



**COMPARAZIONE E CULTURA GIURIDICA**

*Collana fondata da*

**A. DE VITA, A. PIZZORUSSO, N. TROCKER, V. VARANO, V. VIGORITI**

*diretta da*

**V. BARSOTTI, A. DE LUCA, A. SIMONI, S. SONELLI**

# **IL DIRITTO OLTRE LO STATO**

*Atti del VI Convegno Nazionale SIRD  
Firenze, 25-27 ottobre 2018*

*a cura di*

**Vittoria Barsotti e Michele Graziadei**



**G. Giappichelli Editore**

# COMPARAZIONE E CULTURA GIURIDICA

*Collana fondata da*

A. DE VITA, A. PIZZORUSSO, N. TROCKER, V. VARANO, V. VIGORITI

*diretta da*

V. BARSOTTI, A. DE LUCA, A. SIMONI, S. SONELLI

---

*Nuova serie – 6*



## Presentazione della nuova serie della Collana

*Completando il suo lavoro sulla giustizia civile inglese Alessandra De Luca ci ha fornito un'eccezionale occasione per tradurre in pratica un progetto sul quale eravamo da tempo concordi, ossia la prosecuzione della collana "Comparazione e cultura giuridica" già fondata e diretta da Anna De Vita, Alessandro Pizzorusso, Nicolò Trocker, Vincenzo Varano e Vincenzo Vigoriti, che da qualche tempo non vedeva la pubblicazione di nuovi volumi, nonostante la nota positiva del fatto che un lavoro pubblicato nel 2010, Accesso alla natura tra ideologia e diritto di Filippo Valguarnera, aveva suscitato un interesse tale da far ritenere opportuna una seconda edizione, uscita nel 2014.*

*La realizzazione del progetto ha richiesto qualche tempo, nonostante l'affettuoso supporto dei fondatori alla nostra volontà di adoperarci per mantenere l'originale vigore della collana. In parte l'esitazione derivava dalla responsabilità che avvertivamo di assumerci. "Comparazione e cultura giuridica" era per noi, infatti, solo l'ultima fase di un itinerario più lungo che, percorso a ritroso, conduceva alle radici della scuola comparatistica fiorentina creata da Mauro Cappelletti e agli Studi di diritto comparato da lui fondati e diretti quando la disciplina cominciava ad affermarsi stabilmente in Italia, e che ospitarono monografie e opere collettanee di grande pregio.*

*Quello avviato a Firenze ormai mezzo secolo fa è un percorso culturale che, a nostro parere, mantiene tutta la sua originale validità. Certamente rimane valido nel suo rifiuto di rigidi confini disciplinari, guardando al dato extranazionale tanto privatistico quanto pubblicistico, oltre che naturalmente alla dimensione processuale dalla quale partì originariamente Mauro Cappelletti. Ma rimane valido anche in un'altra prospettiva, quella dell'attenzione per l'effettività dei diritti e la promozione attraverso strumenti giuridici di valori di libertà ed eguaglianza. Basti pensare all'intuizione di Mauro Cappelletti dell'access to justice come filo conduttore degli studi sulla giustizia civile, che rimane una perfetta chiave di lettura per molte nuove diseguaglianze, oltre che per molte delle vecchie che rimangono irrisolte. I titoli delle prime opere che abbiamo ritenuto di prendere in considerazione per la pubblicazione sono capaci, crediamo, di ben interpretare questo spirito e di provare che di temi adatti a questo tipo di lavoro comparatistico vi è abbondanza. Se il taglio culturale rimane immutato, l'avvio della nuova serie ha permesso un potenziamento organizzativo, in particolare con l'istituzione di un comitato di referee di alto profilo, anche in vista dell'apertura a contributi in lingue diverse dall'italiano.*

*Questa poteva essere sotto ogni aspetto un'occasione lieta. Vi è purtroppo un'ombra, rappresentata dalla scomparsa, poco meno di un anno fa, di Alessandro Pizzorusso. Per noi è, naturalmente, motivo di orgoglio continuare qualcosa che lui contribuì a fondare. L'assenza di chi rappresentava, negli anni in cui ci formavamo come comparatisti, il modello ideale di studioso per intelligenza, impegno civile, gentilezza e modestia lascia tuttavia un vuoto difficile da colmare.*

VITTORIA BARSOTTI - ALESSANDRO SIMONI - SILVIA SONELLI

Firenze, novembre 2016

Questo volume è stato sottoposto a valutazione scientifica da parte di professori ordinari, italiani e stranieri, individuati all'interno del Comitato di valutazione della Collana, che ad oggi è così composto: Prof.ssa Luisa Antonioli (Università degli Studi di Trento); Prof. Andrea Biondi (King's College London); Prof.ssa Giuditta Brunelli (Università degli Studi di Ferrara); Prof. Paolo G. Carozza (University of Notre Dame, Indiana); Prof. Felice Casucci (Università degli Studi del Sannio); Prof.ssa Frédérique Ferrand (Université Jean Moulin Lyon 3); Prof. Fernando Gascón Inchausti (Universidad Complutense de Madrid); Prof. Michele Graziadei (Università degli Studi di Torino); Prof. Michele Angelo Lupoi (Università degli Studi di Bologna); Prof.ssa Barbara Pozzo (Università degli Studi dell'Insubria); Prof. Roberto Scarciglia (Università degli Studi di Trieste); Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen); Prof. Guido Smorto (Università degli Studi di Palermo); Prof. Elena-Simina Tanasescu (Universitatea din București); Prof. Francesco Viganò (Università degli Studi di Milano).

La valutazione viene effettuata:

- sui seguenti criteri: rilevanza sullo sfondo dell'evoluzione attuale delle discipline comparatistiche; originalità; carattere innovativo dello studio; chiarezza d'impianto e logica della costruzione; qualità dell'argomentazione; rigore metodologico; forma; aggiornamento e completezza della documentazione;
  - e con un procedimento che in generale si articola nelle seguenti fasi:
- a) una prima fase in cui il volume viene sottoposto a referaggio autonomo ed indipendente da parte di due professori facenti parte del Comitato di valutazione. In questa fase ogni valutatore ha la possibilità di esprimere un giudizio di adeguatezza dell'opera per la pubblicazione della Collana, oppure la possibilità di indicare le modifiche e/o integrazioni da suggerire all'Autore al fine di rendere l'opera adeguata;
  - b) una seconda fase, soltanto eventuale, in cui i due valutatori, verificata la correttezza delle modifiche e/o integrazioni, esprimono un giudizio di adeguatezza dell'opera.

# IL DIRITTO OLTRE LO STATO

*Atti del VI Convegno Nazionale SIRD  
Firenze, 25-27 ottobre 2018*

*a cura di*

Vittoria Barsotti e Michele Graziadei



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3746-2

ISBN/EAN 978-88-921-9356-7 (ebook - pdf)

*Il volume è stato pubblicato con il contributo della Banca d'Italia e della SIRD.*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

## INDICE

	<i>pag.</i>
Prefazione <i>Michele Graziadei-Vittoria Barsotti</i>	1
Il diritto doganale (digitale) come diritto oltre lo Stato <i>Felice Casucci</i>	3
La mediazione: un diritto oltre lo Stato ma non senza lo Stato <i>Alessandra De Luca</i>	37
Lavoratore cyborg e diritti anche oltre lo Stato <i>Michele Faioli</i>	51
La <i>digital economy</i> tra “di più” e “di meno” <i>Maria Rosaria Ferrarese</i>	67
Le nuove tecnologie: un nuovo spazio <i>Bianca Gardella Tedeschi</i>	77
Il diritto del lavoro oltre lo Stato (con una postilla su pandemia e de-globalizzazione) <i>Stefano Giubboni</i>	91
Il diritto oltre lo Stato: le molteplici e rischiose vite di una formula seducente <i>Michele Graziadei</i>	121

	<i>pag.</i>
The Reterritorialized State. Constitutional Pluralism vs. Constitutional Populism <i>Marie-Claire Ponthoreau</i>	133
Riflessioni sui diritti fondamentali nell'epoca della sovranità condivisa <i>Roberto Scarciglia</i>	151
La risoluzione delle liti tra consumatori e professionisti oltre le corti ordinarie: un fugace sguardo all'Europa (anche a quella vissuta fino al 23 giugno 2016) <i>Mario Serio</i>	159
Luci e ombre della "Giustizia oltre lo Stato" <i>Nicolò Trocker</i>	175
I diritti e i doveri oltre lo Stato <i>Giuseppe Vettori</i>	191
Le Pubblicazioni della SIRD	207

## PREFAZIONE

Il presente volume racchiude gli Atti del VI Congresso nazionale della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato, svoltosi presso l'Università di Firenze nei giorni 25-27 ottobre 2018 e dedicato al tema *Il diritto oltre lo Stato*. L'ospitalità nella Collana *Comparazione e cultura giuridica*, diretta da Vittoria Barsotti, Alessandra De Luca, Alessandro Simoni e Silvia Sonelli, per i tipi di Giappichelli, offre una collocazione di rilievo per l'intera comunità dei comparatisti.

Cogliamo l'occasione per ringraziare qui tutti coloro che hanno preso parte all'incontro di studi: oltre ai relatori, Guido Calabresi, Sabino Cassese, Marta Cartabia, Antonio Gambaro, Paolo Grossi, ed il Segretario generale dell'Accademia internazionale di diritto comparato, Diego Fernandez Arroyo. Il loro contributo alla discussione non si è tradotto in un lavoro destinato agli atti del Congresso, ma resta il debito di gratitudine per il significativo apporto di riflessione e di stimolo. Il debito di gratitudine nei loro confronti non è però l'unico. Desideriamo ricordare l'impegno notevole di alcuni giovani colleghi, in primis Alessandra De Luca e poi Sara Benvenuti e Federico Falorni, per l'organizzazione dell'incontro. Grazie a loro, le giornate fiorentine della SIRD hanno potuto lasciare nei partecipanti un ricordo solare e duraturo. Infine, è più che opportuno menzionare il generoso contributo della Banca d'Italia, senza il quale le giornate fiorentine non avrebbero potuto trovare una collocazione scritta. La nostra società scientifica ha sostenuto l'edizione *open access* del volume.

Gli atti contenuti nel volume appaiono a distanza di qualche tempo dal Congresso. Gli autori ci hanno però consegnato, prendendo spunto dalle relazioni presentate, materiali aggiornati e confidiamo quindi che gli scritti qui raccolti mantengano vivo l'interesse per il tema.

La SIRD, società scientifica costituita nel 2010 allo scopo di promuovere la scienza giuridica comparatistica, è il Comitato nazionale italiano dell'*International Academy of Comparative Law* e della *International Association of Legal Science*, l'ente che rappresenta presso l'Unesco le scienze giuridiche. È inoltre ente affiliato allo *European Law Institute*. Lo statuto della SIRD, i suoi organi, e la sua missione sono descritti sul suo sito web ([www.sircomp.it](http://www.sircomp.it)).

Fin dagli esordi, ha SIRD ha scelto di dare alla stampa gli atti dei Congressi per offrire al pubblico i frutti della propria attività scientifica e le pubblicazioni che sono state così curate sono indicate nella pagina finale del volume.

Questo libro viene licenziato nel momento in cui il nostro Paese, insieme a molti altri, è nella morsa della seconda ondata pandemica. In un periodo così difficile, possiamo soltanto guardare avanti, sapendo che il percorso fin qui compiuto è un viatico anche per gli anni che verranno.

Michele Graziadei e Vittoria Barsotti  
*Presidente e vice presidente della SIRD*

# IL DIRITTO DOGANALE (DIGITALE) COME DIRITTO OLTRE LO STATO

*Felice Casucci*

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. Sistemi elettronici e operazioni doganali. – 3. Procedure informatiche di controllo doganale. – 4. Il tema della responsabilità nell'utilizzo dei sistemi elettronici. – 5. Il commercio internazionale e lo Stato oltre lo Stato.

## 1. *Introduzione al tema*

Il diritto, rollato dalle onde dell'intrapresa che cerca nello scrigno globale nuovi margini di espansione, tende a una continua metamorfosi di se stesso in quanto struttura formale. Il commercio internazionale costituisce espressione situata di una faglia regolatoria nella quale coesistono rigide discordanze e fluide disarmonie<sup>1</sup>, a menzione di una dogmatica giuridica che non sembra saper fare propri alcuni punti di svolta. Vi si delinea una "intelligenza giuridica"<sup>2</sup> che produce norme *in progress*, poco inclini alla funzione weberiana di garantire la prevedibilità classica delle transazioni economiche. Se al capitalismo e alla sua intrinseca portata globalizzante si addiziona la tecnologica come forza costante e generalizzata, il potere di traino del cambiamento determina superfetazioni non ignare di opportunità euristiche. A queste ultime riserveremo qualche non del tutto episodica né risolutiva attenzione.

---

<sup>1</sup> Ancora una volta «in un [...] assetto legicentrico e legolatrico il supremo principio costituzionale è [...] quello di legalità, che funge da preziosa cerniera concludente», così P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, p. 75.

<sup>2</sup> M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000, p. 59. Cfr., sul punto, P. Barcellona, *Lo spazio della politica. Tecnica e democrazia*, Roma, 1993, p. 11. Come noto la rivoluzione elettronica ha riformato lo stesso sistema economico, chiudendo il ciclo della produzione fordista e sostituendolo con un sistema produttivo a rete, più mobile e reattivo rispetto a nuove esigenze produttive. Il collegamento tra capitalismo e tecnologia risulta talmente stretto che non è più possibile separare la vicenda economica da quella tecnologica, seppur nella consapevolezza che occorre considerare con attenzione il modo in cui questo rapporto si è costituito e le conseguenze che da esso derivano.

«La digitalizzazione<sup>3</sup> è solo una delle tecnologie abilitanti insieme a tante altre: dalla Stampa3d ai droni e alle nanotecnologie, per citarne alcune»<sup>4</sup>. La *Disruptive Technology* costituisce un'opportunità sulla quale si costruiscono le fortune delle «Organizzazioni esponenziali»<sup>5</sup>. In altre parole, non ci muoviamo su un punto di svolta invalicabile. Al contrario, la tecnologia induce sempre a superare se stessa.

Il mercato unico digitale, che si sovrappone alla trama esistente e collaudata del mercato interno (art. 4, par. 2, lett. a, e artt. 26, 27, 114 e 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – TFUE), rappresenta un testimone oculare delle trasformazioni in atto. La Comunicazione della Commissione europea, *Strategia per il Mercato Unico digitale*, del 6 maggio 2015<sup>6</sup>, al terzo capoverso del paragrafo 1, lo definisce come «un mercato in cui è garantita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali e in cui, quale che sia la loro cittadinanza o nazionalità o il luogo di residenza, persone e imprese non incontrano ostacoli all'accesso e all'esercizio delle attività online in condizioni di concorrenza leale e potendo contare su un livello elevato di protezione dei consumatori e dei dati personali». Vi si attiva una strategia fondata su tre pilastri: *a*) migliorare l'accesso *online* ai beni e servizi in tutta Europa per i consumatori e le imprese; *b*) creare un contesto favorevole affinché le reti e i servizi digitali possano svilupparsi; *c*) massimizzare il potenziale di crescita dell'economia digitale europea. L'Agenda digitale per l'Europa del 19 maggio 2010<sup>7</sup> è stata concepita, in risposta alla crisi finanziaria del 2008, come una delle sette iniziative faro della strategia Europa 2020. Essa ha l'obiettivo di far esplodere il potenziale legato alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione

---

<sup>3</sup> Le norme che disciplinano il processo di digitalizzazione della Pubblica amministrazione e in generale del complesso delle attività dei cittadini, sono contenute nel Codice dell'amministrazione digitale (CAD), adottato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Esso non riguarda soltanto l'operato della Pubblica amministrazione; infatti ha introdotto sia strumenti e nozioni che esplicano la loro efficacia al di fuori dell'ambito amministrativo (si pensi alla posta elettronica certificata, alla firma digitale, alla generalizzazione della rilevanza dei documenti informatici), sia strumenti atti a stabilire diritti innovativi per cittadini e imprese (ad es., il diritto all'uso delle nuove tecnologie, l'accesso e il diritto alla trasmissione di documenti in formato digitale, il diritto ai pagamenti con modalità elettronica). Sull'argomento, v. C. Giudarnella, *Il nuovo codice dell'Amministrazione digitale (CAD)*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 2017.

<sup>4</sup> F. Troiani, *Lab University Business*, 18 aprile 2016.

<sup>5</sup> S. Ismail, *Exponential organizations. Il futuro del business mondiale*, trad. it. R.T. O'Connell, Padova, 2015.

<sup>6</sup> Comunicazione della Commissione *Strategia per il Mercato Unico digitale* del 6 maggio 2015, COM(2015) 192 final. Per un primo commento sui contenuti della Comunicazione v. W.J.G. Paardekooper, M. van de Ven, A. van Esdonk, Y.C. Cattel, *Tax Considerations for the European Union's Digital Single Market Strategy*, in *Intertax*, 2016, p. 513 ss.

<sup>7</sup> COM(2010) 245 def. «Un'agenda digitale europea», Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 19 maggio 2010.

(TIC) per liberare innovazione, crescita e progresso. Tra gli obiettivi del *Digital Single Market*, vi è la promozione dell'*Open Government*<sup>8</sup>: il potere pubblico deve essere esercitato in modo aperto e trasparente nei confronti dei cittadini, favorendo forme di c.d. democrazia partecipata o collaborativa e garantendo, al contempo, maggiori controlli sulla pubblica amministrazione. I principi su cui si fonda l'amministrazione aperta sono: trasparenza (per promuovere l'*accountability* dell'amministrazione attraverso la pubblicazione delle informazioni sull'attività di governo); partecipazione (che consente a chiunque di fornire idee e conoscenze per il miglioramento delle politiche pubbliche); collaborazione (che rafforza l'efficacia dell'azione amministrativa attraverso la cooperazione tra tutti i livelli di governo centrale e locale e le istituzioni private, secondo un modello che nella terminologia nostrana potrebbe essere ricondotto alla sussidiarietà orizzontale). La filosofia *open* si è diffusa specialmente nei Paesi di tradizione anglosassone (si veda, a solo titolo esemplificativo, la Direttiva Obama sull'*Open Government* del dicembre 2009<sup>9</sup>). Tale modello di amministrazione è stato sperimentato a livello europeo a partire dagli spunti contenuti nella Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. 19 del 2001 sulla partecipazione dei cittadini alla vita pubblica a livello locale e, a livello planetario, in sede di *Open Government Partnership* (OGP), iniziativa che risale al 20 settembre 2011. Dall'*E-Government* si è passati all'*Open Government*, quindi, al trattamento degli *Open Data*, con tutti i suoi risvolti fortemente innovativi, per non dire "utopici"<sup>10</sup>.

Per comprendere appieno il grado di evoluzione che ha maturato un mercato interno impattato dalla digitalizzazione, basti considerare, da ultimo, il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 302 del 28 febbraio 2018, applicabile a partire dal 3 dicembre del medesimo anno, che vieta nel mercato interno i cc.dd. "blocchi geografici" (*geoblocking*) ingiustificati e altre forme di

---

<sup>8</sup> L'uso delle tecnologie è un importante strumento di riforma e modernizzazione della pubblica amministrazione. Il rapporto delle Nazioni Unite, tuttavia, sottolinea anche la rilevanza della diffusione delle ICT ai fini della realizzazione del modello del c.d. *Open Government*, il quale si fonda sull'idea che il potere pubblico debba essere esercitato in modo "aperto" e trasparente nei confronti dei cittadini, favorendo forme di c.d. "democrazia partecipata" o "collaborativa" e garantendo, al contempo, maggiori sulla pubblica amministrazione. Sull'argomento v. M.L. Maddalena, *La digitalizzazione della vita dell'amministrazione e del processo*, in *Foro amm.*, 2016, 10, p. 2535 ss.; F. Costantino, voce *Open Government*, in *Dig. disc. pubb.*, Torino, Agg. 2015, p. 289; E. Carloni, *Amministrazione aperta e governance dell'Italia digitale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, p. 1041.

<sup>9</sup> *Open government Directive*, December 8, 2009. Nella direttiva si legge che «*To the extent practicable and subject to valid restrictions, agencies should publish information online in an open format that can be retrieved, downloaded, indexed, and searched by commonly used web search applications. An open format is one that is platform independent, machine readable, and made available to the public without restrictions that would impede the re-use of that information*».

<sup>10</sup> Si veda, sul punto, F. Colonna, "*Civic hacking*": i ladri della rete a fin di bene, in *IlFattoQuotidiano.it*, 3 ottobre 2011.

discriminazione basate sulla nazionalità, sul luogo di residenza o sul luogo di stabilimento dei clienti. Si prefigura, nei Considerando del menzionato Regolamento, un mercato interno ancora caratterizzato da una numerosità di casi di: “divergenza dei sistemi giuridici”, di “incertezza del diritto”, di “rischi per quanto concerne le leggi applicabili in materia di protezione dei consumatori, le leggi in materia di ambiente e di etichettatura, la tassazione e i regimi fiscali, i costi di consegna o i requisiti linguistici”. Così pure, in argomento, va richiamata la direttiva 2019/790 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale (che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29/CE)<sup>11</sup>.

La digitalizzazione ha inciso in maniera profonda sulla commercializzazione internazionale dei prodotti, modificando strumenti<sup>12</sup>, prassi e tempi. Dinanzi ai cambiamenti in atto, l'Unione europea ha provveduto alla modernizzazione del sistema doganale, al fine di adeguarlo al nuovo contesto. In questa direzione, va letta la Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 70 del 15 gennaio 2008, concernente un ambiente privo di supporti cartacei per le dogane e il commercio: vi si evidenziava la necessità di dare impulso al processo di informatizzazione delle attività delle amministrazioni doganali, conosciuto come il progetto *e-customs*. Quest'ultimo, pensato come un insieme di norme, prassi e allestimenti di varia natura, mira alla dematerializzazione delle operazioni e delle informazioni doganali da gestire in un ambiente telematico e *paperless*<sup>13</sup> e rappresenta la fase più avanzata dell'operatività doganale per lo snellimento dei traffici internazionali sotto il diretto controllo delle autorità doganali, richiamando a sé le più ampie dispute sul diritto tributario telematico. Tutto ciò ri-

---

<sup>11</sup> In GUUE 17 maggio 2019, n. L 130, p. 92. Si richiama qui, altresì, la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 settembre 2018, *in materia di diritto d'autore e mercato unico digitale*, che ha avuto una lunga e travagliata gestazione durata due anni. Su questo ultimo aspetto, v. COM(2016) 596 final, Bruxelles, 14 settembre 2016, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni utilizzi consentiti delle opere e di altro materiale protetto da diritto d'autore e da diritti connessi a beneficio delle persone non vedenti, con disabilità visive o con altre difficoltà nella lettura di testi a stampa, e che modifica la direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione. In tale direzione il Parlamento europeo, in data 18 gennaio 2018, ha ratificato il Trattato di Marrakech volto ad agevolare l'accesso alle opere pubblicate, per le persone cieche, ipovedenti o con altre difficoltà di lettura di testi a stampa.

<sup>12</sup> Sulla standardizzazione di regole e procedure internazionali, in particolare di quelle islamiche, quale meccanismo di accelerazione dello sviluppo e della commercializzazione transfrontaliera dei prodotti e servizi finanziari, v. I. Shayerah, *Islamic Finance: Overview and Policy Concerns*, Congressional Research Service, 2010. Per un'analisi sulla progressiva cristallizzazione di regole tratte dalle pratiche commerciali standard, v. G. Jehle, *Innovation, Arbitrage, and Ethics: The Role of Lawyers in the Development of a New Transnational Islamic Finance Law*, in *Georgetown Law Journal*, 2016, 104, p. 1355.

<sup>13</sup> Sull'argomento v. G. Frigo, *Il sistema doganale europeo telematico*, in *Diritto tributario telematico*, a cura di F. Montalcini e C. Sacchetto, Torino, 2015, p. 198.

chiede la creazione di sistemi doganali elettronici sicuri, integrati, interoperabili e accessibili, al fine di: facilitare le procedure di importazione<sup>14</sup> e di esportazione; ridurre i costi amministrativi e migliorare i tempi di sdoganamento; garantire la corretta riscossione dei dazi doganali e delle altre imposte; consentire la trasmissione di dati tra le autorità doganali dei vari Paesi membri dell'Unione (art. 2 della Dec. 70/2008). La Decisione si collocava nel quadro dell'Agenda di Lisbona (2000) e dell'impegno assunto dall'Unione e dagli Stati membri di "aumentare la competitività delle imprese che operano in Europa" attraverso un incremento dei "servizi paneuropei di governo elettronico" applicati alle amministrazioni pubbliche<sup>15</sup>.

Non a caso, a tale Decisione fa riferimento il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 952 del 9 ottobre 2013, istitutivo del Codice Doganale dell'Unione (CDU), che considera «un ambiente privo di supporti cartacei per le dogane e il commercio [...] un elemento essenziale per assicurare la facilitazione del commercio e, allo stesso tempo, l'efficacia dei controlli doganali, riducendo in tal modo i costi per le imprese e i rischi per la società»<sup>16</sup>. Neppure è un caso che la misura applicabile nel promuovere «la facilitazione del commercio legale e la lotta antifrode» richiami la Comunicazione della Commissione europea del 24 luglio 2003 ("Un ambiente semplificato e privo di supporti cartacei per le dogane e il commercio"), finalizzata a veder realizzati «regimi e procedure doganali semplici, rapidi, uniformi»<sup>17</sup>. In questo contesto, si trasforma radicalmente «il ruolo delle dogane, assegnando loro una funzione di guida nella cate-

---

<sup>14</sup> Sul punto v. Nota della Direzione centrale tecnologie per l'innovazione dell'Agenzia delle Dogane, prot. n. 144636 dell'11 gennaio 2016, relativa *alle modalità della digitalizzazione del processo di importazione in procedura ordinaria*. Le nuove formalità doganali in modalità telematica sono estese alle importazioni ordinarie relative a merci pervenute per via aerea o marittima ed iscritte in un manifesto merci in arrivo. Il nuovo sistema consente la dichiarazione informatizzata per le sole merci in arrivo presso dogane portuali ed aeroportuali, nonché presso una dogana interna limitatamente alle merci trasferite con la procedura del *Fast corridor*, quindi tutte merci in carico su un manifesto di arrivo. Sull'argomento, v. D. Desiderio, *Corridoi doganali*, in *Il Doganalista*, 2015, 3, p. 3 ss.

<sup>15</sup> La questione era già stata affrontata nella Decisione n. 2004/387/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 relativa all'erogazione interoperabile di servizi paneuropei di governo elettronico alle amministrazioni pubbliche, alle imprese e ai cittadini (IDABC), in GUUE 30 aprile 2004, n. L 144. I mutamenti economico-sociali hanno spinto l'Unione europea a modernizzare il sistema doganale adeguandolo al nuovo contesto, al fine di ridurre gli oneri amministrativi e rendere più efficienti i controlli al fine di tutelare gli interessi fiscali dell'Unione e la sicurezza della merci. Così, G. Frigo, *Il sistema doganale europeo telematico*, cit., p. 197.

<sup>16</sup> Considerando n. 17 del Regolamento n. 952/2013.

