderire all'allora Comunità economica europea: Grecia, Portogallo e Spagna.

Bruxelles non poteva certo rigettare la richiesta, che chiamava in causa l'immagine della costruzione europea evocata all'atto della sua nascita, ovvero il suo costituire «una protezione contro il ritorno della dittatura»<sup>6</sup>. E tuttavia l'Europa unita neppure poteva accettare che l'adesione avvenisse senza mettere in discussione quanto avrebbe rappresentato un ostacolo insormontabile all'affermazione del neoliberalismo. Il che, dal punto di vista formale, veniva espresso sotto forma di preoccupazione per le condizioni in cui versavano i Paesi candidati: afflitti da elevati livelli di disoccupazione, da una bilancia dei pagamenti in forte sofferenza e da scarsi livelli di industrializzazione, il tutto considerato un riflesso di politiche non in linea con i principi espressi nei Trattati<sup>7</sup>.

A essere particolarmente sotto tiro fu il Portogallo, la cui costituzione era nata in un clima ancora condizionato dagli eventi rivoluzionari che portarono alla sconfitta della dittatura. Di qui la sua ispirazione democratica e comunista insieme, particolarmente evidente nella precisazione che la Repubblica è «fondata sulla dignità della persona umana e sulla volontà popolare e impegnata nella sua trasformazione in una società senza classi» (art. 1). Anche se il clima cambiò in fretta, conducendo a una riscrittura dell'articolato nelle sue parti più compromesse dal punto di vista neoliberale, persistevano scelte di politica economica sgradite al livello europeo: come il ricorso alla nazionalizzazione nell'industria e nei servizi, segno evidente che il Paese necessitava di «radicali riforme economiche e sociali»<sup>8</sup>. Tanto più che aveva

---

<sup>6</sup> Comunicazione *General considerations on the problems of enlargement* del 20 aprile 1978, Com/78/120 fin.

<sup>7</sup> Comunicazione *The transitional period and the institutional implications of enlargement* del 24 aprile 1978, Com/78/190 fin.

<sup>8</sup> *Opinion on Portuguese application for membership* del 19 maggio 1978, Com/78/220 fin.

un debito pubblico particolarmente elevato, determinato tra l'altro dai costi provocati dalla concessione dell'indipendenza alle colonie ancora sottomesse dal regime di Salazar: in particolare i costi per riassorbire nella Pubblica amministrazione i cittadini rientrati dall'Angola e dal Mozambico, e realizzare così politiche di sostegno alla domanda<sup>9</sup>.

A preparare il Portogallo per l'adesione ci pensò il Fondo monetario internazionale, che per l'occasione ricevette dalle autorità europee una sorta di mandato a farsi carico della questione. Di qui la concessione di due prestiti: il primo nel 1976, a un anno dalle prime elezioni libere vinte dai Socialisti di Mario Soares e in concomitanza con la richiesta di adesione alla costruzione europea, e il secondo tra il 1983 e il 1985, ovvero nel triennio immediatamente precedente l'ingresso nelle Comunità<sup>10</sup>.

Soprattutto in questa seconda occasione le condizioni per l'assistenza finanziaria furono particolarmente efficaci, volte come erano a ottenere riforme capaci di incidere sulla disciplina del mercato nelle parti in cui si mostrava più stridente con l'ortodossia neoliberale. Non venne direttamente imposta la privatizzazione delle imprese in mano pubblica, ma questa fu di fatto avviata nel momento in cui si impose loro di operare sul mercato nel rispetto del principio di concorrenza. Il che si ottenne tagliando i trasferimenti alle imprese pubbliche, costrette così a sostenersi attraverso i soli introiti derivanti dalla loro attività, e dunque a non poter praticare un regime di prezzi amministrativi per i beni prodotti e i servizi erogati: dai beni di prima necessità, all'approvvigionamento di elettricità e acqua, ai trasporti. Il tutto mentre si imposero un contenimento della spesa pubblica nei settori della previdenza e assistenza sociale, della sanità e dell'educazione, oltre a riforme in materia lavoristica finalizzate per un verso a ostacolare gli aumenti salariali, e per un altro a produrre «flessibilità nell'utilizzo della manodopera».

Nessuno stupore, allora, se l'impeto neoliberale con cui il Fondo monetario intervenne in Portogallo, ribadiamo di comune accordo con le autorità europee, fu ritenuto tale da rappresentare il banco di prova per mettere a punto quanto si è poi definito in termini di *Washington*

<sup>9</sup> Ad es. F. Tavares Pimenta, *Storia politica del Portogallo contemporaneo (1800-2000)*, Firenze, 2011.

<sup>10</sup> Cfr. la *Carta de Intenções dirigida ao Fundo Monetário Internacional*, in *Boletim Trimestral - Banco de Portugal*, 1983, 3, p. 5 ss. e la *Carta de Intenções dirigida ao Fundo Monetário Internacional*, *ivi*, 1984, 3, p. 5 ss.

*consensus*<sup>11</sup>: l'insieme delle riforme strutturali, inizialmente studiate per l'area latinoamericana, la cui adozione doveva porre rimedio all'indebitamento dei Paesi che le avrebbero adottate, ovviamente attraverso la loro incondizionata adesione ai dettami del neoliberalismo.

### **3. L'allargamento a est e il ruolo della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo**

Se l'allargamento a sud ha posto non pochi problemi all'agenda neolibérale europea, quello a est non è certo stato da meno. Diversamente dalle dittature fasciste, infatti, quelle socialiste non avevano rinnegato il liberalismo politico semplicemente per consentire una riforma di quello economico<sup>12</sup>. Avevano inteso superare l'ordine proprietario per edificarne uno fondato sul rigetto di entrambi i capisaldi della tradizione occidentale: la democrazia, ma anche il capitalismo. Di qui la notevole mole di problemi, che le istituzioni europee decisero di affrontare nel modo che oramai conosciamo

Dell'ampliamento si iniziò a discutere a partire dal 1993, poco prima che i Paesi interessati avanzassero formale richiesta di adesione. Si stabilirono innanzitutto gli standard che i candidati avrebbero dovuto possedere per far parte dell'Unione: «una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze, l'esistenza di una economia di mercato funzionante», oltre alla condivisione degli «obiettivi di un'unione politica, economica e monetaria»<sup>13</sup>.

Come si vede, si tratta di standard relativi all'edificazione di un ordine incentrato sui fondamenti della democrazia e del capitalismo. Fu peraltro sullo sviluppo del mercato concorrenziale che si volle concentrare l'attenzione: tra le prime misure da adottare, in attesa della formale adesione, figurano l'intensificazione delle relazioni commerciali tra l'Unione e i Paesi dell'est attraverso la progressiva costruzione di una zona di libero scambio nella quale «vietare le pratiche restrittive, l'abu-

---

<sup>11</sup> A.B. Nunes, *The International Monetary Fund's Standby Arrangements with Portugal. An Ex-Ante Application of the Washington Consensus*, Gabinete de História Económica e Social - Documentos de Trabalho 44/2011.

<sup>12</sup> Secondo lo schema che si deve a K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), Torino, 1974.

<sup>13</sup> Consiglio europeo di Copenaghen del 21 e 22 giugno 1993, *Conclusioni della Presidenza*.

so delle posizioni dominanti e gli aiuti pubblici che falsano o minacciano di falsare la concorrenza». Nel frattempo si sarebbero sostenuti gli sforzi intrapresi dai Paesi dell'est per «modernizzare le loro economie indebolite da quarant'anni di pianificazione centrale», ricorrendo all'aiuto finanziario della Banca europea per gli investimenti e della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo<sup>14</sup>.

L'accordo costitutivo di quest'ultimo ente, appositamente creato per assistere la transizione al capitalismo dei Paesi dell'Europa centro orientale e dell'Asia centrale un tempo appartenuti al blocco sovietico, e per questo celebrato come «la prima istituzione del nuovo ordine mondiale»<sup>15</sup>, contiene indicazioni molto chiare circa i suoi compiti: la Banca deve promuovere l'economia di mercato, quindi l'«iniziativa privata», lo «spirito imprenditoriale» e le «riforme strutturali» necessarie «allo smantellamento dei monopoli, al decentramento e alla privatizzazione». Nel Preambolo dell'accordo si operano riferimenti anche alla democrazia e ai diritti umani, che tuttavia devono essere letti alla luce di una precisazione da cui si ricava la funzione attribuita al ripristino delle libertà politiche, ovvero il loro essere connesse alla promozione delle libertà economiche così come concepite dal credo neoliberale: «il nesso tra aspetti politici ed economici» implica «un'attenzione primaria per i diritti civili», sicché i diritti sociali semplicemente «possono essere presi in considerazione», ma non «nella valutazione dei progressi» fatti dal Paese assistito<sup>16</sup>.

La formale apertura dei negoziati di adesione venne decisa nella seconda metà degli anni Novanta, insieme alla «strategia rafforzata di preadesione» e al «rafforzamento dell'aiuto alla preadesione»<sup>17</sup>, quest'ultimo finalizzato a sostenere gli investimenti richiesti da specifici «Programmi nazionali di adattamento dell'*acquis*»<sup>18</sup>. Poco dopo, in vista dell'ampliamento, il Trattato di Nizza firmato nel febbraio del 2001 apportò alcune modifiche alla struttura istituzionale dell'Unio-

<sup>14</sup> *Ibidem.*

<sup>15</sup> P.A. Mekveld, *Origin and Role of the European Bank for Reconstruction and Development*, Berlin, 1991, p. 96.

<sup>16</sup> *Political Aspects of the Mandate of the European Bank for Reconstruction and Development*, [www.ebrd.com/downloads/research/guides/aspects.pdf](http://www.ebrd.com/downloads/research/guides/aspects.pdf).

<sup>17</sup> Consiglio europeo di Lussemburgo del 12 e 13 dicembre 1997, *Conclusioni della Presidenza*.

<sup>18</sup> Ad es. T. Beichelt, *Die Europäische Union nach der Osterweiterung*, Wiesbaden, 2004, p. 48 ss.

ne, considerate indispensabili ad agevolare l'assunzione di decisioni nell'ambito di un'organizzazione che avrebbe di lì a poco assunto dimensioni notevoli. Nel 2004 vennero infatti accolte l'Estonia, la Lettonia, la Lituania, la Polonia, la Repubblica Ceca, la Slovacchia, la Slovenia e l'Ungheria, mentre l'adesione di Bulgaria e Romania fu decisa nel 2007.

Non si tratta qui di descrivere il caotico passaggio dall'economia di piano all'economia di mercato che ha interessato i Paesi un tempo appartenuti al blocco sovietico, coinvolgendo tutti i livelli dell'ordinamento, a partire evidentemente da quello costituzionale. Ciò che occorre mettere in luce è l'ispirazione marcatamente neoliberale delle riforme a cui si sono condizionati i più disparati prestiti erogati per favorire l'ampliamento dell'Unione europea verso est<sup>19</sup>, nel solco di quanto il Fondo monetario internazionale aveva sperimentato in Portogallo. Sono infatti riforme destinate a consentire una diminuzione delle uscite, ottenuta con il dimagrimento della pubblica amministrazione e la contrazione della spesa sociale, un incremento delle entrate attraverso piani di privatizzazioni e liberalizzazioni, e a trasformare il mercato del lavoro per flessibilizzarlo e creare un ambiente favorevole alla cooperazione tra produttori. Riforme considerate indispensabili a rigenerare un contesto nel quale «non vi era un concetto di proprietà privata e il profitto era ritenuto immorale»<sup>20</sup>.

Nel merito è esemplificativo ricordare un intervento legislativo che suscitò il disappunto dei funzionari della Banca: il Codice del lavoro slovacco del 2001, un articolato predisposto in seno al Ministero del lavoro e degli affari sociali per realizzare l'armonizzazione di questo settore dell'ordinamento slovacco con l'*acquis* comunitario. Le prime critiche vennero mosse a questa istituzione nel suo complesso, considerata «un ente fortemente resistente al cambiamento», presso il quale sono mancate «le capacità professionali indispensabili a predisporre una moderna legislazione»: tanto da autorizzare la conclusione che essa «ricorda l'era comunista nel suo aspetto e nel suo modo di opera-

---

<sup>19</sup> Cfr. G. Ajani, *Diritto dell'Europa orientale*, in *Trattato di diritto comparato*, dir. da R. Sacco, Torino, 1996, p. 115 ss. Anche B. Dejak, *The Cold War was Won in the Nineties. A short History of the European Bank for Reconstruction and Development*, Victoria BC etc., 2005.

<sup>20</sup> A. Newburg, *Eastern Europe and the European Bank for Reconstruction and Development: New Policies and Programs for Business Development*, in 28 *The International Lawyer*, 1994, p. 435.

re». Ebbene, il motivo di tanto disappunto fu la mancata condivisione di un'analisi concernente la relazione tra disoccupazione e mercato del lavoro, o meglio dell'approccio neoliberale a quell'analisi: le autorità slovacche non avrebbero riconosciuto come «la rigidità del mercato del lavoro e l'insufficiente mobilità del lavoro siano tra le principali cause dell'elevata disoccupazione». Di qui i vizi del Codice, reo di aver persino «ulteriormente diminuito la flessibilità», aumentato il costo del lavoro, posto limiti all'orario, disincentivato il licenziamento e, soprattutto, aumentato «significativamente il ruolo del sindacato»<sup>21</sup>.

#### **4. La crisi del debito e il Meccanismo europeo di stabilità**

Negli ultimi anni il mercato delle riforme in area europea è stato alimentato soprattutto in occasione della ristrutturazione dei debiti sovrani, notoriamente cresciuti in modo esponenziale per effetto della crisi economica e finanziaria del 2008. La materia è complessa, dal momento che viene sovrastata dal «principio del non salvataggio finanziario», per cui «l'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro» (art. 125 Trattato sul funzionamento dell'Unione).

Queste rigidità hanno alimentato un animato dibattito circa l'opportunità di fronteggiare la crisi ricorrendo ad approcci in linea con i principi della democrazia economica<sup>22</sup>. Di qui la necessità di impedire alla crisi di minacciare la fede nell'ispirazione neoliberale della costruzione europea, accettando di derogare al divieto di salvataggio degli Stati membri da parte dell'Unione, tuttavia non per azionare meccanismi di redistribuzione della ricchezza di matrice solidaristica: si possono assistere finanziariamente gli Stati in difficoltà, ma solo se ciò risulta funzionale a tutelare la costruzione europea dalle conseguenze del loro dissesto, e solo condizionando l'assistenza alla realizzazione di riforme di chiara matrice neoliberale.

<sup>21</sup> K. Mathernova, *A Reformer's Lessons Learned: The Case of the Slovak Republic*, in *3 Law in Transition*, 2002, 2, p. 53.

<sup>22</sup> I cui echi hanno trasceso i confini del Vecchio continente: per tutti J.E. Stiglitz, *L'Euro. Come una moneta comune minaccia il futuro dell'Europa* (2016), Torino, 2017, part. p. 181 ss.



Questo disegno politico non poteva però reggersi su un solido fondamento giuridico. O meglio, questo era stato previsto, tuttavia solo con riferimento ai Paesi non appartenenti all'Eurozona. Per questi ultimi già il Trattato di Maastricht aveva infatti stabilito che, «in caso di difficoltà o di grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti» pregiudizievole per «il funzionamento del mercato interno o l'attuazione della politica commerciale comune», si poteva procedere al «concorso reciproco», ovvero concedere un sostegno finanziario a medio termine (art. 143 Tfue). Un regolamento aveva poi aggiunto che un prestito o una linea di credito potevano essere concessi solo concordando con le autorità europee un «programma di riassetto o di accompagnamento», o altre «condizioni di politica economica alle quali è subordinato il sostegno finanziario a medio termine, al fine di ripristinare o di garantire una situazione sostenibile della bilancia dei pagamenti». Con la precisazione che il programma e le condizioni si sarebbero costantemente monitorate, dal momento che il «versamento o prelievo sarà effettuato in linea di principio in quote successive», e «la liberazione di ogni quota è subordinata alla verifica dei risultati ottenuti nell'attuazione del programma rispetto agli obiettivi prefissi»<sup>23</sup>.

A ben vedere, una base giuridica per l'assistenza finanziaria ai Paesi dell'Eurozona poteva rinvenirsi nella disposizione pensata per i casi in cui le loro difficoltà derivavano da «circostanze eccezionali che sfuggono al loro controllo», per fronteggiare le quali si poteva «concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria» (art. 122 Tfue). Non si riteneva però che la disposizione rappresentasse una base giuridica sufficientemente solida, motivo per cui si decise di rafforzarla attraverso il coinvolgimento del Fondo monetario internazionale in omaggio alla sua esperienza in materia di assistenza finanziaria condizionata<sup>24</sup>.

Sullo sfondo di questa copertura, e sulla base della disposizione del Trattato appena ricordata, venne costituito il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, destinato a «preservare la stabilità finanziaria dell'Unione europea» minacciata da una «crisi finanziaria mondiale senza precedenti», fonte di «un grave deterioramento delle

---

<sup>23</sup> Art. 3 Regolamento *che istituisce un meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri* del 18 febbraio 2002, 332/2002/Ce.

<sup>24</sup> All'epoca ricavabile in particolare dalle *Guidelines on Conditionality* del 25 settembre 2002, [www.imf.org/External/np/pdr/cond/2002/eng/guid/092302.pdf](http://www.imf.org/External/np/pdr/cond/2002/eng/guid/092302.pdf), e dallo *Statement of the Imf Staff Principles Underlying the Guidelines on Conditionality* del 9 gennaio 2006, [www.imf.org/external/np/pp/eng/2006/010906.pdf](http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2006/010906.pdf).

posizioni del disavanzo e del debito degli Stati membri». Nel contempo venne creato il Fondo europeo di stabilità finanziaria, «società veicolo garantita su base prorata dagli Stati membri partecipanti in modo coordinato»<sup>25</sup>, incaricata per statuto di «procurare finanziamenti agli Stati membri dell'Unione europea in difficoltà finanziaria la cui moneta è l'Euro, e che hanno concluso un memorandum con la Commissione europea contenente condizionalità di politica economica»<sup>26</sup>.

Solo dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona, anch'esso privo di indicazioni specifiche circa l'assistenza finanziaria destinata agli Stati dell'Eurozona, alla materia si è finalmente messo ordine con una decisione del Consiglio europeo, poi approvata dagli Stati membri ai sensi dell'art. 48 Trattato Ue, con la quale si è completata la prima delle disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione dedicate ai Paesi dell'Eurozona (art. 136)<sup>27</sup>. Lì è stata aggiunta la previsione per cui questi ultimi «possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della Zona Euro nel suo insieme», con la precisazione che «la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità».

Di qui la creazione del Meccanismo europeo di stabilità (Mes)<sup>28</sup>, con la quale si è a ben vedere aggirato il riparto di competenze tra Unione e Stati membri, posto che il Meccanismo realizza incursioni vistose nelle politiche fiscali e di bilancio formalmente riservate ai secondi<sup>29</sup>.

La sua azione si è in effetti sviluppata secondo uno schema unitario che costituisce un riscontro di un simile giudizio. L'assistenza finanziaria è infatti concepita come contropartita di misure volte a diminuire le uscite: a contenere la spesa pensionistica e sociale, inclusa ovviamente quella per la sanità e l'istruzione, a congelare o ridurre le retribuzioni

<sup>25</sup> *Decisione dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri della Zona Euro riuniti in sede di Consiglio dell'Unione europea* 9614 del 10 maggio 2010.

<sup>26</sup> Così lo statuto (art. 3), pubblicato in *Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg* dell'8 giugno 2010 (C-N. 1189), 57026 ss.

<sup>27</sup> Cfr. la *Decisione del Consiglio europeo che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'Euro* del 25 marzo 2011 (2011/199/Ue).

<sup>28</sup> *Trattato che istituisce il Meccanismo europeo di stabilità* del 2 febbraio 2012. Per tutti E. Mostacci, *La sindrome di Francoforte: crisi del debito, costituzione finanziaria europea e torsioni del costituzionalismo democratico*, in *Politica del diritto*, 2013, p. 481 ss.

<sup>29</sup> Ad es. M.F. Cucchiara, *Fiscal compact e Meccanismo europeo di stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2015, p. 109.

dei pubblici dipendenti, e in genere a ridimensionare la Pubblica amministrazione. A queste misure si aggiungono poi indicazioni circa le modalità con cui ottenere un incremento delle entrate, da perseguire attraverso programmi di privatizzazioni e liberalizzazioni, in particolare nei settori dell'energia, delle telecomunicazioni, delle assicurazioni e dei servizi pubblici locali.

Diffuse sono anche le condizionalità concernenti la riforma del mercato del lavoro, concepita in modo tale da ripristinare più elevati livelli di libertà contrattuale, utili fra l'altro a rimuovere gli ostacoli alla flessibilizzazione e precarizzazione della relazione di lavoro: ad assimilarla sempre più a una relazione di mercato qualsiasi, ridotta al mero scambio di attività umana contro denaro, depurata da qualsiasi obbligazione accessoria a tutela della parte debole. Il tutto mentre si incentiva lo sviluppo di relazioni industriali in cui sia limitato il potere dei sindacati dei lavoratori: ad esempio promuovendo la possibilità per gli accordi a livello di singola impresa, dove più forte è il potere contrattuale del datore di lavoro, di derogare agli accordi conclusi a livello centrale, dove è meno arduo contrastare quel potere. Da notare infine il favore con cui si guarda all'introduzione di una componente del salario agganciata agli utili d'impresa, incentivata, di norma nei periodi di crisi, in quanto misura capace di indurre cooperazione e collaborazione tra capitale e lavoro<sup>30</sup>.

## 5. La crisi pandemica e il mito dell'Europa che cambia

Secondo molti la crisi economica provocata dall'emergenza sanitaria in corso indotto l'Unione a mettere in discussione la sua essenza di dispositivo neoliberale<sup>31</sup>. Le misure adottate smentiscono però questa lettura, mettendo in luce come anche questa crisi, non diversamente da quella del debito sovrano, sia stata invece l'occasione di ribadire e se possibile rafforzare l'attuale ispirazione della costruzione europea. Il tutto ricorrendo nuovamente al mercato delle riforme come espediente attraverso cui presidiarne la menzionata essenza di dispositivo neoliberale.

---

<sup>30</sup> Citazioni in A. Somma, *Giustizia o pacificazione sociale? La codeterminazione nello scontro tra modelli di capitalismo*, in *Politica del diritto*, 2015, p. 549 ss.

<sup>31</sup> Riferimenti in A. Somma, *L'Europa tra momento hamiltoniano e momento Polanyi*, in *Nomos*, 2021, 1, p. 1 ss.

Lo ricaviamo dalle misure concepite per fronteggiare l'emergenza così come sono state riassunte in un documento predisposto dal Consiglio europeo<sup>32</sup>, dove si menziona innanzi tutto il cosiddetto Mes sanitario da attivare nell'ambito di un programma denominato «supporto alla crisi pandemica»: una linea di credito condizionata al solo impegno a «sostenere il finanziamento nazionale dei costi diretti e indiretti per la sanità, le cure e la prevenzione». Di qui la diffusa impressione che il Meccanismo possa essere attivato a condizionalità leggera o addirittura senza condizionalità: ipotesi comunque non presa in considerazione dai Paesi membri, peraltro incompatibile con i Trattati europei, il Trattato istitutivo del Meccanismo e alcuni regolamenti europei. Il tutto mentre un consolidato orientamento della Corte di giustizia chiarisce che il regime delle condizionalità costituisce l'imprescindibile bilanciamento della deroga al menzionato principio del non salvataggio finanziario: centrale per la costruzione europea in quando «garantisce che gli Stati membri restino soggetti alla logica del mercato allorquando contraggono debiti, la quale deve spingerli a mantenere una disciplina di bilancio»<sup>33</sup>.

Tra le misure varate per fronteggiare l'emergenza sanitaria vi è anche l'istituzione di un fondo «di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione», per il quale si è scelto un acronimo suggestivo: Sure<sup>34</sup>. Questo fondo ha fornito assistenza finanziaria incondizionata, e tuttavia presenta rilevanti punti di contatto con il Mes sanitario e con la sua filosofia di fondo. Consiste anch'esso in una linea di credito, che dunque finisce per incrementare il debito dei Paesi in difficoltà, e in prospettiva per aggravare la loro posizione rispetto ai parametri fissati dal Patto di stabilità e crescita: lo vedremo fra breve. Soprattutto ha una base legale da cui emerge la sua affinità con l'assistenza finanziaria condizionata: la medesima disposizione utilizzata per l'attività dei Fondi salva-Stati che hanno erogato prestiti ai Paesi colpiti dalla crisi del debito prima dell'istituzione del Mes (art. 122 Trattato sul funzionamento dell'Unione).

---

<sup>32</sup> *Report on the comprehensive economic policy response to the Covid-19 pandemic* del 9 aprile 2020.

<sup>33</sup> Sentenza del 27 novembre 2012 *Pringle*, C-370/12, n. 135.

<sup>34</sup> Regolamento *che istituisce uno strumento europeo di sostegno temporaneo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (Sure) a seguito dell'epidemia di Covid-19* del 19 maggio 2020, 2020/672/Ue.

Fin qui le principali misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria, in quanto tali concepite per un orizzonte temporale relativamente breve. A queste si sono aggiunte altre misure pensate per sostenere la ripresa, elaborate per un arco temporale più ampio e con ciò destinate a orientare lo sviluppo futuro della costruzione europea. Misure ricomprese in uno strumento chiamato *Next generation Eu*, concepito per destinare risorse ad alcuni fondi, il principale dei quali è il Dispositivo per la ripresa e la resilienza. Il tutto finanziato attraverso il bilancio pluriennale per il periodo 2021-27<sup>35</sup>, la cui dotazione complessiva è simile a quella del periodo 2014-20, integrato però da 750 miliardi ottenuti sotto forma di prestiti comuni ottenuti dai mercati finanziari, da destinare tutti al sovvenzionamento del *Next generation Eu*.

Per comprendere il funzionamento del Dispositivo per la ripresa e la resilienza, la cui dotazione è di 672,5 miliardi, è decisivo muovere dalla sua base giuridica: la disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione dedicata alla politica di coesione economica, sociale e territoriale dove si prevede la possibilità di «azioni specifiche che si rivelassero necessarie fuori dai fondi» strutturali già esistenti (art. 175). Di qui le indicazioni circa l'utilizzo dell'assistenza finanziaria, che deve «introdurre riforme basate sulla solidarietà, l'integrazione, la giustizia sociale e un'equa distribuzione della ricchezza», da cui non è però dato identificare il reale segno politico della misura. Questo si ricava dalle condizionalità tutte particolari cui è collegata l'assistenza del Dispositivo, le quali risultano dalla precisazione che il semestre europeo «costituisce il quadro di riferimento per individuare le priorità di riforma nazionali e monitorarne l'attuazione»<sup>36</sup>.

Il semestre europeo è notoriamente una complessa procedura relativa alla redazione delle leggi di bilancio nazionali, concepita per renderle strumenti di attuazione delle politiche volte ad assicurare il rispetto dei cosiddetti parametri di Maastricht: primo fra tutti il pareggio di bilancio. È insomma lo strumento impiegato per imporre disciplina di bilancio, in quanto tale incompatibile con il proposito di promuovere valori invisibili all'ortodossia neoliberale. Il tutto con modalità se possibile più insidiose delle condizionalità prevista dall'attività

---

<sup>35</sup> Regolamento *che stabilisce il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027* del 17 dicembre 2020, 2020/2093/UE.

<sup>36</sup> Regolamento *che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza* del 12 febbraio 2021, 2021/241/UE.

del Mes. Le condizionalità cui rinvia il semestre europeo si conoscono infatti di anno in anno, il che trasforma il ricorso al Dispositivo per la ripresa e la resilienza in un autentico salto nel buio.

È appena il caso di rilevare che ulteriori stringenti condizionalità sono quelle derivanti dai Piani nazionali di ripresa e resilienza (Pnrr), ovvero l'atto con il quale si disciplina l'utilizzo dei fondi messi a disposizione nell'ambito del *Next generation Eu*, che per l'Italia è stato concordato ai tempi dell'esecutivo presieduto da Mario Draghi<sup>37</sup>. Lì si indicano invero le specifiche riforme alla cui realizzazione viene condizionata l'erogazione dei fondi, elencate nella Decisione del Consiglio dell'Unione europea relativa all'approvazione del Pnrr e al relativo Allegato<sup>38</sup>, adottata ai sensi del Regolamento istitutivo del Fondo per la ripresa e la resilienza (art. 20).

Tra queste riforme è particolarmente dirompente l'impegno a riesumare la legge annuale per il mercato e la concorrenza. Questa viene contemplata da un provvedimento del 2009 che ha affidato all'esecutivo il compito di predisporla per «rimuovere gli ostacoli regolatori di carattere normativo o amministrativo all'apertura dei mercati», quindi per «promuovere lo sviluppo della concorrenza» e per «garantire la tutela dei consumatori». Il tutto tenendo conto delle «segnalazioni» e della «relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato», e soprattutto per promuovere la «conformità dell'ordinamento interno ai principi comunitari in materia di libera circolazione, concorrenza e apertura dei mercati, nonché alle politiche europee in materia di concorrenza»<sup>39</sup>.

Queste indicazioni sono state in larga parte disattese. Solo nel 2017 si è avuta una legge per la concorrenza e il mercato, su stimolo dell'esecutivo diretto da Matteo Renzi che aveva varato il relativo disegno nel febbraio 2015<sup>40</sup>. In precedenza si era invece avuto un provvedimento

---

<sup>37</sup> *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, [www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR.pdf).

<sup>38</sup> Rispettivamente *Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia* 10160/21 del 6 luglio 2021, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf>, e *Allegato riveduto della Decisione del consiglio relativa all'approvazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia*, 10160/21 Add 1 Rev 2 dell'8 luglio 2021, [www.camera.it/temiap/2021/07/13/OCD177-5010.pdf](http://www.camera.it/temiap/2021/07/13/OCD177-5010.pdf).

<sup>39</sup> Art. 47 Legge 23 luglio 2009 n. 99 *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*.

<sup>40</sup> Legge 4 agosto 2017 n. 124, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza*.

ispirato da alcune indicazioni dell'Antitrust: quello che ha convertito il cosiddetto Decreto cresci Italia<sup>41</sup>, voluto al suo insediamento dal governo presieduto da Mario Monti per avviare le politiche di austerità. È toccato a Mario Draghi rimettersi lungo il medesimo cammino in un contesto solo apparentemente differente, dal momento che le politiche espansionistiche di questo periodo non indicano un abbandono dell'ortodossia neoliberale. Rappresentano al contrario la cortina fumogena funzionale ad occultare la definitiva cancellazione di quanto si reputa incompatibile con quell'ortodossia.

Quattro sono le leggi annuali per la concorrenza, contemplate dal Pnrr quali riforme cui è condizionata l'assistenza finanziaria del Fondo per la ripresa e la resilienza: la prima si occupa di «servizi pubblici locali, energia, trasporti, rifiuti», la seconda concerne i «piani di sviluppo energia elettrica», la terza è dedicata alla «riforma delle concessioni stradali», mentre per la quarta le finalità non sono ancora definite<sup>42</sup>.

Tutte queste leggi recepiscono in vario modo le indicazioni contenute in una recente segnalazione dell'Antitrust, sollecitata direttamente da Mario Draghi in occasione del discorso per la fiducia tenuto al Senato. Non richiameremo le indicazioni di dettaglio, ma solo quelle destinate a presidiare l'ispirazione neoliberale del Pnrr, a partire dall'invito a evitare che le politiche espansionistiche richieste dalla crisi pandemica introducano un cambio di rotta: è fondamentale «che le decisioni di politica economica e l'intervento pubblico a sostegno dell'economia e delle categorie maggiormente colpite siano disegnati nella piena consapevolezza degli effetti sulla concorrenza», e considerare che «l'applicazione rigorosa della disciplina antitrust costituisce un fattore prezioso per garantire una più rapida e solida ripresa». Il mercato deve insomma restare lo strumento principe per la redistribuzione della ricchezza, e a monte lo strumento di selezione degli operatori economici più adatti ad assolvere a un simile compito: «la concorrenza promuove la produttività e la creazione di posti di lavoro, induce le imprese a essere più produttive e innovative, favorisce una migliore allocazione

---

<sup>41</sup> Legge 24 marzo 2012 n. 27 di conversione del Decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1 recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

<sup>42</sup> Allegato riveduto della Decisione del consiglio relativa all'approvazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, cit., pp. 132 e 142 ss.

delle risorse tra le attività economiche, consente alle imprese più innovative ed efficienti di entrare nel mercato e crescere»<sup>43</sup>.

## **6. A mo' di conclusione: il debito come strumento di produzione e riproduzione delle soggettività**

L'Unione europea ha dunque utilizzato la pandemia per rafforzare la sua essenza di dispositivo neoliberale, e lo ha fatto ricorrendo al mercato delle riforme in quanto espediente più efficace per ottenere un simile obiettivo. Anche e soprattutto perché eleva il debito a strumento di produzione e riproduzione delle soggettività collettive esattamente come di quelle individuali<sup>44</sup>, ovvero a modalità attraverso cui si ottiene la soggezione degli Stati, e con ciò una circolazione imposta di modelli.

Tutti le iniziative intraprese per fronteggiare l'emergenza e favorire la ripresa sono invero pensate per incrementare il debito degli Stati. Il che avviene anche per le somme erogate nell'ambito del Dispositivo per la ripresa e la resilienza sotto forma di finanziamenti a fondo perduto. Invero quelle somme devono essere restituite dall'Europa, e il bilancio europeo viene alimentato dai Paesi membri: i quali dovranno così incrementare i loro trasferimenti, eventualmente ricorrendo a nuove forme di tassazione, o in alternativa rinunciare a quelli altrimenti ottenuti dai fondi strutturali.

I risvolti di questa situazione non sono ancora visibili in tutta la loro portata. Al momento il Patto di stabilità e crescita, l'insieme di regole concepite per presidiare la disciplina di bilancio dei Paesi europei e in particolare il rispetto dei cosiddetti parametri di Maastricht, risulta sospeso<sup>45</sup>. Tornerà però in funzione nel 2024, probabilmente con ritocchi di facciata incapaci di alterare la sua sostanza, se non addirittura di inasprirla<sup>46</sup>. A dimostrazione che la costruzione europea, comun-

---

<sup>43</sup> Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Segnalazione ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287 in merito a proposte di riforme concorrenziale, ai fini della Legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2021*, <https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/S4143%20-%20LEGG%20ANNUALE%20CONCORRENZA.pdf>.

<sup>44</sup> Per tutti M. Lazzarato, *La fabbrica dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2011 e Id., *Il governo dell'uomo indebitato. Saggio sulla condizione neoliberista*, Roma, 2013.

<sup>45</sup> Comunicazione *sull'attivazione della clausola di salvaguardia generale del patto di stabilità e crescita* del 20 marzo 2020, Com/2020/123 fin.

<sup>46</sup> Cfr. A. Francescangeli e G. Gioia, *Riforma del Patto di Stabilità e nuova governance*



que evolverà, resterà un dispositivo neoliberale: edificato con modalità concernenti l'imposizione e non anche il prestigio, e soprattutto incapace di esprimere idealità diverse da quelle di cui l'Unione è stata finora catalizzatrice.

---

*economica. Sulla recente proposta della Commissione europea* (1. febbraio 2023), [www.diritticomparati.it/riforma-del-patto-di-stabilita-e-nuova-governance-economica-sulla-recente-proposta-della-commissione-europea/?print-posts=pdf](http://www.diritticomparati.it/riforma-del-patto-di-stabilita-e-nuova-governance-economica-sulla-recente-proposta-della-commissione-europea/?print-posts=pdf).



# Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo

*Giuseppe Vettori*

## 1. La civilistica dal secondo Novecento al nuovo secolo

In un saggio del 2005 Rodolfo Sacco si interroga su ciò che sta accadendo nella civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo. Osserva che le scansioni temporali dei vari movimenti di idee hanno determinato, nel Novecento, la successione del modello pandettistico con quello esegetico e poi la caduta di quel metodo a favore di altri più eclettici. Nei primi cinquanta anni statalismo e legalismo hanno dominato. Solo i filosofi (come Capograssi, Del Vecchio e Donati) hanno preso le distanze e preparato il futuro.

Si osserva ancora che, nel 1941, Gorla ha denunciato il dogma per il suo assolutismo astratto e molti hanno iniziato un nuovo percorso, con diversa sensibilità, dopo aver constatato l'insufficienza del vecchio metodo<sup>1</sup>. La norma di origine statale e la legge «sono messi in discussione e il loro posto ridimensionato». Si comincia a parlare di diritto vivente e di effettività. Si inizia a scomporre il valore del testo legale dal significato che «abita nella mente dell'interprete». La teoria generale tedesca e inglese parla di un'argomentazione tecnicamente adeguata che deve coincidere ed essere controllata dalla comunità dei giuristi. Si afferma l'analisi linguistica «che ha in comune con la dogmatica l'aspirazione

---

<sup>1</sup> R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Rivista di diritto civile*, 2005, I, p.417 ss.

al rigore logico e concettuale del discorso... senza però offrire all'interprete parametri oggettivi». I filosofi suggeriscono di rimediare «alle discontinuità concettuali ricorrendo all'ontologia applicata per massimizzare i benefici dell'informatica e dell'intelligenza artificiale» che consente una maggiore «integrazione sottintesa di senso»<sup>2</sup>. La comparazione giuridica studia la «omologazione dei concetti appartenenti a diversi sistemi» e offre strumenti utili.

Si avverte, insomma, agli inizi del terzo millennio, che qualcosa di nuovo si sta consolidando. «Il dogma è un ricordo. Il concetto costruito e controllato soltanto alla stregua di altri concetti non ha veste di pretendersi fonte. Il testo non fa credere di avere di per sé un senso. Il dato giuridico nasce dall'interprete». Che non è sbandato perché procede parallelamente la condivisione «di pensieri, di categorie e di procedimenti logici», potenziata da una efficace comunicazione e interazione. Tutto ciò induce a chiedersi quanto durerà questa nuova visione e Sacco rifiuta di fare previsioni. Perché «il mestiere del profeta appartiene nella vita laica all'imbecille». Ma azzarda una scommessa.

Le scansioni del pensiero giuridico nel Novecento sono avvenute alla distanza di mezzo secolo l'una dall'altra e tutto lascia pensare che occorrerà lo stesso tempo per consolidare il nuovo. Si tratta ora, quando la metà dei primi 50 anni del 2000 è oramai quasi trascorsa, di seguire le suggestioni offerte dal nostro Autore. Su alcuni aspetti, in particolare: il ruolo della comparazione, il processo di ricodificazione, il metodo.

## 2. Il ruolo della comparazione nella teoria delle fonti

La rilettura delle pagine dell'*Introduzione al diritto comparato* sono illuminanti<sup>3</sup>. Solo qualche cenno.

Anzitutto Sacco precisa che la comparazione non ha nobili intenti. Ricorda Gorla e sottolinea il suo sogno di un diritto planetario, utilizzando il meglio dei materiali continentali, ma si sofferma anche sulla cauta

<sup>2</sup> *Ivi*, p. 433: «nella costruzione della realtà sociale Searle faceva dipendere gli oggetti che popolano il mondo sociale da una intenzionalità per cui assegnano una funzione sociale a oggetti fisici. L'aspetto dominante di questa teoria è proprio l'azione che lo spirito-intenzionalità collettiva esercita sulla materia, trasformando l'oggetto fisico x (un pezzo di carta, un essere umano) nell'oggetto sociale y».

<sup>3</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretta da Id., Torino, 2009, p. 3 ss.

revisione di questo ideale negli ultimi scritti del Maestro<sup>4</sup>. Comparare per Sacco ha lo scopo di conoscere il comportamento degli uomini e di ricercare le ragioni della loro attività. La riflessione sui singoli modelli può trovare identità e diversità e aiuta sempre a valorizzare il pluralismo culturale e giuridico, contro il vizio di interpretare il mondo alla luce della propria cultura. Sicché occorre esaminare tutto ciò che incide, avrebbe potuto incidere o potrà incidere sulla decisione del singolo caso, senza limitarsi alla esposizione parallela delle diversità. E si deve muovere dai fatti che determinano o paralizzano l'innovazione giuridica; ricercare la connessione eziologica fra fenomeni diversi; prestare attenzione alle cause extragiuridiche e in particolare all'antropologia<sup>5</sup>.

L'idea dei formanti è ancora utilissima per una pluralità di ragioni.

Consente la ricerca di una «ragionevole verità»<sup>6</sup>, perché l'incertezza deve essere provvisoria e il raffronto fra le varie modalità di formazione e attuazione dei vari ordinamenti, al di là delle dispute sulla centralità delle legge o dei giudici, è un metro fondamentale per assicurare la funzionalità del sistema. La quale non è garantita né da criteri logici né dalle varie teorie dell'interpretazione.

L'equazione L+D+E+M+A (legge, dottrina, esempi dei manuali, massime della giurisprudenza, regole delle corti) serve a decostruire. Impone di svelare le declamazioni ideologiche per impedire l'utilizzo di modelli mentitori e falsi. Non solo. Serve a capire come possono coesistere visioni opposte come l'esclusività della legge e il potere creativo dei giudici perché legge e prassi incidono entrambe sulla decisione. Aiuta a smentire che tutto il diritto sia creato dallo Stato perché spesso «i suoi organi danno applicazione a regole create altrove e che sono dotate di autorità per la loro capacità persuasiva». Consolida, insomma, un'idea forte: tutto ciò che ha condizionato, condiziona o condiziona il testo di legge o una sentenza è fonte. Basta pensare alla dottrina che ha avuto ed ha oggi un ruolo, diretto o indiretto, sulle sentenze. Mentre la centralità della legge può prevalere solo quando regole e principi sono stati sacralizzati «da un preciso piedistallo sociale»<sup>7</sup>.

Sulla funzione del codice le idee di Sacco sono chiarissime.

---

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 11 ss.

<sup>5</sup> Fondamentale, R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bologna, 2007.

<sup>6</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 45.

<sup>7</sup> *Ivi*, p. 67 nella creazione del diritto comune in Europa prima del BGB, e per l'attività di grandi Maestri (Wieacker, Gorla, Cannata).

Dopo la seconda guerra mondiale, in modo impetuoso, si è preso coscienza del ruolo crescente di norme speciali e contingenti e la visione unitaria delle fonti ha portato, in un certo momento, «a collocare sul medesimo scaffale il codice erede del Digesto, e il regolamento postale». Perché il codice civile non è più il diritto civile, ma solo la più cospicua delle sue tante leggi.

Dagli anni Settanta del XX secolo, il tempo dei codici appare passato, non solo in Italia, e i giuristi di area romanista (Francia) e mista (Luisiana) parlano con lo stesso linguaggio di decodificazione e poi di «rigenerazione di un codice mediante interventi importanti». Purtuttavia dal 1946 al 2010, 64 codici civili sono stati promulgati nel mondo e che cosa è accaduto in Italia è chiaro a tutti.

Le creazioni giurisprudenziali si sono moltiplicate, anche se spesso si sono riviste posizioni sottoposte alla critica unanime della dottrina. Si nega per lo più la necessità di un codice nuovo, ma non si esclude una ricodificazione. Anche se il lavoro da fare è ancora agli inizi, per una serie di ragioni: le novità del diritto positivo e i materiali nuovi destinati a diventare articoli del codice non sono stati sufficientemente discussi ed elaborati, mentre la dottrina non si è curata di integrare le novità giurisprudenziali nel proprio sistema ed è divenuta timida nei confronti di leggi speciali e nei confronti della politica. Si è divisa «in piccole scuole, separate dal metodo e dall'ideologia, spesso politicizzate e tormentate da dubbi nei confronti della finalità stessa della scienza giuridica». Sicché disuniti non si è potuto «né indicare la direzione ai giudici né tenere in rispetto i politici, né dominare la pubblica opinione». In mancanza di personalità riconosciute come guida<sup>8</sup>.

In questo scenario c'è una certezza per Sacco.

Il Codice è uno strumento tuttora valido. «Non se ne può fare a meno. Ma non gli si domanda di avere un'unità. Non ci si aspetta che non abbia lacune. Non gli si promette che avrà una funzione di ben visibile centralità. Non ci si cura di sapere per quanto tempo sarà immutabile»<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> R. Sacco, Voce *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile - Aggiornamento*, vol. 5, Torino, 2010, p. 319 ss.

<sup>9</sup> *Ibidem*, ma si veda ora la profonda analisi globale di M. Graziadei e L. Zhang (a cura di), *The Making of the civil codes. A twenty-First Century Perspective*, Singapore, 2023, part. pp. 109 ss. e 405 ss.

### 3. Contaminazioni

Dunque il nostro Autore<sup>10</sup>, riflettendo sullo scopo del diritto comparato, si chiede se tale scienza si debba limitare ad esaminare «le norme giuridiche adottate da autorità competenti», secondo il metodo del «cosiddetto formalismo giuridico». E la risposta è netta. Tale impostazione è legittima «ma poco interessante per il comparatista». Per una serie di ragioni.

La prima. Dopo aver «considerato una legge» si deve tener conto della sua interpretazione e risalire alle «premesse (ossia ai mezzi ermeneutici, detti anche fonti secondarie) che condizionano questa interpretazione». Non solo. «Tutto ciò che incide sulla decisione del singolo caso è una fonte (secondaria, accessoria, quanto si vuole) del diritto, e perciò può interessare il comparatista», e non solo. Si pensi «a certe fonti indirette che condizionano l'intero funzionamento del diritto nell'ambito di un sistema dato, e che pure non possono dirsi norme autoritarie adottate da un organo competente: ad esempio, l'insegnamento che viene dato ai discenti fra i quali verranno reclutati i giudici». Ciò conduce a considerare rozza e poco scientifica «l'esposizione parallela dei diversi dati nazionali» e propone una netta alternativa: «la comparazione ha una visione del diritto fattuale e diacronica (oltre che sincronica) e perciò si imbatte nei dati di fatto che determinano o paralizzano la spinta verso l'innovazione giuridica».

La seconda ragione di rifiuto del formalismo è altrettanto chiara. «Non c'è una sola verità giuridica, la quale ha la sua fonte nella legge e viene fedelmente ricostruita dalla dottrina e applicata dalla giurisprudenza». Esistono regole legali, proposizioni dottrinali, regole giurisprudenziali come «sistemi o formanti dell'ordinamento»<sup>11</sup>. Sicché «possono essere fonti non solo la legge e la decisione giudiziaria, ma anche quelle proposizioni che, per l'autorità di chi le ha formulate, sono dotate di una capacità persuasiva (come la dottrina saggiistica e manualistica, e l'insegnamento scolastico). Tutto ciò conduce ad un esito importante. Il diritto applicato è il frutto di un'interazione fra una fonte primaria (leggi, precedenti giurisprudenziali vincolanti) e un'interpretazione»<sup>12</sup>. Di più, non possiamo aggiungere.

---

<sup>10</sup> R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 3 ss.

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 46.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 67.

Interazione e contaminazione esprimono un'influenza reciproca di cause, fenomeni, elementi. Si distinguono dalla relazione causa-oggetto perché esigono un'indagine che coniughi da un lato rigore concettuale e analisi sociale e dall'altro un procedere trasversale nella costruzione di nuove soggettività, diritti, e doveri, tratti da un ordine fondato sulla legge nazionale, il sistema comunitario, i vincoli internazionali, la *authority* e i precedenti giudiziari.

Tutto ciò è sperimentato nella quarta edizione del Contratto, scritto con Giorgio De Nova, nel 2016.

Dopo l'edizione del 1975 (nel Trattato Vassalli), la seconda (del 1993) e la terza nel Trattato Sacco (2004), l'ultima è stata pubblicata in forma autonoma e contiene un dialogo con tutti i giuristi e il legislatore, con un metodo nuovo, attento ai mutamenti antropologici.

Se nei primi anni Settanta si trattava di «ricostruire dove la vecchia dogmatica era oramai inadeguata e di predisporre sentieri e filtri per recepire spunti di origine anglosassone». Se negli anni Novanta sino ai primi del Duemila si dovevano chiarire le connessioni fra l'autonomia, il mercato e il contratto, consolidando alcune importanti innovazioni giurisprudenziali, nel 2016 si utilizza un metodo basato su continue interazioni dei diversi formanti<sup>13</sup>.

Mi soffermerò su alcuni temi su cui il discorso di Sacco opera una felice contaminazione di culture, dati positivi e buona dottrina.

#### 4. Giustizia contrattuale e buona fede

Il tema della giustizia contrattuale ha dominato il dibattito dei primi venti anni del secolo, anche in Italia<sup>14</sup>, e Sacco ha il merito di aver respinto banalizzazioni ed eccessi per rivalutare il lavoro dei giuristi più sensibili, fra i quali alcuni filosofi del passato e un giurista americano recensito da un bel saggio di Michele Graziadei<sup>15</sup>.

James Gordley nel 1991 si occupa delle radici filosofiche della teoria del contratto dal basso medioevo ai primi del Novecento. Narra come i teologi della Seconda scolastica (XVI-XVII secolo) fondarono una co-

<sup>13</sup> R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Torino, 2016, p. 15 ss.

<sup>14</sup> Mi permetto il richiamo a G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Rivista di diritto privato*, 2000, p. 21 ss.

<sup>15</sup> M. Graziadei, *Recensione a James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, in *Rivista di diritto civile*, 1992, p. 524 ss.



erente teoria del contratto sulla base della filosofia aristotelica e della dottrina tomista, ripresa dai giusnaturalisti, attaccati poi da Cartesio, Hobbes, Locke, Hume. Precisa che nell'Ottocento questa teoria viene sostituita da un'idea di contratto centrata sulla volontà che, nella *civil law* e nella *common law*, non è riuscita a tener fede alle proprie promesse. Perché, osserva Gordley, le teorie volontaristiche si sono rivelate fragili ed «hanno consumato una definitiva rottura con la tradizione aristotelica, senza riuscire ad individuare alternative altrettanto valide».

Tale riflessione risulta utile allorché alla fine del Novecento si inizia a parlare di una rinnovata teoria del contratto che in quel tempo, in America ed in Europa, si pone il problema della giustizia senza trovare un accordo su cosa essa sia e su che cosa con essa si possa fare.

Per alcuni non sarebbe neppure necessaria una teoria generale del contratto, non elaborata né dai Romani né dalla *common law*. Per altri essa si dovrebbe basare sulle acquisizioni filosofiche moderne di ispirazione kantiana, come Rawls, o utilitarista, come Posner, ma entrambe, osserva Gordley, non affrontano adeguatamente il tema della giustizia. La prima perché non riesce ad individuare il minimo di consenso necessario richiesto per la validità del contratto. La seconda perché evoca la necessità dell'allocazione più efficiente e fa leva sul fine e lo scopo delle parti, secondo le idee, appunto, della Seconda scolastica. Entrambe hanno la stessa difficoltà: l'impossibilità di edificare una teoria «antropologica più ricca di quella lasciata dal XIX secolo» e si auspica una ripresa della tradizione aristotelica o comunque di una visione che si preoccupi non solo della volontà, ma del risultato voluto e conseguito dai contraenti su cui esercitare un controllo<sup>16</sup>.

Opera che inizia a compiere la giurisprudenza italiana nei primi anni del Duemila, con l'utilizzo ampio della causa in concreto e poi del giudizio di meritevolezza e non solo. Sacco osserva che lottare per la giustizia nel contratto significa lottare per la concorrenza contro le circostanze che possono menomare nell'operatore la sua capacità. Significa potenziare e ridefinire la disciplina dei vizi della volontà, creare nuovi rimedi per la mancanza di libertà, di informazione, di partecipazione, di correttezza e lealtà nella fase precontrattuale.

---

<sup>16</sup> Su tutta questa ricostruzione si è riferito anche testualmente alcuni passi della bella recensione di M. Graziadei, *ivi*, p. 525 ss. E si veda ora il recente saggio di J. Gordley, *Private Rights and the Common Good*, in *Tulane Public Law Research Paper*, 2022-9.

Il nostro Autore critica chi si è rivolto con troppa disinvoltura a ricercare una norma generale e astratta sulla giustizia, piuttosto che foggiare controlli e modelli e tutele contro oligopoli, cartelli e posizioni dominanti. Capaci, secondo una nuova etica sociale, di proteggere il contraente «reso fragile dall'insufficienza della sua informazione, sagacia, indipendenza e competenza»<sup>17</sup>. E rivendica, giustamente, di aver contribuito a questa progressiva protezione con «la dilatazione della nozione di incapacità naturale, la repressione dell'inganno specie se colposo o omissivo» ed altro ancora. A cui aggiungerei l'idea anglosassone della repressione della violenza economica insita nella disciplina dell'abuso della dipendenza economica, recepita a livello generale nel *code civil* e nella attuazione della clausola di buona fede su cui occorre un discorso a parte.

Con una premessa.

Non si può affrontare il tema in chiave marcatamente municipale ed occorre rivolgersi alle grandi elaborazioni condotte, senza una norma scritta, in Germania con Jhering nel 1861, in Francia con Saleilles nel 1907 e in America dagli anni Ottanta del Novecento in poi. Occorre ricordare il potente contributo della dottrina comparatistica che ha dedicato al tema un congresso a Montréal nel 1990 e una riunione dell'Associazione Henri Capitant. Si deve rileggere la letteratura d'epoca come Coviello, Faggella, Verga e quella moderna e contemporanea amplissima e ben nota. Solo così si può dare risposta a problemi di fondo, come il contenuto della clausola generale e il suo rapporto con le norme costituzionali e le regole di validità. Su tutto ciò le belle pagine di Sacco devono essere analizzate con grande attenzione. Solo qualche cenno<sup>18</sup>.

Il rilievo della slealtà e della scorrettezza riceve attenzione dalla dottrina italiana sin dagli anni Sessanta e Settanta del Novecento e la giurisprudenza si è adeguata, con ritardo e spesso in modo non convincente. La buona fede è un principio non meno importante di quanto espresso negli articoli 1322 e 1372. È una norma elastica imperniata su di una clausola generale. Ha una sua storia senza che la solidarietà affermata nelle Costituzioni, in Usa e nei Paesi socialisti, abbia influito più di tanto. Nulla deve, secondo Sacco, «a questo o quel comma della Costituzione italiana del 1947. Il soggetto della trattativa aspira a concludere un contratto e ha interesse a non venire condizionato,

<sup>17</sup> R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 26.

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 1183 ss.

nella sua determinazione, da menzogne, sorprese, minacce, strapoteri contrattuali altrui. Invece di perdere tempo con la Costituzione occorre interrogarsi sulle norme che circondano la regola del codice»<sup>19</sup>.

L'art. 1372 evoca un preciso interesse alla conclusione del contratto, gli articoli 1337 e 1338 proteggono l'interesse a essere trattato correttamente senza mala fede. L'interesse tutelato è chiarissimo sin dai tempi di Jhering. Dolo, raggiri e minacce sono esempi di scuola della violazione della buona fede. L'art. 1440 ricorda che il dolo è anche fonte di responsabilità.

Al dolo e alla violenza il diritto civile ha affiancato numerose figure di abuso e di scorrettezza (mancata informazione, costrizione, necessità e bisogno, distorsione del mercato). Non ha senso contrapporre da una parte la volontà e l'assunzione del vincolo e dall'altra colpa e responsabilità. Da oltre 150 anni si è scoperto che la legge sul contratto protegge l'affidamento e non solo la volontà, tutelata sino al limite dell'abuso e della mancata informazione.

Insomma le frontiere fra vincolo nascente dalla volontà e vincolo nascente dalla responsabilità si sono assottigliate. Chi vuole «tener distinti e non comunicanti la responsabilità da contratto valido e la responsabilità da fatto ingiusto ha compiuto una battaglia di retroguardia, incurante dei segni dei tempi e della lettera del codice»<sup>20</sup>. Il sistema di atipicità dell'illecito agevola il compito del giurista italiano rispetto ai tedeschi e alla *common law*, e ha portato ad estendere, sin dagli anni Sessanta, la violazione della buona fede, scritta a grandi lettere nell'art. 2043. Occorre pertanto costruire una tipologia a cui Sacco dedica molte pagine per descrivere la trattativa inconcludente, le ambiguità, le modificazioni dei caratteri costituenti del contratto, le manipolazioni del consenso del contraente, la sorpresa, la paura, la povertà e il bisogno, le condizioni anomale del mercato ed altro ancora.

Sulla natura della responsabilità, tema ancor oggi controverso, la sua opinione è ancora originale e convincente. Alla disputa irrisolta fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale si propone una tesi ancora legata alla concretezza dei fatti e alla interazione delle regole, al di là di rigide categorie. L'art. 1337 dà forma a cinque distinti regimi di responsabilità: «risarcimento con o senza l'addendo del mancato lucro, finzione di avveramento o di non avveramento di un costituente con-

---

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ivi*, p. 1194 e in nota i riferimenti a Pietrobon e D'Amico.

trattuale, integrazione correttiva del contenuto del contratto nel caso del *non venire contra factum proprium*». A cui si può aggiungere il caso della responsabilità della Pubblica Amministrazione.

## 5. Complessità e interazione delle fonti nei primi venti anni del Duemila

Negli ultimi venti anni è mutato nel profondo il modo dell'uomo di stare nel mondo.

La crisi del 2008 ha posto fine alla mitologia del mercato. La Pandemia ha unito il pianeta di fronte ad un evento che ha posto in luce i limiti della scienza e del suo intervento sull'umano. La crisi ambientale si è manifestata in tutta la sua capacità distruttiva. La guerra ha risvegliato in Europa la consapevolezza della fragilità dell'umano di fronte ad un Potere politico senza alcun limite.

Sta nascendo una contiguità globale in gran parte indipendente dalla politica. «Uno spazio unificato, planetario costruito da una serie di reti fittissime, di connessioni, interazioni, scambi, echi, campi, onde di cause e di effetti che si rimescolano l'un l'altra in intrecci senza fine». Una permeabilità e flessibilità diversa dalle relazioni internazionali di una volta, «una bolla umana planetaria ove circolano merci e flussi finanziari, e idee, culture, informazioni, attitudini mentali, modi e stili di comportamento che creano non solo desideri e aspettative ma forze ed energie di salvezza». Insomma «una nuova forma, plasmata dai contesti storici che affiorano, con una forza espansiva nei grandi centri urbani (Parigi, Singapore, Berlino, Londra, Tokyo, Milano, Pechino, Shanghai), uniti da una sola forza mentale che lega soprattutto i più giovani, qualcosa che assomiglia ad un'opinione pubblica planetaria capace di incidere e di orientare»<sup>21</sup>.

Certo le valutazioni sono diverse.

Da un lato di fronte all'espandersi dei poteri privati<sup>22</sup> si parla di un neo-medioevo giuridico<sup>23</sup>, di caduta nella barbarie<sup>24</sup> o di un nuovo stato di natura ove operano «oggetti prodotti da raffinate costruzioni

<sup>21</sup> A. Schiavone, *L'Occidente e la nascita di una civiltà planetaria*, Bologna, 2022, p. 45 ss.

<sup>22</sup> Mi permetto il rinvio a G. Vettori, *Sui Poteri privati. Interazioni e contaminazioni*, in *Diritto Pubblico*, 2022, p. 829ss.

<sup>23</sup> D. D'Andrea, *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo fra post-modernità e nuovo medioevo*, in *Quaderni fiorentini*, 2002, p. 77.

<sup>24</sup> G. Azzariti, *Diritto o barbarie*, Roma e Bari, 2021, p. 20.

giuridiche e da attente e consapevoli politiche»<sup>25</sup>. Il tutto in mancanza di una sfera pubblica «perlomeno dello steso peso», nella speranza illusoria di un costituzionalismo di dimensione globale<sup>26</sup>

Dall'altro si pone in luce una realtà con cui confrontarsi: «poteri pubblici e poteri privati che in vario modo si intrecciano nelle esperienze giuridiche contemporanee»<sup>27</sup>. Perché «larga parte delle attività amministrative si svolgono nell'ambito del diritto comune, funzioni di carattere eminentemente pubblico vengono delegate a privati, società in mano pubblica assumono, a certe condizioni, attività di impresa»<sup>28</sup>. Una realtà che «non ci sorprende più, perché è già entrata nel nostro immaginario e disciplinata, dalle leggi nazionali, che continuano ad essere, nei reciproci rapporti di rinvio e presupposizione, nervatura unificante di un sistema pur complesso e articolato»<sup>29</sup>. Non solo.

Siamo di fronte a quella che viene definita la quarta rivoluzione antropologica del potere umano e del suo processo decisionale. Dopo la rivoluzione copernicana sul rapporto fra l'uomo e il cosmo, dopo la scoperta di Darwin di un processo evolutivo umano analogo a quello di altre forme di vita e dopo l'intuizione di Freud sulla rimozione dell'io dal «centro di sé stesso»<sup>30</sup>. Oggi il pensiero umano deve confrontarsi con le macchine, gli algoritmi e il termine computazionale fa riferimento ad un'interazione necessaria fra la mente e l'intelligenza artificiale.

---

<sup>25</sup> M. Dogliani, *Costituzione in senso formale, materiale, strutturale e funzionale: a proposito di una riflessione di Gunther Teubner sulle tendenze autodistruttive dei sistemi sociali*, in *Costituzionalismo.it*, 2009, 3 con riferimento a G. Teubner, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

<sup>26</sup> A. Pioggia, *Il potere pubblico e il suo diritto nella regolazione dei farmaci: storia di un arretramento verso una regolazione senza diritti*, in *Diritto Pubblico*, 2022, p. 994 ss., parla di un'autoregolazione che «si dissolve in tutta la sua subalternità al mercato» in balia di «un diritto senza diritti, incapace di interpretare il futuro dell'uomo»; v. anche il richiamo a L. Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma e Bari, 2018, p. 17 ss. che ricostruisce l'uguaglianza come «norma contro la realtà», a G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma e Bari, 2009, p. 72 e a S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma e Bari, 2012, p. 113 ss.

<sup>27</sup> B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

<sup>28</sup> A. Cerri, *Il commercio sovra-nazionale e internazionale e i suoi riflessi sulla Costituzione degli Stati*, in *Diritto Pubblico*, 2022, p. 838 ss.

<sup>29</sup> *Ibidem* e il richiamo a S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, pp. 167 ss. e 183 ss.

<sup>30</sup> L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

Sicché nessun tema può essere affrontato come prima e in chiave municipale. Il metodo da consolidare, da oggi al 2050, è basato su una sfera antropica complessa e ruota intorno ad alcune parole chiave, come è stato detto benissimo<sup>31</sup>.

*Hybridity*, per sottolineare il carattere mobile di ogni cultura contro tentazioni assolute e identitarie del passato. *Metissage* fra mondi diversi verso una connessione sempre più stretta, «interlegalità» ossia un nuovo assetto del sistema delimitato da «punti di interazione fra ordinamenti diversi su alcuni aspetti fondamentali della vita associata, *contaminatio* fra fatti e valori nuovi su cui costruire un nuovo ordine del rapporto con i beni, dei rapporti personali e familiari, dei diritti patrimoniali e non patrimoniali»<sup>32</sup>.

## 6. Il diritto muto, il mondo digitale e le scienze cognitive

Anche su questi aspetti il nostro Autore anticipa il presente<sup>33</sup>. Solo un cenno con un richiamo testuale alle sue parole.

«Prima ancora della fine del XX secolo, un episodio d'importanza a prima vista limitata doveva schiudere i cancelli di una catena di conseguenze sorprendenti. Quell'episodio ha la qualità di un simbolo» e una parola precisa: ontologia applicata. «Essa massimizza i benefici dell'informatica e della intelligenza artificiale... bussa alla porta del giurista, e ci fa capire che le scienze – anche le scienze sociali – sentono il bisogno di categorie ordinanti, di dati affidabili, di pensieri condivisi da tutti, quali premesse per una comunicazione più funzionale e per una cooperazione più fruttuosa»<sup>34</sup>. Il che apre la via ad un sapere nuovo «generato dalla felice interazione delle scienze cognitive»<sup>35</sup>, come

<sup>31</sup> P. Costa, *Il pluralismo politico-giuridico: una mappa storico concettuale*, in *Quaderni fiorentini*, 2021, p. 30 ss.; G. Cazzetta, *Pagina introduttiva (unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno, ivi*, p. 13 ss.

<sup>32</sup> P. Costa, *Il pluralismo politico-giuridico*, cit., pp. 29 ss. e 113 ss.

<sup>33</sup> R. Sacco, *Diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015. Sul rilievo delle neuroscienze, R. Caterina (a cura di), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008; Id. (a cura di), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli, 2009; Id., *Il crittotipo, muto e inattuato*, in L. Antonioli, G.A. Benacchio e R. Toniatti (a cura di), *Le nuove frontiere della comparazione*, Trento, 2012, p. 85-99.

<sup>34</sup> R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica*, cit., p. 433 ss.

<sup>35</sup> Su cui il richiamo a P. Legrenzi, *Prima lezione di scienze cognitive*, Roma e Bari, 2003 e R. Caterina, *Comparative Law and Cognitive Revolution*, in *Tulane Law Review*, 2004, p. 1501.

la psicologia, la linguistica, la neuroscienza, l'analisi delle intelligenze artificiali (cui possiamo aggiungere l'etologia umana e animale)»<sup>36</sup>.

Il riferimento al cognitivismo è fondamentale per una serie di motivi. Il suo obbiettivo «è quello di capire come funziona un sistema in grado di filtrare e ricevere informazioni dall'ambiente circostante, di pensare, ossia rielaborare creando informazioni nuove, ricordarle e dimenticarle, comunicarle e decidere e agire in base ad esse». Dunque è essenziale per comprendere e controllare lo sviluppo dell'intelligenza artificiale e in particolare per la possibilità «di registrare gli impulsi emanati da singoli neuroni nel sistema nervoso» di cogliere «la struttura percettuale del percipiente, i tipi di azione che si possono eseguire, la struttura fisica del mondo». Tutto ciò studiando «la comprensione del soggetto dei fenomeni e studiando questo soggetto, che costituisce l'esito dell'evoluzione intuita da Darwin»<sup>37</sup>.

È facile sottolineare il rilievo di tali intuizioni sul problema, attualissimo, del controllo del trattamento dei dati, del fenomeno inquietante del neuromarketing<sup>38</sup>, della monetizzazione dei dati personali nell'ecosistema digitale (*data economy*)<sup>39</sup>.

La prestazione di un servizio digitale<sup>40</sup> per il quale l'interessato non paga un prezzo è quasi sempre condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto. Di più. L'adesione, pressoché automatica, dell'utente

---

<sup>36</sup> R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica*, cit., p. 436.

<sup>37</sup> *Ivi*, p. 437 e il richiamo a D. Marconi, *Filosofia e scienza cognitiva*, Roma e Bari, 2001.

<sup>38</sup> Su cui si v. ora i limpidi contributi di S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato e "pratiche di intelligenza artificiale" vietate nella proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e mercato*, 2022, p. 346 ss. e Id., *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, *ivi*, 2022, p. 527 ss. e, qui, il rinvio a V. Ricciuto, *Il contratto ed i nuovi fenomeni patrimoniali: il caso della circolazione dei dati personali*, in *Rivista di diritto civile*, 2020, p. 642 ss., spec. pp. 652 ss., Id., *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, Napoli, 2022, su cui cfr. anche la recensione di G. Carapezza Figlia, *"L'equivoco della privacy". Circolazione dei dati personali e tutela della persona*, in *Jus Civile*, 2022, p. 1372 ss.; C. Solinas, *Autonomia privata e regolazione pubblica nel trattamento dei dati personali*, Bari, 2022.

<sup>39</sup> Cfr. European Commission, *European Data Market study* (SMART 2013/0063), IDC, 2016; *Updated European Data Market (EDM) study* (SMART 2016/0063), 2020; Comunicazione della Commissione *Costruire un'economia dei dati europea*, Com/2017/09 final.

<sup>40</sup> Sulla sanzione a Facebook per pratica commerciale ingannevole nei confronti degli utenti, in riferimento all'espressione «Facebook è gratis», il Cons. Stato (Sez. VI, 29 marzo 2021 n. 2631) ha definito i dati personali come «patrimonio di rilevante valore economico per gli operatori».

non è espressione «di un mero interesse a ricevere pubblicità, bensì di un interesse alla comunicazione e ai contenuti digitali, ossia... di un interesse a rimanere dentro, o a non essere esclusi dall'ecosistema digitale»<sup>41</sup>.

Questo tipo di trattamento non si esaurisce nella sfera commerciale: esiste un «marketing delle associazioni di beneficenza, delle Chiese e associazioni religiose, il marketing sociale»<sup>42</sup>... altre forme che hanno sollecitato la proposta di Regolamento avanzata dalla Commissione europea per disciplinare il *marketing politico*<sup>43</sup>.

Il motivo è chiaro.

Negli ultimi venti anni «la comunicazione e il marketing online sono stati in larga parte personalizzati e divengono ora personalizzanti»<sup>44</sup> perché si «impiegano i social, per comunicare stili di vita, abitudini e perfino credenze», con attenzione anche «ai bambini, dai quattro anni in su». Con il rischio «della distorsione comportamentale e della discriminazione... dal momento che il comportamento viene, non solo influenzato, ma distorto<sup>45</sup> e manipolato, attraverso una comunicazione personalizzata che fa leva su specifiche e studiate caratteristiche e vulnerabilità». Insomma i destinatari di tali trattamenti «rischiano tipicamente di diventare persone diverse da quelle che sarebbero diventate

---

<sup>41</sup> S. Orlando, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit. L'art. 7, par. 4 Gdpr afferma: «nel valutare se il consenso sia stato liberamente prestato, si tiene nella massima considerazione l'eventualità, tra le altre, che l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, sia condizionata alla prestazione del consenso al trattamento di dati personali non necessario all'esecuzione di tale contratto». Su tale base, lo *European Data Protection Board (Edpb)* ha affermato che il consenso non può essere considerato libero quando è «condizionato», cioè quando «la fornitura di un contratto o servizio» è subordinata «a una richiesta di consenso al trattamento di dati personali che non sono necessari per l'esecuzione del contratto o servizio».

<sup>42</sup> S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato*, cit. e il richiamo a Ph. Kotler e G. Zaltman, *Social marketing: an approach to planned social change*, in *Journal of Marketing*, 1971, p. 3 ss.

<sup>43</sup> Proposta di regolamento *relativo alla trasparenza e al targeting della pubblicità politica*, Com/2021/731 final.

<sup>44</sup> F. Messinetti, *Trattamento dei dati per finalità di profilazione e decisioni automatizzate*, in N. Zorzi Galgano (a cura di), *Persona e mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, Milano, 2019, p. 167 ss., spec. p. 188 ss.

<sup>45</sup> La differenza tra influenza comportamentale (ammessa in linea di principio in quanto esercitata in conformità alla diligenza professionale) e distorsione comportamentale (vietata, in quanto conseguenza di pratiche contrarie alla diligenza professionale) è stata tracciata con il divieto delle pratiche commerciali sleali, dalla direttiva 2005/29/Ce.



se non fossero state fatte bersaglio di quella comunicazione». E il legislatore europeo ha formulato precisi divieti<sup>46</sup>.

Spetta all'interprete pensare rimedi e conseguenze per questo uso di dati personali proibiti «nel superiore interesse della collettività e sarà di grande aiuto la proposta di *Artificial Intelligence Act*»<sup>47</sup> a tutela diritti fondamentali delle persone<sup>48</sup>. Da affidare, appunto, ad un controllo funzionale del consenso *privacy* che dovrebbe essere valido (interpretando in modo corretto gli artt. 6, 9 e 22 Gdpr), solo se reso «per specifiche finalità di trattamento dei dati personali» considerate lecite<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato*, cit. ricorda testualmente «il divieto generale delle pratiche commerciali distorsive del comportamento economico dei consumatori (art. 5 Direttiva 2005/29/Ce); i divieti di immissione sul mercato, messa in servizio e uso di sistemi di IA distorsivi del comportamento (anche non economico) delle persone (anche non consumatori) (art. 5 lett. a e b Proposta di Artificial Intelligence Act 'AIA' Com/2021/206 final); il divieto di tecniche di *targeting* o amplificazione in ambito di pubblicità politica che comportano il trattamento dei dati personali di cui all'art. 9.1 Gdpr (art. 12 Proposta di regolamento sulla trasparenza e *targeting* della pubblicità politica Com/2021/731 final); il divieto di tecniche di *targeting* o amplificazione che comportano il trattamento, la rivelazione o la deduzione di dati personali di minori o dati personali di cui all'art. 9.1 Gdpr per finalità pubblicitarie (art. 26, par. 3 del *Digital Services Act*)». Per il rischio di discriminazione, viene in conto, *inter alia*, il divieto di uso da parte di pubbliche autorità di sistemi di IA di *social scoring* discriminatorio (art. 5, lettera c Proposta AIA). In questo contesto, sembra opportuno ricordare il parere congiunto Edpb-Gepd n. 5/2021 del 18 giugno 2021 sulla proposta di *Artificial Intelligence Act*. Nel punto 35 di questo parere congiunto così si legge: «l'Edpb e il Gepd ritengono che l'utilizzo dell'IA per dedurre le emozioni di una persona fisica sia assolutamente inopportuno e dovrebbe essere vietato, ad eccezione di taluni casi d'uso ben specificati, ossia per finalità sanitarie o di ricerca (ad esempio pazienti per i quali il riconoscimento delle emozioni è rilevante), sempre applicando idonee tutele e, naturalmente, nel rispetto di tutte le altre condizioni e restrizioni relative alla protezione dei dati, compresa la limitazione delle finalità».

<sup>47</sup> Ancora S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato*, cit., fa riferimento «alla Proposta Com/2021/206 final del 21 aprile 2021 di Regolamento che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione sull'intelligenza artificiale (proposta di *Artificial Intelligence Act*)».

<sup>48</sup> Cfr. art. 65 par. 1 proposta di *Artificial Intelligence Act*: «Un sistema di IA che presenta un rischio è inteso come un prodotto che presenta un rischio definito all'articolo 3, punto 19, del regolamento (Ue) 2019/1020 per quanto riguarda i rischi per la salute o la sicurezza o per la tutela dei diritti fondamentali delle persone».

<sup>49</sup> A. Bernes, *Privacy Enhancing Technologies, trasparenza e tutela della persona nell'ambiente digitale*, in *Yearbook JODI 2022*, Roma, 2022, p. 23 ss.; M. Ratti, *Protezione dei dati fin dalla progettazione e protezione dei dati per impostazione predefinita*, in AA.VV., *Codice della Privacy e data protection*, Milano, 2021, p. 410 ss. e ancora S. Orlando, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., «sembra che i tempi siano maturi per sottoporre le specifiche finalità di trattamento dei dati personali ingegnerizzate

## 7. La tutela del consumatore e il ruolo dell'Unione europea

L'attenzione prestata da Rodolfo Sacco, nel volume sul contratto, alla posizione del consumatore è integrata in una visione generale all'interno dei «genotipi e fenotipi» negoziali e della dichiarazione contrattuale<sup>50</sup>. Tenendo conto dei problemi di giustizia contrattuale<sup>51</sup>, dell'evoluzione dei vizi del volere<sup>52</sup> e in particolare del ruolo primario dell'Europa nel superamento del codice<sup>53</sup>.

Sul consumatore, contrapposto al professionista, la valutazione di Sacco è fredda, quasi infastidita. Basta riportare le sue parole. «Per il suo carattere specialistico» il contratto di tale soggetto «non fa parte dei temi trattati nella presente opera, destinata al contratto in generale». Si rimarca solo la «relazione sistematica fra il contratto (senza aggettivi) e il contratto del consumatore». Con due tratti: «la legge sui contratti è ragionevole nella misura in cui lascia fare al mercato», ma «il mercato è valido solo se il contraente vi accede con adeguata informazione, libertà e ponderazione e se la forza e l'abilità contrattuale delle due parti non è sperequata»<sup>54</sup>. Non solo.

Il nostro Autore ricorda che «la strategia del legislatore è stata adottata (in sede europea e italiana) sulla scia di esperienze nazionali». Alcuni Paesi «vedono il contratto come deve essere visto», cioè guardando «alla volontà, al modo come si forma, alla libertà, all'informazione, alla ponderazione, ai contenuti, alla costruzione di un mercato degno di questo nome». In tal modo si sono anticipati i tempi e agito bene. Il pensiero italiano, invece, «ha stagnato credendo di salvare la funzione sociale del contratto rimuginando sulla causa e sulla meritevolezza di tutela», nonostante la funzione «apripista» degli articoli 1341 e 1342<sup>55</sup>.

Insomma la strategia del nuovo legislatore italo-comunitario appare a Sacco «paternalistica». Per una pluralità di motivi. «L'indice che rende sospetto il negozio è la qualità dei contraenti» (consumatore e

---

in prodotti *software*, ad un più ampio test di liceità, eccedente la cosiddetta tutela privacy, e comprensiva della tutela di tutti i diritti fondamentali».

<sup>50</sup> R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, cit., p. 192.

<sup>51</sup> *Ivi*, p. 397 s.

<sup>52</sup> *Ivi*, p. 354 ss.

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 454 ss.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 1451.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

professionista). «La clausola, accettata dal contraente-consumatore, non lo vincola in virtù non di un nuovo vizio del volere», ma «di una forma di incapacità di agire (accanto a quelle previste per il minore, per il malato mentale, per il lavoratore subordinato, per il conduttore o affittuario immobiliare)».

La conclusione è una sciabolata. La strategia del legislatore «boccia la capacità di autoregolamento del consumatore» e «non è proibito sognare un giorno in cui questa misura non appaia necessaria»<sup>56</sup>.

Sul punto ho solo due osservazioni.

Da un lato il mio pieno accordo sulla visione di un contratto «senza numeri e aggettivi» su cui mi sono già espresso<sup>57</sup>. Dall'altro, la constatazione del ruolo primario, oggi, del legislatore comunitario, la Corte di giustizia e la Corte costituzionale nell'attuare il nuovo sistema delle fonti, fissato negli articoli 11 e 117 della nostra Carta. Solo un cenno.

Nel 2023 sono ricorsi i trenta anni della Direttiva 93/13 sul diritto dei consumatori e non sono mancati i bilanci e le riflessioni, positive<sup>58</sup> e critiche, su ciò che è accaduto in Europa e nei singoli ordinamenti<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ivi*, p. 1452.

<sup>57</sup> G. Vettori, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 1190 ss.

<sup>58</sup> S. Grundman, H.-W. Micklitz e M. Renner (a cura di), *New private law theory. A pluralist approach*, Cambridge, 2021.

<sup>59</sup> H. W. Micklitz, *Il fascino del diritto europeo*, in *Contratto e impresa Europa*, 2021, p. 103 ss. con il richiamo alla legislazione recente della Commissione Juncker, i limiti dell'attuale normativa e il ruolo della dottrina europea in questo momento: «Reg. (Ue) 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 L60I, 2.3.2018, p. 1-15; Reg. (Eu) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, OJ L 186, 11.7.2019, p. 57-79; Reg. (Eu) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L119, 4.5.2016, p. 1-88; Dir. (Eu) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92-125; Dir. (Eu) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (Eu) 2017/2394 and Directive 2009/22/Ec, and repealing Directive 1999/44/Ec, OJ L 136, 22.5.2019, p. 28-50; Dir. (Eu) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136, 22.5.2019, p. 1-27; cfr. Grochowsky, in *Yearbook of European Law*, 2021, di prossima

Con ampi studi sul ruolo attuale del diritto europeo<sup>60</sup>.

Pochi mesi fa la Corte di giustizia, per assicurare la effettività della tutela del consumatore acquirente di un immobile, soggetto ad ipoteca, ha ritenuto di superare il limite estremo del giudicato civile. Consentendo al giudice dell'opposizione, nel processo esecutivo promosso dalla Banca, di sollevare anche d'ufficio, per la prima volta, il problema della vessatorietà delle clausole contrattuali. Anche se l'eccezione non era stata proposta durante il procedimento monitorio. Cade così una barriera che si riteneva insuperabile e la motivazione è chiarissima<sup>61</sup>.

D'altra parte la Corte costituzionale si è soffermata, ora, sull'efficacia della pronunzia della Corte di giustizia, sull'interpretazione conforme e sul vincolo al legislatore derivante dall'ordinamento comunitario. Questo, in sintesi, che cosa si è deciso.

La sentenza n. 263 del 2022 ha stabilito che in caso di restituzione anticipata del finanziamento, il diritto del consumatore alla riduzione dei costi sostenuti non può essere limitato a talune tipologie o in base

---

pubblicazione; Micklitz, *The Transformative Politics of European Private Law*, in *The Law of Political Economy*, a cura di Kjaer, Cambridge, Cambridge University Press, 2020».

<sup>60</sup> S. Grundmann, *Teoria pluralista del diritto privato. Un pluralismo di scienze sociali fondato su valori costituzionali (Pluralismo normativo)*, Prima parte, in *Contratto e impresa Europa*, 2022, p. 49 ss. Seconda parte, *ivi*, 2022, p. 269 ss.

<sup>61</sup> CGUE, Banco Desio/ Yx, ZW, c-831/19, 17 maggio 2022 ed *ivi*, testualmente: «Secondo una giurisprudenza costante della Corte, il sistema di tutela istituito con la direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trova in una posizione di inferiorità nei confronti del professionista per quanto riguarda sia il potere negoziale sia il livello di informazione (v., in particolare, sentenza del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, punto 40 e giurisprudenza *ivi* citata). Alla luce di una tale situazione di inferiorità, l'articolo 6, paragrafo 1, di detta direttiva prevede che le clausole abusive non vincolino i consumatori. Si tratta di una disposizione imperativa tesa a sostituire all'equilibrio formale fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti determinato dal contratto, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra tali parti (v., in particolare, sentenze del 21 dicembre 2016, Gutiérrez Naranjo e a., C154/15, C307/15 e C308/15, EU:C:2016:980, punti 53 e 55, e del 26 gennaio 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, punto 41). Orbene, una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali. Ne consegue che, in un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione».

al tempo in cui si è concluso il contratto. Come si osserva testualmente nel Comunicato, «si è dichiarata l'incostituzionalità dell'articolo 11-oc-ties, comma 2, del decreto-legge n. 73 del 2021 (convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021 n. 106), nella parte in cui limitava ad alcune tipologie di costi il diritto alla riduzione spettante al consumatore. La norma riguardava i contratti conclusi dopo l'entrata in vigore della disciplina attuativa della direttiva 2008/48/Ce (decreto legislativo 13 agosto 2010 n. 141), ma prima dell'entrata in vigore della citata legge n. 106 del 2021». In tale limitazione la Corte costituzionale ha ravvisato una violazione dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea e, in particolare, dell'art. 16 paragrafo 1, della direttiva 2008/48/Ce, come interpretato dalla Corte di giustizia con la sentenza dell'11 settembre 2019, C-383/18, caso Lexitor<sup>62</sup>.

Tutto ciò perché «ai sensi degli artt. 11 e 117, primo comma, della Carta, la Corte è garante del rispetto di tali vincoli e, pertanto, deve dichiarare l'illegittimità costituzionale di una norma che contrasta con il contenuto di una direttiva, interpretata dalla Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale, con una sentenza dotata di efficacia retroattiva». Ciò in base a precedenti consolidati ma con una chiarezza cristallina perché si osserva: «in caso di contrasto con una norma comunitaria priva di efficacia diretta... e nell'impossibilità di risolvere il contrasto in via interpretativa... il giudice comune deve sollevare la

---

<sup>62</sup> Nella citata pronuncia, la Corte di giustizia ha chiarito che il diritto alla riduzione deve riferirsi a tutti i costi sostenuti dal consumatore, e che la riduzione deve operare in proporzione alla minore durata del contratto, conseguente alla restituzione anticipata. Per effetto della sentenza della Corte costituzionale, spetterà, dunque, ai consumatori il diritto alla riduzione proporzionale di tutti i costi sostenuti in relazione al contratto di credito, anche qualora abbiano concluso i loro contratti prima dell'entrata in vigore della legge n. 106 del 2021. Vediamo da vicino l'ultimo passaggio. Il dovere di attenersi a tali vincoli ricomprende – secondo la giurisprudenza costante di questa Corte – le sentenze rese dalla Corte di giustizia in sede interpretativa, in conformità al ruolo che l'art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea assegna alla Corte di giustizia dell'Unione. Se, dunque, le sentenze adottate in via pregiudiziale compongono il quadro dei parametri sovranazionali che, attraverso il filtro degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., consentono a questa Corte di esercitare il vaglio di costituzionalità, è la stessa Corte di giustizia, nel suo ruolo di interprete qualificato del diritto dell'Unione europea, a chiarire che la «sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono, in linea di principio, alla data di entrata in vigore della norma interpretata». Ne deriva che «solo in via del tutto eccezionale la Corte, applicando il principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede».

questione di legittimità costituzionale, spettando poi a questa Corte valutare l'esistenza di un contrasto insanabile in via interpretativa e, eventualmente, annullare la legge incompatibile con il diritto comunitario (nello stesso senso sentenze n. 284 del 2007, n. 28 e n. 227 del 2010 e n. 75 del 2012)» (ordinanza n. 207 del 2013; negli stessi termini sentenza n. 269 del 2017). Da qui la conclusione netta che la «Corte deve... assicurare il rispetto degli impegni assunti dallo Stato italiano nei confronti dell'Unione europea e deve, di conseguenza, tutelare gli interessi che la disciplina europea ha inteso proteggere: in questo caso, gli interessi del consumatore». Senza che «la pretesa tutela dell'affidamento dei finanziatori e degli intermediari nella versione italiana della direttiva» possa «giustificare la violazione degli obblighi assunti dallo Stato nei riguardi dell'Unione».

Il vincolo dell'ordinamento comunitario, il ruolo di garante della sua effettività da parte della Corte di giustizia e il controllo ultimo di costituzionalità non poteva essere affermato in modo più esplicito.

## 8. Uno sguardo al futuro. La sostenibilità e il postdiritto

Il tempo, come si è detto, «si impone al diritto»<sup>63</sup> svuotando le sue categorie e i suoi principi di fronte a ciò che è accaduto solo negli ultimi venti anni: dal predominio assoluto del mercato, alla crisi economica di inizio millennio, ad una delle più gravi catastrofi ambientali e sanitarie del novecento.

«Dal 2015 documenti autorevoli hanno posto in luce un chiaro passaggio d'epoca che esige la cura della casa comune» perché «l'ambiente umano e l'ambiente naturale si degradano insieme», colpendo «in modo speciale i più deboli del pianeta». Da qui la necessità di costruire saperi capaci di rispondere alle necessità «delle generazioni attuali includendo tutti, senza compromettere le generazioni future» e di innovare gli strumenti giuridici tradizionali dal soggetto alle situazioni soggettive, dal bene giuridico alla nozione di proprietà, rispetto ad una «casa comune», appunto, «di cui tutti debbono assumersi la responsabilità ricercando nuove tecniche e nuovi strumenti di interpretazione del mondo che circonda il sapere giuridico»<sup>64</sup>. Nel settembre dello stes-

<sup>63</sup> A. D'Aloja, Voce *Generazioni future (diritti costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. 9, Milano, 2016, p. 331 ss.

<sup>64</sup> A. Grassi, *L'ecologia integrale della Laudato sì*, in *Incontri*, 2017, 17, p. 51 ss.

so anno 193 Paesi hanno manifestato la volontà di ripensare il modello globale di sviluppo, nell'Agenda 2030, sotto l'egida delle Nazioni Unite, e nel dicembre si è sottoscritto un Accordo a Parigi per la riduzione drastica, entro un tempo prestabilito, delle emissioni dannose. Sino alla nuova Enciclica del 2020 dove si sollecita una nuova cultura aperta e accogliente e un approccio integrale basato su di un dialogo interdisciplinare capace di «riformare le istituzioni, coordinare e dotarle di buone pratiche, pensando al bene comune a lungo termine e alle generazioni»<sup>65</sup>.

Tutto ciò richiede una ermeneutica che sappia comprendere il nuovo e una dogmatica capace di foggare strumenti e rimedi adeguati. Per una ragione detta in modo limpido.

Proprio nel momento del suo incontrastato trionfo, il paradigma «pluralistico» sembra ancora alla ricerca di una teoria sufficientemente «potente». Perché dopo aver contrastato «il monismo statal-nazionalistico-occidentalistico», si trova ora privo del suo opposto «ed è costretto a ripensarsi per riempire il vuoto provocato dalla sconfitta del suo nemico, e ad alzare il tiro: a trovare nel disordine dell'esperienza, nel labirinto dell'ibridazioni, un filo di Arianna che conduca a qualche nuova immagine di ordine post-statuale e post-nazionale»<sup>66</sup>.

Forse un filo possibile nell'ordito di questo postdiritto è stato tracciato.

Nell'ambiente di *civil law* e di *common law* il declino del positivismo «ha aperto la strada a visioni del diritto» pronte ad accogliere «un'ottica non più descrittiva, ma valutativa». Pur in presenza di posizioni diverse<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Così, testualmente, G. Vettori, *Verso una società sostenibile*, in *Persona e mercato*, 2021, p. 463 ss. Si veda ora la Legge costituzionale n. 1 del 2022, che modifica due articoli chiave della prima parte della costituzione repubblicana, gli articoli 9 e 41.

<sup>66</sup> P. Costa, *Il pluralismo politico-giuridico*, cit., p. 118 nella nota 219 indica gli autori che sembrano andare, con idee molto diverse fra di loro, in questa direzione, fra i quali ricorda: G. Teubner, *Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (a cura di), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, p. 3 ss.; M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, vol. 2 (*Le pluralisme ordonné*), Paris, 2006; M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2008, p. 293 ss.; B. Dupret, *Legal Pluralism, Plurality of Law and Legal Practices: Theories, Critiques, and Praxiological Re-specifications*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, p. 296 ss.; A.M. Hespanha, *Pluralismo jurídico e direito democrático*, Coimbra, 2019.

<sup>67</sup> R. Guastini, *Girovagando nella filosofia giuridica del novecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, p. 235 ss. ed E. Pattaro, *Girovagando... e discutendo*, ivi p. 247 ss., entrambi citati da G. Zaccaria, *Postdiritto*, Bologna, 2022, p. 279.

Al centro torna il rapporto fra diritto e morale.

Se il saggio di Hart del 1958<sup>68</sup> consolida tale distinzione come un paradigma che resterà dominante nella teoria gius-positivistica per decenni, il suo successore nella cattedra di Oxford, Ronald Dworkin inizia, con altrettanto seguito, a porre in discussione quell'impianto formale, riflettendo sui principi<sup>69</sup>. Apprendo la via a due diverse letture: «quella del giuspositivismo inclusivo che assegna alla morale carattere contingente e non necessario e quella del giuspositivismo esclusivo»<sup>70</sup> che nega ogni valutazione esterna alla legalità formale della legge<sup>71</sup>.

D'altra parte le teorie giusnaturalistiche<sup>72</sup> dopo la stagione tragica dei totalitarismi abbandonano ogni assoluto, riflettono sulla «non obbligatorietà delle leggi immorali» (come la famosa regola di Radbruch), apprendo la via ad una serie di giusnaturalismi<sup>73</sup> alla ricerca di un «equilibrio ragionevole» nel bilanciamento<sup>74</sup> e nell'argomentazione<sup>75</sup>.

Così si sviluppano «posizioni intermedie» incentrate sulla rilevanza del ragionamento giuridico e dell'aspetto giustificativo come elementi che contribuiscono ad eliminare o comunque a contenere «l'arbitrarietà della prescrizione giuridica». Il che, come si è rilevato esattamente, indica una strada nella complessità del diritto contemporaneo: «i diversi approcci al diritto non possono più ignorarsi e debbono andare in cerca di concetti comuni», in una società plurale ove è solido il paradigma costituzionale, esistono legami fra filosofia del diritto e filosofia

<sup>68</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto* (1961), 2. ed., Torino, 2002.

<sup>69</sup> R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977. Cfr. G. Zaccaria, *Postdiritto*, cit., p. 319 ss. e A. Schiavello e Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005, p. 207 ss.

<sup>70</sup> Su cui v. ancora G. Zaccaria, *Postdiritto*, cit., p. 283 ss.

<sup>71</sup> M. Barberis, *Manuale di filosofia del diritto*, Torino, 2011, p. 44; B. Bix, *Teoria del diritto. Idee e contesti* (2015), Torino, 2016, entrambi citati da Zaccaria, *Postdiritto*, cit., p. 284.

<sup>72</sup> V. ora F. Viola, *1900-2020. Una storia del diritto naturale*, Torino, 2021.

<sup>73</sup> J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 2011, p. 13 ss.

<sup>74</sup> R. Alexy, *The dual nature of law*, in *Ratio Juris*, 2010, p. 167 ss.; Id. *La formula del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 2005, p. 97 ss.; D. Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Bari e Roma, 2017, p. 70 ss. Tutti citati da Zaccaria, *Postdiritto*, cit. p. 286 ss.

<sup>75</sup> Ch. Perelman e L. Olbrechts Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 1966; J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (1970), Napoli, 1983; G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica contemporanea*, Padova, 1990; B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, p. 99 ss.



e politica sempre più strette in un confronto con «l'antropologia, con la bioetica, con l'informatica e le neuroscienze»<sup>76</sup>.

Con una peculiarità.

Non si tratta della ricerca e utilizzo di canoni retorici in funzione di una strategia dialettica, ma di una convinta adesione ad un'idea della giuridicità insieme «formale, contenutistica e razionale»<sup>77</sup>. Basata su alcuni tratti precisi: «la teoria ermeneutica e le teorie dell'argomentazione giuridica» lasciano alle spalle «le logore etichette del giuspositivismo e del giusnaturalismo» e mettono a «confronto e rimescolato posizioni diverse», con una chiara indicazione per «l'immediato futuro della filosofia del diritto nei Paesi di *civil law*»<sup>78</sup>.

Un futuro che ha radici forti nel passato. Basta qualche cenno.

Il rapporto fra politica e morale è centrale in tutta l'opera di Machiavelli, demonizzata sino al Settecento per la sua idea violenta della politica. Solo nell'Ottocento si avvia una giustificazione di quel pensiero e solo nel Novecento gli si rende giustizia. Riconoscendo valida la distinzione fra politica e morale «come due momenti esterni dell'animo umano», in perpetua dialettica capace di sorreggere il progresso della civiltà. «Se il medioevo cattolico esalta la virtù morale e contemplativa, il rinascimento del Machiavelli esalta il concetto della virtù tecnica che identifica la bontà di ogni azione con la sagacia dei mezzi con cui tale azione si sviluppa»<sup>79</sup>.

«Uomo virtuoso non è colui che si rimette alle cagioni superiori, che fida soltanto nella giustizia astratta della sua causa, che confida a Dio e alle pie preghiere la soluzione dei conflitti... ma colui che ritaglia le sue azioni commisurandole alla propria interna capacità e vi si prepara con pervicace consapevolezza»<sup>80</sup>.

La frase che il fine giustifica i mezzi non è di Machiavelli ma fu «coniata nel periodo della controriforma» ed è una sciocchezza che si ripete da chi non vuol comprendere il suo messaggio. Che va in tutt'altra direzione. «Sono i mezzi adeguati che finiscono col giustificare il fine. Proprio il rovescio della formuleta scolastica, che corre sulla bocca di

---

<sup>76</sup> G. Zaccaria, *Postdiritto*, cit., p. 278.

<sup>77</sup> *Ivi*, p. 285 ss.

<sup>78</sup> *Ivi*, p. 298.

<sup>79</sup> L. Russo, *Machiavelli*, Roma e Bari, 1983, p. 214 ss.

<sup>80</sup> *Ivi*, p. 214.

tutti: soltanto dunque la sapiente scelta dei mezzi può dare storica nobiltà all'azione che si compie»<sup>81</sup>.

Questa è la virtù in senso tecnico di Machiavelli. Uomo virtuoso non è l'uomo pio, ma l'uomo sagace<sup>82</sup>.

Detto in parole che si rivolgono anche al giurista, l'opera buona si qualifica non per il richiamo alla giustizia e alla morale, ma per la sua capacità di trovare mezzi e soluzioni tecniche adeguate a risolvere, nel modo più efficace, ogni problema di vita.

L'adoratore della legge si avvicina a chi soggiace ad un'autorità umanissima e fallace come quella del legislatore. L'uomo pio che scrive solo di morale e di ordine naturale delle cose resta schiavo di un altro assoluto. Il saggio scienziato del diritto si deve interrogare e adoperare nella contemporaneità per ricercare azioni tecniche dotate di quella virtù che avvicina regole e principi, fatti e valori, al fine di individuare strumenti e categorie adatte ai tempi. Capaci di assicurare una tensione verso nuove forme di attuazione piena dei diritti e dei doveri e nuove tutele e rimedi contro le disuguaglianze, e la violazione della identità e della dignità di ogni persona.

La rilettura di molte pagine di Rodolfo Sacco ci aiuterà, oggi, in questo difficile compito. Oltre il 2050, prossima scansione temporale nella tabella indicata dal Maestro, spetterà ad altri fare previsioni e indicare la strada.

---

<sup>81</sup> *Ivi*, p. 216.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

## IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO DEL LAVORO



# Lo Statuto dei lavoratori fra “debiti” e “crediti” ordinamentali

Massimiliano Delfino

## 1. Le ragioni della comparazione

La comparazione cui si riferisce questo contributo è ben esplicitata dall'espressione «diritti nazionali in dialogo» che attesta l'attualità di quanto oltre cinquant'anni fa sottolineava Otto Kahn-Freund, giuslavorista tedesco naturalizzato britannico. Egli affermava che il diritto comparato non è una materia separata ma piuttosto uno strumento d'analisi, il modo migliore per comprendere il proprio ordinamento giuridico: uno dei pregi della comparazione giuridica è che consente a uno studioso di collocarsi al di fuori del labirinto delle minuzie nelle quali il pensiero giuridico si perde facilmente e di vedere le grandi linee del diritto e le sue caratteristiche principali<sup>1</sup>. Inoltre, sempre secondo lo stesso autore, il metodo comparato è complesso poiché richiede una conoscenza non solo dell'ordinamento giuridico ma anche del contesto sociale e soprattutto politico dei Paesi presi in considerazione<sup>2</sup>. Insomma, la conoscenza del contesto in cui opera il diritto è

---

<sup>1</sup> O. Kahn-Freund, *Comparative Law as an Academic Subject*, in 82 *Law Quarterly Review*, 1966, p. 40. V. anche le considerazioni di B. Hepple, *The Influence of Otto Kahn-Freund on Comparative Labour Law*, in AA.VV., *Spunti di dialogo con Bruno Veneziani*, Bari, 2012, p. 153 ss.

<sup>2</sup> O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in 37 *Modern Law Review*, 1974, p. 27. Sul punto v. anche R. Blanpain, *Comparativism in Labour Law and Industrial*

fondamentale per evitare che l'utilizzo del diritto comparato per scopi pratici diventi abuso.

## 2. La comparazione "ascendente" e "discendente"

I tempi sono maturi oggi più di ieri per una riflessione comparata per alcune ragioni comuni a tutte le discipline dell'area giuridica e per altre che sono tipiche del diritto del lavoro.

È opportuno partire dalle ragioni di carattere generale.

(i) La globalizzazione della società e dell'economia rendono sempre più necessario il confronto fra gli ordinamenti dei vari Paesi.

(ii) La dimensione dell'Unione europea, che appare ormai definitivamente assestata, già dalla fase di progettazione delle azioni presenta in sé il "germe" della comparazione, perché non è pensabile intervenire con una normativa sovranazionale (di armonizzazione o no) senza conoscere almeno sommariamente gli ordinamenti dei 27 Stati membri. Eloquenti è il caso della direttiva 2022/2041 sul salario minimo che già dalla struttura rivela il lavoro di comparazione sottostante. Infatti, la circostanza che la direttiva sia articolata in due parti, una rivolta ai Paesi in cui esiste un salario minimo legale e l'altra a quelli in cui la determinazione dei minimi è rimessa alla contrattazione collettiva, dimostra il lavoro di analisi delle normative interne svolto dalle istituzioni dell'Unione. Ciò è un po' meno valido per il diritto internazionale perché, ad esempio, prima di emanare convenzioni l'Oil effettua una comparazione fra i principali Paesi aderenti ma con minore "solerzia" di quanto faccia l'Unione, in considerazione del fatto che gli Stati aderenti non sono obbligati alla ratifica, mentre gli Stati membri dell'Unione sono tenuti ad applicare le norme primarie (Trattati e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) o secondarie (regolamenti) ad efficacia diretta o a trasporre quelle ad efficacia indiretta (direttive, decisioni).

È il caso di elencare ora le ragioni tipiche del diritto del lavoro.

(i) Lo sviluppo delle imprese multinazionali impone che esse operano in Stati differenti e intersecano una pluralità di ordinamenti, da

---

*Relations*, in R. Blanpain (a cura di), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Economies*, Alphen aan den Rijn, 2010, p. 3 ss.

cui nascono problemi operativi, che solo conoscendo i singoli contesti nazionali si è in grado di risolvere<sup>3</sup>.

(ii) L'Unione europea per il diritto del lavoro significa tante cose ma sin dalla sua nascita significa anzitutto libertà di circolazione dei lavoratori, ai quali vanno riconosciuti alcuni diritti nei vari Stati membri.

(iii) La globalizzazione in questi ultimi anni per il diritto del lavoro (e non solo) si è intrecciata con la nascita e lo sviluppo della *platform economy* e della digitalizzazione, che ha portato con sé la crescita esponenziale di società che mediante l'utilizzo di *app* ricorrono alle prestazioni di lavoratori della consegna (*delivery worker*), per i quali si pone un analogo problema in tutti gli ordinamenti in cui quelle società operano, ovvero della qualificazione del loro rapporto di lavoro.

### 3. Lo Statuto e la comparazione: la nuova disciplina dello *ius variandi* e l'antecedente spagnolo (cenni)

Lo Statuto dei lavoratori italiano è un chiaro esempio di quella che potrebbe essere definita comparazione sia "ascendente" sia "discendente". Ascendente in quanto lo Statuto è debitore del metodo comparato, dal momento che l'idea di alcuni istituti viene dal raffronto con altri ordinamenti<sup>4</sup>. Ma soprattutto discendente perché lo Statuto ha anticipato importanti sviluppi avvenuti dieci anni dopo in Francia<sup>5</sup> e soprattutto in Spagna. In quest'ultimo Paese, infatti, si è spesso fatto riferimento all'esperienza italiana nel processo di elaborazione dello *Estatuto de los Trabajadores* del 1980, anche se è stato preso in considerazione l'impianto complessivo dello Statuto più che le singole norme. Infatti, entrambi i corpi normativi, pur presentando significative differenze<sup>6</sup>, garantiscono – attraverso norme imperative dal caratte-

<sup>3</sup> M. Magnani, *Diritto sindacale europeo e comparato*, Torino, 2017, p. 2.

<sup>4</sup> V. ad esempio la tutela della discriminazione e i diritti sindacali: la francese *Loi Auroux* del 1968 già riconosceva al sindacato in azienda il diritto di affissione e il diritto di riunione.

<sup>5</sup> F. Dorsemont, *Lo Statuto all'avanguardia: uno strumento pionieristico per l'Europa e oltre*, in M. Rusciano, L. Gaeta e L. Zoppoli (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*, Napoli, 2020, p. 73.

<sup>6</sup> Sul punto v. F. Pérez de los Cobos Oriuel, *El Estatuto de los Trabajadores español en el cincuenta aniversario del italiano*, in *22 Foro*, 2019, 2, p. 51 ss. secondo il quale «el contraste entre los contenidos de la norma española y la de su homónima italiana no puede ser más elocuente... Ambas respondieron a momentos, necesidades políticas y sociales y proyectos políticos muy diferentes, y por ello, sus contenidos fueron y son muy dispares. En un seminario europeo celebrado en octubre de 1979

re “quasi-costituzionale” – il rispetto dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro subordinato<sup>7</sup>.

Assodato ciò è opportuno comunque scendere nel dettaglio di alcuni profili che, nell’ottica della comparazione, appaiono più interessanti di altri. Il primo è la disciplina delle mansioni, contenuta nell’art. 13. Il secondo è il campo di applicazione soggettivo della legge 300 del 1970 che, com’è noto, è quello dei lavoratori subordinati, sottoposto a tensioni negli ultimi anni nei vari ordinamenti. Il terzo è l’art. 18 e in particolare la tutela contro i licenziamenti illegittimi, uno dei punti caldi dello Statuto. Tutti e tre i profili sono di estrema attualità per cui è opportuno fare riferimento alla versione attuale dello Statuto, non a quella originaria.

Partiamo dal discorso sulle mansioni perché è quello al quale, nella prospettiva della comparazione e non per importanza, occorre dedicare meno tempo. È risaputo che l’art. 13, e di conseguenza l’art. 2103 c.c., è stato modificato nel 1970 dalle norme statutarie ed è stato oggetto di una profonda revisione nel 2015. Meno noto è che in Spagna, mediante il ricorso alla decretazione d’urgenza, tra il 2010 e il 2012 il legislatore è intervenuto sulla nozione di professionalità, sostituendo le singole categorie “individuali” con il più ampio ed esteso concetto di “gruppo professionale”, nell’ottica di consentire una maggiore e più “agevole” flessibilità nella mobilità funzionale dei lavoratori. Occorre, tuttavia, dar conto di come la contrattazione collettiva, cui era sostanzialmente demandato il compito di concretizzare ed attuare tale linea riformatrice, si sia effettivamente astenuta dal condurre tale processo, continuando invece a fare riferimento al precedente sistema tassonomico di classificazione della professionalità<sup>8</sup>. L’essenza dell’intervento riformatore realizzato in Spagna una decina d’anni fa risiede nell’attribuzione al datore di lavoro di margini più ampi nell’esercizio del suo potere di modificazione delle condizioni di svolgimento della prestazione lavorativa, con un fondamentale incremento della relativa fles-

---

en el Instituto de Estudios Sociales para hacer un balance del proyecto presentado, precisamente Gino Giugni, padre del Statuto dei lavoratori, consideró el texto español muy diferente del italiano, señalando que era más un pequeño código de trabajo que una ley sobre la protección de la libertad y la dignidad del trabajador en el lugar de trabajo» (p. 59).

<sup>7</sup> V. B. Veneziani, *The Employment Relationship*, in B. Hepple e B. Veneziani (a cura di), *The Transformation of Labour Law in Europe*, Oxford, 2009, p. 106 s.

<sup>8</sup> S. Bini, *Contributo allo studio del demansionamento in Italia*, in *Il diritto delle relazioni industriali*, 2016, p. 211.



sibilità “interna” al medesimo rapporto di lavoro. E questa impostazione non è molto diversa rispetto a quella data in Italia alla disciplina delle mansioni col Jobs Act, almeno per quanto riguarda gli effetti sulla maggiore facilità di demansionare il lavoratore<sup>9</sup>.

#### **4. Il campo di applicazione soggettivo dello Statuto e i lavoratori subordinati ai tempi della *gig economy*: le differenze con i sistemi di *common law***

Passando alla nozione di lavoro subordinato, sarebbero molteplici i profili da affrontare ma occorre partire da un'affermazione importante. La dicotomia autonomia/subordinazione è cambiata ed è soggetta a tensioni ma resta al centro della nostra materia sia nell'ordinamento dell'Unione europea<sup>10</sup>, come si ricava, ad esempio, dalla sentenza *Uber* della Corte di giustizia del 2017 e dalla proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale del 2021, sia in molti ordinamenti nazionali, anche al di fuori dell'Unione, seppure con differenze importanti fra sistemi di *civil law* e di *common law*. Su molti di questi profili si tornerà di qui a poco.

Al tempo della *platform economy* la dicotomia di cui sopra rimane un argomento sempre attuale così come è indiscutibile l'idea secondo la quale il lavoro dei *delivery worker* non è svolto necessariamente al di fuori dell'area della subordinazione per la sola presenza di una piattaforma digitale. Al contrario, il problema qualificatorio, pur assumendo forme diverse, resta valido anche per le fattispecie di lavoro utilizzate nella *gig economy*<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Sul punto v. *ex multis* U. Gargiulo, *La determinazione della prestazione di lavoro tra libertà e dignità: potere direttivo e jus variandi a cinquant'anni dallo Statuto*, in M. Rusciano, L. Gaeta e L. Zoppoli (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, cit., p. 379; R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in E. Ghera e M.G. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2015, p. 199; M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2015, p. 1156.

<sup>10</sup> V. da ultimo P. Monda, *The Notion of the Worker in EU Labour Law: “Expansive Tendencies” and Harmonisation Techniques*, in *Diritti Lavori Mercati International* (www.dlmm.eu/dlm-int), 2022, 2, p. 93 ss.

<sup>11</sup> Sul punto v. A. Perulli e V. Speciale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, Bologna, 2022, i quali, pur sottolineando che «questa costruzione tipicamente novecentesca del diritto del lavoro incardinata sulla subordinazione è oggi superata» (p. 57) e che occorre adottare la «prospettiva di un diritto del lavoro “oltre” la subordinazione» (p. 61), ritengono che questa sia una tendenza della materia non ancora portata a compimento almeno nel nostro ordinamento.

Analogo “rispetto per la tradizione” nel senso appena indicato si rinviene nell’approccio utilizzato dai giudici britannici, che si sono occupati di Uber con le sentenze dell’*Employment Tribunal* nel 2016<sup>12</sup>, dell’*Employment Appeal Tribunal* nel 2017<sup>13</sup>, della *Court of Appeal (Civil division)* nel 2018<sup>14</sup> e della *UK Supreme Court* nel 2021<sup>15</sup>.

La sentenza del 2017, in particolare, conferma la qualificazione data in primo grado, escludendo che i conducenti siano *employee* (lavoratori con la tutela più ampia) ma anche *self-employed* (lavoratori autonomi), e optando per la categoria intermedia dei *worker*, che godono di alcuni dei diritti dei lavoratori subordinati *tout court*, dai minimi salariali alla tutela prevista dalla regolamentazione dell’orario di lavoro.

Si è appena detto che le corti britanniche hanno proceduto a effettuare l’attività qualificatoria in maniera classica, come peraltro attestato dai medesimi giudici, secondo i quali il modello Uber non è affatto nuovo, mentre ciò che cambia è il concreto atteggiarsi dell’accordo negoziale a causa dell’utilizzo di nuove tecnologie<sup>16</sup>. L’*Employment Appeal Tribunal* precisa, infatti, che le nuove tecnologie cambiano le moda-

<sup>12</sup> *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others*, 26 ottobre 2016, [2017] IRLR 4.

<sup>13</sup> La sentenza dell’*Employment Appeal Tribunal*, *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others*, UKEAT 0056 17 DA, è del 10 novembre 2017. Sulle sentenze inglesi, v. G. Pacella, “Drivers” di Uber: confermato che si tratta di “workers” e non di “self-employed”, in 3 *Labor & law issues*, 2016, 2, p. 15 ss.; D. Cabrelli, *Uber e il concetto giuridico di “worker”: la prospettiva britannica*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2017, p. 575 ss.; J. Prassl, *Pimlico Plumbers, Uber Drivers, Cycle Couriers, and Court Translators: Who is a Worker?* in 33 *Law Quarterly Review*, 2017, p. 33; A. Perulli, *Lavoro e tecnica al tempo di Uber*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, p. 195 ss. (sp. p. 205 ss.); V. De Stefano, *Lavoro “su piattaforma” e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, *ivi*, p. 241 ss. (sp. pp. 249-252); S. Auriemma, *Impresa, lavoro e subordinazione digitale al vaglio della giurisprudenza*, *ivi*, p. 281 ss.; R. Voza, *Il lavoro reso mediante piattaforme digitali tra qualificazione e regolazione*, in AA.VV., *Il lavoro nelle piattaforme digitali. Nuove opportunità, nuove forme di sfruttamento, nuovi bisogni di tutela*, 2017, p. 71 ss.; A. Loffredo, *Il lavoro su piattaforma digitale: il curioso caso del settore dei trasporti*, *ivi*, p. 117 ss. Sulla sentenza dell’*Employment Appeal Tribunal*, v. G. De Luca, *Uber: ormai è un assedio. Prospettive future sul diritto del lavoro nella gig economy alla luce della sentenza della Corte d’appello di Londra*, in *Il diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 977 ss. Sulle sentenze inglesi e, più in generale, sul lavoro nella *platform economy*, v. J. Kenner, *Uber drivers are “workers” – The expanding scope of the “worker” concept in the UK’s gig economy*, in J. Kenner, I. Florczak e M. Otto (a cura di), *Precarious Work. The Challenge for Labour Law in Europe*, Cheltenham, 2019, p. 197 ss.

<sup>14</sup> *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others*, 19 dicembre 2018, [2018] EWCA Civ 2748.

<sup>15</sup> Sent. 19 febbraio 2021.

<sup>16</sup> V. sentenza dell’*Employment Appeal Tribunal*, punto 82: «Uber’s agency model was nothing new: it was simply the scale of the arrangement that was different, but that reflected the new technology».

lità di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro senza però mettere in discussione che questo accertamento debba essere l'attività principale da compiere. Invero, la tecnologia ha rilievo soprattutto con riguardo all'applicazione della legislazione (di derivazione europea) in materia di orario di lavoro, secondo la quale al lavoratore (*worker* o, magari *employee* ma non *self-employed*, con l'eccezione di quanto deciso dalla sentenza del 2018) è richiesto di essere: al lavoro, nell'esercizio della sua attività e a disposizione del datore di lavoro. Ebbene, di questi tre requisiti quello sul quale incide maggiormente l'innovazione tecnologica è l'ultimo, dal momento che i conducenti, secondo i giudici britannici, assumono un'obbligazione di lavoro quando si trovano nell'area urbana dove la Uber londinese opera e quando si collegano alla *app* della società. La mancanza del collegamento al *web*, che dipende esclusivamente dal lavoratore, come d'altronde la presenza fisica sul territorio, in considerazione delle regole previste da Uber, equivale a non rispondere alla chiamata del cliente e a far "scattare" la qualificazione come *worker*.

Come in parte anticipato, di avviso contrario è la sentenza del 2018, che capovolge l'approccio delle precedenti pronunce, negando l'esistenza di un rapporto di lavoro fra i conducenti e Uber e assimilando la loro situazione a quella degli autisti che operano nel servizio tradizionale di taxi. A tal fine, è ininfluyente, ad avviso dei giudici, la presenza della *app* e la circostanza che la società gestisca le prenotazioni e i pagamenti del servizio. In altre parole, secondo la pronuncia del 2018, non esiste alcun contratto di lavoro fra conducente e Uber, bensì esiste un *contract for service* (e quindi di lavoro autonomo) fra conducente e passeggero, mentre la società svolge solo un ruolo di semplice intermediazione<sup>17</sup>.

La parola conclusiva sulla vicenda, almeno finora, è stata scritta dalla *UK Supreme Court* con la sentenza del 2021 che rigetta la pronuncia d'appello qualificando come *worker* i conducenti di Uber e ritenendo che scopo della legislazione sul lavoro sia fornire una protezione

---

<sup>17</sup> Ciò si ricava dalla sentenza del 2018, ove si afferma che è errata l'affermazione dell'*Employment Tribunal* secondo la quale se ci fosse un contratto fra il conducente e il passeggero, su quest'ultimo graverebbero gli obblighi del datore di lavoro, primo fra tutti quello di riconoscere il salario minimo. Invece, per la *Appeal Court* il passeggero è semplicemente un cliente del conducente («the passenger is plainly the customer of the driver's business»: punto 140), mentre la società funge da intermediario («a booking agent for a group of self-employed drivers»: punto 133).

ai lavoratori per il solo fatto di trovarsi in una posizione di subordinazione nei confronti di una persona o un'organizzazione che esercita un controllo sul proprio lavoro. Peraltro, sempre la sentenza del 2021 ricorda che la medesima legislazione sul lavoro impedisce ai datori di lavoro di derogare alla tutela fornita per via legale.

Quanto fin qui detto, ci fa comprendere che la qualificazione dei rapporti di lavoro con Uber rimane nell'alveo della classica tripartizione britannica fra *self-employed*, *worker* e *employee*, con oscillazioni fra la prima e la seconda "categoria" in considerazione della pronuncia giurisprudenziale presa in considerazione.

A conclusioni "tradizionalistiche" è giunta anche la *Cour de Cassation* francese che nel 2020, partendo dal presupposto che può costituire indice di subordinazione l'esecuzione della prestazione lavorativa nell'ambito di un *service organisé*, allorquando il datore di lavoro determina unilateralmente le condizioni di esecuzione della prestazione e seguendo i percorsi tipici di quell'ordinamento che non prevede un'alternativa diversa fra autonomia e subordinazione, ha qualificato i ciclofattorini di Uber France come lavoratori subordinati<sup>18</sup>.

Tornando al Regno Unito, i giudici inglesi si rivelano essere ben consapevoli dei problemi generati dalla *gig economy* nei rapporti di lavoro e del fatto che ai lavoratori devono essere riconosciute le garanzie dei *worker* poiché è possibile che essi siano economicamente dipendenti dalla piattaforma<sup>19</sup>. Tuttavia, la tutela giurisprudenziale, anche nei sistemi di *common law*, non può estendere la protezione andando oltre le definizioni legali. Insomma, si arriva a un punto, evidenziato dalle pronunce del 2018 e del 2021, nel quale non si può chiedere alle corti di tutelare lo squilibrio contrattuale esistente fra il conducente e la società di trasporto, essendo necessario nel caso di specie un espresso intervento legislativo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Cour de Cassation Chambre sociale 4 marzo 2020 n. 374, con nota di I. Zoppoli, *I Travailleurs Uberises: meglio qualificati o meglio tutelati in Francia?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2020, II, p. 782.

<sup>19</sup> La sentenza del 2018 è chiara in merito: «the question whether those who provide personal services through internet platforms similar to that operated by Uber should enjoy some or all of the rights and protections that come with worker status is a very live one at present. There is a widespread view that they should, because of the degree to which they are economically dependent on the platform provider» (sentenza della *Appeal Court*, punto 164).

<sup>20</sup> Afferma ancora il giudice che «in cases of the present kind, the problem is not that the written terms mis-state the true relationship but that the relationship created

Il ruolo del legislatore, seppure in un senso diverso, sembra essere crescente anche in un altro ordinamento di *common law*, ossia quello degli Stati Uniti d'America. Infatti, alcune leggi statali (emanate per l'esattezza da 18 Stati) non sono intervenute nella qualificazione dei conducenti delle società di trasporto, rendendo applicabile in questo modo il test di qualificazione tradizionale, mentre altri Stati, fra i quali lo Utah, qualificano i conducenti come lavoratori autonomi. Un altro modello assegna al contratto individuale molto più peso nel qualificare i conducenti delle società di trasporto che operano attraverso *app*. L'esempio del Nord Dakota è eloquente poiché prevede una presunzione secondo la quale le società di trasporto non esercitano un controllo sui conducenti «a meno che non sia concordato in un contratto scritto»<sup>21</sup>.

A tal proposito va ricordato che negli Stati Uniti il ruolo del contratto di lavoro è determinante nel senso che può qualificare il lavoratore come subordinato, mentre la qualificazione contrattuale come lavoratore autonomo non ha rilievo alcuno.

In particolare, va ricordato che i vari test legislativi e di *common law* possono considerare il contratto come un elemento per determinare se la persona è un lavoratore autonomo, ma di solito vanno oltre analizzando la fattispecie concreta, l'effettività.

Stando così le cose, negli ordinamenti di *common law* si è lontani dall'indisponibilità del tipo negoziale tipica dell'ordinamento italiano – in base alla quale nemmeno il legislatore può autorizzare le parti del contratto individuale ad applicare le tutele del lavoro autonomo a rapporti di lavoro che hanno contenuti e modalità di esecuzione tipici della subordinazione<sup>22</sup> – e anche dalle posizioni della dottrina e della giurisprudenza francesi, secondo le quali l'esistenza di un rapporto di lavoro non dipende né dalle intenzioni espresse dalle parti negoziali né dal *nomen iuris* contenuto nel contratto ma dalle condizioni fattuali nelle quali l'attività dei lavoratori in questione si espleta<sup>23</sup>. Peraltro, va

---

by them is one that the law does not protect. Abuse of superior bargaining power by the imposition of unreasonable contractual terms is, of course, a classic area for legislative intervention, and not only in the employment field» (sentenza della *Appeal Court*, punto 164).

<sup>21</sup> G. Rachabi, *Despite the Binary: Looking for Power Outside the Employee Status*, in 95 *Tulane Law Review*, 2021, p. 11 e A. Zoppoli, *Prospettiva rimediale, fattispecie, sistema*, Napoli, 2023, p. 51 ss.

<sup>22</sup> C. Cost. 31 marzo 1994 n. 115.

<sup>23</sup> M. Freedland e N. Countouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, 2011, p. 53.

segnalato che nel 2019 il *Conseil Constitutionnel* francese è intervenuto in questo ambito dichiarando incostituzionale la presunzione di *non-salariat* contenuta nell'art. 44 della *Loi* 2019-1428 sul rapporto fra la piattaforma e il lavoratore, poiché ha considerato la determinazione del campo di applicazione del diritto del lavoro tra i principi fondamentali della materia e in quanto tale non disponibile dalle parti.

Ciò detto, occorrerà prestare attenzione a come attuare, qualora fosse approvata, negli ordinamenti di *civil law* una norma della proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma digitale del 2021 secondo la quale «si presume che un rapporto contrattuale tra una piattaforma di lavoro digitale che controlla... l'esecuzione del lavoro e una persona che svolge un lavoro mediante tale piattaforma sia un rapporto di lavoro (subordinato)»<sup>24</sup>.

La questione è delicata perché, sebbene in questo caso la presunzione sia a favore della subordinazione e non dell'autonomia, al contrario di quanto accadeva nell'esempio francese, questa previsione non può essere intesa e attuata nel senso che l'Unione europea può stabilire senza alcun limite il campo di applicazione della normativa lavoristica. Ciò non tanto, è bene sottolinearlo, perché ci sarebbe la violazione del principio di indisponibilità del tipo che caratterizza il nostro ordinamento e, di fatto, anche altri ordinamenti di *civil law*, quanto perché l'Unione di fatto impone l'applicazione delle tutele interne per il lavoro subordinato in presenza di almeno due degli elementi indicati nell'art. 4, par. 3<sup>25</sup>. La formulazione della norma riconosce però agli Stati membri una certa discrezionalità consentendo di prevedere la sussistenza anche di più di due degli indici presuntivi indicati. Così facendo, da un lato, l'ingerenza dell'Unione crescerebbe proporzionalmente all'aumento del numero di indici prescelti e, dall'altro, sembrerebbe esserci il rischio di vanificare l'effetto di armonizzazione seppur minima, tipica della base giuridica della direttiva ossia l'art. 153 TfUe, perché la discrezionalità nella scelta del numero di indici porta con sé la possibile differenziazione fra ordinamenti.

---

<sup>24</sup> Art. 4, par. 1 della proposta di direttiva.

<sup>25</sup> Livello di retribuzione; obbligo di rispettare regole su aspetto esteriore, comportamento e esecuzione del lavoro; supervisione dell'esecuzione del lavoro; limitazione della libertà di organizzare il proprio lavoro; limitazione della possibilità di costruire una clientela.

## 5. Segue: i *gig worker* nell'ordinamento italiano

Le decisioni dei giudici stranieri prima richiamate sono molto attuali anche nella prospettiva italiana, con riferimento a un'altra piattaforma di *delivery*, ossia Foodora. È a tutti noto che il Tribunale di Torino, con una sentenza del 7 maggio 2018<sup>26</sup>, ha qualificato i *biker* di quella società come lavoratori autonomi, mentre la Corte d'appello della stessa città, con la pronuncia 11 gennaio 2019 n. 468, è arrivata a conclusioni diverse, ritenendo i medesimi lavoratori collaboratori eterorganizzati ai quali si applica, in virtù dell'art. 2 decreto legislativo 81/2015, la disciplina del lavoro subordinato. E questa è stata anche la posizione assunta dalla Corte di Cassazione con la sentenza 24 gennaio 2020 n. 1663.

In questa sede è opportuno sottolineare che l'applicazione delle tutele dei lavoratori subordinati è riconosciuta dalle sentenze d'appello e della Cassazione italiane sulla base però della norma legale del 2015. In assenza di questa disposizione, infatti, sarebbe stato molto difficile, salvo una sporadica eccezione<sup>27</sup>, estendere la tutela del lavoro subordinato alla fattispecie del lavoro eterorganizzato. In altre parole, il legislatore italiano del 2015 ha messo a disposizione dell'interprete (nel caso di specie, della giurisprudenza) uno strumento, l'art. 2 del decreto legislativo 81, peraltro utilizzando tecniche di "assimilazione" tipiche del diritto francese<sup>28</sup>, che ha consentito, senza modificare l'art. 2094 c.c., di estendere ai ciclo-fattorini Foodora tutele che altrimenti non avrebbero ottenuto. E tutto ciò è sintonico con quanto affermato dai giudici britannici nella sentenza del 2018 che auspica proprio un intervento del legislatore, ferme restando le particolarità dell'ordinamento giuridico d'oltremarina.

La centralità del ruolo del legislatore nella qualificazione del rapporto e l'attualità della dicotomia autonomia/subordinazione nell'ordinamento italiano è dimostrata da un altro blocco normativo, ovvero sia la legge 81/2017, il cosiddetto Jobs Act degli autonomi, grazie alla

---

<sup>26</sup> V. P. Tullini, *Prime riflessioni sulla sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, p. 1; C. Spinelli, *La qualificazione giuridica del rapporto di lavoro dei fattorini Foodora tra autonomia e subordinazione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2018, II, p. 371 ss.

<sup>27</sup> V. Tribunale Palermo 4 novembre 2020 che qualifica i ciclofattorini come lavoratori subordinati indipendentemente dall'art. 2 d.lgs. 81/2015.

<sup>28</sup> A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2021, p. 38.

quale la distanza fra le tutele garantite al lavoro subordinato e le misure di tutela del lavoro autonomo resta notevole<sup>29</sup>.

Tornando alla *gig economy*, il problema della dicotomia autonomia/subordinazione è accentuato da un altro degli elementi che spinge alla comparazione, al dialogo fra ordinamenti, e cioè la globalizzazione. I conducenti di Uber o i ciclofattorini di Foodora saranno qualificati in modo differenziato, a seconda dell'ordinamento giuridico dello Stato membro dell'Unione (o, perché no, degli Stati extra Unione<sup>30</sup>)<sup>31</sup> nonostante le regole aziendali di Uber siano simili in tutto il mondo. Ciò renderà conveniente per l'azienda attendere l'esito della "attività qualificatoria" domestica, di competenza dei giudici in applicazione della fattispecie legale, e investire maggiormente in quei contesti nazionali nei quali la giurisprudenza collocherà i conducenti all'esterno dell'area della subordinazione. Non si tratta di un fenomeno completamente nuovo per il diritto del lavoro, perché da sempre le società multinazionali sono soggette a regole diversificate nei vari ordinamenti anche in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro. Tuttavia, la differenza rispetto al passato è data dalla presenza di una piattaforma digitale che per sua natura è a-territoriale.

Inoltre, rimettere la questione qualificatoria ai giudici interni provoca il rischio di avere trattamenti differenziati non solo fra i diversi Paesi ma anche all'interno di ognuno di essi, in quanto non è detto che i giudici decidano casi simili in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale, a meno che non ci sia un intervento di un'Alta Corte, come ad esempio accaduto nel Regno Unito e in parte in Italia, che peraltro

---

<sup>29</sup> M.V. Ballestrero, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in 6 *Labour & Law Issues*, 2020, p. 14 ss. ricorda come la dicotomia autonomia/subordinazione «non è *in rerum natura*: è il frutto di un assetto ordinamentale che ha origini lontanissime e si è consolidato nel tempo» e che appare confermato dalla l. 81/2017. Non sono dello stesso avviso A. Perulli e V. Speziale, *Dieci tesi sul diritto del lavoro*, cit., p. 61 ss. secondo i quali questo blocco normativo, la l. 128/2019 e l'art. 2 d.lgs. 81/2015 «dimostrano come ormai la "grande dicotomia" tra lavoro subordinato e lavoro autonomo sia molto più relativa», pur ammettendo che questa sia ancora soltanto una tendenza poiché «il sistema italiano non ha ancora raggiunto questo obiettivo di rimodulazione estensiva delle tutele».