<sup>17</sup> Considerando n. 15 del Regolamento n. 952 cit. La capacità di concedere svincoli rapidi è aumentata con il commercio elettronico e con il trasporto intermodale. Tutto ciò richiede la messa a punto di sistemi globalmente integrati di produzione e di distribuzione che risultano efficaci se sottoposti a controlli e procedure semplici, rapidi e uniformi. V. sull'argomento, L. Lombardi, *Manuale di tecnica doganale*, Milano, 2017, p. 441.

na logistica e rendendole, nella loro attività di monitoraggio e gestione del commercio internazionale, un catalizzatore della competitività dei paesi e delle società». Il diritto doganale digitale diviene la terra emersa della “nuova realtà economica”<sup>18</sup>, che consolida il compito da sempre affidato alle dogane<sup>19</sup> in chiave europea: quello di promuovere l’ipotesi di un diritto oltre lo Stato, nel quale siano garantite condizioni effettive d’uniformità. Un compito che la normativa unionale di portata generale prende molto sul serio. Tant’è, che l’art. 21, par. 2, lett. e) del Trattato sull’Unione europea (TUE) finalizza la propria azione esterna (tra l’altro) ad “incoraggiare l’integrazione di tutti i paesi dell’economia mondiale, anche attraverso la progressiva abolizione delle restrizioni agli scambi internazionali”. E ciò, in conformità ai principi fissati nel paragrafo precedente del medesimo articolo. Una conferma dell’enunciato si ha con l’art. 206 TFUE, nel quale si precisa che l’istituzione di un’unione doganale “contribuisce nell’interesse comune allo sviluppo armonioso del commercio mondiale, alla graduale soppressione delle restrizioni agli scambi internazionali e agli investimenti esteri diretti, e alla riduzione delle barriere doganali e di altro tipo”. Ci muoviamo nel novero dei principi che assistono la politica commerciale comune.

L’art. 6 del Regolamento n. 952/2013 fissa un obiettivo strategico: «tutti gli scambi di informazioni, quali dichiarazioni, richieste o decisioni, tra autorità doganali nonché tra operatori economici ed autorità doganali, e l’archiviazione di tali informazioni richiesti dalla normativa doganale sono effettuati mediante procedimenti informatici».

Nel progetto di informatizzazione dei sistemi e delle procedure doganali rientra anche il sistema EDI (*Electronic Data Exchange*). Esso permette, mediante lo scambio strutturato dei flussi di dati, di elaborare in modo diretto e automatico quelli presenti nei sistemi contabili sia del cliente sia del fornitore. All’interno dei processi EDI, le parti possono accordarsi prima sullo standard o formato che intendono utilizzare ed affidare a soggetti terzi (c.d. *service provider*), convertendo il formato originario in quello standard previsto dalle parti<sup>20</sup>.

Dalle brevi considerazioni introduttive svolte, si evince che il ruolo delle dogane negli ultimi anni è profondamente cambiato. L’uso delle tecnologie del-

---

<sup>18</sup> Considerando n. 16 del Regolamento n. 952, cit.

<sup>19</sup> Sotto altro aspetto, nel regolamentare l’attività delle dogane, le disposizioni del codice mirano a favorire la collaborazione fra gli Uffici e gli operatori economici al fine di non ostacolare i traffici internazionali. «Il completamento del mercato interno, la riduzione degli ostacoli al commercio e agli investimenti internazionali e l’accresciuta necessità di garantire la sicurezza alle frontiere esterne dell’Unione hanno trasformato il ruolo delle dogane, assegnando loro una funzione di guida nella catena logistica e rendendole, nella loro attività di monitoraggio e gestione del commercio internazionale, un catalizzatore della competitività dei Paesi e delle società». Così, Considerando n. 16 del Regolamento n. 952, cit.

<sup>20</sup> M.C. Spina, *La fattura elettronica*, in *Diritto tributario telematico*, a cura di C. Sacchetto e F. Montalcini, cit., p. 249.

l'informazione e della comunicazione ha creato un ambiente<sup>21</sup> che *sembra* offrire, in tutti gli Stati membri, le stesse opportunità di soddisfare gli interessi sia degli operatori economici sia degli organismi istituzionali deputati al controllo, istituendo norme di sicurezza per la lotta contro le merci contraffatte e il riciclaggio del denaro, nonché in materia di igiene e salute. L'ibridazione tra collettivi cognitivi consente di trattare milioni di dati e di ricavare da tale trattamento risultati innovativi e creativi di successivi sviluppi. Si è detto che il descritto risultato *sembra* essere stato conseguito dalla digitalizzazione doganale. La formula dubitativa è d'obbligo. Il Regolamento delegato (RD) della Commissione europea n. 341 del 17 dicembre 2015 "riguarda le norme transitorie relative a talune disposizioni del codice doganale dell'Unione nei casi in cui i pertinenti sistemi elettronici non sono ancora operativi", disciplina in altre parole la c.d. "transizione informatica"<sup>22</sup>, delineandone i tempi e i modi. La domanda è: chi pagherà il conto del sogno digitale protrattosi oltre le previsioni? Le misure transitorie, che avrebbero dovuto concludersi il 31 dicembre 2020, ora approdano alla scadenza del 2025.

## 2. Sistemi elettronici e operazioni doganali

Come già anticipato, il codice doganale unionale stabilisce che diverse procedure doganali devono essere gestite mediante l'utilizzo di sistemi elettronici. A tal riguardo, il programma di lavoro prevede la pianificazione di diciassette sistemi elettronici, sulla base del "piano strategico pluriennale" per l'insieme dei progetti di informatizzazione doganale, elaborato e aggiornato periodicamente. I sistemi possono essere suddivisi in due categorie: (a) quattordici sistemi trans-europei, alcuni dei quali prevedono componenti nazionali il cui sviluppo è affidato agli Stati membri; (b) tre sistemi nazionali che devono essere sviluppati o aggiornati esclusivamente dagli Stati membri. Nel periodo transitorio necessario per la messa a punto dei sistemi, l'art. 278 del Regolamento n. 952/2013 stabilisce che per le procedure doganali è possibile continuare ad utilizzare gli attuali sistemi elettronici e cartacei, fino a quando tutti i nuovi sistemi elettronici previsti dal codice non saranno operativi. Al fine di sviluppare, tenere aggiornati ed utilizzare sistemi elettronici per lo scambio di informazioni tra le autorità doganali, gli Stati membri collaborano con la Commissione, la quale provvede all'archiviazione delle informazioni in conformità a quanto stabilito nel codice<sup>23</sup>. In argomento, si veda anche il Regolamento di esecuzione della Commissione

---

<sup>21</sup> Così, C. Fouquet, *Vers une «douane sans papier» pour les entreprises*, in *Les Echos*, 3 luglio 2007.

<sup>22</sup> Si veda, *Il Nuovissimo «Codice Doganale dell'Unione» con efficacia dal 1° maggio 2016*, a cura di A.F. Uricchio e A.M. de Cicco, Napoli, 2016, p. VIII.

<sup>23</sup> Art. 16 Regolamento n. 952/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 ottobre 2013 che *istituisce il codice doganale dell'Unione*, p. 18.

europea n. 2447 del 24 novembre 2015 (RE), recante modalità di applicazione di talune disposizioni del codice doganale dell'Unione.

L'attivazione di diciassette sistemi elettronici comporta numerose sfide, sia per la Commissione sia per gli Stati membri, tra le quali: gli inevitabili ritardi nel completamento della progettazione dei sistemi elettronici; l'enorme mole di lavoro di interconnessione di diciassette sistemi elettronici in tutta l'Unione; la difficoltà di armonizzazione dei dati e la sequenza degli interventi. Il codice mira a garantire il passaggio ad un ambiente interamente informatizzato per tutte le procedure doganali, attualizzando questioni spinose quali: le prassi commerciali internazionali dei diversi settori merceologici; la competitività delle imprese europee nel contesto globale; la tutela degli interessi economici e finanziari dell'Unione e degli Stati membri; la sicurezza e la protezione dei consumatori<sup>24</sup>. Il programma sviluppato nell'ambito del codice doganale dell'Unione, in linea con quanto già stabilito nella Decisione di esecuzione della Commissione europea n. 578/2016<sup>25</sup>, che richiama l'art. 280 del codice, intende armonizzare i processi relativi alla domanda di una decisione doganale, all'adozione e alla gestione della decisione medesima in tutta l'Unione, utilizzando esclusivamente procedimenti informatici. In tal senso, il Regolamento di esecuzione della Commissione europea n. 2089 del 14 novembre 2017, relativo alle disposizioni tecniche per sviluppare, tenere aggiornati e utilizzare i sistemi elettronici per lo scambio di informazioni e l'archiviazione di tali informazioni conformemente al Codice Doganale dell'Unione (CDU).

Il controllo delle procedure doganali d'importazione, noto con l'acronimo AIS (*Automated Import System*), mira a rafforzare la sicurezza e la protezione della catena di approvvigionamento, migliorando la qualità, l'archiviazione, la disponibilità e la condivisione dei dati relativi alle dichiarazioni sommarie e le pertinenti informazioni.

La prima fase di questo progetto è costituita dall'*Import Control System* (ICS)<sup>26</sup>, che prevede il controllo dei requisiti di sicurezza delle merci in ingresso

---

<sup>24</sup> Si veda, a tal riguardo, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che *modifica il regolamento (UE) n. 952/2013 al fine di prorogare l'uso transitorio di mezzi diversi dai procedimenti informatici previsti dal codice doganale dell'Unione*, COM(2018) 85 final.

<sup>25</sup> Decisione di esecuzione (UE) 2016/578 della Commissione, dell'11 aprile 2016, che *stabilisce il programma di lavoro relativo allo sviluppo e all'utilizzazione dei sistemi elettronici previsti dal codice doganale dell'Unione*.

<sup>26</sup> Si segnala che l'Agenzia delle dogane ha fornito, con la nota 11 gennaio 2016, n. 144636, apposite istruzioni per svolgere, in modalità completamente telematica, le principali fasi del procedimento di importazione in procedura ordinaria relative a merci pervenute per via aerea o marittima (o stradale, mediante il ricorso alla procedura del cosiddetto *Fast corridor*). La possibilità di effettuare le formalità doganali in modalità completamente telematica è già da tempo operativa per i soggetti che si avvalgono della procedura di domiciliazione, senza la necessità di recarsi in dogana. Sull'argomento, cfr., Circolari dell'Agenzia delle dogane 26 novembre 2009, n. 22/D e 12 novembre 2012, n. 16/D; note dell'Agenzia delle dogane 4 agosto 2010, n. 23415 e 6 dicembre

nel territorio dell'Unione tramite la *Entry Summary Declaration* (ENS – Dichiarazione Sommaria di Entrata), di cui al Regolamento della Commissione europea n. 273 del 2 aprile 2009. Per il sistema italiano, va detto che l'Agenzia delle Dogane, con circolare n. 166163 del 27 dicembre 2010, ha chiarito che, in coerenza con le linee guida europee e al fine di evitare duplicazioni di adempimenti, il Manifesto Merci in Arrivo (MMA), completato con i dati identificativi del mezzo di trasporto (data prevista di arrivo, modalità e mezzo di trasporto – c.d. *entry key*) e con i riferimenti delle dichiarazioni sommarie di entrata (*Movement Reference Number della ENS* e *Item Number delle merci contenute nella ENS*), una volta convalidato, assolve alle funzioni di notifica elettronica di arrivo del mezzo di trasporto. Per quanto concerne lo sdoganamento centralizzato, l'art. 179 del Regolamento n. 952/2013 stabilisce che «su richiesta, le autorità doganali possono autorizzare una persona a presentare, presso un ufficio doganale competente del luogo in cui l'interessato è stabilito, una dichiarazione in dogana per le merci presentate in dogana presso un altro ufficio doganale». Tale disposizione va letta in combinato disposto con la Convenzione riveduta di Kyoto (RKC) sulla semplificazione e sull'armonizzazione dei regimi doganali (nel giugno del 1999, il Consiglio dell'Organizzazione Mondiale delle Dogane – OMD – delle Nazioni Unite ha adottato il protocollo di modifica della Convenzione internazionale di Kyoto, risalente al 1973), dove si prevede la presentazione, la registrazione e il controllo della dichiarazione in dogana prima dell'arrivo delle merci e la separazione del luogo in cui la dichiarazione viene presentata da quello in cui le merci sono fisicamente situate. Ciò significa che è possibile espletare l'assolvimento dei diritti doganali presso qualsiasi dogana, a prescindere dal luogo di introduzione della merce nel territorio dell'Unione. Tale procedura può essere utilizzata soltanto da chi possiede lo *status* di operatore economico autorizzato (AEO)<sup>27</sup> che, previa autorizzazione, potrà presentare le dichiarazio-

---

2013, n. 142192. La procedura dei *fast corridor* presenta delle peculiarità che ricalcano l'esistenza di un diritto doganale oltre i confini nazionali. Infatti, nel porto di arrivo i container sono caricati su mezzi di trasporto (camion o treni) per giungere fino al magazzino di destinazione (c.d. “navetamento”), ma senza essere assoggettati ad alcuna formalità doganale, in quanto lo sdoganamento delle merci ed il completamento delle formalità di importazione sono differiti dal punto di arrivo a quello di destinazione. Sull'argomento, v. D. Desiderio, *Corridoi doganali*, cit., p. 3.

<sup>27</sup> Lo *status* di AEO rimane per gli operatori economici una via privilegiata di accesso alle procedure semplificate di movimentazione delle merci e dei servizi alla stessa collegati. La figura dell'operatore economico autorizzato è stata elaborata nel contesto delle misure, approvate nel giugno 2005 dall'Organizzazione Mondiale delle Dogane, volte a rendere più sicuro il commercio internazionale e, al contempo, agevolare la circolazione delle merci. Sul punto, v. *Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade*, in <http://www.wcoomd.org>. Al fine di assicurare una comprensione comune, sia per le Autorità doganali sia per gli operatori economici e di fornire uno strumento atto a facilitare l'applicazione corretta e armonizzata da parte degli Stati membri delle disposizioni giuridiche relative agli AEO, la Commissione europea ha elaborato appositi Orientamenti nella materia (cfr.: doc. TAXUD/B2/047/2011 – Rev. 5, del 28 maggio 2014). In ambito nazionale, l'Agenzia delle dogane ha illustrato le procedure e le modalità applicative della

ni doganali elettroniche presso la dogana di stabilimento dell'operatore, vale a dire presso l'Ufficio doganale territorialmente competente in base alla sede dell'impresa, indipendentemente dal luogo di ingresso delle merci<sup>28</sup>.

La base giuridica di riferimento per quanto concerne la telematizzazione delle operazioni di esportazione<sup>29</sup> è costituita dal Regolamento della Commissione europea n. 1875 del 18 dicembre 2006<sup>30</sup>, che modifica il Regolamento n. 2454/1993 della medesima Commissione, dove per le merci in uscita dal territorio unionale si prevedono misure di sicurezza simili a quelle previste per le importazioni. In tale ambito, si inserisce il progetto *Export Control System* (ECS) che, a sua volta, rientra nel più ampio progetto di automatizzazione delle procedure doganali di esportazione (*Automated Export System* – AES). Nel caso in cui sia la dogana di esportazione sia quella di uscita operino in ambito ECS,

---

citata disciplina europea, in materia di autorizzazioni, con le Circolari n. 36/D del 28 dicembre 2007, n. 41/D del 30 dicembre 2011, n. 10/D dell'11 maggio 2012 e n. 5/D del 25 febbraio 2013. In ambito europeo, dal 1° maggio 2016, si vedano sull'argomento, gli artt. da 38 a 41, Regolamento n. 952/2013; artt. da 23 a 30 e Allegato 90, Regolamento n. 2015/2446; artt. da 24 a 35, Regolamento n. 2015/2447; artt. 5 e 55, Regolamento n. 2016/341. In particolare, tra le modifiche significative, si segnala che lo *status* di AEO sia attestato, non più con una certificazione ma con due tipi di autorizzazione: AEO/semplificazioni doganali (AEOC) e AEO/sicurezza (AEOS). I due tipi di autorizzazione sono cumulabili e, dunque, possono essere detenuti contemporaneamente garantendo i benefici connessi con entrambe le autorizzazioni. Possono ottenere lo *status* tutti gli operatori economici, ed i loro partner commerciali, che intervengono nella catena di approvvigionamento internazionale (fabbricanti, esportatori, speditori/impresе di spedizione, depositari, agenti doganali, vettori, importatori) che, nel corso delle loro attività commerciali, prendono parte ad attività disciplinate dalla regolamentazione doganale e si qualificano positivamente rispetto agli altri operatori, in quanto ritenuti affidabili e sicuri nella catena di approvvigionamento. Per un approfondimento ulteriore v. <https://www.adm.gov.it>. Per la giurisprudenza v. Corte giust., 16 gennaio 2019, causa C-496/17, *Deutsche Post AG c. Hauptzollamt Köln*. La Corte di giustizia si è pronunciata nell'ambito di una controversia relativa alla natura e alla portata dei dati personali di soggetti terzi che un'impresa è tenuta a presentare per ottenere il riconoscimento dello *status* di operatore economico autorizzato. «Le autorità doganali possono esigere dal richiedente lo *status* di operatore economico autorizzato che esso comunichi i numeri di identificazione fiscale, attribuiti ai fini del prelievo dell'imposta sul reddito, delle sole persone fisiche che siano responsabili del richiedente o esercitino il controllo sulla sua gestione e di quelle che siano responsabili delle questioni doganali al suo interno, nonché le coordinate degli uffici delle imposte competenti nei riguardi dell'insieme di tali persone, nei limiti in cui tali dati consentono alle medesime autorità di ottenere informazioni relative alle infrazioni gravi o ripetute della normativa doganale o delle disposizioni fiscali oppure ai reati gravi commessi da tali persone fisiche in relazione alla loro attività economica».

<sup>28</sup> Sul punto, G. Frigo, *Il sistema doganale europeo telematico*, cit., p. 202.

<sup>29</sup> Sull'argomento cfr. F. Cerioni, *Il regime doganale dell'esportazione*, in *Corr. trib.*, 2015, 8, p. 624.

<sup>30</sup> Regolamento n. 1875/2006 della Commissione del 18 dicembre 2006 che *modifica il Regolamento (CEE) n. 2454/93 che fissa talune disposizioni d'applicazione del Regolamento (CEE) n. 2913/92 del Consiglio che istituisce il codice doganale comunitario*, in GUUE L 360 del 19 dicembre 2006, p. 64.

l'intera operazione viene trattata con il procedimento informatico previsto all'art. 796 del Regolamento n. 1875/2006. L'operatore presenta la dichiarazione all'ufficio doganale di esportazione il quale procede ad accettarla e ad effettuare l'analisi dei rischi ai fini fiscali<sup>31</sup> e di sicurezza. All'operazione viene assegnato un numero di riferimento MRN (*Movement Reference Number*). Espletati tali adempimenti, l'ufficio di esportazione svincola le merci per l'esportazione, a condizione che esse lascino il territorio doganale alle stesse condizioni in cui si trovavano quando la dichiarazione di esportazione è stata accettata. Esso, inoltre, consegna all'operatore il Documento di Accompagnamento Esportazione (DAE). La merce ed il DAE devono essere presentati all'ufficio doganale di uscita che corrisponde, a parte alcune eccezioni, all'ufficio doganale competente per il luogo da cui le merci lasciano il territorio doganale dell'Unione. Tale ufficio verifica non soltanto che la merce presentata corrisponda a quella dichiarata, anche sulla base dell'analisi dei rischi, ma anche l'uscita fisica delle merci. A seguito di ciò, l'ufficio doganale di uscita invia il messaggio elettronico "risultati di uscita" tramite il sistema informatico doganale AIDA all'ufficio di esportazione. In caso di esito positivo, il messaggio "uscita conclusa" costituisce prova dell'uscita della merce dal territorio doganale dell'Unione. Qualora vi sia il riferimento della conclusione dell'operazione con difformità riscontrate, l'operatore economico dovrà recarsi presso l'ufficio di esportazione per la rettifica della dichiarazione doganale. Lo stato dell'operazione e la presenza del predetto messaggio sono consultabili dagli operatori economici digitando il MRN sul sito dell'A-

---

<sup>31</sup> In ambito fiscale, è interessante notare che spetta sempre al fornitore dei beni dimostrare la sussistenza dei requisiti richiesti per fruire di una deroga o di un'esenzione fiscale, nel caso del diritto alla non imponibilità IVA della cessione (v. Corte giust., 27 settembre 2007, *Teleos*, causa C-409/04, e, Corte giust., 6 settembre 2012, *Mecsek-Gabona*, causa C-273/11). Il cedente deve tenere un "comportamento diligente" in relazione alla operazione posta in essere. A riguardo la Corte di giustizia ha affermato che «l'amministrazione può esigere che il fornitore adotti tutte le misure necessarie per evitare di partecipare ad una frode fiscale». Così, Corte giust., 27 settembre 2007, C-409/04, cit. Cfr. Cass. 27 luglio 2012, n. 13457. La Corte seguendo tale orientamento, in tema di dovere di diligenza del cedente, ha sostenuto che «mentre può certamente escludersi che il cedente sia tenuto a svolgere attività investigative sulla movimentazione subita dai beni ceduti dopo che gli stessi siano stati consegnati al vettore incaricato dal cessionario – deve invece affermarsi il dovere del cedente di impiegare la normale diligenza richiesta ad un soggetto che pone in essere una transazione commerciale e quindi, di verificare con la diligenza dell'operatore commerciale professionale le caratteristiche di affidabilità della controparte». Per quanto concerne la fase dei controlli, si veda Nota dell'Agenzia delle Dogane prot. n. 75522 del 19 giugno 2009. Le disposizioni prevedono l'inserimento di informazioni aggiuntive relative alla sicurezza nelle dichiarazioni di esportazione. Va precisato che non sono incluse nella Fase 1 le esportazioni abbinate a transito o le esportazioni dei prodotti soggetti ad accisa in quanto, a norma degli artt. 793 *ter* e 793 *quater* del Regolamento n. 2454/93, l'appuramento del documento di esportazione (Documento Amministrativo Unico – DAU) e la sua riconsegna al soggetto che lo ha presentato sono effettuati direttamente dall'ufficio di esportazione e non dall'ufficio di effettiva uscita. Nel caso in cui sia la dogana di esportazione sia quella di uscita operino in ambito ECS, l'intera operazione viene trattata con il procedimento informatico previsto all'art. 796 del Regolamento n. 1875/2006.

genza alla sezione “Tracciamento di movimenti di esportazione o di transito”. La merce svincolata per l’esportazione deve uscire materialmente dal territorio doganale dell’Unione entro 90 giorni dalla data dello svincolo. Gli operatori economici interessati all’operazione di esportazione per la quale è stato concesso lo svincolo sono obbligati a comunicare la mancata uscita della merce all’ufficio di esportazione ai fini dell’annullamento della dichiarazione. Nel caso in cui la merce sia uscita dal territorio doganale dell’Unione ma non sia presente a sistema alcun messaggio di uscita, l’operatore potrà attivare la procedura di ricerca presso l’ufficio doganale di esportazione.

L’art. 233, par. 4, lett. e) del Codice Doganale dell’Unione ha introdotto tra le semplificazioni previste per il regime del transito unionale l’uso di un documento di trasporto elettronico (DTE) come dichiarazione in dogana per vincolare le merci al regime del transito unionale, purché contenga le indicazioni di tale dichiarazione e tali indicazioni siano a disposizione delle autorità doganali alla partenza e a destinazione per consentire la vigilanza doganale delle merci e l’appuramento del regime. Il sistema di transito cartaceo OTS (*Ordinary Transit System*), rimasto in vigore fino al 30 giugno 2009, è stato sostituito dal sistema *New Computerized System* (NCTS). È il sistema di transito informatizzato attualmente in vigore nel territorio unionale<sup>32</sup>. L’NCTS assicura che le dichiarazioni di transito arrivino agli uffici doganali prima della merce stessa, automatizza il confronto tra la dichiarazione di partenza e la dichiarazione di arrivo e qualora la merce non dovesse giungere nel punto di arrivo, in maniera immediata, si attivano le procedure di controllo. L’NCTS mira a semplificare le procedure amministrative, offrendo una serie di vantaggi sia per gli operatori economici sia per i funzionari doganali<sup>33</sup>. Nello specifico, il sistema dovrebbe consentire di aumentare l’efficienza e l’efficacia delle procedure di transito, riducendo al minimo l’intervento umano e snellendo le transazioni previste all’interno delle procedure di transito. Per quanto riguarda le frodi, esso dovrebbe migliorare la situazione, prevenendo false autorizzazioni (marche da bollo contraffatte o rubate, etc.) e frodi sulle garanzie (disposizioni insufficienti, falsi documenti di garanzia, etc.), riducendo il rischio che le merci siano scaricate in modo irregolare. In altre parole, il sistema NCTS è uno strumento di gestione e controllo del regime di transito. L’uso dell’NCTS è obbligatorio per il regime di transito unionale sia esterno sia interno e per il regime di transito comune (tranne per le semplificazioni riguardanti determinate modalità di trasporto). La dichiarazione di transito è trasmessa all’ufficio doganale di partenza su supporto elettronico<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Sull’argomento v. L. Lombardi, *Manuale di tecnica doganale*, cit., p. 460.

<sup>33</sup> L’utilizzo delle procedure informatizzate per le operazioni in regime di transito comunitario (NCTS) è divenuto obbligatorio negli Stati membri dal 2005. Sull’argomento, v. le circolari Assonime n. 11 del 2002, n. 41 del 2005 e n. 14 del 2007.

<sup>34</sup> «L’eventuale incongruenza dei dati è segnalata dal sistema. Il dichiarante ne viene informato, in modo che possa apportare le necessarie correzioni prima dell’accettazione definitiva della

Essa può essere resa innanzi all'ufficio doganale di partenza o all'ufficio dell'operatore economico. La dichiarazione deve contenere tutti i dati richiesti ed essere conforme alle specificità del sistema, in quanto il sistema codifica e convalida i dati in maniera automatica<sup>35</sup>.

---

dichiarazione. Dopo che sono state inserite le correzioni ed è stata accettata la dichiarazione, il sistema assegna a quest'ultima un numero unico di registrazione, vale a dire il numero di riferimento principale (MRN). Quindi, una volta eseguite le eventuali ispezioni, nell'ufficio doganale di partenza o nella sede dello speditore autorizzato, e accettate le garanzie, le merci sono svincolate per il transito. Il sistema stampa il documento di accompagnamento transito (DAT) e, ove opportuno, l'elenco degli articoli (EdA) presso l'ufficio doganale di partenza o l'ufficio dello speditore autorizzato. Il DAT e l'EdA devono accompagnare le merci ed essere esibiti agli eventuali uffici doganali di transito e all'ufficio doganale di destinazione. L'ufficio doganale di partenza, al momento di stampare il DAT e l'EdA, invia contemporaneamente il messaggio IE001 all'ufficio doganale di destinazione dichiarato. Tale messaggio contiene le informazioni desunte dalla dichiarazione che consentono all'ufficio doganale di destinazione di controllare le merci al momento dell'arrivo. L'ufficio doganale di destinazione deve poter avere accesso ai dati della dichiarazione di transito, così da prendere una decisione giusta e consapevole in merito alle azioni da intraprendere al momento dell'arrivo delle merci. [...] Nel caso in cui le merci debbano passare per un ufficio doganale di transito, l'ufficio doganale di partenza invierà anche il messaggio IE050 all'ufficio doganale di transito, in modo da informarlo in anticipo delle merci in transito e possa controllare il movimento. All'arrivo, le merci devono essere presentate all'ufficio doganale di destinazione o al destinatario autorizzato insieme al DAT e all'EdA, ove necessario. L'ufficio doganale di destinazione, avendo già ricevuto il messaggio IE001, disporrà di tutti i dati della dichiarazione di transito e pertanto avrà potuto decidere previamente quali controlli effettuare. Dopo aver espletato i dovuti controlli, l'ufficio doganale di destinazione ne trasmette l'esito all'ufficio doganale di partenza inviando il messaggio IE018 e segnalando le eventuali irregolarità riscontrate». Così TAXUD/A2/TRA/003/2016-IT, *Manuale del Transito*, Documento di lavoro, Bruxelles 27 aprile 2016, p. 45-48. Sulla presentazione di documenti non conformi, v. Corte giust., 29 ottobre 2015, *B&S Global Transit Center BV c. Staatssecretaris van Financiën*, causa C-319/14. La B & S, un fornitore di servizi logistici, ha presentato nel 2007, in quanto obbligato principale, alcune dichiarazioni elettroniche di vincolo di prodotti alimentari al regime di transito. In tali dichiarazioni veniva sempre indicato l'ufficio doganale di Moerdijk (Paesi Bassi) come ufficio doganale di partenza e, rispettivamente, quelli di Bremerhaven (Germania), di Anversa (Belgio) e ancora di Bremerhaven come uffici di destinazione. Nel 2008, l'ufficio doganale di partenza ha comunicato alla B & S di non aver ricevuto il necessario esemplare di rinvio né la conferma elettronica di rinvio. A seguito della richiesta di tale ufficio di fornire la prova che detti regimi si fossero conclusi in modo corretto, la B & S ha presentato numerosi documenti commerciali di trasporto, c.d. «bills of lading». Dopo gli opportuni controlli, gli uffici doganali di destinazione hanno dichiarato che nessuna merce né documento di transito corrispondente era stato presentato. In tali circostanze e ritenendo che i documenti commerciali comunicati dalla B & S non fossero conformi agli articoli 365 o 366 del regolamento d'applicazione, e dunque, i regimi di transito non potevano essere considerati conclusi, l'ispettore ha emesso intimazioni di pagamento di dazi doganali nei confronti della B & S, con la motivazione che essa aveva sottratto le merci al controllo doganale. La B & S ha presentato reclamo. La Corte, sulla base del suo ragionamento interpretativo, ha stabilito che un'inosservanza dell'obbligo di presentare una merce vincolata al regime di transito comunitario esterno all'ufficio doganale di destinazione fa sorgere un'obbligazione doganale, in quanto la merce considerata è uscita dal territorio doganale dell'Unione europea e il titolare di detto regime non è in grado di produrre documenti conformi.