<sup>30</sup> A. Ingrao, *Uberlabour: l'organizzazione "uberiana" del lavoro in Brasile e nel mondo. Il driver e un partner di Uber o un suo dipendente?*, in *Il diritto delle relazioni industriali*, 2018, p. 705 ss.

<sup>31</sup> Come lavoratori autonomi, subordinati, eterorganizzati, in Italia; oppure come *employee*, *worker*, *self-employed*, nel Regno Unito, e via dicendo negli altri Paesi.



non è detto sia risolutivo perché potrebbe esservi un cambio di orientamento.

## 6. L'art. 18 e le influenze della comparazione "filtrata"

È opportuno occuparsi ora all'art. 18 Statuto che, com'è noto, è stato oggetto di profonde modifiche fra il 2012 e il 2015, mediante la legge 92/2012 e il decreto legislativo 23/2015. Nella fase attuale si colpiscono con la sanzione massima della reintegrazione piena solo i licenziamenti nulli e quelli adottati per motivi discriminatori o illeciti. La dimostrazione della collocazione al vertice dei beni fondamentali tutelati dall'ordinamento è data dalla loro punizione incondizionata, vale a dire la sanzione più severa in materia di licenziamenti viene applicata a prescindere dalle dimensioni dell'impresa, dalla qualifica professionale posseduta e dalla data di assunzione del dipendente.

In questa vicenda la comparazione ha svolto un ruolo di primo piano perché una riforma di quella portata ha richiesto un raffronto con i principali Stati membri dell'Unione europea, dal quale è risultato che l'Italia era l'unico Paese ad avere nelle grandi aziende un'applicazione praticamente generalizzata della reintegrazione. In quasi tutti gli altri Paesi c'era (e c'è) un sistema secondo il quale si applicano sanzioni pecuniarie e non ripristinatorie, con l'eccezione della Germania dove la scelta fra rimedi risarcitori e reintegratori è affidata al giudice «che può tener conto di molti elementi prima di scegliere tra l'uno e l'altro»<sup>32</sup>.

Una volta varata la riforma, in Italia si è andati alla ricerca dei vincoli derivanti dall'Unione europea e dal diritto internazionale nella direzione della necessità della reintegrazione, ricerca che ha molto a che fare con il metodo comparato poiché, come si è detto all'inizio, il diritto dell'Unione e il diritto internazionale hanno in sé, seppure in maniera differenziata, il "germe" della comparazione.

Questo tentativo, traballante sin dall'inizio, è tramontato definitivamente con la sentenza della Corte costituzionale 194 del 2018, la quale, dopo aver ricordato che «la tutela reintegratoria non costituisce l'unico paradigma attuativo degli artt. 4 e 35 Cost.»<sup>33</sup>, ha sottolineato l'assenza di qualsiasi vincolo derivante dall'ordinamento dell'Unione

---

<sup>32</sup> L. Zoppoli, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012, p. 128.

<sup>33</sup> Sul punto è citata la sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2011.

perché ai fini dell'applicabilità dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – secondo il quale peraltro ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato mentre non fa riferimento alla tutela reintegratoria – e «l'art. 3 comma 1 del decreto legislativo n. 23 del 2015 dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di una norma del diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta stessa».

Al contrario di quanto accaduto con riguardo all'art. 30 CdfUe, la Corte costituzionale ha dimostrato maggiore apertura nei confronti del diritto internazionale, richiamando l'art. 24 della Carta sociale europea<sup>34</sup>, che «deve qualificarsi fonte internazionale, ai sensi dell'art. 117 primo comma Cost.»<sup>35</sup>, peraltro applicabile all'Italia che ha ratificato la Carta sociale europea.

Tuttavia, l'art. 24 non fa alcun cenno diretto alla reintegrazione ma fa riferimento al «diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione». Pertanto, la sentenza del 2018 specifica «con riguardo al licenziamento ingiustificato, l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato» dalla «Corte sulla base del parametro costituzionale

---

<sup>34</sup> Poiché «la ricorrente ha dichiarato che il suo stato di salute si è fortemente aggravato e che ella non sarebbe fisicamente in grado di riprendere un'attività all'interno» dell'organismo dell'Unione presso il quale lavorava, di modo che «le parti sono invitate, in primo luogo, a ricercare un accordo per determinare un equo risarcimento in denaro per il licenziamento della ricorrente». G. Fontana, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, WP CSDLE Massimo D'Antona 382/2018, p. 29 sottolinea l'innovatività di questo principio, dal momento che «la Corte costituzionale non ha mai manifestato nei confronti della Carta Sociale grandi aperture ed anzi in passato ha considerato le sue disposizioni come norme “senza uno specifico contenuto precettivo” (v. ad esempio la sentenza n. 325/2010), documenti di “mero indirizzo”, vale a dire non vincolanti (Corte cost. n. 50/2015)». Dello stesso avviso M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, WP CSDLE Massimo D'Antona 378/2018, p. 22 secondo la quale «la CSE esce così definitivamente dal limbo dell'irrelevanza giuridica in cui il Giudice delle leggi per lungo tempo l'ha confinata, per assurgere finalmente a parametro di costituzionalità interposto della legge». Più in generale sul contenuto dell'art. 24 CSE v. G. Orlandini, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, p. 624; C. Cester, *I licenziamenti nel Jobs Act*, WP CSDLE Massimo D'Antona 273/2015, p. 8 ss.; A. Perulli, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2015, I, p. 418.

<sup>35</sup> Così C. cost. 120/2018 sulla libertà sindacale dei militari.

interno dell'art. 3 Cost. Si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite»<sup>36</sup>.

Non appare incongruente il riferimento, contenuto nella pronuncia del 2018, alla decisione del Comitato del 31 gennaio 2017 resa a seguito del reclamo collettivo n. 106/2014, proposto dalla *Finnish Society of Social Rights* contro la Finlandia, altro esempio di applicazione del metodo comparato perché l'esame dei reclami consente di conoscere le soluzioni adottate in altri ordinamenti.

Il riferimento a questa decisione è utile a comprendere cosa si debba intendere per «congruo indennizzo» di cui all'art. 24 Cse, ovvero sia un indennizzo *adeguato e dissuasivo*.

Da quanto detto appare evidente che il metodo comparato, “filtrato” attraverso le previsioni del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, non può essere utilizzato per sostenere l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 dello Statuto e dell'art. 3 decreto legislativo 23/2015 nella parte in cui hanno sostituito la reintegrazione con sanzioni restitutorie, ma soltanto per imporre che tali sanzioni siano adeguate e dissuasive, sì da essere avvicinate in qualche modo alla tutela ripristinatoria.

## 7. Brevi conclusioni

È arrivato il momento di fare alcune brevi considerazioni conclusive.

Intorno allo Statuto dei lavoratori il mondo è cambiato profondamente rispetto ad oltre cinquanta anni fa. Di acqua ne è passata sotto i ponti ma, con riferimento ai profili qui presi in considerazione, tutto sommato l'impostazione originaria della legge 300 del 1970 ha retto. Sicuramente ciò è accaduto con riferimento al campo di applicazione soggettivo perché, come si è visto, la dicotomia autonomia/subordinazione è stata sottoposta a tensioni e torsioni ma non è affatto tramontata, nemmeno a seguito della rivoluzione digitale, e la qualificazione come lavoratore subordinato è ancora oggi la porta di accesso alle tutele dello Statuto.

Con riguardo, invece, all'art. 18 e alle conseguenze in seguito a un licenziamento illegittimo, a ben vedere, l'attuale disciplina non è sostanzialmente diversa da quella originaria perché dal 1970 al 1990

---

<sup>36</sup> C. cost. 194/2018.

alla stragrande maggioranza delle imprese si applicava la tutela restitutoria e non ripristinatoria, essendo la reintegrazione confinata in quell'arco temporale alle imprese con più di 35 dipendenti. Naturalmente l'impostazione di allora era differente da quella di oggi perché la *ratio* alla base di quella versione dell'art. 18 era che le grandi imprese potevano permettersi economicamente la reintegrazione dei lavoratori illegittimamente licenziati, mentre l'idea alla base della riforma dei licenziamenti del 2012/2015 era che la reintegrazione dovesse essere confinata solo alle ipotesi particolarmente odiose dei licenziamenti discriminatori o nulli per altri motivi. La conseguenza, però, è che il numero di lavoratori tutelati con la reintegrazione nel 1970 è simile a quello attuale, poiché, come si è detto, lo spazio riservato alla tutela ripristinatoria è tutto sommato affine.

Quanto fin qui detto ci fa comprendere che la comparazione sia stata cruciale con riguardo ai profili statutari presi in considerazione.

Ha dimostrato che il mutamento della disciplina delle mansioni realizzato nel 2015 ha un suo antecedente nella riforma spagnola di qualche anno prima.

È stata fondamentale nell'adattamento della nozione di subordinazione alle mutate dinamiche della *platform economy* poiché l'esame delle scelte fatte in altri ordinamenti sovranazionali e nazionali, di *civil law* e di *common law*, ha consentito di rendersi conto che i problemi da affrontare e le risposte fornite sono state tutto sommato simili.

È servita, nella vicenda relativa all'art. 18 (e alle norme collegate) a far "digerire" al sistema giuridico italiano, che non sempre è stato caratterizzato da interventi normativi lineari, il cambiamento epocale rappresentato dalla marginalizzazione della tutela reintegratoria.

# Diritti collettivi e *gig economy*: il ruolo dello Statuto dei lavoratori italiano in chiave comparata

Emanuele Menegatti

## 1. *Platform economy* v. rappresentanza collettiva

L'interposizione di una piattaforma digitale tra consumatori e lavoratori che forniscono servizi, anche di tipo molto tradizionale (taxi, *food delivery*), ha permesso la realizzazione di quello che appare un nuovo modello di business e di lavoro; un modello dove il rapporto tra piattaforma e prestatori di servizi, formalmente considerati come autonomi, vorrebbe assomigliare ad un rapporto *business to business*<sup>1</sup>.

Analizzandolo dalla prospettiva dei lavoratori coinvolti, non si tratta in realtà di nulla di veramente nuovo. Vengono in gioco note pratiche, a volte illegittime, come il lavoro a chiamata, il compenso a cottimo, intermediazione e interposizione. Così come non sono del tutto nuove le problematiche: i lavoratori tramite piattaforma vedono negato l'accesso ai sistemi di protezione dell'impiego, ma anche ai si-

---

<sup>1</sup> I modelli di lavoro creati dalla *gig economy* e relative problematiche è tema ampiamente investigato dalla dottrina giuslavoristica. Si vedano, tra i primi contributi in materia: V. De Stefano, *The Rise of the "Just-in-Time Workforce": On-Demand Work, Crowdwork, and Labor Protection in the "Gig-Economy"*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2016, 37, p. 471 ss.; C. Codagnone, F. Abadie e F. Biagi, *The Future of Work in the 'Sharing Economy'. Market Efficiency and Equitable Opportunities or Unfair Precarisation?*, in *JRC Science for Policy Report*, 2021, p. 1 ss.

stemi di tutela e promozione della rappresentanza collettiva. Proprio quest'ultimo profilo è oggetto del presente contributo. Il modello di *business* creato dalle piattaforme rappresenta, infatti, in ordine di tempo, l'ultimo tentativo di sbarazzarsi del sindacato e delle azioni di lotta, nonché della contrattazione collettiva.

Diversi fattori favoriscono in maniera concomitante in questa direzione<sup>2</sup>. Quello più scontato, da subito emerso molto chiaramente, riguarda la classificazione in termini di autonomia dei lavoratori coinvolti; situazione, come noto, capace di ostacolare efficacemente l'accesso alle tutele dell'impiego ed a buona parte dei diritti di sicurezza sociale, oltre che ai diritti collettivi. Anche il diritto alla contrattazione collettiva è stato spesso escluso sulla base dello stesso presupposto<sup>3</sup>. Meno scontati, ma comunque rilevanti, sono gli effetti della dispersione dei lavoratori nell'ambito di luoghi di lavoro virtuali, dove gli spazi fisici di congregazione sono limitati ed il senso di appartenenza ad una comunità difficile da costruire. Situazione dove viene a mancare quel senso di solidarietà tra prestatori che è da sempre stata alla

---

<sup>2</sup> Cfr. le ampie disamine condotte a tale riguardo da J. Prassl, *Collective voice in the platform economy: challenges, opportunities, solutions*, Bruxelles, 2018, p. 1 ss.; K. Vandaele, *Will trade unions survive in the platform economy?*, in *ETUI Working Papers*, 2018, p. 1 ss.; A. Forsyth, *The future of Unions and Worker Representation*, Oxford, 2022, p. 1 ss.

<sup>3</sup> In ragione del diritto antitrust la fissazione di tariffe minime obbligatorie attraverso accordi collettivi si configura come un'illecita restrizione della concorrenza, a danno dei consumatori. Negli Stati Uniti, tanto è previsto dal *Sherman Antitrust Act*, il quale ammette però una deroga, introdotta dal successivo *Clayton Antitrust Act* a favore dei sindacati che concludono contratti collettivi finalizzati a sostenere legittimi interessi dei lavoratori subordinati (cosiddetta *labor exception*). È stato, tuttavia, anche chiarito dalla Suprema Corte nel caso *Columbia River Packers Assn., Inc. v. Hinton*, 315U.S.143 (1942) che l'eccezione non può essere estesa ad associazioni che rappresentano lavoratori autonomi. La situazione in ambito di Unione europea è del tutto simile. L'articolo 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea proibisce questo tipo di accordi collettivi. La Corte di giustizia europea ha, però, previsto un'eccezione parallela a quella americana nel caso *Albany (Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, C-67/96 del 21 settembre 1999)* laddove gli accordi collettivi abbiano la finalità di «migliorare le condizioni di lavoro e occupazione» dei lavoratori subordinati. Questo non vale però a coprire accordi collettivi destinati a stabilire tariffe minime per i lavoratori autonomi come chiarito nel caso *FNV Kunsten Informatie en Media (FNV Kunsten Informatie en Media v. Staat der Nederlanden, C-413/13 del 4 dicembre 2014)*, anche laddove i lavoratori in questione performino attività simile a quelle tipiche di un lavoratore subordinato. A meno che non si tratti di falsi lavoratori autonomi, identificabili sulla base dell'ampio concetto di «lavoratore» elaborato dalla Corte di Giustizia Europea. Sia consentito rinviare su tale concetto a E. Menegatti, *Taking EU labour law beyond the employment contract: The role played by the European Court of Justice in European Labour Law Journal*, 2020, 11, p. 26 ss.

base dell'azione collettiva. In altri termini, si assiste ad una marcata individualizzazione dei rapporti di lavoro ed una connessa tendenza verso l'autorappresentazione<sup>4</sup>. Il tutto è accompagnato da strategie ostili verso la collettivizzazione portate avanti dalle piattaforme che, vedremo, si vanno ad incanalare in ben rodiate tecniche di contrasto alla rappresentanza collettiva.

Da parte loro, le organizzazioni sindacali sono attive nel cercare di contrastare in molti Paesi tale spinta verso la desindacalizzazione, attraverso azioni di lotta, *lobbying*, ricorso alla giustizia. Accanto a loro si sono andati a collocare diversi movimenti spontanei costituiti dai lavoratori tramite piattaforma. Come una recente ricerca evidenzia<sup>5</sup>, le organizzazioni degli autisti ed i ciclofattorini, contrariamente a quanto la già citata spiccata individualizzazione delle relazioni di lavoro lascerebbe presupporre, hanno invece dimostrato di possedere un certo potere contrattuale rispetto alle piattaforme. Tanto è permesso soprattutto dagli effetti visibili e dirompenti delle loro azioni di lotta, in grado di catturare l'attenzione dell'opinione pubblica.

Il livello di efficacia di tali azioni rispetto alle strategie di individualizzazione delle relazioni di lavoro portate avanti dalle piattaforme è, tuttavia, molto variabile. Molto dipende dalla cornice legale di protezione e sostegno al sindacato presente nell'ordinamento nazionale di riferimento. Da noi, grazie al forte riconoscimento costituzionale e statutario della libertà sindacale, del diritto alla contrattazione collettiva e del diritto di sciopero, la resistenza si è rivelata sin qui abbastanza efficace. Peraltro, una recente analisi mostra come l'Italia sia il Paese dell'Unione europea che ha fornito la più consistente risposta al fenomeno del lavoro tramite piattaforma<sup>6</sup>; non solo a livello legislativo, ma anche grazie alla contrattazione collettiva ed alla giustizia togata. In altri ordinamenti, proprio quelli dove il fenomeno delle piattaforme ha avuto più rapida e maggiore diffusione rispetto al nostro, come quello statunitense e britannico, la rappresentanza collettiva fatica di più ad affermarsi, in un quadro di contesto sicuramente non favorevole alla sindacalizzazione.

---

<sup>4</sup> In tema v. B. Caruso, *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, WP CSDLE Massimo D'Antona 326/2017, p. 9 ss.

<sup>5</sup> K. Vandaele, *Will trade unions survive in the platform economy?*, cit., p. 15 ss.

<sup>6</sup> Si veda a tale proposito lo studio svolto da Eurofound a cura di I. Mandl, *Initiatives to improve conditions for platform workers: Aims, methods, strengths and weaknesses*, Luxembourg, 2021.

Scopo del presente contributo è proprio quello di comparare gli ordinamenti da ultimo menzionati con quello italiano, al fine di trarre, in un momento in cui stanno prendendo forma diversi interventi legislativi volti a tutelare le condizioni di lavoro nella cosiddetta *gig economy*, indicazioni utili a tale fine.

La scelta di questi ordinamenti è motivata dall'antitetico quadro di contesto delle relazioni industriali presente nel momento in cui le piattaforme di lavoro hanno fatto la loro entrata in scena. Sia gli Stati Uniti che il Regno Unito mostrano ormai da parecchi decenni un sistema di contrattazione collettiva tipicamente aziendale, un sindacato debole senza un particolare ruolo istituzionale, una forte opposizione datoriale alla diffusione del sindacato in azienda, regolamentazione eteronoma delle relazioni sindacali, ed in particolare della contrattazione collettiva e del diritto di sciopero. Al contrario, l'Italia si caratterizza per una forte contrattazione collettiva di categoria, un'ancora discreta densità sindacale, un forte ruolo istituzionale del sindacato, bassa interferenza istituzionale nelle relazioni industriali, accompagnata da un forte riconoscimento della libertà e di pregnanti diritti collegati alle attività sindacali in azienda garantite in primo luogo dallo Statuto dei lavoratori. Situazione, come facile immaginare, non priva di conseguenze tangibili: mentre Stati Uniti e Regno Unito hanno da molto tempo intrapreso un *trend* di declino della sindacalizzazione e della copertura della contrattazione collettiva; l'ordinamento italiano, è riuscito a mantenere un costante ed effettivo supporto a favore dell'autonomia collettiva.

Scelta di ordinamenti da cui deriva un'implicazione di metodo non banale. Occorre molta cautela nel valutare le esperienze di altri ordinamenti laddove si cerchi di utilizzarle in una chiave per così dire predittiva, vale a dire in un'ottica *de iure condendo*. Nel senso, cioè, di scartare a priori certe soluzioni che potrebbero replicare in un certo ordinamento problemi già emersi altrove, ovvero l'adozione di esperienze straniere virtuose. A maggior ragione con riferimento alle tematiche di cui si discute qui. Secondo, infatti, il celebre insegnamento di Otto Khan-Freund<sup>7</sup>, il trapianto di regole nell'ambito delle relazioni collettive di lavoro deve considerare il legame a filo doppio con il sistema economico, le peculiarità dei sistemi di relazioni industriali, della tra-

---

<sup>7</sup> O. Khan-Freund, *On uses and misuses of comparative law*, in *37 Modern Law Review*, 1974, p. 12.



dizione sindacale, della cultura del *business*. Situazione che sottopone il trapianto ad un elevato pericolo di rigetto.

Non è tuttavia questa l'ottica che ci proponiamo nel presente contributo. L'ottica sarà quella meno ambiziosa di favorire, attraverso la comparazione, una migliore conoscenza reciproca tra gli ordinamenti, nei loro pregi e difetti; conoscenza che può contribuire al loro processo di riforma. In questo senso, l'esperienza italiana può essere un utile esempio per gli ordinamenti anglosassoni che si andranno a considerare, a fronte della resilienza che il sistema di relazioni collettive sta presentando di fronte alle nuove sfide della *gig economy*. Lo stesso esercizio potrà tornare utile anche al nostro ordinamento, per capire, alla luce delle evidenze che emergeranno dalla comparazione, se e quali aggiustamenti possano essere necessari al fine di ottimizzare gli strumenti a disposizione delle rappresentanze collettive.

Il presente contributo si propone, quindi, di evidenziare innanzi tutto i fattori, anche istituzionali, che hanno condotto al tracollo della rappresentanza collettiva negli Stati Uniti e nel Regno Unito. Da qui, le evidenti difficoltà che in tale quadro si sono trovati ad affrontare i lavoratori tramite piattaforma allorquando hanno tentato di costruire una difesa collettiva dei propri interessi (n. 2). Passeremo, poi, al quadro italiano, evidenziando invece come la difesa costituzionale e statutaria, soprattutto della libertà sindacale, abbia permesso una pressoché immediata ed efficace reazione a fronte delle sfide lanciate dalle piattaforme (n. 3). Tanto permetterà di trarre alcune conclusioni comparative (n. 4).

## **2. Il declino della rappresentanza collettiva negli ordinamenti anglosassoni**

Gli Stati Uniti presentano probabilmente nel quadro degli ordinamenti occidentali il sistema più farraginoso di sostegno alla rappresentanza collettiva, che inevitabilmente ha coinvolto anche le nuove sfide della *platform economy*.

Il *National Labor Relations Act* (Nlra) del 1935 è ancora il quadro normativo di riferimento in tema di supporto al sindacato ed alla contrattazione collettiva. L'intervento legislativo federale ebbe lo storico compito di portare la democrazia nei luoghi di lavoro dopo anni di co-

stante oppressione, meglio nota come *Lochner era*<sup>8</sup>. L'intento originario era quello di sradicare il sindacato di comodo, garantendo la genuinità degli agenti sindacali aziendali, in un quadro di supporto della contrattazione collettiva esclusivamente di livello aziendale. A tale scopo si cercò di favorire la costituzione, attraverso il cosiddetto sistema del *ballot*, di una rappresentanza sindacale supportata dalla maggioranza dei lavoratori nella *bargaining unit*; letteralmente unità di contrattazione, che coincide grosso modo alla nostra unità produttiva<sup>9</sup>.

La necessità di una votazione in azienda, oltre all'assenza di negoziazioni collettive di categoria, si sono rivelati i limiti più grossi alla diffusione della contrattazione, che ha una copertura ormai bassissima, generalmente stimata intorno all'11% (al di sotto del 10% se si considera il solo settore privato). La necessità, infatti, di convocare un'elezione e di ottenere qui la maggioranza dei voti ha storicamente permesso al datore di lavoro di interferire con strategie ostili. È lunga la lista delle pratiche datoriali aggressive, volte a prevenire a monte il ricorso al *ballot*, disincentivando l'affiliazione sindacale. Si va da trattamenti migliorativi per chi non è sindacalizzato o non protesta, alla possibilità per il datore di lavoro di diffondere messaggi antisindacali, fino a minacciare la chiusura dell'azienda. La difesa del sindacato è molto difficile. Il sistema di prevenzione delle cosiddette *unfair labor practice* (condotte antisindacali), pur presente nel sistema del Nlra, non ha di fatto mai funzionato<sup>10</sup>. Grazie ad un'interpretazione marcata-mente pro-datoriale del *National Labor Relations Board* (Nlrb), l'agenzia federale cui è affidata l'amministrazione del Nlra, è stata legittimata la pratica diffusa del datore di lavoro che organizza riunioni con il personale dove vengono comunicati messaggi antisindacali, in assenza di qualsivoglia contraddittorio. Sindacati che, al contrario, non hanno

<sup>8</sup> Con questa etichetta si fa riferimento a quel periodo compreso tra il 1905 ed il 1935, allorquando, a partire proprio dal caso *Lochner*, la Corte Suprema americana ha cancellato più di 150 provvedimenti legislativi, diretti a tutelare le condizioni di lavoro ed a permettere la sindacalizzazione dei lavoratori, perché ritenuti in contrasto con il principio di libertà contrattuale. Così, ad esempio, furono ritenute incostituzionali una legge federale che impediva di licenziare i lavoratori per via dell'adesione ad un sindacato ed una legge nazionale che proibiva i contratti collettivi con sindacati di comodo. Vedi in tema P. Secunda, *Sources of Labor Law in the United States: Contract Supra Omnis*, in T. Gyulavari e E. Menegatti (a cura di), *The sources of labour law*, The Hague, 2020, p. 389 ss.

<sup>9</sup> Per una descrizione del sistema di rappresentanza creato dal *National Labor Relations Act* si veda A. Cox, D. Bok, R. Gorman e M. Finkin, *Labor Law*, New York, 2011, p. 79 ss.

<sup>10</sup> Vedi ancora A. Cox, D. Bok, R. Gorman e M. Finkin, *Labor Law*, cit., p. 214 ss.

accesso ad incontri con i lavoratori durante l'orario di lavoro. Tanto è stato giustificato sulla base del riconoscimento costituzionale della libertà di parola (datoriale) e della protezione della proprietà privata (appuntamento, l'azienda), destinato a prevalere sull'attività sindacale nei luoghi di lavoro<sup>11</sup>.

Anche laddove i lavoratori sono riusciti nell'impresa di costituire una rappresentanza collettiva, i datori di lavoro non hanno mancato di ostacolare ancora efficacemente le negoziazioni collettive. Controversie sulla validità delle elezioni sollevate ad arte, trattative condotte in completa mala fede al solo scopo di dilatare i tempi, fino anche alla esternalizzazione del lavoro svolto nella *bargaining unit*<sup>12</sup>.

Come facile prevedere, la *gig economy*, dal momento che i lavoratori sono dispersi e più difficilmente comunicano con i sindacati e tra di loro, ha reso ancora più facile per le piattaforme ostacolarne la sindacalizzazione. Già a monte, utilizzando la leva giuridica della natura formalmente non subordinata dei rapporti, non è stato difficile escludere il diritto alla contrattazione collettiva attraverso il richiamo al diritto della concorrenza. Ed infatti, il Nlrb sotto la guida dell'amministrazione Trump ha espressamente escluso che gli autisti di Uber possano ricadere sotto l'ambito di applicazione del Nlra<sup>13</sup>.

Questo non è bastato tuttavia a fermare la rivendicazione del diritto ad una rappresentanza e contrattazione collettiva da parte dei lavoratori. Sfruttando il potere di pressione che, come detto, deriva dalle iniziative di lotta, organizzazioni spontanee di autisti di Uber, con il supporto del sindacato tradizionale sono riuscite ad ottenere dalla Città di Seattle un'ordinanza nel 2015, che ha riconosciuto loro la possibilità di istituire rappresentanze collettive e quindi di contrattare collettivamente con la piattaforma, anche se classificati come lavoratori autonomi<sup>14</sup>. L'ordinanza è stata, tuttavia, impugnata con successo dal-

---

<sup>11</sup> A. Forsyth, *The future of Unions*, cit., p. 20

<sup>12</sup> S. Greenhouse, *Beaten down. Worked up: The past, the present, and the future of American labor*, New York, 2019, p. 137 ss.

<sup>13</sup> L. Mishel e C. McNicholas, *Uber drivers are not entrepreneurs* (20 settembre 2019), <https://epi.org/176202>.

<sup>14</sup> D. Iglitzin e J. Robbins, *The City of Seattle's Ordinance Providing Collective Bargaining Rights to Independent Contractor For-Hire Drivers. An Analysis of the Major Legal Hurdles*, in 38 *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 2017, p. 49.

la Camera di Commercio statunitense di fronte ad una Corte federale, che ha riconosciuto la violazione del diritto della concorrenza<sup>15</sup>.

Di nuovo, i datori di lavoro hanno mostrato una notevole ed immediata capacità di reazione. Reazione facilitata dalla debole tutela riconosciuta allo sciopero dal diritto nordamericano. È stata, ad esempio, abilitata senza troppe difficoltà la pratica di rimpiazzare i lavoratori scioperanti. Tant'è che le piattaforme possono disconnettere i lavoratori coinvolti in azioni di protesta e incrementare contestualmente le tariffe così da attrarre i lavoratori che solo occasionalmente prestano lavoro<sup>16</sup>.

Le strategie di contrattacco delle piattaforme passa anche attraverso azioni di disturbo rispetto ai movimenti autonomi, cercando sponda nei "più morbidi" sindacati tradizionali. Tanto è successo in California dove un sindacato ha accettato di supportare Uber nella proposta di un disegno di legge che se da un lato ha riconosciuto diritti ai *driver*, dall'altro ne ha accettato lo status di lavoratori autonomi; tanto ha sollevato le ire di un'organizzazione spontanea (*Ridershare Drivers United*). Qualcosa di analogo è accaduto nello stato di New York, dove un'associazione di autisti (*Independent Drivers Guild*) aveva accettato un accordo simile, implicante sempre la qualificazione in termini di lavoro autonomo, ingenerando peraltro parecchi sospetti, alla luce di un finanziamento ricevuto da Uber<sup>17</sup>.

Vicende del tutto analoghe hanno riguardato il Regno Unito. Chiusa, all'inizio degli anni Settanta, la stagione del *collective laissez faire*<sup>18</sup> – allorquando il legislatore scelse di delegare, senza interferire, alla contrattazione collettiva la regolamentazione dei rapporti di lavoro – l'approccio verso le relazioni industriali cambiò totalmente rotta. Già dal 1971, al fine di limitare sindacalizzazione e scioperi a seguito dei disordini sociali di fine anni Sessanta, si scelse di regolare il riconoscimento dei sindacati e della contrattazione collettiva con procedure simili al *ballot* americano<sup>19</sup>. Le politiche di contingentamento dell'azio-

<sup>15</sup> Ninth Circuit Court of Appeals, *Chamber of Commerce v City of Seattle* 890 F3d 769 (9th Cir 2018).

<sup>16</sup> S. Greenhouse, *Beaten down*, cit., p. 137 ss.

<sup>17</sup> S. Greenhouse, *Beaten down*, cit., p. 83.

<sup>18</sup> O. Kahn-Freund, *Labour Law*, in M. Ginsberg (a cura di), *Law and Opinion in England in the 20th Century*, London, 1959, p. 224.

<sup>19</sup> V. M. Doherty, D. Mangan, *The sources of labour law*, in T. Gyulavari e E. Menegatti (a cura di), *The sources of labour law*, cit., p. 374.

ne sindacale si sono rafforzate ancora di più con il governo conservatore guidato da Margaret Thatcher<sup>20</sup>. Anche alla fine del ventennio conservatore, con la vittoria elettorale del *new labour* di Tony Blair, la situazione cambiò di poco, nonostante l'annuncio elettorale di una restaurazione dei diritti per i sindacati<sup>21</sup>.

Ad oggi, l'ordinamento britannico fatica ancora a riconoscere una piena ed effettiva tutela della libertà ed attività sindacale. Un esempio significativo è quello della discriminazione motivata dall'attivismo sindacale dei singoli lavoratori non iscritti ad un sindacato. Il *Trade Union and Labour Relations Act* del 1992 (Tulcra) tutela all'art. 137 i lavoratori iscritti al sindacato ai quali venga rifiutata, per tale ragione, l'assunzione<sup>22</sup>. Una discutibile pronuncia della *House of Lords* ha proposto un'interpretazione letterale del testo, escludendo che la tutela potesse estendersi anche all'analogo rifiuto datoriale a fronte del semplice attivismo sindacale dimostrato dai lavoratori (a prescindere dalla loro affiliazione ad un sindacato)<sup>23</sup>. Sono serviti una pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>24</sup> ed un paio di interventi sulla legge del 1992 per ottenere una tutela che ancora non riesce a dare tutela piena ed effettiva alle discriminazioni per ragioni sindacali<sup>25</sup>.

Anche nel Regno Unito, così come negli Stati Uniti, sono previste procedure per reprimere le *unfair labour practices* con riferimento ai *ballot*<sup>26</sup>. La tutela è però limitata alle sole pratiche dirette, come tentativi di corruzione verso i lavoratori o minacce dirette. Le pratiche indirette, assai comuni, come quella di facilitare la costituzione di una rappresentanza o semplicemente un forum di lavoratori "vicini" al datore, di mettere in piedi campagne antisindacali nei luoghi di lavoro, oppure di sollevare ad arte controversie legali sulla validità dei *ballot*, non sono considerate. Il Tulcra prevede ancora rimedi d'urgenza per ulteriori

---

<sup>20</sup> In tema P. Davies, M. Freedland, *Towards a Flexible Labour Market*, Oxford, 2007, p. 2.

<sup>21</sup> Si veda l'analisi critica dell'azione del governo Blair di A. Giddens, *The Third Way: The Renewal of Social Democracy*, Cambridge, 1998, p. 163.

<sup>22</sup> Cfr. Z. Adams, C. Barnard, S. Deakin e S. Fraser Butlin, *Deaking and Morris' labour law*, Oxford, 2021, p. 919 ss.

<sup>23</sup> Il riferimento è al caso *Wilson v. Associated Newspaper Ltd* [1995] 2 AC 454.

<sup>24</sup> *Wilson and Palmer v. United Kingdom* [2002] ECHR 552.

<sup>25</sup> Il riferimento è agli interventi del *Employment Relations Act* del 1999 e del 2004. Per una completa disamina della vicenda v. H. Collins, K.D. Ewing e A. McColgan, *Labour Law*, Cambridge, 2019, p. 491 ss.

<sup>26</sup> La procedura è descritta e analizzata nel dettaglio da H. Collins, K.D. Ewing e A. McColgan, *Labour Law*, cit., p. 587 ss.

iniziative antisindacali tipicizzate, come per il caso del licenziamento per motivi sindacali, per il quale è previsto anche l'ordine di reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato. Tuttavia, tanto il limitato campo di applicazione della procedura (il solo caso del licenziamento), quanto il fatto che l'ordine del giudice possa essere disatteso dal datore di lavoro fintanto che una decisione ordinaria non sia stata presa da parte del tribunale, ne limita e non di poco l'efficacia<sup>27</sup>.

Non sorprende, dunque, come il declino della copertura della contrattazione collettiva sia stato accompagnato anche da quello del ricorso all'organo arbitrale che presidia le pratiche antisindacali<sup>28</sup>. Tanto suona come una resa del sindacato a fronte dello strapotere datoriale. A ciò si aggiunga che il diritto di sciopero presenta, così come negli Stati Uniti, limiti tali da renderlo di fatto impraticabile. In particolare, attraverso un intervento del governo conservatore del 1982, è stata richiesta una votazione da parte dei lavoratori, preliminare alla legittima proclamazione di uno sciopero, nell'ambito di una procedura lunga, costosa e difficile da amministrare<sup>29</sup>.

Sul versante della *gig economy*, nonostante le evidenziate difficoltà, qualche risultato è stato ottenuto da sindacati e movimenti spontanei. Un esempio è il caso di *Hermes*, un corriere che si vale di una piattaforma che funziona sul modello della *gig economy*, costretto ad avviare negoziazioni collettive.

Non sono, tuttavia, anche qui mancate le contro-reazioni datoriali, molto simili a quelle degli omologhi d'oltreoceano. Così, l'istituzione di una rappresentanza collettiva ai fini della contrattazione aziendale è stata efficacemente ostacolata invocando la qualificazione in termini di "autonomia" dei lavoratori coinvolti. Un sindacato indipendente, *Independent Workers Union of Great Britain* (Iwgb), molto diffuso tra i *rider*, ha cercato di far riconoscere dalla piattaforma *Deliveroo* una rappresentanza aziendale<sup>30</sup>. Si era a tale fine fatto leva sull'ampio concet-

<sup>27</sup> Si veda in tema il commento ai casi *Thomas v. London Underground Ltd.*, Case no. 2358477/2010 e *Lynch v. London Underground Ltd.*, Case No. 2330511/2010 di H. Collins, K.D. Ewing e A. McColgan, *Labour Law*, cit., p. 506.

<sup>28</sup> A. Forsyth, *The future of Unions*, cit., p. 215.

<sup>29</sup> La disciplina è ora contenuta nel Tulcra 1992, alla sezione 219. Per una descrizione analitica della procedura v. Z. Adams, C. Barnard, S. Deakin e S. Fraser Butlin, *Deakin and Morris' labour law*, cit., p. 965 ss.

<sup>30</sup> Si veda la ricostruzione dell'intera vicenda al website dell'organizzazione sindacale: <https://iwgb.org.uk/en/post/iwgb-takes-deliveroo-to-supreme-court>.

to di *worker* presente nell'ordinamento britannico. Ai *worker*, grosso modo corrispondenti ai nostri lavoratori parasubordinati<sup>31</sup>, sono infatti riconosciuti tutta una serie di diritti, incluso, appunto, quello alla contrattazione collettiva. Tuttavia, il comitato arbitrale centrale ha rifiutato tale riconoscimento, per via delle clausole di sostituzione presenti nei loro contratti<sup>32</sup>; conclusione condivisa anche dalla successiva pronuncia della *High Court*, a fronte del reclamo promosso dalla *Iwgb*<sup>33</sup>. Ciò, nonostante tali clausole siano nella realtà niente più che una finzione dal momento che non vengono mai utilizzate dai lavoratori; dunque, un espediente per privare ad arte i lavoratori dello status di *worker*<sup>34</sup>.

L'aspetto paradossale della vicenda è che nell'attesa della pronuncia della Corte Suprema sulla vicenda nell'appello proposto dal sindacato contro la decisione della *High Court*, *Deliveroo* concludeva un accordo collettivo con un altro sindacato (*Gbm*), volto a riconoscere alcuni diritti ai *rider*, unitamente però al riconoscimento del loro status di lavoratori autonomi. Tanto è bastato a paralizzare la stipula del nuovo accordo che *Iwgb* era pronto a negoziare con *Deliveroo*, qualora la Corte Suprema avesse accertato lo status di *worker* dei ciclofattorini. Di nuovo, un atteggiamento sleale della piattaforma, che il sistema britannico non ha permesso di contrastare.

Da quanto appena descritto emerge un quadro, tanto negli Stati Uniti quanto nel Regno Unito, in cui leggi che, in linea di principio, intendevano promuovere una genuina rappresentatività dei sindacati, sono state invece facilmente strumentalizzate dalle imprese per minare l'azione sindacale e la contrattazione collettiva. Un'apparente eterogenesi dei fini che, forse, proprio tale non è, dal momento che questo era probabilmente l'effetto voluto dai governi che hanno promosso un simile quadro legislativo.

---

<sup>31</sup> Si veda in tema N. Countouris, *The Changing Law of the Employment Relationship. Comparative Analyses in the European Context*, Farnham, 2007, p. 71 ss.

<sup>32</sup> Central Arbitration Committee, *Independent Workers Union of Great Britain v RooFoods Ltd T/A Deliveroo* [2018] IRLR 84.

<sup>33</sup> High Court, *(on the application of The Independent Workers Union of Great Britain) v Central Arbitration Committee and RooFoods Ltd t/a Deliveroo* [2018] EWHC 3342.

<sup>34</sup> Di questa opinione sono J. Atkinson e H. Dhorajiwala, *IWGB v RooFoods: Status, Rights and Substitution*, in 38 *Industrial Law Journal*, 2019, p. 292.

### 3. Il quadro italiano di supporto alla libertà e attività sindacale

È facile cogliere come l'Italia presenti un quadro molto più incoraggiante per lo sviluppo del sindacato e della contrattazione collettiva rispetto a quello appena descritto. La differenza è chiaramente marcata, già a partire dal riconoscimento costituzionale della libertà sindacale, svincolata da qualsiasi autorizzazione (art. 39 comma 1) e del diritto di sciopero, con limiti rimessi alla legge (art. 40) e nei fatti non particolarmente invasivi. Riconoscimento, poi, portato in azienda dallo Statuto dei lavoratori<sup>35</sup>, attraverso un'articolazione di regole che si è dimostrata efficace, anche alla prova del tempo.

L'impianto statutario ha mostrato una buona capacità di adattarsi ai mutamenti dei sistemi produttivi e del lavoro, da ultimo proprio la frammentazione e dematerializzazione portata dal lavoro tramite piattaforma. Ciò, nonostante fosse stato concepito con riferimento ad un modello completamente opposto: un contesto produttivo, la fabbrica, che oltre a costituire un sistema chiuso, in cui si esauriva tutto il ciclo produttivo, rappresentava uno spazio di aggregazione materialmente tangibile, dove venivano occupati lavoratori a tempo pieno e indeterminato.

Questa capacità dello Statuto emerge chiaramente proprio da un confronto con gli altri ordinamenti qui considerati. Si è sopra evidenziato come il principale ostacolo che negli Stati Uniti e nel Regno Unito si è frapposto tra il sindacato e accesso ai luoghi di lavoro, a maggior ragione quelli frammentati, è il sistema formalizzato del *ballot*. Al contrario, lo stesso problema non si è replicato da noi per via del riconoscimento ampio e flessibile previsto a favore della libertà sindacale. La stessa viene infatti garantita anche a forme organizzative che non abbiano carattere associativo. Tanto l'art. 39 Cost., quanto l'art. 14 St. lav. fanno riferimento all'«organizzazione» di natura sindacale senza postulare né la presenza di una particolare struttura organizzativa, né il carattere necessariamente *permanente* della coalizione dei lavoratori; e senza nemmeno dare rilievo alla qualificazione dei rapporti<sup>36</sup>. Dunque, anche ad un organismo creato *ad hoc* – come, ad esempio, quelli

<sup>35</sup> Sul ruolo dello Statuto dei lavoratori si vedano gli storici contributi di G. Ghezzi, G.F. Mancini, L. Montuschi e U. Romagnoli, *Commentario allo Statuto dei lavoratori*, Bologna, 1981; M. Grandi, *L'attività sindacale nell'impresa*, Milano, 1976.

<sup>36</sup> In tema G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, 2014, p. 263 s.



costituiti dai lavoratori tramite piattaforma – è garantito il beneficio della libertà sindacale.

Trova riconoscimento nell'ordinamento italiano quanto invece manca nel diritto dei Paesi anglosassoni considerati, vale a dire il diritto dei lavoratori ad associarsi sindacalmente nei luoghi di lavoro, *uti singuli*<sup>37</sup>. E tale libertà viene tutelata contro atti e trattamenti discriminatori per motivi, appunto, di affiliazione sindacale dall'art. 15 St. Lav. Si tratta di una copertura ad ampio spettro, che va a preservare i lavoratori non solo dagli atti tipici, specificamente indicati dalla norma, quali le ipotesi di partecipazione ad uno sciopero, rifiuto dell'assunzione, licenziamento per motivi di affiliazione (o non affiliazione) sindacale; ma anche verso ogni specie di atto unilaterale o bilaterale, inclusi quelli omissivi. Il tutto è completato dalle previsioni dell'art. 16 inteso a vietare la concessione da parte del datore di trattamenti *economici* collettivi a carattere discriminatorio, legati al comportamento "sindacale" dei lavoratori. Sono così vietati i trattamenti premiali corrisposti ai lavoratori che non abbiano scioperato o partecipato ad una assemblea. Situazione che invece si verifica, come abbiamo visto, con una certa regolarità negli Stati Uniti. E si è riproposta anche in occasione delle recenti proteste dei lavoratori tramite piattaforma.

Ad onore del vero, per ragioni legate ai limiti funzionali delle disposizioni di cui agli artt. 15 e 16 St. lav., le applicazioni giudiziarie delle disposizioni sono state alquanto rare<sup>38</sup>. Il che non ha significato vuoto di tutela a fronte delle pratiche antisindacali. Semplicemente, le stesse sono state più frequentemente ed efficacemente contrastate attraverso lo strumento messo a disposizione dall'art. 28 St. lav., del quale si dirà tra brevissimo.

Al semplice riconoscimento della libertà sindacale, livello che possiamo definire "base" di tutela, si vanno poi ad aggiungere, sempre

---

<sup>37</sup> Cfr. F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi e T. Treu, *Diritto del lavoro*, vol. 1 (*Il diritto sindacale*), Torino, 2018, p. 157.

<sup>38</sup> Si vedano sul punto ancora F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi e T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., p. 159, che evidenziano come il primo fattore di insuccesso sia da ricondurre all'inadeguatezza della tradizionale sanzione della nullità, che nei fatti si riduce ad una protezione risarcitoria. Una protezione, peraltro, del tutto inefficiente rispetto agli atti discriminatori di tipo omissivo, quale ad esempio un beneficio accordato selettivamente. La nullità dell'atto che concede il beneficio non equivale ad una sua automatica estensione a tutti i lavoratori. Vi è, infine, la questione del carattere individuale attribuito all'azione, che la rende inadatta ad affrontare situazioni tipicamente collettive come le discriminazioni.

nello Statuto dei lavoratori, la previsione delle specifiche situazioni di diritto di cui al suo titolo III. Si pongono veri e propri obblighi di cooperare in capo al datore di lavoro, tali da mettere ai margini le esigenze organizzative dell'impresa e scavalcare così il problema dei rapporti di forza in azienda. Proprio la circostanza che negli ordinamenti ultra-liberisti costituisce un rilevante argine alla rappresentanza e azione collettiva dei lavoratori.

Viene così riconosciuto, seppur selettivamente, ma senza i formalismi anglosassoni, il diritto ai lavoratori di costituire rappresentanze sindacali aziendali (art. 19). A queste, di indire assemblee (art. 20), anche in orario di lavoro, con un corrispondente obbligo del datore di cooperare o quanto meno non interferire; vale a dire, partecipandovi in prima persona o attraverso dirigenti, oppure semplicemente ostacolandola. Tanto basta a mettere fuori legge da noi quelle pratiche dei datori americani ai quali, come evidenziato, è invece liberamente consentito di bersagliare i lavoratori con messaggi che mettono in guardia dai sindacati e, a questi ultimi, impedito di organizzare incontri in orario di lavoro. Il quadro è completato dall'obbligo per il datore di mettere a disposizione locali per le Rsa (art. 27), dal diritto di affissione (art. 25), dalla garanzia di poter svolgere attività di proselitismo e collette (art. 26), dai permessi e distacchi sindacali (art. 23 e 24), dalla facoltà di organizzare un referendum tra i lavoratori (art. 21), limiti al trasferimento dei componenti delle Rsa (art. 22).

Quello che tuttavia appare il maggior punto di forza dell'ordinamento italiano, nel raffronto con il quadro americano e britannico, è il menzionato presidio rispetto all'attività sindacale in azienda garantito dalle disposizioni in tema di repressione della condotta antisindacale di cui all'art. 28 St. lav. Non a caso viene comunemente definita come la norma "fulcro" e di "chiusura" dell'impianto statutario, capace di munire di effettività i diritti *ivi* riconosciuti<sup>39</sup>. Lo strumento messo nelle mani del sindacato dal legislatore statutario ha dimostrato, grazie alla sua felice configurazione, strutturalmente aperta e solo teleologicamente determinata, a copertura di tutta la gamma dei beni giuridici riferibili al sindacato (libertà ed attività sindacale, diritto di sciopero),

---

<sup>39</sup> Sull'importanza dello strumento dell'art. 28, nel contesto del presidio statutario della libertà e attività sindacale, v. T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974.

una notevole capacità di cogliere tutte le forme che l'azione datoriale antisindacale può assumere.

Un chiaro e recente esempio è giunto proprio da una vicenda giudiziaria che ha riguardato le piattaforme di lavoro digitali. Il riferimento è al contenzioso emerso a seguito della sottoscrizione di un contratto collettivo tra Ugl e Assodelivery ai sensi del decreto legge 3 settembre 2019, n. 101 (convertito dalla legge 2 novembre 2019, n. 128), attraverso cui si è cercato, da parte delle piattaforme, di disinnescare gli effetti delle norme sui *rider*; in particolare, quelli riferiti alla qualificazione dei rapporti, ma soprattutto sul sistema di remunerazione dei lavoratori<sup>40</sup>. Seppur con percorsi argomentativi diversi, tanto il tribunale di Bologna, con decreto del 30 giugno 2021<sup>41</sup>, quanto il Tribunale di Firenze, con sentenza del 24 novembre 2011, n. 781<sup>42</sup> (nel giudizio di opposizione alla sentenza emessa dallo stesso Tribunale in data 9 febbraio 2021<sup>43</sup>) nel riconoscere l'antisindacalità della condotta posta in essere da Deliveroo nell'applicare ai *rider* il predetto contratto collettivo, hanno ordinato alla piattaforma di cessarne l'applicazione.

In poche parole, l'ordinamento italiano si è dimostrato in grado di contrastare tutte quelle situazioni che negli Stati Uniti e nel Regno Unito hanno condotto al quasi totale annullamento della sindacalizzazione, anche nel lavoro tramite piattaforma. Basti pensare alle menzionate pratiche di comunicazione diretta tra datore e lavoratori volte a togliere di mezzo l'intermediazione sindacale, o addirittura a screditarla apertamente. O anche alle più dirette minacce di ritorsioni a chi vota

---

<sup>40</sup> Per una complessiva ricostruzione della vicenda che ha riguardato il ccnl per i *rider* si vedano gli autorevoli commenti di F. Carinci, *Il ccnl rider del 15 settembre 2020 alla luce della Nota dell'Ufficio legislativo del Ministero del lavoro spedita a Assodelivery e UGL firmatari del contratto*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 1 ss. e di M. Tiraboschi, *Il ccnl Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva* (28 settembre 2020), [www.bollettinoadapt.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-rider-le-ragioni-della-contesa-politico-sindacale-e-le-distinte-problematiche-giuridiche-che-questo-accordo-solleva](http://www.bollettinoadapt.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-rider-le-ragioni-della-contesa-politico-sindacale-e-le-distinte-problematiche-giuridiche-che-questo-accordo-solleva).

<sup>41</sup> [www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/07/20210630\\_Trib-Bologna.pdf](http://www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/07/20210630_Trib-Bologna.pdf). Per un commento alla sentenza si veda G. Fava, *Tribunale di Bologna e CCNL Riders: un'analisi al di là di apodittiche prese di posizione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 3 e E. Puccetti, *CCNL Rider: Dalla carenza di "valido potere negoziale" all'antisindacalità della sua applicazione*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2021, 3.

<sup>42</sup> [www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2021/11/Trib.-Firenze-sent.7812021.pdf](http://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2021/11/Trib.-Firenze-sent.7812021.pdf).

<sup>43</sup> Consultabile qui [www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/02/20210209TribFirenze.pdf](http://www.wikilabour.it/wp-content/uploads/2021/02/20210209TribFirenze.pdf). Si veda il commento alle pronunce del Tribunale di Firenze di G. Pellacani, *Il Tribunale di Firenze, la Cgil, i riders e altre vicende. L'ordinamento "intersindacale" è arrivato al capolinea?*, in *Working Paper Adapt*, 2021, n. 14.

nei *ballot* o di esternalizzazione delle attività aziendali, alla sostituzione dei lavoratori scioperanti, aumentando le tariffe nei giorni di protesta.

#### 4. Conclusioni: verso una libertà sindacale 2.0

Il messaggio che l'analisi comparata restituisce è che, a fronte delle sfide alla rappresentanza collettiva lanciate dal modello della *platform economy*, gli ordinamenti nazionali devono opportunamente muovere verso un riconoscimento generalizzato ed effettivo della libertà sindacale e del diritto alla contrattazione collettiva. Beni che possono ottenere una effettiva tutela solo se presidiati da un efficace strumento processuale per la repressione delle condotte direttamente ed indirettamente antisindacali.

Riconoscimento che dovrà tenere conto degli adattamenti necessari rispetto alle trasformazioni che stanno coinvolgendo la rappresentanza collettiva negli ambienti di lavoro virtuali e disgregati; nonché delle nuove opportunità concesse dalla digitalizzazione relativamente alle forme di esercizio sia dell'attività sindacale che delle condotte ostili datoriali. Anche laddove, così come in Italia, già vengono riconosciuti adeguati diritti sindacali, questi presuppongono comunque la presenza di spazi fisici<sup>44</sup>. Basti pensare al diritto di assemblea, ai locali per le Rsa, al diritto di affissione. Già un'interpretazione evolutiva dello Statuto dei lavoratori potrebbe portare alla legittimazione di nuove forme di esercizio degli stessi: ad esempio, per mezzo di strumenti di collegamento virtuale tra sindacato e lavoratori, come messaggi *email*, *virtual room* per le riunioni, e così via<sup>45</sup>. Tant'è che esistono già esperienze applicative dove tali diritti sono stati riconosciuti anche in forma digitale<sup>46</sup>.

Quanto sta emergendo dall'esperienza applicativa mostra come il problema non sia tanto l'adattamento alle nuove tecnologie delle modalità di esercizio dei tradizionali diritti sindacali, ma il fatto che il

<sup>44</sup> Si vedano in tema gli spunti problematici puntualmente sollevati da M. Magnani, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, in 5 *Labour & Law Issues*, 2019, p. 6.

<sup>45</sup> In questo senso, si vedano le puntuali analisi di A. Donini, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali: l'unità produttiva nell'impresa frammentata*, *ivi*, p. 98 ss. e R. Di Meo, *I diritti sindacali nell'era del caporalato digitale*, *ivi*, p. 71 ss.

<sup>46</sup> Un esempio è il recente accordo integrativo aziendale stipulato tra Takeaway.com Express Italy e Filt, Fit e Uil Trasporti, ed in particolare il suo art. 22. Per un commento delle disposizioni in tema di diritti sindacali dell'accordo vedi R. Di Meo, *I diritti sindacali (art. 22)*, in 7 *Labour & Law Issues*, 2021, p. 205 ss.

diritto di assemblea e, più in generale, degli altri strumenti tradizionali di comunicazione tra sindacati e lavoratori, sono ormai superati dagli strumenti digitali di comunicazione. In tutti gli ordinamenti considerati, si è visto, la dispersione dei lavoratori viene già contrastata, anche da parte di chi non ha accesso ai diritti sindacali tradizionali, con lo stesso mezzo utilizzato dalla piattaforma: quello tecnologico. Così, con una buona dose di successo, movimenti spontanei di lavoratori tramite piattaforma si sono auto-organizzati, soprattutto attraverso i social media, anche al fine di intraprendere azioni di lotta<sup>47</sup>.

Situazione non sorprendente. Le forme di sindacalismo sono, come noto, un adattamento all'ambiente economico circostante. Da qui l'inevitabile trasformazione. Se è vero, infatti, che il sindacato tradizionale è emanazione del modello economico del XX secolo, è facile prevedere che la rappresentanza collettiva nella *gig economy* sia rimessa in buona parte a nuove forme di organizzazione<sup>48</sup>. Tanto suggerisce la necessità di un adeguamento della legislazione vigente, anche nei Paesi che già supportano senza remore l'azione collettiva. Un adeguamento non solo volto a riconoscere, come già sopra anticipato, l'esercizio in forma virtuale dei diritti sindacali, ma soprattutto ad allargarne, laddove appropriato, il perimetro di utilizzo. Più precisamente oltre il lavoro subordinato e, da noi, anche oltre il perimetro delle Rsa<sup>49</sup>. Solo così se ne può prevenire l'obsolescenza, per lo meno con riferimento ai nuovi lavori creati dalle piattaforme.

In questo senso pare muovere anche la recente proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma<sup>50</sup>. Al suo art. 15 si prevede, infatti, espres-

---

<sup>47</sup> Si veda a questo proposito ancora M. Magnani, *Nuove tecnologie e diritti sindacali*, cit. p. 5.

<sup>48</sup> In tema le interessanti considerazioni di P. Tullini, *L'economia digitale alla prova dell'interesse collettivo*, in 4 *Labour & Law Issues*, 2018, p. 1 ss.; G.A. Recchia, *Alone in the crowd? La rappresentanza e l'azione collettiva ai tempi della sharing economy*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2018, I, p. 144 ss.; A. Lassandari, *Problemi di rappresentanza e tutela collettiva dei lavoratori che utilizzano le tecnologie digitali*, in *Quaderni della Rivista Giuridica del Lavoro*, 2017, p. 59 ss.; L. Imberti, *La nuova "cassetta degli attrezzi" del sindacato tra spazi fisici e luoghi digitali: l'esperienza di Toolbox Cgil di Bergamo*, in 5 *Labour & Law Issues*, 2019, p. 115 ss.; S. Bini, *Appunti sulla rappresentanza sindacale dei contingent workers*, in C. Alessi, M. Barbera e L. Guaglianone (a cura di), *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale*, Bari, 2019, p. 575 ss.

<sup>49</sup> In tema si veda F. Martelloni, *Quali diritti sindacali per le Unions dei riders?*, in 7 *Labour & Law Issues*, 2021, p. 211 ss. e le puntuali soluzioni offerte da A. Donini, *Il luogo per l'esercizio dei diritti sindacali*, cit., p. 106 ss.

<sup>50</sup> Per un generale commento alla proposta di direttiva si veda V. De Stefano, *The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview*, in 15 *Italian Labour Law e-Journal*, 2022, p. 1 ss.; A. Alaimo, *Il pacchetto di misure sul lavoro nelle piattaforme*:

samente l'obbligo per i Paesi membri di prevedere che le piattaforme di lavoro digitali permettano alle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali, a prescindere dalla qualificazione del loro rapporto, «di contattarsi e comunicare tra loro e di essere contattate dai rappresentanti delle persone che svolgono un lavoro mediante piattaforme digitali attraverso l'infrastruttura digitale delle piattaforme di lavoro digitali o tramite mezzi altrettanto efficaci». Il riconoscimento di tale diritto è accompagnato dal correlato obbligo per le piattaforme di astenersi dall'accedere a tali comunicazioni o monitorarle.

In ogni caso, come evidenziato, il principale limite alla difesa collettiva degli interessi negli Stati Uniti e nel Regno Unito, non è tanto il riconoscimento dei diritti sindacali di cui al titolo III dello Statuto dei lavoratori. È, invece, la tutela della libertà sindacale nella sua forma più elementare. Manca quel sostegno, invece, presente nell'ordinamento italiano, all'associazionismo sindacale, nelle varie forme che può assumere nel luogo di lavoro; il riconoscimento del diritto ad intraprendere azioni collettive, fuori da formalismi che ne rendano eccessivamente difficile, fino ad impedirne, l'utilizzo. Insomma, non sono presenti quelle condizioni prodromiche alla diffusione di una genuina contrattazione collettiva. Basti considerare come in Italia, a differenza dei Paesi anglosassoni, il diritto alla contrattazione collettiva, per quanto controverso alla luce del diritto della concorrenza dell'Unione<sup>51</sup>, non sembra finora essere stato mai messo in grossa discussione, considerato anche il forte supporto costituzionale<sup>52</sup>. Addirittura, è lo stesso legi-

---

dalla proposta di Direttiva al progetto di Risoluzione del Parlamento europeo. *Verso un incremento delle tutele?*, in 8 *Labour & Law Issues*, 2022, p. 1 ss.; M. Barbieri, *Prime osservazioni sulla proposta di direttiva per il miglioramento delle condizioni di lavoro nel lavoro con piattaforma*, in 7 *Labour & Law Issues*, 2021, p. 1 ss.; P. Tullini, *La Direttiva Piattaforme e i diritti del lavoro digitale*, in 8 *Labour & Law Issues*, 2022, p. 43 ss.

<sup>51</sup> Si vedano le famose sentenze della Corte di giustizia *Debra Allonby v. Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services, trading as Protocol Professional e Secretary of State for Education and Employment*, C-256/01 del 13 gennaio 2004 e la più recente, dedicata proprio ai lavoratori autonomi, *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*, cit. Su quest'ultima i commenti di P. Ichino, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quello degli stati membri*, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2015, p. 566 ss.

<sup>52</sup> In tema si vedano tra i tanti contributi: P. Loi, *Il lavoro autonomo tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 2018, p. 843 ss.; P. Tomassetti, *Il lavoro autonomo tra legge e contrattazione collettiva*, in *Variazioni in Tema di Diritto del Lavoro*, 2018, p. 737; A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, in *Lavoro e Diritto*, 2017, p. 251 ss.

slatore che, come riportato sopra a proposito della vicenda del contratto collettivo firmato da Ugl, lo ha riconosciuto esplicitamente a favore dei *rider* nel decreto legge n. 101/2019 (convertito in legge n. 128/2019).

Un diritto di cui si trova traccia anche in altri Paesi europei. Ad esempio, la Francia, dove la legge dedicata ai lavoratori tramite piattaforma riconosce il diritto alla contrattazione collettiva ai lavoratori, che pur vengono riconosciuti come autonomi. Ma che trova, soprattutto, supporto nel diritto internazionale. Significativa la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, a partire dal revirement operato nella sentenza *Demiter e Baykara c. Turchia*<sup>53</sup> la Corte europea dei diritti dell'uomo ha collocato la libertà sindacale, il diritto di negoziazione collettiva e il diritto di sciopero all'interno dell'art. 11 Cedu, considerandoli diritti strumentali alla protezione e garanzia dei diritti umani nel lavoro contrattualmente debole. Nella stessa direzione si è anche orientato un noto parere del Comitato europeo dei diritti sociali<sup>54</sup>.

Anche l'Unione europea sta muovendo passi significativi in questa direzione. Attraverso un'iniziativa parallela alla proposta di direttiva sul lavoro tramite piattaforma, volta a dettare linee guida sull'applicazione del diritto della concorrenza Ue ai contratti collettivi volti a determinare le condizioni di lavoro per i lavoratori autonomi che forniscono prestazione personale<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> CEDU, 12 novembre 2008, *Demiter e Baykara c. Turchia*, [GC] n. 34503/97.

<sup>54</sup> CEDS, *Irish Congress of Trade Unions (ICTU) v. Ireland*, Complaint No. 123/2016.

<sup>55</sup> Si veda l'iniziativa della Commissione Europea in tema di *Guidelines on the application of EU competition law to collective agreements regarding the working conditions of solo self-employed persons*, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_22\\_5796](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5796).





## IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO PUBBLICO



# Comparare le identità costituzionali: circolazione degli argomenti giuridici e contesti storico-politici

Alessandra Di Martino

## 1. Su alcune metafore nella comparazione

Due metafore sono contenute nei titoli del convegno e di questa relazione: il *dialogo* tra diritti nazionali, la *circolazione* degli argomenti giuridici. Sono espressioni che appartengono a un campo semantico ben noto ai comparatisti, al quale essi attingono per designare fenomeni tipicamente oggetto delle loro ricerche: trapianti, *transfer*, prestiti, circolazioni, importazioni, esportazioni, fertilizzazioni, migrazioni, dialoghi, comunicazioni, etc.<sup>1</sup>.

Da tempo è stato evidenziato come il linguaggio giuridico si serva di metafore – associazioni di realtà e immagini provenienti da contesti differenti senza la mediazione di una similitudine –, nella misura

---

<sup>1</sup> Mi limito a ricordare alcuni tra i lavori principali: A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche. Un "approccio" al diritto comparato* (1974), Napoli, 1984; R. Sacco e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, 7. ed., Milano, 2019, p. 123 ss.; M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford, 2019, p. 442 ss.; G. Frankenberg, *Legal Transfer*, in M.C. Foblets et al. (a cura di), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford, 2022, p. 333 ss.; S. Choudry (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006; A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, Torino, 2015; i fascicoli 1/2003 di *International Journal of Constitutional Law* e 2009 di *Theoretical Inquiries in Law*.

in cui è anche linguaggio comune, che parla a (ed è parlato da) una cerchia larga di persone, non essendo esclusivamente una lingua di tecnici ed esperti. A tale proposito, il carattere aperto della metafora, con l'immagine che essa evoca, può costituire non un ostacolo ma un vantaggio per la comprensione di alcuni concetti giuridici, orientando l'interpretazione senza irrigidirla<sup>2</sup>. Considerazioni in parte simili sono state fatte, nella dottrina tedesca, a proposito dell'uso delle immagini (*Bilder* o *Leitbilder*)<sup>3</sup>.

E, tuttavia, come ogni fenomeno linguistico di una certa rilevanza, l'uso delle metafore pone alcuni interrogativi relativi al rapporto tra forma linguistica e realtà sottostante: la situazione più insidiosa per la metafora è quella in cui essa si risolve nell'uso di un linguaggio astratto, che rischia di imporsi sulla realtà dal di fuori, e di perdere il legame con l'esperienza<sup>4</sup>. Spesso è possibile ridimensionare questo problema, trasladando l'interrogativo circa l'uso (o il non uso) della metafora verso quello sulla scelta della metafora più appropriata a cogliere il senso di una determinata realtà. Un buon esempio è costituito dalle metafore richiamate più in alto: tutte fanno riferimento a fenomeni di recezione. Cambia tuttavia il loro significato, o almeno cambiano le relative sfumature, che possono rendere l'impiego di un termine più o meno in sintonia con determinati dati reali o con un certo approccio metodologico. Alcune metafore, come quella dei trapianti, ricorrono alla meccanica delle scienze mediche e naturali; altre, come quella delle fertilizzazioni, evocano un'interazione di corpi organici; altre ancora, come quella del dialogo, sono legate alla sfera comunicativa; altre infine si collocano a cavallo tra questi gruppi. La metafora delle circolazioni presenta una componente meccanica e una comunicativa, quella delle migrazioni una comunicativa e una organica etc.<sup>5</sup>. In alcuni casi,

<sup>2</sup> Cfr. A. Giuliani, *La "nuova retorica" e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, p. 374 ss.; J. Balkin, *Metaphor, Metonymy, and Cognitive Models*, in Id., *Cultural Software. A Theory of Ideology*, New Haven, 1998, cap. 11 (anche in [jackbalkin.yale.edu](http://jackbalkin.yale.edu)); A. Vespaziani, *Per un'ermeneutica della metafora giuridica*, ISLL Paper 2009; J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law*, Cheltenham, 2022, p. 97 ss.

<sup>3</sup> P. Häberle, *Das Menschenbild im Verfassungsstaat*, 4. ed., Berlin, 2008; U. Volkman, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2009, p. 168 ss.

<sup>4</sup> F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, ebook, Bologna, il Mulino, 2010, Prologo.

<sup>5</sup> Rimando ad A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE online*, n. spec. 2021, parr. 1 e 6.

le metafore sono contestate perché troppo rigide: ad esempio, il lessico dei trapianti consentirebbe di parlare solo di un trapianto ben riuscito o del suo rigetto, quello dei prestiti presuppone un soggetto originario che trasmette qualcosa (a fronte di una prestazione o gratuitamente), un soggetto al quale l'oggetto prestato deve fare ritorno, ma il percorso a ritroso spesso manca.

Non sempre – occorre rilevarlo – i giuristi prestano attenzione a queste implicazioni, tanto che proprio termini come trapianti (*legal transplant*) o prestiti giuridici (*legal borrowing*) sono tra i più utilizzati, e la loro vasta diffusione, specie in lingua inglese, compensa sul piano della prassi qualche imprecisione sul piano linguistico. Ancora, certe metafore appaiono più congruenti con alcune metodologie piuttosto che con altre<sup>6</sup>: il lessico dei trapianti e dei *transfer* si inserisce bene in una prospettiva funzionalista, incentrata sulla soluzione pratica di problemi giuridici (anche alla luce di criteri di efficienza economica) ma dinamica al proprio interno; il lessico delle circolazioni è coerente con una prospettiva strutturalista, nella misura in cui questa si concentra sulle relazioni dei formanti giuridici all'interno di un determinato ordinamento, nonché sui movimenti e sulle tensioni tra formanti in ordinamenti diversi. Infine, le metafore organiche e quelle comunicative sembrano più congeniali ad approcci culturali alla comparazione, anche se con declinazioni diverse. Le metafore organiche tendono a rimarcare gli aspetti vitali dei processi di recezione, le reazioni in i contesti locali e le rielaborazioni creative. I rischi di gerarchia e auto-sufficienza, sottesi al linguaggio organicistico, vengono in parte neutralizzati attraverso il riferimento a interazioni in contesti non chiusi, come quando si parla di *cross-fertilizations*. Il lessico della comunicazione e del dialogo richiama prospettive ermeneutiche ed evoca scenari di apertura e scambio: suggerisce di comprendere le recezioni come fenomeni che investono anzitutto il piano dell'interpretazione e della dialettica, richiedendo un'attività intellettuale di comprensione e riel-

---

<sup>6</sup> Sui diversi approcci metodologici v. R. Michels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., 345 ss.; M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in P. Legrand e R. Munday (a cura di), *Comparative Legal Studies. Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 100 ss.; P. Legrand, *The Same and the Different*, *ivi*, p. 240 ss. Per uno sguardo d'insieme cfr. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., 2019, 191 ss.; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, 3. ed., Milano, 2021, p. 85 ss.; T. Amico di Meane, *Sulle spalle dei giganti? La questione metodologica del diritto comparato e il suo racconto*, Napoli, 2022, p. 160 ss., 193 ss., 242 ss. e 309 ss.

borazione. Semmai il problema, in concetti come quello di dialogo, è che essi possono suscitare immagini eccessivamente pacificate, le quali a loro volta rimuovono una realtà più conflittuale<sup>7</sup>.

Tali rilievi valgono, a grandi linee, sia per la dottrina privato-comparatistica che per quella costituzional-comparatistica. Quest'ultima, peraltro, presenta delle specificità: storicamente, la circolazione dei modelli costituzionali è stata accompagnata o preceduta da quella delle idee costituzionali, e la storia costituzionale spesso si è intrecciata con la filosofia politica<sup>8</sup>. Si pensi alle interazioni, alle origini del costituzionalismo moderno, tra le idee del costituzionalismo inglese, statunitense e francese, e all'influenza su di esse di autori come Montesquieu, Locke e Machiavelli. Ma si pensi anche a modelli provenienti dal mondo antico: recezioni e rielaborazioni, nel contesto di destinazione, delle teorie del governo misto e del repubblicanesimo. Occorre altresì ricordare che, nell'ambito della comparazione costituzionale, è apparsa negli ultimi anni la metafora delle migrazioni<sup>9</sup>, la quale suggerisce da un lato un movimento in direzione inversa rispetto a quelli a lungo tempo prevalenti – non dal centro verso la periferia, ma dalla periferia verso il centro –, e dall'altro lato la presenza di un fenomeno corposo, che richiede di tenere in considerazione processi culturali complessi.

Le distinzioni che si sono illustrate appaiono più nette da un punto di vista teorico, ma tendono a stemperarsi sul piano pratico, nella misura in cui ciascuno studioso e operatore giuridico può avvalersi contestualmente di una pluralità di metodi<sup>10</sup>. Per le ragioni esposte fin qui

<sup>7</sup> *Supra*, n. 5.

<sup>8</sup> La specificità era stata colta da E. Grande, *Imitazione e diritto: ipotesi sulla circolazione dei modelli*, Torino, 2002; nello stesso senso v. R. Gargarella, *Sobre "Abusive Constitutional Borrowing": Algunos problemas conceptuales (parte I)* (20 gennaio 2022), in *ibericonnect. blog*, che tende tuttavia, commentando un libro recente di Rosalind Dixon e David Landau (*infra*, n. 117), a ridimensionare se non a eliminare la categoria del prestito, nella misura in cui «tutto il diritto costituzionale può essere considerato il risultato di prestiti» tra ordinamenti. È un argomento che tuttavia prova troppo: il lessico dei prestiti, delle circolazioni o delle comunicazioni di idee costituzionali, etc. non serve solo a denotare la diffusione di un certo fenomeno, ma pone una serie di interrogativi ulteriori: dove è nata una certa idea, principio, concetto, etc.? Dove circola? Per quali motivi? Attraverso quali formanti? Come cambia il significato dell'oggetto della circolazione da un ordinamento all'altro? Perché in alcuni contesti la recezione non avviene? E così via.

<sup>9</sup> S. Choudry (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, ma v. anche, sulla vicina metafora della comunicazione, A. Torre (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, cit.

<sup>10</sup> M.C. Ponthoreau, *Le pluralisme méthodologique dans l'enquête comparative à l'heure de*

preferisco, specie in ambito costituzionalistico, l'uso di metafore comunicative, intese in modo tale da riflettere anche tensioni e conflitti, oppure il lessico delle circolazioni, dove l'aspetto che intendo mettere a fuoco è quello strutturale del movimento di un certo principio, istituto, precedente o concetto, tra ordinamenti diversi.

## 2. L'identità costituzionale *hat Konjunktur*: la prospettiva delle culture costituzionali

Esaminerò più da vicino un caso di circolazione giuridica che ha suscitato negli ultimi tempi crescente interesse: l'impiego dell'argomento dell'identità costituzionale nella giurisprudenza di alcune corti costituzionali europee<sup>11</sup>. Il fenomeno può essere considerato espressione di due tendenze che indicano per certi versi direzioni contrapposte. Da una parte, vi è il ricorso dei giudici all'argomento comparativo attraverso richiami espliciti (e spesso anche impliciti) a precedenti, norme, istituti, dottrine straniere<sup>12</sup>: si tratta di un movimento con una proiezione tendenzialmente universalistica, volto a rimarcare una comunanza di soluzioni o valori. Dall'altra parte, si osserva la formulazione, con frequenza crescente, del concetto di identità costituzionale: ciò avviene non solo nelle sentenze dei giudici, ma anche in dottrina e nello spazio pubblico<sup>13</sup>. Diversamente dalla prima, questa seconda tendenza ha una direzione più particolaristica ed è volta a sottolineare aspetti differen-

---

*la globalisation*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 53 ss.; R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 129 ss.; J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalization*, Cheltenham, 2018, p. 128 ss.

<sup>11</sup> Cfr. tra i molti A. Saiz Arnaiz e C. Alcobarro Llivina (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, 2013; C. Calliess e G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020; F. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des états membres*, Paris, 2013; M. Mlynarski, *Zur Integration staatlicher und europäischer Verfassungsidentität*, Tübingen, 2021; A. Bobić, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict in the European Union*, Oxford, 2022, p. 129 ss. I parr. 2-3.3 rielaborarono una relazione tenuta in lingua tedesca per il centro di Villa Vigoni e ora pubblicata (*infra*, n. 99).

<sup>12</sup> In una bibliografia molto vasta v. almeno T. Groppi e M.C. Ponthoreau (a cura di), *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford Portland, 2013; G.F. Ferrari (a cura di), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems*, Leiden Boston, 2019. Se una buona parte di questi studi era stata stimolata da un'apertura alla comparazione da parte della Corte Suprema statunitense tra la fine degli anni Novanta e gli anni Duemila, occorre oggi prendere atto, in un contesto politico e giudiziario diverso, di un ridimensionamento di tale prassi in questo Paese.

<sup>13</sup> Cfr. *supra*, n. 11 e le ulteriori indicazioni *infra* nel testo.

ziali. L'effetto paradossale è che un concetto, il cui contenuto rimarca specificità e differenze, attraverso l'uso dell'argomento comparativo si diffonde e raggiunge una portata più generale<sup>14</sup>.

Ci sono, tuttavia, ragioni storiche che spiegano il recente successo dell'identità costituzionale: alcuni autori, delineando differenti *ondate* (un'altra metafora!) della giustizia costituzionale, hanno parlato dell'ultima ondata come di una *identity turn*: dopo le spinte verso l'universalizzazione e l'internazionalizzazione, che avevano avuto a oggetto soprattutto la tutela dei diritti fondamentali, oggi il successo delle identità costituzionali sarebbe coerente con l'emersione di uno *spatial statism* – una reazione alle conseguenze avverse di una globalizzazione percepita prevalentemente come neoliberale e individualistica. Il concetto di identità costituzionale avrebbe dunque un significato polemico rispetto allo sradicamento e alla competizione che caratterizzano lo spazio globale, mentre valorizzerebbe una dimensione comunitaria, partecipativa e/o solidaristica. Lo «statualismo spaziale», tuttavia, si manifesterebbe in alcuni casi attraverso i connotati di una chiusura nazionalistica verso altri popoli<sup>15</sup>. Sono diversi gli studi recenti che hanno riportato l'attenzione sulle funzioni protettive dello Stato dinanzi alle incertezze e alle ricadute negative di una globalizzazione non democraticamente orientata. Se e come tali funzioni siano recuperabili, in un contesto storico diverso da quello in cui sono sorte e alla luce dei mutamenti che hanno coinvolto anche le organizzazioni pubbliche, resta oggi una delle sfide più importanti<sup>16</sup>.

Le origini del concetto di identità costituzionale vengono fatte risalire all'epoca weimariana, in particolare alla distinzione, elaborata da Carl Schmitt, tra legge costituzionale (*Verfassungsgesetz*) e costituzione (*Verfassung*): «l'identità e la continuità della costituzione» costituiscono l'aspetto qualificante di quest'ultima e un limite alla revisione costi-

<sup>14</sup> Sulla coesistenza di una identità costituzionale particolare con una identità costituzionale generale v. B. Tripković, *The Metaethics of Constitutional Adjudication*, Oxford, 2017, p. 46 ss.

<sup>15</sup> Sulla *identity turn* v. D. Lustig e J.H.H. Weiler, *Judicial Review in the Contemporary World – Retrospective and Prospective*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2018, p. 315 ss. Sullo *spatial statism* v. R. Hirschl e A. Schachar, *Spatial Statism*, *ivi*, 2019, p. 387 ss.

<sup>16</sup> Tra i molti v. A. Voßkuhle, C. Bumke e F. Meinel (a cura di), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, Berlin, 2013; U. Schliesky, *Gespräche über den Staat*, München, 2017.



tuzionale<sup>17</sup>. Anche oggi, l'identità costituzionale attiene agli elementi, ai principi e ai valori essenziali della costituzione, laddove l'aspetto più problematico riguarda proprio la determinazione di questi aspetti essenziali: giustamente è stato rilevato come essa non si risolva interamente sul piano giuridico, ma dipenda dall'articolazione di argomenti politici e morali intorno a principi e valori. È stato altresì sottolineato come non vi sia coincidenza, ma un rapporto dialettico, tra identità della costituzione e identità del popolo come *constitutional authority*<sup>18</sup>. Vi è poi, come si mostrerà nel corso del lavoro, un legame piuttosto stretto tra il concetto di identità costituzionale e quello di sovranità, del quale il primo appare come l'evoluzione sul piano dell'argomentazione giudiziale<sup>19</sup>.

Un ulteriore contributo allo studio delle identità costituzionali è giunto da alcuni autori di area anglosassone, che hanno indagato questa nozione mettendo in rapporto il «soggetto costituzionale» (*constitutional subject*) (il popolo nella sua composizione di tipo individualistico, pluralistico, omogeneo, multiculturale, multinazionale, etc.) con i diversi processi di nascita e mutamento delle costituzioni, e con il grado di partecipazione dei cittadini allo spazio pubblico<sup>20</sup>. In questa prospettiva, l'identità costituzionale è apparsa come un oggetto non statico ma dinamico, che risulta dalla mediazione tra i due concetti – ripresi da Paul Ricoeur – di *mémeté/sameness* e *ipseité/selfhood*, laddove il primo termine indica una continuità nel tempo, che risulta soprattutto dal testo costituzionale, e il secondo una specificità contenutistica, misurata rispetto ad altri soggetti<sup>21</sup>. Nell'ambito di queste ricerche è stato mostrato come l'identità costituzionale non venga meno in presenza di *constitutional disharmonies*, all'interno e all'esterno del testo costituzionale, ma si nutra proficuamente di tali disarmonie. Ancora, con riferimento al rapporto tra costituzione e realtà sociale, è stata formulata una

<sup>17</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, p. 1 ss., 11 ss., 19 ss., 25 s., 76, 103. Le teorie contemporanee dell'identità costituzionale si smarcano tuttavia da una visione rigidamente essenzialistica di essa.

<sup>18</sup> J.L. Martí, *Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People*, in A. Saiz Arnaiz e C. Alcobarro Llivina (a cura di), *National Constitutional Identity and European Integration*, cit., p. 28-29.

<sup>19</sup> Sul punto cfr. altresì R. Toniatti, *Sovereignty Lost, Constitutional Identity Regained*, ivi, p. 49 ss.

<sup>20</sup> M. Rosenfeld, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture and Community*, London New York, 2010; G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, Cambridge Mass., 2010.

<sup>21</sup> P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, 1990, p. 167 ss.

distinzione, tra costituzioni *acquiescent* e costituzioni *confrontational*: se le prime tendono ad adeguarsi alla tradizione e a riflettere strutture sociali esistenti, le seconde muovono da una maggiore divaricazione rispetto a queste ultime, e presentano una tensione più marcatamente conflittuale e trasformativa<sup>22</sup>.

Già in questi studi compare, quale chiave interpretativa delle identità costituzionali, un fattore decisivo per la comparazione, e cioè quello delle culture costituzionali. Il contenuto di questa locuzione, tuttavia, tende a essere presupposto, mentre è opportuno soffermarsi sul suo significato. Delle culture costituzionali sono state date definizioni differenti, che a loro volta risentono del contesto (della cultura costituzionale!) in cui sono state elaborate: così, per un verso, non sorprende che la nozione di *Verfassungskultur* formulata da Peter Häberle sia stata influenzata dalla tradizione tedesca del *Kulturstaat*, e che quella della «costituzione come scienza della cultura» (*Verfassung als Kulturwissenschaft*) abbia recepito il dibattito metodologico weimariano. Per altro verso, la *constitutional culture* statunitense, così come intesa da alcuni esponenti della scuola di Yale, presenta una curvatura semantica che restituisce il senso del pluralismo e del conflitto politico<sup>23</sup>. Mi sembra in ogni caso efficace, e riferibile a realtà diverse, la definizione data da una storica delle istituzioni, secondo cui la cultura costituzionale è «il terreno in cui le costituzioni nascono ed operano, producono frutti... È cultura giuridica, ma anche politica e sociale, cultura di un'élite, sempre però connessa al comune sentire di un popolo in relazione alla sua storia... È fatta di norme, di istituzioni, di riflessioni dottrinali e politiche, di usi, di caratteri che vengono emergendo dal concreto operare della costituzione in relazione» a «un determinato contesto sociale»<sup>24</sup>.

L'attenzione che il comparatista ripone verso le culture costituzionali implica un'idea del diritto per cui il rapporto di quest'ultimo con le altre sfere dell'attività umana (sociale, politica, storica, antropolo-

<sup>22</sup> G.J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, cit., p. 1 ss., 84 ss., 213 ss.; Id., *The Formation of Constitutional Identities*, in R. Dixon e T. Ginsburg (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, p. 129 ss. V. anche, in una prospettiva che inquadra l'identità costituzionale come argomento di un'«etica costituzionale», B. Tripković, *The Metaethics of Constitutional Adjudication*, cit., p. 13 ss.

<sup>23</sup> Su queste distinzioni sia consentito il rinvio ad A. Di Martino, *Culture costituzionali, storia e comparazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 2019, p. 77 ss.

<sup>24</sup> F. Mazzanti Pepe, *Introduzione. Il modello americano e la sua circolazione*, in Ead. (a cura di), *Culture costituzionali a confronto. Europa e Stati Uniti dall'età delle rivoluzioni all'età contemporanea*, Genova, 2005, p. 62.

gica, etc.) è caratterizzato da un'autonomia relativa: il diritto presenta bensì aspetti di autonomia, ma tale autonomia non è assoluta, e il diritto sta in una relazione dialettica con le altre discipline. La questione è invero centrale negli studi comparativi, ed era emersa nitidamente già nei lavori in tema di trapianti, diffusioni e circolazioni dei formanti giuridici. L'impostazione adottata originariamente da Alan Watson sottolineava una separazione molto netta tra il diritto, da un lato, e gli ulteriori ambiti sociali e disciplinari, dall'altro<sup>25</sup>. Questo gli aveva attirato una serie di critiche – di positivismo, conservatorismo, funzionalismo rovesciato, rimozione dei legami tra diritto e società<sup>26</sup> –, che appaiono per certi versi ancora significative. La posizione di Rodolfo Sacco sulle circolazioni è più articolata, nella misura in cui mostra alcuni punti di contatto con quella di Watson (ad esempio il rifiuto di una contaminazione con profili sociologici o economici), ma anche profili rispetto ai quali se ne distanzia, come la maggiore valorizzazione della diversità dei contesti e il forte interesse per l'antropologia giuridica, oltre alla considerazione della varietà dei formanti e della loro dissociazione, nonché dei crittotipi<sup>27</sup>. Il recupero dei contesti e delle culture giuridiche è notoriamente al centro dell'approccio comparativo di Pierre Legrand e della sua provocazione circa l'impossibilità dei trapianti, una tesi che non esclude il dato concreto delle recezioni, ma l'identità tra il significato di un oggetto linguistico e giuridico nel contesto di origine con quello nell'ambiente di destinazione, alla luce delle reti interpretative e dei tessuti culturali condizionanti<sup>28</sup>. L'approccio delle culture costituzionali presenta, evidentemente, punti di contatto con la prospettiva di Legrand, ma non si esaurisce, a mio avviso, in una prospettiva angustamente "culturalista", nella misura in cui le culture costituzionali comprendono sia la cultura giuridica che quella

---

<sup>25</sup> Cfr. A. Watson, *Il trapianto di norme giuridiche*, cit.; Id. e P. Finkelman, *Society and Legal Change*, 2. ed., Philadelphia, 2001.

<sup>26</sup> O. Kahn Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, in *Modern Law Review*, 1974, p. 1 ss.; R.L. Abel, *Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law*, in *Michigan Law Review*, 1982, p. 785 ss.; R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?*, in D. Nelken e J. Feest (a cura di), *Adapting Legal Cultures*, Oxford Portland, 2001, p. 71 ss.

<sup>27</sup> R. Sacco, *Circolazione e mutazione dei modelli*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*, vol. 2, Torino, 1988, p. 365 ss.; Id. e P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 123 ss., 136 ss., 143 ss.; Id., *Antropologia giuridica. Contributo a una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

<sup>28</sup> P. Legrand, *The Impossibility of 'Legal Transplant'*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997, p. 111 ss.

politica (meglio, quelle politiche)<sup>29</sup>, e offrono anzi a queste ultime una maggiore stabilità, nonché coordinate storiche, sociali e ideali ulteriori. Un aspetto, infine, che le definizioni più accreditate in ambito costituzionalistico non sempre tengono adeguatamente in considerazione, è quello economico. Occorre invece reintegrarlo, anche alla luce delle sfide poste dall'intrecciarsi dei processi di globalizzazione e de-globalizzazione, dove la razionalità economica gioca un ruolo, se non sempre esclusivo, certo di primo piano<sup>30</sup>.

### 3. Uno sguardo ravvicinato: le identità costituzionali *in context*

Le metafore della circolazione, della migrazione, della comunicazione, etc. descrivono i movimenti effettuati dal concetto di identità costituzionale; esse inducono pertanto a chiedersi – rimanendo nel campo di tali metafore – dove questo concetto sia nato, in che direzione si sia mosso, quali siano state le tappe principali dei suoi percorsi. Se l'origine dottrinale del concetto di identità costituzionale può essere fatta risalire ai lavori di Schmitt in età weimariana, meno semplice è individuare il luogo giurisprudenziale dove esso sia riemerso, e dal quale si siano ripartite le dinamiche più recenti. Rimanendo nel contesto europeo, un primo riferimento esplicito si trova nella sentenza *Solange I* del *Bundesverfassungsgericht* del 1974<sup>31</sup>. Esso non ha tuttavia un ruolo centrale nell'argomentazione dei giudici, tanto che con il *Maastricht-Urteil* sembra essere stato accantonato. Una più chiara funzione di parametro costituzionale è svolta dall'identità costituzionale in una decisione del *Conseil constitutionnel* del 2006<sup>32</sup>. Il concetto torna poi nella giurisprudenza tedesca, questa volta in una posizione decisiva, nel *Lissabon-Urteil* del 2009<sup>33</sup>. Alcuni autori hanno ipotizzato una priorità temporale della sentenza *Frontini* della Corte costituzionale italia-

<sup>29</sup> P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. ed., Berlin, 1998, p. 2 ss., 90 ss. Insiste giustamente sulla pluralità delle culture politiche P. Blokker, *Multiple Democracies in Europe. Political Culture in New Member States*, London, 2010, *passim*.

<sup>30</sup> Sul primato della razionalità economica rispetto a quella giuridica e sulle conseguenze per il metodo comparativo v. criticamente A. Somma, *La geografia dei corpi politici. Classificazioni e genealogie tra diritto privato comparato, diritto pubblico comparato e ortodossia neoliberale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 1231 ss.

<sup>31</sup> BVerfGE 37, 271 (279) (*Solange I*), del 29 maggio 1974.

<sup>32</sup> Conseil constitutionnel, 2006-540 DC, del 27 luglio 2006.

<sup>33</sup> BVerfG, 2 BvE 208 (*Lissabon*), del 30 giugno 2009.

na<sup>34</sup>, quindi prima di *Solange I*: benché non avesse allora menzionato l'identità costituzionale, la Consulta vi aveva delineato una teoria dei controlimiti.

Che l'individuazione di un punto di emersione non sia semplice – o che non ve ne siano di univoci – non è tuttavia un problema o una incoerenza, ma una prova di come, negli ultimi decenni, i percorsi della comparazione giuridica non siano stati unidirezionali ma si siano dispiegati lungo direzioni diverse e potenzialmente aperte<sup>35</sup>. Ciò non toglie che, a partire da un certo momento, sia stato un dato formante in un determinato Paese – in questo caso, la Germania e la giurisprudenza del suo Tribunale costituzionale – ad aver esercitato un'influenza preponderante nella diffusione dell'argomento dell'identità costituzionale. Ai fini di un'indagine comparativa, interessa in particolare mettere a fuoco gli elementi che, nelle varie culture costituzionali, hanno influenzato l'uso del concetto di identità costituzionale nei tribunali costituzionali, nonché le variazioni del relativo significato.

### **3.1. *Identité constitutionnelle* e tradizione repubblicana francese**

Il *Conseil constitutionnel* ha parlato inizialmente, con riguardo ai limiti costituzionali della ratifica dei trattati costituzionali, di «conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale»<sup>36</sup>. Questa espressione è stata poi utilizzata in giudizi relativi ai trattati sulle Comunità e sull'Unione europea, laddove il Consiglio costituzionale ha accertato più volte che il trasferimento di determinate competenze e ambiti materiali a livello sovranazionale (politica monetaria, politica dell'immigrazione, politica estera e di difesa, diritto elettorale, diritto penale e penalprocessuale, etc.) fosse tale da interferire con la sovranità nazionale. Oppure, ha ritenuto che la sovranità fosse pregiudicata da mutamenti di alcuni criteri decisionali che ridimensionavano il potere di veto o comunque il peso dello Stato francese (soprattutto il

---

<sup>34</sup> Corte cost., sent. n. 183/1973. Cfr. tra gli altri J.P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne. Étude comparée: Allemagne, France, Italie*, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 344 ss.

<sup>35</sup> Cfr. A. Torre, *Prefazione*, in Id. (a cura di), *Le vie di comunicazione del costituzionalismo contemporaneo*, cit., p. IX ss.; Id. et. al., *La giurisprudenza come itinerario comunicativo tra sistemi di diritto*, *ivi*, p. 1 ss.

<sup>36</sup> A partire da *Conseil constitutionnel*, 70-39 DC, del 19 giugno 1970.

passaggio dal principio di unanimità a quello di maggioranza)<sup>37</sup>. Tali sentenze sono state emesse sulla base della competenza del *Conseil* a esaminare la costituzionalità dei trattati internazionali, tra cui rientrano anche quelli europei (art. 54 Cost. fr.). Laddove il Tribunale accerti, alla luce di un confronto astratto tra le norme, una violazione della costituzione, un determinato trattato può essere ratificato solo dopo una corrispondente revisione costituzionale. Nella prassi, diverse sentenze relative ai trattati più importanti che hanno segnato il processo di integrazione (di Maastricht, di Amsterdam, di Lisbona, il Trattato costituzionale) sono state seguite da revisioni costituzionali (cosiddetta *révision-adjonctions*). Queste, tuttavia, proprio per la loro frequenza, sono state considerate come soluzioni quasi «sistematiche e banalizzate»<sup>38</sup>.

Il passaggio dal lessico della sovranità a quello dell'identità costituzionale è però avvenuto nell'ambito di un'altra competenza della Corte, che non riguarda i trasferimenti di poteri alle organizzazioni sovranazionali disposti tramite diritto europeo primario, ma il controllo preventivo sulle norme derivanti dal recepimento del diritto europeo secondario (art. 61 Cost. fr.). La giurisprudenza rilevante attiene soprattutto all'attuazione delle direttive: secondo il *Conseil*, tale attività è per lo Stato francese costituzionalmente dovuta (art. 88, comma 1 Cost. fr.), anche se residuano limiti al principio del primato. Tali limiti sono stati rinvenuti dapprima, nel 2004, nelle «dispositions expresses contraires de la Constitution»<sup>39</sup> e successivamente, due anni dopo, nelle «règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France»<sup>40</sup>. Il mutamento della formula è dovuto probabilmente all'esigenza di sfuggire alle strettoie testualistiche implicite nella prima espressione. Un riferimento all'*identité constitutionnelle* era tuttavia già presente in un discorso pronunciato dal Presidente del *Conseil* nel 2005

<sup>37</sup> Conseil constitutionnel, 92-308 DC, del 9 aprile 1992; 92-312 DC, del 2 settembre 1992; 97-394 DC, del 31 dicembre 1997; 2004-505 DC, del 19 novembre 2004; 2007-560 DC, del 20 dicembre 2007.

<sup>38</sup> C. Grewe e J. Rideau, *L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash back sur le coming out d'un concept ambigu*, in *Chemin d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 338.

<sup>39</sup> Conseil constitutionnel, 2004-496 DC, del 10 giugno 2004.

<sup>40</sup> Conseil constitutionnel, 2006-540 DC, del 27 luglio 2006. Questa giurisprudenza è stata poi estesa ad atti di adeguamento dei regolamenti e a trattati internazionali conclusi nella sfera di competenza esclusiva dell'Unione: cfr. F. Millet, *Constitutional Identity in France. Vices and – Above All – Virtues*, in C. Callies e G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., p. 142 ss.

in cui questi aveva affermato, a proposito della sentenza sul Trattato costituzionale, che il principio del primato del diritto europeo non poteva mettere in discussione «ciò che è espressamente stabilito nei testi costituzionali» francesi «e ciò che è proprio» del popolo francese, «tutto ciò che è inerente all'identità costituzionale... nel doppio significato del termine "inerente": cruciale e distintivo. Detto altrimenti: l'essenziale della Repubblica»<sup>41</sup>.

Venendo agli elementi di contesto, non si può non considerare il passaggio storico relativo all'elaborazione del Trattato costituzionale: redatto e approvato a livello europeo, poi rigettato in Francia e Olanda nei *referendum* del 2005. Non è dunque una coincidenza se il *topos* dell'identità costituzionale sia affiorato nella giurisprudenza del *Conseil constitutionnel* dopo questo *referendum*<sup>42</sup>: si è trattato di uno dei pochi momenti in cui i cittadini sono stati coinvolti in scelte fondamentali relative al processo di integrazione e si sono mobilitati intorno a questioni politiche, culturali ed economiche<sup>43</sup>. È stato un momento di più immediata politicità laddove, in precedenza, il processo di cosiddetta costituzionalizzazione dell'Unione si era compiuto prevalentemente attraverso il *medium* del diritto, così come interpretato e sviluppato dalle corti, anche alla luce di considerazioni strategiche<sup>44</sup>, oppure attraverso indirizzi di Capi di Stato e di governo, assistiti dall'alta burocrazia, indirizzi che non sempre i protagonisti sulla scena internazionale sono riusciti a spiegare alla popolazione in maniera adeguata, articolando nello spazio pubblico interessi comuni (al proprio Paese e agli altri Stati membri, nonché cittadini degli uni e degli altri). Il voto del no al *referendum* francese può dunque essere considerato come una forma di «contro-democrazia» nel senso inteso da Pierre Rosanvallon, cioè come una forma organizzata di sfiducia nei confronti del potere: in

---

<sup>41</sup> *Voeux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République* del 3 gennaio 2005, in *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 18, luglio 2005, su cui v. F. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des états membres*, cit., p. 39 s.

<sup>42</sup> M.C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, 2. ed., Paris, 2021, p. 428.

<sup>43</sup> M. Shu, *Referendums and the Political Constitutionalisation of the EU*, in *European Law Journal*, 2008, p. 423 ss.

<sup>44</sup> M. Rasmussen, *EU Constitutionalism Revisited: Redressing a Central Assumption in European Studies*, in *European Law Journal*, 2019, p. 251 ss.; sul doppio binario della integrazione giuridica e delle dinamiche politiche v. J.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403 ss.

questo caso, essa ha a che fare con un tipo di «democrazia della sorveglianza» e della «politica negativa» dell'impedimento (*empêchement*)<sup>45</sup>.

Qual è, nel caso francese, il contenuto dell'identità costituzionale? In mancanza – fino a poco tempo fa – di un esempio specifico e concreto nella giurisprudenza, la questione è stata esplorata soprattutto dalla dottrina. Nell'identità costituzionale è stato anzitutto riconosciuto un profilo di *longue durée*<sup>46</sup>, che si rinviene nella tradizione costituzionale francese e rimanda sia al concetto di sovranità, sia al radicamento del repubblicanesimo. La sovranità, legata all'opera di Jean Bodin e all'esperienza dello Stato assoluto, si esprime nelle qualità formali dell'indipendenza e della supremazia. Il potere sovrano, tanto prima quanto dopo la rivoluzione, è unitario, indivisibile e inalienabile. Se, accanto a questi attributi formali, si considera anche il profilo politico della legittimazione, emerge la differenza fondamentale del periodo post-rivoluzionario rispetto all'Ancien régime: la legittimazione del potere sovrano non proviene più dalla legge salica né tantomeno da Dio, ma prima dalla nazione e poi dal popolo<sup>47</sup>. Il concetto di sovranità è peraltro menzionato più volte nella costituzione francese attualmente in vigore (preambolo, titolo 2, art. 3, comma 1, art. 4, comma 1 frase 3 Cost. fr.).

L'eredità del repubblicanesimo è presente non solo nella norma che pone la forma di governo repubblicana come limite espresso alla revisione costituzionale (Art. 89, comma 5 Cost. fr.), una norma che deriva dalla scelta, presa in maniera travagliata nella Terza Repubblica, in favore del Capo dello Stato elettivo, contro la monarchia e l'impero<sup>48</sup>. Ma essa riguarda anche, a monte, un'antica tradizione politica, che è al contempo contrattualistica e universalistica, sospettosa verso i raggruppamenti sociali particolari. Si regge su un principio di eguaglianza formale inteso in senso forte, considera una virtù la partecipazione alla vita pubblica, soprattutto attraverso la rappresentanza parlamen-

<sup>45</sup> P. Rosanvallon, *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, 2006, p. 33 ss., 123 ss., 181 ss.

<sup>46</sup> F. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle*, cit., p. 106 ss.

<sup>47</sup> M. Quesnel, *La protection de l'identité constitutionnelle de la France*, Paris, 2015, p. 85 ss.; J.P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, cit., p. 170 ss. Su sovranità, potere costituente e statualità nel contesto francese v. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie général de l'État*, Paris, 1920/1922; O. Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, 1994.

<sup>48</sup> Anche su questo passaggio storico v. ampiamente J.P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, cit., p. 30 ss.



tare. Sebbene non coincida con la democrazia, il repubblicanesimo è a quest'ultima particolarmente vicino, specie nelle sue forme rappresentative. Connessi alla tradizione repubblicana sono anche i «*principes fondamentaux reconnues par les lois de la République*», che a partire dagli anni Settanta del Novecento sono stati integrati nel parametro costituzionale<sup>49</sup>. Ancora, ulteriori elementi dell'identità costituzionale legati al repubblicanesimo sono i principi della «*unité et indivisibilité de la République*» e della «*laïcité*», il principio della separazione dei poteri, nelle particolari conformazioni francesi che riguardano la *dualité* della giurisdizione e il riparto di competenze tra «*loi*» e «*réglement*» (art. 34, 37 e 41 Cost. fr.), nonché il diritto di asilo<sup>50</sup>.

Se la tradizione repubblicana affonda le sue radici nel passato ma è capace di proiettarsi verso il futuro, il profilo dinamico dell'identità costituzionale è ancora più evidente in ulteriori componenti, come i diritti sociali e i principi ecologici. I primi, contenuti nel preambolo della costituzione del 1946, vanno apprezzati non solo come diritti individuali, ma anche, nella loro dimensione oggettiva, come valori e istituti che danno forma alla solidarietà nazionale. I secondi, incorporati nel preambolo della costituzione della Quinta Repubblica attraverso la *Charte de l'environnement* del 2004, racchiudono principi avanzati in materia ambientale. Alcuni autori ritengono che entrambi, diritti sociali e principi ecologici, offrano un livello di protezione più elevato rispetto a quello dell'ordinamento giuridico europeo, che tende a ruotare intorno alle libertà del mercato e a lasciare sullo sfondo gli aspetti più consolidati e comprensivi dello stato sociale e della protezione ambientale<sup>51</sup>. Al contempo, essi segnalano alcune evoluzioni rispetto al principio di eguaglianza repubblicana, non più inteso in maniera rigidamente formale, ma capace di integrare aspetti della *parité*<sup>52</sup>. Solo

<sup>49</sup> Sul repubblicanesimo in Francia v. C. Nicolet, *L'idée républicaine en France (1789/1924). Essai d'histoire critique*, Paris, 1982.

<sup>50</sup> F. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle*, cit., p. 120 ss.; M. Quesnel, *La protection de l'identité constitutionnelle*, cit., p. 165 ss.

<sup>51</sup> F. Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle*, cit., p. 139 ss.; Id., *Constitutional Identity in France*, cit., p. 150; M. Quesnel, *La protection de l'identité constitutionnelle*, cit., p. 186 ss. L'affermazione potrebbe valere anche dopo l'approvazione del *Next Generation Eu*, per il modello di tutela integrata e incentrata sulle interazioni tra uomo e ambiente naturale, ricavabile dalla *Charte*, a fronte dell'approccio prevalentemente funzionalistico dell'Unione.

<sup>52</sup> Per una collocazione della parità nel discorso universalistico repubblicano v. L. Bereni e E. Lépinard, *La parité, contresens de l'égalité? Cadrage discursif et pratique d'une réforme*, in *Nouvelles Questions Féministes*, 2003, p. 12 ss. Si tratta di una vicenda

poco tempo fa, il *Conseil constitutionnel* ha individuato, tramite un rinvio alla *Déclaration* del 1789 (art. 12), un contenuto specifico dell'identità costituzionale, segnatamente il divieto di trasferire funzioni di polizia ad attori privati<sup>53</sup>.

Resta, in questa giurisprudenza, un aspetto problematico, relativo al riferimento operato dal Consiglio costituzionale al *constituant*, inteso come il solo soggetto che può derogare al rispetto dell'identità costituzionale. La dottrina maggioritaria interpreta l'espressione *constituant* come *pouvoir constituant dérivé*, ossia come legislatore di revisione, e non come *pouvoir constituant originaire*, ossia potere costituente vero e proprio al quale viene associata un'idea di *supraconstitutionnalité* dell'identità costituzionale<sup>54</sup>. In un orizzonte in cui i modelli costituzionali non solo circolano con facilità, ma tendono a standardizzarsi, questa interpretazione può apparire plausibile. Occorre parimenti ricordare come l'identità costituzionale costituisca, dinanzi a scenari troppo uniformi, un *topos* per restituire spessore storico alle scelte dei costituenti e a una determinata cultura costituzionale<sup>55</sup>. Nel contesto francese, come si è osservato, il legame costitutivo con la sovranità appare particolarmente solido, anche se il concetto di identità costituzionale assume, sul piano interpretativo, un'attitudine volta più alla comunicazione fra ordinamenti che allo scontro frontale<sup>56</sup>.

---

complessa, sulla quale rimando, se si vuole, ad A. Di Martino, *Libertà politica delle donne e dilemmi della rappresentanza parlamentare. Uno sguardo comparativo*, in Ead. e E. Olivito (a cura di), *Generazioni dei diritti fondamentali e soggettività femminile*, Napoli, 2022, p. 222 ss. Presenta aspetti problematici anche una estensione a largo raggio del principio antidiscriminatorio (*infra*, n. 156).

<sup>53</sup> Conseil constitutionnel, 2021-940 QPC, del 15 ottobre 2021.

<sup>54</sup> Cfr. da un lato M. Troper, *Identité constitutionnelle*, in B. Mathieu (a cura di), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la constitution française*, Paris, 2008, p. 123 ss.; C. Grewe, J. Rideau, *L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne*, cit., p. 338-340, e Conseil constitutionnel, 2003-469 DC, del 26 marzo 2003; e dall'altro E. Dubout, *Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France: une supra-constitutionnalité?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, p. 451 ss.; J.P. Derosier, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne*, cit., p. 349.

<sup>55</sup> J. Hummel, *De la circulation à la standardisation des modèles constitutionnels. La reconnaissance des identités constitutionnelles à l'âge de la globalisation*, in A.S. Chambost (a cura di), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Paris, 2020, p. 283 ss.

<sup>56</sup> Tra gli altri v. F. Millet, *Constitutional Identity in France*, cit., p. 151 s.

### 3.2. *Verfassungsidentität* e statualità in Germania

Ho accennato più in alto come il Tribunale costituzionale tedesco avesse richiamato l'identità costituzionale nella sentenza *Solange I*<sup>57</sup>, dove aveva affermato la propria giurisdizione in caso di contrasto tra atti europei e diritti fondamentali del *Grundgesetz*; il concetto è menzionato di nuovo una decina di anni dopo, nella sentenza *Solange II*<sup>58</sup>, dove invece quella giurisdizione era stata esclusa. Si tratta tuttavia di riferimenti ai quali non si accompagna l'elaborazione di immagini specifiche relative alla costruzione europea, né di particolari controlli di costituzionalità da parte del Tribunale. Si trovano invece nuovi *Bilder* nel *Maastricht-Urteil*<sup>59</sup>, insieme a una rivisitazione delle categorie consolidate e all'individuazione di specifici controlli giurisdizionali – conformemente all'approccio teorico e dogmatico che caratterizza spiccatamente la giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht* e in generale la cultura giuridica tedesca<sup>60</sup>. Qui, com'è noto, il Tribunale parla delle relazioni tra Unione europea e Stati membri nei termini di uno *Staatenverbund*: un'associazione di Stati che va teoricamente distinta sia dal *Bundesstaat* (lo Stato federale) sia dallo *Staatenbund* (la confederazione). Lo *Staatenverbund* rafforza apparentemente l'idea di un'entità *sui generis* difficilmente comparabile<sup>61</sup>, ma appare più vicina al secondo modello.

Al di là delle discussioni sul significato della formula, che è stata più recentemente aggiornata in quella di uno *Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund*<sup>62</sup>, interessa rilevare come nella

<sup>57</sup> *Supra*, n. 31. Per una ricostruzione recente della giurisprudenza tedesca su questo tema v. M. Mlynarski, *Zur Integration staatlicher und europäischer Verfassungsidentität*, cit., p. 31 ss.

<sup>58</sup> BVerfGE 73, 339 (375 s.) (*Solange II*), del 22 ottobre 1986.

<sup>59</sup> BVerfG 89, 155 (*Maastricht*), del 12 ottobre 1993.

<sup>60</sup> C. Schönberger (a cura di), *Der "German Approach". Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich*, Tübingen, 2015.

<sup>61</sup> Sulla questione v. S. Oeter, *Bundesstaat, Föderation, Staatenverbund – Trennlinien und Gemeinsamkeiten föderaler Systeme*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2015, p. 733 ss.; S. Larsen, *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, Oxford, 2021, p. 11 ss.

<sup>62</sup> BVerfG, 2 BvR 2735/14, del 15 dicembre 2015 (*Identitätskontrolle/Eur. Haftbefehl II*), pt. 44; BVerfG, 2 BvR/13, del 21 giugno 2016 (*OMT-Hauptsache*), pt. 140; BVerfG, 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP-Hauptsache*), pt. 111. Sul significato della formula rimando a A. Di Martino, *Staaten- o Verfassungs-verbund? Appunti su alcune "immagini" del BVerfG e sulle relative implicazioni territoriali, in federalismi.it*, 31/2020, p. 60 ss.

sentenza *Maastricht* il *Bundesverfassungsgericht* non menzioni l'identità costituzionale, adottando invece – diversamente da quanto aveva fatto in precedenza – il lessico della sovranità. Il contesto e la cultura politica possono offrire una spiegazione. Il *Maastricht-Urteil* è stato emesso nel 1993, poco dopo la riunificazione, e risente delle relative implicazioni: in una Germania ormai riunificata, il Tribunale può finalmente fare ricorso alle risorse argomentative della sovranità e dell'autodeterminazione del popolo, che invece apparivano poco plausibili nei decenni precedenti. La costituzione della Repubblica federale, infatti, era stata scritta sotto l'influenza delle forze occupanti, il Paese era diviso e il popolo non aveva potuto esercitare, nel suo insieme, l'autodeterminazione politica. Il ridimensionamento della sovranità statale era stato funzionale a un buon inserimento della Germania nella comunità internazionale e nelle comunità europee, per ragioni dovute non solo alla condivisione di determinati valori, ma anche a condizionamenti relativi alla politica internazionale e alla ripresa del sistema economico<sup>63</sup>.

Nella sentenza *Maastricht* non mancano, tuttavia, le contraddizioni, nella misura in cui il *Bundesverfassungsgericht* da un lato impiega il linguaggio della statualità sovrana, che presuppone la piena partecipazione del popolo alle scelte fondamentali del Paese, e dall'altro non può non essere consapevole del fatto che le forme giuridiche effettivamente adoperate per portare a compimento la riunificazione hanno escluso proprio quella partecipazione. Molti attori politici e costituzionalisti, anche con il sostegno di movimenti della società civile, avevano all'epoca auspicato la coesistenza di due Stati, con l'approvazione di una nuova costituzione democratica per la Ddr, oppure l'adozione di una nuova costituzione per la Germania intera, sottoposta all'approvazione di tutto il popolo (art. 146 GG). Ma il governo federale prescelse la combinazione di trattato internazionale ed estensione della Legge fondamentale ai *Länder* orientali, combinazione che aveva, da un lato, eliminato in radice una partecipazione popolare più consistente e, dall'altro, introdotto numerose deroghe allo stesso *Grundgesetz*<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Cfr. tra i molti P. Huber, *Bewahrung und Veränderung rechtsstaatlicher und demokratischer Verfassungsstrukturen in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2016, p. 126. Per una lettura delle norme di apertura del *Grundgesetz* alla luce del contesto del secondo dopoguerra v. T. Rensmann, *Die Genese des "offenen Verfassungsstaats" 1948/1949*, in T. Giegerich (a cura di), *Der "offene Verfassungsstaat" des Grundgesetzes nach 60 Jahren*, Berlin, 2010, p. 40 ss. e 55 ss.

<sup>64</sup> Cfr. B. Guggenberger e T. Stein (a cura di), *Die Verfassungsdiskussion im Jahr der*

Anche alla luce di ciò, non è un caso che nella sentenza *Maastricht* e in quelle successive – sotto questo profilo fedeli all’impostazione originaria della Legge fondamentale – l’idea di democrazia sia stata interamente assorbita all’interno degli istituti della democrazia rappresentativa<sup>65</sup>.

Non solo gli elementi politici, ma anche quelli economici possono aiutare a decifrare la decisione nel suo contesto; la riunificazione avvenne contestualmente all’istituzione dell’Unione monetaria europea; da un punto di vista storico, i due processi sono connessi. L’Unione monetaria nasce con un impianto prevalentemente ordoliberal (basato sul fine della stabilità dei prezzi piuttosto che su quello di piena occupazione, e sull’indipendenza della Banca centrale europea) e con una distinzione, tanto netta quanto artificiosa, tra le politiche monetarie e quelle fiscali<sup>66</sup>. È questo il nodo intorno al quale si è articolata non solo la sentenza *Maastricht*, ma anche tutte le decisioni relative alle misure di assistenza finanziaria, ai programmi della Bce (compresa la sentenza sul PspP che per la prima volta ha dichiarato *ultra vires* una sentenza della Corte europea di giustizia) e al *Next Generation Eu*<sup>67</sup>. Se nel *Maastricht-Urteil* non si parla di identità costituzionale, il termine compare nel secondo blocco di decisioni, che a loro volta si pongono nella scia del *Lissabon-Urteil*. Prima di occuparci di quest’ultima pronuncia, tuttavia, occorre provare a mettere a fuoco in che termini il linguaggio della sovranità e dello *Staatenverbund*, tipico della sentenza *Maastricht*, si è intrecciato con alcune visioni economiche, e che ruolo ha giocato l’autonomia del diritto.

---

*deutschen Einheit*, München, 1991; D. Grimm, *Die Historiker und die Verfassung. Ein Beitrag zur Wirkungsgeschichte des Grundgesetzes*, München, 2022, p. 121 ss.

<sup>65</sup> Su questo aspetto ha insistito molto un costituzionalista e membro del *Bundesverfassungsgericht* di allora: cfr. E.-W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in J. Isensee e P. Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik*, vol. 1, München, 1987, p. 887 ss.

<sup>66</sup> V. per tutti K. Dyson e K. Featherstone, *The Road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford, 1999. Per una prospettiva particolarmente critica v. A. Somma, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014, p. 174 ss.

<sup>67</sup> BVerfG, 2 BvR 547/21, del 6 dicembre 2022 (*EU-Wiederaufbaufonds-NGEU*); 2 BvR 859/15, del 5 maggio 2020 (*PSPP-Hauptsache*) [è la sentenza con la declaratoria di atti *ultra vires*]; 2 BvR 859/15, del 18 luglio 2017 (*PSPP-Vorlagebeschluss*); 2 BvR 2728/13, del 21 giugno 2016 (*OMT-Hauptsache*); 2 BvR 2728/13, del 14 gennaio 2014 (*OMT-Vorlagebeschluss*); 2 BvR 1390/12, del 12 settembre 2012, (*ESM*); 2 BvE 4/11, del 19 giugno 2012 (*Unterrichtungspflicht*); 2 BvE 8/11, del 28 febbraio 2012 (*Sondergremium*); 2 BvR 987/10, del 7 settembre 2011 (*Griechenlandhilfe*).

Nella sentenza *Maastricht* – lo ricordo brevemente – i giudici avevano ritenuto non incostituzionale l'Unione monetaria, nella misura in cui questa appariva coerente con i principi ordoliberali summenzionati, nel frattempo incorporati nella Costituzione tedesca (art. 88 GG), mentre le politiche fiscali rimanevano ancora, conformemente al principio di attribuzione, in capo agli Stati membri. Secondo altre immagini, non meno famose, elaborate dal Tribunale, si trattava di una *Stabilitätsgemeinschaft* e non di una *Solidargemeinschaft*<sup>68</sup>: quest'ultima avrebbe invero richiesto iniziative politiche in direzione di assetti federali più robusti, che allora non vennero peraltro esclusi del tutto. Se, per un verso, la decisione è apparsa in sintonia con l'impostazione economica dei trattati, per l'altro verso l'insistenza sull'allocazione a livello nazionale delle politiche fiscali e delle relative scelte redistributive sembrava tenere conto delle critiche, formulate da posizioni social-democratiche, relative agli effetti asimmetrici del mercato comune (e poi della moneta unica) i quali, senza i correttivi operanti a livello interno attraverso le istituzioni dello stato sociale, tendevano a favorire i titolari delle libertà economiche e di circolazione a scapito, a lungo andare, delle fasce meno mobili e più svantaggiate della popolazione<sup>69</sup>. Che le due prospettive siano contestualmente presenti nel *Maastricht-Urteil* può essere dovuto ai due giudici che probabilmente hanno più inciso sulla stesura della decisione, Paul Kirchhof e Ernst-Wolfgang Böckenförde: la loro duplice influenza è stata esaminata con maggiore attenzione con riguardo gli aspetti di teoria dello Stato e della costituzione, ma si può cogliere anche con riguardo agli orientamenti di politica economica<sup>70</sup>. Sarebbe forzato ricercare relazioni causali determinate, ma credo si possa affermare una vicinanza di Kirchhof alla prospettiva ordolibérale e di Böckenförde a quella socialdemocratica. Al contempo, un significato non irrilevante va riconosciuto alla relativa autonomia del diritto: la deliberazione dei giudici all'interno del

<sup>68</sup> Sulla differenza v. F. Saitto, *Economia e Stato costituzionale. Contributo allo studio della "costituzione economica" in Germania*, Milano, 2015, p. 336 ss.

<sup>69</sup> F.W. Scharpf, *The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot be a Social Market Economy*, in *Socio-Economic Review*, 2010, p. 240 ss.; v. altresì D. Grimm, *Über einige Asymmetrien der europäischen Integration*, in Id., *Die Zukunft der Verfassung II*, Berlin, 2012, p. 262 ss.

<sup>70</sup> Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche rinvio, se si vuole, ad A. Di Martino, *Staaten- o Verfassungsverbund?*, cit., p. 64 ss.; Ead., *Bundesverfassungsgericht e atti europei ultra vires: cultura costituzionale e tradizione economica*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2020, p. 35 ss.

collegio, il vincolo a decidere nelle forme del diritto e attraverso il ragionamento giuridico, tenendo conto di categorie dogmatiche e di *topoi* argomentativi consolidati, frappongono un diaframma rispetto alla realtà sociale esterna e all'azione diretta di determinate teorie economiche. In altre parole, introducono un elemento di distanza, che spezza un nesso di causalità immediato – un determinismo –, consentendo altresì a dottrine tra loro diverse di trovare una mediazione nell'interpretazione e nell'argomentazione giudiziale<sup>71</sup>.

Nella sentenza Lisbona, l'identità costituzionale assume uno spessore dogmatico più consistente, poiché intorno a essa è costruito uno specifico controllo di costituzionalità del diritto europeo, accanto a quelli sull'adeguatezza della protezione dei diritti fondamentali e sugli atti *ultra-vires*<sup>72</sup>. La Legge fondamentale tedesca offre un chiaro ancoraggio testuale per l'*Identitätskontrolle*, costituito dagli art. 79, comma 3, 1 e 20 GG, che individuano quali limiti espliciti alla revisione costituzionale l'assetto federale, il principio di dignità umana, e il carattere democratico e sociale dello Stato. In questa decisione è stato soprattutto il principio democratico a costituire un baluardo da difendere a fronte del trasferimento di ulteriori competenze all'Unione, nella misura in cui i giudici hanno ritenuto necessario preservare uno «spazio politico» o «democratico primario»<sup>73</sup>, volto alla «conformazione dei rapporti economici, culturali e sociali» all'interno di una *Öffentlichkeit* pluralistica, con particolare riferimento ai settori delle politiche fiscali e della cultura, del diritto penale e delle forze armate<sup>74</sup>. Si tratta degli ambiti che più tradizionalmente vengono associati alla sovranità stata-

---

<sup>71</sup> Su alcuni lati positivi di una relativa autonomia e "distanza" del diritto v. A. Voßkuhle, *"Integration durch Recht". Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts* (2016), in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, Berlin, 2021, p. 105 ss. Nel contesto italiano, il tema è stato recentemente affrontato, da una prospettiva relativamente vicina alle posizioni ordoliberali, da L. Casseti, *Diritto costituzionale e teorie economiche: dal confronto dottrinale "a distanza" alla decisione interpretativa sulle clausole economiche e finanziaria*, in *Rivista AIC*, 3/2022, p. 126 ss. La questione di fondo resta: se, da un lato, l'argomentazione e l'interpretazione giuridica non possono coincidere con una teoria economica, è anche vero che, dall'altro, molti orientamenti politici, che si traducono concretamente in atti giuridici, sono ispirati da una determinata razionalità economica (e non sempre arrivano a essere oggetto di pronunce di costituzionalità).

<sup>72</sup> BVerfG, 2 BvE 208 (*Lissabon*), del 30 giugno 2009.

<sup>73</sup> *Ivi*, pt. 301, 360, 399.

<sup>74</sup> *Ivi*, pt. 249, 252 ss., 301, 360, 399.

le e che presentano consonanze con la dottrina degli *Staatszwecke*<sup>75</sup>, con la significativa ed eloquente eccezione della politica monetaria.

La maggiore sulla categoria dell'identità costituzionale trova corrispondenze in altri passaggi dell'argomentazione: laddove viene attribuita una centralità ancora più marcata alla sovranità<sup>76</sup>, laddove si riprende la *Drei Elementen Lehre* e si afferma la sua tenuta anche nel contesto dell'integrazione sovranazionale<sup>77</sup>, e soprattutto laddove si ribadisce la ricostruzione dell'Unione europea come *Staatenverbund*<sup>78</sup>.

Nella sentenza *Lissabon* il *Bundesverfassungsgericht* chiude l'interrogativo – che nel *Maastricht-Urteil* era rimasto aperto – circa la possibile evoluzione in senso federale dell'Unione: la risposta è negativa, poiché un'adeguata legittimazione democratica è assicurata solo nelle condizioni dello *Staatenverbund*, attraverso il canale dei parlamenti nazionali, laddove invece il Parlamento europeo, con la sua rappresentanza degressivamente proporzionale, non soddisfa l'elementare principio di eguaglianza del voto. L'Unione non può – a costituzione invariata – acquisire un blocco maggiore di competenze, nemmeno se si dà strutture più democratiche, perché questo andrebbe a detrimento degli organi rappresentativi a livello nazionale. I giudici hanno quindi formulato la tesi – che ha suscitato in dottrina notevoli discussioni<sup>79</sup> – secondo cui la creazione di uno Stato federale europeo richiederebbe l'esercizio di un potere costituente e l'approvazione di una nuova costituzione<sup>80</sup>, ai sensi di quell'art. 146 GG che, come si è visto, non è stato adoperato nemmeno al tempo della riunificazione.

<sup>75</sup> Criticamente, tra gli altri, C. Schönberger, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, in *Der Staat*, 2009, p. 554 ss.; C. Möllers, *Staat als Argument*, 2. ed., Tübingen, 2011, pp. XXXV s. e 389 ss.

<sup>76</sup> BVerfG, 2 BvE 208 (*Lissabon*), pt. 216 («la Legge fondamentale non solo presuppone la statualità sovrana della Germania, ma la garantisce»).

<sup>77</sup> *Ivi*, pt. 398 ss.

<sup>78</sup> *Ivi*, pt. 229.

<sup>79</sup> Non è possibile qui ripercorrere nel dettaglio le obiezioni a questa ricostruzione, che riguardano la trasposizione della *Ewigkeitsklausel* da una costellazione in cui si voleva impedire il ritorno di uno Stato totalitario all'integrazione sovranazionale, il ricorso a un modello astratto di Stato federale (quando sarebbe stata sufficiente la clausola sui limiti all'integrazione di cui all'art. 23, comma 1 GG), la mancata messa a fuoco del problema della democratizzazione *al di qua* della soglia dello Stato federale: tra i molti v. M. Polzin, *Verfassungsidealität*, Tübingen, 2018, p. 85 ss., 143 ss.; C. Schönberger, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, cit., *passim*; C. Franzius e U.K. Preuß, *Die Zukunft der europäischen Demokratie*, Baden-Baden, 2012, p. 17.

<sup>80</sup> BVerfG, 2 BvE 208 (*Lissabon*), pt. 179, 208, 216 ss., 235, 275, 298, 347.



Anche in questo caso, alcuni elementi di contesto possono spiegare meglio l'insistenza del Tribunale sull'identità costituzionale, e in particolare sul principio democratico come suo contenuto caratterizzante: la sentenza è stata pronunciata in un periodo in cui le incertezze e le conseguenze negative della globalizzazione venivano percepite con più nettezza, anche in Germania. Si tratta in parte di questioni nuove, in parte di problemi risalenti: la crisi dello stato sociale, gli squilibri della riunificazione, le difficoltà crescenti della società multiculturale, l'individualizzazione dei percorsi di vita, le nuove diseguaglianze<sup>81</sup>. Alla luce di tali sfide, e dinanzi agli intrecci e alla diffusione che caratterizzano gli assetti di governo transnazionali, il parlamento nazionale è apparso ancora come il principale punto di riferimento al quale imputare la responsabilità politica<sup>82</sup>.

Negli anni successivi il concetto di *Verfassungsidentität* è stato più volte ripreso dal Tribunale, sia con riferimento al principio di dignità umana, che caratterizza fortemente la cultura costituzionale tedesca<sup>83</sup>, sia – insieme a quello di *Integrationsverantwortung*<sup>84</sup> – nella giurisprudenza relativa alle misure europee di assistenza finanziaria e ai programmi della Banca centrale europea. Qui l'identità costituzionale e la responsabilità di integrazione sono state associate più direttamente alle decisioni sul bilancio (si parla di *Haushaltsverantwortung* e di *haushaltspolitische Gesamtverantwortung*)<sup>85</sup>. È chiaro che queste sentenze

---

<sup>81</sup> *Supra*, n. 16.

<sup>82</sup> Cfr. A. Voßkuhle, *Die Staatstheorie des Bundesverfassungsgerichts*, in Id., C. Bumke e F. Meinel (a cura di), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates*, cit., p. 383; U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, Tübingen, 1998, p. 126 ss.

<sup>83</sup> BVerfG, BvR 2735/14, del 15 dicembre 2015 (*Identitätskontrolle/MAE II*). Sul principio di dignità nel *Grundgesetz* v. per tutti P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 261 ss.

<sup>84</sup> Accanto a quello di identità costituzionale, la sentenza Lisbona formula un altro concetto decisivo, quello di *Integrationsverantwortung* (responsabilità di integrazione), che può essere inteso come una mediazione tra il principio di integrazione e quello di salvaguardia dell'identità costituzionale, nella misura in cui – attraverso la dogmatica delle *Schutzpflichten* – esso impone agli organi dell'indirizzo politico e allo stesso *Bundesverfassungsgericht* di vigilare sul rispetto del cosiddetto programma di integrazione; tra gli altri v. A. Voßkuhle, *Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts* (2010), in Id., *Europa, Demokratie, Verfassungsgerichte*, cit., p. 290 ss.; P. Aust, *Zweierlei Integrationsverantwortung*, in *Europäische Grundrechtezeitschrift*, 2020, p. 410 ss.

<sup>85</sup> *Supra*, n. 67.

scaturiscono da un determinato contesto politico-economico, quello della crisi, ed è inevitabile che i parametri normativi impiegati nelle decisioni riflettano l'impostazione originaria dei trattati, che è stata sostanzialmente mantenuta nella modifica dell'art. 136, comma 3 Tfue. Se si guarda a queste pronunce in una prospettiva che abbraccia anche gli altri Stati membri, tuttavia, non si può non notare un effetto asimmetrico: per un verso, ribadendo l'appartenenza del principio democratico all'identità costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht* ha rafforzato le prerogative del Parlamento tedesco, e in particolare del *Bundestag*, per l'altro verso, ha implicitamente accettato che i parlamenti degli Stati più indebitati abbiano margini di manovra più limitati, trovandosi ad agire – come i rispettivi governi – nel solco del canone ordoliberal di gestione della crisi<sup>86</sup>. Un orizzonte in parte diverso, anche se finora temporalmente circoscritto, si è aperto con le misure adottate dopo l'emergenza pandemica.

Per quanto riguarda, infine, il condizionamento esercitato dallo specifico scenario politico tedesco, è stato giustamente osservato come il protagonismo del Tribunale costituzionale sia dovuto non solo alla forte posizione che questo si è ritagliato nell'assetto costituzionale, ma anche alla formazione di diversi governi di grande coalizione, che hanno goduto di maggioranze tali da modificare la costituzione, riducendo i margini dell'opposizione parlamentare. Per converso, essi hanno alimentato altre forme di opposizione, tra cui quella che si è manifestata tramite il nesso tra "vigili" cittadini, titolari del ricorso individuale per violazioni di un *Grundrecht auf Demokratie*, e il *Bundesverfassungsgericht*, che di quelle pretese si è fatto custode, rafforzando il Parlamento anche contro sé stesso<sup>87</sup>. Anche in questo caso si può parlare, riprendendo le formule di Rosanvallon, di «contro-democrazia»: forme di vigilanza

---

<sup>86</sup> Cfr. tra gli altri O. Höing, *Differentiation of Parliamentary Powers. The German Constitutional Court and the German Bundestag within the Financial Crisis*, in M. Cartabia, N. Lupo e A. Simoncini (a cura di), *Democracy and Subsidiarity in the EU. National Parliaments, Regions and Civil Society in the Decision-Making Process*, ebook, 2013, cap. 3.2.; C. Pinelli, *La giurisprudenza costituzionale tedesca e le nuove asimmetrie fra i poteri dei parlamenti nazionali dell'eurozona*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2014. Sul carattere non esclusivamente ma prevalentemente ordoliberal della gestione della crisi v. anche T. Biebricher, *Die politische Theorie des Neoliberalismus*, Berlin, 2021, p. 280 ss.