<sup>35</sup> TAXUD/A2/TRA/003/2016-IT, *Manuale del Transito*, cit., p. 45.

### 3. Procedure informatiche di controllo doganale

La creazione di un contesto doganale informatizzato consente alle attività doganali di rispondere appieno alle esigenze del “mercato interno” (classicamente inteso come espressione di un diritto vivente oltre lo Stato, non in sua assenza, secondo il canone interpretativo dell’art. 26, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea – TFUE), di assicurare la tutela degli interessi finanziari dell’Unione e di rafforzare la protezione e la sicurezza nello scenario globale<sup>36</sup>. In tale direzione, l’uso delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione dovrebbe essere associato ad una applicazione armonizzata e standardizzata dei controlli doganali<sup>37</sup> operati dagli Stati membri, al fine di assicurare in tutta l’Unione un controllo doganale di livello equivalente che riduca il rischio di comportamenti anticoncorrenziali. L’efficienza dei controlli, infatti, è legata ad una metodologia che si sviluppa su di un sistema elettronico capace di prevenire forme di violazione della normativa doganale, riducendo, come già detto, i rischi legati alla tutela degli interessi finanziari e promuovendo la protezione e la sicurezza.

Le autorità doganali possono effettuare qualsiasi tipo di controllo, che può dar luogo: alla visita delle merci; al prelievo di campioni; alla verifica dell’accuratezza e della completezza delle informazioni fornite in dichiarazioni o notifi-

---

<sup>36</sup> Per prevenire, accertare e reprimere le violazioni che arrecano pregiudizio al bilancio generale dell’Unione, le fonti europee hanno allestito un sistema di controllo che delega, in prima istanza, l’attività di vigilanza agli Stati membri, sulla base di istruzioni relative alla pianificazione ed esecuzione dei controlli nel territorio di competenza. In seconda istanza, ha disposto la messa a punto di un efficiente sistema di collaborazione/cooperazione doganale fra gli Stati e fra le autorità doganali e la Commissione europea, la quale coordina le azioni congiunte dei controlli, mediante una *task force* all’uopo individuata. Sul concetto di frode comunitaria, così come definita nella Risoluzione del Consiglio del 6 dicembre 1994 *relativa alla tutela degli interessi finanziari dell’UE*, vale a dire l’insieme di «tutti gli atti o le omissioni intenzionali che causano un danno al bilancio delle Comunità», si veda, P. Centore, *Le misure europee a favore della cooperazione amministrativa per la lotta alle frodi Iva*, in *Corr. trib.*, 2010, p. 3944 ss.

<sup>37</sup> Il sistema dei controlli doganali delineato dal Regolamento n. 952/2013 si basa su un quadro comune in materia di analisi e gestione del rischio, attuato mediante procedimenti informatici – sulla base di criteri elaborati a livello internazionale, europeo e nazionale – e lo scambio di informazioni tra le Autorità doganali dei singoli Stati membri. Cfr., Considerando n. 28, art. 5 e art. 46, del Regolamento n. 952/2013. In caso di sottrazione ai controlli doganali, v. Corte giust., 12 giugno 2014, causa C-75/13, *Sek Zollagentur c. Hauptzollamt Gießen*. La Corte in tale sentenza ha affermato che «la nozione di sottrazione al controllo doganale, figurante all’art. 203, paragrafo 1, del codice doganale, deve essere intesa nel senso che comprende qualsiasi azione o omissione che abbia come risultato d’impedire, anche solo momentaneamente, all’autorità doganale competente di accedere ad una merce sotto vigilanza doganale e di effettuare i controlli previsti dall’art. 37, paragrafo 1, del codice doganale». Cfr., Corte giust., 18 maggio 2017, causa C-156/16, *Latvijas Dzēlceļš» VAS c. Valsts ieņēmumu dienests*, laddove si afferma che “costituisce una sottrazione di una merce alla vigilanza doganale, ai sensi dell’art. 203, paragrafo 1, di detto codice, qualsiasi rito, non autorizzato dall’autorità doganale competente, di una merce sottoposta alla vigilanza doganale dal luogo di custodia autorizzato, non intenzionale o intenzionale, come un furto».

che e dell'esistenza, dell'autenticità, dell'accuratezza e della validità di documenti; all'esame della contabilità degli operatori economici e di altre scritture; al controllo dei mezzi di trasporto; allo svolgimento di indagini ufficiali e altri atti simili. I controlli doganali diversi dai controlli casuali si basano sull'analisi dei rischi effettuata mediante procedimenti informatici per identificare e valutare i rischi e mettere a punto le contromisure necessarie, sulla base di criteri elaborati a livello nazionale, unionale e, se del caso, internazionale. Nell'ambito di questi ultimi, una disciplina puntuale è dettata per il c.d. "controllo *a posteriori*" (art. 48 del Reg. n. 952/2013), espletato dalle autorità doganali allo scopo di verificare il corretto adempimento della disciplina applicabile al regime doganale, dopo lo svincolo della merce<sup>38</sup>, atteso che (secondo il Considerando n. 42 del Reg. n. 952/2013) «il rapido svincolo delle merci costituisce la regola», in particolar modo in presenza di una necessità di modernizzazione e di semplificazione per le dichiarazioni in dogana e per il vincolo delle merci. Tutto ciò richiede, da un lato, un utilizzo diffuso di modalità procedurali elettroniche e, dall'altro, «la registrazione e il controllo della dichiarazione in dogana prima dell'arrivo delle merci», nonché «la separazione del luogo in cui la dichiarazione viene presentata da quello in cui le merci sono fisicamente situate»<sup>39</sup>, in conformità al livello promozionale della norma internazionale riconducibile alla Convenzione riveduta di Kyoto, come già detto.

Significativa, in riferimento al caso da ultimo analizzato, è la sentenza *Digitalnet* del 22 novembre 2012<sup>40</sup>. Il caso di specie si collocava nel pieno di una liberalizzazione intervenuta a livello planetario ad opera dell'Organizzazione Mondiale del Commercio per l'accesso al mercato dei prodotti dell'industria dell'informazione e che consisteva nell'abolizione dei dazi doganali su tali prodotti<sup>41</sup>. La Corte ha affermato che il controllo *a posteriori* delle merci ed il conseguente cambiamento della loro classificazione doganale possono essere effettuati anche soltanto sulla base del dato documentale, senza che l'autorità dogana-

---

<sup>38</sup> Al fine di rendere più efficienti le procedure di controllo e svincolo delle merci, le Amministrazioni, coinvolte nell'espletamento delle formalità doganali, sono tenute al rispetto del «termine massimo di un'ora per il controllo documentale e di cinque ore per la visita delle merci. Nel caso di controllo che richieda accertamenti di natura tecnica, anche ove occorra il prelevamento di campioni, i tempi tecnici per conoscere i relativi esiti non possono superare i tre giorni». Cfr. art. 5, comma 2-*bis*, d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9. Si segnala che, allo scopo di "semplificare le operazioni di importazione ed esportazione e per concentrare i termini delle attività istruttorie, anche di competenza di amministrazioni diverse, connesse alle predette operazioni", è stato istituito il cosiddetto sportello unico doganale.

<sup>39</sup> Considerando n. 44 del Regolamento n. 952/2013.

<sup>40</sup> Corte giust, 22 novembre 2012, cause riunite C-320/11, C-330/11, C-382/11 e C-383/11, *Digitalnet OOD e altri c. Nachalnik na Mitnicheski punkt, Varna Zapad pri Mitnitsa Varna*.

<sup>41</sup> Decisione (CE) n. 359/97 del Consiglio concernente l'eliminazione totale dei dazi doganali per alcuni prodotti relativi alla tecnologia dell'informazione, in GUCE del 12 giugno 1997, L 155.

nale abbia l'obbligo d'ispezionare materialmente le merci. L'interpretazione fornita dalla Corte, nel muovere dall'analisi di un diritto doganale sempre meno caratterizzato in termini di statualità (GATT, OMC, ITA e TDC), supera il presidio di fisicità della merce oggetto di scambio e avvalorava il ruolo svolto dalle tecnologie informatiche in sede di controllo della merce stessa.

Nella medesima direzione, vanno lette le argomentazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea contenute nella sentenza *Greencarrier* del 27 febbraio 2014<sup>42</sup>. La Corte si è pronunciata nell'ambito di una controversia volta ad accertare la legittimità del maggior prelievo doganale e fiscale, dei relativi interessi di mora e della sanzione imposti in occasione di un controllo *a posteriori* di diverse dichiarazioni doganali di importazione di merce (biscotti e barrette di cioccolato) proveniente dalla Russia e destinata in Lettonia. L'importatore aveva, secondo l'amministrazione tributaria lettone, dichiarato la merce per l'immissione in "libera pratica" nell'Unione europea (ossia una dimensione giuridica ultrastatuale tipica, che riguarda prodotti non originari dell'UE assimilati in tutto e per tutto a prodotti originari secondo le disposizioni degli artt. 28, par. 2, e 29 TFUE e la linea interpretativa largamente segnata dalla Corte di Giustizia<sup>43</sup>), indicando ai fini della "classificazione nella tariffa integrata delle Comunità europee (TARIC), codici errati della nomenclatura combinata". Nella vicenda, la Corte amministrativa d'appello regionale lettone aveva ragionato in favore dell'operatore commerciale per una serie ulteriore di dichiarazioni doganali controllate oltre un anno dopo (ma nel termine prescrizione di tre anni), senza possibilità quindi di sottoporre a visita la merce alla quale quelle dichiarazioni si riferivano. La Corte, nel decidere la questione, ha richiamato l'art. 78, par. 2, dell'allora vigente Codice doganale comunitario (CDC, di cui al Regolamento n. 2913/1992), oggi art. 48 del Regolamento n. 952/2013, che consente all'autorità doganale di contestare le dichiarazioni doganali (che non sono state oggetto di controllo) relative ad una merce già svincolata, vale a dire una merce che la medesima autorità doganale aveva messo a disposizione dell'operatore commerciale per il regime doganale al quale quella merce risultava vincolata. Tale merce, dunque, potrebbe essere stata oggetto di operazioni di trasformazione, lavorazione, utilizzazione (si pensi al regime del perfezionamento attivo) o essere già stata importata o esportata. Il ragionamento della Corte riconosce all'autorità doganale la possibilità di controllare i (soli) dati documentali e non la merce che ad essi si riferisce, consentendole di affermare, grazie all'utilizzo dei sistemi informatici (la c.d. dichiarazione doganale elettronica), un ulteriore e più maturo stato di avanzamento del pro-

---

<sup>42</sup> Corte giust., 27 febbraio 2014, causa C-571/12, *Greencarrier Freight Services Latvia SIA c. Valsts ieņēmumu dienests*.

<sup>43</sup> Nella ormai risalente sentenza del 15 dicembre 1976, causa C-41/76, *Donckerwolcke*, dove si leggano le acute conclusioni dell'Avvocato Generale, Francesco Capotorti, presentate il 24 novembre 1976.

cesso di dematerializzazione della merce oggetto di scambio. Tale ulteriore e più maturo stato di avanzamento passa attraverso la progressiva attenuazione del rigore di un principio considerato a lungo inviolabile dalla maggior parte degli Stati membri dell'Unione: quello della irrevocabilità della dichiarazione doganale<sup>44</sup>. L'innovazione normativa è stata introdotta dal citato Codice doganale comunitario (CDC) del 1992 per sanare una lacuna nel sistema anteriore, che non consentiva la correzione della dichiarazione doganale dopo lo svincolo della merce oggetto della medesima dichiarazione. Ma qui si tratta di andare molto oltre, estendendo gli effetti (*recte*, "estrapolando i risultati") del controllo *a posteriori*, sulla base di campioni di merce identica, a dichiarazioni diverse e ulteriori (addirittura antecedenti rispetto a quelle oggetto del controllo in parola) e allargando, in tal modo, il potere discrezionale dell'autorità doganale (senza renderlo illimitato, ma con il rischio che lo diventi) in una logica di preteso "giusto equilibrio" tra esigenze contrapposte (autorità procedente e dichiarante doganale). La posizione espressa dall'Avvocato Generale Paolo Mengozzi nel procedimento in esame (conclusioni presentate il 5 dicembre 2013) rileva come "l'autorità doganale non procede di norma a controlli *a priori*", sia per esigenze di semplificazione, sia per favorire la celerità delle operazioni commerciali, tenuto conto dell'importanza strategica che l'Unione europea attribuisce al "commercio esterno". Disporre di ampie possibilità di controllo, consente di provvedere ad una "ordinata applicazione della normativa doganale" europea. Tutto ciò, concorre a costruire paradigmi di spazialità/temporalità che travalicano lo stretto ambito dell'operazione commerciale in sé e per sé considerata e la recinzione del diritto nazionale. Il mercato europeo, proiettato verso orizzonti globali (art. 206 TFUE), istituisce se stesso in un divenire di *addenda* argomentativi e applicativi sempre più vasti ed articolati: l'obiettivo del Codice Doganale dell'Unione intende «garantire procedure rapide ed efficaci di immissione in libera pratica delle merci importate». Non può non rilevarsi come tale obiettivo può essere conseguito solo in una logica ultrastatuale e con strumenti tecnologicamente attrezzati per garantire l'uniformità. Il diritto doganale europeo non è identificabile con un Paese schiacciato sulla propria sovranità geografica, né con un territorio eretto ad habitat di signoria statale, ma con uno spazio economico privo di una vera e propria radicazione giuridica (libera pratica), caratterizzato da una fitta rete di scambi di beni e servizi che in esso trovano definizione, in conformità ad un allestimento normativo ad esso commisurato (il diritto europeo, appunto).

Tuttavia, la mancanza di una precisa traduzione fisica del luogo di manovra dell'azione mercantile non la sottrae neppure a quelle imprescindibili attività economiche, come la produzione (si pensi, al riguardo, alla disciplina dettata dal

---

<sup>44</sup> V., in tal senso, C.J. Berr, H. Trémeau, *Le droit douanier communautaire et national*, 6<sup>a</sup> edizione, Parigi, 2004, p. 179.

codice doganale in materia di origine della merce, alla tutela del *Made in*) e la distribuzione della merce (si legga, in proposito, l'esemplare chiarezza dell'art. 38 TFUE in materia di politica agricola comune), riferite a territori delimitati, né la allontana da quelle norme sociali, anch'esse territorialmente agglutinate, che sole riescono a garantire un soddisfacente funzionamento ed un buon sviluppo dell'economia di mercato (si pensi ai valori di affidabilità e di responsabilità).

#### 4. Il tema della responsabilità nell'utilizzo dei sistemi elettronici

La giurisprudenza dell'Unione europea ha indagato l'utilizzo di piattaforme informatiche finalizzate allo scambio di merci.

Nella sentenza *Jestel*<sup>45</sup> del 17 novembre 2011, la Corte di giustizia ha affermato lapidariamente: una persona che funge da intermediaria per la conclusione di contratti di compravendita *online*<sup>46</sup> deve sapere che la consegna di merci provenienti da uno Stato terzo e destinati all'Unione fa sorgere l'obbligo di assolvimento di dazi all'importazione. È rilevante stabilire, ai fini doganali, se l'effettuazione di attività di commercio elettronico possa essere significativa e in che modo nel passaggio della linea di confine del territorio europeo. Nello specifico, bisogna valutare se tali attività possano configurare la "partecipazione" ad una "irregolare introduzione" di merci nel territorio doganale, da cui si origina l'obbligazione doganale relativa al pagamento dei dazi all'importazione. Si discuteva, nella circostanza, della qualifica di «debitore doganale» ai sensi e per gli effetti dell'art. 202, n. 3, secondo trattino, CDC: tali sono «le persone che hanno *partecipato* a questa introduzione sapendo o dovendo, secondo ragione, sapere che essa era irregolare». La questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte dal *Bundesfinanzhof*, come organo di ultima istanza, si riferiva ad una vendita telematica effettuata tra il 2004 e il 2006 da parte di un cittadino tedesco, in qualità di intermediario<sup>47</sup> e gestore di due nego-

<sup>45</sup> Corte giust., 17 novembre 2011, causa C-454/10, *Jestel O. c. Hauptzollamt Aachen*.

<sup>46</sup> L'impiego delle tecnologie richiede, da parte del soggetto debole del rapporto contrattuale, l'analisi dei rischi collegati alla possibilità di utilizzare la tecnologia medesima ma non di controllarla. Sull'argomento, v. E. Mik, *The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions*, in *Law, Innovation and Technology*, 2016, 8, p. 9. Sull'uso degli algoritmi contrattuali, v. L. H. Scholz, *Algorithmic Contracts*, in *Stanford Technology Law Review*, 2017, 20, p. 128. L'a. suddivide i contratti algoritmici a seconda della prevedibilità e della complessità dei compiti decisionali assegnati agli strumenti di calcolo elettronici, distinguendo gli algoritmi che operano alla "luce del sole" ed algoritmi che operano come se fossero una "scatola nera. Su questo ultimo aspetto, v. F. Pasquale, *The Black Box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge (MA), 2015, p. 3.

<sup>47</sup> La Corte di Giustizia ha ritenuto debitore dell'obbligazione doganale anche colui che sia intervenuto come intermediario, ai fini della conclusione di contratti di compravendita delle merci,

zi elettronici<sup>48</sup>, il quale metteva in vendita, sulla piattaforma<sup>49</sup> *eBay*, merce prodotta in Cina. Il ricorrente nella causa principale operava quale intermediario per la conclusione dei contratti di compravendita della merce, ricevendo il corrispettivo per i servizi resi, segnatamente di ordine linguistico. Il fornitore cinese provvedeva alla produzione della merce, ne stabiliva il prezzo e si incaricava della spedizione verso l'Unione, mentre la merce era consegnata direttamente agli acquirenti stabiliti in Germania tramite posta. La merce, consegnata agli acquirenti senza il passaggio obbligatorio in dogana, sulla base di errate dichiarazioni rese dal produttore cinese in relazione al reale contenuto e valore della spedizione, configurava un'ipotesi di evasione dei dazi all'importazione. Come si diceva, la domanda di pronuncia pregiudiziale sollevava questioni di interpretazione di una disposizione del Codice Doganale Comunitario (art. 202, n. 3, secondo trattino, dell'allora vigente Regolamento n. 2913/1992), che la Corte aveva già interpretato in altre occasioni<sup>50</sup> avuto riguardo al commercio c.d. tradizionale (cause C-414/02 e C-195/03), definendo i debitori dell'obbligazione doganale sorta dall'introduzione irregolare di merce nel territorio doganale dell'Unione. Tuttavia, la causa principale presentava una configurazione inedita, che inevitabilmente ha prodotto ripercussioni innovative. La sua singolarità consisteva nel fatto che la "partecipazione" all'irregolare introduzione è stata realizzata mediante *Internet* e l'irregolarità controversa si è verificata nell'ambito del traffico postale<sup>51</sup>. La Cor-

---

dovento secondo ragione sapere che tale introduzione era stata irregolare. Inoltre, ha affermato che anche i meri intermediari (incaricati della gestione del sito internet) ai fini della conclusione del contratto di compravendita, avrebbero dovuto conoscere l'irregolarità dell'operazione e sono pertanto responsabili dell'obbligazione doganale. Per le persone che hanno soltanto partecipato all'introduzione illecita o che hanno acquisito o detenuto la merce, il presupposto per la responsabilità è rappresentato dall'elemento soggettivo della consapevolezza dell'irregolarità o dalla colpevole ignoranza di tale situazione. V. Cass., Sez. V, 23 novembre 2011, n. 24675. Circa la responsabilità delle società capogruppo, cfr. Cass., Sez. V, 2 luglio 2014, n. 15034.

<sup>48</sup> Per un'analisi dettagliata sull'economia di piattaforma, intesa quale modello di organizzazione del mercato fondato su interfacce digitali, v. G. Smorto, A. Quarta, *Diritto privato dei mercati digitali*, Milano, 2020, p. 140. Gli aa. affermano che le interfacce digitali «svolgono la funzione di intermediari, ossia di luoghi di incontro fra gruppi interdipendenti di agenti economici, ciascuno situato su un versante del mercato».

<sup>49</sup> Sul rapporto tra gli utenti e le tecnologie telematiche, v. M.E. Stucke, A. Ezrachi, *How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy, and Democracy*, in *Law Journal*, 2017, 32, p. 1241.

<sup>50</sup> Fino alla pronuncia della sentenza in epigrafe i casi affrontati dalla Corte, in merito ai soggetti (facilmente identificabili) che a vario titolo hanno partecipato all'irregolare introduzione delle merci nel territorio doganale europeo, avevano ad oggetto il commercio "tradizionale" (es. introduzione irregolare di sigarette nascoste dentro cartoni di utensili da cucina sulla base di documenti doganali falsi). V., per tutte, Corte giust. 3 marzo 2005, causa C-195/03, *Ministerie van Financiën c. Merabi Papismedov e altri*; Corte giust. 23 settembre 2004, causa C-414/02, *Spedition Ulustrans, Uluslararasi Nakliyat ve. Tic. A.S. Istanbul c. Finanzlandesdirektion für Oberösterreich*.

<sup>51</sup> Si leggano le conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Ruiz Villalón, presentate il 14 luglio 2011, che espressamente affermava essere la nozione di "partecipazione" ai sensi dell'art. 202, n.

te, nel decidere la questione, ha valutato due aspetti. Il primo, di natura oggettiva, secondo il quale ogni soggetto, sia esso persona fisica o persona giuridica, che in qualsiasi modo “partecipa” ad un’operazione di introduzione irregolare di merce, ne diventa responsabile. Ciò significa che la condizione oggettiva si riferisce alla “partecipazione” all’introduzione irregolare, rispetto alla quale non è previsto in maniera esplicita che le persone individuate dalla norma siano soltanto quelle che hanno contribuito direttamente all’introduzione irregolare. Pertanto, sia la conclusione dei contratti di compravendita sia la consegna delle merci costituiscono elementi di un’unica operazione, vale a dire la vendita della merce. Da ciò si evince, così come affermato dai giudici europei, che l’intermediario, anche se non ha “partecipato” direttamente all’introduzione irregolare del bene nel territorio europeo, deve considerarsi comunque debitore dell’obbligazione doganale. Il secondo, di natura soggettiva, impone di valutare, caso per caso, la responsabilità del soggetto in relazione alla sua capacità di conoscere e valutare le conseguenze del proprio comportamento e di quello del venditore; in altre parole, si richiede che le persone che hanno partecipato all’introduzione irregolare sapessero o avrebbero dovuto sapere, secondo ragione, che essa era irregolare. La Corte ha fatto qui riferimento al comportamento dell’operatore diligente ed accorto, nel senso che una persona che agisce in veste di intermediario per la conclusione dei contratti di compravendita deve sapere che la consegna di merce proveniente da uno Stato terzo e destinata all’Unione fa sorgere l’obbligo di assolvimento dei dazi all’importazione. In tale contesto, è doveroso chiedersi se l’intermediario abbia svolto tutte le verifiche che dal medesimo possano ragionevolmente attendersi per garantire che la merce non sia introdotta irregolarmente e, in particolare, se egli abbia informato il fornitore dell’obbligo di dichiararle in dogana. La Corte di giustizia ha affermato che “**va considerato debitore dell’obbligazione doganale** sorta per effetto dell’introduzione irregolare di merci nel territorio doganale dell’Unione europea colui che, pur senza concorrere direttamente all’introduzione, vi abbia *partecipato* come **intermediario** ai fini della conclusione di contratti di compravendita relativi alle merci medesime, qualora sapesse o dovesse, secondo ragione, sapere che tale introduzione sarebbe stata irregolare, circostanza che spetta al giudice del rinvio acclarare”. Come evidenziato dall’Avvocato Generale, Antonio Tizzano, nelle conclusioni rassegnate ai fini della sentenza *Spedition Ulustrans*<sup>52</sup> «tale requisito sussisterà ogniqualvolta un soggetto abbia dato un contributo materiale o morale all’introduzione della merce nella Comunità». Ciò significa sottolineare che l’ambito potenzialmente coperto dalla disposizione in parola (art. 202, n. 3, secondo trattino, Reg. n. 2913/1992) è ampio e che possono esservi compresi: tan-

---

3, secondo trattino, CDC, «una nozione autonoma del diritto dell’Unione che spetta alla Corte definire, in quanto il codice doganale europeo non opera alcun rinvio al diritto degli Stati membri al fine di determinare il senso e la portata delle disposizioni in parola».

<sup>52</sup> Corte giust., 3 marzo 2005, causa C-195/03, cit.

to il contributo diretto all'introduzione fisica della merce nel territorio doganale dell'Unione, vale a dire una complicità attiva nell'attraversamento fraudolento delle frontiere esterne dell'Unione (che si verifica per la responsabilità condivisa dell'autista dell'autotreno all'interno del quale la merce ha attraversato le frontiere esterne dell'Unione non osservando le formalità doganali e del suo datore di lavoro, come nella causa all'origine della summenzionata sentenza *Spedition Ulustrans*); quanto un contributo indiretto, quale la partecipazione al finanziamento delle operazioni di importazione sfocianti nell'introduzione irregolare o ancora la mera intermediazione nella conclusione del contratto di vendita della merce successivamente introdotta in maniera irregolare nel territorio doganale dell'Unione<sup>53</sup>.