<sup>87</sup> F. Meinel, *Das Bundesverfassungsgericht in der Ära der Großen Koalition: zur Rechtsprechung seit dem Lissabon-Urteil*, in *Der Staat*, 2021, p. 43 ss.

e controllo, che agiscono sulle istituzioni rappresentative attraverso i poteri di interdizione e del giudizio (*empêchement* e *jugement*)<sup>88</sup>.

### 3.3. L'identità costituzionale alla Consulta: tradizione giuridica e temperamento del conflitto

Al confronto con i suoi omologhi francesi e tedesco, la Corte costituzionale italiana ha fatto ricorso più raramente all'argomento dell'identità costituzionale. Certo, la Consulta aveva elaborato una dottrina dei controlimiti, della quale anche l'identità costituzionale può considerarsi un'articolazione<sup>89</sup>. Vanno dunque ricordate le sentenze degli anni Settanta e Ottanta<sup>90</sup>, in cui quella dottrina è stata formulata; nello stesso periodo, il *Bundesverfassungsgericht* stava precisando i limiti costituzionali all'efficacia del diritto sovranazionale nel diritto interno. Anche in Italia può notarsi un parallelo tra la riflessione sui limiti alla revisione costituzionale e i limiti all'integrazione sovranazionale. Come nell'esperienza francese, in quella italiana la forma repubblicana costituisce un limite espresso alla revisione costituzionale (art. 139 Cost.): la dottrina ha ampliato in maniera significativa il contenuto della formula, al di là del carattere elettivo del Capo dello Stato, ricomprendendovi il principio democratico, quello di eguaglianza e quello pluralista, e interpretando l'art. 139 Cost. come una clausola di salvaguardia della democrazia repubblicana<sup>91</sup>. Una tradizione repubblicana è, del resto, presente anche nella storia costituzionale e nel pensiero politico italiano, sebbene in forme più frammentate e discontinue rispetto a quanto si è osservato per l'esperienza francese<sup>92</sup>.

---

<sup>88</sup> P. Rosanvallon, *La Contre-Démocratie*, cit., *passim*. Per questa interpretazione con riguardo al *Bundesverfassungsgericht* v. già F. Saitto, *Il Bundesverfassungsgericht e l'Europa: istanze "controdemocratiche", principio di responsabilità e difesa della democrazia rappresentativa alla luce del caso OMT*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016, p. 30 ss.

<sup>89</sup> Per tutti P. Faraguna, *Ai confini della costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, kindle ed., 2015, spec. cap. 2.

<sup>90</sup> Corte cost., sentt. nn. 183/1973, 170/1984, 232/1989.

<sup>91</sup> P. Faraguna, *Ai confini della costituzione*, cit., cap. 1, al quale rimando per ulteriori indicazioni bibliografiche.

<sup>92</sup> Cfr. almeno M. Ridolfi, *La Repubblica dell'avvenire! Progetti e orizzonti repubblicani in Italia dal Risorgimento al tramonto della Monarchia*, in *Laboratoire italien. Politique et société*, 2017, e i contributi di G. Bascherini, A.A. Cervati e P. Ridola sulla costituzione della Repubblica romana, in *Rivista AIC*, 2/2020. Bisognerebbe inoltre considerare l'influenza del pensiero di Machiavelli, su cui mi limito a richiamare G. Pedullà, *Machiavelli in tumulto. Conquista, cittadinanza e conflitto nei Discorsi sopra la prima*

Nella giurisprudenza della Corte, è stata soprattutto la tutela dei diritti – segnatamente del diritto di difesa<sup>93</sup> – a creare frizioni con l'ordinamento comunitario, mentre la dottrina aveva richiamato l'attenzione su possibili incompatibilità con il principio democratico e con quello di sovranità popolare<sup>94</sup>. È piuttosto chiara l'assenza, nell'esperienza italiana, di una fase giurisprudenziale in cui la sovranità, nazionale o statale, sia stata messa a tema come limite al trasferimento di competenze verso le organizzazioni sovranazionali: tale fase si è avuta, come si è visto, sia in Francia che in Germania a cavallo del Trattato di Maastricht. Ancora una volta, vi sono ragioni inerenti alla sfera giuridico-istituzionale e al contesto storico-politico che possono contribuire a chiarire questo percorso: in primo luogo, la mancanza di un ricorso per valutare la legittimità costituzionale dei trattati internazionali (come in Francia) o di un ricorso per violazione dei diritti fondamentali, interpretato in maniera tanto ampia da consentire un controllo sul rispetto del principio democratico oggettivo e non solo del diritto individuale di voto (come in Germania). In secondo luogo, è significativa l'assenza in costituzione di una robusta «clausola sull'Europa», che apre l'ordinamento all'integrazione sovranazionale e contestualmente ne fissa i limiti (emblematico, a tale riguardo, l'art. 23 GG); non può essere considerato tale l'art. 117, comma 1 Cost. it., che dopo la revisione costituzionale del 2001 richiama brevemente gli «obblighi comunitari». In terzo luogo, va ricordato che la sentenza *Granital*<sup>95</sup> aveva contribuito a modificare gli equilibri tra giudici comuni e Corte costituzionale relativamente ai rapporti con il diritto europeo, rafforzando i primi e indebolendo la seconda: i giudici erano tenuti ad applicare direttamente il diritto europeo e, in caso di doppia pregiudizialità, dovevano investire la Corte di Giustizia prima della Corte costituzionale<sup>96</sup>.

Nell'ambito di una prospettiva più larga, altri fattori possono mettere in prospettiva l'assenza di una giurisprudenza più incisiva della

---

*deca di Tito Livio*, Roma, 2011; S. Landi, *Lo sguardo di Machiavelli. Una nuova storia intellettuale*, Bologna, 2017.

<sup>93</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 232/1989.

<sup>94</sup> F. Sorrentino, *Corte costituzionale e Corte di Giustizia delle Comunità europee*, vol. 1, Milano, 1970, p. 126.

<sup>95</sup> Corte cost., sent. n. 170/1984.

<sup>96</sup> Com'è noto, l'orientamento è stato superato solo nella seconda metà degli anni duemila, con i primi rinvii pregiudiziali della Consulta: cfr. Corte cost., ordd. nn. 103/2008 e 207/2013.

Corte costituzionale italiana. Essi riguardano il periodo storico che l'Italia stava attraversando: l'implosione, in seguito al crollo degli Stati socialisti e alle indagini di Tangentopoli, del sistema dei partiti che fino ad allora aveva sostenuto la Repubblica<sup>97</sup>; il discredito delle istituzioni politiche e delle relative sedi di mediazione e, per converso, la forte legittimazione goduta presso l'opinione pubblica del potere giudiziario e di poteri tecnici, segnatamente di carattere economico, considerati più adeguati ad assicurare l'ingresso del Paese nell'Unione monetaria, un ingresso che avrebbe avuto ripercussioni su alcuni aspetti dello stato sociale, così come edificato nei decenni precedenti<sup>98</sup>. Tutto ciò accadeva in un clima di forte disorientamento collettivo, amplificato dalle stragi di mafia. Se si vuole andare più indietro nel tempo, si può tenere conto di una statualità relativamente debole, sia per il ritardo nella costruzione dell'unità nazionale, sia per un interesse in apparenza minore alla Costituente per i problemi istituzionali, sia – riprendendo alcune riflessioni di Gramsci – per una tendenza astrattamente cosmopolitica del ceto intellettuale. Al contempo, non si può disconoscere la presenza di un approccio statualista nella dottrina italiana del diritto pubblico tra Otto- e Novecento, dovute soprattutto all'influenza tedesca<sup>99</sup>.

Non è dunque come surrogato o come evoluzione del lessico sulla sovranità, che l'argomento dell'identità costituzionale compare nella giurisprudenza della Corte. Lo troviamo per la prima volta nel 2017, all'interno del rinvio pregiudiziale nel caso *Taricco*<sup>100</sup>, poi nella decisione della stessa causa nel merito<sup>101</sup>, e ancora, poco dopo, nella questione

---

<sup>97</sup> Su cui v. P. Scoppola, *La repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico. 1945-1996*, nuova ed., Bologna, 1997.

<sup>98</sup> Per una ricostruzione recente di questa fase cfr. S. Colarizi, *Passatopresente. Alle origini dell'oggi 1989-1994*, Roma e Bari, 2022; più brevemente R. Romanelli, *L'Italia e la sua costituzione. Una storia*, Roma e Bari, 2023, p. 246 ss. (gli autori sono più vicini all'orientamento storiografico socialista e a quello liberale; sul legame tra indirizzi storiografici e partiti politici in Italia v. G. Caravale, *Senza intellettuali. Politica e cultura in Italia negli ultimi trent'anni*, Roma e Bari, 2023, p. 61 ss.). V. anche L. Violante, *Introduzione*, in *Il Politico*, 2/2019, p. 5 ss. Istruttiva la lettura di G. Carli, *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma e Bari 1993, p. 435 ss.

<sup>99</sup> Ho proposto questa lettura in *Souveränität und Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive. Zugleich Bemerkungen zu Verfassungsidentität und Verfassungskulturen*, in F. D'Aniello e V. Frick (a cura di), *Wie viele Gesichter hat die Souveränität?*, Berlin, 2023, par. IV. Sul ridotto interesse dei costituenti per le questioni istituzionali ha insistito da ultimo, e con molta enfasi, R. Romanelli, *L'Italia e la sua Costituente. Una storia*, Roma e Bari, 2023, p. 3 ss.

<sup>100</sup> Corte cost., ord. n. 24/2017.

<sup>101</sup> Corte cost., sent. n. 115/2018.

pregiudiziale relativa al diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi<sup>102</sup>. La saga *Taricco* ha suscitato, com'è noto, grande attenzione: rispetto ai tribunali costituzionali degli altri Paesi, nel rinvio pregiudiziale la Consulta ha intrecciato l'argomento dell'identità costituzionale con quello delle tradizioni costituzionali comuni, per evitare una contrapposizione diretta con la Corte di giustizia e influenzarne piuttosto l'interpretazione<sup>103</sup>, come poi è effettivamente accaduto<sup>104</sup>. Ancora, il contenuto dell'identità costituzionale è stato associato ad alcuni caratteri della tradizione giuridica di *civil law*, in particolare a una concezione forte del principio di separazione dei poteri, soprattutto tra legislatore e giudice, e al principio di legalità in materia penale<sup>105</sup>. Questo, a sua volta, è stato visto nel suo legame con il principio democratico, nella misura in cui la *lex scripta*, che determina previamente la fattispecie di reato e la relativa pena, è approvata dal Parlamento, l'organo della rappresentanza popolare<sup>106</sup>. Si avverte, nel ragionamento della Corte, un attaccamento alla tradizione romanistica e alle *regulae iuris*, che affiora anche nel successivo rinvio pregiudiziale, dove è menzionato il principio *nemo tenetur se ipsum accusare* o *nemo tenetur se ipsum detegere*<sup>107</sup>.

Come mai la Consulta si è decisa infine ad adottare il lessico dell'identità costituzionale? Per un verso, sembra essere stata influenzata

<sup>102</sup> Corte cost., ord. n. 117/2019.

<sup>103</sup> Tra gli altri v. G. Repetto, *Una ragionevole apologia della supremacy*. In *marginem all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritto pubblico*, 1/2017, p. 229 ss.; F. Fabbrini e O. Pollicino, *Constitutional Identity in Italy: Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in C. Calliess e G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., p. 213 ss. Sul rapporto dialettico tra tradizioni costituzionali e identità costituzionale v. altresì M. Graziadei e R. De Caria, *The "Constitutional Traditions Common to the Member States" in the Case-Law of the European Court of Justice: Judicial Dialogue at its Finest*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2017, p. 957 s.

<sup>104</sup> CGUE, sent. 5.12.2017, C-42/17, *M.A.S. und M.B.* Nella successiva Corte cost., sent. n. 115/2018, la Corte parla solo di identità costituzionale - ma ciò si spiega anche alla luce del tenore della sentenza della Cgue, che ruota più intorno all'art. 49 Cdfue che alle tradizioni costituzionali comuni: cfr. B. Guastaferrro, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2018, p. 441 ss.

<sup>105</sup> V. altresì M.C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., p. 415.

<sup>106</sup> Il riferimento alla *lex scripta* è esplicito in Corte cost., sent. n. 115/2018.

<sup>107</sup> Corte cost., ord. n. 117/2019, e successivamente nel merito Corte cost., sent. n. 84/2021. Sulle *regulae iuris* v. ora S. Niccolai, *Principi del diritto principi della convivenza. Uno studio sulle regulae iuris*, nuova ed., Napoli, 2022.

dal successo della circolazione di questo argomento nella giurisprudenza di altre corti costituzionali. Per l'altro, rientrando il caso *Taricco* nella casistica sui controlimiti, i giudici costituzionali hanno imboccato, nell'ambito del diritto europeo, una strada che era stata già percorsa pochi anni prima nei confronti del diritto internazionale, con la decisione relativa al conflitto tra principio di immunità degli Stati dalla giurisdizione e diritto di difesa<sup>108</sup>. Se, da parte dell'ordinamento internazionale, la Corte italiana poteva attendersi reazioni che avrebbero minato meno duramente la propria legittimazione<sup>109</sup>, il quadro appariva più problematico nell'eventualità di uno scontro con la Corte di giustizia. Ciò spiega probabilmente anche l'atteggiamento cooperativo e pluralistico adottato nel rinvio pregiudiziale di *Taricco* e il lessico delle tradizioni costituzionali comuni. Infine, questa fase giurisprudenziale coincide con un'altra innovazione nella giurisprudenza della Consulta – anche questa comune ad altre corti costituzionali europee – relativa all'espansione della propria giurisdizione nei casi relativi all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Cdfue). Questa è stata integrata nel parametro di costituzionalità, creando apparentemente un nuovo ordine nella doppia pregiudizialità<sup>110</sup>.

Colpisce, al contempo, che elementi centrali per l'autocomprensione della nostra democrazia costituzionale, come i diritti sociali, non siano stati tematizzati, nella giurisprudenza della Corte, come parte dell'identità costituzionale. Tale assenza si è avvertita soprattutto negli anni della crisi economico-finanziaria. All'origine di questo dato si possono annoverare ragioni di ordine processuale, perché alcune misure passate al vaglio della Consulta erano bensì riconducibili a scelte o a raccomandazioni assunte in sede europea, ma il nesso di deriva-

---

<sup>108</sup> Corte cost., sent. 238/2014.

<sup>109</sup> P. Faraguna, *Ai confini della costituzione*, cit., conclusioni. La stessa ragione può estendersi anche all'altro precedente in cui la Corte ha affermato la preminenza di principi costituzionali a fronte di un ordinamento esterno, e cioè Corte cost., sent. n. 18/1982, relativamente all'ordinamento canonico e alla salvaguardia del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

<sup>110</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 269/2017. Rimando a quanto rilevato in A. Di Martino, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3/2019, p. 759 ss. Sugli sviluppi più recenti dell'esperienza italiana e tedesca v. rispettivamente G. Repetto, *Esercizi di pluralismo costituzionale. Le trasformazioni della tutela dei diritti fondamentali in Europa tra ambito di applicazione della carta e "doppia pregiudizialità"*, in *Diritto pubblico*, 2022, p. 775 ss. e M. Wendel, *Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte*, in *JuristenZeitung*, 2020, p. 157 ss.

zione era piuttosto debole, tale da far escludere la rilevanza del diritto dell'Unione in sede applicativa, e quindi anche la rilevanza della Cdfue all'interno del parametro costituzionale. Le decisioni di incostituzionalità sono state emesse alla luce di parametri interni o della Carta sociale europea<sup>111</sup>, senza che fosse necessario problematizzare i rapporti con l'ordinamento sovranazionale. Lo stesso legislatore costituzionale aveva poco tempo prima, e in maniera frettolosa, "internalizzato" il parametro europeo relativo al principio di pareggio (meglio, equilibrio) di bilancio<sup>112</sup>. Un percorso differente è stato invece intrapreso dal Tribunale costituzionale portoghese, con alcune sentenze pronunciate nei confronti di tagli alla spesa sociale quali misure anti-crisi: anche se il legame genetico con il diritto europeo era stato escluso dai giudici sovranazionali, il carattere conflittuale delle decisioni portoghesi è palpabile, benché siano stati impiegati, quali parametri, non tanto i diritti sociali quanto piuttosto i più flessibili e neutri principi di proporzionalità e di affidamento<sup>113</sup>.

Ancora, le tendenze della Consulta possono essere inquadrate alla luce di coordinate più larghe, che riguardano la cultura politica e costituzionale. In poco più di dieci anni, l'Italia è stata retta, tra gli altri, da due governi tecnici. Le circostanze sono note: dinanzi a situazioni che apparivano particolarmente problematiche, ma con percepibili differenze nei due casi – elevata speculazione sui mercati e rischio per la tenuta del debito del Paese, emergenza pandemica e necessità di predisporre programmi per il *Next Generation Eu* –, il Presidente della Repubblica ha formato un governo frutto bensì della propria iniziativa, ma che ha ottenuto la fiducia di un ampio spettro delle forze politiche rappresentate in Parlamento. Secondo il modello che si è consolidato a partire dagli anni Novanta, il Presidente del Consiglio è un tecnico, riconosciuto esperto di questioni economiche e apprezzato dalle isti-

<sup>111</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 10/2015; 70/2015; 178/2015; 194/2018; 150/2020; 59/2021.

<sup>112</sup> Per due diverse interpretazioni della riforma v. F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, 2/2012; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 2013, p. 357 ss. Sul lessico dell'equilibrio di bilancio e sulla configurabilità di margini per misure anticicliche v. M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Milano, 2014, p. 1 ss.

<sup>113</sup> Cfr. Tribunal constitucional portuguès, sentt. nn. 353/2012, del 5 luglio 2012; 187/2013, del 5 aprile 2013; 574/2014 e 575/2014, del 14 agosto 2014.



tuzioni europee; sono tecnici anche i ministri (tutti o molti)<sup>114</sup>. In un contesto siffatto, l'opposizione alle misure più restrittive di gestione della crisi è stata espressa dalle esigue opposizioni parlamentari e da movimenti, collocabili sia sulla destra che sulla sinistra dello spettro politico, per lo più — con qualche generalizzazione — ritenuti di carattere populista<sup>115</sup>. Questi attori, in seguito, hanno catalizzato forze elettorali, raggiungendo posizioni di governo: si tratta di ulteriori manifestazioni di «contro-democrazia», segnatamente di forme che operano attraverso proteste e meccanismi di «de-selezione» (*désélection*) dei rappresentanti. Se la contro-democrazia, come si è accennato, può considerarsi un'espressione fisiologica di organizzazione della sfiducia popolare, le forme permanenti e radicalmente negative di protesta e de-selezione rischiano di far saltare il bilanciamento con la democrazia rappresentativa (la quale, tuttavia, ha già mostrato evidenti segnali di crisi)<sup>116</sup>. In questo contesto, la Consulta appare più interessata a preservare il proprio ruolo di garante dell'equilibrio degli organi costituzionali che non ad aprire un fronte di scontro con la Corte di giustizia, recuperando, in quest'ottica, una più tradizionale funzione *counter-majoritarian*.

### 3.4. L'"abuso" dell'identità costituzionale nella giurisprudenza dei Tribunali costituzionali ungherese e polacco

Negli ultimi anni, si è aperto un nuovo fronte sull'identità costituzionale presso i tribunali costituzionali ungherese e polacco, un fronte che presenta aspetti fortemente controversi, tali da far parlare di «abuso dell'identità costituzionale o di prestiti costituzionali abusivi»<sup>117</sup>.

<sup>114</sup> C. De Fiore, *Tendenze sistemiche e aporie costituzionali dei governi tecnocratici in Italia*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2021, p. 36 ss.; M. Volpi (a cura di), *Governi tecnici e tecnici al governo*, Torino, 2017; G. Grasso (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, Napoli, 2016.

<sup>115</sup> Tra i molti v. P. Rosanvallon, *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*, Paris, 2020. Per una differenziazione tra populismi di destra e di sinistra v. M. Tushnet, *Comparing Right-Wing and Left-Wing Populism*, in M. Graber, S. Levinson e M. Tushnet (a cura di), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018, p. 639 ss.

<sup>116</sup> P. Rosanvallon, *La Contre-Démocratie*, cit., p. 33 ss., 175 ss., 269 ss.

<sup>117</sup> Cfr. G. Halmay, *Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court in Interpretation of Article E (2) of the Fundamental Law*, in *Review of Central and East European Law*, 2018, p. 23 ss.; R.D. Kelemen e L. Pech, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism: Undermining the Rule of Law in the Name of Constitutional Identity in Hungary and Poland*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2019,

Qui il legame tra l'argomento dell'identità costituzionale e il contesto politico-costituzionale è svelato già dal riferimento all'abuso<sup>118</sup>, che indica la manipolazione e la strumentalizzazione, da parte di corti che sono state *captured* dal potere politico e che operano all'interno di democrazie illiberali, di concetti nati nell'alveo di esperienze liberal-democratiche<sup>119</sup>.

Entrambi i tribunali costituzionali avevano adottato, negli anni a cavallo dell'adesione all'Ue, una giurisprudenza simile a quella degli altri Stati membri, che conciliava l'apertura all'ordinamento europeo con la protezione dei principi costituzionali<sup>120</sup>. Una certa enfasi era stata posta sulla sovranità nazionale, appena riconquistata dopo lo sgretolamento del blocco comunista. La piena sovranità, a ben vedere, era stata conculcata in questi Paesi non solo dal regime sovietico, ma anche, ben prima, dall'Impero austro-ungarico e da potenze straniere che avevano occupato parte dei territori<sup>121</sup>. Il Tribunale costituzionale polacco, in particolare, aveva sviluppato una giurisprudenza significa-

---

p. 59 ss.; G. Martinico e O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept: What Happened to National Constitutional Identity?*, in *Yearbook European Law*, 2020, p. 228 ss.; J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, in *German Law Journal*, 2021, p. 534 ss. La locuzione di «prestito costituzionale abusivo» è adoperata da R. Dixon e D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing. Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy*, Oxford, 2021, spec. p. 144 ss.

<sup>118</sup> Il lessico dell'abuso è stato impiegato inizialmente da D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, in *University of California Davis Law Review*, 2013, p. 189 ss. e poi riferito anche ai prestiti (o circolazioni e migrazioni) dei modelli o idee costituzionali in Id. e R. Dixon, *1989-2019: From Democratic to Abusive Constitutional Borrowing*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 489 ss.; Id. e Ead., *Abusive Constitutional Borrowing*, cit., *passim*, laddove si vuole indicare un mutamento di segno nell'oggetto della circolazione (istituti, principi, idee più vicini ad assetti autoritari che liberal-democratici) rispetto alla globalizzazione degli anni Novanta e dei primi anni duemila. Ritiene sufficiente il lessico del costituzionalismo abusivo, poiché la metafora dei prestiti potrebbe ingenerare confusione R. Gargarella, *Sobre "Abusive Constitutional Borrowing": Algunos problemas conceptuales (parte I)*, cit.

<sup>119</sup> Sulla strumentalizzazione del diritto come una delle caratteristiche tipiche di queste esperienze v. P. Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 545 ss.

<sup>120</sup> TCP, K 18/04, dell'11 maggio 2005; TCU, sent. n. 17/2004, del 25 maggio 2004.

<sup>121</sup> C. Mik, *State Sovereignty and European Integration: Public International Law, EU Law and Constitutional Law in the Polish Context*, in N. Walker (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 393 ss.; A. Albi, *Postmodern versus Retrospective Sovereignty: two Different Discourses in the Candidate Countries*, ivi, p. 403, più recentemente S.R. Larsen, *Varieties of Constitutionalism in the European Union*, in *Modern Law Review*, 2021, 494 ss.; Ead., *The Constitutional Theory of the Federation and the European Union*, cit., p. 92 ss.

tiva sull'identità costituzionale in occasione dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>122</sup>.

E, tuttavia, le trasformazioni avvenute in Ungheria e in Polonia nel periodo più recente hanno gettato una luce differente sul canone argomentativo dell'identità costituzionale, funzionale alla legittimazione dei regimi al potere e alla loro sottrazione a un controllo esterno, mentre le istituzioni sovranazionali hanno fatto valere principi elementari relativi al rispetto dello Stato di diritto. Sia nella giurisprudenza dei due tribunali costituzionali<sup>123</sup>, sia nei relativi documenti governativi<sup>124</sup>, sono contenuti riferimenti alle sentenze straniere che hanno adoperato il concetto di identità costituzionale – soprattutto alle decisioni del *Bundesverfassungsgericht* e, tra queste, a quella del 5 maggio 2020 sugli atti *ultra vires* –, nonché alla dottrina sul *constitutional pluralism*<sup>125</sup>. Ma tali riferimenti hanno avuto lo scopo, nemmeno celato, di legittimare le riforme controverse e le scelte politiche delle maggioranze governative. Si può cogliere, peraltro, un paradosso in questo orientamento giurisprudenziale: si usa il concetto di identità costituzionale, che normalmente presenta profili di *longue durée*, per cementare e impermeabilizzare modifiche di natura costituzionale avvenute in un arco di tempo molto breve, modifiche realizzate talora anche formalmente, con revisioni costituzionali, come in Ungheria, talaltra solo sostanzialmente, attraverso la legislazione ordinaria e la prassi, come in Polonia. Tali modifiche sono entrate in stridente contraddizione con i principi delle democrazie liberal-democratiche e pluraliste contenuti nelle co-

---

<sup>122</sup> TCP, sent. K-32/09, del 24 novembre 2010; cfr. A. Sledzińska-Simon e M. Ziółkowski, *Constitutional Identity in Poland: Is the Emperor Putting on the Old Clothes of Sovereignty?*, in C. Callies e G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, cit., p. 243 ss.

<sup>123</sup> Cfr. soprattutto TCU, dec. 32/2021 (XII. 20) AB, del 7 dicembre 2021, pt. 70; TCU, dec. 22/16 (XII.5), del 30 novembre 2016, pt. 32 ss., 43, 44, 49, 106; TCP, K 3/21, del 7 ottobre 2021, spec. par. III. 1.3, 4.1, 4.2, 4.4, 4.5.

<sup>124</sup> Cfr. in particolare il ricorso del Primo Ministro polacco nel caso K3/21, del 29 marzo 2021, la cui traduzione inglese è reperibile su [ruleoflaw.pl](http://ruleoflaw.pl), e il *White paper on the Reform of the Polish Judiciary* del 7 marzo 2018, predisposto dal Governo polacco e reperibile su [statewatch.org](http://statewatch.org).

<sup>125</sup> Cfr. R.D. Kelemen e L. Pech, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism*, cit., 69 ss. Un'altra dottrina "abusata" è quella del *political constitutionalism*, che viene agitata senza tenere conto dei suoi presupposti (pluralismo politico, concorrenza tra i partiti, effettiva garanzia della libertà di espressione, delle libertà politiche e dei diritti delle minoranze): cfr. R. Dixon e D. Landau, *Abusive Constitutional Borrowing*, cit., p. 158 ss.

stituzioni degli anni Novanta, destabilizzandole<sup>126</sup>. Ricordo in maniera sintetica gli ambiti dove si sono concentrate tali trasformazioni, messe in atto dai governi del partito Fidesz – guidato da Viktor Orbán – in Ungheria e del partito Pis in Polonia: interventi sulla composizione del tribunale costituzionale e della magistratura ordinaria e amministrativa, nonché sull’organo di governo dei giudici e sulla commissione disciplinare, in modo da renderli dipendenti dall’esecutivo e dalla maggioranza parlamentare; riduzione dell’autonomia e dell’indipendenza di enti che controllano i *media* e il procedimento elettorale; compressione delle libertà politiche e dell’autonomia scientifica, dei diritti dei migranti, delle donne e delle minoranze<sup>127</sup>.

Il concetto di identità costituzionale ha assunto una posizione centrale in almeno due decisioni del Tribunale costituzionale ungherese, entrambe relative alla crisi migratoria. La questione ha investito direttamente uno dei pilastri su cui il regime illiberale ha costruito maggiori consensi, quello di una nazione etnicamente omogenea, impenetrabile rispetto a contaminazioni esterne. Nella prima sentenza, del 2016<sup>128</sup>, il Tribunale ha astrattamente individuato alcuni profili rispetto ai quali la decisione del Consiglio europeo sui ricollocamenti, approvata l’anno precedente quale forma embrionale di solidarietà tra gli Stati a fronte della massiccia ondata di profughi provenienti dalla Siria, avrebbe potuto essere incostituzionale<sup>129</sup>. Tra le argomentazioni sviluppate dal Tribunale c’è quella relativa all’identità costituzionale, intesa come *self-*

<sup>126</sup> J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, cit., p. 552 s.

<sup>127</sup> Per una ricostruzione più ampia v. T. Drinóczi e A. Bień-Kacała, *Illiberal Constitutionalism in Poland and Hungary. The Deterioration of Democracy, Misuse of Human Rights and Abuse of the Rule of Law*, London e New York, 2022; B. Bugarić, *Central Europe’s Descent into Autocracy: a Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 597 ss.; P. Blokker, *Populism as a Constitutional Project*, cit., p. 535 ss.; J. Sawicki, *L’erosione democratica del costituzionalismo liberale: esperienze contrastanti dall’Europa centro-orientale*, 2. ed., Milano, 2020; A. Di Gregorio (con la collaborazione di A. Angeli e J. Sawicki), *Il costituzionalismo “malato” di Ungheria e Polonia*, in Ead. (a cura di), *I sistemi costituzionali dei Paesi dell’Europa centro-orientale baltica e balcanica*, Milano, 2019, p. 365 ss.; E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all’interno dell’Unione europea*, in *DPCE online*, 3/2020, p. 3999 ss.

<sup>128</sup> TCU, dec. 22/16 (XII.5).

<sup>129</sup> Decisione del Consiglio europeo 2015/1601, su cui v. per tutti M.I. Papa, *Crisi dei rifugiati, principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri dell’Unione europea*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2016.

*identity* che attiene alle condizioni di vita degli ungheresi e alla loro responsabilità decisionale, nonché alla «costituzione storica»: un dato preesistente alla costituzione formale, che non può essere derogato da un trattato internazionale. L'identità costituzionale è vista anche come il profilo contenutistico della sovranità e della statualità: la prima cade se vengono meno le seconde<sup>130</sup>. Particolarmente problematico è il riferimento alla costituzione storica, intesa come l'insieme delle principali acquisizioni della tradizione nazionale: se si escludono pochi momenti in cui si è avuta una più larga partecipazione democratica (quelli a cavallo del 1848, del 1945 e del 1989), e se si accantona la giurisprudenza costituzionale dal 1990 al 2011, per lo più di stampo liberal-democratico ma annullata da un recente emendamento costituzionale, rimarrebbe una tradizione tendenzialmente autoritaria. Appare evidente anche il tentativo di forzare l'interpretazione storiografica, adattandola a esigenze di legittimazione del potere nel tempo presente. La decisione del Tribunale è intervenuta a rafforzare la linea politica contraria alle migrazioni, dopo che un referendum popolare – pur ampiamente favorevole al governo – non aveva raggiunto il quorum necessario; essa ha contribuito a sua volta a innescare la revisione costituzionale del 2018, che ha introdotto il concetto di identità costituzionale, specificando che quest'ultima è radicata nella «costituzione storica» (Preambolo) e che «la protezione dell'identità costituzionale e della cultura cristiana dell'Ungheria è un obbligo di ogni organo dello Stato» (art. R. 4). Il riferimento alla dimensione religiosa è esplicito, in linea con l'idea, sostenuta dal governo, che un aspetto della tradizione nazionale sia rappresentato dall'aver l'Ungheria costituito una barriera rispetto all'avanzata dei popoli islamici in Europa<sup>131</sup>. Che il trattamento differenziato tra confessioni religiose fosse un tratto dell'identità costituzionale ungherese, peraltro, è stato sostenuto nel 2015 dall'opinione dissenziente del giudice Varga Zs., condivisa da altri membri del collegio, che contestava una giurisprudenza di segno opposto della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> TCU, dec. 22/16 (XII.5), pt. 64 ss.

<sup>131</sup> Per un'analisi contestuale della pronuncia v. G. Halmay, *Abuse of Constitutional Identity*, cit., p. 26 ss.; T. Drinóczi, *Constitutional Identity in Europe: the Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in *German Law Journal*, 2020, pp. 110 s. e 124 ss.

<sup>132</sup> TCU, dec. 23/2015 (VII.7); cfr. T. Drinóczi, *Constitutional Identity in Europe*, cit., 111-112.

La seconda pronuncia, emessa su ricorso del Ministro della giustizia, è del 2021<sup>133</sup>, e prospetta profili di incostituzionalità nella sentenza della Corte di Lussemburgo che aveva condannato l'Ungheria per violazione delle direttive europee sullo status di protezione internazionale, sull'accoglienza e sui rimpatri. In particolare, i giudici europei avevano considerato contraria al diritto europeo la prassi dell'amministrazione ungherese di ridurre gli accessi alle zone di transito in cui chiedere la protezione internazionale, nonché sistemi di trattenimento, rimpatrio e allontanamento, che non rispettavano procedure e garanzie adeguate. Veniva altresì ostacolato il soggiorno dei migranti sul territorio nelle more del procedimento e della decisione su un eventuale ricorso<sup>134</sup>. Ancora una volta – ma qui con l'aiuto del nuovo testo costituzionale – il Tribunale costituzionale si è avvalso del concetto di identità costituzionale per consolidare un'idea compatta e omogenea dell'identità della nazione. Quest'ultima è stata definita come l'oggetto «del più fondamentale e inalienabile diritto dello Stato e della sua comunità politica costituente»; essa è inquadrata nella costituzione, ma ha radici anche fuori dal testo. Si è specificato che l'identità nazionale ha una connotazione fortemente cristiana, ed è stata riaffermata l'autocomprensione dell'Ungheria come Paese difensore dell'Europa (si intende, a fronte di popoli e valori estranei). L'identità costituzionale è stata dunque intesa come un amalgama di sovranità, popolazione, tradizioni e costituzione storica. Benché vi fosse già un accenno nella sentenza del 2016, in quella del 2021 l'interpretazione strumentale ha riguardato in maniera ampia anche il principio di dignità, letto come fondamento dell'autodeterminazione individuale e collettiva: poiché quest'ultima non si esercita astrattamente, ma nei contesti concreti, i giudici ungheresi sono arrivati a sostenere che la compresenza sul territorio di uomini provenienti da altre parti del mondo modifica l'ambiente sociale, nelle sue componenti etniche, linguistiche, culturali e religiose che tessono un insieme di «legami naturali». Per il Tribunale, tale modifica altera in maniera profonda il sostrato dell'identità costituzionale, pregiudicando l'esercizio, da parte della comunità, della propria autodeterminazione<sup>135</sup>.

---

<sup>133</sup> TCU, dec. 32/2021 (XII. 20) AB.

<sup>134</sup> CGUE, sent. 17 dicembre 2020, *Commissione europea v. Ungheria*, C- 808/18.

<sup>135</sup> TCU, dec. 32/2021 (XII. 20) AB, pt. 32 ss., 94 ss. La revisione del 2018 aveva altresì affermato il «diritto inalienabile dell'Ungheria a determinare la propria integrità

Particolarmente incisivo è stato l'uso dell'argomento dell'identità costituzionale in sentenze molto recenti del Tribunale costituzionale polacco, emesse tra il 2021 e il 2022<sup>136</sup>, che hanno negato attuazione ad alcune decisioni delle corti europee<sup>137</sup>, decisioni che avevano evidenziato carenze per quanto riguarda i profili di indipendenza, autonomia e terzietà dei giudici polacchi, costituzionali e non. Il concetto di identità costituzionale si trova in alcuni passaggi della sentenza K 6/21, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 6 comma 1 Cedu, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, laddove quest'ultima aveva esteso l'ambito di applicazione della norma ai tribunali costituzionali. Il suo uso è più frequente nella decisione K 7/21, dove l'art. 6 Cedu è stato colpito da un'altra declaratoria di incostituzionalità, nella misura in cui – secondo il Tribunale polacco – la giurisprudenza di Strasburgo aveva tratto da esso un diritto soggettivo dei giudici a non venire allontanati dal proprio ruolo e aveva violato la riserva di legge in materia

---

territoriale, popolazione, sistema politico e forma di governo» (art. 2). Sulla decisione v. anche V. Salese, *The EU Integration through the Lenses of Domestic Constitutional/Supreme Courts: the Material Scope of Constitutional Clashes*, in *Rivista di Diritti comparati*, 3/2022, p. 896 ss.

<sup>136</sup> Le date si riferiscono alla pubblicazione del dispositivo, ma per le motivazioni in alcuni casi si è dovuto aspettare a lungo: sent. P 7/20, del 14 luglio 2021, pt. 109, pt. 116 ss., 204, 230; sent. K 3/21, del 7 ottobre 2021, pt. 11, 203, 214, 228, 239, 255, 380, 478, 495; sent. K 6/21, del 24 novembre 2021, pt. 68, 111; sent. K 7/21, del 10 marzo 2022, pt. 157, 312, 373, 398 (le motivazioni della prima sentenza, K 3/21, sono state depositate per ultime). Ringrazio Jan Sawicki per un lungo confronto su queste decisioni e per un aiuto nella comprensione delle motivazioni delle sentenze, che al momento sono disponibili solo in lingua polacca.

<sup>137</sup> La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea si è fatta particolarmente densa negli ultimi anni, avendo compensato la paralisi del procedimento sanzionatorio politico di cui all'art. 7 Tue. Cfr. tra le altre CGUE, ord. 8 aprile 2020, C-791/19R, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; sent. 2 marzo 2021, C-824/18, *A.B.*; sent. 15.7.2021, C-719/19, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*; ord. 14 luglio 2021, C-204/21 R, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, Per uno sguardo d'insieme su questa giurisprudenza della Corte di giustizia e sui rapporti con il Tribunale costituzionale polacco rimando a J. Sawicki, *L'unione europea come argine all'erosione dello Stato costituzionale di diritto. Ai margini di una comparazione complessa, e forse un po' ingrata*, in *Costituzionalismo.it* 3/2020; Id., *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno come prodotto della manomissione ermeneutica di quest'ultimo*, in *DPCE online* 4/2021, 3601 ss. Per la Corte di Strasburgo v. Corte EDU, sent. 7 maggio 2021, *Xero Flor c. Polonia*, n. 4907/18; sent. 8 novembre 2021, *Dolinska-Ficek e Ozimek c. Polonia*, n. 49868/19; sent. 29 settembre 2021, *Broda e Bojara v. Polonia*, n. 26691/18; sent. 22 luglio 2022, *Reczowicz c. Polonia*, n. 43447/109, su cui v. tra i molti M. Szwed, *The Polish Constitutional Tribunal Crisis from the Perspective of the European Convention on Human Rights*, in *European Constitutional Law Review*, 2022, p. 133 ss.; Id., *Hundreds of Judges Appointed in Violation of the ECHR?*, in *verfassungsblog.de* (29 luglio 2021).

di organizzazione giudiziaria. In precedenza, l'identità costituzionale era stata evocata nella sentenza P 7/20, che aveva dichiarato *ultra vires* un'ordinanza cautelare della Corte di Lussemburgo<sup>138</sup>.

Sulla stessa linea, ma con affermazioni ancora più dure, si è posta la sentenza K 3/2021 (le cui motivazioni sono state pubblicate più di un anno dopo il dispositivo): si tratta della pronuncia che ha messo in discussione in maniera netta e generalizzata il principio del primato del diritto europeo, in nome di una supremazia della costituzione polacca – che formalmente resta quella degli anni Novanta, ma sostanzialmente è quell'altra, stravolta, che risulta dalle leggi trasformative del Pis e dall'interpretazione dei giudici fedeli al governo. Oggetto del giudizio non erano, in questo caso, specifiche norme di diritto secondario, né una specifica sentenza della Corte di giustizia, anche se il contesto giurisprudenziale è quello cui si è accennato: pronunce dei giudici di Lussemburgo progressivamente più incisive, che hanno colpito le riforme polacche sull'ordinamento giudiziario attraverso una lettura congiunta e un'interpretazione espansiva degli art. 19 Tfue, 2 Tue e 47 Cdfue<sup>139</sup>. Non a caso, tra le norme dei trattati censurate dal Tribunale polacco compare, accanto ad alcune dalla portata molto generale come gli art. 1, 4 comma 3 e 2 Tue, anche l'art. 19 Tue, inerente alla struttura del circuito giudiziario europeo. Tali norme sono state giudicate *ultra vires* in base a una valutazione molto generica, poiché in contrasto con il principio di supremazia della costituzione e con quello democratico, nonché con una serie di norme costituzionali relative all'organizzazione giudiziaria, nella conformazione illiberale datane dal governo<sup>140</sup>.

Qui il concetto di identità costituzionale è impiegato come sinonimo di sovranità ed è intrecciato al controllo *ultra vires*: si rimprovera all'Unione di aver agito fuori dalle proprie competenze, spingendosi all'interno dell'organizzazione giudiziaria, ritenuta una competenza

<sup>138</sup> Per i *loci* specifici v. *supra* n. 136. La sentenza K 6/21 è emessa contro *Xero Flor*, la K 7/21 contro le successive (*supra*, n. 137).

<sup>139</sup> *Supra*, n. 137.

<sup>140</sup> TPC, sent. K 3/21, del 7 ottobre 2021; in inglese è reperibile al momento solo il dispositivo. Per alcuni commenti al dispositivo v. J. Sawicki, *La collisione insanabile tra diritto europeo primario e diritto costituzionale interno*, cit., p. 3614 ss.; E. Cukani, *Il "Polish Gate" e il rafforzamento del diritto dell'UE*, in *DPCE online*, 1/2022, p. 1 ss.; E. Cannizzaro, *Sovereign Within the Union? The Polish Constitutional Tribunal and the Struggle for European Values*, in *European Papers*, 2021, p. 117 ss.; F. Tomasicchio, *Sul sindacato "ultra vires" nell'asse Varsavia-Berlino-Bruxelles alla luce della recente sentenza del Tribunale costituzionale polacco*, in *DPCE online*, 3/2022, p. 1525 ss.



riservata degli Stati membri. È significativo che già nel ricorso del Primo ministro l'ordinamento giudiziario sia stato fatto rientrare negli ambiti materiali dell'identità costituzionale; un'affermazione che si trovava anche nel libro bianco del governo del 2018<sup>141</sup> e che è stata ribadita dal Tribunale costituzionale nelle sentenze P 7/20, K 6/21 e K 7/21<sup>142</sup>. Se già l'operazione, svolta inizialmente dal *Bundesverfassungsgericht*, di individuare alcune aree tematiche come contenuti dell'identità costituzionale, in conformità alla dottrina degli *Staatszwecke*, aveva sollevato alcune critiche<sup>143</sup>, l'inserimento dell'ordinamento giudiziario nell'elenco costituisce un *unicum*, che si comprende solo alla luce delle vicende politico-costituzionali polacche degli ultimi anni. Occorre peraltro segnalare, ai fini di questo lavoro, un'isolata ma robusta opinione dissenziente del giudice Pszczołkowski<sup>144</sup>, in cui si contesta l'uso unilaterale del principio di supremazia della costituzione, senza un tentativo di armonizzazione con quello di apertura agli ordinamenti sovranazionali, e si evidenzia come in realtà la Corte di giustizia non abbia astrattamente imposto alla Polonia una modalità di organizzazione del potere giudiziario, suscettibile di violare l'identità costituzionale, ma abbia accertato in concreto una incompatibilità tra le leggi polacche e il diritto europeo. Va altresì menzionata un'opinione concorrente del giudice Muszyński, che ha denunciato l'uso parziale e selettivo della giurisprudenza tedesca sull'identità costituzionale da parte della maggioranza del Tribunale<sup>145</sup>.

---

<sup>141</sup> White paper on the Reform of the Polish Judiciary, cit., pt. 170 ss., 207 ss.

<sup>142</sup> Cfr. il ricorso del Primo Ministro polacco nel caso K3/21, del 29 marzo 2021, p. 62 (il riferimento è preso dalla traduzione inglese dell'atto, recuperata su *ruleoflaw.pl*); e TPC, sent. P 7/2020, pt. 116; sent. K 6/21, del 24 novembre 2021, pt. 68 e 111; sent. K 7/21, del 10 marzo 2022, pt. 373; sent. K 3/21, del 7 ottobre 2021, pt. 255, 380.

<sup>143</sup> *Supra*, n. 75.

<sup>144</sup> TCP, sent. K 3/21, zdanie odrębne sędziego TK Piotra Pszczołkowskiego, pt. 394 ss. L'opinione dissenziente è molto articolata: oltre a formulare alcuni rilievi di inammissibilità, il giudice contesta la ricostruzione dei rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale, nonché delle funzioni interpretative della Corte di Giustizia, così come effettuata dai giudici di maggioranza. Denuncia la manipolazione della giurisprudenza del Tpc anteriore al 2011 e una considerazione unilaterale dei rapporti tra principio di supremazia della costituzione (art. 8 Cost. pol.) e rispetto degli obblighi internazionali (art. 9 Cost. pol.). Afferma inoltre che il Tribunale non ha la competenza per rimuovere la vincolatività delle norme europee: a un accertamento di incostituzionalità dovrebbe seguire o una revisione costituzionale o la denuncia del trattato da parte degli organi politici. Ad essere *ultra vires*, dunque, non sarebbero tanto gli atti della Corte di giustizia, bensì quelli dello stesso Tpc.

<sup>145</sup> TCP, sent. K 3/21, zdanie odrębne sędziego Mariuska Muszyńskiego, pt. 598 ss., 612 ss.

Se si guarda all'Ungheria e alla Polonia, dunque, il contesto politico è chiaramente decisivo per comprendere il significato dell'identità costituzionale, così come impiegata – o, meglio, abusata – dai rispettivi tribunali costituzionali. Un'identità costituzionale, dunque, dai tratti fortemente omogeneizzanti ed escludenti, che ha interiorizzato una concezione autoritaria del potere e la negazione dei relativi limiti. Si può, tuttavia, fare un passo ulteriore e chiedersi se vi siano – e quali siano – elementi della cultura costituzionale che hanno favorito una trasformazione costituzionale così rapida verso le democrazie illiberali e, conseguentemente, un corrispondente slittamento del significato del concetto di identità costituzionale. A tale proposito, sono stati individuati alcuni fattori determinanti, con sfumature diverse tra i vari autori, che riguardano la storia costituzionale dei due Paesi, la cultura politica e – in maniera meno frequente tra i costituzionalisti – gli orientamenti di politica economica.

Da una parte, è stata messa in luce la difficoltà di conquistare l'indipendenza politica e l'autogoverno, che avrebbe alimentato nel corso del tempo traumi e sentimenti di vittimizzazione nella popolazione. Ciò sarebbe valso per entrambi i popoli, alla luce delle esperienze comuni e nonostante la diversità dei rispettivi percorsi storico-istituzionali<sup>146</sup>. Non meno importante è una fragilità della cultura costituzionale, e soprattutto della cultura politica, dopo la transizione degli anni Novanta: una elevata polarizzazione tra le forze politiche, che ha spostato lo scontro dal piano costituzionale a quello legislativo e giudiziario, senza che fosse possibile raggiungere compromessi adeguati; una scarsa abitudine a sostenere il conflitto e ad articolare un'opposizione nella società e nelle istituzioni, con un ruolo adeguatamente incisivo di gruppi, associazioni, sindacati e partiti<sup>147</sup>.

Di notevole rilievo è anche il peso delle politiche economiche: nel periodo della transizione, e poi in quello a cavallo dell'adesione all'Unione e ancora oltre, i Paesi dell'Europa centro-orientale hanno adot-

<sup>146</sup> T. Drinóczy, A. Bień-Kacała, *Extra-Legal Particularities and Illiberal Constitutionalism – The Case of Hungary and Poland*, in *Hungarian Journal of Legal Studies*, 2018, p. 338 ss.

<sup>147</sup> Cfr. R. Ludwikowski, *Constitutional Culture of the New East-Central European Democracies*, in M. Wyrzykowski (a cura di), *Constitutional Cultures*, Warsaw, 2000, p. 57 ss; B. Bugarić, *Central Europe's Descent into Autocracy: A Constitutional Analysis of Authoritarian Populism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2019, p. 608 ss. Per un'analisi delle culture politiche dei Paesi dell'Europa centro-orientale dopo la transizione v. P. Blokker, *Multiple Democracies in Europe. Political Culture in New Member States*, London e New York, 2010, capp. 6 ss.

tato in maniera repentina e radicale politiche di stampo neoliberale, per inserirsi in maniera competitiva nel mercato globale integrato (una *iper-reazione* al passato comunista). Tali politiche puntavano sul rafforzamento dei diritti di proprietà e degli investimenti stranieri, attraverso ricette ormai note: liberalizzazioni, deregolazioni, privatizzazioni, precarizzazione del lavoro e bassi salari, consolidamento macroeconomico, controllo dell'inflazione, massima circolazione dei capitali. Ma in questi Paesi sono state adottate anche misure che andavano ben al di là di quanto richiesto dalle condizionalità europee e dalle indicazioni provenienti dalle organizzazioni del *Washington consensus*: tali misure riguardavano regimi fiscali fortemente favorevoli agli investimenti (tasse piatte, abbattimento delle aliquote per i redditi delle imprese, privatizzazione del regime pensionistico), senza che fossero adottati provvedimenti solidaristici di riequilibrio. Particolarmente seguito è stato il modello economico tedesco, che tuttavia è stato importato senza quei contrappesi che erano presenti in Germania, e che avevano assicurato la tenuta sociale del capitalismo renano (sindacati forti e *Mitbestimmung*). Anche l'emigrazione è stata molto consistente. Con lo scoppio della crisi del 2007/2008, le contraddizioni di questo modello economico sono emerse in maniera evidente, in particolare tramite l'interruzione dei flussi finanziari e degli investimenti dall'estero, che hanno portato – in misura diversa in Ungheria e in Polonia – a rivolgere l'attenzione verso altri modelli, segnatamente un tipo asiatico di capitalismo di Stato e il rafforzamento di qualche forma di assistenza sociale<sup>148</sup>. A fare le spese di politiche fortemente neoliberali sono stati soprattutto i lavoratori e le fasce più marginali della popolazione: non è un caso che proprio tra queste fasce di elettori i partiti della destra reazionaria abbiano trovato maggiore consenso, cementato dalla retorica dell'omogeneità nazionale e dalla promessa di risposte efficaci a paure di tipo esistenziale, oltre che economico. Essendo stata screditata, con il crollo dei regimi del socialismo reale, l'analisi politica basata

---

<sup>148</sup> Su questi aspetti rimando a M.A. Orenstein, *Reassessing the Neo-Liberal Development Model in Central and Eastern Europe*, in V.A. Schmidt e M. Thatcher (a cura di), *Resilient Liberalism in Europe's Political Economy*, Cambridge, 2013, p. 374 ss. (*ivi*, p. 376, sulla «iper-reazione»); H. Appel e M.A. Orenstein, *Why did Neoliberalism Triumph and Endure in the Post-Communist World?*, in *Comparative Politics*, April 2016, 313 ss.; M.A. Orenstein e B. Bugarić, *Work, Family, Fatherland: the Political Economy of Populism in Central and Eastern Europe*, in *Journal of European Public Policy*, 2020, p. 1 ss.; I. Krastev, S. Holmes, *The Light that Failed. Why the West is Losing the Fight for Democracy*, pp. 53 ss. e 93 ss.; B. Bugarić, *Central Europe's Descent into Autocracy*, p. 601 ss.

sulle classi, essendo risultato insoddisfacente il discorso sulla società civile – che si era rivelato compatibile con il regime capitalistico e con le relative distorsioni –, il soggetto politico al quale ci si è rivolti è stato la nazione<sup>149</sup>. Questa, tuttavia, è stata concepita in maniera tale da escludere il pluralismo e da imporre una concezione ultramaggioritaria della democrazia.

Il fatto che, in Polonia e Ungheria, le corti costituzionali abbiano impiegato in senso abusivo il concetto di identità costituzionale non dovrebbe tuttavia indurre ad accantonarlo, come pure è stato suggerito<sup>150</sup>, perché non sarà la sua eliminazione dal lessico europeo a risolvere il problema – che invero ha radici politiche, storiche, economiche, culturali – delle democrazie illiberali. Piuttosto, è opportuno ricondurre il concetto di identità costituzionale – con le variazioni che si sono viste nelle prime tre esperienze esaminate – a un'area semantica dove è chiaro il nesso originario con il costituzionalismo, e quindi con le idee di limitazione e ordinamento del potere, da un lato, e con quelle di legittimazione democratica del potere e di partecipazione, dall'altro<sup>151</sup>. Ancora, affinché possa parlarsi, in maniera piena di senso, di identità costituzionale, questa dovrebbe avere un sufficiente radicamento sociale, all'interno di una comunità politica che abbia un orizzonte simbolico condiviso. È quindi necessaria una certa continuità temporale, il che esclude che si possa usare in buona fede questa locuzione dopo modifiche costituzionali (formali o sostanziali) improvvise e destabi-

<sup>149</sup> Particolarmente efficace D. Ost, *Workers and the Radical Right in Poland*, in *International Labor and Working-Class History*, 2018, p. 113 ss., ed *ivi* anche un'indicazione di alcune misure adottate a favore di queste fasce della popolazione, dopo un accordo tra Pis e Solidarnosc. Più ambivalente è la valutazione delle politiche economiche adottate dal governo ungherese, cfr. M.A. Orenstein e B. Bugarić, *Work, Family, Fatherland*, cit. Per una interpretazione dell'ascesa dei populismi di destra come *backlash* rispetto alla iper-globalizzazione economica v. D. Rodrick, *Populism and the Economics of Globalization*, in *Journal of International Business Policy*, 2018, p. 12 ss.

<sup>150</sup> R.D. Kelemen e L. Pech, *The Uses and Abuses of Constitutional Pluralism*, cit.; F. Fabbrini e A. Sajó, *The Dangers of Constitutional Identity*, in *European Law Journal*, 2019, p. 457 ss. Cfr. anche G. Martinico e O. Pollicino, *Use and Abuse of a Promising Concept*, cit., p. 249.

<sup>151</sup> J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, cit., p. 551 ss.; v. altresì, a proposito del legame tra identità costituzionale particolare e identità costituzionale generale B. Tripković, *The Metaethics of Constitutional Adjudication*, cit., p. 46 ss. Su questi due caratteri del costituzionalismo v. P. Ridola, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, 2. ed., Roma e Bari, 2014, p. 737 ss.; M. Fioravanti, *Costituzionalismo. La storia, le teorie, i testi*, Roma, 2018, ed *ivi* anche sulla costituzione come progetto e indirizzo.

lizzanti, anche laddove si agganci il concetto a un sostrato “primordiale” e atemporale della nazione<sup>152</sup>. L’identità costituzionale non va concepita in maniera essenzialistica, ed è dunque aperta a possibili modifiche, ma – come si è visto nei paragrafi precedenti – presenta salde radici nel costituzionalismo repubblicano, democratico e sociale del secondo dopoguerra. Nel contesto europeo attuale, l’interazione con il piano sovranazionale è inevitabile e l’identità costituzionale costituisce un concetto importante per articolare i conflitti e negoziare l’allocazione di autorità tra i diversi livelli di governo<sup>153</sup>.

Che la grammatica dell’identità costituzionale sia efficace risulta anche dalla recente sentenza della Corte di giustizia in tema di condizionalità – segnatamente il rispetto del principio dello Stato di diritto – a protezione del bilancio dell’Unione. Essa può essere considerata il sintomo del successo della circolazione di questo argomento giurisprudenziale: è ora la Corte europea a giocarlo contro Ungheria e Polonia, ribadendo che i limiti giuridici al potere e l’indipendenza dei giudici, in quanto espressione del principio/valore dello Stato di diritto (art. 2 Tue), costituiscono parte di un’identità costituzionale condivisa<sup>154</sup>. Certo, su altri fronti – come quello dei rapporti tra libertà economiche e diritti sociali, o quello di una generica estensione del principio antidiscriminatorio<sup>155</sup> – una netta presa di posizione dei giudici di Lussemburgo potrebbe ingenerare resistenze negli Stati membri fondatori. Ma è anche su questo terreno che il potenziale, conflittuale e costruttivo, dell’identità costituzionale può esplicarsi: sia attraverso i canoni argomentativi delle corti, permeati da una relativa autonomia del diritto, sia nella sfera discorsiva dello spazio pubblico, in contesti socio-politici specifici ma comunicanti.

---

<sup>152</sup> Sulla *longue durée* v. *supra*, n. 46; J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, cit., 552 ss.

<sup>153</sup> Tra gli altri v. J. Scholtes, *Abusing Constitutional Identity*, cit., p. 554 ss.; M. Mlynarski, *Zur Integration staatlicher und europäischer Verfassungsidentität*, cit., pp. 315 ss. e 375 ss.

<sup>154</sup> CGUE, sent. 16.2.2022, C-156/21, *Ungheria c. Parlamento e Consiglio*, pt. 127, 232; sent. 16 febbraio 2022, C-157/22, *Polonia c. Parlamento e Consiglio*, pt. 145, 264; sullo specifico aspetto dell’identità costituzionale v. P. Faraguna e T. Drinóczi, *Constitutional Identity in and on EU Terms*, in *verfassungsblog.de* (21 febbraio 2022). Insiste molto sullo Stato di diritto come valore condiviso di una società europea transnazionale e sul ruolo trasformativo della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo A. von Bogdandy, *Strukturwandel des öffentlichen Rechts. Entstehung und Demokratisierung der europäischen Gesellschaft*, Berlin, 2022, p. 112 ss., 154 ss. e 412 ss.

<sup>155</sup> Cfr. A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford, 2014, p. 201 ss., 244 ss.; S. Nicolai, *Lotta alle discriminazioni e modello sociale europeo*, Roma, 2022.



# La “fabbrica del diritto” e il ruolo della comparazione

Matteo Nicolini

## 1. I fattori di produzione del diritto: dialogo, interessi, attori globali

Il dialogo tra comparazione giuspubblicistica e diritti nazionali richiede siano preliminarmente delineate le coordinate dell’indagine. Una prima coordinata guarda al contesto, rappresentato dal diritto globale e/o transnazionale<sup>1</sup>. Il dialogo vi è integrato come una delle dinamiche di armonizzazione, disseminazione e migrazione di principi e istituti giuridici, che si estendono altresì ai processi di «convergence of constitutional structures, institutions, texts, and interpretive methods»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sulle relazioni fra diritto transnazionale e globale v. J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, Cheltenham e Northampton Ma, 2018, p. 49 (i due fenomeni sono «legal dimensions of globalization»); N. Walker, *Rethinking aloud*, in M. Maduro et al. (a cura di), *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 385 (il diritto globale è «one particular subset of transnational law embracing any endorsement of or commitment to the universal»). Un’ulteriore proposta ricostruttiva è in M. Nicolini, *Methodological Rebellions: How to Do Global Comparative Law in a Time of Climate Change*, in 16 *Journal of Comparative Law*, 2021, p. 503 (il diritto transnazionale è prodotto della globalizzazione *tout court*).

<sup>2</sup> R. Hirschl, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2014, p. 205. La letteratura declina le tassonomie tradizionali valorizzando la dimensione costituzionale dei *transplant* (G. Halmai, *Constitutional Transplants*, in R. Masterman e R. Schütze (a cura di), *The Cambridge Companion to Comparative*

La seconda coordinata esamina il ruolo assegnato alla comparazione. Non si tratta solo di misurare con gli strumenti del comparatista significato e portata della convergenza tra diritti nazionali. La questione ha portata più ampia. Il contesto transnazionale è infatti caratterizzato da una differente «global epistemic community» cui partecipano anche gli studiosi del diritto comparato<sup>3</sup>. Ciò induce a interrogarsi se istituti, modelli e classificazioni tradizionali richiedano mutamenti di prospettiva e nuove chiavi di lettura dei fenomeni giuridici.

Il ruolo della comparazione nel dialogo globale è poi connesso a una terza coordinata, di natura epistemologica. Una cosa è studiare, con metodo comparato, il dialogo in contesti omogenei, quali quelli statali; altro è esaminarne le caratteristiche quando il dialogo stesso sia dilatato per ricomprendere ulteriori variabili e attori. Nel contesto transazionale, esso si realizza attraverso processi di produzione normativa spesso “esterni” allo Stato nazionale, le cui regole operazionali sono generate da una costellazione di soggetti non statali produttori di *private lawmaking*<sup>4</sup>. Si tratta di attori che Katharina Pistor designa come «holders of global capital»: i soggetti economici transnazionali partecipano al dialogo per condizionare – determinandone verso, modalità e contenuti – il processo di circolazione e convergenza tra ordinamenti nazionali; detengono le leve della finanza globale; organizzano *supply chain* e catene di valore che ne riflettono gli interessi economici a fini di remunerazione del capitale investito. A tale poliarchia di soggetti privati gli Stati consentono di «pick and choose among their laws»<sup>5</sup>,

---

*Constitutional Law*, Cambridge, 2019, p. 580 ss.), *borrowing* (B. Friedman e C. Saunders, *Symposium: constitutional borrowing: editors' introduction*, in 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, p. 177 ss.; N. Tebbe e R.L. Tsai, *Constitutional Borrowing*, in 108 *Michigan Law Rev.*, 2010, p. 459 ss.), *convergence* (R. Dixon ed E. Posner, *The Limits of Constitutional Convergence*, in 11 *Chicago Journal of International Law*, 2011, p. 399 ss.) e *migration* (S. Choudry, *Migration as a New Metaphor in Comparative Constitutional Law*, in Id. (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2006, p. 16 ss.). V. altresì V. Perju, *Constitutional Transplants, Borrowing and Migrations*, in M. Rosenfeld e A. Sajó (a cura di), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2012, p. 1304 ss.

<sup>3</sup> M. Bönnemann e L. Jung, *Critical Legal Studies and Comparative Constitutional Law*, in *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2017, par. 21.

<sup>4</sup> Cfr. *infra*, n. 5. J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, cit., p. 48 definisce tali processi e soggetti «globalising legalities». «Costellazione» (*constellation*) è in M. Nicolini, *Methodological Rebellions*, cit, p. 506.

<sup>5</sup> K. Pistor, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, 2019; Ead. *Capital's global rule*, in *Constellations*, 2019, p. 436.



generando mutazioni giuridiche e diritto a prescindere dallo Stato e al suo sistema di produzione normativa.

Un'ultima coordinata ha natura metodologica. Più precisamente, essa esprime insoddisfazione nei confronti di come la comparazione ha tradizionalmente indagato la mutazione giuridica. Certo, non mancano analisi puntuali dell'impatto di variabili non giuridiche sui modi produzione del diritto oggettivo<sup>6</sup>. Si pensi alle indagini sull'uso di *numerical comparative law*, indicatori e *ranking* (la cosiddetta *leximetrics*) per indurre mutamenti ordinamentali attrattivi di investitori stranieri<sup>7</sup>. Anche il cambiamento climatico incide sul fenomeno giuridico, costringendoci a navigare verso «an entirely new social and political structure», avendo il suo impatto «eaten into trust in state authority... igniting a complex bundle of social kindling»<sup>8</sup>. La crisi climatica richiede un processo di «adaptation of the political»<sup>9</sup>, perché essa sta alterando irreversibilmente i contesti socio-geografici sui quali l'organizzazione politico-costituzionale delle comunità politiche è stata tradizionalmente edificata<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr., ad es., M. Graziadei, *Comparative Law, Transplants, and Receptions*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2. ed., Oxford, 2019, p. 422 ss.; H. Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, *ivi*, p. 599 ss.; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, 2. ed., Torino, 2019, p. 166 ss.

<sup>7</sup> Cfr. M. Siems, *Comparative Law*, 3. ed., Cambridge, 2022, p. 180. V. altresì A. Gambaro (a cura di), *Misurare il diritto*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2012; F. Paris e B. Luppi, *Quantitative methods in comparative law*, in P.G. Monateri (a cura di), *Methods in Comparative Law*, Cheltenham e Northampton Ma, 2012, p. 306 ss; G. Ajani, *Ruling by indicators: How the use of vague notions and quantitative indicators facilitates legal change*, in 23 *Cardozo Electronic Bulletin*, 2017, p. 1 ss.; D. Nelken, *The Legitimacy of Global Social Indicators: Reconfiguring Authority, Accountability and Accuracy*, in *Les Cahiers de Droit*, 2018, p. 35 ss.; D. Restrepo Amariles, *Legal Indicators, Global Law and Legal Pluralism: An Introduction*, in 14 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 2015, p. 14; R.D. Cooter e T. Ginsburg, *Leximetrics: Why the Same Laws are Longer in Some Countries than Others*, in *Univ. of Illinois Law & Economics Research Paper No. LE03-012*, 2003; M. Siems, *Taxonomies and Leximetrics*, in J.N. Gordon e W.-G. Ringe (a cura di), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, Oxford, 2018, p. 228 ss.; G. Schnyder et al., *Twenty years of "Law and Finance": Time to Take Law Seriously*, in *Socio-Economic Review*, 2021, p. 377 ss.

<sup>8</sup> D. Wallace-Wells, *The Uninhabitable Earth. A Story of the Future*, London, 2019, p. 127 s.

<sup>9</sup> G. Mann e J. Wainwright, *Climate Leviathan: A Political Theory of Our Planetary Future*, London, 2018, p. ix ss.

<sup>10</sup> Sulla mutazione giuridica indotta dal cambiamento climatico sia consentito rinviare a M. Nicolini, *Methodological Rebellions*, *cit.*; Id., *Law, the Humanities, and Political Uncertainty in a Time of Climate Change*, in 1 *Legalities*, 2021, spec. p. 496 ss.; Id., *Legal Geography. Comparative Law and the Production of Space*, Cham, 2022, spec. cap. 8.

L'“insoddisfazione” metodologica giustifica il titolo del contributo. Se è vero che i sistemi giuridici sono «part of the fabric of societies»<sup>11</sup>, è altrettanto vero che, dilatando la nozione di dialogo, il contesto transnazionale impatta sulla *social fabric*, regolandola e conformandola. Sulla scorta di riflessioni condivise con un collega nella scrittura di una comune opera monografica<sup>12</sup>, può affermarsi che gli *holder of capital* incidano, per mezzo del dialogo, sui processi di produzione normativa nazionali. Non si tratta di adottare un punto di vista esterno sul diritto<sup>13</sup>, quanto accertare come la costellazione dei soggetti operanti nell'ordine giuridico transnazionale condizioni il processo decisionale statale. *Ça va sans dire*, l'obiettivo è la promozione degli interessi della comunità giuridica transnazionale.

Come si avrà modo di vedere, l'azione dei soggetti transnazionali converte la sfera pubblica e i circuiti democratico-rappresentativi in luogo di discussione, deliberazione e adozione delle regole giuridiche di disciplina e protezione dei propri interessi e finalità. La relazione che instaurano con le comunità statali mira a superare l'alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e sostanza regolativa (privatistica) tipica dello Stato operante come dispositivo neoliberale. Il concetto di dialogo fa così velo a una pluralità di strumenti mediante i quali gli interessi della comunità giuridica transnazionale penetrano la sfera pubblica, dove sono percepiti, tutelati e regolati come interessi del corpo politico.

Le sedi di produzione normativa nazionali si vedono sostituite da una «fabbrica del diritto» che elabora la «law that was wanted» dai soggetti economici globali<sup>14</sup>. Operando in tale fabbrica, lo Stato non interviene nell'economia per «socializzarla», bensì «per imporre il funzionamento del mercato»<sup>15</sup>, assicurando la semplificazione (e privatizzazione) degli strumenti contrattuali per consentire alla «possessive market society» globale di massimizzare i profitti<sup>16</sup>. La protezione de-

<sup>11</sup> J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law. Rubbing Shoulders with the Neighbours or Standing Alone in a Crowd*, Cheltenham e Northampton Ma, 2022, p. 143.

<sup>12</sup> D. D'Alvia e M. Nicolini, *The Factory of Global Legal Indicators: Managing the Law from the Outside*, Abingdon e New York (in corso di pubblicazione).

<sup>13</sup> Cfr. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 21 ss.; J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law*, cit., p. 150.

<sup>14</sup> A. Watson, *Failures of the Legal Imagination*, Philadelphia, 1988, p. 87.

<sup>15</sup> A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 101.

<sup>16</sup> C.B. Macpherson, *The political theory of possessive individualism*, Oxford, 2010, p. 48.

gli interessi dei soggetti del diritto transnazionale inaridisce (e sostituisce) così la funzione di cura degli interessi delle comunità politiche di riferimento, caratteristica strutturale del costituzionalismo liberale.

## 2. Statica e dinamica del dialogo, tra paradigmi evolucionista e diffusionista

Complice un impiego massiccio (per non dire un abuso) della nozione, nel contesto transnazionale il dialogo si è convertito in un approccio metodologico *bon à tout faire* e in un tema “classico” del diritto comparato<sup>17</sup>.

Senza richiamare la consistente produzione scientifica in materia, ci si limita a ricordare come il dialogo tra diritti nazionali si realizzi come scambio di regole operazionali nell’ambito di un medesimo formante (dialogo intra-formanti) o tra formanti differenti (dialogo inter-formanti); si pensi, ad esempio, all’utilizzo del formante dottorale per la costruzione del formante giurisprudenziale e l’elaborazione di quello normativo, mediante il richiamo di decisioni nei testi di altre decisioni e nei lavori preparatori delle assemblee legislative e costituenti<sup>18</sup>. In molti casi, l’analisi riguarda anche l’intensità del dialogo, che spesso è asseverato da indagini quantitative che ne indicano anche la direzione e il verso – dunque, i principali ordinamenti esportatori e quelli riceventi –, nonché la creazione di veri e propri network fra attori coinvolti nello scambio tra varie tipologie di formanti<sup>19</sup>.

Il dialogo impegna la comparazione in indagini che guardano sia alla “statica”, sia alla “dinamica” dello scambio tra i formanti, le cui di-

---

<sup>17</sup> Una rassegna dei temi che popolano il «traditional comparative law» è in M. Siems, *Comparative Law*, cit., 15.

<sup>18</sup> Sul dialogo interformanti dottrina-giurisprudenza v., ad es., i contributi raccolti in L. Pegoraro (a cura di) *Professori e giudici (I riferimenti alla dottrina nella giurisprudenza costituzionale e suprema)*, in *Annuario di diritto comparato e studi legislativi*, 2015; S. Bagni, M. Nicolini, E. Palici di Suni, L. Pegoraro, A. Procida Mirabelli di Lauro e M. Serio (a cura di), *Giureconsulti e giudici. L’influsso dei professori sulle sentenze*, vol. 1 (*Le prassi delle Corti e le teorie degli studiosi*) e vol. 2 (*La dottrina nella giurisprudenza oltre i confini di spazio, giurisdizione e materia*), Torino, 2016. Per il dialogo dottrina-lavori preparatori v. almeno L. Pegoraro, *Il diritto comparato nel dibattito sulle proposte di riforma costituzionale in materia di decentramento territoriale*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, vol. 5, Torino, 2010, p. 2465 ss.; G. de Vergottini, *Comparazione e diritto costituzionale*, in *Nomos*, 2018, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Cfr., ad es., M. Siems, *Comparative Law*, cit., p. 212, che riporta come esempio la rielaborazione dei dati quantitativi mediante un grafico di *cross-citation* fra corti supreme in materia di diritto privato.

namiche riflettono la dicotomia tra paradigmi evolucionista e diffusio-nista utilizzati per interpretare i processi di mutazione giuridica<sup>20</sup>. Con il temine statica ci si riferisce all'equilibrio raggiunto dai formanti di un ordinamento nel momento in cui questo si candida a divenire modello esemplare degno di esportazione. La comparazione se ne occupa anche in prospettiva diacronica, illustrandone la formazione del modello a esito dell'evoluzione, inaridimento e rivitalizzazione dei formanti che lo compongono. La dinamica si concentra sull'attivazione del dialogo, sulla diffusione del modello esemplare e sull'assimilazione nei sistemi recettori di soluzioni normative, giurisprudenziali e dottrinali elaborate in differenti contesti ordinamentali. Le correlazioni dialettiche statica-dinamica, da una parte, ed evolucionismo-diffusionismo, dall'altra sono alla base del processo di elaborazione dei *ranking* tra sistemi<sup>21</sup>.

Favorita dal dialogo, la diffusione di un modello induce a indagare la statica dell'ordinamento esportatore per individuarne le ragioni della superiorità, percepita come l'esito di un processo di evoluzione dei formanti che lo rende, agli occhi dei riceventi, meritevole di imitazione. In altre parole: la statica è la risultante dell'applicazione del paradigma evolucionista operante come «vettore di senso per il presente»<sup>22</sup>, il quale indica il verso della diffusione e la dinamica del dialogo tra ordinamenti che intendono convergere verso un comune stadio di superiorità giuridica<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Cfr., ad es., A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, 3. ed., in *Trattato di diritto comparato*, diretto da R. Sacco, Torino, 2018, p. 24; A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 159; M. Graziadei, *Comparative Law*, cit., p. 457 ss.

<sup>21</sup> Oltre ai contributi indicati *supra*, nota 8, v. M. Nicolini, *Praising the World "by Geometrical Terms": Legal Metrics, Science and Indicators in Swift's Voyage to Laputa*, in *Pólemos*, 2019, p. 327 ss.; M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019; R. Scarciglia, *Il "cigno nero" e il comparatista. Riflessioni su indicatori, variabili e comparazione giuridica*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2021, p. 73 ss.

<sup>22</sup> N. Rouland, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, p. 184.

<sup>23</sup> Cfr. R. Hirschl, *Comparative Matters*, cit., p. 205. Sulla natura "plurale" dei processi di *legal convergence* v., oltre agli autori citati a *supra* nt. 2, M. Nicolini, *Methodologies of Comparative Constitutional Law: Universalist Approach*, in *Max Planck Encyclopaedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, 2020, nn. 40-45.

### 3. Il dialogo globale, tra mutazione giuridica e resistenza

L'operatività dei paradigmi di mutazione giuridica è evidente nel dialogo intra-formanti, particolarmente nel *Global south*.

Si consideri la decisione *Africa Personnel Services (Pty) Ltd v Government of Republic of Namibia and Others* della Corte Suprema della Namibia<sup>24</sup>. Essa è denotativa dell'attitudine dei giudici nazionali a un dialogo capace di rileggere, mutandoli, istituti giuridici espressivi dell'identità costituzionale del Paese. La sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale del reato di interposizione di manodopera (*labour hire*) disciplinato alla sez. 128 del Labour Act del 2007. La ragione della criminalizzazione risiedeva nelle odiose pratiche del caporalato applicato durante l'*apartheid*<sup>25</sup>. La decisione reinterpreta la fattispecie criminosa alla luce della libertà costituzionale di iniziativa economica privata (sez. 21(1)(j) Cost.) e delle evoluzioni intervenute a livello globale nella disciplina del mercato del lavoro. Nel prospettare un'interpretazione adeguatrice della stessa, la Corte rivitalizza un istituto, tratto dal sostrato giuridico di *Roman-Dutch law*, che sembrava non più applicabile in una società contemporanea: è la *locatio conductio operis*<sup>26</sup>, ora funzionale alla mutazione giuridica prodotta in via giurisprudenziale.

Non conoscendo la specialità che il "moderno" contratto di lavoro stabilisce a favore del contrente debole-lavoratore<sup>27</sup>, il diritto romanolandese offre un paradigma che ristabilisce, una volta riletto in chiave capitalistica e neoliberale, un'apparente «parità giuridico-formale» tra i soggetti pattuenti<sup>28</sup>. L'interpretazione adeguatrice consente di dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione incriminatrice del *labour hire*<sup>29</sup>, anche alla luce – come s'è detto – dell'evoluzione del mercato globale del lavoro, ricostruita mediante infusione nella decisione di formanti dottrinali, giurisprudenziali e normativi tratti da Stati del *Commonwealth*, dall'Unione europea e dal diritto globale<sup>30</sup>. La Corte attiva il dialogo selezionando i materiali normativi da immettere nel

<sup>24</sup> [2009] NASC 17 (14 dicembre 2009).

<sup>25</sup> *Ivi*, par. 1.

<sup>26</sup> *Ivi*, parr. 10 e 22.

<sup>27</sup> P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 57 ss.

<sup>28</sup> A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 2, Milano, 2005, p. 39.

<sup>29</sup> *Africa Personnel Services*, cit., par. 91.

<sup>30</sup> Sull'intreccio fra i formanti per elaborare una nuova tradizione costituzionale della

sistema giuridico, “piegandone” i contenuti a fini di riforma anche dell’identità costituzionale della Namibia.

Un secondo esempio è tratto dalla *Global south critique*, intesa come resistenza al dialogo tra diritti nazionali in un contesto globale. Il “verso” di tale dialogo è stato generalmente unidirezionale (dal Nord al Sud del mondo). Adottando un atteggiamento etnocentrico e coloniale, esso dimentica come le tradizioni giuridiche, anche costituzionali, del *Global south* spesso rispondano a valori alternativi a quelli degli Stati occidentali<sup>31</sup>. Prova ne sia la chiusura delle corti a un dialogo che preme per l’adesione alla versione “occidentale” (e universale) dei diritti umani. Queste rigettano l’applicazione del paradigma diffusionista in relazione, ad esempio, alla libertà di orientamento sessuale, di diritto di famiglia e delle persone e di applicazione della pena di morte<sup>32</sup>, ritenendo tali ambiti impenetrabili se non dalla coscienza delle comunità nazionali<sup>33</sup>. In tal modo, il *Global south* oppone al Nord del mondo una “statica” del dialogo che impedisce alle dinamiche diffusioniste di conformarne la modalità di tutela dei diritti umani.

Anche taluni ordinamenti del *Global north* aderiscono a tale lettura critica del dialogo globale<sup>34</sup>. Qui, tuttavia, è questione non solo di resistenza al paradigma diffusionista, quanto di promozione dei valori incarnati dal relativo ordinamento nazionale; a esito di un processo evolucionista, questo ha raggiunto un grado tale di superiorità giuridica da non aver necessità alcuna di ricorrere al dialogo<sup>35</sup>. Ne sono archetipo gli Stati Uniti d’America, “culla” dei valori universali del costituzionalismo per aver adottato «the best... version of some spe-

---

Namibia circa il *labour hire*, v. M. Nicolini, *L'altra Law of the Land. La famiglia giuridica “mista” dell’Africa australe*, Bologna, 2016, p. 158 ss.

<sup>31</sup> Cfr. R. Hirschl, *Comparative Matters*, cit., 207 e W. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, 2006, p. 55 ss.

<sup>32</sup> Ciò è particolarmente vero nel *Commonwealth Caribbean*. Cfr. S. Bagni e M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, p. 146 ss.; P. Passaglia, *La condanna di una pena. I percorsi verso l’abolizione della pena di morte*, Firenze, 2021.

<sup>33</sup> M. Nicolini, *Methodologies of Comparative Constitutional Law*, cit., nn. 54-56, anche per una rassegna di decisioni giudiziali che “resistono” al dialogo globale. La “resistenza” al dialogo in materia di orientamento sessuale è venuta meno in Botswana (*Letsweletse Motshidiamang v. Attorney General* del 2019) e Belize (*Attorney General v. Orozco* sempre del 2019).

<sup>34</sup> Sui limiti del dialogo v. J. Smits, *Comparative law and its influence on national legal systems*, in R. Zimmermann e M. Reimann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 508.

<sup>35</sup> Cfr. R. Hirschl, *Comparative Matters*, cit., p. 197.

cific principles of justice, and hold it on to the rest of the world as something to emulate»<sup>36</sup>. Ciò è particolarmente evidente nel *dissent* di Scalia a *Roper v. Simmons* che esprime refrattarietà al dialogo, se gli Stati Uniti operano come ordinamento ricevente. Al fine di stabilire i «Nation's current standards of decency» – afferma Scalia –, non va richiamato il Regno Unito, in ragione della sua «recent submission to the jurisprudence of European courts dominated by continental jurists – a legal, political, and social culture quite different from our own»<sup>37</sup>. Sempre Scalia rilevò che i giudici statunitensi «are servants of their peoples, sworn to apply, without fear or favor, the laws that those peoples deem appropriate» e non «some international priesthood empowered to impose upon our free and independent citizens supra-national values that contradict their own». Se – conclude Scalia – «international norms had controlled our forefathers, democracy would never have been born here in the Americas»<sup>38</sup>.

La chiusura al dialogo, dunque, dipende dalla superiorità della democrazia statunitense che nulla deve apprendere da altre esperienze costituzionali.

#### 4. Dinamica inter-formanti, *network* e mercato delle riforme

Le decisioni esaminate rivelano la remuneratività della dinamica inter-formanti nel dialogo tra ordinamenti nazionali, anche costituzionali. E ciò, per una pluralità di motivi.

In primo luogo, tale dinamica consente di dilatare il dialogo oltre a sistemi che, con lessico comparatistico, si dicono comparabili perché o ascrivibili alla stessa famiglia giuridica, o partecipi della medesima tradizione giuridica o espressivi della medesima forma di Stato<sup>39</sup>. Essa

<sup>36</sup> M. Tushnet, *The Universal and the Particular in Constitutional Law*, in 100 *Columbia Law Review*, 2000, p. 1339.

<sup>37</sup> U.S. Supreme Court, *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005) per Scalia J dissenting.

<sup>38</sup> A. Scalia, *Program V – Commentary*, in 40 *Saint Louis University Law Journal*, 1996, p. 1122. Cfr. altresì J. Smits, *Comparative law*, cit., p. 517.

<sup>39</sup> Cfr. G. de Vergottini, *Comparazione e diritto costituzionale*, cit., p. 6. Va evidenziato che, sul piano metodologico, l'A. ha sempre considerato l'«omogeneità culturale... come uno dei presupposti della comparabilità». Cfr. altresì L. Buscema, *Le complessità della comparazione tra sistemi giuridici nella ricerca di valori (universalmente) condivisi*, in *Federalismi.it*, 2018, p. 1 ss.

assicura così al dialogo un respiro più ampio o, se si vuole, globale<sup>40</sup>. Nel dialogo tra sistemi distanti fra loro è più agevole verificare come la dinamica diffusionista attivi processi di mutazione giuridica che – è il caso della Namibia – hanno ripercussioni anche costituzionali, depotenziando l'effetto normativo derivante dalla storia costituzionale, vero formante culturale che plasma l'identità nazionale.

Riguardata da questa prospettiva, la resistenza opposta dal *dissent* di Scalia è ancora più esplicita. E lo è in modo davvero singolare, perché, nell'ordito della decisione, la Corte suprema considera dialogo solo quello tra attori e formanti della *Western legal tradition*<sup>41</sup>. La *naïvité* di qualche comparatista eurocentrico potrebbe pensare che la «submission to the jurisprudence of European courts dominated by continental jurists» – cui Scalia fa riferimento – sia da intendere come limitata a un «mercato delle idee»<sup>42</sup>. Tutto il contrario: essa si estende al «mercato delle riforme» (anche costituzionali<sup>43</sup>) che accresce la performatività economica degli Stati, ne riduce la spesa pubblica e ne aumenta l'efficienza dell'azione in ambito economico. La pandemia ha accentuato tale processo; nell'Unione europea, le politiche di *recovery* del programma *Next Generation Eu* hanno replicato forme di condizionalità con divieto di salvataggio finanziario degli Stati<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> L'indole globale del dialogo è dunque preclusa se si aderisce all'impostazione (eurocentrica) che collega in modo biunivoco omogeneità culturale e comparabilità (v. *supra*, nota 40). Anche il funzionalismo riduce il dialogo limitandolo ai soli ordinamenti da cui desumere equivalenti funzionali: M. Siems, *Comparative Law*, cit., pp. 33 ss. e 45 ss.

<sup>41</sup> La limitazione del dialogo al contesto tra Stati Uniti e Unione europea *sub specie* di citazioni nella giurisprudenza della Corte Suprema e della Corte di giustizia è evidenziata da S. Rodin, *Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*, in *64 American Journal of Comparative Law*, 2016, p. 815 ss.

<sup>42</sup> Sull'uso dell'espressione v. Corte Suprema Usa, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) *per* Wendell Holmes J. dissenting; *United States v. Rumely*, 345 U.S. 41, 56 (1953) *per* Douglas J. concurring.

<sup>43</sup> Si pensi al Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell'unione economica e monetaria del 2012. Cfr. S. Peers, *The Stability Treaty: Permanent Austerity or Gesture Politics?*, in *European Constitutional Law Review*, 2012, p. 404 ss. Per una lettura critica v. A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2018, p. 167 ss. e Id., *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 177 ss.

<sup>44</sup> Cfr. lo *Special meeting of the European Council* (17, 18, 19, 20 and 21 July 2020) – Conclusions. Una sana *governance* economica è la condizionalità stabilita dall'art. 10 del Reg. (Ue) 2021/241 che istitutivo del dispositivo per la ripresa e la resilienza. Cfr. A. Somma, *Il mercato delle riforme. Come l'Europa è divenuta un dispositivo neoliberale irriformabile*, in E. Mostacci e A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro*



La stessa sentenza sul caporalato è funzionale all'apertura di un cantiere delle riforme del mercato del lavoro in Namibia. L'assetto dei formanti nazionali si è caratterizzato per una evoluzione peculiare utile a giustificare misure neoliberali di flessibilizzazione. Nel *Roman-Dutch law* dell'Africa australe, il sostrato romanistico non è stato contaminato dal *droit social*, come accaduto in Europa continentale. In Italia, ad esempio, già la nota prolusione del 1893 di Luigi Tartufari evidenziava come «la struttura giuridica che più soffre dal decrepito schema romano della locazione d'opere» fosse proprio il contratto di lavoro per la «irriducibilità a merce delle prestazione oggetto del contratto, il carattere personale del lavoro» e una «struttura contrattuale maggiormente imperniata su un *intuitus personae*»<sup>45</sup>. Le catene produttive spersonalizzate della globalizzazione possono dismettere queste specificità e tornare a «una libertà contrattuale e di eguaglianza delle parti... che si riducono a vane parole»<sup>46</sup>. La *locatio conductio operis* può così essere astoricamente utilizzata per garantire la riforma richiesta dagli investitori internazionali, in cui il mercato del lavoro priva di tutele i lavoratori per soddisfare le *performances* richieste dalla *global financial dominance*.

In secondo luogo, il dialogo intra-formanti bypassa il *public/private divide* e mira alla performatività dei sistemi anche costituzionali. Il diritto costituzionale comparato ha ereditato infatti le ambizioni universaliste, il metodo e la terminologia forgiata dai cultori del diritto privato comparato già alla fine del XIX secolo. L'applicazione di indicatori, inoltre, promuove la mutazione giuridica accelerando l'omogeneizzazione verso gradi di universale superiorità giuridica. Omogeneità significa efficienza, attrattività di investitori stranieri e massimizzazione delle rendite ottenibili dal capitale investito, secondo «mechanisms associated with neo-liberal restructuring of the global political economy» che riflettono pertanto una *global common regulation* per relazioni finanziarie e mercati internazionali<sup>47</sup>.

---

dell'Europa, Roma, 2021, p. 229 ss.; M. Brunazzo, *Il Next Generation EU: solidarietà e politica nell'UE della pandemia*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2022, p. 43 ss.

<sup>45</sup> P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit., p. 58 che richiama L. Tartufari, *Del contratto di lavoro nell'odierno movimento sociale e legislativo*, Macerata, 1893.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> S. Gill, *New constitutionalism, democratisation and global political economy*, in *10 Global Change, Peace & Security*, 1998, p. 23.

Con terminologia aziendalistica, si è al cospetto di un'amministrazione per la (gestione delle) crisi, la cui *performance* muta la portata dei principi costituzionali. Come nelle imprese, le riforme costituzionali chiedono bilanci "sani" e conti in equilibrio<sup>48</sup>. Le costituzioni econometriche appiattiscono la varietà delle "forme" giuridico-costituzionali sul contenimento dei costi e misurano la qualità democratica con metodi quantitativi basati su modelli economici, con profonde incisioni sulla fruizione dei diritti (in special modo sociali)<sup>49</sup>. La democrazia costituzionale diviene così formula di compendio per decisioni che, pur assunte nel formale rispetto delle disposizioni costituzionali, devono essere finanziariamente sostenibili.

Non stupisce che il *private/public divide* imbrigli a livello globale la residua sovranità statale in una trama di relazioni che corrono tra il Wto, la *World Bank* e il Fmi. È un circuito decisionale che lo Stato istituisce impegnandosi a rispettare, ma dalla cui *governance* è escluso. L'ordine giuridico generato è «dotato di proprie fonti, organi giurisdizionali e regole di interpretazione» e che impatta sulla produzione normativa statale anche superando il *public/private divide*: la *governance* (privatistica) affluisce nelle legislazioni nazionali e replica modelli di *private lawmaking*<sup>50</sup>.

In terzo luogo, la mutazione giuridica genera il conformismo nel mercato delle riforme. «Are you networked yet?»: con tale interrogativo Monica Claes e Maartje de Visser intitolavano un saggio del 2012 sul *global judicial network*<sup>51</sup>. L'interrogativo può essere applicato anche al dialogo tra ordinamenti. In un mercato delle riforme conformista ed esposto a condizionalità economiche, ben si comprende perché gli Stati partecipino al dialogo e aderiscano a tali network. Questi adattano il proprio ordinamento al paradigma (di tipo privatistico) suggerito dagli *holder of global capital* perché si attendono un beneficio economico dalla mutazione giuridica intrapresa.

<sup>48</sup> J. Esteve Pardo, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid etc., 2013, p. 138.

<sup>49</sup> Cfr. M. Nicolini, *Modelos económicos neoliberales y cambios constitucionales. La promoción de la mutación jurídica en la perspectiva de la comparación*, in *Revista de Derecho Político*, 2020, p. 71 ss.

<sup>50</sup> Rispettivamente: P.G. Monateri e A. Somma, *Il modello di civil law*, Torino, 2016, p. 231; D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, in *Ohio State Law Journal*, 2003., p. 413.

<sup>51</sup> M. Claes e M. de Visser, *Are You Networked yet? On Dialogues in European Judicial Networks*, in 8 *Utrecht Law Review*, 2012, p. 100 ss.

La contraddizione tra diritto costituzionale ed economia non potrebbe essere più evidente. Il sistema economico globale poggia sui principi (economici giuridici e politici) dello Stato liberale, al prezzo di invertire la relazione tra democrazia costituzionale e democrazia economica neoliberale e rendere funzionali le politiche economiche statali alle esigenze della finanza globale. Ciò riduce lo spazio dell'indirizzo politico statale in politica economica e di bilancio, contraddicendo i principi e valori del costituzionalismo classico.

Il formante costituzionale è sottoposto a notevoli stress: da regola e limite al potere (anche economico), esso ne diviene garante, assicurando a tutti i livelli di governo la corrispondenza tra entrate e spese attraverso la regola operativa della gestione efficiente delle risorse. Ne esce compromesso il funzionamento delle forme di governo parlamentari e la funzione di autorizzazione e controllo delle assemblee elettive in sede di approvazione delle leggi di bilancio, le quali sembrano ora dipendere, come dimostra il caso italiano, più dalla fiducia dei mercati che dalle Camere del Parlamento<sup>52</sup>. Il fenomeno si accompagna a un mutamento del significato del fenomeno giuridico: da strumento di organizzazione della comunità, esso diviene moltiplicatore della resa economica dei sistemi a garanzia della solvibilità dello stesso. Ciò assicura che il «distressed sovereign debt can be sold on private equity markets» e lo Stato, da soggetto debitore, è «subjected to the harsh economics of private law»<sup>53</sup>.

La democrazia (economica) costituzionale si basa su decisioni assunte nel formale rispetto delle disposizioni costituzionali. Si è anche proposto di definire tale mutazione «democrazia nominale»<sup>54</sup>. La Costituzione – formalmente *compliant* con gli standard democratici – è sostanzialmente chiamata a registrare le richieste della finanza globale

---

<sup>52</sup> Come aveva evidenziato Antonio Ruggeri in relazione alla formazione dei governi Monti (2011) e Conte (2018): *Art. 94 della Costituzione vivente: 'Il Governo deve avere la fiducia dei mercati'* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in *Federalismi.it*, 2011; *Anomalie di una crisi di governo e rischio di un uso congiunturale della Costituzione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.

<sup>53</sup> H. Muir Watt, *Further terrains for subversive comparison: the field of global governance and the public/private divide*, in P.G. Monateri (a cura di), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 286. Sulle forme di adattamento dello Stato agli interessi degli holder of global capital v. altresì M. Nicolini, *'Inequality of Goods and Lands' in Mortgaged Democracies: Paradigms and Effects of Global Comparative Law*, in *Liverpool Law Rev.*, 2020, p. 27 ss.

<sup>54</sup> R.O. Keohane, *Nominal democracy? Prospects for democratic global governance*, in 13, *International Journal of Constitutional Law*, 2015, p. 344.

in una retorica democratica che vede arretrare l'assiologia costituzionale pur di aderire al network degli ordinamenti desiderosi di adottare la logica aziendalistica degli investitori.

## 5. I nuovi soggetti del dialogo: gli *holder of global capital*

L'impatto della finanza mondiale dà conto di un'ultima ragione a supporto di una lettura inter-formanti del dialogo tra ordinamenti. Si tratta della sua attitudine a dilatare gli attori che vi partecipano. Già s'è detto che gli *holder of global capital* sono soggetti economici transnazionali che cercano di determinare verso, modalità e contenuti del processo di circolazione e convergenza tra ordinamenti nazionali.

Nel dialogo, gli attori della finanza globale sono portatori di interessi che, per essere conseguiti, necessitano di nuovi formanti e, loro tramite, della produzione di nuovo diritto. Dal punto di vista dei materiali normativi, il dialogo estende la tipologia di formanti a disposizione. Le istanze normative di tali *private orderings* generano quello che David Snyder definisce *private lawmaking*<sup>55</sup>. Impiegata per titolare un articolo sul *privately made law*, la locuzione è d'interesse per il presente contributo. Da una parte, essa testimonia della perdita di significato e prescrittività del *discrimen* fra disciplina dell'interesse generale (e pubblico) e gli strumenti regolativi di transazioni tra soggetti privati. Dall'altra, esprime un criterio sostanziale di identificazione delle fonti di produzione del diritto oggettivo. Il *private lawmaking* designa un effetto normativo, elevando a regola di condotta della comunità politica (e dell'ente che ne è esponenziale) la disciplina adottata dai portatori di interessi particolari al fine di regolare i propri rapporti giuridici patrimoniali quali che «siano il... nome, il procedimento di formazione, e l'organo da cui... promana» tale effetto normativo<sup>56</sup>.

Sotto questo riguardo, il *private lawmaking* è un «pervasive and important element of contemporary lawmaking», nonché «a robust component of commercial and consumer life»<sup>57</sup>. Si tornerà più avanti

<sup>55</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, in *Ohio State Law Journal*, 2003, p. 413.

<sup>56</sup> R. Guastini, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2010, p. 17.

<sup>57</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., p. 374.

sull'utilizzo strategico del *private lawmaking* nelle relazioni tra *holder of capital* e cittadini-consumatori<sup>58</sup>. Mentre il *private lawmaker* è (e rimane) un soggetto privato (*private group*), l'effetto normativo si estende ben oltre la *self-regulation*. Nel diritto statale, il suo rilievo è assicurato dalle norme dispositive (*default rules*), cedevoli rispetto alle scelte regolative delle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale. È, questa, una notevole apertura di credito verso l'autopoiesi della disciplina contrattuale posta dagli stessi soggetti che regolano le comuni transazioni rimanendone vincolati<sup>59</sup>, dilatandone la legittimazione e lo spazio applicativo<sup>60</sup>.

Lungi dal rappresentare meri *private ordering*, i soggetti economici transnazionali producono un effetto *quodammodo* normativo, dal momento che esercitano «important segments of lawmaking power, affecting millions who are not groups members»<sup>61</sup>. Di più: essi vincolano le controparti senza che sia richiesta adesione spontanea alla regolazione *privately made* e, dunque, la media osservanza dei consociati. A differenza del diritto oggettivo – che compone gli interessi particolari in quello generale –, la produzione normativa in esame è autopoietica perché espressiva di un interesse sezionale che guarda alla massimizzazione dei profitti, alla remunerazione del capitale investito e all'accumulo della ricchezza. Poiché, tuttavia, tali interessi mirano a controllare, alterandole, «the levers for the distribution of wealth in society»<sup>62</sup>, il *private lawmaking* diviene fonte di produzione eteronoma di situazioni giuridiche per tutti coloro – i consumatori, in primo luogo – che subiscono le conseguenze della riscrittura delle regole sulla (dis)eguale distribuzione della ricchezza all'interno delle comunità politiche.

## 6. Dialogo, *private lawmaking* e mediazione di interessi

Il *private lawmaking* trova nel diritto transnazionale un contesto ideale; trascendendo i confini nazionali, esso ibrida regole giuridiche emanate da soggetti pubblici e privati, nonché «other rules» (derivanti

<sup>58</sup> Cfr. *infra* n. 7.

<sup>59</sup> Sul concetto di autopoiesi v. M. Pedrazza Gorlero, *Il patto costituzionale. Potere e diritto fra protezione e obbedienza*, 2. ed., Padova, 2012, p. 5.

<sup>60</sup> D.V. Snyder, *Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2007, p. 418 ss.

<sup>61</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., p. 377.

<sup>62</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., p. 17.

da *self-regulation* e *soft law*) «which do not wholly fit into... standard categories». È la ragione, questa, che ne spiega lo studio da parte dei comparatisti<sup>63</sup>.

La necessità di estendere a tale fenomeno giuridico (e ai suoi soggetti) la nozione di dialogo discende dalla necessità di generare un diritto in grado di dare risposte alle esigenze di una comunità che produce, commercia, investe e remunera il capitale investito. Non a caso, il diritto transnazionale è creato proprio da quegli stessi *holder of global capital* che promuovono la mutazione giuridica. Il network dei soggetti globali usa il dialogo per formare network di poteri pubblici funzionali a immettere nei processi di decisione politico-normativa statali la tutela degli interessi delle comunità transnazionali, quale la «freedom of contract and alienability of property»<sup>64</sup>.

Ciò riduce gli spazi di manovra dei decisori tradizionali nel determinare le politiche pubbliche, ormai affidate a organi a legittimazione tecnica che rispondono a indicatori stabiliti da soggetti economici non (più solo) statali. Per quanto “spoliticizzata”, anche la globalizzazione promuove una propria *policy*. La richiesta di garanzie per investitori esteri, il rispetto della proprietà privata e del diritto dei contratti non sono forse frutto di decisioni politiche che condizionano la politica economica degli Stati e introducono forme neocoloniali di dominazione?

Il concetto di *private lawmaking* è coerente sia con tale nozione di dialogo, sia con l’ambizione degli interessi economici transnazionali, che mirano a co-determinare – se non sostituire – l’interesse generale nei processi di decisione politico-normativa. La loro regolazione deve risultare non dalla mediazione con gli interessi delle comunità statali di cui sono esponenziali, ma dell’essere il *private lawmaking*, al contempo, processo decisionale pubblico e interesse generale. In caso contrario, i soggetti economici transnazionali vedrebbero sacrificata la possibilità di massimizzare la remunerazione del capitale investito.

<sup>63</sup> P.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven Ct, 1956, p. 2. Sul diritto transnazionale v., fra i molti, H. Muir Watt, *The relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in Ead. (a cura di), *Private International Law and Global Governance*, Cambridge, 2014, p. 1 ss.; M. Siems, *Comparative Law*, cit., p. 352 ss.; M. Maduro et al. (a cura di) *Transnational Law*, cit.; P. Zumbansen (a cura di) *The Many Lives of Transnational Law: Critical Engagements with Jessup’s Bold Proposal*, Cambridge, 2020; M. Dowdle, *Transnational Law: A Framework for Analysis*, Cambridge, 2022. Si v. altresì lo speciale P. Passaglia e R. Tarchi (a cura di) *L’impatto delle dinamiche transnazionali sui sistemi normativi speciale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2021.

<sup>64</sup> J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, cit., p. 79.

Essi dovrebbero infatti attivare una continua «mediazione di ritaglio» tra le proprie libertà economiche e la tutela delle posizioni giuridiche dei lavoratori, consumatori e cittadini caratteristica del capitalismo renano ma estranea a quello neoliberale<sup>65</sup>. L'alternativa, anch'essa poco remunerativa, è la «mediazione di scambio», vale a dire «l'assunzione come finalità generale di un fine proprio dei subalterni»<sup>66</sup>. Come corrispettivo del consenso delle comunità politiche, gli attori economici transnazionali dovrebbero assumerne gli interessi generali come costitutivi di quello sezionale (si pensi a quelli variamente collegabili alla sostenibilità sociale e ambientale e alla lotta al cambiamento climatico). Sarebbe, questo, un prezzo davvero elevato da pagare affinché l'interesse sezionale possa essere riguardato come finalità generale.

Nel convertire lo Stato in un dispositivo neoliberale, in definitiva, la mutazione giuridica accetta il rischio che il *private lawmaking* smarrisca la potenzialità prescrittiva che lo caratterizza e che è connessa all'effetto normativo assicurato dalle norme dispositive di fonte statale.

## 7. Il mercato delle riforme: catena produttiva e uso strategico della comparazione

La necessità di operare mediazioni di ritaglio o scambio con le comunità politiche nazionali non disincentiva tuttavia il dialogo e la produzione di un diritto funzionale alla cura degli interessi degli attori economici globali. Al pari degli Stati, anche i *private ordering* transnazionali elaborano una propria politica del diritto – espressiva, evidentemente, di una *policy* che rimane di natura economica e si connette alle relative strategie aziendali –; avviano la mutazione giuridica negli ordinamenti statali; ne utilizzano i processi decisionali per creare «cross-border regulatory systems» utili a realizzarne le finalità «in the name of party autonomy»<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Sulla distinzione tra capitalismo renano e neoliberale v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 99 ss. Sulla nozione di mediazione di ritaglio v. M. Pedrazza Gorlero, *Il patto costituzionale*, cit., p. 80: essa assume come interesse generale «i fini degli egemoni quali risultano integrati e/o ritagliati da quelli dei subalterni». Tale mediazione ha un costo per gli *holder of capital* «che si riflette sulla struttura della finalità generale».

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> H. Muir Watt, *The relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, cit., p. 9.

La metafora del “mercato delle riforme”<sup>68</sup> è particolarmente istruttiva. Per un verso, essa indica il luogo dal quale gli ordinamenti nazionali attingono gli istituti giuridici per avviare le riforme (e la mutazione giuridica) per accrescere la propria attrattività nei confronti degli investitori transnazionali. Per altro verso, è denotativa del *private lawmaking* come di un «robust component of commercial and consumer life»<sup>69</sup>. Tale mercato è il punto terminativo di una *supply chain* che determina il verso del dialogo tra attori economici, sfera pubblica e organizzazione costituzionale dello Stato – dunque, le soluzioni giuridiche che gli ordinamenti statali devono adottare per massimizzare l’investimento. Gli *holder of capital* stabiliscono una propria politica economica (e del diritto) neoliberale; vengono poi presentati i “prodotti”, vale a dire i congegni giuridici da collocare sul mercato delle riforme, dove un’attenta attività di *nudging* li renderà appetibili per gli ordinamenti nazionali, donando loro l’*outfit* idoneo per *rating* e *outlook* attrattivi.

Nella fabbrica del diritto, l’attività di *retail* su larga scala delle soluzioni giuridiche si dota di numerose strategie per far adottare la «law that is wanted» dai soggetti economici transnazionali. Tale attività testimonia una singolare capacità di tali soggetti a utilizzare con disinvoltura gli strumenti metodologici che la comparazione giuridica mette loro a disposizione.

Il primo degli strumenti è la generalizzazione. Si tratta del «cultural habit» del diritto comparato, sin dalla nascita della comparazione come disciplina autonoma<sup>70</sup>, in grado di conseguire l’uniformità dei diritti nazionali mediante la generalizzazione delle soluzioni giuridiche elaborate e immesse sul mercato transnazionale delle riforme.<sup>71</sup> La

<sup>68</sup> Cfr. *supra* n. 4.

<sup>69</sup> D.V. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., p. 374.

<sup>70</sup> J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oxford, 2015, p. 100. Sul punto si v. G. Mousourakis, *Comparative Law and Legal Universalism: An Historical Perspective*, in *Journal for Juridical Science*, 2017, p. 144 ss. Le radici di tale *cultural habit* sono nella filosofia classica (Platone, Aristotele e gli Stoici) e medievale, dove la disputa sugli universali guardava agli stessi come categorie universali. Cfr. G. Klima, *The Medieval Problem of Universals*, in E. Zalta et al. (a cura di) *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, Stanford, 2017. Sulla storia dell’universalismo v. A. Peters, *Universalist Assumptions and Implications of Comparative Law: Should They Be Deconstructed?*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 1999, p. 366 ss.; J. Gordley, *The universalist heritage*, in P. Legrand e R. Munday (a cura di) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, 2003, p. 31.

<sup>71</sup> G. Mousourakis, *Comparative Law and Legal Traditions. Historical and Comparative*



generalizzazione di cui si ragiona è di tipo metodologico, non sostantivo: gli interessi economici non sono di per sé «universal in scope and character»<sup>72</sup>, ma lo diventano a esito dell'applicazione delle soluzioni regolative elaborate dagli *holder of capital*, che le converte da interessi di parte (di un soggetto o di una categoria di soggetti transnazionali) in interesse economico e politico generale.

Tale generalizzazione è caratterizzata da un singolare paradosso. La costellazione dei soggetti transnazionali è portatrice non di un interesse unitario, bensì di una pluralità di interessi; nella maggior parte dei casi, questi confliggono fra loro secondo una competizione che riflette quella del mercato concorrenziale<sup>73</sup>. Il diritto transnazionale è un laboratorio dove viene creata una varietà di strumenti negoziali per soddisfare la pluralità degli interessi della comunità giuridica di riferimento, che sono mutevoli in ragione dell'andamento dei mercati e delle politiche produttive e di *retail* degli attori economici. Non stupisce che le regole «can be – and are – made for particular but wide-ranging contexts»<sup>74</sup>.

Ciascuna delle soluzioni giuridiche individuate è suscettibile di generalizzazione. Per quanto espressiva di interessi contingenti e sezionali, queste possono essere applicate per regolare (e massimizzare) interessi in origine incompatibili con quelli per la tutela dei quali era stato generato lo strumento negoziale poi generalizzato. La metafora molecolare illustra chiaramente come si realizzi la ricomposizione degli interessi degli attori della comunità transnazionale in ragione di calcoli microeconomici dettati dagli andamenti dei mercati. V'è poi un elemento utilitaristico: la soluzione negoziale di volta in volta individuata è espressione del «cooperative effort of at least two actors»; in altri termini, il paradosso trasforma il mercato concorrenziale in struttura cooperativa, in modo che il *privately made law* realizzi all'interno di quello una funzione sociale della comunità transnazionale<sup>75</sup>.

Il processo di generalizzazione risponde così all'esigenza di reiterare soluzioni e regole giuridiche ove lo richieda la promozione degli interessi in gioco. Dal momento che le comunità economiche transna-

---

*Perspectives*, Cham, 2019, p. 8.

<sup>72</sup> M. Nicolini, *Methodologies of Comparative Constitutional Law*, cit., parr. 1-5.

<sup>73</sup> V.D. Snyder, *Private Lawmaking*, cit., p. 441.

<sup>74</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism and the Structures of Private Lawmaking*, cit., p. 435.

<sup>75</sup> *Ivi*, pp. 420 e 440.

zionali manifestano interessi particolari, gli *output* giuridici dovranno essere in grado di assicurare la massimizzazione dei profitti, secondo modelli che siano replicabili ovunque, in qualunque momento e luogo del pianeta<sup>76</sup>.

Utilizzando il meccanismo delle generalizzazioni, il diritto transnazionale diviene serviente al diritto globale. Proprio perché trascende le giurisdizioni nazionali, esso consente agli attori dell'economia globale un uso strategico del diritto comparato per l'elaborazione di una «transnational theory of what is common in all legal systems»<sup>77</sup>. Non solo: gli *holder of global capital* dimostrano anche di padroneggiare con disinvoltura la teoria stessa della comparazione giuridica<sup>78</sup>. Come dire: nelle mani dei detentori del capitale globale, le funzioni ancillari della comparazione determinano il ruolo della finalità primaria, con mutamento epistemologico del suo ruolo. L'universalismo si converte da approccio metodologico a strumento di generalizzazione per la produzione seriale di soluzioni giuridiche esportabili negli ordinamenti nazionali. Non solo la «legal globalisation is... transforming legal culture on a global scale»<sup>79</sup>, ma l'uso delle generalizzazioni come modalità di produzione del diritto in chiave transnazionale obiettivizza gli interessi sezionali negando la rilevanza di altri interessi e modi di produzione giuridica.

L'uso della comparazione non si limita all'approccio universalista ma si estende al funzionalismo<sup>80</sup>. L'interesse degli attori economici globali trascende i confini nazionali, richiedendo strumenti giuridici fungibili e replicabili in differenti contesti, anche costituzionali. Poiché l'interesse economico conserva una propria identità a prescindere dal contesto giuridico, anche la soluzione giuridica individuata per la sua promozione è generalizzabile perché universale. Ciò che conta è l'equivalenza funzionale fra le soluzioni individuate, perché è da tale equivalenza che dipende la realizzazione delle finalità di massimizza-

<sup>76</sup> Cfr. M. Nicolini, *The Legal, the Digital, and the Global Production of Space*, in *Pólemos*, 2023, p. 45 ss.

<sup>77</sup> J. Hall, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge, 1963, p. 62.

<sup>78</sup> Sul punto v. P.G. Monateri, *Advanced Introduction to Comparative Legal Methods*, Cheltenham e Northampton Ma, 2021, Cap. 5.

<sup>79</sup> J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, cit., p. 32.

<sup>80</sup> Non a caso, il funzionalismo è strettamente connesso all'universalismo: M. Nicolini, *Methodologies of Comparative Constitutional Law*, cit., parr. 16 e 28-31; J. Husa, *Interdisciplinary Comparative Law*, cit., p. 168 s.

zione dei profitti e di controllo della distribuzione della ricchezza. Il funzionalismo consente d'individuare soluzioni più aderenti ai contesti nazionali, dimostrando che la loro varietà e la versatilità non è d'ostacolo alla massimizzazione degli interessi economici transnazionali. Adottata nel rispetto dei processi di decisione politico-normativa statali, la regolazione di tali interessi rifletterà, in buona sostanza, l'esigenza di loro protezione e tutela.

Il funzionalismo è adatto al superamento dell'alterità tra forma decisionale (pubblicistica) e una sostanza regolativa (privatistica) perché esso ha da sempre occupato una posizione mediana tra funzione primaria e ancillari della comparazione. Ralf Michaels lo definisce come «nondoctrinal», poiché si concentra «not on rules alone, but on their effects not on doctrinal structure and arguments alone but on the consequences they bring about»<sup>81</sup>. In tal modo, esso rende irrilevanti gli interessi generali dei singoli ordinamenti nazionali, omettendo dal quadro di riferimento quanto di tali interessi richiederebbe l'attivazione di mediazioni di ritaglio e scambio, pregiudicando l'effettiva realizzazione degli interessi transnazionali<sup>82</sup>. Infine, consente a tali interessi di diventare il nuovo principio di organizzazione delle comunità politiche nazionali senza che vi sia spazio per mediazioni di scambio e di ritaglio. A ciò s'accompagna il venir meno della varietà delle soluzioni giuridiche locali e l'imposizione di una *uniformity through law*. Correttamente Michele Graziadei ci ricorda che tale uniformità deriva da un mondo «with one legal culture» e restituisce all'umanità un «extremely impoverished habitat»<sup>83</sup>.

## 8. La costruzione del *private lawmaking*: l'interesse generale degli *holder of capital*

Nell'indicare come l'uso strategico del funzionalismo generi un *private lawmaking* rispondente alle finalità della comunità economica transnazionale, s'è fatto riferimento a un effetto che tale mutazione giuridica ha sul diritto costituzionale. La conversione dei processi decisionali

<sup>81</sup> R. Michaels, *The Functional Method of Comparative Law*, in M. Reimann e R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, cit., p. 347.

<sup>82</sup> Sul punto v. M. Graziadei, *The Functionalist Heritage*, in P. Legrand e R. Munday (a cura di), *Comparative Legal Studies*, cit., p. 109 s.

<sup>83</sup> *Ivi*, p. 114.

pubblici e dell'interesse generale in *private lawmaking* converte – generalizzandoli – gli interessi della comunità transnazionale in elementi strutturali di quelle nazionali. Si tratta di un'impostazione che è coerente con la metafora della *supply chain* del mercato delle riforme, e che sposta l'indagine dalla produzione al momento della distribuzione del *private lawmaking* negli ordinamenti nazionali.

Nella catena distributiva, la costellazione dei soggetti transnazionali dialoga in molte forme con soggetti pubblici, principalmente statali, praticando attività di *nudging*. Non essendo in grado di (o non desiderando per ragioni di consenso) sollevare il velo del modello statale di regolazione delle situazioni giuridiche economicamente rilevanti, i *private ordering* devono individuare un punto di contatto tra la promozione dei loro interessi e la sfera pubblica. Generalizzare gli interessi (e la loro disciplina) significa estenderli anche della comunità politica, affinché contino (e siano percepiti) come interessi del corpo politico e, come tali, meritevoli di protezione e regolazione.

Com'è tuttavia possibile che i detentori del capitale globale siano in grado d'infiltrare la sfera pubblica contribuendo a riorganizzare gli spazi giuridici (e costituzionali) nazionali in conformità ai propri interessi? Nel *The Code of Capital* (2019), Katharina Pistor ci offre una possibile risposta: la globalizzazione esercita un fascino particolare non solo sui consumatori, ma anche sugli Stati, che evidentemente non sono indifferenti alla tutela degli interessi degli *holder of capital*. La possibilità di trarre utilità economiche dai guadagni in conto capitale trova più facilmente il consenso degli Stati delle richieste, provenienti dalle comunità di riferimento, che chiedono più democrazia «or seek to ensure environmental sustainability»<sup>84</sup>.

I detentori del capitale globale cercano un punto di contatto con la sfera pubblica, proponendole una nuova «morally eligible foundation» per organizzare politicamente ed economicamente le comunità nazionali<sup>85</sup>. Evidentemente, il punto di contatto tra *private ordering* e sfera pubblica è la massimizzazione dei profitti di azionisti, investitori e proprietari di *asset*. Gli interessi di natura privata incontrano quelli della «public finance and the income and solvency of state»<sup>86</sup>. Una

<sup>84</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., 23.

<sup>85</sup> R. Mullender, *Context, Contingency and the Law of Negligence (or from Islands to Islands of Time)*, in *Bracton Law Journal*, 1997, p. 25.

<sup>86</sup> R. Hoyle, *Introduction: aspects of the Crown's estate, c. 1558–1640*, in Id. (a cura di), *The*

comunanza di interessi e investimenti che contribuisce a trasformare gli interessi degli attori transnazionali in quelli dell'intera comunità<sup>87</sup>. Di fronte al fascino della globalizzazione, gli Stati consentono a tali attori di produrre una «considerable part of the law» delle comunità nazionali<sup>88</sup>.

Ciò è evidente nella facilità con la quale gli Stati attraversano il *public/private divide* adottando una *governance* economica privatistica. Lo si è visto in relazione alle costituzioni econometriche che richiedono l'equilibrio finanziario dei relativi assetti. E lo si è visto anche in termini strettamente regolativi, in relazione alla semplificazione (e privatizzazione) degli strumenti di cui lo Stato stesso si è doto per semplificare il «conveyancing process» e consentire alla «possessive market society» globale di massimizzare i propri profitti<sup>89</sup>.

Quando gli ordinamenti statali adattano il proprio diritto a quello richiesto dagli *holder of capital*, essi se ne introiettano pure i valori, che spesso confliggono con quelli delle comunità nazionali. Si pensi alla promozione dell'eguaglianza sostanziale prescritta dai formanti costituzionali, normativi e giurisprudenziali, anche a fini di una prima redistribuzione della ricchezza e del reddito. Gli attori economici transnazionali premono, al contrario, per controllare «the levers for the distribution of wealth in society».<sup>90</sup> Una produzione normativa di matrice esterna non si proporrà di realizzare l'eguaglianza sostanziale, ma favorirà gli interessi particolari e altererà a proprio vantaggio la redistribuzione della ricchezza ponendo «the law... firmly in the service of their capital»<sup>91</sup>.

In definitiva, gli attori economici transnazionali generalizzano la disciplina richiesta per la protezione dei propri interessi convertendo i processi di produzione normativa nazionale in *private lawmaking*. Il che significa influenzarne anche la struttura costituzionale. Dilatare la libertà economica transazionale significa contrarre la portata garantista della disciplina dell'organizzazione costituzionale che mira alla tutela

---

*Estates of the English Crown 1550–1640*, Cambridge, 1992, p. 1.

<sup>87</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., p. 154.

<sup>88</sup> A. Watson, *Failures of the Legal Imagination*, cit., p. 87.

<sup>89</sup> Rispettivamente: N.P. Gravells, *Land Law*, 4. ed., London, 2010, p. 43 e C.B. Macpherson, *The political theory*, cit., p. 48.

<sup>90</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., pp. 17 e 19.

<sup>91</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., p. xi.

dei diritti fondamentali, anche in funzione oppositiva al potere economico. Da un punto di vista metodologico, generalizzazioni e funzionalismo danno applicazione al paradigma diffusionista con l'indicare alle comunità nazionali l'assetto politico-giuridico della democrazia (neo)liberale come quello superiore (e meritevole di attenzione) perché maggiormente performativo: «the one thing that has been almost completely absent from the 50 or so cases of attempted democratization since 1974 is experimentation beyond the basic institutions of liberal democracy»<sup>92</sup>. La democrazia liberale risponde infatti pienamente alle esigenze delle *élites* transnazionali ed è coerente anche con la superiorità del *Global North*: «Western liberal democracies have acted together to construct the current system that enables the global economy to operate»<sup>93</sup>.

In luogo di quello rivoluzionario, ne risulta un nuovo trittico, quello (neo)liberale, strutturato attorno: (1) alla regola d'oro del pensiero economico liberale espressa dal principio di pareggio di bilancio<sup>94</sup>; (2) al principio per cui le assemblee legislative sono luoghi formalmente chiamati a recepire i formanti transazionali; (3) a un equilibrio tra poteri che non si fonda più sull'alterità fra legislativo ed esecutivo, ma sulla centralità dell'esecutivo come cabina di regia per realizzare politiche economiche dettate da deliberate oscillazioni dei mercati, dai *ranking* di performatività, dall'*outlook* della rendita del debito pubblico e da un mercato condizionato delle riforme necessarie ad assicurare stabilità e solvibilità economica.

Le democrazie liberali rimangono «the only viable societal model left, for only they are compatible with economic success and the rapidly integrating information-intensive world economy»<sup>95</sup>. In altri termini, il superamento del *public-private divide* sembra orientare il dialogo nazionale in una pluralità di processi decisionali che, complice la generalizzazione degli interessi degli attori transnazionali, realizza il

<sup>92</sup> P.C. Schmitter, *More Liberal, Preliberal, or Postliberal*, in *Journal of Democracy*, 1995, p. 16.

<sup>93</sup> J. Bohman, *Democracy across Borders: From Dêmos to Dêmoi*, Cambridge Ma, 2007, p. 28.

<sup>94</sup> M. Bouvier, *La règle d'or: Un concept à construire*, in *Revue Française de Finances Publiques*, 2011, p. v ss. Sull'impatto del principio di pareggio di bilancio sui contenuti costituzionali (diritti, fonti, decentramento) v. M. Nicolini, *Modelos económicos*, cit., p. 87 ss.

<sup>95</sup> M. Kurki, *Democracy and Conceptual Contestability: Reconsidering Conceptions of Democracy in Democracy Promotion*, in *International Studies Review*, 2010, p. 366.

*private lawmaking* come produzione normativa nazionale e non più solo condizionata dall'esterno.

## 9. Società e diritto *privately made*: il diritto della «comprasfera»

Gli *holder of global capital* ricorrono a una seconda strategia per riorganizzare gli spazi giuridici (e costituzionali) nazionali, generalizzare l'interesse sezionale di cui sono portati e convertire i processi decisionali pubblici in *private lawmaking*. Tale strategia si riallaccia alla natura «molecolare» di tali interessi. Il *molecular federalism* – afferma Snyder – «lacks the coordination that inheres in constitutional, governmental federalism nevertheless presents certain opportunities»<sup>96</sup>. Il carattere molecolare consente di evitare che i circuiti democratico-rappresentativi irrigidiscano eccessivamente il sistema di *private lawmaking*, cosa che impedirebbe loro di adeguarsi alla volatilità degli interessi economici in un mercato concorrenziale. La flessibilità è assicurata dall'attraversamento strategico del *public/private divide*: dopo aver occupato le sedi di produzione del diritto *publicly made*, i soggetti economici transnazionali saturano anche la sfera dei diritti di libertà. Qui il diritto torna ad essere *privately made*. È la costituzione a consentire lo «scambio» tra le due sfere, poiché consente di elaborare l'interesse generale «whether through governmental or private organization. Thus corporatism, private and public, occurs in this organized space; it is the realm of the state, the business corporation, the labor union, the political party, and the club»<sup>97</sup>.

Occupare l'area dell'autorità e quella della libertà consente agli interessi di penetrare più diffusamente la sfera pubblica e di attivare un dialogo diretto con i cittadini o, dalla prospettiva dei *private lawmakers*, i consumatori. L'area della libertà consente infatti di eludere in maniera ancor più incisiva la rappresentanza politica e le mediazioni degli interessi che ivi si realizzano, consentendo di generalizzare l'interesse economico di forma ancor più immediata. Bypassando il corpo politico, la catena di distribuzione dei beni e servizi prodotti arriva direttamente ai membri delle comunità. Il dialogo così instaurato realizza l'utilizzo strategico del *private lawmaking* nelle relazioni tra *holder of ca-*

---

<sup>96</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., p. 442.

<sup>97</sup> *Ivi*, p. 445.

*pital* e cittadini-consumatori. Questo punta alla massimizzazione dei profitti mediante catene distributive che, grazie allo spazio digitale, entrano nella sfera personale del cittadino, ne soddisfano l'indole consumeristica, premono per la creazione di rapporti privilegiati tra consumatore e produttore e accentuano, nella sfera pubblica nazionale, la generalizzazione degli interessi di due categorie: consumatori e *private orderings*. Il tutto sta – spiega Sarah McFarland Taylor – nel convincere ogni membro della comunità politica a «simply adjust their behavior» vero al consumismo (interesse comune alle due categorie) e modificare «behavior and outlook in keeping with the system, not to challenge or to change it»<sup>98</sup>.

Complice la pandemia, il ricorso all'*online retail* è penetrato in profondità della vita quotidiana degli individui, articolando negli spazi digitali la *narrative of acquisitiveness* orchestrata dagli attori economici transnazionali, incoraggiando, specie nella vita privata, una sperimentazione delle potenzialità che il mondo digitale mette a disposizione dei consumatori. Ne è risultata «a growing diversity and a healthy ferment, a dynamic of experiment and learning, irritation and response, presentation and relationship-building»<sup>99</sup>. Al pari della globalizzazione, la *narrative of acquisitiveness* è una narrativa affascinante, perché esalta la tendenza individualistica del cittadino consumatore e asseconda, mediante l'induzione dei bisogni, i *trends* del mercato. L'«immense, incalculable scope of 24/7 online capitalism» genera artificialmente i nostri appetiti e «the speed and ubiquity of digital networks» with their «incontestable priority of get incontestable priority of getting, having, coveting, resenting, envying»<sup>100</sup>. La nostra resistenza è vinta perché il mondo digitale moltiplica la logica del mercato e i consumi, consentendo uno scambio incessante di dati; condividendo i nostri gusti e *cooky*, facilitiamo le *multinational media company* a profilare per noi i futuri bisogni.

Centrale in questo processo è la nozione di *commodity*, che l'*Oxford English Dictionary* definisce «a thing which is beneficial to or advantageous for a person». E per le imprese. Gli individui le usano per «pri-

<sup>98</sup> S. McFarland Taylor, *Ecopiety. Green Media and the Dilemma of Environmental Virtue*, New York, 2019, p. 252.

<sup>99</sup> V.D. Snyder, *Molecular Federalism*, cit., p. 445.

<sup>100</sup> J. Cray, *Scorched Earth. Beyond the Digital Age to a Post-Capitalist World*, London e New York, 2022, p. 2.



vate or selfish interest»;<sup>101</sup> gli imprenditori le convertono in «something useful for commercial advantage»<sup>102</sup> Non è un caso che le *commodity* segnino il luogo in cui la sfera (anche spaiata) di consumo di beni e di servizi coincide con la *comfort zone* degli *holder of capital*. Le *commercial comfort zone* sono funzionali agli spazi di acquisto e consumo di beni e servizi, consentendo di massimizzare i profitti.

Si genera così un nuovo processo di produzione normativa attivato dagli attori economici transazionali. Il quadro giuridico di riferimento può essere definito la *Law of the buyosphere*. L'espressione «buyosphere» (in italiano «comprasfera»<sup>103</sup>) è stata coniata da Anne-Dorothee Herbort nel 2012; Sarah McFarland Taylor in *Ecopiety* (2019) ne offre una connotazione utile a fini giuridici, quello di spazio il cui significato e regolazione sono compatibili con l'ideologia del mercato<sup>104</sup>. La «comprasfera» è disciplinata da un quadro giuridico transnazionale che coniuga consumismo e massimizzazione dei profitti anche in chiave *green*. Se n'è fatto riferimento più sopra, indicando le problematiche ambientali come possibile contenuto della mediazione di scambio tra interessi economici transnazionali e comunità politiche. Il diritto transnazionale assume come interesse da tutelare quello ambientale se questo può fungere da catalizzatore (o merce di scambio) del consenso delle comunità politiche, affinché l'interesse sezionale possa essere riguardato come finalità generale. La pratica consumeristica *green* diventa atto di *ecopiety*, poiché incoraggia the «popular production of environmental (green) virtue as a commodity», perpetuando «the logics of global capitalism and market ideology»<sup>105</sup>.

La «comprasfera» indica così lo stadio finale della *supply chain* globale: quella della distribuzione delle *commodity*. Henri Lefebvre lo aveva già indicato in *The Production of Space* (1974). Le *commodity* ivi acquistate «dissimulate not only the amount of social labour that they

<sup>101</sup> Voce *commodity*, in *Oxford English Dictionary*, [www.oed.com/view/Entry/37205?redirectedFrom=commodity&](http://www.oed.com/view/Entry/37205?redirectedFrom=commodity&).

<sup>102</sup> M. Watts, *Commodities*, in P. Cloke et al. (a cura di) *Introducing Human Geographies*, London e New York, 2014, p. 391.

<sup>103</sup> Ringrazio Alessandro Somma per avermi suggerito, durante una conversazione, la traduzione italiana del sostantivo *buyosphere*.

<sup>104</sup> A. D. Herbort, *Buyosphere - The Relationship Between Commercial and Public Spaces and the Impact of the Shopping Mall on Contemporary Society*, MA Thesis - University of Lugano, 2012.

<sup>105</sup> S. McFarland Taylor, *Ecopiety*, cit., pp. 5 e 7.

embody, but also the social relationships of exploitation and domination on which they are founded». E aggiungeva: «things lie, and when, having become commodities, they lie in order to conceal their origin, namely social labour, they tend to set themselves as absolutes». Non è più il mercato a essere centrale, né lo spazio fisico nel quale è possibile acquistare, bensì le *commoditt*, che sono «fetishized and so become more “real” than reality itself – that is, than productive activity itself, which they thus take over»<sup>106</sup>. Sono dunque le catene globali di valore e la domanda di lavoro e retribuzione a rappresentare la chiave di operatività del dialogo tra attori globali, Stati e consumatori.