L'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (TIC) comporta una sorta di separazione tra il proprietario (in una accezione ampia) e la merce oggetto di scambio. Tale distacco non esime il medesimo da colpe connesse alla circolazione della merce, che fanno sorgere in capo ad esso una vera e propria forma di responsabilità. Il Codice Doganale Unionale disciplina (art. 79, par. 3, del Reg. n. 952/2013) la responsabilità nei confronti di una platea potenzialmente estesa di persone, intervenute prima, durante e dopo la realizzazione della violazione. Sono obbligate, e dunque, responsabili le persone che hanno agito per conto di chi era tenuto a rispettare gli obblighi previsti dalla normativa doganale; le persone che hanno partecipato all'atto che ha dato luogo al mancato rispetto dell'obbligo; le persone che hanno acquisito o detenuto la merce importata in violazione degli obblighi. Le condotte descritte evidenziano che non è necessaria la partecipazione diretta alla condotta illecita, essendo sufficiente l'intervento anche in atti ad essa collegati (vedi sentenza *Jestel*). Per tutti i soggetti elencati, l'obbligazione doganale sorge esclusivamente se, insieme alla condotta descritta, sia ravvisabile anche la consapevolezza della violazione, ovvero la colpevole inconsapevolezza, integrata dalla violazione di un dovere di diligenza. Infatti, nella sentenza su esposta la Corte di giustizia ha ritenuto debitore dell'obbligazione doganale anche colui che sia intervenuto come intermediario, ai fini della conclusione di contratti di compravendita della merce, dovendo secondo ragione sapere che tale introduzione era stata irregolare. Per le persone che hanno soltanto partecipato all'introduzione illecita o che hanno acquisito o detenuto la merce, il presupposto per la responsabilità è rappresentato

---

<sup>53</sup> Ciò si verifica per la responsabilità condivisa dell'autista dell'autotreno all'interno del quale le merci hanno attraversato le frontiere esterne dell'Unione non osservando le formalità doganali, e del suo datore di lavoro, come nella causa all'origine della summenzionata sentenza *Spedition Ulustrans*. In caso di introduzione irregolare di merci nell'Unione «l'obbligazione doganale è posta a carico di tre categorie di persone, ossia coloro che hanno proceduto a tale introduzione, coloro che hanno partecipato a questa sapendo o dovendo, secondo ragione, sapere che essa era irregolare e coloro che hanno acquisito o detenuto la merce considerata, sapendo o dovendo, secondo ragione, sapere che essa era stata introdotta irregolarmente». V. Corte giust., 25 gennaio 2017, C-679/15, *Ultra-Brag AG c. Hauptzollamt Lörrach*.

dall'elemento soggettivo<sup>54</sup> della consapevolezza dell'irregolarità o dalla colpevole ignoranza di tale situazione<sup>55</sup>.

Affrontare in questi termini il tema della responsabilità nell'utilizzo dei sistemi elettronici, consente di ricavare la nozione di "partecipazione" (riferita – lo si ribadisce – anche a coloro i quali hanno "partecipato" all'introduzione irregolare della merce, sapendo o dovendo sapere, secondo ragione, che essa era irregolare) all'operazione commerciale da cui origina l'obbligazione doganale, prendendo atto che si tratta di "una nozione autonoma del diritto dell'Unione", in assenza di «un espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata»<sup>56</sup>. Spetta, quindi, alla Corte definirla. Tale elemento va rimarcato, oltre che posto in un quadro di riferimento comune, nel quale brillano esigenze primarie di uniformità e di uguaglianza, che invocano una contestualizzazione normativa teleologicamente orientata. In altre parole, non è possibile discorrere di "debitore doganale"<sup>57</sup> in un'accezione estranea ai preminenti «interessi finanziari dell'Unione»<sup>58</sup>. Anche qui rileva «il ruolo centrale svolto dalla dichiarazione in dogana, e per estensione del dichiarante in dogana, nel codice doganale»: «gli effetti giuridici connessi alla formalità della dichiarazione» risultano ancora una volta preminenti<sup>59</sup>. Muovendo da qui, l'uso delle tecnologie del-

---

<sup>54</sup> In connessione con la natura "fattuale" del presupposto soggettivo (non essendo lo stesso "formale", mancando la presentazione della dichiarazione) è previsto un ampliamento dei soggetti considerati come debitori dell'obbligazione doganale, individuati nelle persone coinvolte materialmente nella violazione, nonché nelle persone che hanno partecipato all'irregolare introduzione o alla sottrazione indebita, ovvero che hanno acquisito o detenuto la merce sapendo o dovendo sapere della violazione commessa. Nell'ambito del Codice doganale dell'Unione, per individuare il debitore nelle ipotesi di «obbligazione doganale sorta in seguito a inosservanza», v. art. 79, par. 3 e 4, Regolamento n. 952/2013. In tali casi la Corte di giustizia ha affermato che la responsabilità dell'obbligazione doganale è in capo a chi abbia partecipato alla violazione «pur sapendo o dovendo sapere» che l'importazione era irregolare. Si vedano – *ex plurimis* – Corte giust., 4 marzo 2004, cause riunite C-238/02 e C-246/02, *Hauptzollamt Hamburg-Stadt c. Kazimieras Viluckas e Ricardas Jonusas* e 23 settembre 2004, causa C-414/02, *Spedition Ulustrans*, cit.

<sup>55</sup> Cass., Sez. V, 23 novembre 2011, n. 24675.

<sup>56</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Ruiz Villalón, presentate il 14 luglio 2011, sentenza *Jestel*, punto 32.

<sup>57</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Ruiz Villalón, cit., punto 2.

<sup>58</sup> «L'art. 202, par. 3, del codice doganale mira non a determinare il «responsabile» dell'irregolare introduzione di merci nel territorio dell'Unione, ma più estensivamente a definire i debitori del debito sorto da siffatta introduzione irregolare, nel più generale interesse della tutela degli interessi finanziari dell'Unione». Così, Conclusioni dell'Avvocato Generale Pedro Ruiz Villalón, cit., punto 33.

<sup>59</sup> «L'oggetto stesso dell'art. 202 del codice doganale è [...] di estendere la nozione di debitore dell'obbligazione doganale alle persone che non hanno osservato le disposizioni della normativa doganale dell'Unione relative alle dichiarazioni in dogana, così confermando [...] il ruolo centrale di quest'ultima». V. Corte giust., 2 aprile 2009, causa C-459/07, *Elshani*.

l'informazione e della comunicazione (strettamente combinato con detta dichiarazione) oltrepassa il dato meramente strumentale per «un'applicazione armonizzata e standardizzata dei controlli doganali operati dagli Stati membri». Tale uso, che concerne «un ambiente privo di supporti cartacei per le dogane e il commercio»<sup>60</sup>, assicura un «livello equivalente» di «competitività», indipendentemente dai «vari punti di entrata e di uscita dell'Unione»<sup>61</sup>. Il potere delegato alla Commissione europea, ex art. 290 TFUE, «in materia di dati per lo scambio e l'archiviazione di informazioni mediante procedimenti informatici»<sup>62</sup> conferma l'assunto enunciato e lo rafforza.

A proposito dell'evocata centralità, in questa ricostruzione, della dichiarazione doganale (ex art. 5, punto 13, CDU, trattasi di un «atto con il quale una persona manifesta, nelle forme e modalità prescritte, la volontà di vincolare le merci a un determinato regime doganale, con l'indicazione, se del caso, dell'eventuale specifica procedura da applicare»: siamo in presenza di un atto giuridico di natura privatistica, completamente diverso dalle ordinarie denunce dei contribuenti ai fini dell'adempimento dei loro obblighi tributari, che produce rilevanti effetti pubblicistici, grazie all'accettazione della dichiarazione da parte dell'autorità doganale, ex art. 172 CDU), essa rinvia ai più generali temi del territorio doganale (dall'art. 4 CDU si evince che «il territorio politico non coincide necessariamente con quello doganale e, ugualmente, la linea doganale non coincide sempre con il confine politico degli stati»<sup>63</sup> e della normativa doganale (che, ai sensi dell'art. 5, punto 2, CDU, è costituita da un «corpus legislativo» del quale fanno parte il codice stesso e le disposizioni integrative o di attuazione adottate a livello dell'Unione o a livello nazionale, la tariffa doganale comune, la normativa che fissa il regime unionale delle franchigie doganali, gli accordi internazionali contenenti disposizioni doganali, nella misura in cui siano applicabili nell'Unione). La «trasmissione, in via telematica, della dichiarazione doganale ne comporta l'inserimento in un sistema automatizzato di analisi dei rischi, gestito a livello centrale dall'Agenzia delle dogane (sistema A.i.d.a.), il quale opera la selezione delle operazioni da sottoporre a controllo»<sup>64</sup>. A livello unionale, il nuovo codice prevede l'istituzione di un allestimento elettronico denominato «sistema doganale di gestione dei rischi», che consente l'archiviazione e lo scambio di informazioni fra le autorità doganali dei Paesi membri e fra queste ultime e la Commissione (artt. 16 CDU e 36 del Regolamento di esecuzione n. 2447 del 24 novembre 2015 – RE). I temi in parola

---

<sup>60</sup> In linea con la Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio n. 70 del 15 gennaio 2008, cit.

<sup>61</sup> Considerando nn. 16, 17 e 19 del Regolamento n. 952/2013.

<sup>62</sup> Considerando n. 18 del Regolamento n. 952, cit.

<sup>63</sup> Testualmente, S. Armella, *Diritto doganale dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 83.

<sup>64</sup> Così, S. Armella, *Diritto doganale dell'Unione europea*, cit., p. 89.

offrono uno spaccato esemplare del diritto doganale europeo come diritto oltre lo Stato. Un diritto che viene da molto lontano, dal Trattato di Maastricht del 1992 (e dall'Atto Unico Europeo del 1986) e dall'unione economica e monetaria in esso dichiarata, che ha patrimonializzato le tradizioni giuridiche nazionali modificandole.

In tale circuito logico-giuridico, diventa imprescindibile l'individuazione della disciplina da applicare in materia di digitalizzazione delle dogane. Si richiama, da ultimo, il Regolamento di esecuzione della Commissione europea n. 2089 del 14 novembre 2017, *sulle disposizioni tecniche per sviluppare, tenere aggiornati e utilizzare i sistemi elettronici per lo scambio di informazioni e l'archiviazione di tali informazioni conformemente al codice doganale dell'Unione*, dove, nel ribadire che tutti gli scambi di informazioni (quali dichiarazioni, richieste o decisioni) tra autorità doganali nonché tra operatori economici ed autorità doganali e l'archiviazione di tali informazioni sono effettuati mediante procedimenti informatici, si sottolinea la necessità che i sistemi di informazione e comunicazione devono offrire agli operatori economici le identiche possibilità in ciascuno degli Stati membri<sup>65</sup> al fine di beneficiare di alcune semplificazioni previste dalla normativa doganale. Tale ultimo aspetto riverbera sul ruolo svolto dall'Operatore Economico Autorizzato (art. 38 del Reg. n. 952/2013). Gli operatori economici che operano nel rispetto delle norme e sono affidabili beneficiano dello status di Operatore Economico Autorizzato (AEO), soggetto alla concessione di un'autorizzazione per le semplificazioni doganali o di un'autorizzazione per la sicurezza o di entrambe. A seconda del tipo di autorizzazione concessa, gli AEO traggono il massimo vantaggio dall'uso esteso delle semplificazioni doganali (es., utilizzo di una garanzia globale di importo ridotto – art. 95, par. 3, del Reg. n. 952/2013), ovvero beneficiano di agevolazioni in materia di sicurezza e di un trattamento più favorevole per quanto riguarda i controlli doganali (in termini di riduzione del numero degli stessi), sia sulla merce sia sui documenti informatizzati che l'assistono.

In materia di diritto doganale elettronico, conclusivamente sul punto, non ci si può esimere dal richiamare nuovamente la recente proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, "che modifica il Regolamento (UE) n. 952/2013 al fine di prorogare l'uso transitorio di mezzi diversi dai procedimenti informatici previsti dal codice doganale dell'Unione"<sup>66</sup>. Dal 1° maggio 2016, data di entrata in vigore delle disposizioni codicistiche, il passaggio all'uso esclusivo di sistemi elettronici per le interazioni tra gli operatori economici e le autorità

---

<sup>65</sup> Decisione di esecuzione della Commissione europea n. 578 dell'11 aprile 2016, che *stabilisce il programma di lavoro relativo allo sviluppo e all'utilizzazione dei sistemi elettronici previsti dal codice doganale dell'Unione*.

<sup>66</sup> COM(2018) 85 final del 2 marzo 2018, Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che *modifica il regolamento (UE) n. 952/2013 al fine di prorogare l'uso transitorio di mezzi diversi dai procedimenti informatici previsti dal codice doganale dell'Unione*.

doganali e tra le stesse autorità doganali, che si sarebbe dovuto indifferibilmente realizzare entro il 2020, risulta ancora fortemente condizionato dalle procedure doganali su carta. Il progetto europeo di informatizzazione doganale (la pianificazione di diciassette sistemi elettronici sulla base del piano strategico pluriennale – MASP – e secondo il relativo programma di lavoro), elaborato e aggiornato periodicamente, sconta un ritardo normativo riguardante le disposizioni integrative e di applicazione del Codice, con un ritardo conseguente nell'elaborazione delle specifiche funzionali e tecniche di numerosi sistemi elettronici, prendendo coscienza via via più accentuata della complessità dell'impegno assunto, sia in termini di creazione dei sistemi e di interconnessione tra loro, sia in termini di armonizzazione dei dati forniti dagli operatori economici, dove rileva particolarmente la necessità di un'applicazione armonizzata delle norme giuridiche. L'impatto dei cambiamenti elettronici proposti sull'ecosistema doganale e commerciale comporta un'attivazione nel "giusto ordine" (c.d. sequenza), che mira a raggiungere un obiettivo di coerenza di là da venire. Da qui, l'ipotizzato rinvio al 2025, come termine ultimo per la messa in opera dei nuovi sistemi. Pertanto, la scelta politica del graduale ma deciso passaggio ad un ambiente elettronico nello specifico settore doganale sembra veder dilatare i suoi effetti nel tempo, con costi ancora tutti da definire<sup>67</sup>.

## 5. *Il commercio internazionale e lo Stato oltre lo Stato*

La fitta concatenazione giuridica del commercio internazionale detta un'agenda spesso inedita del territorio e degli impulsi economici che il mercato vi dimora, coniugando statalismi di vecchia maniera, regionalismi di ultima generazione e riequilibri internazionali in un mutevole scenario, accentuato da fattori di mutazione tecnologica, che hanno generato nuove tipologie di commercializzazione come quella del commercio elettronico, in precedenza richiamato ma al quale non è possibile riservare, in questa sede, tutta l'attenzione che merita.

Il commercio internazionale tradizionalmente inteso, avente ad oggetto il trasferimento di una merce da uno Stato all'altro, con il conseguente superamento di una linea doganale di confine e il pagamento (o il rimborso) di un classico diritto di confine (il dazio), appartiene ad una concezione della realtà giuridica profondamente modificata, ma non del tutto sacrificata (sono "dazi" anche quelli della tariffa doganale comune, ex art. 31 TFUE). Ne è prova l'art. 34 del Testo unico delle disposizioni legislative italiane in materia doganale (DPR n. 43 del 23 gennaio 1973), intitolato ai *Diritti doganali e diritti di confine* e collocato nel più ampio raggio dell'obbligazione tributaria doganale, che espone tra i *diritti di confine* «i prelievi e le altre imposizioni all'importazione e all'esporta-

---

<sup>67</sup> COM(2018) 85 final, cit.

zione previsti dai regolamenti comunitari e dalle relative norme di applicazione», ossia diritti «in tutto assimilabili, agli effetti della legge doganale, ai dazi»<sup>68</sup>, che la dogana del Paese membro riscuote in forza di corredi normativi plurimi. Sembra che il tracciato giuridico non possa fare a meno di “confini” e di autorità poste a presidio degli stessi. E anche se questi “confini” non sono più statali (si pensi al “divieto, fra gli Stati membri”, dell’Unione europea “dei dazi doganali all’importazione e all’esportazione e di qualsiasi tassa di effetto equivalente”, nonché si pensi alla “adozione di una tariffa doganale comune” nei rapporti fra Stati membri e Paesi terzi, ex art. 28 TFUE), essi non cessano di far ricorso al diritto statale. Tant’è che nel caso in cui sussista una «fraudolenta evasione dei diritti di prelievo comunitari», questa “integra il delitto di contrabbando»<sup>69</sup> ossia l’operatività di una norma penale, tipicamente statale. Ci troviamo in presenza di un incerto crinale che la digitalizzazione doganale tenta di ridefinire per offrire un vaglio di opzioni equivalenti agli operatori commerciali nei diversi Stati membri che «scongiori il rischio di comportamenti anticoncorrenziali ai vari punti di entrata e di uscita dell’Unione»<sup>70</sup>. Il “sopra-mondo” di cui parla Natalino Irti<sup>71</sup> (ossia lo spazio telematico che si estende intorno alla terra), lo riveste come un involucro ricco di opportunità ma anche di insidie, sospeso ma bisognoso di piloni ai quali ancorarsi. Questi piloni sono gli ordinamenti giuridici di ogni singolo Stato, che continuano a secernere occasioni proficue per gli interessi regolati e da regolare: pur sopravanzando il singolo Stato, gli inte-

<sup>68</sup> Secondo una risalente e non sopita ricostruzione giurisprudenziale della Cassazione italiana, si veda Cass. Pen., Sez I, 13 ottobre 1969.

<sup>69</sup> Cass. 13 ottobre 1969, cit. La casistica repressiva contemplata dal Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale (TULD) come contrabbando è molto vasta: gli artt. 282 e 286 del TULD prevedono le ipotesi di contrabbando perpetrato, rispettivamente, attraverso i confini terrestri e dentro gli spazi doganali, e fuori degli spazi doganali; gli artt. 283, 284 e 285 del TULD prevedono le ipotesi di contrabbando perpetrato nei laghi di confine, per mare e via aerea; l’art. 291 del TULD punisce, nelle importazioni temporanee o nelle reimportazioni, colui che sottopone le merci a manipolazioni artificiose ovvero usa altri mezzi fraudolenti allo scopo di sottrarre le merci al pagamento dei diritti che sarebbero dovuti; l’art. 287 del TULD punisce chiunque conferisce alle merci introdotte in franchigia una destinazione diversa da quella per la quale è stata accordata la franchigia; l’art. 292 del TULD prevede, infine, una norma di chiusura, che considera contrabbando ogni ulteriore sottrazione o tentativo di sottrazione della merce al pagamento dei diritti di confine. È opportuno segnalare che numerose ipotesi di contrabbando sono state depenalizzate e, dunque, trasformate in illeciti amministrativi, a norma del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8. L’art. 1 del citato decreto ha sancito la trasformazione in illeciti amministrativi dei reati prima puniti con la sola pena pecuniaria della multa o dell’ammenda. Nel caso di specie per tali illeciti si applica una sanzione amministrativa compresa tra 5.000 e 50.000 euro. Le disposizioni del decreto in parola si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, purché il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili (art. 8).

<sup>70</sup> Considerando n. 19 del Regolamento n. 952/2013.

<sup>71</sup> N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 65.

ressi in gioco raramente vi prescindono. Un esempio, assai datato ma significativo, è quello illustrato da una nostra dottrina interna di settore che, nel richiamare “la norma dell’art. 3, parte seconda dell’accordo generale G.A.T.T.”, afferma il principio di “parità di trattamento” come costitutivo di quello relativo alla “libera circolazione (internazionale) di prodotti” e lo ricava dal “carico tributario complessivo che incide, nel territorio dello Stato, su un determinato prodotto” importato, che richiede un’accorta “valutazione comparativa” tra i trattamenti tributari da parte degli “organi amministrativi o giurisdizionali del paese importatore”<sup>72</sup>. Tale necessità – estranea al diritto doganale in senso stretto (in quanto i tributi doganali non sono “contemplati nella clausola di parità dell’accordo generale”, riscuotendosi “per il fatto o all’atto dell’importazione”) ma in grado di enfatizzare l’ottica globale propria delle TIC, qui in discussione –, di là dal richiamo della sensibilità comparativa, mantiene inalterato il suo valore paradigmatico: il principio della non discriminazione e del pari trattamento, incluso nel Preambolo dell’Accordo WTO e negli Allegati 1A, 1B e 1C, è posto in stretta correlazione con gli obiettivi fondamentali del sistema del commercio internazionale, che sembra prediligere ancora una forma dissimulata e complice della statualità, se pure la regola principale del gioco appare scritta altrove.

Se l’unione doganale europea è una realtà da tempo consolidata, essa non può fare a meno di servirsi degli uffici nazionali preposti, che hanno il compito di “agire uniformemente nella movimentazione dei beni importati ed esportati contribuendo così al corretto funzionamento del mercato. La procedura uniforme, comunque, non è un fatto reale. C’è ancora molta strada da percorrere per arrivare alla armonizzazione delle autorità nazionali doganali”<sup>73</sup>. Uno dei settori sensibili nel campo delle regole doganali europee è quello della *compliance* che va oltre la semplice compilazione corretta della dichiarazione doganale e richiede un continuo adattamento al clima normativo che gravita sugli spazi territoriali interessati (nazionale, europeo, internazionale). Le decisioni che gli operatori economici devono assumere presuppone una conoscenza approfondita della legislazione doganale applicabile, considerato che “i dazi d’importazione costituiscono un costo non indifferente nei documenti finanziari delle società; essi – infatti – possono rappresentare dal 10% fino al 25% del costo totale di un bene acquistato al di fuori dei confini”<sup>74</sup>. Nonostante ciò, “tutti gli operatori *di confine* spesso lasciano l’apprezzamento delle merci a valutazioni fondate per lo più sulla *consuetudine* e non sulla scientifica disamina di leggi, regolamenti e trattati internazionali”<sup>75</sup>. La conseguenza è che poche aziende operano con *economicità*

---

<sup>72</sup> Sull’argomento, A. Pezzinga, *La legge doganale*, Milano, 1985, p. 97.

<sup>73</sup> Così, J. Schimmer, *Prefazione*, in M. Fabio, *Manuale di diritto e pratica doganale*, Milano, 2016, p. XXV.

<sup>74</sup> J. Schimmer, *o.u.c.*, p. XXVII.

<sup>75</sup> M. Fabio, *Premessa*, *Manuale di diritto e pratica doganale*, cit., p. XXX.

doganale e si avvalgono scientemente, ad esempio in tema di “lavorazioni”, delle caratteristiche del sistema Paese<sup>76</sup>.

La logica statutale, pertanto, non è estinta, ma appare solo oggetto di ripensamento. Ne è prova il regime doganale del c.d. perfezionamento attivo (artt. 256-258 CDU), ossia quel “regime doganale economico e sospensivo che consente – senza applicazione di dazi, misure di politica commerciale, né fiscalità nazionale – di sottoporre a operazioni di perfezionamento, nel territorio dell’Unione, merci non unionali, destinate a essere riesportate sotto forma di prodotti trasformati”. Detto regime, che emblemizza la “frammentazione su scala mondiale dei processi produttivi”, si muove nel contesto di accordi di cooperazione transfrontaliera volti a facilitare e a sviluppare le relazioni commerciali fra le industrie di trasformazione europee e gli operatori di Paesi terzi, consentendo di importare, senza sovraccarico economico, le merci destinate ad essere “perfezionate” nell’Unione (le “operazioni di perfezionamento” sono indicate nell’art. 5, paragrafo 1, n. 37, CDU) e riesportate al di fuori di essa, sotto forma di “prodotti compensatori”, ossia “i prodotti risultanti da operazioni di perfezionamento”. Siamo qui in presenza di flussi commerciali internazionali che non riguardano “prodotti finiti” ma “beni semilavorati, introdotti in un territorio doganale al solo scopo di subire una lavorazione”. In altre parole, qui non rileva la semplice movimentazione fisica della merce verso la barriera doganale europea, essendo necessaria, per il sorgere di un debito, “anche la volontà di destinare il bene al mercato interno o all’uso finale”. Nel caso di specie, «l’ingresso fisico della merce nel territorio unionale è funzionale soltanto a una trasformazione o riparazione»<sup>77</sup>. Il Codice Doganale dell’Unione europea, al Considerando n. 50, rileva l’opportunità di “fondere il regime di perfezionamento attivo, sistema della sospensione, con la trasformazione sotto controllo doganale e abbandonare il regime di perfezionamento attivo, sistema del rimborso”. Ciò significa che “nel previgente sistema il perfezionamento attivo poteva avvenire (anche) con il sistema del rimborso, il quale concerneva merci immesse in libera pratica, con rimborso o sgravio dei relativi dazi all’importazione quando le stesse erano esportate fuori dal territorio doganale della Comunità sotto forma di prodotti compensatori”. L’elisione del “sistema a rimborso” sembra far pendere la bilancia dal lato dell’ultrastatualità del diritto, perché accentua l’ipotesi della movimentazione della merce a livello internazionale in condizioni

---

<sup>76</sup> «L’Italia è fondamentalmente un *processing country*, un Paese, cioè, nel quale vengono importate materie prime e semilavorati e realizzati prodotti finiti connotati da un elevatissimo valore aggiunto»: M. Fabio, *Premessa*, cit., pp. XXX-XXI. Quanto appena descritto accentua il clima d’incertezza e sposta l’ago della bilancia verso il momento autoritativo, che finisce con l’opporre «nella gestione del traffico commerciale nel pieno della competizione internazionale *desueti strumenti normativi* unitamente ad un’amministrazione con obiettivi di respiro solo locale e riferito ad *antica prassi*», così M. Fabio, *Premessa*, cit., pp. XXXIII.

<sup>77</sup> S. Armella, *Diritto doganale dell’Unione europea*, cit., p. 193 ss.

d'indifferenza alla limitazione propria del confine doganale unionale (detto "sistema", infatti, era riferito a merce immessa in libera pratica, ossia merce proveniente da Paesi terzi per la quale siano state adempiute, in uno Stato membro dell'Unione, «le formalità di importazione e riscossi i dazi doganali e le tasse di effetto equivalente esigibili», ex art. 29 TFUE). Tuttavia, non va trascurato il fatto che, «come per gli altri regimi speciali, anche quello di perfezionamento è sottoposto al rilascio di una preventiva autorizzazione doganale, che stabilisce altresì i termini entro i quali i regimi di perfezionamento utilizzati devono essere appurati» (i termini per la validità delle autorizzazioni doganali di perfezionamento attivo sono stati estesi: è stato previsto un termine standard di cinque anni ed un termine ridotto di tre anni per i prodotti agricoli indicati nell'allegato 71-02 RD). Inoltre, non va trascurato neppure il fatto che la mancata imposizione doganale all'ingresso della merce nel territorio unionale determina numerose "cautele" affidate alle cure dell'autorità doganale nazionale territorialmente competente, su impulso dell'operatore economico (si pensi alla "dichiarazione di vincolo al regime di perfezionamento attivo, nella quale è altresì esercitata l'opzione in merito alla destinazione da assegnare alla merce non unionale"); né va dimenticato che "è stato eliminato l'obbligo di riesportazione dei prodotti compensatori", affidando all'operatore economico il potere di decidere "se riesportare i prodotti trasformati ovvero immetterli in libera pratica" e se "far gravare l'obbligazione doganale sulla merce unionale (originariamente vincolata al regime) o sul prodotto trasformato immesso in libera pratica". L'art. 85, paragrafo 2, CDU, riguardante la determinazione del momento in cui sorge l'obbligazione doganale ai fini del calcolo dell'importo dei dazi, assegna all'autorità doganale nazionale territorialmente competente il compito di constatare la situazione nella quale si trova concretamente la merce, quando «non è possibile determinare con esattezza il momento in cui è sorta l'obbligazione doganale» in base alle «norme per il calcolo dei dazi le quali erano applicabili alle merci» (cfr. il paragrafo 1 del menzionato articolo). Nella Circolare dell'Agenzia italiana delle Dogane n. 8/D del 19 aprile 2016, si legge che la scelta del criterio di tassazione da applicare «deve essere effettuata al momento della presentazione dell'istanza in quanto, in base a tale scelta, si determinerà la necessità o meno di effettuare il preventivo esame delle condizioni economiche, soprattutto nel caso le operazioni abbiano ad oggetto merci sensibili»<sup>78</sup>. Tale specialissima combinazione degli effetti di autonomia ed eteronomia contrattuale fa nuovamente curvare la nostra disamina verso il diritto statale: all'interno delle sue prassi interpretative, infatti, l'operatore economico svolge prevalentemente la propria attività economica. Evidente appare il "largo decentramento dei compiti" che la "temporanea importazione"<sup>79</sup> comporta, «con

---

<sup>78</sup> Circolare dell'Agenzia italiana delle Dogane n. 8/D del 19 aprile 2016, p. 91.

<sup>79</sup> Detta nozione, che corrisponde al perfezionamento attivo unionale, è qualificata dall'art.

l'intento di facilitare i contatti tra operatori e gli uffici finanziari e realizzare la maggiore efficienza e funzionalità della legislazione doganale»<sup>80</sup>, in un'ottica liberistica propria del "mercato interno" (art. 26 TFUE). Il perfezionamento della merce introdotta in un Paese membro dell'Unione (nella specie, l'Italia) con provenienza da Paesi terzi, senza effettuare il pagamento degli oneri previsti in caso di importazione definitiva, non determina l'estinzione del privilegio spettante sulla merce di cui si discute all'amministrazione finanziaria per il tributo doganale<sup>81</sup>. Il principio generale posto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea è che "gli Stati membri sono competenti ad adottare i provvedimenti appropriati per assicurare il rispetto della normativa doganale comunitaria", in ossequio al principio di proporzionalità<sup>82</sup>. Tale elemento tiene viva la ricerca in sede locale di un equilibrio tra interessi privati e interessi pubblici, che va oltre lo Stato nazionale ma discende anche e profondamente al suo interno. L'istituto del perfezionamento attivo intercetta appieno quella dinamica giuridica nella quale il momento doganale (di natura mista: unionale e nazionale) assume un ruolo centrale, come anticipato, nella "catena logistica" dello scambio di merce, rendendolo, nella «attività di monitoraggio e gestione del commercio internazionale, un catalizzatore della competitività dei paesi e delle società»<sup>83</sup>. Nella causa C-262/10, *Döhler*, pendente innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, l'Avvocato Generale, Niilo Jääskinen, nelle conclusioni presentate l'8 marzo 2012, fa notare, in sede di "analisi" della fattispecie, che l'operatore economico non è risultato del tutto inosservante delle disposizioni applicabili, né si è sottratto all'obbligo di cooperazione con le autorità doganali, «con la significativa eccezione della data di invio del conto di appuramento»<sup>84</sup>. Interessante, nella specie, è l'interpretazione che l'Avvocato Generale dà del previgente art. 204 CDC, concernente «inadempimenti degli obblighi e inosservanze di modalità legate ai vari regimi doganali privi di effetti sul controllo doganale»<sup>85</sup>. Egli rileva che il diritto doganale dell'Unione non conosce

---

175 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale – TULD –, d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43.

<sup>80</sup> A. Pezzinga, *La legge doganale*, cit., p. 614.

<sup>81</sup> Cass. Civ., Sez. I, 25 luglio 1975, n. 2901.

<sup>82</sup> V. Corte giust., 16 ottobre 2003, causa C-91/02, *Hannl-Hofstetter*, punti 19 e 20.

<sup>83</sup> Considerando n. 16 del Regolamento n. 952/2013.

<sup>84</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, presentate l'8 marzo 2012, sentenza *Döhler*, punto 33.

<sup>85</sup> Cfr., Corte giust., 12 febbraio 2004, causa C-337/01, *Hamann International*. L'art. 204 del codice doganale stabilisce che, al di fuori dell'ipotesi contemplata dall'art. 203, l'obbligazione doganale all'importazione sorge in seguito all'inadempimento di uno degli obblighi che derivano, per una merce soggetta a dazi all'importazione, dalla permanenza in custodia temporanea oppure dall'utilizzazione del regime doganale cui è stata vincolata, sempreché la violazione commessa non abbia avuto alcuna conseguenza sul corretto funzionamento della custodia temporanea o del re-

la distinzione, proposta da taluni autori della dottrina tedesca (alla cui sfera di diritto statale si riferiva il rinvio pregiudiziale alla Corte europea), circa gli obblighi sostanziali e gli obblighi di natura procedurale<sup>86</sup>. Secondo la codificazione doganale europea e la relativa giurisprudenza, la nascita dell'obbligazione doganale si verifica sulla scorta di elementi oggettivi, costitutivi di un determinato "fatto generatore", e questo a prescindere dalla questione se la finalità tributaria sottesa a tale sistema sia stata conseguita o meno. Ai sensi della complessa opera codificatoria compiuta dall'Unione europea, l'obbligazione doganale non corrisponde alla nozione di obbligazione doganale «economica», secondo la quale un'obbligazione doganale sorge unicamente nei confronti delle merci immesse in libera pratica. Ne consegue che dazi doganali possono anche essere riscossi su merci che hanno effettivamente lasciato il territorio dell'Unione europea<sup>87</sup>. «Anche se i dazi doganali hanno segnatamente lo scopo di proteggere la produzione interna dalla concorrenza estera (*Wirtschaftszollgedanke*, in lingua tedesca), ciò nondimeno l'applicazione delle regole in materia è meccanica e formale, il che può portare a situazioni nelle quali i dazi doganali vengono imposti pur non essendo richiesta nessuna protezione, in mancanza di immissione in libera pratica delle merci di cui trattasi»<sup>88</sup>. In tal senso, la nota n.

---

gime doganale considerato. Dunque, l'art. 204 si applica soltanto nei casi non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 203; pertanto occorre precisare che «la sottrazione al controllo doganale comprende qualsiasi azione od omissione che abbia come risultato quello di impedire, anche solo momentaneamente, all'Autorità doganale competente di accedere ad una merce sotto vigilanza doganale e di effettuare i controlli previsti dall'art. 37, par. 1, del Codice doganale». Sul punto, v. Corte giust., 25 giugno 2015, causa C-187/14 del 25 giugno 2015, *Skatteministeriet c. DSV Road A/S*. Cfr., Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, cit., punto 48, il quale afferma che «le condizioni la cui inosservanza implica l'applicazione dell'articolo 204 del codice doganale. Si tratta, a mio parere, dell'inosservanza di qualsiasi condizione contemplata nel suddetto articolo e prevista dal regime di cui trattasi, ad eccezione dei casi previsti dall'articolo 859 del regolamento di applicazione».

<sup>86</sup> Gli inadempimenti a norma dell'art. 204, par. 1, lett. a), del codice doganale «sono [quelli] rimasti senza conseguenze reali sul corretto funzionamento della custodia temporanea o del regime doganale considerato». V. Corte giust., 11 novembre 1999, casua C-48/98, *Söhl & Söhlke*.

<sup>87</sup> «Un'obbligazione doganale non corrisponda alla nozione di obbligazione doganale «economica», secondo la quale un'obbligazione doganale sorge unicamente nei confronti delle merci immesse in libera pratica. Ne consegue che dazi doganali possono anche essere riscossi su merci che hanno effettivamente lasciato il territorio dell'Unione europea», così Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, cit., punto 60. Cfr., Corte giust., 29 aprile 2004, causa C-222/01 *British American Tobacco*. La Corte afferma che «Anche se i dazi doganali hanno segnatamente lo scopo di proteggere la produzione interna dalla concorrenza estera, ciò nondimeno l'applicazione delle regole in materia è meccanica e formale, il che può portare a situazioni nelle quali dazi doganali vengono imposti pur non essendo richiesta nessuna protezione, in mancanza di immissione in libera pratica delle merci di cui trattasi».

<sup>88</sup> Si veda, C. Willemoes Jørgensen, *Toldskuldens opstaen og ophør*, Copenhagen, Jurist – og Økonomforbundets Forlag, 2009, p. 148. Per la giurisprudenza, Corte giust., 29 aprile 2004, causa C-222/01, cit.

26 delle menzionate conclusioni dell'Avvocato Generale (la sentenza conforme è del 6 settembre 2012). Una chiara sconfessione, questa, praticata sul campo, dell'analisi economica del diritto, pure introdotta nel procedimento dalla Commissione<sup>89</sup>. Alla luce di ciò, pur sembrando di poter ricavare una copiosa ridondanza culturale del diritto interno ai singoli Stati membri verso il diritto comune, quest'ultimo marca segni distintivi assai netti, sicuramente ultrastatali, che in parte trascinano una resistenza dell'operatività doganale, ancora fortemente contrassegnata da elementi di diritto nazionale, soprattutto attraverso la irrogazione di sanzioni amministrative, civili e penali<sup>90</sup>. La commentata digitalizzazione doganale sembra muovere in maniera decisa verso l'uniformità (la c.d. "equivalenza") delle prassi amministrative, scongiurando, in sede di controllo doganale, «il rischio di comportamenti anticoncorrenziali ai vari punti di entrata e di uscita dell'Unione»<sup>91</sup>. In questa direzione muove l'istituto dello sdoganamento centralizzato. Il già menzionato art. 179 del Regolamento n. 952/2013, letto in combinato disposto con la Convenzione riveduta di Kyoto sulla semplificazione e sull'armonizzazione dei regimi doganali, prevede la presentazione, la registrazione e il controllo della dichiarazione in dogana prima

---

<sup>89</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, cit., punto 61.

<sup>90</sup> Corte giust., 4 giugno 2009, causa C-158/08, *Agenzia delle Dogane c. Pometon*. Il Codice doganale e le relative norme di attuazione non abbracciano interamente la materia del diritto doganale; in tale situazione versa, ad esempio, la materia sanzionatoria, per la quale permane la vigenza degli artt. 282-342 del Testo Unico delle leggi doganali (TULD). Le disposizioni legislative in materia doganale, prevedono, in tutti i casi di contrabbando, l'applicazione sia di sanzioni pecuniarie, sia di sanzioni restrittive della libertà personale, della confisca delle cose che servono o sono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto, il prodotto o il profitto. Riassuntiva degli aspetti delineati è la sentenza della Corte di Cassazione del 10 gennaio 1997, n. 1, nella quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, dell'art. 301, commi 1, 2 e 3 TULD, in riferimento agli artt. 3 e 27 cost., nella parte in cui si consentiva, nei casi di contrabbando, la confisca delle cose che ne costituivano l'oggetto, il prodotto o il profitto, anche se appartenenti a terzi estranei al reato, anche quando questi non fossero colpevoli di difetto di vigilanza. In precedenti decisioni (Corte cost., 9 luglio 1974, n. 229; Corte cost., 21 dicembre 1976, n. 259; Corte cost., 4 gennaio 1987, n. 2) era stato dichiarato, sotto diversi profili, l'illegittimità costituzionale dell'originario testo dell'art. 301 TULD. L'art. 301 è costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 1 cost., nella parte in cui non consente a persone estranee al reato di acquistare la proprietà delle cose, ignorando senza colpa, l'illecita immissione di esse sul mercato. Il giudice *a quo* sostiene che il legislatore si è adeguato alle precedenti sentenze, con le quali era stata dichiarata, come già detto, sotto più profili, la illegittimità costituzionale dell'art. 116 della legge doganale n. 1424 del 1940 (ora art. 301 TULD). Dunque, l'art. 301, per la parte relativa all'oggetto del contrabbando, continuerebbe a porsi in contrasto sia con il principio della personalità della responsabilità penale, sia con il principio di eguaglianza.

<sup>91</sup> Considerando n. 19 CDU cit. La competenza normativa dell'Unione in materia di controlli doganali è affiancata dalle misure restrittive adottate dagli Stati membri. Per questo motivo la disciplina europea mira a coordinare due diverse esigenze; da un lato incoraggiare l'attività commerciale, dall'altro offrire elevati livelli di controllo delle merci che entrano ed escono dal territorio unionale. Per un approfondimento in materia di controlli, sanzioni e contenzioso, v. F. Vismara, *Lineamenti di diritto doganale dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 261.

dell'arrivo delle merci e la separazione del luogo in cui la dichiarazione viene presentata da quello in cui le merci sono fisicamente situate. Ciò significa che è possibile espletare l'assolvimento dei diritti doganali presso qualsiasi dogana, a prescindere dal luogo di introduzione della merce nel territorio dell'Unione. Tale modalità operativa ridisegna il rapporto tra gli operatori economici e le amministrazioni doganali. Nello specifico, il rapporto in esame si evolve lungo una traiettoria di de-territorializzazione delle operazioni doganali, destinate ad essere sempre meno ancorate alla concezione classica di territorio e sempre più legate al concetto di ambiente doganale digitale, in cui la tipica connotazione materiale del territorio sbiadisce i confini fisici verso una prospettiva applicativa della norma codicistica unionale ancora tutta da esplorare.



# LA MEDIAZIONE: UN DIRITTO OLTRE LO STATO MA NON SENZA LO STATO

*Alessandra De Luca*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La narrativa dominante: diffusione della mediazione come degiuridicizzazione e sottrazione di controversie alle corti statali. – 3. La mediazione come contesto di produzione di diritto oltre lo Stato. – 4. La diffusione della mediazione come regolazione da parte dello Stato di una procedura informale. – 5. Considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

La diffusione dei metodi alternativi di soluzione delle controversie (d'ora in poi ADR) e della mediazione in particolare è indubbiamente una tendenza mondiale<sup>1</sup>, oggetto di valutazioni contrastanti. Sia i fautori che i critici di questa tendenza, peraltro, muovono dalla premessa che il tratto distintivo dell'istituto consista nella riduzione della rilevanza del diritto a vantaggio degli interessi, di un arretramento dello stato in favore dell'autonomia privata<sup>2</sup>.

In effetti, la prospettiva della "privatizzazione" è una lettura possibile del fenomeno, una delle chiavi che possono contribuire a spiegare la diffusione della mediazione, ma una simile rappresentazione fornisce un quadro incompleto della realtà, per due ordini di motivi che si cercherà di esaminare in questo contributo.

In primo luogo, la mediazione è essa stessa un contesto di produzione del diritto, una fonte di diritto extrastatuale. La regolazione dei rapporti contenuta nell'accordo concluso in caso di successo della mediazione, infatti, è un contratto, fonte di diritti e obblighi per le parti. Inoltre, e prima ancora, la mediazione è un contesto di produzione di regole di diritto processuale, di nuovo scaturenti dalla volontà delle parti.

---

<sup>1</sup>Vedi, per tutti, N. Trocker, V. Varano, *Concluding Remarks*, in Id. (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, p. 243 ss, alle pp. 259-261.

<sup>2</sup>Vedi, ad esempio, J. Resnik, *For Owen M. Fiss: Some Reflections over the Triumph and Death of Adjudication*, in 58 *University of Miami Law Review*, 2003, p. 173 ss., alle pp. 175-176, ove si parla di una «struggle between public and private governance and between state-based redistribution efforts and market-focused mechanisms».

In secondo luogo, l'esame di alcune esperienze significative, a partire da quella degli Stati Uniti, dimostra come nel momento stesso in cui indirizza le cause verso la mediazione, lo stato pretende anche di disciplinare questo metodo alternativo di soluzione delle controversie. In altri termini, il fenomeno a cui si assiste è una riappropriazione, per quanto parziale, del potere di regolare l'attività di risoluzione delle liti da parte dello stato.

Prima di esaminare questi due profili, però, pare opportuna una breve illustrazione delle ragioni della moderna fortuna della mediazione.

## 2. La narrativa dominante: diffusione della mediazione come degiuridicizzazione e sottrazione di controversie alle corti statali

Come noto, il moderno sviluppo della mediazione<sup>3</sup> – risultato della diffusione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie – ha origine negli Stati Uniti nel periodo fra la metà degli anni '70 e l'inizio del decennio successivo, in risposta a una percepita crisi della giustizia statale<sup>4</sup>. È una crisi di efficienza e di qualità alla quale si ritiene di poter rimediare “dirottando” verso meccanismi di soluzione diversi – alternativi, appunto – una crescente quantità di controversie.

Fra questi strumenti, la mediazione spicca per la sua alterità rispetto al processo e proprio per tale motivo rappresenta un po' il prototipo di ADR. Infatti, sebbene gli istituti riconducibili a tale nozione siano molti e assai eterogenei<sup>5</sup>, è possibile operare una partizione fondamentale in due gruppi, variamente deno-

<sup>3</sup> Pare opportuno sottolineare il termine “moderno”, dal momento che – come fanno rilevare ad esempio Auerbach riguardo agli Stati Uniti e Cadet con riferimento alla Francia – la mediazione è una realtà antica tanto nei sistemi di common law quanto in quelli di civil law. J.S. Auerbach, *Justice without Law? Resolving Disputes without Lawyers*, New York, 1983, pp. 3-114; L. Cadet, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia fra tradizione e modernità*, in V. Varano (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, p. 69 ss., alle pp. 72-75.

<sup>4</sup> In genere l'origine del movimento negli USA viene fatta risalire alla conferenza organizzata nel 1976 in occasione del settantesimo anniversario del discorso di Roscoe Pound dedicato a *The Causes of Dissatisfaction with the Administration of Justice*, i cui atti sono pubblicati in *70 Federal Rules Decisions*, 1979, p. 79 ss. Fra gli interventi spiccano in particolare quello dell'allora Chief Justice Warren E. Burger, *Agenda for 2000 AD – A Need for Systematic Anticipation*, ivi, p. 83 ss. e quello del professor Frank Sander, *Varieties of Dispute Processing*, ivi, p. 111 ss., in cui probabilmente l'espressione ADR è stata usata per la prima volta. S. Robert, M. Palmer, *Dispute Processes. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Cambridge, 2005, p. 5.

<sup>5</sup> È superfluo ai fini del presente lavoro soffermarsi sulla descrizione dei principali ADR esistenti. Per una sintetica illustrazione delle possibili tipologie di ADR, si rinvia, nella letteratura in lingua inglese, a S. Robert, M. Palmer, *Dispute Processes*, cit.; S.B. Goldberg, F.E.A. Sander, N.H. Rogers, S. Rudolph Cole, *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and other Processes*, 4<sup>th</sup> ed., New York, 2003 e A.S. Rau, E.F. Sherman, S.R. Peppet, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*, 3<sup>rd</sup> ed., New York, 2002. In italiano vedi, fra gli altri, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile, Volume V: La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 10<sup>a</sup> ed., Milano, 2019.

minati. Seguendo la terminologia proposta da Luiso<sup>6</sup>, si possono distinguere gli ADR “autonomi”, in cui la soluzione del conflitto è raggiunta tramite un accordo, negoziato direttamente dalle parti o dai loro avvocati oppure favorito dall’intervento di un terzo neutrale, e quelli “eteronomi”, basati invece sulla decisione vincolante di un terzo neutrale. L’archetipo di questa seconda tipologia è l’arbitrato, in cui il potere di decidere del terzo si basa sulla volontà delle parti e non sul potere autoritativo dello stato, ma produce effetti vincolanti per queste al pari di una sentenza; la mediazione, invece, può essere identificata come l’ADR autonomo par excellence, dal momento che non solo la scelta di dare avvio al procedimento ma anche il contenuto dell’atto che lo conclude sono il frutto della volontà delle parti<sup>7</sup>.

Tale alterità della mediazione, dunque, deriva da una serie di caratteristiche che la distinguono nettamente dal processo<sup>8</sup> e che rappresenterebbero, secondo i suoi fautori, altrettanti vantaggi. Tra queste è utile richiamare in particolare l’assenza di formalismo e la capacità di offrire soluzioni non fondate sul diritto ma sulla soddisfazione degli interessi delle parti, frutto di un recuperato spazio di autonomia privata<sup>9</sup>.

Nel momento in cui il moderno movimento ADR si espande anche fuori dagli Stati Uniti, le motivazioni addotte in favore della diffusione della mediazione e degli altri metodi alternativi di soluzione delle controversie sono in sostanza analoghe.

Un primo profilo è quello efficientistico: si lamenta l’eccessivo carico di lavoro delle corti e la conseguente irragionevole durata dei processi, nonché la sproporzione dei costi del giudizio rispetto al valore delle controversie (quest’ultimo argomento, peraltro, assume maggior rilievo nei sistemi di common law, in cui le spese legali tendono ad essere più elevate<sup>10</sup>). Tale inefficienza, oltre a provocare

<sup>6</sup>F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 15-16.

<sup>7</sup>Ciò non toglie che anche l’altro tradizionale metodo alternativo di soluzione delle controversie, l’arbitrato, abbia tratto vantaggio dal movimento ADR. Come chiarisce molto bene Chase, ad esempio, una delle conseguenze dello sviluppo di questo movimento negli Stati Uniti è stata un crescente favor delle corti nei confronti della clausole arbitrali anche nei contratti di consumo e in quelli di lavoro. O.G. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America*, in V. Varano (a cura di), *L’altra giustizia*, cit., p. 129 ss., alle pp. 134-136.

<sup>8</sup>Per un sintetico confronto fra mediazione e processo, vedi N. Andrews, in N. Trocker, V. Varano (eds.), *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, cit., p. 1 ss., alle pp. 8-17.

<sup>9</sup>Vedi, ad esempio, S. Robert, M. Palmer, *Dispute Processes*, cit., pp. 9-44 sull’antitesi tra giustizia formale e giustizia informale; R. Calvo Soler, J. Ferrer Beltrán, *Gli ADR nel diritto: uno sguardo giusfilosofico* in V. Varano (a cura di), *L’altra giustizia*, cit., p. 107 ss., spec. alle pp. 112-114 circa la contrapposizione tra diritto e ADR.

<sup>10</sup>M. Reimann, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. A Synthesis*, in Id. (ed.), *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. A Comparative Study*, Dordrecht et al., 2012, p. 3 ss., alle pp. 52-56.

un danno al sistema giudiziario, rappresenta una barriera all'accesso alla giustizia<sup>11</sup>, in particolare per gli individui e i gruppi svantaggiati<sup>12</sup>.

Un secondo profilo riguarda la qualità: la diffusione degli ADR in generale viene presentata come uno strumento in grado di raggiungere soluzioni migliori rispetto a quelle che si possono ottenere tramite le corti statali e il processo. Non saremmo davanti a metodi semplicemente "alternativi", bensì "più appropriati" per la soluzione delle liti, o almeno di certi tipi di liti. La mediazione, in particolare, oltre ad essere più rapida e meno costosa del processo, consentirebbe di sviluppare soluzioni creative, maggiormente idonee a soddisfare gli interessi di tutti i soggetti coinvolti e avrebbe il vantaggio di trasformare le relazioni, prevenendo l'insorgere di conflitti futuri.

A titolo di esempio, si leggano le parole pronunciate dal Chief Justice Burger al Mid-Winter Meeting dell'American Bar Association del 1984:

[F]or many claims, trials by adversarial contest must in time go the way of the ancient trial by battle and blood. Our system is too costly, too painful, too destructive, too inefficient for a truly civilized people<sup>13</sup>.

Non suonano poi molto diverse da quelle con cui Lord Woolf riassume i problemi della giustizia inglese nel suo *Access to Justice Report* del 1997, alla base di una profonda riforma del processo civile di quell'ordinamento, in cui agli ADR in generale e alla mediazione in particolare è stato riconosciuto un ruolo centrale:

The defects I identified in our present system were that it is too expensive [...]; too slow [...] and too unequal. It is too uncertain: [...]. Above all, it is too fragmented; and too adversarial [...] <sup>14</sup>.

E neppure le ragioni che il Libro Verde del 2002 offre per spiegare il "rinnovato interesse" nei confronti dei metodi alternativi di soluzione delle controversie negli stati membri della Comunità europea si discostano molto da quelle appena richiamate:

<sup>11</sup> Fondamentale riguardo al tema dell'accesso alla giustizia è la ricerca di Mauro Cappelletti, *Access to Justice*, Milano, Alphenandenrijn, 1978, che dedica un volume – *Promising Institutions* Vol. II, Book 1 – alle Alternatives to Adjudication.

<sup>12</sup> Sul collegamento fra sviluppo del movimento ADR ed empowerment dei gruppi svantaggiati attraverso la nascita della giustizia di comunità vedi D.R. Hensler, *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-shaping Our Legal System*, in 108 *Penn State Law Review*, 2003, p. 165 ss., alle pp. 170-171.

<sup>13</sup> Citato da D.W. Nelson, *Alternative Dispute Resolution: A Supermart for Law Reform*, in 14 *New Mexico Law Review*, 1984, p. 467 ss., a p. 468.

<sup>14</sup> The Right Honourable the Lord Woolf, *Access to Justice – Final Report*, London, 1996, Section I, § 2.

[I] metodi di ADR forniscono una risposta alle difficoltà di accesso alla giustizia, che molti paesi devono affrontare. Queste difficoltà si spiegano con il fatto che le controversie sottoposte agli organi giurisdizionali si moltiplicano, le procedure tendono ad allungarsi e i costi sopportati in occasione di tali procedimenti ad aumentare<sup>15</sup>.

In conclusione, siamo dinanzi a una tendenza di portata mondiale, che accomuna civil law e common law, ma che suscita ovunque anche scetticismo, critiche e resistenze. I principali limiti degli ADR in generale e della mediazione in particolare vengono ravvisati nella circostanza che questi metodi di soluzione delle controversie privano le parti – o almeno quella più debole e vulnerabile – del processo, inteso come “giusto processo” ove le garanzie formali e l’intervento del giudice assicurano un riequilibrio delle posizioni dei litiganti<sup>16</sup>, un processo la cui funzione non è solo risolvere le liti, ma anche garantire l’effettività delle regole giuridiche sostanziali (incluse quelle redistributive) e orientare il comportamento futuro dei consociati<sup>17</sup>.

Qualunque sia la valutazione del fenomeno, sia i fautori che i critici della mediazione in ogni caso muovono dalla premessa che uno dei tratti distintivi di questo istituto consista nella riduzione della rilevanza del diritto<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Commissione delle Comunità Europee, *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM(2002) 196 definitivo, § 5, p. 7.

<sup>16</sup> In questa prospettiva, dunque, gli ADR costituirebbero un “surrogato” del processo civile ordinario, una giustizia di serie B, la cui diffusione è promossa dai governi solo come strumento per limitare l’accesso alle corti e alla giustizia. Vedi, ad esempio, P.H. Lindblom, *ADR: L’oppio del sistema giuridico?*, in V. Varano (a cura di), *L’altra giustizia*, cit., p. 219 ss., spec. alle pp. 223-224; H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, pp. 78-125; U. Mattei, *Access to Justice. A Renewed Global Issue?*, in K. Boele-Woelki, S. van Erp (eds.), *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Utrecht, 2007, p. 383 ss., alle pp. 385-386.

<sup>17</sup> O.M. Fiss, *Against Settlement*, in 93 *Yale Law Journal*, 1983, p. 1073 ss. rimane il riferimento classico a questo proposito. I suoi argomenti, peraltro, non hanno perso di attualità se li vediamo riproposti, ad esempio, nei confronti della recente normativa europea in materia di ADR nei rapporti di consumo (direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori). Si vedano in particolare le critiche di quanti evidenziano l’incoerenza fra una disciplina sostanziale caratterizzata dall’attribuzione al consumatore di una serie di diritti volti a riequilibrarne la posizione nei confronti del professionista e dell’impresa e la scelta di promuovere la soluzione delle relative controversie attraverso metodi per loro natura inidonei a garantire l’attuazione di quei diritti (G. Wagner, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, in 51 *Common Market Law Review*, 2014, p. 165 ss.), così come quelle di chi evidenzia i rischi per lo sviluppo del diritto europeo dei consumatori derivanti dalla scelta di promuovere gli ADR in questo settore. M.B.M. Loos, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, p. 61 ss.

<sup>18</sup> L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, in 44 *South California Law Review*, 1971, p. 305 ss., alle pp. 326-327.

### 3. La mediazione come contesto di produzione di diritto oltre lo Stato

Come sopra illustrato, se posta a confronto con la giustizia statale la mediazione è descritta come la sede in cui gli interessi prevalgono sui diritti, la sostanza prevale sulla forma. Ma in verità la mediazione rappresenta un contesto di produzione extrastatale del diritto.

Innanzitutto, è pacifico che in ogni caso in cui la mediazione si conclude con il raggiungimento di un accordo, quest'ultimo sarà una fonte di diritto sostanziale creato dalle parti. A prescindere dalla necessità di ottenerne l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria, alla quale l'ordinamento può subordinare la produzione di una serie di effetti, la regolazione dei rapporti contenuta nell'accordo è già di per sé vincolante per le parti e quindi è essa stessa diritto.

La mediazione, poi, oltre a essere un contesto in cui l'autonomia delle parti produce diritto sostanziale, è anche un luogo di produzione di regole di diritto processuale.