Si tratta di principi a tal punto penetrati nella sfera pubblica, da essere espressivi dell'interesse generale. Nuovamente, siamo di fronte a una generalizzazione di esigenze regolative degli *holder of global capital* con la finalità di massimizzare, oltre ai profitti, l'utilizzo esclusivo di risorse e mercati, a loro volta funzionali alla libera circolazione delle loro merci e capitali<sup>107</sup>.

La «comprasfera» è dotata di un proprio diritto, il diritto della comprasfera (*law of the buyoshere*), che è un assetto regolativo di tipo transnazionale, articolato a cavallo di più ordinamenti (statali, sovranazionali e internazionale, applicabile sia nella realtà fisica sia nel mondo digitale<sup>108</sup>. Esso è un fenomeno giuridico costruito dagli *holder of capital* per perseguire i propri interessi in spazi (fisici e digitali) servienti le transazioni commerciali. Con ciò, la legge della comprasfera non realizza l'interesse generale delle comunità nazionali, ma quello delle comunità transnazionali, consentendo loro di controllare a proprio vantaggio «the levers for the distribution of wealth in society»<sup>109</sup>. È, questo, un diritto che rispecchia le pratiche di generalizzazione e il funzionalismo, e che promuove la convergenza dei sistemi giuridici nazionali (anche costituzionali) per assicurare una rapida distribuzione di beni, capitali, e servizi in un mondo senza frontiere.

<sup>106</sup> H. Lefebvre, *The Production of Space*, Oxford, 1991, p. 81.

<sup>107</sup> J. Husa, *Advanced Introduction to Law and Globalisation*, cit., p. 163.

<sup>108</sup> M. Nicolini, *The Legal, the Digital, and the Global Production of Space*, cit.; Id., *Legal Geography*, cit., cap. 8.

<sup>109</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., pp. xi, 17 e 19.

## 10. Il superamento del *public-private divide* e la costruzione della *mortgaged society*

La coincidenza tra interessi di consumatori, attori economici globali e comunità politiche statali ha prodotto un nuovo modo di intendere la sfera pubblica, convertendo i processi decisionali pubblici e l'interesse generale in *private lawmaking*. Nell'interazione tra individui privati-consumatori e comunità giuridica transazionale, lo scambio tra interesse economico di parte e interesse pubblico-generale ha riarticolato la società secondo modelli di *governance* di ispirazione privatistica, generando una costellazione di «mortgaged democracies».

L'espressione *mortgaged democracies* designa un corpo politico in cui è venuta meno la distinzione tra forma (pubblicistica) e sostanza (privatistica), ormai diluite in una formula politica che adotta come tema organizzativo la dimensione economico-finanziaria e concepisce il vincolo giuridico-politico come la risultante di atti giuridici espressivi di transazioni commerciali tra consumatori e attori transazionali<sup>110</sup>. Il patto costituzionale non poggia più (solo) su di un accordo tra eguali, ma è la risultante di su asimmetrie informative, della capacità del corpo politico di attrarre, mediante il *private lawmaking*, investimenti e risorse finanziarie a garanzia della solvibilità dello Stato. Siamo al cospetto di un rinnovato *pactum subiectionis* in cui il nuovo Leviatano non priva gli individui della forza fisica, ma del potere di contrattazione individuale e collettiva sulla definizione dell'interesse generale e della determinazione macroeconomica del potere di acquisto.

L'obbligazione politica sottesa al nuovo principio di organizzazione della comunità replica l'asimmetria di potere economico (e politico) tra creditore ipotecario (*rectius*: tra gli *holder of capital* come terzi datori d'ipoteca) e il debitore ipotecario (in inglese: *mortgagor* e *mortgagee*). Nella società altamente consumistica della comprasfera, il cittadino diventa consumatore e debitore. È un cambio di cui la mentalità di *common law* ha preso atto già da molto tempo. Anziché rispondere alle esigenze di protezione del consumatore-debitore, la «fabbrica del diritto» transnazionale propone un mercato delle riforme nelle quali gli Stati vedono moltiplicarsi le possibilità di collocare debito pubblico e i privati di contrarre contratti di mutuo e credito al consumo. Ciò richiama il *dictum* di Lord Diplock in *Pettit v. Pettit*: le democrazie occidentali

<sup>110</sup> M. Nicolini, *'Inequality of Goods and Lands' in Mortgaged Democracies*, cit., p. 27 ss.

sono ora divenute democrazie del tipo «real-property-mortgaged-to-a-building-society-owning»<sup>111</sup>.

Sotto questo riguardo, le *mortgaged societies* subiscono, su scala nazionale «the desire for power» e la politica di accumulazione<sup>112</sup>, praticata a livello globale. Si pensi allo strumento di debito *NC2 Mortgage Loan*. Venduto da Citigroup Mortgage Realty Corporation (Cmcr), tale strumento ne supportò la strategia aggressiva poggiante sulla necessità di indurre i privati a contrarre sempre più mutui ipotecari «by pushing homeowners into financial arrangements they could hardly afford». Su scala globale, ciò favorì una pratica diffusionista di «private-label securitization», con produzione di mutui in massa. I mutui ipotecari dovevano «be fed into this machine constantly to sustain it»<sup>113</sup>. Fino, ovviamente, al crollo del sistema avvenuto con la crisi dei mutui *subprime* nel 2007-2008.

In *common* e in *civil law*, tuttavia, il debitore ha la possibilità di estinguere il mutuo con la cancellazione dell'ipoteca; in *common law*, con il rimedio in *equity* del *right of redemption* con l'opzione di riacquisto. Nelle attuali *mortgaged society*, i «termini e le condizioni» dell'obbligazione politica richiedono un'attività di acquisto sistematico e continuo di beni e servizi, rendendo irredimibile lo stesso vincolo giuridico: i «current packages on offer», verrebbe da dire, «could have the effect of removing or rendering illusory» la cancellazione dell'ipoteca<sup>114</sup>.

## 11. *Private lawmaking*, dissoluzione dei corpi politici e ruolo della comparazione

Visto dalla prospettiva delle comunità politiche, il processo di «commodificazione» del diritto esprime l'incapacità degli Stati contemporanei di effettuare, nell'ambito del mercato delle riforme, scelte consapevoli in termini di trapianti e progettualità costituzionali in favore delle comunità politiche di riferimento. Alan Watson definì tale incapacità «failures of the legal imagination»<sup>115</sup>. Non s'intende affer-

<sup>111</sup> *Pettit v Pettit* [1970] AC 777, HL, per Lord Diplock, 824.

<sup>112</sup> T. Hobbes, *Leviathan*, a cura di R. Tuck, Cambridge, 1991, p. 53.

<sup>113</sup> K. Pistor, *The Code of Capital*, cit., p. 81 s.

<sup>114</sup> J. Houghton e L. Livesey, *Mortgage Conditions: Old Law for a New Century?*, in E. Cooke (a cura di, *Modern Studies in Property Law*, vol. 1, (Property), Oxford, 2001, p. 167.

<sup>115</sup> A. Watson, *Failures of the Legal Imagination*, cit., p. 124 s.

mare che lo Stato non sia più in grado di elaborare soluzioni giuridiche anche nel dialogo con i soggetti del diritto transnazionale; quel che è certo è che a conversione dei processi decisionali pubblici e dell'interesse generale in *private lawmaking* inaridisce la funzione di cura degli interessi delle comunità politiche di riferimento, che aveva consentito incessantemente di immaginare il futuro delle comunità politiche<sup>116</sup>.

La necessità di riattivare la carica prospettica del costituzionalismo liberale diventa ogni giorno sempre più pressante per arginare non tanto il *private lawmaking*, quanto la sua capacità di favorire la dissoluzione dei corpi politici in nome di un interesse di parte, volubile e determinato egoisticamente dalle leggi della microeconomia classica. Non è che la crisi del costituzionalismo liberale implichi necessariamente la fine dello Stato costituzionale. Il processo di ricostruzione e reinvenzione avverrà certamente. «Reimaging will inevitably happen». È che non sarà forse più nelle mani delle comunità politiche territoriali. Il processo di reinvenzione politico-costituzionale avverrà «thoughtlessly through the mere passage of time, in which case it is likely to be bad»<sup>117</sup>.

La perdita, da parte degli Stati, della capacità di rielaborare il progetto del costituzionalismo significa il venir meno della costituzione come programma di limitazione del potere (anche economico) in favore delle libertà individuali e collettive per l'emancipazione della comunità politiche dai bisogni. Sempre di più spesso essa si vedrà sostituita da una *law that is wanted* dai soggetti dell'economia globale. In assenza della carica propulsiva del costituzionalismo, inoltre, gli interessi particolari assunti a regola di condotta della comunità politica non renderanno più redimibile e cancellabile l'ipoteca, rendendo il *right of redemption* diviene vano e illusorio<sup>118</sup>.

L'alternativa al paradigma diffusionista e consumeristico è stata ad oggi individuata solo in termini rivoluzionari, come opposizione frontale al *private lawmaking*, anche attraverso la più ampia «creative response to these times of crisis the world has yet seen»<sup>119</sup>. Si è così

---

<sup>116</sup> M. Nicolini, *Against the failure of the legal imagination. Literary narratives, Brexit and the fate of the Anglo-British constitution*, in R. Mullender et al. (a cura di), *Law and Imagination in Troubled Times. A Legal and Literary Discourse*, Abingdon-New York, 2020, p. 239 ss.

<sup>117</sup> J. Welby, *Reimagining Britain. Foundations for Hope*, London, 2018, p. 19.

<sup>118</sup> *Knightsbridge Estates Trust Ltd v Byrne* [1939] 1 Ch 441, 463.

<sup>119</sup> E. Thompson (a cura di), *Letters to the Earth. Writing to a Planet in Crisis*, London,

proposta la «creation of spaces of collective rebellion», nonché «the liberation of our mind from colonizing categories» proposte dalla società consumistica, anche con «mass civil disobedience to create a new political reality the whole world over»<sup>120</sup>, ad esempio dichiarando che i «bonds of the social contract» sono ormai «null and void»: «When Government and the law fail to provide any assurance of adequate protection, as well as security for its people's well-being and the nation's future, it becomes the right of its citizens to seek redress in order to restore dutiful democracy and to secure the solutions needed to avert catastrophe and protect the future»<sup>121</sup>.

E, forse, per il comparatista, vi sono alternative alla creazione di tali «spaces of collective rebellion». Non vi sono forse antidoti scientifici alle modalità con cui gli *holder of capital* hanno infiltrato la società politica e ridefinito significato e portata delle garanzie costituzionali e dei processi decisionali pubblici. Il comparatista può, forse, attivare un dialogo con gli attori della società e riaffermare il ruolo della comparazione come sapere critico, in grado di svelare l'uso strategico delle categorie giuridico-costituzionali. Un ruolo che potremmo dirsi prodromico a quello di *constitutional reinvention*, ma comunque in grado di ricollegare la realtà a un rinnovato progetto costituzionale per le comunità politiche.

Di là di attitudini trasformative, la comparazione è strumentata per rideterminare verso modalità e contenuti del dialogo tra ordinamenti nazionali, comunità territoriali e attori economici transnazionali. Di fronte a un diritto brandizzato e generato da *un private lawmaking* espressivo di interessi che non rispecchiano quelli delle comunità politiche, il formante dottrinale deve tornare a decrittare la realtà, scandagliare i problemi, indicare tendenze e contrastare un processo di produzione del diritto che, avendo ormai varcato il limite esterno del formante costituzionale, sta riscrivendo in chiave privatistica il significato dell'obbligazione politica.

---

2020, p. 6.

<sup>120</sup> D. Silver, *Everyday Radicalism and the Democratic Imagination: Dissensus, Rebellion and Utopia*, in *Politics and Governance*, 2018, p. 161 ss. *Extinction Rebellion, This Is Not A Drill. An Extinction Rebellion Handbook*, London, 2019, pp. 9 e 22.

<sup>121</sup> *Ibidem*.

# La comparazione come servizio e la comparazione come rete: gli strumenti a disposizione della Corte costituzionale per l'utilizzo del diritto comparato

*Paolo Passaglia*

## 1. Premessa

Lo studio dell'utilizzo da parte delle corti costituzionali e supreme del diritto straniero e comparato è uno degli esercizi sui quali la dottrina comparatistica, italiana ma non solo, si è più di frequente confrontata, negli ultimi lustri, sia da un punto di vista generale sia avendo specifico riguardo a uno o più organi giurisdizionali. Tra questi ultimi, la Corte costituzionale italiana è lungi dal potersi dire trascurata<sup>1</sup>. Anche il presente contributo intende esaminare i rapporti tra la giurisdizione costituzionale italiana e la comparazione giuridica; l'idea, però, è di discostarsi dall'alveo generalmente percorso (che nella sostanza mira a individuare se, quanto e come la comparazione incide sulla giurisprudenza), per adottare una prospettiva assai più modesta. Non si tratterà, infatti, di svolgere analisi concettuali sull'*output* della Corte

---

<sup>1</sup> Al riguardo, sia consentito rinviare, non fosse altro per la sua prossimità cronologica, a P. Passaglia, *L'utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, p. 191 ss. (ivi anche alcuni riferimenti bibliografici ulteriori).

costituzionale e sulla presenza in esso di comparazione, ma semplicemente di proporre una mera descrizione degli strumenti principali sui quali la Corte può contare per acquisire le informazioni necessarie affinché l'argomento comparatistico possa avere cittadinanza all'interno del suo *iter* decisorio o, almeno, argomentativo.

Il tema prescelto si interseca con le modalità di funzionamento della Corte e con l'organizzazione del suo apparato, segnatamente quello deputato alla ricerca giuridica. Non sarebbe, tuttavia, possibile offrire in questa sede un quadro compiuto entro il quale collocare "ciò che apporta comparazione", per cui si daranno per scontate le informazioni che possono rintracciarsi nei testi sulla giustizia costituzionale e ci si concentrerà, viceversa, su quello che, semmai, si può trovare sul sito internet dell'istituzione<sup>2</sup>, un sito la cui ricchezza di contenuti può non far emergere di primo acchito elementi che, per il comparatista (o, quanto meno, per chi cerchi di svolgere una ricerca come quella qui proposta), si rivelano talvolta di non poco momento.

Proprio dal sito internet, emergono due sedi in cui apporti comparatistici possono emergere: da un lato, la sottosezione «Area internazionale» della sezione «Studi e documentazione»<sup>3</sup> e, dall'altro, la sezione «Relazioni internazionali»<sup>4</sup>. Queste diverse sedi sono, grosso modo (e con qualche necessaria precisazione che si vedrà), espressione dei due pilastri su cui poggia la penetrazione del diritto comparato all'interno della Corte, pilastri ai quali conviene di dare i nomi di «servizio» e di «rete», a denotare la provenienza, nel primo caso, dall'interno dell'apparato e, nel secondo, principalmente<sup>5</sup> dall'esterno.

## 2. La comparazione come servizio

Dando prova di una lungimiranza invero ragguardevole, sul finire degli anni Ottanta, la Corte decise di introdurre, all'interno del Servizio studi, competenze specificamente dedicate alla comparazione giuridica. Da questa decisione si sviluppò, nel corso degli anni Novanta,

<sup>2</sup> La pagina iniziale è la seguente: [www.cortecostituzionale.it/default.do](http://www.cortecostituzionale.it/default.do).

<sup>3</sup> Cfr. [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel\\_int/areaInternazionale.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/areaInternazionale.do).

<sup>4</sup> Cfr. [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel\\_int/introduzione.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/introduzione.do).

<sup>5</sup> Come si vedrà *infra*, par. 3.1., l'avverbio si giustifica con il fatto che, nel concetto di «rete», sono stati evocati anche apporti dottrinali che, originati dall'esterno, divengono *pro tempore* interni alla Corte: il riferimento va a giudici e assistenti con sensibilità comparatistica.



una vera e propria Sezione di diritto comparato, caratterizzata dalla presenza di un funzionario responsabile, coadiuvato da ricercatori a contratto provenienti da vari Paesi stranieri.

Questo schema operativo è stato confermato nel corso degli anni, con qualche lieve modifica: il funzionario della Corte è stato affiancato e poi sostituito da un coordinatore scientifico a contratto, proveniente dall'ambiente universitario, mentre – per quanto attiene ai ricercatori stranieri – il gruppo di lavoro ha progressivamente consolidato una struttura quadripartita, con un esperto per la Francia, uno per la Germania, uno per la Spagna e uno per gli Stati Uniti e il Regno Unito<sup>6</sup>. Nel 2011, la Sezione di diritto comparato ha mutato la sua denominazione in Area di diritto comparato, mantenendo, comunque, le sue caratteristiche di fondo e il suo incardinamento strutturale all'interno del Servizio studi.

La scelta di creare un organismo apposito per il diritto comparato è lungi dall'essere comune nell'ambito delle giurisdizioni costituzionali; anzi, il caso italiano, solitamente ritenuto peculiare per l'attenzione che presta alla comparazione, è stato di recente indicato come uno dei modelli che hanno ispirato soluzioni simili adottate in altri ordinamenti<sup>7</sup>.

Con riferimento all'attività posta in essere dall'Area di diritto comparato, ci si limiterà, in questa sede, a esporre ciò che risulta dalla suddetta sottosezione «Area internazionale» del sito, la quale, malgrado il

---

<sup>6</sup> Per gli ultimi mesi del 2022 è previsto l'inserimento di un quinto componente, teso a rafforzare la copertura dell'area anglo-americana. Le selezioni attualmente in corso, relative a tutte le posizioni, sono le prime che hanno eliminato la preferenza per ricercatori stranieri, aprendo così alla possibilità che vengano contrattualizzati ricercatori italiani specializzati per gli ordinamenti stranieri (cfr. gli Avvisi di selezione del 29 aprile 2022, disponibili alla pagina [www.cortecostituzionale.it/concorsi.do](http://www.cortecostituzionale.it/concorsi.do)). Questa novità, da un lato, può favorire un più immediato dialogo tra gli esperti e gli altri giuristi (ivi inclusi i giudici) operanti presso la Corte; dall'altro lato, però, rischia di tradursi nella perdita di una caratteristica che ha contribuito a rendere originale la scelta della Corte, assicurandole informazioni «di prima mano» sugli ordinamenti stranieri.

<sup>7</sup> Viene in rilievo, in special modo, il sistema francese, dove, nel 2008, il *Conseil d'État* ha istituito una *cellule de droit comparé*, presso il centro di ricerche giuridiche, in cui operano «giovani giuristi di lingue e nazionalità diverse» (cfr. B. Stirn, *Le Conseil d'État et l'ordre juridique européen*, 9 ottobre 2014, [www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-l-ordre-juridique-europeen#](http://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-l-ordre-juridique-europeen#), T.d.A). Dal *Conseil d'État*, l'esperienza è transitata al *Conseil constitutionnel*, dove, dal 2016, è stato contrattualizzato un giurista incaricato di svolgere ricerche di diritto comparato ed europeo nell'ambito del Servizio di documentazione e di supporto all'istruzione (cfr. la pagina dell'organigramma sul sito del *Conseil constitutionnel*: [www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/les-services-du-conseil](http://www.conseil-constitutionnel.fr/le-conseil-constitutionnel/les-services-du-conseil)).

nome forse poco appropriato è dedicata integralmente ai risultati del lavoro dell'Area di diritto comparato, o meglio ai risultati che la Corte ha ritenuto che potessero validamente essere resi pubblici.

Si individuano, in particolare, due grandi settori di attività, l'uno inerente all'informazione sull'attualità costituzionale straniera e l'altro concernente gli studi propriamente detti.

Nel primo settore rientrano le segnalazioni che vengono predisposte per dar conto in maniera sintetica di decisioni rese da giurisdizioni costituzionali o supreme straniere o, talvolta, di altri avvenimenti di rilievo costituzionale. Tendenzialmente, le informazioni si concentrano su: *Bundesverfassungsgericht*, *Conseil constitutionnel* francese, corti supreme britannica e statunitense e *Tribunal constitucional* spagnolo; non mancano, tuttavia, segnalazioni relative a decisioni anche di altri organi, quali – ad esempio – la Cassazione o il *Conseil d'État* francesi, il *Verfassungsgerichtshof* austriaco, il *Tribunal Constitucional* portoghese o la Corte suprema canadese. Sul sito sono inseriti, innanzi tutto, i numeri del *Bollettino di informazione sull'attualità giurisprudenziale straniera*, pubblicato con cadenza mensile dal dicembre 2010 al febbraio 2017<sup>8</sup>.

Dal marzo 2017, è stato introdotto un nuovo sistema, destinato a sostituire il *Bollettino* e gli *Aggiornamenti periodici sulla dottrina straniera*, altro periodo che aveva costituito, dal 2012, un complemento del primo, con pubblicazioni quadrimestrali e poi semestrali. Si è così dato luogo a un flusso di «segnalazioni, caratterizzate da una forma più snella rispetto a quelle contenute nel precedente *Bollettino*», che «vengono diffuse all'interno della Corte tramite posta elettronica, per poi essere mensilmente raccolte e diffuse anche su internet»<sup>9</sup>. Queste nuove segnalazioni, concernenti atti o fatti resi pubblici al massimo tre o quattro giorni prima, hanno esteso l'angolo visuale oltre l'attualità giurisprudenziale, andando a coprire anche riforme costituzionali o legislative o anche eventi di particolare rilevanza (ad esempio, le principali elezioni che si svolgano nei cinque suddetti Paesi seguiti più direttamente). Dal 2020, è stata infine approntata, sempre sul sito internet, una piattaforma volta a consentire l'immediata messa a disposizione

<sup>8</sup> I vari numeri sono accessibili a partire dalla pagina [www.cortecostituzionale.it/actionRicercaBollettini.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaBollettini.do).

<sup>9</sup> Cfr. *Presentazione del nuovo periodico*, in *Segnalazioni sull'attualità costituzionale straniera*, n. 1 (marzo 2017), p. 5, [www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni\\_201703.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/segnalazioni/Segnalazioni_201703.pdf). L'elenco dei fascicoli di questo periodico è disponibile alla pagina [www.cortecostituzionale.it/actionSegnalazioni.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionSegnalazioni.do).

del pubblico delle singole segnalazioni, che vengono caricate quasi contemporaneamente al momento in cui vengono diffuse all'interno<sup>10</sup>.

Con riguardo al secondo settore, quello degli studi di diritto comparato, sul sito della Corte compare un elenco piuttosto nutrito di ricerche, divise in cinque macro-tematiche (fonti del diritto, organizzazione dello Stato, principi e diritti fondamentali, processo costituzionale, rapporti tra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale), con testi che, nel caso dei più datati, risalgono anche al 2007<sup>11</sup>. Dalle numerazioni dei singoli lavori si coglie il carattere molto parziale degli studi diffusi su internet rispetto al totale: il lavoro più recente inserito, del febbraio 2022, è catalogato come Comp. 294, ma sommando i testi contenuti nelle cinque macro-tematiche il totale non va oltre i sessantotto. Evidentemente, i lavori anteriori al 2007 e i lavori successivi per i quali si è ritenuto di non procedere alla messa a disposizione *online* sono molto più numerosi di quelli che compaiono, ciò che può lasciare intuire una attività piuttosto sviluppata sotto il profilo delle ricerche relative a tematiche specifiche.

La struttura di queste ricerche può variare a seconda dei casi, ma lo schema classico è quello di contributi di diritto straniero (solitamente dei cinque Paesi sopra indicati), sovente corredati da una introduzione che traccia le principali risultanze dell'esame comparatistico operato alla luce delle indagini sui vari ordinamenti.

Negli scritti non viene mai esplicitata l'*occasione* della ricerca, né la finalità o le motivazioni della scelta del tema trattato; la forma della dissertazione che connota ciascun contributo permette, in effetti, di proporre il lavoro come una ricerca collettanea potenzialmente dotata di vita propria. Ciò nondimeno, confrontando le date di ultimazione dei vari studi con l'incedere della giurisprudenza della Corte costituzionale, non è difficile individuare, nella stragrande maggioranza dei casi, una corrispondenza tra lo studio di diritto comparato condotto e una o più questioni oggetto di trattazione da parte della Corte. La riprova di questa corrispondenza può essere tratta dalla circostanza che le ricerche facciano la loro comparsa sul sito soltanto in un momento successivo a quello del deposito della decisione del caso o dei

---

<sup>10</sup> La pagina da cui è possibile accedere a queste segnalazioni è [www.cortecostituzionale.it/segnalazioniCorrenti.do](http://www.cortecostituzionale.it/segnalazioniCorrenti.do).

<sup>11</sup> Gli studi sono accessibili dalla pagina [www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do](http://www.cortecostituzionale.it/actionDirittoComparato.do).

casi collegati alla ricerca comparatistica. In buona sostanza, l'Area di diritto comparato fornisce un complemento rispetto all'attività istruttoria, permettendo al giudice relatore e al collegio di avere a disposizione soluzioni provenienti da altri ordinamenti, cui eventualmente ispirarsi in sede decisoria e/o argomentativa. In quest'ottica, si può arrivare a proporre un tasso di corrispondenza non trascurabile tra i casi in cui la Corte, nella pronuncia, opera citazioni di diritto straniero e/o comparato e quelli in cui sia stato prodotto uno studio di diritto comparato (tutto questo, peraltro, senza contare che nulla si può inferire *ab externo* in merito ai lavori che non vengano pubblicati sul sito internet).

Tirando le fila da quanto si è potuto osservare, anche solo attenendosi alle risultanze del sito internet della Corte, la principale funzione dell'Area di diritto comparato risulta essere proprio quella di far penetrare quanto più possibile l'afflato comparatistico all'interno del collegio giudicante. È questa la chiave di lettura da utilizzare per valutare l'attività di informazione sull'attualità costituzionale straniera: un'attività che vuole essere la base su cui alimentare e confortare un interesse per l'altro che gli studi dedicati alle questioni pendenti sono destinati (o almeno vorrebbero) stimolare in maniera specifica.

### 3. La comparazione come rete

Per quanto la Corte costituzionale abbia potuto investire nel dotarsi di una struttura deputata alla ricerca comparatistica, è chiaro che, anche rafforzando gli effettivi e dotandoli degli strumenti più efficaci, non si potranno mai raggiungere livelli di espansione e di approfondimento tali da non restare ampiamente perfettabili.

Una siffatta considerazione affonda nell'ovvietà; ciò tanto più se si adotta una prospettiva diacronica: il *quantum* di conoscenza relativo a ordinamenti stranieri disponibile in Italia quando la Corte costituzionale si dotava di una struttura apposita si è accresciuto in maniera esponenziale, nel corso dei trent'anni trascorsi, grazie allo sviluppo delle discipline comparatistiche, alla rivoluzione digitale con l'avvento delle banche-dati elettroniche, alla crescita delle comunicazioni e degli spostamenti, etc. A fronte di questa crescita esponenziale, all'interno della Corte si è prodotto qualche aggiustamento, magari – in certi momenti – qualche ampliamento, ma non era neppure lontanamente immaginabile che si prospettasse una crescita di persone e di risorse con

un coefficiente paragonabile a quello che ha connotato il diritto comparato in seno alle università e ad altri entri di ricerca. Per dirla in altri termini, l'attività *in house* della Corte è divenuta sempre meno «competitiva» rispetto a quanto disponibile fuori, per cui, ferma restando l'utilità di avere una struttura deputata alla comparazione in chiave di fornitore di un servizio specializzato per la giurisdizione costituzionale, è progressivamente emersa l'opportunità (o, forse meglio, l'inevitabilità) di una integrazione dall'esterno. È in questa logica che emerge quella che può definirsi una *rete*, la cui importanza, negli ultimi anni, è andata non a caso crescendo in maniera quanto mai significativa.

Una chiarificazione del concetto si impone. La rete indica un insieme di rapporti potenzialmente – e spesso concretamente – latori di apporti comparatistici. Si tratta di rapporti caratterizzati da una profonda eterogeneità, nella struttura, nei soggetti interessati e negli effetti, al punto che potrebbe forse contestarsi la loro *reductio ad unum*, se non si fosse adottato un criterio unificante (per quanto generico), quello appunto degli apporti comparatistici, che risulta essere effettivamente un elemento di comunanza ben individuabile.

Convieni, a questo punto, passare in rassegna le varie maglie di questa rete, la cui eterogeneità non osta a che si possano identificare, per l'essenziale, due tipi di rapporti, di natura e conformazione invero assai diversa, ma non necessariamente sbilanciati quanto a importanza per la penetrazione del diritto comparato: il riferimento va, da un lato, ai contatti tra la Corte e la dottrina e, dall'altro, a quelli che la Corte ha con altre corti, esterne rispetto all'ordinamento nazionale.

### 3.1. La Corte e la dottrina

Un primo, per certi versi tradizionale, serbatoio di informazioni di marca comparatistica risiede nella dottrina, con la quale la Corte costituzionale ha da sempre rapporti “naturali”, ma anche rapporti “costruiti”.

La dottrina non deve necessariamente essere comparatistica, giacché sovente l'influsso della comparazione viene veicolato o almeno favorito da studiosi di diritto interno, di diritto sovranazionale o di storia del diritto che abbiano una sensibilità per il diritto comparato.

I canali attraverso i quali questa dottrina può penetrare sono molteplici. A partire dai componenti del collegio, ovviamente, che sono anzi

molto spesso i veri artefici della fortuna (o della sfortuna, *ça va sans dire...*) della comparazione nella giurisprudenza costituzionale.

Non sono da trascurare, però, neppure gli apporti che possono venire dagli esponenti della dottrina che rivestano la carica di assistenti di studio oppure del Servizio studi<sup>12</sup>.

Fin qui, peraltro, la nozione di “rete” appare piuttosto forzata (per non dire fuorviante), giacché tutto si gioca all’interno della Corte. Cambiando prospettiva, e aprendosi così verso l’esterno, la dottrina è presente tra gli avvocati che patrocinano cause al Palazzo della Consulta; in questo senso, l’apertura del processo costituzionale agli *amici curiae*<sup>13</sup> offre un ulteriore canale di cui la dottrina comparatistica (o con sensibilità comparatistica) può avvalersi<sup>14</sup>. L’altra previsione “nuova”, quella della convocazione di “esperti di chiara fama”, non sembra invece destinata a poter spiegare effetti significativi, giacché le Norme integrative, nel riferirsi a «specifiche discipline», sembrano evocare soprattutto conoscenze in settori extragiuridici<sup>15</sup>.

La dottrina, però, si manifesta nella vita della Corte costituzionale anche attraverso gli scambi che hanno luogo in occasione di seminari, che la Corte medesima organizza almeno dagli anni Ottanta e che, non di rado, vedono la presenza nelle relazioni e nei dibattiti di profili di diritto comparato. Gli esempi sarebbero molti<sup>16</sup>, ma forse il più eloquente è quello che ha in qualche modo anticipato la riforma delle Norme integrative e l’apertura all’intervento di terzi e degli *amici curiae*, nel cui titolo già si coglie in maniera eloquente l’impatto avuto

<sup>12</sup> Sulla penetrazione della dottrina all’interno della Corte, senza però aver riguardo agli effetti sulla diffusione del metodo e/o della sensibilità comparatistica, sia consentito rinviare a P. Passaglia, *La presenza della dottrina all’interno della Corte costituzionale italiana*, in Id. (a cura di), *I rapporti tra la giurisdizione costituzionale e la dottrina / Les rapports entre la juridiction constitutionnelle et la doctrine. Atti delle Giornate italo-franco-belghe di diritto comparato – Pisa, 6 e 7 marzo 2015*, Napoli, 2015, p. 29 ss.

<sup>13</sup> Identificati, ai termini dell’art. 6 delle vigenti Norme integrative per i giudizi di fronte alla Corte costituzionale, ne «le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» che depositino una opinione scritta.

<sup>14</sup> Sull’introduzione dell’istituto, anche per un primo bilancio, v., di recente, A. Vuolo, *L’amicus curiae*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2022, n. 1, p. 74 ss.

<sup>15</sup> Art. 17, comma 1, delle Norme integrative: «La Corte, ove ritenga necessario acquisire informazioni attinenti a specifiche discipline, dispone con ordinanza che siano ascoltati esperti di chiara fama...».

<sup>16</sup> Nella collana *Corte costituzionale – Seminari di Studi* presso l’editore Giuffrè figurano attualmente 14 volumi, pubblicati tra il 1997 e il 2020, ma nel periodo precedente sono stati pubblicati svariati altri volumi fuori collana.

dall'osservazione delle esperienze straniere da parte dei giuristi che sono intervenuti: *Interventi di terzi e "amici curiae" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre corti nazionali e sovranazionali*<sup>17</sup>.

I tipi di interazione tra Corte e dottrina che i seminari di studio suggeriscono sono senza dubbio a basso tasso di formalizzazione. Eppure, ci sono rapporti in cui questo tasso è ancora più basso. Il riferimento va alle interazioni, *ab externo* inafferrabili, che ciascun giudice ha e che porta, in maniera più o meno esplicita e spesso in maniera più o meno intenzionale, all'interno del collegio. In queste interazioni risiede una parte estremamente consistente degli apporti comparatistici, specie quando esse si producano tra uno o più giudici costituzionali italiani, da un lato, e uno o più giuristi stranieri, dall'altro. Non è forse improprio arrivare a dire che si tratta dello strumento più diretto ed efficace per far entrare il confronto tra ordinamenti nel ragionamento della Corte. L'aspetto paradossale è che la sua importanza non potrà mai essere preventivata, né valutata, perché sarà sempre frutto del caso e perché è praticamente impossibile che la dinamica di penetrazione venga esplicitata.

### 3.2. La Corte e le altre corti

Come si è potuto constatare per l'apporto comparatistico dato dalla dottrina, anche per quello derivante dai rapporti che la Corte costituzionale intesse con le corti esterne rispetto all'ordinamento nazionale si è in presenza di un insieme complesso di fenomeni che solo con difficoltà possono ricondursi a una matrice comune. La matrice comune, in questo caso, è semplicemente il comune esercizio, da parte dei protagonisti, della funzione di amministrare la giustizia costituzionale. Ciò posto, è tuttavia opportuno distinguere – non foss'altro per chiarezza espositiva – almeno due dimensioni: quella «orizzontale» e quella «verticale».

---

<sup>17</sup> *Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 18 dicembre 2018, Milano, 2020.*

### 3.3. Segue: la dimensione orizzontale

L'evocazione della orizzontalità nei rapporti tra corti è funzionale a individuare quelle relazioni che si sviluppano esclusivamente "tra pari", cioè, per quanto qui rileva, tra corti costituzionali o corti che comunque amministrano la giustizia costituzionale (ivi incluse, ovviamente, le corti supreme nei sistemi cosiddetti diffusi).

Questo tipo di rapporti si instaura attraverso contatti tra corti, destinati a un rafforzamento dei legami che, non di rado, creano le condizioni per produrre conoscenza dell'altro, per condividere esperienze, per stimolare il confronto e, magari, per verificare se una soluzione giurisprudenziale possa essere imitata o addirittura adottata in un diverso ordinamento. Una vera e propria *cross-fertilization* che non è alimentata tanto dalla lettura quanto semmai dall'oralità degli scambi.

Ora, una dinamica di questo tipo trova solo in minima parte una qualche formalizzazione, che sopraggiunge, comunque, a uno stadio abbastanza avanzato. Le corti, quasi tutte, ricercano collegamenti con corti straniere. Ciò avviene in misura sempre crescente, e per ragioni di sempre maggiore momento. Il contatto con l'altro può valere, innanzi tutto, a migliorare la propria giurisprudenza, arricchendola di fonti di ispirazione. Molto spesso, però, la ragione più profonda della ricerca di contatti è data dalla prospettiva di accrescere la legittimazione della corte all'interno del sistema, allorché possa manifestare rapporti con organi omologhi, specie quando questi vengano ritenuti autorevoli o comunque appartenenti a sistemi giuridici autorevoli. Questa sorta di *legitimacy-generating relation* può avere benefici effetti, sia in termini di immagine che in termini di collaborazione, soprattutto nei frangenti in cui una corte si venga a trovare in difficoltà a causa di attriti con organi politici o con l'opinione pubblica, magari anche con rischi per la propria indipendenza.

#### (a) Gli incontri con le altre corti

Le esigenze appena sopra evocate sono valide in termini generali, sebbene, come è inevitabile, il peso delle preoccupazioni che spingono a cercare contatti cambi a seconda dei contesti. In particolare, per la Corte costituzionale italiana, il motore che l'ha spinta ad attivarsi è stato quello della conoscenza e del confronto, non essendosi mai realmente posta una situazione che potesse spingerla ad andare a ricercare *legitimacy-generating relation*. Certo, la Corte è percepita come una giu-



risdizione costituzionale di prestigio, e come tale mira ad accreditarsi. In quest'ottica, il coltivare rapporti con altre corti dotate di particolare autorevolezza è funzionale a rafforzare la propria immagine: i relativamente frequenti incontri che si hanno tra i giudici della Corte e quelli del *Bundesverfassungsgericht* vanno probabilmente letti anche (pur se, *scil.*, non soltanto) in questa prospettiva.

Ma i rapporti della Corte vanno ben al di là degli incontri che ha con l'omologo di Karlsruhe. Sul sito dell'istituzione, all'interno della sopra ricordata sezione «Relazioni internazionali», sono riportati i principali incontri di studio cui la Corte o una sua rappresentanza ha partecipato dal 2000 ad oggi<sup>18</sup>. L'elenco – tra l'altro solo parziale – delle iniziative svoltesi presso la sede del Palazzo della Consulta o all'estero è assai nutrito. Tra gli altri, possono segnalarsi, oltre alle due visite presso il *Bundesverfassungsgericht* (2009 e 2019), ricambiate, i frequenti incontri che, tra il 2004 e il 2010, si sono avuti con la Corte russa (i giudici italiani si sono recati a Mosca nel 2004, nel 2007 e nel 2010) e con la Corte suprema israeliana (con visite nel 2000 e nel 2004). Almeno un seminario è stato poi organizzato con le corti di Cile (2000), Brasile (2001), Romania (2004), Egitto (2007), Repubblica Ceca (2007), Albania (2009), Austria (2010), Belgio (2012), Francia (2013), Svezia (2017), Corea (2019), Croazia (2019), Kosovo (2019) e Svizzera (2019).

L'apertura ad ampio raggio che questo elenco attesta non osta a che con alcuni organi, presumibilmente in ragione di una particolare prossimità culturale e linguistica, si siano sviluppati rapporti speciali, per intensità degli scambi e per il loro approfondimento. Il riferimento va ai tribunali costituzionali di Portogallo e Spagna, con i quali la Corte costituzionale ha instaurato, sin dal 1999, una consuetudine di scambi alimentata da incontri trilaterali organizzati annualmente, con turnazione della sede, su tematiche di comune interesse. Il successo dell'iniziativa è testimoniato, oltre che dalla sua longevità, dalla sua valenza espansiva, la quale ha fatto sì che gli incontri trilaterali diventassero, dal 2017, incontri quadrilaterali, a seguito dell'integrazione nel gruppo del *Conseil constitutionnel* francese. In effetti, consultando nella sezione «Relazioni internazionali» del sito della Corte la pagina appositamente dedicata a questi incontri<sup>19</sup>, dai titoli degli incontri organizzati si coglie agevolmente come le tematiche affrontate avessero un ruolo di primo

---

<sup>18</sup> Cfr. [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel\\_int/incontri\\_studio.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/incontri_studio.do).

<sup>19</sup> Cfr. [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel\\_int/incontri.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/incontri.do).

piano nella giurisprudenza di quel periodo o del periodo immediatamente successivo. A mero titolo esemplificativo, possono ricordarsi i seminari sui rapporti tra supreme magistrature e giudice costituzionale (1999), sulla (allora) nuova Costituzione europea (2003), sullo *status* dei cittadini immigrati (2008), sulla nozione di famiglia (2010), sulla cooperazione in materia penale (2012), sulle nuove tendenze del diritto del lavoro (2015) o sulle misure antiterrorismo (2018).

È di tutta evidenza che il fatto stesso di discutere, in incontri appositi, su tematiche su cui la Corte (come gli altri organi) sarà chiamata di lì a poco a pronunciarsi (o a pronunciarsi di nuovo) implica che dal confronto con approcci e/o soluzioni diverse possano giungere suggestioni potenzialmente idonee a contribuire alla scelta della soluzione dei casi o almeno alla sua motivazione. Si tratta di una forma incontestabile di penetrazione della comparazione giuridica all'interno del processo decisionale della Corte. Per incontestabile che sia, il problema è che l'afflato comparatistico è destinato a restare nel dominio dell'inespresso, a meno che non si verifichino condizioni piuttosto particolari, quali: la citazione *par tabulas* di un'esperienza straniera, la (spesso problematica) verifica della corrispondenza tra la citazione e l'esame dell'argomento in seno all'incontro internazionale, nonché il (sempre opinabile) collegamento tra le discussioni avute nell'incontro e la citazione operata in sede di redazione della pronuncia.

Gli incontri internazionali sono quindi ottimi veicoli di comparazione, ma lo sono sempre in modo sotterraneo, sia che si faccia riferimento alle tematiche affrontate, sia, *a fortiori*, se lo spunto comparatistico sia nato in maniera estemporanea da rapporti personali tra giudici sorti in occasione degli incontri, che magari hanno spinto conversazioni private verso tematiche altre. Se i riferimenti comparatistici nelle pronunce vengono da queste occasioni, lo studioso che sia alla ricerca della loro scaturigine non potrà che arrendersi...

#### (b) La Conferenza delle Corti costituzionali europee

Una particolare forma di interazione tra corti, anch'essa inscritta nella dimensione orizzontale, merita un'attenzione speciale, per l'ampiezza e la rilevanza che ha assunto. Il riferimento è alla Conferenza delle Corti costituzionali europee, da ritenersi la parte della rete di rapporti formalizzati tra corti costituzionali più risalente e, per lungo tempo, più ampia in termini di partecipazione.

Si tratta di un'associazione che ha avuto la sua origine da un'iniziativa delle corti austriaca, italiana e tedesca, cui si è da subito unita quella jugoslava<sup>20</sup>. Le quattro corti, nel 1970, avevano deciso di dar corso a incontri con cadenza biennale, ospitati a turno da ciascuna. Questi incontri, destinati a consentire confronti su uno o più argomenti di comune interesse previamente individuati, dovevano rappresentare anche uno strumento di avvicinamento, funzionale altresì, più in generale, a scambi di informazioni e ad altre forme di cooperazione tra le corti.

Dopo gli incontri di Dubrovnik (1972), Baden-Baden (1974), Roma (1976) e Vienna (1978), la struttura quadripartita ha iniziato ad ampliarsi. Seguendo la logica di un'apertura progressiva, si è adottato il criterio che l'organizzazione dell'incontro venisse affidata alla corte che entrava a far parte dell'associazione. La cadenza biennale è stata contemporaneamente sostituita con la più gestibile cadenza triennale, da allora costantemente confermata fino a che la pandemia da Covid imponesse lo spostamento del XVIII Congresso dal 2020 al 2021 (senza che, però, lo slittamento consentisse di evitare la tenuta dell'incontro in modalità da remoto). Il quinto membro, il Tribunale federale svizzero, ha così organizzato il Congresso del 1981, il sesto, il *Tribunal constitucional* spagnolo, quello del 1984 e il settimo, il *Tribunal constitucional* portoghese, quello del 1987. In occasione del VII Congresso, venivano ammessi due nuovi membri, che avrebbero organizzato i due incontri successivi, e cioè la Corte costituzionale turca e il *Conseil constitutionnel* francese.

Con il Congresso parigino del 1993 si era ormai entrati in una nuova era. Il crollo dei regimi di socialismo reale aveva infatti portato a una diffusione pressoché generalizzata della giustizia costituzionale in Europa; a dimostrazione dell'interesse suscitato dalla Conferenza, la nascita di nuove corti si è associata alla richiesta di ingresso, che presto

---

<sup>20</sup> La breve ricostruzione che segue si fonda su quanto compare alla pagina specificamente dedicata alla Conferenza del sito della Corte costituzionale, [www.cortecostituzionale.it/conferenzaCorti.do](http://www.cortecostituzionale.it/conferenzaCorti.do), nonché sul sito della Conferenza medesima, [www.confeuconstco.org](http://www.confeuconstco.org), là dove si ripercorre la storia dell'associazione. Il sito non appare compiutamente aggiornato, per cui i riferimenti che seguiranno verranno operati a quello che è stato aperto dalla Corte costituzionale della Repubblica Ceca in occasione della tenuta della conferenza del 2021; tale sito riprende i materiali di quello della Conferenza, aggiornandoli in alcuni punti: [www.cecc2017-2020.org](http://www.cecc2017-2020.org); per la parte storica, v. [www.cecc2017-2020.org/about-cecc/history](http://www.cecc2017-2020.org/about-cecc/history) (il richiamo è al testo nella versione inglese; il sito è però quadrilingue, come la Conferenza, offrendo testi anche in francese, tedesco e russo).

ha coinvolto anche corti che, pur se esistenti, non avevano ancora fatto richiesta di accesso. Ne è derivata un'autentica mutazione dell'associazione, la quale, agli otto membri che contava alla fine degli anni Ottanta, ha visto aggiungersene ben sedici tra il 1990 e il 1997, altri nove nel solo 2000 e ulteriori otto, tra il 2003 e il 2014, data dell'ultimo ingresso (la Corte suprema dei Paesi Bassi). I componenti sono, dunque, ben quaranta<sup>21</sup>, cui si aggiunge la Corte costituzionale bielorusa, membro associato dal 1994<sup>22</sup>. Fanno parte della Conferenza, ma come osservatori, la Corte di Strasburgo e la Corte di Lussemburgo (dal 1981), nonché la Commissione di Venezia (dal 1996)<sup>23</sup>.

A fronte di un tale successo, l'organizzazione estremamente "snella" che aveva caratterizzato gli inizi della Conferenza non poteva più essere mantenuta. Per questo, in occasione del Congresso di Varsavia del 1999, il Circolo dei Presidenti, cioè l'organo che riunisce i vertici delle corti, ha adottato uno statuto della Conferenza<sup>24</sup>, che è stato completato, tre anni dopo, a Bruxelles, da un regolamento<sup>25</sup>.

Si è così formalizzata un'organizzazione che resta comunque piuttosto elastica, incentrata sul Circolo dei Presidenti, appunto, il quale viene presieduto dal vertice dell'istituzione che sta organizzando la Conferenza, la stessa istituzione che assicura le funzioni di segretario. Con questo schema si instaura un meccanismo di turnazione su base triennale anche delle responsabilità principali connesse all'esistenza di questa Conferenza.

Al di là degli aspetti organizzativi, però, a rilevare qui è peraltro l'esplicitazione, all'art. 2 dello Statuto, della natura giuridica della Conferenza<sup>26</sup> e, soprattutto, quella delle finalità della stessa, che si rintracciano all'art. 3: «La Conferenza organizza un congresso su tema

<sup>21</sup> La somma sarebbe, in teoria, di quarantuno, ma uno dei membri fondatori, la Corte costituzionale jugoslava, non può evidentemente essere più conteggiata.

<sup>22</sup> L'elenco dei membri con l'anno e il luogo di adesione è consultabile alla pagina [www.cecc2017-2020.org/members/members-by-order-of-succession](http://www.cecc2017-2020.org/members/members-by-order-of-succession).

<sup>23</sup> Su di essa, v. *infra*, par. seguente.

<sup>24</sup> Il testo in inglese è [www.cecc2017-2020.org/fileadmin/Dokumenty/Pdf/Statute/Statute-EN.pdf](http://www.cecc2017-2020.org/fileadmin/Dokumenty/Pdf/Statute/Statute-EN.pdf).

<sup>25</sup> Per il testo in inglese, [www.cecc2017-2020.org/fileadmin/Dokumenty/Pdf/Conference\\_Regulations/Conference\\_Regulations.pdf](http://www.cecc2017-2020.org/fileadmin/Dokumenty/Pdf/Conference_Regulations/Conference_Regulations.pdf).

<sup>26</sup> L'art. 2 dello Statuto così recita: «La Conferenza si fonda sulla dichiarazione di intenti comuni dei Presidenti delle Corti costituzionali europee e delle istituzioni analoghe. Non produce effetti giuridici obbligatori per i terzi» (T.d.A. dalla versione francese, che prevale in caso di dubbio: cfr. l'art. 14, terzo comma, dello Statuto).

specifico, a intervalli regolari. Incoraggia l'informazione reciproca delle Corti che la compongono riguardo ai loro metodi di lavoro e alla loro giurisprudenza costituzionale, nonché gli scambi di idee sulle questioni istituzionali, strutturali e sostanziali nell'ambito della giustizia costituzionale. Si impegna inoltre a promuovere l'indipendenza delle Corti costituzionali quale elemento essenziale della garanzia e della concretizzazione della democrazia, nonché dello Stato fondato sul diritto, prendendo particolarmente in considerazione la protezione dei diritti umani; sostiene le iniziative che mirino al mantenimento di contatti regolari tra le Corti costituzionali e europee e le istituzioni analoghe» (T.d.A.).

Risulta probabilmente superfluo tornare a sottolineare quanto la partecipazione a un organismo del genere possa offrire informazioni su diritti stranieri e spunti di riflessione declinabili in termini di comparazione giuridica, su molte tematiche di amplissimo respiro, quali sono quelle generalmente scelte come oggetto dei congressi<sup>27</sup>. Ciò che semmai può rilevarsi è che le scelte operate relativamente alle lingue della Conferenza possono avere almeno in parte ostacolato la piena fruizione degli scambi da parte (di alcuni) dei giudici italiani. In origine, infatti, le lingue ufficiali erano l'italiano, il tedesco e il serbo-croato, per quanto gli interventi potessero essere svolti anche in francese o in inglese. Nel corso degli anni Ottanta, è stato inserito lo spagnolo, mentre nel 1993 è stato eliminato il serbo-croato. Tre anni dopo, si è operata una semplificazione, riducendo a tre le lingue di lavoro: francese, inglese e tedesco. Con lo Statuto del 1999, le lingue di lavoro sono diventate le lingue ufficiali della Conferenza e alle tre esistenti si è aggiunto il russo<sup>28</sup>. Il regolamento del 2002, all'art. 12, ha ulteriormente precisato che le lingue ufficiali di lavoro sono le quattro indicate per Statuto e, «se del caso, una lingua ufficiale ulteriore della Corte organizzatrice»

---

<sup>27</sup> Un elenco delle tematiche oggetto dei congressi, fin dal primo, è riportato alla precitata pagina del sito della Corte costituzionale dedicato alla Conferenza: [www.cortecostituzionale.it/conferenzaCorti.do](http://www.cortecostituzionale.it/conferenzaCorti.do).

<sup>28</sup> La sorte di quest'ultima lingua potrebbe, tuttavia, conoscere qualche evoluzione, visto che la guerra in Ucraina pone il problema della decadenza della Corte costituzionale della Federazione Russa: l'art. 7, par. 2, dello Statuto, del resto, stabilisce che «un componente può essere dichiarato decaduto dalla sua qualità o sospeso quando, senza ragione, non adempie al suo obbligo di partecipare alle spese comuni o quando esiste un altro motivo importante che non consente più di prevedere una cooperazione leale ed effettiva tra la Conferenza e questo componente» (T.d.A.).

(T.d.A.). Per queste lingue si appronta una traduzione simultanea. Per gli scritti, è richiesto l'uso del francese o dell'inglese.

Dopo il serbo-croato, dunque, anche l'italiano, altra lingua ufficiale originaria, è del tutto scomparso dalla Conferenza. Dal punto di vista della funzionalità dell'organizzazione e del peso specifico internazionale della nostra lingua, non poteva essere altrimenti. Resta, però, un minimo riconoscimento implicito, dovuto all'anzianità. Lo si rintraccia all'art. 12, par. 2, del regolamento: «Ogni componente può chiedere la traduzione simultanea in un'altra lingua, a condizione di sopportarne i costi. La corte organizzatrice effettua questa traduzione simultanea ulteriore purché ciò sia tecnicamente possibile, oppure indica le ragioni per le quali non è realizzabile. In caso di difficoltà dovute a un eccessivo numero di richieste, la priorità sarà data a quelle dei componenti in base alla loro anzianità in quanto tali» (T.d.A.).

### **3.4. Segue: la dimensione verticale**

Con la dimensione «verticale» nei rapporti tra le corti si intende evocare quelle forme di interazioni che si sviluppano principalmente, e talora anche quasi completamente, tra le corti costituzionali nazionali o tra organi omologhi, ma, a differenza di quello che si è visto per la dimensione orizzontale, in questo caso i rapporti vengono strutturati attorno a organi di matrice sovranazionale, che talvolta sono parte diretta dell'interazione e talaltra si limitano a favorirla. La presenza di questa istanza sovranazionale, lungi dal rappresentare un ostacolo al pieno sviluppo delle interazioni, le favorisce, le rafforza e ne rende più agevole la formalizzazione. Tutt'al più, il carattere sovranazionale del "facilitatore" può orientare gli scambi verso determinati ambiti piuttosto che altri, vale a dire quelli in cui il cosiddetto costituzionalismo multilivello si dimostra più ricco di implicazioni.

#### **(a) La Commissione di Venezia**

Prototipo e modello – allo stato attuale inarrivabile – di tessitore sovranazionale della rete è la Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, meglio nota come Commissione di Venezia.

La Commissione, che opera all'interno del Consiglio d'Europa, è nata nel 1990, cioè all'indomani del collasso dei regimi di socialismo reale. Alla base della sua istituzione si è posta infatti l'opportunità di avere un organo specificamente «incaricato di assistere, dal punto di

vista della consulenza costituzionale, soprattutto i Paesi dell'Europa centro-orientale nella complessa fase di transizione»<sup>29</sup>. La missione era dunque quella di gestire l'«emergenza», fornendo sostegno fondamentalmente in termini di consulenze. Con il tempo, però, «la Commissione ha visto la propria attività evolvere progressivamente sino a diventare un'istanza di riflessione giuridica indipendente, internazionalmente riconosciuta»<sup>30</sup>.

La crescita costante del ruolo e dell'importanza della Commissione ha fatto sì che dall'essere frutto di un semplice accordo tra diciotto dei ventitré membri del Consiglio d'Europa, la sua posizione si istituzionalizzasse, in parallelo con la crescita del numero dei membri.

Sul primo versante, viene in rilievo soprattutto lo Statuto, adottato nel 2002, proprio per far fronte all'espansione delle funzioni e della composizione<sup>31</sup>. In esso si formalizzano e si precisano i tratti essenziali dell'organismo, di cui fanno parte un esperto indipendente (e un supplente) per ogni Stato membro (art. 2 dello Statuto). Da notare è che quest'ultimo concetto si è esteso oltre il Consiglio d'Europa, per accogliere «gli Stati non membri» del Consiglio d'Europa «interessati, le organizzazioni e gli organismi internazionali interessati» (art. 1). Ne è derivata una partecipazione che, oltre a raccogliere tutti i quarantasei Stati membri del Consiglio d'Europa<sup>32</sup>, si estende ad altri quindici Stati terzi (dagli Stati Uniti al Perù, dal Brasile alla Corea del Sud, dal Marocco al Kazakistan, etc.), a un membro associato (Bielorussia<sup>33</sup>) e a quattro osservatori (Argentina, Giappone, Uruguay e Vaticano); uno *status* speciale è riconosciuto poi a Unione europea, Organizzazione degli Stati Americani, Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa, nonché a Palestina e Sudafrica<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> F. Duranti, *La Commissione di Venezia e il diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2017, p. 14.

<sup>30</sup> Così si legge nella versione italiana della pagina di presentazione del sito della Commissione: [www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_Presentation&lang=IT](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_Presentation&lang=IT).

<sup>31</sup> Il testo dello Statuto, nella sua versione inglese (quella originale), è [www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL\(2002\)027-e](http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL(2002)027-e).

<sup>32</sup> Come noto, a seguito dell'invasione dell'Ucraina, la Russia è stata esclusa dal Consiglio d'Europa, facendo così scendere a quarantasei il numero degli Stati membri.

<sup>33</sup> Sempre in relazione alla guerra in Ucraina, la Bielorussia è stata sospesa.

<sup>34</sup> Per una lista completa dei membri, si rinvia alla pagina seguente del sito della Commissione: [www.coe.int/en/web/conventions/full-list1?module=partial-agreement-members&numeroAp=9](http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list1?module=partial-agreement-members&numeroAp=9).

Questo ampio consenso, che nella sua stessa struttura è un possente volano di scambi fortemente permeati di afflatti comparatistici, ha tre grandi settori di intervento: istituzioni democratiche e diritti fondamentali; giustizia costituzionale e giustizia ordinaria; elezioni, referendum e partiti politici<sup>35</sup>.

In questa sede, è evidentemente il secondo ambito a rilevare precipuamente. È in esso che la Commissione è impegnata a concretizzare l'idea di una cooperazione tra le corti costituzionali come strumento per lo sviluppo del costituzionalismo. E per rendere questa cooperazione effettiva, compito primario è quello di offrire informazioni e sostegno, specie qualora una corte si trovi sotto indebite pressioni<sup>36</sup>. Lo strumento più classico che è stato sin da subito utilizzato è stato quello dell'organizzazione di conferenze e seminari in molti Paesi, europei ed extraeuropei, su tematiche strettamente inerenti al funzionamento delle giurisdizioni costituzionali oppure su argomenti di ampio respiro oggetto di decisione da parte delle corti. Con questi incontri, la Commissione di Venezia si è fatta artefice dello sviluppo di interazioni con e tra le corti, una creazione di «ponti», destinati ad alimentare scambi di informazioni.

Se l'organizzazione di incontri avesse esaurito l'azione in favore della cooperazione nell'ambito della giustizia costituzionale, evidentemente la Commissione non avrebbe potuto giocare il ruolo che ha, invece, in concreto assunto.

In realtà, onde rendere davvero efficace l'azione della Commissione, è stato istituito un Consiglio congiunto sulla giustizia costituzionale. Si tratta di un organo composto dai membri della Commissione e dagli «agenti di collegamento» (*liason officers*) designati dalle singole corti costituzionali dei Paesi membri: la composizione è dunque doppia rispetto alla Commissione, affiancandosi all'esperto indipendente

---

<sup>35</sup> Sulle modalità di funzionamento, v., sul sito della Commissione, [www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01\\_activities&lang=EN](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=01_activities&lang=EN), nonché, anche per ulteriori riferimenti, l'analisi di F. Duranti, *La Commissione di Venezia e il diritto comparato*, cit., p. 13 ss.

<sup>36</sup> Nel concretizzare le sue funzioni di sostegno, su richiesta delle corti interessate, la Commissione di Venezia può presentare una memoria come *amicus curiae* nell'ambito di un giudizio che sia in corso presso la corte richiedente. Del pari, qualora il potere politico di uno Stato attenti all'indipendenza, alla funzionalità o magari alla stessa esistenza di una corte, la Commissione, sempre su richiesta, provvede a rendere una dichiarazione pubblica concernente la legislazione attraverso la quale la pressione indebita sulla corte venga esercitata.



nominato dallo Stato un altro esperto, che è (presumibilmente) interno all'organo di giustizia costituzionale.

Le riunioni, con cadenza annuale, di questo Comitato sono importanti, perché consentono alle corti nazionali di partecipare agli scambi di esperienze e buone pratiche: l'elaborazione di queste interazioni è consustanziale all'attività della Commissione di Venezia, ma, se non fosse stato istituito il Comitato congiunto, l'azione della Commissione si sarebbe spiegata in buona misura soprattutto sul terreno del dibattito giuridico-culturale, andando a interessare solo indirettamente la generalità degli organi di giustizia costituzionale. A rilevare, peraltro, non sono tanto le riunioni del Comitato in sé e per sé, in quanto esse vertono per lo più su aspetti di tipo funzionale e operativo. Più significative sono le cosiddette mini-conferenze che seguono le riunioni, il cui tema, ovviamente collegato alla giustizia costituzionale, è scelto in quanto ritenuto di interesse generale<sup>37</sup>. In questa sede, sono gli agenti di collegamento a presentare una relazione nazionale, dalla quale possono scaturire dibattiti e spunti di riflessione di matrice comparatistica.

L'aspetto più delicato risiede, comunque, nella divulgazione in seno alle corti delle acquisizioni comparatistiche derivanti dalle riunioni e dalle «mini-conferenze». Non essendo, infatti, direttamente coinvolti i giudici costituzionali, l'arrivo all'interno del collegio degli spunti di riflessione risulta comunque mediato, e subordinato, in ultima analisi, alla sensibilità comparatistica dell'agente di collegamento, al suo coinvolgimento nel processo di *decision-making* della Corte e a varie altre circostanze strutturali. Tra queste ultime, ad esempio, è probabile che abbia un peso non trascurabile l'ampiezza dell'apparato burocratico dell'organo di giustizia costituzionale, giacché, in una struttura di dimensioni modeste, l'agente di collegamento avrà più facilmente modo di diffondere le informazioni a tutti i soggetti potenzialmente interessati. A tale riguardo, la Corte italiana, se comparata a molti omologhi stranieri, è ben lungi dal potersi definire di dimensioni modeste...

Proprio per questa difficoltà, l'importanza della Commissione di Venezia per la diffusione di una sensibilità comparatistica si apprezza maggiormente sotto altri profili, a partire dalla messa a disposizione di informazioni sulla giustizia costituzionale degli Stati membri. Allo scopo, sin dal 1993, la Commissione cura l'edizione di un bollettino

---

<sup>37</sup> Un elenco delle tematiche affrontate in queste «mini-conferenze» è rintracciabile in [www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01\\_Constitutional\\_Justice&lang=EN](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=01_Constitutional_Justice&lang=EN)

quadrimestrale, in lingua francese e inglese, sulla giustizia costituzionale<sup>38</sup>. In esso sono riportati gli *abstract* e le parole-chiave delle principali decisioni rese dalle corti, selezionate dalle corti medesime. Si tratta, evidentemente, di un materiale di grande interesse, per comprendere le linee di tendenza e le tematiche principali affrontate dalle varie corti nei quattro mesi precedenti.

La valenza di informazione sull'attualità si combina con quella – probabilmente ancor più importante – di formazione di una banca-dati. I contenuti del bollettino, infatti, rappresentano una parte significativa di quelli che sono trasfusi della banca-dati *Codices*.

In essa sono immessi i testi integrali di oltre diecimila decisioni, rese da più di cento corti, nonché *abstract* e parole-chiave delle decisioni e descrizioni della struttura e del funzionamento delle corti. Sono altresì inseriti testi costituzionali e testi normativi relativi alla giustizia costituzionale. Ancora, è in *Codices* che vengono inseriti gli atti delle mini-conferenze sopra menzionate.

I testi sono disponibili in inglese e/o in francese, ma anche in altre lingue (per lo più quelle delle singole corti interessate)<sup>39</sup>. Pare inutile soffermarsi a rimarcare l'importanza che questa vera e propria miniera di informazioni può avere per la ricerca comparatistica, a tutti i livelli, universitari e giurisdizionali.

#### (b) La Conferenza mondiale sulla giustizia costituzionale

A partire da 1996, la Commissione di Venezia ha stabilito rapporti di cooperazione con gruppi e associazioni di corti costituzionali, riunite su base geografica o linguistica, tra cui, come accennato, la Conferenza delle Corti costituzionali europee<sup>40-41</sup>. Lo scopo di questa colla-

<sup>38</sup> Il *Bulletin on Constitutional Case-Law* ha abbandonato la forma cartacea a fine 2017, cambiando anche il nome in *e-Bulletin on Constitutional Case-Law* (o *Bulletin électronique de jurisprudence constitutionnelle*). Tutti i numeri ordinari, dal 1993, nonché quasi tutti gli oltre venti numeri speciali, sono consultabili a partire dalla pagina seguente: [www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_02\\_Bulletins](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_02_Bulletins).

<sup>39</sup> La banca-dati è accessibile a partire da questa pagina del sito del Consiglio d'Europa: [www.codices.coe.int](http://www.codices.coe.int).

<sup>40</sup> A dimostrazione della cooperazione tra la Commissione di Venezia e la Conferenza europea, può sottolinearsi che gli atti dei congressi triennali vengono pubblicati come numero speciale del bollettino della Commissione cui si è fatto accenno nel paragrafo precedente.