Per giustificare quest'ultima affermazione può essere utile prendere le mosse dai sistemi di common law, in cui il modo più frequente di conclusione delle cause è il settlement, ossia la transazione negoziata dagli avvocati delle parti. Qual è in tale contesto il valore aggiunto della mediazione secondo i suoi fautori? Non tanto il recupero di uno spazio all'autonomia dei privati, perché in entrambi i casi alla base della conclusione della lite vi è un accordo fra le parti, quanto piuttosto la presenza del terzo neutrale, qualunque ruolo si voglia riconoscere al mediatore (facilitatore, valutatore<sup>19</sup> o trasformatore<sup>20</sup>). La sua presenza – in aggiunta ad altri vantaggi, quale ad esempio la facilitazione della comunicazione – ha anche quello di rendere la negoziazione più “strutturata”, “procedimentalizzata”, e tale caratteristica contribuisce in modo determinante a rendere questo strumento di soluzione dei conflitti più efficace della negoziazione<sup>21</sup>.

Ma i due termini appena impiegati – “strutturata”, “procedimentalizzata” – a cosa alludono se non alla creazione di regole di natura processuale?

Un esempio tratto dal diritto municipale può essere utile per illustrare il punto. Il d.lgs. n. 28 del 2010 – con cui per la prima volta in Italia è stata dettata una disciplina generale in tema di mediazione – all'art. 8 comma 2 preve-

---

<sup>19</sup>Comunemente le varie tecniche di mediazione vengono ricondotte a due grandi tipologie, distinguendo una mediazione facilitativa, che si fonda sull'esplorazione degli interessi ed è considerata da molti l'unica vera forma di mediazione, e quella valutativa (o aggiudicativa), basata sui diritti. Vedi, ad esempio, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., pp. 30-33.

<sup>20</sup>Le origini della mediazione trasformativa risalgono alla pubblicazione di R. Baruch Bush, J. Folger, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, San Francisco, 1994, trad.it. a cura di G. Scotto, M. Castoldi, *La promessa della mediazione: l'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti*, Firenze, 2009.

<sup>21</sup>R.A. Baruch Bush, *What Do We Need a Mediator For?: Mediation's Value-Added for Negotiators*, in 12 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996, p. 1 ss., pp. 5-6.

de che “il procedimento [di mediazione] si svolge senza formalità”, affermazione che è del tutto coerente con le caratteristiche della mediazione sopra richiamate. La stessa disposizione, tuttavia, subito dopo aggiunge “... presso la sede dell’organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell’organismo”. Tale regolamento di procedura ovviamente viene citato anche in varie altre disposizioni del medesimo decreto legislativo, in primis l’art. 3, comma 1, secondo il quale “Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti”. E come qualificare questo regolamento di procedura se non come complesso di norme giuridiche di natura procedurale di portata generale? E chi produce queste norme non è lo stato, ma l’organismo di mediazione, che può essere un soggetto pubblico oppure privato.

Non si deve dimenticare, infine, la possibilità che i partecipanti alla singola mediazione concordino determinate modalità di svolgimento della procedura in cui sono coinvolti, creando così un diritto processuale ad hoc, un diritto oltre lo stato. Questo non deve stupire, dal momento che ormai è pacificamente riconosciuta anche nell’ambito del processo dinanzi alle corti statali la possibilità che una delle fonti regolatrici sia l’accordo tra le parti<sup>22</sup>.

#### 4. *La diffusione della mediazione come regolazione da parte dello Stato di una procedura informale*

Abbiamo rilevato come la mediazione sia un contesto in cui si produce diritto, sostanziale e processuale, oltre lo stato. Tutto sommato, però, questa prospettiva, per quanto talvolta sottovalutata, è coerente con la visione dominante della mediazione come recupero di spazio da parte dell’autonomia privata, ovviamente entro il perimetro dei diritti disponibili.

C’è un altro profilo, tuttavia, che forse è meno evidente ma deve essere preso in considerazione quando si esamina la diffusione della mediazione e il suo rapporto con lo stato. Nel momento stesso in cui indirizza le liti verso la mediazione, lo stato pretende di regolare questo metodo alternativo di soluzione delle controversie, in un certo senso riappropriandosi della disciplina della funzione di soluzione delle liti, riconducendo tale attività sotto il proprio controllo, cooptandola. In altri termini, la diffusione della mediazione va di pari passo con – anzi, è favorita da – la sua istituzionalizzazione.

Il fenomeno emerge in modo molto chiaro negli Stati Uniti, luogo di origine del movimento ADR in generale e della riscoperta della mediazione in particolare. Storicamente nel sistema americano la diffusione della mediazione è stata re-

---

<sup>22</sup> Vedi, ad esempio, i contributi raccolti nel volume *Accordi di parte e processo*, Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, vol. 11, Milano, 2008 e J. Resnick, *Procedure as Contract*, in 80 *Notre Dame Law Review*, 2005, p. 593 ss.

sa possibile dal favor con cui i giudici hanno iniziato a guardare agli ADR<sup>23</sup>, ma lo spostamento delle controversie verso forme alternative di soluzione non ha significato che la giustizia statale se ne sia completamente spogliata. I fautori della diffusione della mediazione, in effetti, invocavano la sua inclusione – anche fisica – all’interno delle corti. Si pensi alle “multi-door courthouses” evocate da Sander<sup>24</sup> o all’immagine della “justice in many rooms” di Galanter<sup>25</sup>. Anche quando auspicavano lo sviluppo di una “giustizia comunitaria”, i promotori degli ADR e della mediazione in particolare, la concepivano come complementare alla giustizia statale. Attualmente, in effetti, la mediazione è principalmente “court-annexed”, ossia si svolge sotto il controllo delle corti (statali e federali), e, sebbene sia sempre meno frequente come modo di conclusione del processo<sup>26</sup>, la decisione giudiziale continua a conservare un ruolo centrale poiché la mediazione avviene “in the shadow of the law”, nel senso che la negoziazione fra le parti è condizionata dalla possibile decisione della corte<sup>27</sup>.

Se è vero, quindi, che la diffusione dei metodi alternativi di soluzione delle controversie ha cambiato in una certa misura le corti stesse<sup>28</sup>, inducendo i giudici ad adottare tecniche e procedure modellate su quelle degli ADR, è altrettanto vero che tale fenomeno ha cambiato anche la mediazione, istituzionalizzandola<sup>29</sup>.

Non è un caso che una delle critiche espresse nei confronti dell’espansione degli ADR agli albori del movimento sia stata proprio l’accusa di essere solo una forma di coercizione statale “mascherata”, perché priva dei simboli che la caratterizzano, quali la toga o il personale di sicurezza<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> Vedi, ad esempio, J. Resnik, *For Owen M. Fiss*, cit., pp. 192-193.

<sup>24</sup> F.E.A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, cit., p. 111.

<sup>25</sup> M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, in 19 *Journal of Legal Pluralism*, 1981, p. 1 ss.

<sup>26</sup> M. Galanter, *The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts*, in 1 *Journal of Empirical Legal Studies*, 2004, p. 459 ss.

<sup>27</sup> R.H. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in 88 *Yale Law Journal*, 1979, p. 950 ss.

<sup>28</sup> D. Hensler, *Our Courts, Ourselves*, cit., p. 185 ss.

<sup>29</sup> C. Menkel-Meadow, *Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the “Semi-Formal”*, in F. Steffek, H. Unberath (eds.), *Regulating Dispute Resolution. ADR and Access to Justice at the Crossroads*, Oxford and Portland, 2013, p. 419 ss.

Può essere interessante ricordare come questo fenomeno di istituzionalizzazione della mediazione negli ultimi decenni si sia esteso, investendo anche soggetti del settore privato – imprese e organizzazioni – dando vita al filone di studi noto come Dispute Systems Design. O. Rabinovich-Einy, E. Katsh, *A New Relationship between Public and Private Dispute Resolution: Lessons from Online Dispute Resolution*, in 32 *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2017, p. 695 ss., a p. 703. Su questo filone di studi, vedi il numero monografico dell’*Harvard Negotiation Law Review*, Winter 2009.

<sup>30</sup> Vedi, ad esempio, R.L. Abel, *The Contradictions of Informal Justice*, in Id. (ed.), *The Politics of Informal Justice. Volume 1 The American Experience*, New York et al., 1982, p. 267 ss., alle pp. 270-278.

D'altro canto, è interessante notare come si possano rilevare dei segni di un'evoluzione nella medesima direzione anche per gli ODR – Online Dispute Resolution. Nati anch'essi come forme private di soluzione delle controversie, soprattutto di quelle sorte in conseguenze dell'uso delle tecnologie informatiche, che per loro natura sono prive di un foro, negli ultimi anni anche questi metodi di soluzione delle controversie sono divenuti oggetto dei primi tentativi di incorporazione nell'ambito della giustizia statale<sup>31</sup>.

Tornando alle origini del movimento ADR negli Stati Uniti, è utile evidenziare come nella prima fase del suo sviluppo le corti sono state lasciate relativamente libere dal legislatore di strutturare le modalità del ricorso alla mediazione<sup>32</sup>. Valga come esempio il contenuto dell'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, il più importante provvedimento legislativo in materia a livello federale. Per quello che qui interessa, questa legge si è limitata a stabilire un duplice vincolo: da un lato, la necessità per ciascuna corte distrettuale di istituire almeno un ADR (che, per esplicita indicazione normativa, può essere la mediazione), lasciando però le corti stesse libere di configurare il proprio sistema; dall'altro lato, l'obbligo per le parti in causa di ricorrere ad un ADR, la cui individuazione è di nuovo lasciata alla discrezione della corte, con la mediazione ancora una volta inclusa esplicitamente tra le alternative possibili e di fatto assunta al ruolo di ADR principale<sup>33</sup>.

Un'analisi della legislazione adottata soprattutto a livello statale a partire dai primi anni 2000<sup>34</sup>, invece, rivela la sempre più frequente presenza di norme che per un determinato tipo di controversie non solo impongono alle parti l'obbligo di tentare una conciliazione, spesso prima di agire in giudizio, ma – questa è la novità più interessante ai nostri fini – prevedono altresì alcune disposizioni volte a regolare lo stesso procedimento di mediazione, con l'intento di condizionare il comportamento delle parti e incidere sul risultato finale.

Le materie interessate sono varie ed eterogenee. Si va dai contratti commerciali, soprattutto in ambito di distribuzione (ad esempio, in Maine, quelli fra le cooperative di agricoltori e i distributori dei loro prodotti), alla materia proprietaria (in particolare, in molti stati simili previsioni sono state incluse nella legislazione adottata in materia di pignoramento degli immobili ipotecati dopo la crisi dei mutui); dal settore sanitario (e non solo per le ipotesi di colpa medica) alle controversie di lavoro (ad esempio, in Colorado con riferimento al diritto delle madri lavoratrici di allattare al seno), senza dimenticare la materia assicurativa. In ognuno di questi casi ci troviamo di fronte non a una disciplina generale,

---

<sup>31</sup> O. Rabinovich-Einy, E. Katsh, *A New Relationship between Public and Private Dispute Resolution*, cit., a p. 715.

<sup>32</sup> L. Nussbaum, *Mediation as Regulation: Expanding State Governance over Private Disputes*, in *Utah Law Review*, 2016, p. 361 ss., a p. 362.

<sup>33</sup> D.R. Hensler, *Our Courts, Ourselves*, cit., p. 187.

<sup>34</sup> L. Nussbaum, *Mediation as Regulation*, cit., p. 380 ss.

ma a leggi specifiche che nel regolare un certo tipo di situazione ben circoscritto introducono anche l'obbligo di mediazione laddove insorga una controversia relativa all'applicazione di quella disciplina<sup>35</sup>.

Il tipo di regolazione previsto può riguardare vari aspetti. In primo luogo, l'individuazione dei soggetti che devono o non devono partecipare alla mediazione. Ad esempio, una disposizione del codice delle assicurazioni della California che prevede un tentativo obbligatorio di mediazione per alcune controversie in materia assicurativa aggiunge il divieto per l'impresa assicuratrice di far partecipare il proprio avvocato alla procedura laddove l'assicurato non sia a sua volta rappresentato (California Insurance Code § 10089.80). L'intento di una simile disposizione è chiaramente quello di rispondere a una delle principali preoccupazioni espresse da quanti criticano la diffusione della mediazione, ovvero la mancanza di strumenti per riequilibrare la parte debole, garantendo, per così dire, un gioco "ad armi pari". Vi sono poi norme che impongono alle parti o a una di esse lo scambio di determinati documenti o informazioni; altre, assai controverse, che mirano a garantire un comportamento improntato alla buona fede, in certi casi tipizzando le condotte contrarie a tale canone e talora attribuendo alle corti il potere di sanzionare la parte in mala fede; disposizioni che stabiliscono quali aspetti non possono essere oggetto della mediazione (ad esempio, il divieto di esaminare i profili finanziari nelle controversie relative alla custodia e alle visite ai figli) e quali invece devono essere presi in esame (spesso nella legislazione in materia di foreclosure). Infine, questo tipo di legislazione può contenere una serie di misure volte a promuovere la conclusione di un accordo, ad esempio prevedendo conseguenze economiche sfavorevoli per l'attore vittorioso che abbia rifiutato un'offerta del convenuto ma si sia poi visto riconoscere in giudizio un importo uguale o inferiore, o addirittura investendo il mediatore di un ruolo assimilabile a quello di un arbitro<sup>36</sup>.

Alla luce di questi sviluppi sembra quindi di poter affermare che negli Stati Uniti sia in corso una nuova fase nel processo di istituzionalizzazione della mediazione: se – come abbiamo visto – la spinta verso la diffusione della mediazione era derivata principalmente dalle corti, questa nuova fase invece è guidata dal legislatore, il cui intervento è più incisivo rispetto a quello dei giudici. I vari provvedimenti legislativi in materia di mediazione, infatti, non si limitano ad incoraggiare o imporre il ricorso a questo ADR, ma pretendono anche di dettare alcune regole per lo svolgimento della procedura. In questa nuova fase, pertanto, lungi dal disfarsi di determinate controversie consentendo ai privati di riappropriarsene, secondo il paradigma della deregolamentazione, lo stato amplia e rende più incisivo il proprio intervento regolativo, attenuando alcuni dei caratteri distintivi della mediazione come metodo di soluzione delle controversie: l'assenza di formalità e la degiuridicizzazione. La

---

<sup>35</sup> Id., pp. 380-384.

<sup>36</sup> Id., pp. 384-394.

mediazione si trasforma così in un “highly structured, formal process, with rules and procedures spelled out in statute”. Vi è chi – e non senza motivo – sostiene che in conseguenza di questa evoluzione, l’accentuazione del carattere adversarial e dell’importanza dei diritti stiano avvicinando sempre più la mediazione all’arbitrato<sup>37</sup>.

Volgendo lo sguardo all’Europa, è innegabile come anche nel Vecchio Continente la diffusione della mediazione sia strettamente legata alla sua istituzionalizzazione, con la differenza, però, che in questo caso i promotori del fenomeno fin dall’inizio non sono stati tanto le corti quanto i legislatori, a livello di Unione europea e a livello nazionale. E ciò, in un contesto in cui è netta la prevalenza di sistemi di civil law non può stupire.

Con riferimento all’ordinamento europeo, un buon esempio è l’art. 9, comma 1, della direttiva sull’ADR per i consumatori (2013/11/UE), rubricato “Equità”, secondo il quale

Gli Stati membri garantiscono che nell’ambito delle procedure ADR:

- a) le parti abbiano la possibilità, entro un periodo di tempo ragionevole, di esprimere la loro opinione, di ottenere dall’organismo ADR le argomentazioni, le prove, i documenti e i fatti presentati dall’altra parte, le eventuali dichiarazioni rilasciate e opinioni espresse da esperti e di poter esprimere osservazioni in merito;
- b) le parti siano informate del fatto che non sono obbligate a ricorrere a un avvocato o consulente legale, ma possono chiedere un parere indipendente o essere rappresentate o assistite da terzi in qualsiasi fase della procedura;
- c) alle parti sia notificato l’esito della procedura ADR per iscritto o su un supporto durevole, e sia data comunicazione dei motivi sui quali è fondato.

Anche in questo caso è evidente la preoccupazione di garantire un certo grado di fairness della procedura.

Passando al livello nazionale, si può citare il d.lgs. n. 28/2010, il cui testo attualmente in vigore contiene varie disposizioni relative allo svolgimento della mediazione, principalmente nella fase iniziale (si pensi ai requisiti contenutistici dell’atto introduttivo, che ricordano molto da vicino quelli richiesti dall’art. 163 del codice di procedura civile per l’atto di citazione<sup>38</sup>) e in quella finale, senza dimenticare l’obbligo per le parti di farsi assistere da un legale. Ma si potrebbe citare anche la disciplina della médiation judiciaire introdotta dal legislatore francese nel 1995 con riferimento, ad esempio, al contenuto del provvedimento

---

<sup>37</sup>J. Nolan Haley, *Mediation: The New Arbitration*, in 17 *Harvard Negotiation Law Review*, 2012, p. 61 ss.

<sup>38</sup>Ai sensi dell’art. 4, comma 2 “L’istanza deve indicare l’organismo, le parti, l’oggetto e le ragioni della pretesa.”

giudiziale che dispone la mediazione<sup>39</sup> e alla previsione del potere del giudice di porre fine alla mediazione in corso non solo su richiesta di una parte o del mediatore, ma anche d'ufficio «lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis»<sup>40</sup>.

La diffusione della mediazione, dunque, risulta ovunque accompagnata da un processo di formalizzazione e giuridificazione che, sebbene sembri quasi ineluttabile, non è certo esente da pericoli. In particolare, questa evoluzione comporta una complicazione e un irrigidimento la procedura che contraddicono il motivo stesso della scelta legislativa di indirizzare certe liti verso la mediazione. In definitiva, questo connubio tra processo e ADR rischia di attrarre critiche, da un lato, dagli oppositori della mediazione perché sacrifica l'interesse pubblico sotteso all'amministrazione della giustizia da parte delle corti statali, dall'altro lato, dai suoi fautori perché finisce per snaturare la mediazione affievolendo alcune delle sue caratteristiche salienti<sup>41</sup>.

## 5. Considerazioni conclusive

Volendo tirare le fila, è senz'altro vero che la diffusione della mediazione rappresenta un recupero di spazio per l'autonomia privata. Tuttavia, lo stato non è indifferente al modo in cui la regolazione autonoma è prodotta. Perché una scelta è veramente libera solo se si sviluppa in un contesto nel quale – per quanto possibile – le parti godono del medesimo grado di libertà di scelta. L'esigenza di una certa misura di fairness, dunque, vale per la mediazione come per il processo dinanzi alle corti statali.

---

<sup>39</sup> Code de procédure civile, Article 131-6 “La décision qui ordonne une médiation mentionne l'accord des parties, désigne le médiateur et la durée initiale de sa mission et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience.

Elle fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti; si plusieurs parties sont désignées, la décision indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner.

La décision, à défaut de consignation, est caduque et l'instance se poursuit.»

<sup>40</sup> Code de procédure civile, Article 131-10 “Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur.

Le juge peut également y mettre fin d'office lorsque le bon déroulement de la médiation apparaît compromis.

Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

A cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance. Le médiateur est informé de la décision.»

<sup>41</sup> O. Rabinovich-Einy, E. Katsh, *A New Relationship between Public and Private Dispute Resolution*, cit., p. 696.

In altri termini, se per un verso la diffusione della mediazione comporta una ridefinizione dei confini tra la sfera pubblica e quella privata in favore della seconda, per un altro verso la cessione di potere da parte dello stato non implica necessariamente un arretramento, un ritorno al modello liberale ottocentesco, una mera “privatizzazione”. Piuttosto, questa scelta ha come contropartita un’intrusione dello stato nella sfera privata attraverso una procedimentalizzazione delle forme di esercizio dell’autonomia, soprattutto in situazioni di disparità di potere negoziale fra le parti. Il fenomeno a cui stiamo assistendo potrebbe quindi essere meglio descritto come una ridefinizione dei rapporti fra la sfera pubblica e privata, che – lungi dall’essere nettamente distinte, come voleva il modello di ordine giuridico europeo elaborato dall’illuminismo<sup>42</sup> – appaiono sempre più intrecciate nel tentativo di costruire una terza via tra il modello liberale classico e il modello di stato interventista entrato in crisi a partire dagli anni Settanta del secolo scorso. Una via che porta a un diritto oltre lo stato ma non senza lo stato.

---

<sup>42</sup>M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 29-31.



# LAVORATORE CYBORG E DIRITTI ANCHE OLTRE LO STATO

*Michele Faioli\**

SOMMARIO: 1. Robotizzazione, *Industry 4.0* e le relazioni di lavoro. Il problema posto: tecnologia avanzata come ordinamento giuridico in sé – 2. Casi di studio sulla contrattazione collettiva aziendale che regola i diritti del lavoratore cyborg nei piani *Industry 4.0*, anche oltre lo Stato. – 3. Riflessioni sulla regolazione, anche transnazionale, della mobilità endo-aziendale nell'ambito dei piani *Industry 4.0*. – 4. Conclusioni. Sull'introduzione della nozione di unità produttiva "digitale". Comparazione con la nozione di "*appropriate bargaining unit*" di cui alla disciplina sindacale statunitense. Elementi di diritto transnazionale.

## 1. *Robotizzazione, Industry 4.0 e le relazioni di lavoro. Il problema posto: tecnologia avanzata come ordinamento giuridico in sé*

Il cambiamento che l'impresa sta vivendo si potrebbe facilmente percepire se si potesse confrontare un filmato degli anni '70-'80, relativo alla produzione o alla distribuzione con un'attuale linea di assemblaggio o di logistica. Ci si renderebbe conto che, oggi, robot e sistemi digitali interagiscono attivamente con i lavoratori. Anzi, essi permettono un'interazione nuova nei team assegnati alle produzioni o alla distribuzione. È un'interazione che avviene nell'ambito della catena di valore tra i lavoratori delle PMI e i lavoratori della grande impresa, o ancora tra i lavoratori in fabbrica e i lavoratori che sono posti in altre unità produttive, geograficamente lontane, persino in altri paesi. Tutto ciò viene rilevato, e per alcuni versi anche rafforzato, dal piano nazionale industria 4.0, di cui all'art. 1, commi 9-10, legge 11 dicembre 2016, n. 236, All. A e B, il quale non è solo funzionale a un rinnovamento delle infrastrutture produttive, intese come beni strumentali, impianti, hardware e software per le fabbriche. Il piano industria 4.0 è altresì volto a costituire un nuovo modo di organizzare il lavoro. Al di là delle macchine intelligenti, dei processi di business e di servizi, c'è un sistema complesso, che è connesso in virtù dei big data, i quali circolano velocemente, imponendo modelli organizzativi armonizzati in tutta la catena di valore. *Indu-*

---

\* Prof. ass. dell'Università Cattolica del Sacro Cuore.

stry 4.0 non si limita a riconfigurare il sistema industriale, ma comporta la trasformazione del lavoro. *Industry 4.0* è l'insieme di algoritmi, macchine intelligenti, robot e tecnologie avanzate che operano nell'impresa che produce, vende, distribuisce e gestisce<sup>1</sup>.

Tale sistema incide, indirettamente e a livello transnazionale, sulle mansioni, qui intese come operazioni con implicazioni economico-sociali. C'è un piano *Industry 4.0* – al quale si affianca quasi sempre una sistema Value Chain 4.0 – da cui deriva la necessità di organizzare il lavoro in ragione della tecnologia avanzata. Per gli aspetti di diritto del lavoro si avvera quella divaricazione, già segnalata da alcuni studiosi negli anni '80, tra lavoro professionalizzante, cioè capace di dominare la tecnica, e lavoro non professionalizzante che è dominato dalla tecnica<sup>2</sup>. Il lavoratore che domina la tecnica, interagendo attivamente con la macchina intelligente, è anche un lavoratore cyborg<sup>3</sup>.

Ci sono almeno due elementi che caratterizzano i diritti del lavoratore cyborg nell'*Industry 4.0* e, di conseguenza, le relazioni di lavoro, individuali e collettive: la velocità e l'ubiquità.

La velocità è la ragion economica che giustifica il ricorso all'algoritmo e alla macchina intelligente. La velocità è alla base del valore aggiunto che algoritmo e macchina intelligente offrono nell'ambito del sistema produttivo globale, e, di conseguenza, nell'ambito del sistema della distribuzione e della finanza. La velocità crea efficienza economica e ri-crea, per alcuni versi, l'impresa. Essa certamente decide il modo in cui il lavoro si svolge. La velocità incide sullo spazio dei flussi informativi, creando forme organizzative dell'industria e del lavoro che sono de-materializzate o, più verosimilmente, non più disgiungibili dalla dimensione digitale. Si tratta di forme organizzative spesso basate su scambi e interazioni che sono ripetitivi, programmabili, gestibili dalla macchina intelligente, con o senza la persona umana. La velocità dell'algoritmo/macchina intelligente non neutralizza la realtà aziendale. Anzi, la velocità crea un nuovo modo di organizzare il contesto aziendale, basando tutto sull'interfaccia tra persona e macchina nell'organizzazione della produzione e nel modo di vivere la quotidianità. La macchina aumenta, nel senso di potenziare, la persona umana, nonché aumenta/potenzia l'organizzazione aziendale, con l'effetto che il lavoratore cyborg sarà sempre superiore a sistemi che sono solo umani o solo digitali.

---

<sup>1</sup> Si v. l'analisi ingegneristica svolta dal gruppo di ricerca coordinato da G. Fantoni (a cura di), *Industry 4.0 senza slogan*, in *Quaderni della Fondazione G. Brodolini*, Roma, 2017.

<sup>2</sup> G. Vardaro, *Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro*, in *Politica del diritto*, 1986, 1, p. 75 ss. e G. Giugni, *Il processo tecnologico e la contrattazione collettiva*, in F. Momigliano, *Lavoratori e sindacati di fronte alle trasformazioni del processo produttivo*, Milano, 1962.

<sup>3</sup> Sulla nozione di macchina intelligente e sulla relazione giuridica che viene a crearsi tra lavoratore e macchina intelligente rinvio ai miei studi in M. Faioli, *Mansioni e macchina intelligente*, Torino, 2018.

Ma c'è anche una trasferibilità, o ubiquità, del posto di lavoro, non più solo quella del lavoratore, che prescinde dalla stessa fisicità del posto di lavoro e, per alcuni versi, anche dall'ordinamento giuridico: l'ufficio è potenzialmente ovunque, con l'ausilio di protesi digitali che velocizzano ogni attività umana (si rinvia alla disciplina del lavoro agile – legge 22 maggio 2017, n. 81)<sup>4</sup>. Luogo e tempo di lavoro assumono, almeno per la regolazione giuslavoristica, una dimensione diversa da quella che è ancora connotata dalla necessaria fisicità del posto di lavoro. Viene meno la distanza nel lavoro e si crea una città industriale che è una specie di villaggio globale, sempre vivo, interconnesso con altre città produttive, dove l'algoritmo e la macchina, tra le altre cose, gestiscono il flusso dei dati, coordinano il lavoro, monitorano la produzione, impongono la logistica, sviluppano il marketing, etc. Pur riducendosi la distanza, aumenta lo spazio urbano perché esso attrae tutti coloro che intendono produrre con quella velocità. Le città sono in sé già magneti umani e industriali. Le città diventano “macchine” da abitare, non più solo città in cui vivere, macchine che attraggono industrie che producono con la velocità 4.0. Ci sono sensori ovunque, algoritmi che metabolizzano i dati raccolti dalla città, dispositivi che reagiscono, attuando le scelte che l'algoritmo dispone. In quella città industriale del futuro opera l'impresa 4.0, caratterizzata da sensori intelligenti, algoritmi e attuatori delle scelte di questi ultimi che, interagendo con il lavoratore, coordinano l'organizzazione produttiva, si interconnette continuamente con la città industriale.

Si crea un nuovo processo sociale che può essere regolato con norme di legge e di contratto collettivo. Si deve regolare, secondo un meccanismo di desiderabilità sociale, tenendo al centro del discorso giuridico i principi di tutela dignità umana, il rapporto tra macchina intelligente e lavoratore nonché il complesso sistema che viene a costituirsi tra città industriale, lavoratore cyborg e datore di lavoro algoritmico. Il che può avvenire anche oltre lo Stato. La domanda da porsi attiene alla capacità della tecnologia avanzata di divenire essa stessa un ordinamento giuridico in sé, con le relative discipline sul lavoratore cyborg, sul datore di lavoro algoritmico, sullo spazio in cui i diritti si concretizzano (*legal cyberspace*) e sulla giurisdizione. Anzi, in tema di giurisdizione, si dovrà segnalare che interessi normalmente confliggenti, tra dimensione giuslavoristica e aspetti contrattuali-commerciali, conducono a forme di contenzioso, gestite da giudici o arbitri, in cui il consumatore cerca giustizia e, nel contempo, l'impresa impugna provvedimenti pubblici per ottenere la rimozione o l'inibizione dei correlati effetti giuridici, il lavoratore, con il sindacato, chiede il riconoscimento di diritti a contenuto economico nella catena di valore, etc. Tutto ciò crea problemi che

---

<sup>4</sup> Si v. la ricostruzione teorica in materia di lavoro agile in T. Treu, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 371/2018 e in A. Occhino, *Lo smart working in tempo di Covid-19*, in <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-dell-emergenza-covid-19/1050-lo-smart-working-in-tempo-di-covid-19>, 2020.

attraversano i limiti geografici del diritto, vanno al di là del singolo ordinamento, richiedono giurisdizioni transnazionali, oltre lo Stato<sup>5</sup>.

*Industry 4.0* è la sintesi di tale dinamica, rappresentando un processo sociale in cui gli effetti di tale desiderabilità sociale si stanno concretizzando. Per questa ragione, prima di definire il campo di analisi di questo saggio, è utile presentare un quadro sintetico su *Industry 4.0* e sui relativi sviluppi.

Il 21 settembre 2016 è stato presentato il piano nazionale *Industry 4.0*. Esso prospettava alcune azioni orizzontali, tra cui misure a sostegno degli investimenti innovativi, stimolando la crescita degli investimenti privati da 80 a 90 miliardi nel 2017 e incrementando di circa 11,3 miliardi di euro la spesa privata per ricerca e sviluppo, misure a sostegno dello sviluppo delle competenze, e misure per le infrastrutture abilitanti. Il piano stabiliva la proroga del super-ammortamento al 140% ad eccezione di veicoli ed altri mezzi di trasporto, con una maggiorazione ridotta al 120% e l'iper-ammortamento fino al 250% sugli investimenti in tecnologie, agrifood, bio-based economy, a supporto dell'ottimizzazione dei consumi energetici. Venivano impostati il raddoppio del credito di imposta per ricerca e sviluppo (aliquota spesa interna dal 25% al 50%) e massimale annuo di spesa da 5 a 20 milioni, la partecipazione di CDP – Cassa Depositi e Prestiti mediante la costituzione di fondi di investimento dedicati all'industrializzazione di idee e brevetti a alto contenuto tecnologico, l'incremento della detrazione fiscale (fino al 30%) per investimenti fino ad 1 milione in start-up e PMI innovative. Nel luglio 2018 sono stati diffusi alcuni risultati dell'anno 2017 delle misure introdotte dall'indagine MISE-MET. Il campione costituito da circa 23.700 imprese. Mediante tale indagine si è rilevato come sul totale dell'industria italiana l'8,4% delle imprese utilizza almeno una delle tecnologie 4.0. A questa quota si aggiungeva il 4,7% di imprese che avevano in programma investimenti specifici nel triennio 2018-2020<sup>6</sup>. Nel 2020-2021, le prime bozze del PNRR italiano (piano di ripresa e resi-

---

<sup>5</sup> Si può riprendere, adattandola al caso di cui ci occupiamo, la teoria di H. Arthurs, *Extraterritoriality by Other Means: How Labor Law Sneaks Across Borders, Conquers Minds, and Controls Workplaces Abroad*, in *Stanford Law and Policy Review*, 2010, 21, III, p. 527 ss.

<sup>6</sup> Il rapporto evidenziava come nel processo di trasformazione 4.0 il ruolo delle politiche pubbliche fosse stato incisivo: il 56,9% delle imprese 4.0 dichiarava di aver utilizzato almeno una misura di sostegno pubblico rispetto al 22,7% delle analoghe imprese non impegnate nelle tecnologie in esame. Le imprese hanno utilizzato in larga prevalenza il super ammortamento e l'iper-ammortamento (36,8% nel caso delle imprese 4.0 e 12,8% tra le imprese tradizionali), il credito d'imposta per le spese in Ricerca & Sviluppo (17,0% vs 3,1%), la Nuova Sabatini (19,8% vs 4,7%) e i fondi di garanzia (11,3% vs 2,8%). I dati forniti dal MISE indicavano in 10 miliardi di euro l'incremento degli investimenti privati generati dal piano *Industry 4.0*. Dal luglio 2018 i dati – relativi all'utilizzo delle risorse economiche del piano *Industry 4.0* del MISE – non sono più pubblici. Il che ha effetti significativi anche sulle ricerche che riguardano il lavoro nell'*Industry 4.0*. Non c'è, almeno a oggi (primavera 2020), una robusta rielaborazione politico-economica sull'efficacia di tale misura di sostegno all'industria che opera in Italia. Ad esempio, non ci sono ricerche ministeriali sulla trasformazione digitale delle imprese che hanno aderito al piano *Industry 4.0*. Non c'è una ricognizione sull'incidenza della trasformazione digitale sulle PMI e sulle

lienza), in conformità al programma Next Generation EU, consolidano l'impostazione di tale politica industriale, con ulteriori e significative risorse economiche.

In un'ottica giuslavoristica sono stati selezionati alcuni casi di studio, da cui dedurre alcuni elementi che, permettendo lo studio della relazione tra contratto collettivo e *Industry 4.0*, indicano una linea di sviluppo per il futuro: ci sono decisioni robotiche o algoritmiche che, nei luoghi di lavoro, sono manifestazione di un modo di organizzare il lavoro e, dunque, di realizzare quanto disposto dall'art. 2103 c.c. Ciò, in termini esemplificativi, viene dimostrato dal funzionamento di una catena di assemblaggio o una logistica integrata con tecnologia avanzata nella quale l'intersecazione tra manualità umana e operazioni robotiche dipende dalla micro-elettronica e dai sistemi digitali (display, sensori, segnalatori, etc.). Qui che viene a crearsi l'integrazione lavoratore-macchina in relazione alla quale si possono introdurre regole, secondo un meccanismo di desiderabilità sociale, tenendo al centro del discorso giuridico i principi di tutela dignità umana, il rapporto tra macchina intelligente e lavoratore nonché il sistema che viene a costituirsi tra città industriale, lavoratore *cyborg* e datore di lavoro algoritmico. Il lavoratore in molti casi coadiuva la macchina intelligente; in altri, la macchina intelligente coadiuva il lavoratore, coordinandone le attività; in altri casi, la macchina svolge ciò che il lavoratore non è più capace di fare; in altri contesti, il lavoratore svolge attività che la macchina non sa ancora fare.

Questo è anche il problema che qui si intende analizzare. Il saggio, a tal fine, è composto dall'introduzione (paragrafo 1) che pone il problema che alla base dello studio: la tecnologia avanzata che caratterizza i contesti produttivi è collegata a una macchina la quale potenzia la persona umana e, contestualmente, l'organizzazione aziendale, con l'effetto che il lavoratore *cyborg* sarà sempre superiore a sistemi che sono solo umani o solo digitali. Si viene a creare, per l'effetto un processo sociale che può essere regolato con norme di legge e di contratto collettivo, anche in una prospettiva transnazionale. Di qui si cerca di comprendere il livello di desiderabilità sociale nella regolazione di tali fenomeni. Per tale ragione la disamina muove dal piano di investimenti pubblici in tecnologia più importante degli ultimi anni (*Industry 4.0*) nel sistema italiano. Nel paragrafo 2, si analizzano alcuni casi di studio riferibili alla contrattazione aziendale che ha regolato l'introduzione di tecnologia 4.0 in contesti produttivi specifici, mettendo in rilievo punti di forza e criticità. Il paragrafo 3 orienta il discorso sull'art. 2103 c.c. e sulla mobilità endo-aziendale, essendo questo tema il fulcro di ogni discorso sul lavoro nell'impresa 4.0. Il tema più rilevante, con *Industry 4.0* e intelligenza artificiale, riguarda la correlazione tra mansioni e fabbrica del futuro, e, nello specifico, tra relatività della classificazione del personale di cui al contratto nazionale, possibile polivalenza delle prestazioni lavorative e schemi di

---

possibili conseguenti conversioni industriali, dirette a superare le forme di nanismo imprenditoriale che spesso caratterizzano interi settori della nostra economia. Il problema della mancanza di pubblicità dei dati non permette di avere un approccio *data driven*.

classificazione adottati in azienda. Il problema riguarda l'oggetto del contratto in quanto esiste l'esigenza di non far dilatare, sine limite, il debito del prestatore di lavoro per non comportare lesioni alla libertà personale. Anche su questo tema sono stati selezionati alcuni casi di studio da cui è possibile comprendere come la contrattazione collettiva decentrata si stia muovendo nella definizione della mobilità endo-aziendale e della formazione professionale, tendendo in considerazione il bilanciamento con le tecnologie avanzate. Nelle conclusioni (paragrafo 4) si indicano alcune linee di tendenza della contrattazione collettiva aziendale e possibili sviluppi di essa nell'interazione con *Industry 4.0*, facendo leva sulla proposta di introduzione di una nozione giuridica di unità produttiva "digitale", con elementi di transnazionalità.

## 2. *Casi di studio sulla contrattazione collettiva aziendale che regola i diritti del lavoratore cyborg nei piani Industry 4.0, anche oltre lo Stato*

Il piano *Industry 4.0*, che a oggi è un fenomeno prevalentemente collegato alla manifattura, richiede al diritto del lavoro la regolazione delle flessibilità interne (orario, retribuzione, mansioni). *Industry 4.0* è volto a creare sistemi di produzione e, successivamente, commercializzazione di beni/servizi, logistica e distribuzione, che siano capaci di auto-gestire i dati disponibili, mediante l'utilizzo di tecnologie avanzate e digitali. La macchina intelligente in *Industry 4.0* permette di sviluppare modelli organizzativi dell'impresa che sono molto evoluti. Con quella macchina, in altre parole, si possono raggiungere margini di profitto simili a quelli della *mass customization* e contestualmente soddisfare le esigenze del singolo cliente.

*Industry 4.0*, in Italia e in altri paesi europei, richiede un aggiornamento digitale dell'intera filiera: dalla produzione, alla logistica, dalle vendite alla ricerca e allo sviluppo, sino alla distribuzione<sup>7</sup>. *Industry 4.0* crea un sistema sinergico tra ambienti, macchine, materiali e lavoratori. Nell'*Industry 3.0* il controllo del lavoratore sulla macchina era determinante nella dinamica della fabbrica. Nell'*Industry 4.0* c'è una comunicazione bidirezionale tra lavoratore e macchina intelligente: il lavoratore riceve istruzioni dalla macchina, la quale è in grado di conoscere (persino predeterminare) gli effetti dell'attività del lavoratore, di suggerire le alternative, di controllare la mansione, di imporre mansioni diverse da quelle in corso di svolgimento. È un sistema pro-attivo, non più re-attivo. Osservando la realtà di imprese che hanno introdotto tecnologie 4.0, si può esemplificare la relativa organizzazione nel modo che segue: produzione (in tempo reale c'è la possibilità di rilevare e modificare la produzione, ottimizzandone esiti e controllando l'utilizzo delle risorse); logistica interna (le merci sono movimentate da macchine intelligenti; viene registrata ogni movimentazione e gestito

---

<sup>7</sup> L. Pero, *Come cambia il lavoro di fabbrica. Tecnologie, globalizzazione e intelligenza collettiva*, in *La società degli individui*, 2013, 46, p. 30 ss.

digitalmente ogni flusso); acquisti (gli ordini sono svolti in modo automatizzato, con verifica contestuale delle merci in esaurimento; l'acquisto è svolto con tecnologia *blockchain* che certifica direttamente la compravendita); manutenzione (si attuano protocolli di manutenzione predittiva, si offre maggiore sicurezza ai lavoratori, si riducono i costi e i tempi di fermo macchina); logistica esterna (il sistema gestionale è modellato dalla macchina intelligente nei flussi di uscita, con controllo sul trasportatore, sino alla destinazione); distribuzione e vendita (dalla macchina intelligente vengono acquisiti i dati e elaborate le strategie di vendita più adatte al prodotto; viene automatizzata la fatturazione e viene digitalizzato il recupero dei crediti); servizi post-vendita (l'assistenza al cliente è offerta dalla macchina intelligente, con personalizzazione e update automatico).

Analizziamo, a tal fine, alcuni casi di studio, riferiti a contrattazione collettiva decentrata che ha regolato l'introduzione di tecnologia avanzata 4.0, in azienda, bilanciando i piani di riorganizzazione digitale con le tutele dei lavoratori.

Il contratto collettivo aziendale I.M.A. S.p.A. del 28 luglio 2017 sottoscritto dalle RSU, assistite dalle segreterie territoriali FIOM-CGIL, FIM-CISL e UILM-UIL, è relativo al periodo 1° gennaio 2017-31 dicembre 2019. IMA Group è un gruppo di aziende che si occupa della progettazione e produzione di macchine automatiche per il processo e il confezionamento di prodotti farmaceutici, cosmetici, alimentari, caffè. Occupa circa 6.000 dipendenti, di cui circa 3.600 in Italia, e si avvale di 45 stabilimenti di produzione tra Italia, Germania, Svizzera, Regno Unito, Stati Uniti, India, Malesia, Cina e Argentina. IMA Group ha intrapreso importanti iniziative sul fronte delle tecnologie 4.0 mediante l'implementazione del progetto "IMA Digital". L'obiettivo è quello di coniugare l'evoluzione digitale e dell'automazione in azienda con lo sviluppo proattivo delle competenze specifiche dei lavoratori. Tra le tecnologie 4.0 che IMA ha implementato si possono segnalare (i) "MAX" una interfaccia uomo-macchina, funzionale al controllo delle linee di produzione che consente all'operatore di controllare e automatizzare i macchinari e le loro linee di produzione e (ii) "ODY" l'assistente virtuale del Gruppo IMA volto a facilitare l'esperienza di navigazione sui propri canali di Comunicazione Web, per rispondere con immediatezza e gentilezza alle richieste degli utenti. ODY è un *chatbot*, un *software* intelligente progettato per simulare una conversazione con una persona reale. Le relazioni industriali stanno accompagnando i processi di riorganizzazione connessi all'innovazione tecnologica, la formazione continua e la gestione della professionalità dei lavoratori. Nel contratto collettivo aziendale ci sono regole connesse all'innovazione tecnologica e alla digitalizzazione in azienda. È stata stabilita l'assegnazione al comitato di indirizzo sindacale interaziendale della competenza consultiva sui temi connessi al progetto industria 4.0. Sono stabiliti contributi economici in favore di quei lavoratori che conseguano un titolo di studio su materie tecniche (elettronica, elettrotecnica, etc.). Sotto il profilo organizzativo sono regolate un insieme di dotazioni informatiche (postazioni PC)

da istituire in favore dei lavoratori, alla luce della sempre maggiore digitalizzazione dei processi aziendali.

Il contratto collettivo aziendale SCM Group S.p.A. dell'8 novembre 2017 è stato sottoscritto dal coordinamento delle RSU, congiuntamente alle segreterie nazionali e territoriali FIOM-CGIL, FIM-CISL e UILM-UIL. Il contratto è efficace sino al 31 dicembre 2019. SCM Group è a capo di un gruppo di aziende che produce macchinari e sviluppa tecnologie per i processi della seconda lavorazione del legno e, successivamente, di materiali compositi, plastica, vetro, metallo e marmo, occupa circa 4.000 dipendenti in Italia e all'estero ed ha tre poli produttivi principali. SCM si è impegnato a implementare le tecnologie 4.0 principalmente in due ambiti: innovazione di prodotto e digitalizzazione dei processi. Relativamente all'innovazione di prodotto è in corso di sviluppo il progetto IOT (*internet of things*) che consentirà ai clienti di utilizzare la connettività e il data mining delle tecnologie e dei macchinari SCM per la lavorazione dei diversi materiali. Con riferimento alla digitalizzazione dei processi, SCM ha individuato nelle relazioni industriali il metodo più adeguato per l'implementazione delle tecnologie 4.0 e per la gestione dell'organizzazione del lavoro. Mediante il contratto collettivo aziendale si è stabilito l'avvio di un progetto pilota nel reparto del legno (lanciato all'esito dell'implementazione del nuovo ERP aziendale Microsoft) che ha come obiettivo ridurre le attività a "non valore aggiunto" legate agli attuali flussi informativi non ancora digitali e consentire una maggiore applicazione del principio "zero-difetti" per ridurre errori legati a una mancata sincronizzazione delle informazioni. Per rendere efficace e sostenibile nel tempo tale processo di cambiamento il datore di lavoro ha negoziato con il sindacato le necessarie modifiche organizzative e della professionalità dei lavoratori impegnandosi a formare alcuni lavoratori (*senior trainer*) e a formare successivamente, per il tramite di tali senior trainer, lavoratori coinvolti nei progetti di digitalizzazione delle informazioni nei reparti produttivi con corsi di almeno 8 ore *pro-capite*. Inoltre, in ragione dei cambiamenti sull'organizzazione del lavoro si è deciso di introdurre figure professionali ulteriori rispetto a quelle stabilite dalla classificazione fissata dal CCNL<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Si v. anche il contratto collettivo aziendale Barilla G. e R. Fratelli S.p.A. del 21 settembre 2018. Barilla intende proseguire gli investimenti in tecnologia e innovazione digitale. In Italia, tali investimenti sono relativi alla trasformazione della produzione e dell'organizzazione aziendale. Viene previsto un intervento sullo stabilimento di Rubbiano che sarà interamente automatizzato e dotato di tecnologie 4.0 e che, a regime, occuperà circa 200 persone. L'introduzione delle tecnologie 4.0 e la revisione dei modelli di produzione/organizzazione del lavoro in Barilla è avvenuta attraverso la valorizzazione delle relazioni industriali e del ruolo della contrattazione collettiva aziendale. Mediante il contratto collettivo aziendale del 21 settembre 2018 sono stati affrontati e gestiti alcuni temi connessi all'innovazione digitale. I cambiamenti legati a aspetti tecnologici, alle dinamiche organizzative e alla flessibilità dovuti all'introduzione di misure 4.0 hanno rafforzato la necessità di porre l'attenzione sul tema del ricambio generazionale. Rispetto a ciò si è posto l'ulteriore tema della conservazione delle competenze specialistiche maturate nel corso di anni di lavoro. Le parti si sono impegnate a definire un sistema di staffetta generazionale per il trasferi-

I casi di studio ci indicano che nell'impresa 4.0 le relazioni di lavoro a livello aziendale assumono un ruolo centrale. L'assetto delle regole giuslavoristiche per i lavoratori *cyborg*, si muove su alcune linee direttrici. *Industry 4.0* impone schemi complessi volti a rendere più efficienti i processi, anche a livello transnazionale, a coinvolgere i lavoratori nelle decisioni, a migliorare la flessibilità interna, con regole che possono riguardare perimetri aziendali non solo nazionali, ma anche europei e transnazionali. I modelli organizzativi che hanno caratterizzato la fabbrica del passato, tra cui il *Drive System of Management* e lo *Scientific Management*, non spiegano più la dinamica aziendale 4.0.

*Industry 4.0*, con le proiezioni tecniche di *big data* e *internet of things*, sposta l'attenzione dell'elaborazione giuslavoristica verso nuovi modelli di organizzazione del lavoro, metodi e tempi 4.0, che hanno quasi sempre elementi di transnazionalità per il tipo di collegamento produttivo e commerciale che viene a crearsi tra unità produttive e piattaforme digitali, ubicate di diversi ordinamenti giuridici<sup>9</sup>.

### 3. Riflessioni sulla regolazione, anche transnazionale, della mobilità endo-aziendale nell'ambito dei piani *Industry 4.0*

Di qui muove l'idea che *Industry 4.0* stia prevalentemente interpellando la disciplina della mobilità dei lavoratori endo-aziendale. Il quadro rappresentato permette di comprendere che l'impresa 4.0 influisce, da una parte, sulla cultura aziendale e sui processi (interni e esterni) dell'organizzazione aziendale e, dall'altra, sulle relazioni di lavoro.

L'impresa 4.0 è caratterizzata dalla presenza della macchina intelligente, la quale è da intendersi come un terzo elemento del rapporto di lavoro<sup>10</sup>. Dalla tecnologia 4.0 consegue una nuova relazione tra macchina intelligente e lavoratore che non è assimilabile a quanto sinora conosciuto: la macchina intelligente può governare il lavoro, controllare la prestazione, dirigere e coordinare le atti-

---

mento graduale delle competenze specialistiche maturate dal personale in forza. Sotto altro profilo le parti si sono impegnate a modificare l'assetto organizzativo per accompagnare processi di riorganizzazione all'interno di alcune aree degli stabilimenti. Gli aspetti più rilevanti attengono agli impatti organizzativi connessi a innovazioni di natura tecnologica, all'evoluzione del contenuto professionale collegato all'introduzione di processi di automazione, al monitoraggio delle performance ai fini del premio. Si definisce, nel contratto aziendale, anche un aggiornamento della classificazione del personale e dei criteri per la valutazione quantitativa a seguito di interventi tecnologici e organizzativi.

<sup>9</sup> Si v. i risultati delle ricerche di S. Fareri, G. Fantoni, D. Ghigiarelli, M. Faioli, *Tempi e Metodi 4.0*, in *Working Papers Fondazione G. Brodolini*, 2019, vol. 15, Roma e M. Faioli, G. Fantoni, M. Mancini (a cura di), *Lavoro e organizzazione nella logistica 4.0*, in *Working Papers Fondazione G. Brodolini*, Roma, 2018.

<sup>10</sup> M. Faioli, *op. cit.*, 2018.

vità della persona umana. E ciò non è sufficiente per comprendere la relazione complessa che verrà a costituirsi tra macchina intelligente, organizzazione del lavoro e persona umana. Verrà, con buona probabilità, a crearsi una sorta di ibridismo macchina/lavoratore che chiede una riflessione sul contenuto giuridico della relazione tra macchina intelligente, datore di lavoro e lavoratore. Alcune impostazioni teoriche che riguardavano l'assetto organizzativo post-Statuto dei lavoratori<sup>11</sup>, pur mantenendo ancora oggi una forte rilevanza scientifica, non sono più del tutto adatte a spiegare i riflessi giuslavoristici di questa rivoluzione tecnologica 4.0.

Ci sono problemi generali di diritto civile posti dall'eventuale soggettività giuridica di tale macchina intelligente<sup>12</sup>. Ci sono, però, anche questioni di rilievo giuslavoristico che hanno una rilevanza specifica. Tra queste possiamo segnalare alcuni: nella relazione tra macchina e lavoratore *cyborg*, i poteri datoriali ex art. 2103 c.c. da chi sono esercitati? Chi decide cosa? Chi assegna mansioni? Quali mansioni si associano a una macchina intelligente nella interazione dell'ecosistema di cui si è detto sopra? Si rende necessario regolare ciò che concerne il legittimo rifiuto di cooperazione da parte del lavoratore nei confronti della macchina intelligente per ragioni riferibili alla tutela della dignità, della sicurezza, della riservatezza, i limiti entro i quali la condotta della macchina intelligente sia contenuta rispetto alla libera decisione del lavoratore nel contesto aziendale e all'organizzazione del lavoro, la riservatezza da imporre alla macchina intelligente, i limiti rispetto alla possibile manipolazione da parte della macchina intelligente dei lavoratori, che per disabilità fisiche o psichiche, potrebbero divenire totalmente dipendenti da essa, nonché, da ultimo, il diritto individuale alla formazione digitale.

Per definire tali regole, la contrattazione collettiva, anche di livello decentrato, può divenire lo spazio più adatto. È una regolazione che deve intervenire nell'ambito della correlazione dati e catena di valore, tra dimensione spazio-temporale e strategie digitali, tra funzioni della macchina intelligente e diritti dei lavoratori. Il che significa focalizzare l'attenzione sull'art. 2103 c.c., post-riforma 2015 (d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), il quale è parte di un sistema più ampio di tutela della mobilità del lavoratore. Lo *jus variandi* è dal 2015 funzionalmente collegato alla contrattazione collettiva. E ciò è un bene perché la riforma del 2015 ha spostato l'asse del potere di variazione delle mansioni da un rimedio meno adattivo (quello giurisdizionale che aveva caratterizzato l'art. 2103 c.c. dal 1970 in poi) a un rimedio, per definizione, più adattivo in quanto rimesso all'autonomia privata (anche collettiva). Sussiste, infatti, un potere che il sindacato potrà esercitare nel controllo *ex ante* della mobilità, non solo geografica, che di-

---

<sup>11</sup> G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963; F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

<sup>12</sup> Si v. gli studi di E. Palmerini, *Robotica e diritto: suggestioni, intersezioni, sviluppi a margine di una ricerca europea*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, VI, p. 1816 ss.

penderà significativamente dalla contrattazione collettiva. La garanzia principale della mobilità che l'art. 2103 c.c. è, infatti, di tipo formale-procedimentale, individuale e collettivo. La formazione diviene contenuto essenziale del rapporto individuale, anche in ragione degli *standard* che verranno fissati nella contrattazione collettiva.

Osserviamo, anche con riferimento a tali temi, alcuni casi di studio che permettono di comprendere che la contrattazione collettiva aziendale ha già avviato una riflessione sui problemi posti dalla macchina intelligente, facendo leva su percorsi di formazione 4.0 rivolti alla definizione di competenze e professionalità nuove. Tale contrattazione collettiva ha anche avviato un aggiornamento delle regole sulla mobilità endo-aziendale collegata a modelli organizzativi di un'industria 4.0. L'art. 2103 c.c., post-riforma 2015, ha determinato una procedimentalizzazione, a più livelli, del potere di modificazione delle mansioni, con un ruolo centrale della contrattazione collettiva nel fissare i limiti del potere datoriale rispetto alla potenziale mobilità endo-aziendale del lavoratore. *Industry 4.0* consolida l'intuizione del 2015, relativa all'art. 2103 c.c., secondo cui è la contrattazione collettiva la sede corretta per definire il piano di formazione professionale più adeguato all'aggiornamento delle competenze 4.0 dei lavoratori (si v. il nesso tra art. 2103 c.c. e art. 1, commi 46-56, legge 27 dicembre 2017, n. 205).

Nei casi di studio si nota che la formazione 4.0 è generalmente riferibile alla regolazione della mobilità endo-aziendale e alla polivalenza. *Industry 4.0*, se collegato all'art. 2103 c.c., ci indica che la professionalità è un bene della contrattazione collettiva, al pari della formazione professionale e del salario, da gestire nel medesimo contesto negoziale, tenendo presente simultaneamente la riorganizzazione tecnologica 4.0, la formazione 4.0, il salario minimo e di produttività<sup>13</sup>. *Industry 4.0* conferma che la mobilità endo-aziendale è correttamente effettuata se permette un bilanciamento delle diverse posizioni giuridicamente rile-

---

<sup>13</sup> Non è marginale, ai fini di questa analisi, neanche la scelta effettuata nel contratto collettivo aziendale Metelli S.p.A. del 4 luglio 2018, il quale è collegato a un importante investimento nel sito produttivo/logistico di Cologne (BS) mediante la costituzione di un impianto, completamente automatizzato, costituito da 2 traslo-elevatori di tipo mini-load e 3 stazioni di *picking* delle cassette per lo stoccaggio e la gestione del prelievo del materiale destinato alla composizione degli ordini che consente di gestire 18 mila cassette, ognuna delle quali è in grado di raggiungere l'operatore in soli 3 minuti con una percentuale di errore minima. Con questo innovativo impianto Metelli è in grado di fornire un servizio di lead time di evasione degli ordini in 5 giorni lavorativi con una percentuale di completezza degli stessi superiore al 95%. Nella gestione delle transizioni dovute all'innovazione tecnologica le relazioni industriali assumono un ruolo di primo piano. Nel contratto collettivo aziendale del 4 luglio 2018, anche in ragione del regime post-riforma 2015, dell'art. 2103 c.c., è stato precisato che, nel corso del periodo di vigenza del contratto collettivo aziendale, il datore di lavoro continua a investire nelle tecnologie 4.0 per favorire il passaggio alla nuova organizzazione produttiva e del lavoro. Anche in questo caso le iniziative formative 4.0 riguardano analisi dei dati, *cybersecurity*, prototipazione rapida, robotica avanzata e collaborativa.

vanti. Il che si determina se si abbina, nei fatti, a livello di unità produttiva, la tecnologia 4.0 con una mobilità endo-aziendale, inserita in una delle forme-procedimento ex art. 2103 c.c. (nel senso di modificazione unilaterale o consensuale)<sup>14</sup>, volta a tutelare la dignità della persona e lo sviluppo professionale.