<sup>41</sup> Gli altri gruppi sono: l'Associazione delle Corti costituzionali francofone, il *Forum dei Presidenti delle Corti dell'Africa australe*, l'Associazione euroasiatica degli organi di controllo costituzionale, l'Unione delle Corti e dei Consigli costituzionali arabi, la Conferenza dei Tribunali costituzionali dei Paesi di lingua portoghese,

borazione è, da sempre, quello di rafforzare i rapporti tra gli organi e sostenere le corti in difficoltà. Con il tempo, però, è emersa una ulteriore prospettiva, vale a dire quella di allestire un sistema internazionale di corti che potesse coagulare tutti i gruppi regionali e linguistici, onde aprire una sede di dialogo potenzialmente estesa a tutto il pianeta.

È nata così, proprio su iniziativa della Commissione di Venezia, la Conferenza mondiale sulla giustizia costituzionale, un'organizzazione che oggi riunisce centodiciannove corti costituzionali e supreme (le assenze più rimarchevoli sono quelle delle corti supreme britannica e, soprattutto, statunitense)<sup>42</sup>. La Prima Conferenza mondiale si è tenuta, nel 2009, a Città del Capo, con la partecipazione di circa novanta corti. In quell'occasione, si è deciso di dare alla Conferenza una propria organizzazione, mediante uno statuto che è stato definitivamente approvato nel 2011, subito dopo la tenuta, a Brasilia, della Seconda Conferenza<sup>43</sup>. Lo statuto prevede che la Conferenza organizzi un congresso almeno ogni tre anni (art. 3); la Commissione di Venezia assicura il segretariato (art. 4.c), una funzione determinante, stante l'elevato numero di soggetti partecipanti e la struttura burocratica "agile" per cui si è optato, con un comitato direttivo rappresentante, ad un tempo, dei vari gruppi di corti e delle corti impegnate nell'organizzazione dei congressi.

Questa istituzionalizzazione ha portato all'organizzazione di altri due congressi, a Seul nel 2014 e a Vilnius nel 2017, prima che la pandemia impedisse il rispetto della cadenza triennale, spostando al 2022 il congresso di Bali.

La Conferenza mondiale ripropone lo schema operativo dell'interazione tra i giudici a proposito di tematiche di ampio raggio (quali – seguendo l'ordine cronologico dei congressi – la protezione dei di-

---

la Conferenza iberoamericana di Giustizia costituzionale, la Conferenza delle Giurisdizioni costituzionali africane, l'Associazione delle Corti costituzionali e delle istituzioni equivalenti dell'Asia e le Corti del *Commonwealth*. L'elenco, con i relativi *link* alle pagine dei gruppi, è in [www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02\\_Regional&lang=EN](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_Regional&lang=EN).

<sup>42</sup> All'interno del sito della Commissione di Venezia, una sezione è specificamente dedicata a questa Conferenza: [www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=02\\_WCCJ&lang=EN](http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/default.aspx?p=02_WCCJ&lang=EN).

<sup>43</sup> Il testo dello statuto, nella versione inglese, è [www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-WCCJ-GA\(2017\)010-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-WCCJ-GA(2017)010-e) (sono peraltro altre sei le lingue nelle quali lo statuto è redatto e fa fede, cioè tutte le lingue ufficiali della Conferenza: arabo, francese, portoghese, russo, spagnolo e tedesco).

ritti umani, la separazione dei poteri, l'integrazione sociale, lo stato di diritto, la pace). Di conseguenza, valgono per essa le considerazioni già svolte a proposito della Conferenza europea, cui si può qui senz'altro rinviare<sup>44</sup>, fermo restando comunque che i congressi mondiali, proprio per l'ampiezza e l'eterogeneità della partecipazione, sembrano, rispetto a quelli continentali, assai meno propizi alla creazione di rapporti di scambio privilegiato tra singole corti costituzionali. D'altra parte, la circostanza stessa che si entri a far parte della Conferenza mondiale subordinatamente all'appartenenza a uno dei gruppi di corti è indicativo del carattere "di secondo grado", *ergo* di non immediatezza dei rapporti, che per la Conferenza mondiale è stato delineato.

### (c) La Rete delle corti superiori

Negli ultimi anni, due nuove forme di interazione sono state introdotte, su iniziativa di istanze sovranazionali, e in particolare delle corti sovranazionali europee.

La prima ad attivarsi è stata la Corte europea dei diritti dell'uomo, quando la ricerca di un dialogo con le corti – in particolare con quelle di vertice – degli Stati membri del Consiglio d'Europa era in procinto di conoscere un ulteriore canale di realizzazione, attraverso l'entrata in vigore del Protocollo n. 16 alla Convenzione, che attribuisce alle più alte giurisdizioni nazionali il potere di richiedere pareri alla Corte di Strasburgo su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi protocolli<sup>45</sup>. Proprio la presenza di un canale di comunicazione privilegiato ha condotto alla ricerca di un rafforzamento del sistema di scambio di informazioni, onde creare le condizioni per interazioni agevolate tra la giurisdizione europea e le giurisdizioni nazionali, all'interno di un circuito nel quale tutti i partecipanti fossero informati e potenzialmente coinvolti sulle questioni di interesse generale.

Queste aspirazioni si sono tradotte nella creazione della Rete delle corti superiori (*Superior courts network* o *Réseau des cours supérieures*), lanciata in forma sperimentale il 5 ottobre 2015 e poi formalizzata nel corso del 2016, con la redazione di una Carta<sup>46</sup> e delle Regole operative

<sup>44</sup> V. *supra*, par. 3.3. (b).

<sup>45</sup> Come noto, il Protocollo, entrato in vigore il 1. agosto 2018, non è ancora stato ratificato dall'Italia; ciò, chiaramente, non ha alcun riflesso sulla partecipazione delle istanze giurisdizionali italiane alla Rete di cui si dirà nel testo.

<sup>46</sup> Il testo della Carta, nella versione inglese (è disponibile anche il testo francese),

della Rete<sup>47</sup>, e con l'apertura all'adesione da parte delle giurisdizioni superiori nazionali<sup>48</sup>. La Corte costituzionale ha aderito nell'ottobre 2018<sup>49</sup>; l'ordinamento italiano è attualmente rappresentato da ben quattro giurisdizioni, avendo fatto richiesta di adesione anche la Corte di cassazione, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti<sup>50</sup>.

Onde rendere effettivo lo scambio semplificato di informazioni, è stato creato un sito con accesso riservato ai componenti della Rete, che reca documenti quali note analitiche del *Jurisconsult* sulle decisioni rese dalla Corte europea, una selezione settimanale di pronunce di maggior rilievo e rapporti di ricerca su una serie di argomenti. Dal canto loro, le corti nazionali possono offrire contributi di conoscenza onde raffinare la ricerca comparatistica della Corte di Strasburgo e porre informalmente alla cancelleria della Corte quesiti su questioni specifici. Le risposte sono fornite dal *Jurisconsult* e impegnano solo quella direzione (non la Corte, ovviamente), ma hanno pur sempre una valenza non secondaria, sul piano effettuale.

Se il sito con accesso riservato è la piattaforma operativa in cui gli scambi avvengono, la fortuna del sistema risiede principalmente nella scelta di individuare dei *Focal point*, cioè persone di contatto interne a ciascuna giurisdizione nazionale, che si interfacciano con *Focal point* relativi al proprio ordinamento che operano all'interno della Cancelleria della Corte di Strasburgo: in questo modo, i contatti sono immediati e gli scambi più approfonditi e compiuti. La sintesi proposta a Strasburgo, centro della Rete, a beneficio di tutti i membri restituisce il quadro di questi scambi, rendendolo utilizzabile da parte di tutti.

Le potenzialità di sviluppo della comparazione che questo tipo di Rete offre sono evidenti. Il punto più delicato, però, risiede, di nuovo, nella possibilità che ha il *Focal point* della giurisdizione nazionale di

---

è consultabile alla pagina seguente del sito della Corte europea, nella sezione specificamente dedicata alla Rete delle Corti superiori: [www.echr.coe.int/Documents/SCN\\_Charter\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/SCN_Charter_ENG.pdf).

<sup>47</sup> Il testo delle Regole operative è [www.echr.coe.int/Documents/SCN\\_Operational\\_Rules\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/SCN_Operational_Rules_ENG.pdf).

<sup>48</sup> Per una sintesi della storia della nascita della Rete delle Corti superiori, v. [https://www.echr.coe.int/Documents/SCN\\_Introduction\\_Network\\_June2018\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/SCN_Introduction_Network_June2018_ENG.pdf).

<sup>49</sup> L'informazione è tratta dalla pagina dedicata alla Rete delle Corti superiori, nella sezione «Relazioni internazionali» del sito della Corte costituzionale: [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel\\_int/rete\\_corti\\_superiore.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/rete_corti_superiore.do).

<sup>50</sup> In totale, i membri sono, ad oggi, centodue, provenienti da quarantacinque Paesi: cfr. [www.echr.coe.int/Documents/SCN\\_Members\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/SCN_Members_ENG.pdf).

diffondere in maniera completa, tempestiva ed efficace i materiali predisposti e di restituire in forma adeguata gli scambi avuti all'interno della Rete. Al riguardo, valgono, *mutatis mutandis*, le stesse considerazioni fatte per gli agenti di collegamento del Consiglio congiunto sulla giustizia costituzionale<sup>51</sup>.

(d) La Rete giudiziaria dell'Unione europea

A breve distanza temporale dalla creazione della Rete delle Corti superiori da parte della Corte di Strasburgo, anche in seno all'Unione europea si è venuta a costituire una nuova rete, la Rete giudiziaria dell'Unione europea (*Réseau judiciaire de l'Union européenne* o *Judicial network of the European union*). La data formale di nascita è il 27 marzo 2017, in occasione del *Forum* dei magistrati organizzato dalla Corte di giustizia per i sessant'anni del Trattato di Roma: in quella sede, il Presidente della Corte di giustizia e i vertici delle corti costituzionali e supreme statali hanno stabilito di introdurre strumenti e modalità di scambio più immediato tra tutti i *partner*<sup>52</sup>.

Come per la Rete delle Corti superiori, anche la Rete giudiziaria dell'Unione ha preso le mosse dalla creazione, nel gennaio 2018, di un sito protetto in cui scambiare informazioni; tuttavia, la logica della riservatezza è stata ben presto ribaltata, a beneficio di una messa a disposizione del pubblico di tutti i materiali che non dovessero mantenersi riservati<sup>53</sup>. Questa scelta ha fatto della sezione del sito della Corte di giustizia dedicata alla Rete giudiziaria la sede in cui perseguire gli scopi di «condividere e centralizzare informazioni e documenti utili ai fini dell'applicazione, della diffusione e dello studio del diritto dell'Unione, quale interpretato e applicato non solo dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ma anche dai giudici nazionali» e di «favorire la mutua conoscenza e comprensione dei diritti e dei sistemi degli Stati membri, in una prospettiva di diritto comparato idonea ad agevolare la presa in considerazione delle tradizioni giuridiche di ciascuno»<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. *supra*, par. 3.4. (a).

<sup>52</sup> Le informazioni sulla nascita e la strutturazione di questa rete sono rintracciabili nella sezione apposita del sito della Corte di giustizia: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_2170125/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170125/it/).

<sup>53</sup> Per i documenti la cui conoscenza, viceversa, si è ritenuto che dovesse restare circoscritta, è rimasta attiva la parte del sito ad accesso riservato: <http://www.curia.europa.eu/rjue>.

<sup>54</sup> I brani sono tratti dalla *Presentazione* della Rete: [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_2170125/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170125/it/).

Il sito è quindi un importante deposito di informazioni e di ricerche, di cui può beneficiare qualunque operatore giuridico. In particolare, vi si rintracciano numerose pronunce rese da giudici nazionali, che gli stessi hanno comunicato sul presupposto del loro potenziale rilievo per il diritto dell'Unione<sup>55</sup>.

Sono poi inseriti «documenti, note e studi a carattere scientifico, analitico o pedagogico» preparati in seno alla Corte di giustizia dell'Unione europea su tematiche specifiche di potenziale interesse generale. Si tratta, in gran parte dei casi, di studi in cui si dà conto, in maniera più o meno approfondita, delle diverse soluzioni nazionali, proponendo poi analisi di taglio comparatistico. Al momento, sul sito figurano soprattutto le «note di ricerca», cioè testi che sono preparati dalla Direzione ricerca e documentazione della Corte di giustizia in vista della trattazione di un caso. Tali note vengono inserite *online* almeno sei mesi dopo il deposito della decisione<sup>56</sup>.

Ancora, nella sezione «Monitoraggio giuridico» si trovano bollettini di attualità (*Reflets*), in cui si riportano *abstract* di decisioni rese da giudici dei Paesi membri, riferimenti alla legislazione più significativa adottata e rassegne dottrinali. Questi bollettini, con cadenza semestrale, coprono il periodo 1999-2016<sup>57</sup>.

Infine, con le «Schede tematiche», anch'esse preparate dalla Direzione ricerca e documentazione della Corte di giustizia, si propone una ricostruzione dei punti di diritto più rilevanti delle decisioni emesse dalla Corte in una determinata materia<sup>58</sup>.

La Rete giudiziaria dell'Unione, di cui ovviamente la Corte costituzionale italiana è parte integrante *ab initio*, associa, a questa messa a disposizione di documenti, una interazione soggettiva tra i diversi componenti. La sua originalità risiede infatti nella pluralità di referenti: il corrispondente nazionale, almeno per la Corte costituzionale, è un giudice, che partecipa alle riunioni organizzative della Rete e che sovrintende alla concreta partecipazione dell'organo alla Rete; sul piano

---

<sup>55</sup> Cfr. [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_2170123/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170123/).

<sup>56</sup> L'elenco degli studi è riportato in [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_2170124/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170124/it/), dove si può accedere alla versione francese (la lingua di lavoro della Corte) e alla sintesi che ne viene fatta in inglese.

<sup>57</sup> L'elenco dei numeri – con i *link* a ciascuno – è [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_2170127/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170127/it/).

<sup>58</sup> Le «Schede tematiche» sono disponibili, in tutte le lingue ufficiali dell'Unione, a questa pagina [https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1\\_2170122/it/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_2170122/it/).

operativo, un funzionario della Corte viene designato per coadiuvare la segreteria particolare del giudice nell'esecuzione degli oneri connessi alla partecipazione alla Rete; in seno all'apparato amministrativo vengono poi individuati, in base al tema oggetto di dibattito, coloro che rappresenteranno la Corte nelle riunioni telematiche più operative che si svolgono sotto la presidenza della Direzione ricerca e documentazione di Lussemburgo<sup>59</sup>.

Questa partecipazione a più livelli pare che possa essere una buona soluzione per rafforzare la diffusione, in seno a un organismo complesso come la Corte costituzionale, non solo delle informazioni messe a disposizione, ma anche degli spunti che vengono dai confronti nell'ambito delle riunioni operative. La saldatura tra un giudice e un funzionario rende, infatti, più agevole la penetrazione delle idee che possano maturare nei dialoghi transnazionali. In questo senso, la Rete giudiziaria dell'Unione sembra poter avere, almeno in astratto, potenzialità più rilevanti rispetto alla Rete delle Corti superiori, nella prospettiva di un arricchimento degli apporti comparatistici a beneficio della Corte.

In ogni caso, trattandosi di esperienze che sono nate solo pochi anni fa e che, quindi, sono ancora per certi versi in una fase sperimentale se non embrionale, è presto per poter proporre valutazioni. Siamo ancora allo stadio delle prospettive, le quali appaiono, ad ogni modo, piuttosto promettenti.

---

<sup>59</sup> Queste informazioni si traggono, per l'essenziale, dalla pagina dedicata alla Rete giudiziaria dell'Unione europea contenuta nel sito della Corte costituzionale, sezione «Relazioni internazionali»: [www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel\\_int/rete\\_unione\\_europea.do](http://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/rel_int/rete_unione_europea.do).



## Conclusioni

# Che cosa è accaduto al diritto privato europeo?

## Il nuovo movimento in atto

*Michele Graziadei*

### 1. Prologo

Esattamente duecento anni addietro, nell'anno 1824, un giovane ventiseienne intingeva la penna per scrivere queste righe: «In questo secolo presente, – sia per l'incremento dello scambievole commercio e dell'uso de' viaggi, sia per quello della letteratura, e per l'enciclopedico che ora è d'uso, sicché ciascuna nazione vuol conoscere più a fondo che può le lingue, letterature e costumi degli altri popoli, sia per la scambievole comunione di sventure che è stata fra' popoli civili, sia perché la Francia abbassata dalle sue perdite, e l'altre nazioni parte per le vittorie, parte per l'aumento della cultura e letteratura di ciascuna, sollevandosi, – si è introdotta fra le nazioni d'Europa una specie d'uguaglianza di riputazione sì letteraria e civile che militare... le nazioni civili d'Europa, cioè principalmente la Germania, l'Inghilterra e la Francia stessa hanno deposto (forse anche pel progresso dei lumi e dello spirito filosofico e ragionato che accresce i lumi e calma le passioni ed introduce un abito di moderazione; e altresì per l'affievolimento stesso dell'amore e fervor nazionale, e generalmente di tutte le passioni degli uomini), hanno, dico, deposto gran parte degli antichi

pregiudizi nazionali sfavorevoli ai forestieri, dell'animosità, dell'avversione verso loro, e soprattutto del disprezzo verso i medesimi e verso le loro letterature civiltà e costumi, quantunque si voglia differenti dai propri»<sup>1</sup>.

Sono le pagine con cui Giacomo Leopardi, pensatore che non può certo essere sospettato di nutrire fede sconfinata nel progresso, descriveva lo stato dell'Europa del suo tempo, prima di formulare la diagnosi assai lucida sui costumi degli italiani che fu data alle stampe con edizione prima edizione postuma nel 1906. Parole da tenere a mente, se si vuole intendere cos'è l'Europa, e cosa tuttora comporta essere europei.

## 2. Esperienze in dialogo

Il volume che si chiude con questo breve saggio è dedicato a varie esperienze giuridiche in dialogo, e raccoglie testimonianze articolate e variegate, con riferimento al comune quadro europeo. Per parte mia proporrò una riflessione intorno al tema generale del "diritto privato europeo", un tema che si è sviluppato negli ultimi due decenni del ventesimo secolo, e poi con maggior impeto agli esordi del ventunesimo secolo, in una temperie politica ben diversa dall'attuale, quando progetti ambiziosi venivano coltivati con una certa urgenza.

I fallimenti che hanno caratterizzato il procedere su questo terreno, con l'abbandono del "quadro comune di riferimento" e quindi della proposta di regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita, non hanno segnato la fine della discussione sul punto. L'abbandono di quelle progettualità ha semplicemente confermato la difficoltà di realizzare esiti che avrebbero voluto replicare per l'Europa una soluzione in linea di continuità storica con i processi di codificazione realizzati in molti Stati membri durante gli ultimi due secoli. Si tratta di un insuccesso a cui hanno concorso molteplici cause. Tra esse spicca, in primo luogo, proprio l'idea – mai compiutamente espressa, tuttavia più volte evocata – secondo cui la storia dovesse ripetere sé stessa, vale a dire condurre l'Europa ad avere un quadro giuridico unitario in relazione al diritto privato. Nella visione romantica di alcuni, tale quadro sarebbe stato soprattutto un fatto di cultura, svincolato da testi autoritativi. Per altri, si doveva invece trattare di un testo in larga misura

---

<sup>1</sup> G. Leopardi, *Discorso sullo stato presente dei costumi degli Italiani* (1824), ed. a cura di M. Moncagatta, Milano, 2021, p. 39 s.

equivalente a quello di un codice nazionale di diritto privato. In realtà, di tale codice mancavano in modo evidente le premesse istituzionali e politiche. I codici civili varati nei principali Paesi europei erano portati a compimento come frutto di progetti politici e culturali nazionali; qui invece si trattava di inscrivere un testo almeno tanto ambizioso in una cornice ben diversa sotto il profilo istituzionale. Inoltre, l'intera costruzione di cui parliamo si reggeva sul corpo di una dottrina che, per quanto attrezzata, non aveva davvero percorso fino in fondo la via diretta ad una omogeneità di risultati in termini di concetti e linguaggi condivisi, di metodi e di mezzi culturali. Per comprenderlo, basterà ricordare la diversa situazione del diritto internazionale privato e processuale, nella quale non si è posto un problema analogo poiché la materia ha da sempre un profilo culturale e tecnico non puramente nazionale, e condivide concetti e metodi al di là dei confini nazionali. L'Europa ha così potuto fare passi da gigante sulla via dell'uniformazione del diritto in questo diverso ambito, mentre altrettanto non è accaduto sul terreno del diritto privato, rispetto ai progetti che ho voluto brevemente ricordare.

Con il varo di nuove codificazioni da parte di alcuni Stati membri, e le riforme dei codici civili già in vigore in altri Stati membri, si può domandare quale futuro abbia davanti a sé l'idea di un diritto privato europeo, e quale corso sia aperto davanti a noi nel trattare di questo tema.

### 3. Nulla rimane fermo in Europa

Nulla rimane fermo in Europa, ma è pur vero che nessun progetto altrettanto ambizioso è oggi all'orizzonte. Tuttavia, ritengo che l'idea di diritto privato europeo sia viva più che mai, e abbia anzi maggior presa oggi di quanto ne avesse ieri. L'abbandono di progetti tanto ambiziosi come quelli coltivati agli esordi del ventunesimo secolo infatti non riconduce il discorso al punto di partenza: anche da questo punto di vista la storia non si ripete, e siamo così di fronte a nuove sfide. Non abbiamo infatti certamente più in Europa da tempo un diritto privato del tutto ripiegato sulla dimensione nazionale, sebbene le codificazioni del diritto privato negli Stati membri non siano destinate a scomparire in tempi prevedibili<sup>2</sup>. Nemmeno una scelta radicale come quella com-

---

<sup>2</sup> Sul quadro attuale: M. Graziadei e L. Zhang (a cura di), *The Making of the Civil Codes*:

piuta dal Regno Unito con il referendum sulla Brexit e il conseguente abbandono dell'Unione europea con effetto dal 31 gennaio 2020 ha determinato un completo ripiegamento nazionale del diritto privato. Oltremanica l'*acquis* comunitario anteriore a Brexit è stato in larga misura salvaguardato tramite lo *European Union (Withdrawal) Act* 2018.

Se si domanda cosa è accaduto al diritto privato europeo dal 2000 ad oggi, si può registrare l'entrata in vigore di numerosi strumenti legislativi, sotto forma di regolamenti e direttive, tra cui l'intero pacchetto di misure dedicate al digitale, il quale rivela ancora una volta come l'accento cada in primo luogo sull'integrazione del mercato. Preoccupazioni di equità affiorano in vari ambiti, ulteriori rispetto alla tutela del consumatore come, ad esempio, nella regolazione dei rapporti di distribuzione in agricoltura<sup>3</sup>, e in una certa misura nella disciplina del diritto d'autore<sup>4</sup>, ma è da vedere se queste indicazioni legislative saranno poi sostenute da robuste e conseguenti politiche di attuazione delle medesime misure. Si deve altresì segnalare l'emergere di robusti corpi di diritto giurisprudenziale, sia in aree saldamente presidiate dal diritto scritto, sia in aree in cui la competenza dell'Unione si esercita in modo espansivo sulla scorta di principi o di considerazioni "sistemiche" che emergono nella giurisprudenza della Corte<sup>5</sup>, tra cui va annoverata la stessa "economia generale" del diritto dell'Unione, ovvero la struttura stessa del diritto dell'Unione<sup>6</sup>. La valutazione di questo apporto può essere duplice. Si tratta di riconoscere che le dinamiche e le *chance* del diritto privato europeo sono per il momento legate alla sua dimensione giurisprudenziale, ben più di quanto si sia fin qui stimato, sebbene lo sviluppo di nuova legislazione da parte dell'Unione sia un tema ineludibile in vari ambiti, e per tutti in relazione al gover-

---

*A Twenty-First Century Perspective*, Singapore, 2023.

<sup>3</sup> Direttiva 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare.

<sup>4</sup> Direttiva 2019/790 del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE, al capo III, intitolato all'equa remunerazione di autori e artisti (interpreti o esecutori).

<sup>5</sup> Si veda la sintesi sulla giurisprudenza della Corte in materia di matrimonio o unione tra persone dello stesso sesso: M. Shahid, *Equal marriage rights and the European Courts*, in *ERA Forum*, 2023, 23, p. 397 ss.

<sup>6</sup> S. Rodin, *Interpretation in the Court of Justice of the European Union: Originalism, Purposivism, and L'Economie Générale*, in *34 American University International Law Review*, 2018, p. 601 ss.

no dell'economia digitale<sup>7</sup>. Intendo chiarire che questa prima diagnosi muove da una premessa tanto ovvia quanto ineludibile. Il diritto che abbiamo non è affidato in primo luogo a testi cartacei, è invece lo *ius quo utimur*, vale a dire tutto quanto effettivamente nasce sul terreno delle necessità e dei conflitti che attraversano le società europee. Da questo punto di vista, il tema del diritto privato europeo si pone in termini assai diversi rispetto al modo in cui è stato pensato all'inizio degli anni Duemila, ove la redazione e il controllo di testi di carattere molto generale (di cui peraltro si discutevano le sorti in corso d'opera) sembrava dominare ogni progetto futuro. Le idealità si misurano inevitabilmente sul piano dell'effettività, ed è per lo meno dubbio che, laddove fossero stati adottati, questi progetti sarebbero stati vincenti sul piano dell'effettività. Erano infatti segnati da lacune e difficoltà alla base della loro costruzione teorica e dottrinale, la quale rimaneva in larga misura ancorata ai concetti e ai metodi praticati dai cultori del diritto privato a livello nazionale, e alla condivisione di un comune credo positivisticò, solo all'apparenza moderato da elementi contraddittori quali un amplissimo ricorso a clausole generali. Come è noto, l'apporto giurisprudenziale alla costruzione del diritto dell'Unione è tuttavia non da oggi bersaglio di censure. La sua legittimazione appare incerta nel momento in cui il giudiziario europeo effettua scelte che hanno implicazioni redistributive, le quali si impongono agli Stati. La Corte di giustizia è stata ripetutamente fatta oggetto di critiche sotto questo profilo da studiosi di diversa estrazione, accomunati dalla volontà di segnalare il processo democratico come il *gold standard* nel porre il diritto. Non solo: gli stessi meccanismi interni alla costruzione del diritto giurisprudenziale da parte della Corte mostrerebbero ormai la corda: non sarebbe semplicemente più possibile pensare al diritto nel quadro europeo come ad un mero strumento di integrazione, tra l'altro, perché in tal modo – almeno secondo una corrente di pensiero – l'Unione europea finirebbe per mancare i più alti obiettivi risonanti nei valori cui i Trattati e la Carta dei diritti fondamentali danno voce<sup>8</sup>. Vero è che il diritto privato europeo prende attualmente in carico il compito

---

<sup>7</sup> G. Vettori, *Il diritto privato europeo in una società sostenibile*, in H.-W. Micklitz e G. Vettori (a cura di), *What is European in European private law? Che cosa c'è di europeo nel diritto privato europeo*, Milano, 2022, p. ix.

<sup>8</sup> L. Azoulay, *Solitude, désœuvrement et conscience critique: Les ressorts d'une recomposition des études juridiques européennes*, in *Politique européenne*, 2015, 4, p. 82 ss. (sul sito della rivista l'articolo è anche disponibile in inglese).

di limitare l'ambito entro cui opera il mercato, per tracciare spazi in cui esso debitamente cessa di essere il mezzo attraverso cui allocare beni<sup>9</sup>.

La discussione sul punto è certamente molto viva anche all'interno dell'altro formante implicato nella costruzione europea e nei dibattiti intorno al diritto dell'Unione, vale a dire la comunità degli studiosi. L'orizzonte degli studi è segnato da una pluralità di indirizzi, che rivelano le tensioni già soggiacenti i più ambiziosi progetti di unificazione del diritto degli anni passati – tensioni in qualche misura esacerbate proprio da tali progetti<sup>10</sup>. Tra le critiche principali al modo di procedere dell'Unione in vari ambiti, vi è l'accusa secondo cui i metodi di integrazione attuali produrrebbero «desocialized citizens of the market»<sup>11</sup>; da noi si accusa parimenti l'Unione di essere pervicace attuatrice di politiche neoliberali<sup>12</sup>. Nella diagnosi di alcuni tra i più acuti osservatori del quadro europeo, l'obiettivo dell'integrazione del mercato dovrebbe attualmente ritenersi superato, ma al tempo stesso l'Europa non avrebbe maturato una nozione di giustizia che possa effettivamente sorreggere la propria azione<sup>13</sup>. Non vi è dubbio che le certezze degli scorsi decenni abbiano lasciato il posto ad un'inquietudine profonda nella comunità accademica circa gli obiettivi dell'integrazione europea, acuita dalle enormi difficoltà economiche e sociali scatenatesi con la crisi finanziaria del 2008 e le conseguenti politiche di austerità, la gestione dei flussi migratori alle frontiere dell'Unione, il contrasto alla pandemia, la crisi della legalità democratica che si è aperta in alcuni Stati membri, la questione ambientale ed ecologica, e ora le guerre alle porte dell'Europa. Si tratta di un quadro che necessariamente impone

<sup>9</sup> G. Resta, *In search of the "Europeaness" of European Private Law*, in H.W. Micklitz e G. Vettori (a cura di), *What is European in European private law?*, cit., spec. p. 299 ss.

<sup>10</sup> Su cui si veda: C. Poncibò e O. Borgogno, *Schools of Thought in European Private Law*, in M. Durovic e T. Trdimas, (a cura di) *New Directions in European Private Law*, London, 2021, p. 61ss.

<sup>11</sup> M. Everson e C. Joerges, *Reconfiguring the Politics-Law Relationship in the Integration Project through Conflicts-Law Constitutionalism*, in *European Law Journal*, 2012, p. 658.

<sup>12</sup> Vedi in termini netti il contributo di Somma in questo volume. Per una replica articolata: G. Martinico e L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Roma, 2023.

<sup>13</sup> Vedi queste opinioni richiamate e discusse in L. Azoulai, *Solitude, désœuvrement et conscience critique*, cit. la consapevolezza di questa lacuna anima alcuni contributi recenti: H-W. Micklitz, *The Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018; M. Hesselink, *Towards a Critical Theory of Justice in European Private Law*, in H-W. Micklitz e G. Vettori (a cura di), *What is European in European Private Law*, cit., p. 135 ss.

ripensamenti profondi, anche perché – ovviamente – gli stessi fattori incidono sugli orientamenti dell'opinione pubblica e degli elettori nei riguardi delle istituzioni europee e rispetto alle loro politiche, e quindi sulle loro sorti.

Prima di procedere oltre, vorrei però almeno fissare un punto preliminare che riguarda la stessa possibilità di dialogo tra le diverse esperienze. La sensazione di fallimento, legata all'abbandono di progetti destinati a rimanere sugli scaffali, è attenuata da una considerazione di fondo circa la costruzione di capacità comunicative indispensabili per superare gli angusti confini di dibattiti puramente nazionali intorno al quadro europeo<sup>14</sup>. Lo sviluppo nell'arco di circa quindici anni di tali progetti, a partire dal 2000, ha consentito interazioni sufficientemente ampie a livello europeo tra gli studiosi impegnati nella loro elaborazione, o comunque partecipi del dialogo intorno a temi riguardanti il diritto privato europeo, da condurre per via collaterale – perché qui non si può certo parlare di un esito programmato – ad una novità assoluta, di maggiore importanza. Mi riferisco alla possibilità di ricorrere nuovamente ad una lingua veicolare – l'inglese – per trattare i problemi inerenti al diritto privato europeo. L'epoca dei codici civili aveva portato con sé l'abbandono del latino come mezzo espressivo comune ai giuristi d'Europa. Quando finalmente ci si è ritrovati intorno al tavolo per coltivare i più diversi progetti, si è scoperto che la prima difficoltà da superare per lavorare insieme era la povertà dei mezzi linguistici a disposizione perché ciascuno faceva affidamento pressoché esclusivo sulle rispettive lingue nazionali per discutere di temi inerenti al diritto privato.<sup>15</sup> La lacuna non è stata superata unicamente nello sforzo di discussione e di redazione di testi che poi non avrebbero avuto fortuna, bensì grazie (e forse soprattutto) a progetti di più ampio respiro, come

---

<sup>14</sup> Sullo stato dell'arte: B. Pozzo, *Language Diversity and the Future of European Private Law: or "Why the Language of Europe is Translation*, in A. Janssen, M. Lehmann e R. Schulze (a cura di), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden, 2023, p. 105 ss.

<sup>15</sup> Tra gli episodi più curiosi legati a questo primo periodo ricordo conversazioni in cui alcuni amici civilisti illustravano le loro perplessità circa la possibilità di illustrare in lingua inglese le finesse del diritto italiano. Mi è toccato ricordare che da tempo esistono manuali di diritto romano in inglese, di elevata qualità, e che vi sono giurisdizioni in cui un diritto tratto dal *civil law* è espresso esclusivamente in inglese, come avviene in Louisiana. Nulla di impossibile, dunque. Per di più, il nostro diritto viene tradotto regolarmente in inglese (o in altre lingue) per essere portato all'attenzione delle Corti europee. Naturalmente, il compito di rendere il proprio diritto in un'altra lingua richiede la capacità di affrontare sfide comunicative nuove e certamente ardue per chi non si è mai cimentato con esse.

la serie di volumi pubblicati, ad esempio, nel quadro del progetto *The Common Core of European Private Law*, ovvero nella serie *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*. Nuove riviste e nuove collane venivano lanciate, per dare voce a studiosi che animavano i dibattiti intorno al diritto privato europeo. Iniziative di carattere settoriale, ma comunque di rilievo, come quella che dava vita allo *European Center for Tort Law*, operavano nella medesima direzione. Infine, la creazione dello *European law Institute* ha dato veste istituzionale a questa nuova dimensione del diritto in Europa. L'inglese frutto di questi scambi e di queste conversazioni si deve prestare ad esprimere nozioni non riferibili al diritto inglese. Sotto la sua pelle si intravede la traccia del plurilinguismo europeo, ma il riferimento alle lingue di ogni Paese europeo ha cessato di essere un ostacolo alla comunicazione tra i giuristi d'Europa, sempre che essi possano lavorare in questa nuova lingua veicolare. La novità si è consolidata con la scelta delle Facoltà di alcuni Paesi europei di erogare corsi di diritto in inglese. Un esito impensabile, soltanto qualche decennio addietro. Sul piano della possibilità di dialogo, molto è dunque cambiato per quanto riguarda il diritto privato europeo, sebbene la conoscenza approfondita dell'uno o dell'altro sistema nazionale richieda tuttora mezzi linguistici ulteriori rispetto al possesso della lingua veicolare, e sebbene il mancato possesso di questa lingua veicolare di fatto precluda ad oggi la partecipazione al dialogo ad ampi settori della comunità scientifica di ciascun Paese europeo e ad altrettanto numerosi professionisti (sotto questo aspetto l'Europa del diritto comune viveva una situazione diversa).

#### 4. Le articolazioni del diritto

Prendiamo allora di petto la questione: la forma della legislazione non è affatto l'unica adatta a dar corpo ad un diritto per l'Europa, per quanto la legislazione europea destinata ad incidere in vario modo sul diritto privato degli Stati membri non sia certo prossima ad esaurirsi negli anni a venire. È un fatto evidente: la costruzione europea prende corpo anche per altre vie, talvolta più feconde e produttive, come comunità ordinata dal diritto<sup>16</sup>. Come nota Vettori: «se l'uniformazione

<sup>16</sup> Volumi recenti segnalano il tema, come, ad esempio, B. Kas e C. Mak, (a cura di), *Civil Courts and the European Polity The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe*, London, 2023. Ma il tema in sé non è nuovo, è infatti alla radice della stessa costruzione europea, a datare dalle decisioni della Corte di giustizia, fondative



tramite la legge non ha avuto esiti esaltanti, un contributo essenziale alla costruzione di una base uniforme del diritto privato in Europa si deve alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e per alcuni profili rilevanti alla Corte di Strasburgo e alla dottrina, impegnata nei progetti di uniformazione, nella comparazione dei vari ordinamenti e nella costruzione di Principi comuni»<sup>17</sup>. Molto diritto europeo pertinente rispetto alle relazioni tra privati è attualmente costituito da isole sparse di diritto scritto, immerse in un mare di diritto giurisprudenziale e sapienziale ben più vasto e profondo di quello che era noto durante i primi anni Duemila. Si tratta di un tema che è da coltivare anche in termini di formazione del giudice, per attrezzarlo a navigare in questo mare<sup>18</sup>.

Emerge così una specificità del diritto privato europeo. Non è retto né da insiemi di disposizioni riunite in un complesso organico, né consiste di puro diritto giurisprudenziale. Questa sua natura ibrida si riflette, tra l'altro, nello stile delle sentenze della Corte di giustizia. La Corte di Lussemburgo non ha sempre davanti a sé l'indicazione precisa da trarre da puntuali norme scritte, per questa ragione non esita a richiamare la propria giurisprudenza a fondamento dell'argomentazione, anche per elaborare soluzioni nuove, che sono per quanto possibile collocate in linea di continuità con le precedenti. Incidentalmente, è vero che la Corte si avvale di tecniche di motivazione simili a quelle prevalenti nel mondo di *civil law*. La novità che eventualmente affiora nella giurisprudenza della Corte per lo più schermata, il mutamento di orientamento è raramente sottolineato<sup>19</sup>. Si potrebbe dunque pretende-

---

del processo di integrazione su cui portano ora l'attenzione studi approfonditi: B. Davies e F. Nicola (a cura di) *Eu Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge, 2017. Per uno studio che approfondisce con nuove prospettive l'intero processo, mettendo a fuoco la rete di attori che ne è stato il catalizzatore: T. Pavone, *The Ghostwriters: Lawyers and the Politics behind the Judicial Construction of Europe*, Cambridge, 2022.

<sup>17</sup> G. Vettori, *Il diritto privato europeo in una società sostenibile*, in H.-W. Mieliz e G. Vettori (a cura di), *What is European in European private law?*, cit. p. ix.

<sup>18</sup> A questo proposito è da segnalare la meritoria pubblicazione di tre volumi da parte della Scuola della Magistratura su *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, Milano, 2023 che esaminano, per l'appunto, l'apporto della giurisprudenza allo sviluppo del diritto europeo. I volumi sono liberamente accessibili sul sito della Scuola della magistratura: <https://www.scuolamagistratura.it/il-diritto-europeo-e-il-giudice-nazionale>.

<sup>19</sup> Si veda al riguardo lo studio approfondito di L. Navel, *L'argument de continuité jurisprudentielle dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2020.

re di più di termini trasparenza della motivazione, per facilitare una più adeguata comprensione del ruolo della giurisprudenza della Corte nell'evoluzione del diritto europeo.

Tanto la Corte di giustizia dell'Unione, quanto la Corte europea dei diritti dell'uomo, su piani diversi, sono comunque all'origine di decisioni che hanno reso il panorama del diritto privato in Europa ben più complesso, articolato e di peso rispetto a quanto fosse due decenni orsono. Queste Corti – al pari delle Corti costituzionali degli Stati membri – dispongono dei mezzi per ricondurre la legislazione a parametri di legalità superiori rispetto a quelli sanciti dalla volontà politica del momento, tanto in materia di tutela dei diritti, quanto più in generale in termini di controllo di legalità di carattere “costituzionale”, con l'effetto di produrre la giurisdizionalizzazione della stessa legislazione, quando essa è sottoposta al vaglio delle Corti ora ricordate.

Prima di esaminare più precisamente questo aspetto, conviene sottolineare due movimenti che ci riconducono all'idea di “dialogo” sottesa a questo volume. In primo luogo, conviene notare che lo sviluppo del mercato interno conduce a individuare problemi comuni nel diritto degli Stati membri, soprattutto quando si è in presenza di prassi commerciali comuni nel mercato interno. Accade così che in ogni Paese d'Europa sorgano problemi giuridici che hanno le medesime premesse in fatto e in buona parte in diritto.

Questo è avvenuto, ad esempio, in materia di credito al consumo in diverse occasioni. Sarà sufficiente ricordare qui la questione sollevata in relazione al recesso anticipato dal contratto di credito al consumo e alla sorte dei pagamenti *up front* pretesi dall'intermediario al momento della conclusione del contratto<sup>20</sup>. Vicenda analoga è quella relativa ai mutui con i consumatori indicizzati a valuta straniera<sup>21</sup>, e l'elenco di analoghe vicende potrebbe continuare. In simili casi è inevitabile voler essere informati su cosa avviene negli altri Stati membri per comprendere come si colloca il diritto nazionale nel contesto più ampio, retto dalle regole europee. Beninteso, non è detto che questo approfondi-

---

<sup>20</sup> È la vicenda che ha condotto la Corte di giustizia a pronunciare la sentenza nel caso *Lexitor Sp. z o.o vs Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo – Kredytowa im Franciszka Stefczyka et al.*, Causa C-383/18, con il seguito rappresentato in Italia dalla sentenza della Corte costituzionale 22 dicembre 2022, n. 263.

<sup>21</sup> E. Mišćenić, Emilia, P. Tereszkiwicz e M. Infantino, *The Interplay Between the Cjeu and National Courts in the Case Law on Unfair Contract Terms in Foreign Currency Loans: A Comparative Overview*, in *19 European Review of Contract Law*, 2023, p. 346 ss.

mento abbia effettivamente luogo, ma lo sviluppo del diritto europeo e la sua corretta applicazione in ambito nazionale trae enorme giovamento dalla capacità di comprendere come la regola europea concretamente opera negli altri contesti nazionali.

La dimensione del dialogo è presente nell'interlocuzione con la Corte di giustizia, ed è attivata mediante la procedura di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Tfeue, la quale attribuisce alla Cgue la competenza a pronunciarsi, in seguito a richiesta di un organo giurisdizionale di uno Stato membro «sull'interpretazione dei trattati» e «sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione». La dimensione del dialogo può essere attivata anche sul piano orizzontale, notando come si sviluppa il diritto in un altro Stato membro, ed in particolare come opera il giudice di un altro Stato membro nell'applicare un parametro europeo che è comune a più Stati, senza chiamare in causa immediatamente il contributo della Corte di giustizia, tramite il rinvio preliminare alla Corte.

Si pensi, ad esempio, alla lite che nel 2022 ha visto contrapposta un'associazione tedesca per la tutela dei consumatori ed una banca francese in qualità di locatore di batterie per auto elettriche. La Corte federale tedesca ha negato validità alla clausola nelle condizioni generali di contratto che consentiva al locatore di disattivare a distanza (digitalmente) la batteria dell'auto di un consumatore e di impedirne la ricarica sostenendo che essa rappresentava una clausola abusiva, poiché determinante uno squilibrio significativo dei diritti ed obblighi delle parti<sup>22</sup>. Una sentenza di questo genere è per forza di cose da tener presente nel rendere giustizia in una simile questione, laddove fosse litigata in Italia, o in un altro Stato membro. È infatti ormai pacifico che i giudici degli Stati membri sono giudici dell'Unione nel momento in cui si trovano a pronunciare in ogni materia rispetto a cui interviene il diritto dell'Unione. E quindi gli indirizzi giurisprudenziali che in altri Stati membri concretizzano il diritto dell'Unione, facendone applicazione, sono d'interesse per il giudice nazionale impegnato a dare effetto al medesimo diritto.

Piuttosto, si può notare che un'identica regola giuridica in Europa non si cala mai o pressoché mai in un identico contesto, sul piano istituzionale, politico, culturale. Pertanto l'affiorare di incertezza nell'applicazione del diritto europeo può essere legata allo specifico

---

<sup>22</sup> Bundesgerichtshof, 26 Ottobre 2022 (XII ZR 89/21).

contesto locale in cui la norma europea deve trovare applicazione, e alla presenza di particolari meccanismi che in loco ne determinano o ne condizionano l'applicazione (ad esempio, in quel Paese è al lavoro o meno una Corte costituzionale? Esiste accesso diretto alla Corte per violazione dei diritti fondamentali?)<sup>23</sup>. Proprio per questa ragione lo strumento del dialogo e dell'analisi comparante è indispensabile per comprendere quali traiettorie percorre il diritto europeo nel singolo contesto, e per correggerne le eventuali storture. La Corte di giustizia, beninteso, è la prima fruitrice della comparazione, la quale prende in genere come riferimento il diritto degli Stati membri, come il suo attuale Presidente Koen Lenaerts ha ricordato in suoi vari scritti<sup>24</sup>. Ma ai fini della costruzione del diritto privato europeo non può certo essere l'unica fruitrice della comparazione, il tema riguarda gli Stati membri e il loro diritto, e quindi una comparazione di taglio orizzontale, come si è detto, in questo contesto, apre nuove porte, aiuta a comprendere quali differenze hanno sostanza, sono destinate a permanere e quali invece hanno carattere più effimero. Questo approccio alla comparazione ha ispirato alcune riforme dei codici nazionali ed è ben possibile che venga messa a frutto anche dalla giurisprudenza nel dirimere controversie che affrontano temi comuni a più Stati membri<sup>25</sup>. La dottrina prepara la via a queste soluzioni con opere il cui spirito è aperto a questa possibilità.

Due ulteriori notazioni possono essere svolte a questo proposito. Talvolta gli esiti cui perviene una lite in due Paesi in cui hanno dovuto prendere in carico fatti sostanzialmente simili mettono in luce come il diritto nazionale conduca o possa condurre a risposte diverse in termini di esito della lite. Qui è possibile che l'osservazione dell'esperienza giuridica compiuta al di là della frontiera induca a rivedere conclusioni acquisite. Mi pare di poter dire che qualcosa del genere sia avvenuto in relazione alla responsabilità degli enti certificatori di

<sup>23</sup> Per simili considerazioni: S. K. Schmidt, *The European Court of Justice and the Policy Process*, Oxford, 2018, p. 599.

<sup>24</sup> K. Lenaerts e K. Gutman, *The Comparative Law Method and the Court of Justice of the European Union: Interlocking Legal Orders Revisited* in M. Andenas e D. Fairgrieve (a cura di), *Courts and Comparative Law*, Oxford, 2015, p. 141 ss.; più recentemente: K. Lenaerts, *The constitutional traditions common to the Member States: the comparative law method*, Lussemburgo, 2022. Si veda ora C. Iannone, *Comparative Law in the Practice of the Court of Justice*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2023, p. 413 ss.

<sup>25</sup> V. ad es. G. Alpa, *Il dialogo tra le Corti e la materia della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2022, p. 971 ss.

protesi mammarie al silicone difettose tra Francia e Germania, rispetto a cui è intervenuta la stessa Corte di giustizia<sup>26</sup>. E per allargare ulteriormente lo sguardo si può notare che la stessa Corte di giustizia non ha mancato di guardare altrove, e così di trarre ispirazione del diritto di oltre oceano per procedere su alcuni terreni. In questo si scopre che il diritto europeo segue talvolta traiettorie che non sono esclusivamente europee<sup>27</sup>.

## 5. La dimensione costituzionale: qualche rapido appunto

Come è noto, il diritto dei Trattati europei e il diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono oggi, nei rispettivi ambiti di competenza, parametri di legalità anche rispetto alla legislazione degli Stati membri, pur da angolazioni che rimangono diverse. Sarebbe pretenzioso affrontare qui il tema nel suo complesso, poiché per trattare la dimensione "costituzionale" del discorso bisognerebbe dedicare al tema almeno un capitolo a sé, ed il compito richiederebbe senz'altro ben diverso impegno.

Si deve però ricordare come il diritto degli Stati in Europa non abbia quale punto di riferimento ulteriore una sola Corte di vertice, bensì sia ancipite. Quanto Lussemburgo talvolta non può o non vuole fare, è poi fatto a Strasburgo. Il rilievo, ovvio per qualunque europeo, non per questo merita di essere sottaciuto. È un'architettura istituzionale non disegnata a tavolino, ma nata sul terreno delle vicende storiche.

Volendo riferire una vicenda attuale, la Corte di giustizia per parte sua ha declinato di pronunciare nel merito su una lite che sollevava direttamente la questione dell'adeguatezza delle misure prese dall'Unione per contrastare il cambiamento climatico, adducendo la carenza di legittimazione dell'associazione attrice in giudizio e di trentasette attori persone fisiche provenienti da tutti i paesi dell'Unione da fuori dell'Unione<sup>28</sup>. La legittimazione è stata negata in quanto il pregiudizio da loro lamentato non era sufficientemente qualificato, vale a dire non

---

<sup>26</sup> F. Gennari, *What Liability with the Internet of Things? Insights from the European Case-Law of the PIP Affair*, in 23 *Global Jurist*, 2023; spec. p. 129 ss.

<sup>27</sup> M. Graziadei, *The European Court of Justice at Work: Comparative Law on Stage and Behind the Scenes*, in 13 *Journal of Civil Law Studies*, 2020, p. 1 ss.

<sup>28</sup> P. Armando Carvalho e a. c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, Causa C-565/19.

riusciva a distinguerli individualmente da tutte le altre persone fisiche e giuridiche nei confronti delle quali l'atto impugnato produceva effetto<sup>29</sup>. Tuttavia, liti analoghe sono ora pendenti avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto agli Stati membri, che si trovano a dare effetto a misure decise nel quadro dell'Unione, ed è inverosimile che la Corte di Strasburgo rifiuti la pronuncia nel merito ai ricorrenti. Nel frattempo, numerosi Corti degli Stati membri hanno a loro volta affrontato temi simili, prospettati sotto profili diversi.

Ha avviato il discorso lo Hoge Raad Olandese nel caso Urgenda nel 2019, ma a questa sentenza sono poi seguite decisioni del Bundesgerichtshof tedesco, del Consiglio di Stato francese, della Corte suprema irlandese, del Tribunal supremo spagnolo, ed altre ancora. Queste sentenze presentano significative differenze tra loro, sia per i fatti portati in giudizio, sia per i riferimenti normativi che guidano il giudice alla decisione, sia per gli esiti stessi della lite. Tale varietà di orientamenti rende difficile ipotizzare quale sarà posizione la Corte europea dei diritti dell'uomo su temi almeno in parte simili a quelli che sono presentati nel contenzioso a livello statale.

Il primo dato di fatto da rimarcare è che la scelta della Corte di giustizia di rigettare la domanda degli attori per carenza di legittimazione equivale per l'appunto a rinviare (almeno in prima battuta) la questione alle giurisdizioni degli Stati membri. Se volessimo usare un'analogia con il quadro nordamericano, potremmo dire che si scende dal livello federale al diritto statale. Il livello statale può essere più o meno aperto rispetto al diritto federale in relazione a determinate questioni, ed in effetti le risposte della Corti Statali non sono state tutte dello stesso segno. Ma dopo aver sondato lo stato dell'arte a livello delle varie giurisdizioni statali in Europa esiste una seconda possibilità che negli Stati Uniti non è data, vale a dire interpellare un'altra Corte, che è in grado a sua volta di rendere sentenze impegnative per gli Stati europei. Anche qui vi è spazio per il dialogo tra le varie esperienze europee. La Corte di Strasburgo trova davanti a sé pronunce di Corti di vertice degli Stati membri che hanno già in parte dato spazio ad argomenti basati sui diritti dell'uomo per far valere la responsabilità dello Stato. Si tratta di precedenti che ben difficilmente potranno essere ignorati.

---

<sup>29</sup> La Corte si è rifatta in proposito a criteri di decisione noti da tempo: M. Montini, *La giustizia climatica nell'Unione europea: il caso Carvalho e le prospettive future*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, p. 654 ss.

Al tempo stesso, possiamo notare che il concerto composto da queste pronunce è tale da suscitare un dibattito europeo sul punto. Gli avvocati che hanno patrocinato queste cause erano informati degli sviluppi di analoghe liti negli altri Stati membri, e le stesse sentenze rese fanno trasparire la consapevolezza del quadro più ampio in cui si colloca la singola vicenda nazionale.

Senza voler approfondire il tema della dimensione “costituzionale” del diritto dell’Unione e della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, è peraltro palese che il diritto privato europeo attuale riceve impulso anche dalla riflessione intorno ai diritti fondamentali che devono trovare attuazione tanto davanti alle giurisdizioni nazionali, quanto in sede europea. Questa dimensione del discorso è ormai pienamente matura in Europa. Molta acqua è passata sotto i ponti anche a questo riguardo in Europa, rispetto agli esordi del discorso interno al diritto privato europeo, quando questo tema era appena lambito nelle discussioni che animavano i vari progetti europei<sup>30</sup>.

In effetti si deve riconoscere che un nucleo di valori i quali trovano espressione attraverso i diritti fondamentali non è subordinato o subordinabile al mercato. Procedere su questo terreno equivale a riconoscere che regole che governano il mercato non hanno in sé valore costituzionale, ma sono il mezzo per raggiungere una varietà di obiettivi ulteriori. La regolazione degli appalti pubblici nell’Unione ora consente, ad esempio, di prendere in carico aspetti sociali o ambientali. E per continuare ad esemplificare, l’Unione intende far spazio ulteriore ad istanze della società civile dirette al perseguimento di valori non economici tramite un quadro di misure destinate a rafforzare l’operatività di enti non profit in Europa, troppo spesso messi sotto pressione in alcuni Stati membri, o comunque non in grado di operare sul piano europeo con la medesima libertà concessa ad enti con scopo di lucro.

Beninteso, non ogni nodo è sciolto nella riflessione sul rapporto tra i diritti fondamentali e il diritto privato. Però il diritto privato europeo all’orizzonte continuerà a misurarsi positivamente con il tema, anche perché la maggiore effettività di cui gode oggi la tutela dei diritti fondamentali non consente di elaborare regole di diritto privato al riparo dal loro raggio di azione. Tentativi di diverso segno sono fuori tempo,

---

<sup>30</sup> Si veda in proposito il contributo di C. Mak, *Human rights in European private law* in L. Antonioli e P. Iamiceli (a cura di), *The Making of European Private Law: Changes and Challenges*, Trento, 2024, p. 37 ss.

e non rifletterebbero il fondo di valori di cui il diritto privato è a sua volta espressione e mezzo.

## 6. Epilogo

L'Europa che prendeva forma sotto gli occhi di Giacomo Leopardi rappresentava un mondo diverso da nostro. A quelle pagine potevano guardare le élite europee, le quali però ben presto scelsero di rivolgersi alle armi per dirimere le proprie controversie. L'antico regime non è morto quando Leopardi scriveva, anzi, secondo un'acuta diagnosi storica, è perdurato fino alla prima guerra mondiale, ed ha portato ad essa<sup>31</sup>. Poi è arrivata l'età dei totalitarismi.

Il progetto europeo può reggere soltanto se è sorretto da forze ben più ampie di quelle che fanno capo al mercato. La critica contraria allo sviluppo del diritto per via giurisprudenziale o dottorale del diritto privato europeo non coglie nel merito se si pensa che il suo procedere, in difetto di precise indicazioni affidate al diritto secondario dell'Unione, a regolamenti e direttive, sia privo di legittimità. Il ritratto del processo di *law making* proposto in questi termini non corrisponde alla condizione e al compito del diritto nelle nostre società. Però la critica ora ricordata coglie nel segno se il diritto dell'Unione volesse vivere esclusivamente dei mezzi interni al circuito giurisprudenziale e dottorale che sono stati attivati al fine di realizzare il mercato interno. Mano a mano che si è proseguiti sulla strada dell'integrazione, altri mezzi sono stati predisposti, i quali travalicano la dimensione del mercato. Quando Leopardi ci parla della «scambievole comunione di sventure che è stata fra' popoli civili» ci ricorda questa semplice verità.

---

<sup>31</sup> A. J. Mayer, *Il potere dell'Ancien Régime fino alla prima guerra mondiale*, Roma e Bari, 1999.



## Gli autori di questo volume

MASSIMILIANO DELFINO, Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Napoli Federico II. Tra le sue pubblicazioni: *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico* (Jovene 2008), *Salario legale contrattazione collettiva e concorrenza* (Editoriale scientifica 2019).

ALESSANDRA DI MARTINO, Professoressa ordinaria di Diritto pubblico comparato nell'Università di Roma La Sapienza. Tra le sue pubblicazioni: *Pensiero femminista e tecnologie riproduttive. Autodeterminazione, salute, dignità* (Mimesis 2020), *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali* (in *Dpce online* 2021), *The Concept of Revolution as a Key to Comparison* (in *The Legitimacy of European Constitutional Orders*, a cura di M. Dani, M. Goldoni e A. Menéndez, Elgar 2023), *Souveränität und Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive* (in *Wie viele Gesichter hat die Souveränität?*, a cura di F. D'Aniello e V. Frick, Duncker & Humblot 2023).

MICHELE GRAZIADEI, Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Torino. Tra le sue pubblicazioni: *The Making of the Civil Codes: a Twenty-First Century Perspective* (curato con Lihong Zhang, Springer 2023), *Frontiere, legal transplants, comparazioni: le vie del diritto e l'incontro con il pluralismo* (in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, a cura di P. Cappellini e G. Cazzetta, Giuffrè 2023), *The Law of Foundations in the European Context: eppur si muove!* (in *The Future of European Private law*, a cura di A. Janssen, M. Lehmann e R. Schulze, Nomos 2023).

MAURO GRONDONA, Professore ordinario di Diritto privato nell'Università di Genova. Tra le sue pubblicazioni: *L'ordine giuridico dei privati. Premesse teorico-generalì per uno studio sul diritto dispositivo in ambito contrattuale* (Rubbettino 2008), *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi,*

*problemi* (Giappichelli 2011), *La responsabilità civile tra libertà individuale e responsabilità sociale. Contributo al dibattito sui «risarcimenti punitivi»* (Esi 2017).

EMANUELE MENEGATTI, Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Bologna. Tra le sue pubblicazioni: *I limiti alla concorrenza del lavoratore subordinato* (Cedam 2012), *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive* (Giappichelli 2017), *Decent Work in the Digital Age* (con Tamás Gyulavári, Hart Publishing 2022).

MATTEO NICOLINI, Professore associato di Diritto comparato nell'Università di Verona. Tra le sue pubblicazioni: *Comparative Constitutional Justice* (con Silvia Bagni, Eleven 2021), *Legal Geography. Comparative Law and the Production of Space* (Springer 2022), *Local Governance in Multi-Layered Systems. A Comparative Legal Study in the Federal-Local Connection* (curato con Alice Valdesalici, Springer 2023).

PAOLO PASSAGLIA, Professore ordinario di Diritto comparato nell'Università di Pisa. Tra le sue pubblicazioni: *L'invalidità procedurale dell'atto legislativo. Le esperienze italiana e francese a confronto* (Giappichelli 2002), *La Costituzione dinamica. Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese* (Giappichelli 2008), *La condanna di una pena. I percorsi verso l'abolizione della pena di morte* (Olschki 2021), *Droit constitutionnel de l'Italie* (Bruylant 2022).

ROBERTA PELEGGI, Professoressa associata di Diritto privato comparato nell'Università di Roma La Sapienza. Tra le sue pubblicazioni: *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale* (Jovene 2009), *Il Contract Farming: contributo per un dialogo interdisciplinare* (Jovene 2020), *Il contrasto al caporalato e allo sfruttamento del lavoro in agricoltura: un itinerario tra fonti sovranazionali e modelli statali* (in *Comparative Law Review* 2021), *Agricultural Production Under Contract: An Overview* (in *Agrifood Regulation and Contractual Relationship*, a cura di R. Torino e A.M. Mancaleoni, RomaTre Press 2023).

GUIDO SMORTO, Professore ordinario di Diritto comparato nell'Università di Palermo. Tra le sue pubblicazioni: *Diritto privato dei mercati digitali* (con Alessandra Quarta, Mondadori 2020), *The Role of Sharing Mobility in Contemporary Cities* (con Ignazio Vinci, Springer 2020), *Com-*

*parative Law. A Very Short Introduction* (con Sabrina Ragone, Oxford University Press 2023).

ALESSANDRO SOMMA, Professore ordinario di Diritto comparato nell'Università di Roma La Sapienza. Tra le sue pubblicazioni: *Introduzione al diritto comparato* (2. ed. Giappichelli 2019), *Quando l'Europa tradì se stessa e come continua a tradirsi nonostante la pandemia* (Laterza 2021), *Gli Stati Uniti e il loro diritto* (con Edmondo Mostacci, Giappichelli 2024), *Abolire il lavoro povero. Per la buona e piena occupazione* (Laterza 2024).

GIUSEPPE VETTORI, Professore emerito nell'Università di Firenze. Tra le sue pubblicazioni: *Effettività fra legge e diritto* (Giuffrè Lefebvre 2020), *Rodolfo Sacco e la civilistica del XXI secolo* (in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 2023), *Verso una società sostenibile* (in *Persona e mercato* 2021), *Cercare la verità nel Diritto* (ivi 2023), *L'interesse delle generazioni future* (ivi 2023).





CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE  
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

*Presidente*

AUGUSTO ROCA DE AMICIS

*Membri*

MARCELLO ARCA  
ORAZIO CARPENZANO  
MARIANNA FERRARA  
CRISTINA LIMATOLA  
ENRICO ROGORA  
FRANCESCO SAIITTO

COMITATO SCIENTIFICO  
COLLANA SCIENZE GIURIDICHE

*Membri*

LUISA AVITABILE  
MARCELLO CLARICH  
CLAUDIO CONSOLO  
ENRICO DEL PRATO  
ANDREA DI PORTO  
LAURA MOSCATI  
GIULIANA SCOGNAMIGLIO

Opera sottoposta a peer review. Il Consiglio scientifico-editoriale assicura una valutazione trasparente e indipendente delle opere sottoponendole in forma anonima a due valutatori, anch'essi anonimi. Per ulteriori dettagli si rinvia al sito: [www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

*This work has been subjected to a peer review. The Scientific-editorial Board ensures a transparent and independent evaluation of the works by subjecting them anonymously to two reviewers, anonymous as well. For further details please visit the website: [www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)*

COLLANA SCIENZE GIURIDICHE

1. Serrao e Talamanca  
Una stagione della romanistica  
*a cura di Andrea Di Porto e Luigi Capogrossi Colognesi*
2. La disegualianza nei contratti  
Esperienze straniere e diritto comparato  
*a cura di Michaela Giorgianni*
3. L'efficacia estintiva del licenziamento ingiustificato  
*Matteo Verzaro*
4. Bibliografia sommariamente ragionata di diritto  
della navigazione e dei trasporti  
*Leopoldo Tullio*
5. L'evasione fiscale  
Ricerca su natura giuridica e dimensione quantitativa  
*a cura di Pietro Boria*
6. La tutela giurisdizionale delle *chances* illegittimamente perdute  
*Sara Barone*
7. Le garanzie dei diritti fondamentali e le trasformazioni costituzionali  
nel Regno Unito  
Corti e Parlamento tra common law e Human Rights Act  
*Federico Nania*
8. How We Defeated Shell. Milieudéfense et al. c. Royal Dutch Shell  
Uno sguardo dietro le quinte  
*trad. it. a cura e saggio introduttivo di Lorenzo Serafinelli*
9. Esperienze giuridiche in dialogo  
Il ruolo della comparazione  
*a cura di Michele Graziadei e Alessandro Somma*







Da tempo il diritto ci appare come un fenomeno sconfinato, sul quale siamo naturalmente portati a riflettere a partire da un raffronto tra esperienze giuridiche. Il diritto comparato si è da sempre interessato a questo fenomeno, tradizionalmente per sostenere le ragioni della convergenza, e per farlo con un piglio evoluzionista. Nel tempo le cose sono cambiate. Per un verso ha preso corpo la volontà di preservare le identità delle esperienze giuridiche, per un altro si è avvertita la necessità di superare l'approccio evoluzionista e di adottarne in sua vece uno diffusionista. Il risultato è un rimescolamento delle sensibilità con cui ci si accosta al raffronto tra esperienze giuridiche, del resto in linea con una fase storica per molti aspetti caratterizzata da giudizi critici sulla globalizzazione. Gli autori di questo volume si sono confrontati su questi aspetti in chiave critica e mettendo in luce differenti sensibilità nei diversi campi del sapere giuridico: dal diritto privato al diritto al diritto pubblico, passando per il diritto del lavoro.

**Michele Graziadei** è Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Torino.

**Alessandro Somma** è Professore ordinario di Diritto privato comparato nell'Università di Roma La Sapienza.

ISBN 978-88-9377-310-2



9 788893 773102