Il primo caso riguarda il contratto collettivo aziendale GD S.p.A. dell'11 ottobre 2017, relativo al periodo 1 gennaio 2017 – 31 dicembre 2021. Esso muove dal presupposto che la macchina intelligente debba essere in grado, a livello aziendale, di svolgere “attività di auto-diagnosi, di auto-regolarsi e di auto-adattare la linea in base alla tipologia di lavorazione, con importanti implicazioni in tema di tempi, costi e previsione”. La macchina intelligente, con altre parole, considerata dalla contrattazione collettiva un terzo elemento delle relazioni di lavoro. Per questa ragione, il contratto aziendale precisa che la strategia Coesia Digital si deve sviluppare su due linee di azione: sviluppo di partnership con i clienti e investimenti su competenze trasversali sulla digitalizzazione. Con una contrattazione collettiva aziendale, che fa leva anche sull'art. 2103 c.c., si è convenuto di avviare percorsi formativi sulla *cybersecurity*, anche volti a permettere ai lavoratori di creare applicazioni di intelligenza artificiale e di sviluppare internamente *software*, incidendo sulle figure professionali, sulle competenze e sulle mansioni.

Il secondo caso attiene al contratto collettivo aziendale Fabbrica d'armi Pietro Beretta S.p.A. del 27 marzo 2018, sottoscritto dalla RSU, è efficace dalla data di sottoscrizione sino al 31 dicembre 2021. Nel 2018 Beretta ha presentato un piano di investimenti volto al recupero di competitività per il sito produttivo volto, tra le altre cose, al completamento dell'implementazione di nuovi macchinari, dei sistemi operativi IOT ed il completamento del nuovo ciclo produttivo e della nuova organizzazione del lavoro. Beretta e RSU hanno sottoscritto il contratto collettivo aziendale del 27 marzo 2018 mediante il quale hanno strutturato, anche in forza dell'art. 2103 c.c., post-riforma 2015, un nuovo sistema di relazioni industriali basato sul coinvolgimento paritetico dei lavoratori e sull'introduzione di figure professionali, con mansioni polivalenti. Sulle tecnologie 4.0 si è stabilito di incentrare la formazione professionale 4.0 su un percorso relativo all'interfaccia persona umana-macchina.

I casi di studio ci segnalano che la contrattazione collettiva, che si modella sul fatto e sulle situazioni peculiari, è mobile, come è mobile l'organizzazione del lavoro nella fabbrica del futuro. Si comprende che la norma della contrattazione collettiva, anche aziendale, che regola la mobilità endo-aziendale e modifica le strutture classificatorie del personale, è già orientata a incidere sulle interazioni tra persona umana e macchina intelligente, dando una risposta più veloce e efficiente della norma di legge. Il che, a ben vedere, può avere anche una

---

<sup>14</sup> Per la distinzione tra forme-procedimenti a struttura debole (modificazioni unilaterali ex art. 2103 c.c.) e a struttura forte (modificazioni consensuali ex art. 2103 c.c.) rinvio a M. Faioli, *op. cit.*, 2018.

proiezione transnazionale nei gruppi aziendali che hanno unità produttive dislocate in vari ordinamenti.

4. *Conclusioni. Sull'introduzione della nozione di unità produttiva "digitale". Comparazione con la nozione di "appropriate bargaining unit" di cui alla disciplina sindacale statunitense. Elementi di diritto transnazionale*

La complessità tecnologica deriva dalla compresenza nel medesimo sistema aziendale di un numero variegato di tecnologie rispetto a cui il medesimo lavoratore deve gestire i tanti e plurali aspetti tecnici con mansioni operative, manuali, di intervento e, nel contempo, con mansioni a contenuto conoscitivo elevato. Tale integrazione tra mansioni tecniche-operative e gestionali-intellettuali trasforma il lavoro, inserendo le mansioni in una logica di controllo del risultato, anche al di là della mera ripetizione esecutiva di mansioni semplici o codificate.

I sistemi fordisti richiudevano il lavoro in spazi operativi circoscritti e chiusi, con una sola relazione, quella tra lavoratore e capo, basata sul controllo e sulla gerarchia. *Industry 4.0* impone, invece, forme organizzative molto diverse: è il *team* di lavoro, con l'ausilio della macchina intelligente e dei dati, che gestisce le isole di montaggio, le catene di montaggio, i bracci robotici, le linee automatizzate, di dimensione nazionale e transnazionale, che vanno oltre il perimetro della fabbrica, così come tradizionalmente intesa. Le mansioni si vengono a delineare, nei sistemi industriali 4.0, per una maggiore autonomia, una maggiore responsabilità nonché per l'integrazione di esse nella catena di valore, con importanti contributi di conoscenza innovativa per la produzione, per la vendita, per il marketing e per la distribuzione.

*Industry 4.0*, in questa prospettiva teorica, incidendo sull'equilibrio tra professionalità e retribuzione, plasma contemporaneamente la dimensione spazio/temporale mediante cui i diritti, individuali e collettivi, possono essere esercitati e negoziati. Tale dimensione spazio/temporale è prevalentemente definita, nel nostro ordinamento, dall'art. 35 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il quale – data la concezione di fabbrica di quel tempo – si limita a elencare le unità produttive mediante cui è organizzata un'impresa (sede, stabilimento, filiale, etc.), determinando indirettamente il contenuto giuridico della nozione su cui fanno leva altre norme della legge 20 maggio 1970, n. 300, volte a permettere l'esercizio dei diritti, individuali e collettivi, di cui agli artt. 18, 20, 21, 23, 25, 27 e 29, e a definire la *bargaining unit* (art. 19). Poniamo alcune domande per esemplificare il ragionamento: può essere considerata unità produttiva, ex art. 35, anche una piattaforma digitale, 4.0, nel senso sopra definito, di un'impresa che opera transnazionalmente, attorno a cui si raccolgono lavoratori, operanti in più ordinamenti, collegati virtualmente, per svolgere una certa attività professionale, con mansioni diverse, ma tutte coordinate dalla macchina intelligente?

Se essa fosse considerata unità produttiva, sarebbe possibile l'iniziativa dei lavoratori nella costituzione della RSA ex art. 19 o della RSU di cui al Testo Unico 10 gennaio 2014? Sarebbe ammissibile un referendum ex art. 21 o un'assemblea ex art. 22 riferiti ai lavoratori di quella unità produttiva "digitale"? E, ancora, il datore di lavoro potrebbe esercitare ex art. 2103 c.c. il potere unilaterale di trasferimento del lavoratore da una sede fisica a quella sede digitale?

La nozione di unità produttiva è stata elaborata dalla giurisprudenza costituzionale<sup>15</sup> secondo metodi e criteri adatti ai tempi in cui è stato scritto lo Statuto dei lavoratori, che difficilmente sono applicabili, oggi, a un'impresa a tecnologia avanzata 4.0 (v. i casi di studio nel paragrafo 2). La giurisprudenza ha utilizzato il criterio di autonomia, inteso, da una parte, in senso economico-strutturale e, dall'altra, in senso finalistico, osservando il risultato produttivo: è unità produttiva la filiale o lo stabilimento di un'impresa che possieda una struttura organizzativa autonoma e abbia la capacità di produrre beni/rendere servizi secondo una certa indipendenza tecnica, almeno rivolta a una parte/frazione del ciclo produttivo. Ma ciò non basta più, se si osserva un'impresa 4.0, in relazione alla quale l'unità produttiva è data dall'interazione complessa tra *corporate governance*<sup>16</sup>, contratti commerciali, anche transnazionali, modelli di organizzazione del lavoro di nuova generazione, macchina intelligente e lavoratori. In altre parole, i contratti commerciali sono connessi ai modelli di organizzazione del lavoro di nuova generazione (in particolare, *Lean Production*, *Quality Focused Investment*, *Teamwork Production*, *Modular Production e Acceluction*), i quali hanno la capacità di incidere sulla nozione di unità produttiva, mettendola fortemente in crisi.

Probabilmente il diritto sindacale statunitense<sup>17</sup>, con il *National Labor Relations Act*, facendo riferimento alla nozione di "appropriate bargaining unit" intesa come "sufficient community of interests", potrebbe superare con maggiore facilità i problemi posti dalla nozione statica/fisica di unità produttiva di cui all'art. 35 dello Statuto dei Lavoratori. Tale staticità determina una crisi della nostra nozione di unità produttiva. L'art. 35, infatti, non fotografa la relazione giuridica tra mercato (contratti di vendita, trasporto, etc.), piattaforme digitali (contratto di appalto, etc.) e beni aziendali (contratto di locazione o diritti di proprietà). L'art. 35 non riesce neanche a ricomprendere il fatto che l'impresa 4.0, scegliendo di svilupparsi in un certo mercato, necessita, da una parte, di un'efficiente piattaforma digitale gestionale, atta a cogliere le migliori opportunità in quel mercato e a collegare i fattori produttivi/commerciali, e, dall'altra,

<sup>15</sup> Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55.

<sup>16</sup> Si segue l'impostazione di O.E. Williamson, *Corporate Governance*, in *Yale Law Journal*, 1984, 93, pp. 1197 ss. e di A. Dalmartello, *Contratti delle imprese commerciali*, Padova, 1952.

<sup>17</sup> Si v. l'analisi lucida sulla disciplina nordamericana sindacale in L. Compá, *The Wagner Model and International Freedom of Association Standards*, in D. Roux, *Autonomie collective et droit du travail. Mélanges en l'honneur du professeur Pierre Verge*, Quebec City, 2014.

di rendere complementari, anche virtualmente, tra unità produttive, i beni, i servizi e le correlate prestazioni di lavoro, rispetto alla strategia transnazionale prescelta.

I nuovi modelli di produzione, collegati al sistema contrattuale e all'organizzazione digitale del lavoro, assumono, in questa prospettiva, una simbolicità profonda per lo studioso del diritto del lavoro. Da tali modelli dipendono una serie di elementi, tra cui la dinamica della creazione di valore che va ben oltre il classico schema di analisi industriale (cliente, azienda, fornitore, *partners* commerciali). La creazione di valore dipende dall'uso digitale degli strumenti di lavoro che creano ubiquità, nuovi spazi, dati, mobilità virtuale, etc. e dalla molteplicità delle funzioni e delle attività lavorative che è insita nella modalità di produzione. La connessione telematica, nell'ambito della creazione di valore, determina una certa liquidità del contesto istituzionale ove si presta il lavoro. Il *management*, la produzione, i lavoratori, i fornitori e i clienti sono collegati da *link* digitali, costantemente rinnovati, veloci, accelerati. C'è una tensione nella gestione del personale tra l'essere mobile (telematico/connesso) e la fissità dell'azienda (installazioni, uffici, sale comuni, etc.)<sup>18</sup>.

Si rende, dunque, necessario fare un passo avanti, anche nel nostro ordinamento giuridico: si dovrà ridefinire al più presto la nozione di unità produttiva, tenendo presente la trasformazione in atto e volgendo la regolazione anche verso le relative forme digitali. Cioè, si sta proponendo di definire unità produttive digitali, create mediante piattaforme evolute, che mettono insieme figure professionali e nuovi modelli organizzativi, con l'obiettivo di creare attorno a esse il quadro mediante cui si possono esercitare, da una parte, diritti sindacali, individuali e collettivi, e, dall'altra, permettere l'avvio di negoziati aziendali, avendo considerato l'unità produttiva digitale alla stregua di una *bargaining unit* ex artt. 35 e 19, legge 20 maggio 1970, n. 300. Di qui muoverebbero nuove possibilità di una contrattazione collettiva aziendale, di rilievo transnazionale, riguardante i lavoratori, collegati alla piattaforma digitale o a una certa tecnologia evoluta, assoggettati a diversi ordinamenti giuridici, con regole armonizzate e procedimenti sindacali condivisi.

---

<sup>18</sup> Il quadro della complessità commerciale internazionale rispetto ai modelli organizzativi è efficacemente realizzato da H. Katz, *Labor Relations in a Globalizing World*, Ithaca, 2015.



# LA DIGITAL ECONOMY TRA “DI PIÙ” E “DI MENO”

*Maria Rosaria Ferrarese*

SOMMARIO: 1. Il diritto tra globalizzazione e rivoluzione tecnologica. – 2. La *Digital disruption* come fatto sociale “totale”. – 3. L’economia digitale e la “razionalità” del dono. – 4. Economia digitale e problemi di conoscenza.

## 1. *Il diritto tra globalizzazione e rivoluzione tecnologica*

“Il diritto oltre lo Stato”, che è il titolo di questo convegno, è un’etichetta difficile da circoscrivere. Le vie di fuga del diritto dallo Stato sono numerose, variabili ed in costante espansione, nonostante i molti sovranismi che costellano lo scenario politico mondiale, e che potrebbero far pensare il contrario. Spezzate le catene della sovranità giuridica dello Stato, vi è ormai una continua proliferazione non solo di nuove regole e di nuovi ordinamenti più o meno indipendenti, o addirittura estranei agli Stati, che implicano ovviamente anche nuovi legislatori e nuove modalità di produzione delle regole. Vi è di più: assistiamo, più o meno consapevolmente, persino a nuove e inedite espressioni di normatività.

Le pagine introduttive a questo convegno parlano di una “complessità ordinamentale plurale e stratificata”. Non so tuttavia fino a che punto il termine “stratificata” sia giustificato, dato che la complessità prospera non solo per omogenee stratificazioni orizzontali, ma anche a macchia di leopardo, qui e lì, con espressioni normative che si incistano nel tessuto preesistente, seguendo bisogni, impulsi, ed evoluzioni del momento. Basterà pensare in proposito al contributo del diritto giurisprudenziale, che per sua natura è decentrato e occasionale. Tanto più, che sotto questa etichetta si può comprendere anche l’insieme di regole ed evoluzioni che emergono da istituzioni quasi-giudiziarie, che sono parte di organismi internazionali di varia natura, o da altre formazioni private di varia natura, come organismi arbitrali, o di mediazione, che agiscono a livello internazionale. Inoltre occorre tener presenti varie espressioni di *soft law*, che hanno anche esse un rapporto precario con confini e *ratio* politica.

Certamente la mappa della giuridicità odierna è stata ridisegnata innanzitutto da varie manifestazioni di diritto “sconfinato”, capaci di instaurare nuovi rapporti con la territorialità, inventando vie di fuga dai tradizionali confini statali. Così fanno gli ordinamenti sovranazionali prodotti a livello macroregionale e

specialmente le vie della sovranazionalità giuridica europea. Così fanno soprattutto gli assetti di regole transnazionali, come la *lex mercatoria* e le varie regolazioni prodotte da soggetti privati nel mondo, che attraversano territori e confini diversi, in un'ottica di indifferenza verso le partizioni di natura politica. Verso una confusione delle tradizionali linee delle sovranità statali evolve anche la continua proliferazione di "regimi internazionali", che a prima vista ripercorre le strade tradizionali del diritto internazionale, ma in realtà identifica strade e modalità nuove, con margini notevoli di indipendenza rispetto agli stati di riferimento.

Tutte queste macroscopiche vie di fuga, e specialmente il diritto transnazionale, hanno contribuito a ridisegnare la mappa della giuridicità odierna, introducendo nuove possibilità di gioco con territori e confini. Ma oggi assistiamo a ben altro: si potrebbe parlare della creazione di una "alterità" giuridica, che prende distanze sempre maggiori rispetto alla giuridicità tradizionale, e che è ascrivibile alle strepitose innovazioni tecnologiche con cui anche la sfera del diritto ogni giorno di più si trova a fare i conti. Non solo il diritto si confronta sempre più con le potenzialità delle prestazioni informatiche, ma queste contengono una sorta di propria implicita prescrittività, che a volte insidia, o fa concorrenza, al mondo delle prestazioni giuridiche tradizionali.

D'altra parte, la globalizzazione è nata in stretta simbiosi con le nuove possibilità introdotte dalle tecnologie informatiche della Silicon Valley e non avrebbe mai avuto l'impatto che ha avuto senza il formidabile aiuto che esse hanno fornito per lo sviluppo di un nuovo tipo di economia basata sulla rete, sui mercati e sulla finanza. Le tecnologie informatiche e l'invenzione del WEB hanno costituito l'occasione per costruire non solo una diversa spazialità indipendente dalle linee di confine determinate dagli Stati e pronta ad ospitare nuovi tipi di regole, di legislatori e di giudici, ma anche e soprattutto regole ispirate ad una razionalità di carattere economico. Ma non solo gli Stati Uniti sono la patria di quel cambiamento; anche l'Europa prese parte a quella rivoluzione. Anche se allora era difficile prevedere tutti gli sviluppi che ne sarebbero conseguiti, una data topica può essere considerata il 12 marzo 1989, per la presentazione al CERN di Ginevra del WEB (World Wide Web), il sistema che permette di usufruire in rete dei contenuti disponibili su Internet, da parte del suo inventore, l'inglese Tim Berners-Lee.

Nonostante questa nascita gemellare, nel corso specialmente dell'ultimo decennio, sembra essersi delineato un opposto destino per la globalizzazione e per lo sviluppo tecnologico. La prima, pur resistendo e continuando a dare le coordinate fondamentali al nostro mondo, è stata spesso messa politicamente in discussione dai cosiddetti sovranismi e fatta oggetto di attacchi e di tentativi, più o meno riusciti, di ridimensionamento. Lo sviluppo tecnologico è diventato invece sempre più pervasivo, fino alle forme attuali di digitalizzazione che permettono continue innovazioni in tutti i vari settori della nostra esistenza, a cominciare dall'economia.

## 2. La digital disruption come fatto sociale “totale”

Oggi viviamo in un mondo paradossale in cui, se da una parte ci si imbatte di frequente nell’espressione “post-globalizzazione”, per indicare un tempo in cui si rivedono criticamente vari dogmi e convinzioni che imperavano negli ultimi decenni del secolo scorso, e che sono poi entrati in profonda crisi, specie dopo il crollo finanziario del 2008, dall’altra si parla ormai da molto di “digital disruption”, per indicare la portata rivoluzionaria della digitalizzazione, che mette radici in tutti i campi, dall’economia al diritto, con una potenza ed una rapidità che precedono ampiamente i tentativi di comprensione e di analisi.

Com’è stato efficacemente osservato in un volume sulla giustizia digitale di Garapon e Lassègue, la digitalizzazione ha un impatto equivalente a quello di ciò che M. Mauss definiva un “fatto sociale totale”, che cioè “mette in movimento l’insieme della società e delle sue istituzioni”<sup>1</sup>. In tal senso il suo dirimente impatto per un verso è perfettamente incasellabile nella nozione schumpeteriana di “distruzione creatrice”, per l’altro verso va molto oltre tale nozione. Il suo effetto infatti è rilevante in tutti i campi, con ricadute che esorbitano la sfera dell’economia e si estendono in tutte le sfere di azione.

Si potrebbe dire che le varie sessioni di questo convegno avrebbero potuto essere rivisitate tutte nell’ottica della digitalizzazione, dato che questa fa sentire la sua impronta sul mondo del lavoro, non meno che sul mondo del diritto, o nelle ovattate stanze della giustizia, e perfino in campo costituzionale, dove, ad es., si prospetta il rischio dell’“algoritmo incostituzionale”<sup>2</sup>. Basti pensare che gli effetti della rivoluzione digitale si sono fatti sentire non solo nei settori produttivi più legati all’innovazione, ma persino nell’agricoltura, dove sono state create modalità come il “prescriptive planting”: un sistema (Fields Scripts) in grado di prescrivere con estrema precisione quali e quanti semi piantare, e come coltivarli per il raccolto ideale. Si tratta di una rivoluzione avviata già dal 2006, da Monsanto, che peraltro ha dovuto fronteggiare vari processi giudiziari rivolti a dirimere problemi e questioni che questo sistema pone, ad esempio in merito a chi sia proprietario delle informazioni su cui il sistema è basato.

La crescente tendenza della digitalizzazione ad affermarsi in tutti i campi impone cambiamenti radicali, con conseguenze che sono ancora in gran parte da comprendere e da valutare. È chiaro che questa è la via maestra intrapresa dall’odierno capitalismo cosiddetto “digitale”, e non a caso le imprese che operano in questo settore, specie i cosiddetti “giganti” del big tech, altrimenti detti i “big four” (Amazon, Apple, Facebook, Google), capeggiano le classifiche mon-

---

<sup>1</sup> A. Garapon, J. Lassègue, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, Bologna 2021, p. 79.

<sup>2</sup> A. Simoncini, *L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, *Bio-Law Journal – Rivista di bio-diritto*, 1/2019, disponibile online.

diali della crescita economica, con cifre da capogiro, diventate ancora più gigantesche con la pandemia da Covid 19.

Ogni giorno siamo come storditi dalla continua irruzione di novità annunciate da termini spesso oscuri, come big data, blockchain, bitcoin, intelligenza artificiale, realtà aumentata e virtuale, etc., che tuttavia non tardano a diventare parte del linguaggio quotidiano diffuso dai mass media e spesso parlato da noi stessi ogni giorno. L'apparente familiarità dei termini contrasta con l'enorme difficoltà di comprendere a pieno il loro significato e soprattutto i mondi che essi celano. Addentrarsi in ognuno di questi settori è un compito arduo ed ha quasi il sapore di una difficile sfida, non solo perché mette di fronte a difficoltà di natura tecnica, ma anche perché sono tutte da decifrare mutazioni e conseguenze che ne derivano. Con questa sessione, la comparatistica italiana compie un suo tentativo di comprensione del più importante settore della *digitalizzazione*, ossia quello economico.

Si potrebbe dire che nella fase iniziale l'economia digitale era soprattutto un'economia dedita a fornire, con Internet, connessione e comunicazione, le due autostrade lungo le quali ha viaggiato la globalizzazione. I cambiamenti sono stati enormi sia per la società, sia per gli operatori economici a cui si sono dischiusi orizzonti impensabili nel passato, con delocalizzazioni produttive e possibilità di connessione in tempo reale a bassissimo costo. In questo quadro, si sono poi aggiunti i cambiamenti apportati via via dalla crescente penetrazione delle tecnologie digitali nella nostra vita quotidiana con servizi e utilità di vario tipo: è "l'Internet delle cose", che popola il nostro paesaggio quotidiano con vari oggetti che non sono più inerti e passivi, ma "intelligenti" e "connessi", o con veri e propri automi che ci aiutano variamente a svolgere compiti banali, così come a risolvere complesse questioni, nel corso delle nostre giornate.

### 3. *L'economia digitale e la "razionalità" del dono*

Così la *digital economy* si è progressivamente estesa ed è diventata un campo di innovazioni ormai sterminato, che presenta varie facce e che procede su molteplici binari. Attraverso l'utilizzo di tecnologie digitali è diventato possibile svolgere compiti e funzioni di grande complessità, che sarebbero stati impensabili nel passato, così come compiti banali, o utili e necessarie operazioni della vita quotidiana: ad es. fare un pagamento on line o ricordarci il latte da comprare attraverso un frigorifero "intelligente". La digitalizzazione tende pertanto ad essere presentata come un processo che permette un'applicazione di criteri di calcolabilità nei più diversi campi e, sotto questo profilo, appare un'inesorabile ed ulteriore tappa sulla strada della modernizzazione e della razionalizzazione.

Osservata da questa prospettiva, la sua applicazione ai vari campi di attività permette di svolgere gli stessi compiti tradizionalmente svolti dagli esseri umani, facendoli meglio: più velocemente, con minori costi, senza margini di errori, con

imparzialità, etc. In altri termini, vi è un “di più” di cui è capace la digitalizzazione, che consiste nel rendere le prestazioni digitali più precise, più affidabili, meno costose, più efficienti, più sostenibili, etc. Il “di più” che accredita le prestazioni digitali, oltre ad essere, come si è già detto, oggetto di costante apprezzamento nei mercati mondiali, funge anche da criterio di legittimazione dell’intero processo di digitalizzazione. Una legittimazione basata prevalentemente su argomenti di natura economica, che rinviano a criteri di maggiori risparmi o di minori costi. Ma non mancano vari casi in cui la legittimazione può avere diversa natura: una natura qualitativa (basata ad es. sulla maggiore qualità della prestazione), o addirittura una natura etica (come, ad esempio, nel caso della giustizia digitale che vanta, tra l’altro, la capacità di evitare ogni rischio di parzialità).

Nel suo insieme, il mondo delle prestazioni digitalizzate appare un dono della iper-modernità, che ha permesso non solo di disegnare nuovi spazi e nuove mappe, con il network delle comunicazioni *wide world* ed una connettività a misura del globo, ma che è capace di alleviare non poche fatiche quotidiane e di ovviare a non poche umane deficienze nello svolgimento di tanti compiti. Del resto, già Mokyr ci aveva ricordato i “doni di Atena” arrecati dalla cosiddetta ‘economia della conoscenza’<sup>3</sup>, che avevano permesso una crescita senza precedenti.

Davvero si possono considerare dei doni anche le tante prestazioni digitali di cui oggi possiamo fruire nella vita quotidiana, come nel mondo del lavoro, della sanità, e persino nel nostro rapporto con lo Stato e con le istituzioni? I doni esistono, e contribuiscono a darci confort e piacere. È la presunta gratuità del dono che, come ci ha mostrato l’antropologia, spesso si rivela una fallacia: non esisteva nel passato e non esiste nel nostro presente dominato da categorie economiche. Nella società iperconnessa, in cui si celebrano entusiasticamente i doni della digitalizzazione, mentre assistiamo spesso increduli a mirabolanti prestazioni di cui sono capaci invisibili algoritmi nascosti negli oggetti “intelligenti”, raramente ci capita di chiederci se accanto al “di più” che vediamo e apprezziamo convintamente vi sia anche un “di meno” che li accompagna. Quanto conosciamo di questo “di meno”? Che faccia ha e quali rischi esso può configurare? Questo interrogativo, spesso ignorato dai fruitori delle varie forme di comunicazione digitalizzata, è tuttavia ben presente nel dibattito pubblico ed è stato posto in letteratura da importanti osservatori specialmente con riferimento ai danni che derivano nella sfera della *privacy* dalla digitalizzazione dei dati. E tuttavia non basta il dibattito in materia di *privacy* a riassumere tutti i possibili “di meno” che comportano le varie forme di digitalizzazione.

I miliardi di fruitori che si tuffano nelle acque del web raramente sono consapevoli di avventurarsi in una forma di scambio. Sottoscrivono velocemente l’accettazione dell’utilizzo dei cookies da parte del gestore della rete e per lo più ignorano che stanno sottoscrivendo una forma di scambio in cosiddetti “mercati senza prezzo”: un tipo di mercato che non è una novità. Ad esempio,

---

<sup>3</sup>J. Mokyr, *I doni di Athena. Le origini storiche dell’economia della conoscenza*, Bologna, 2004.

in campo pubblicitario, spesso si configuravano, anche nel passato, forme di scambio dove un bene viene ceduto in cambio non di denaro, ma di ricadute importanti in termini pubblicitari. Un abito da sposa regalato ad una celebrità in occasione del suo matrimonio è un palcoscenico di enorme risonanza, che procura lucrosi vantaggi, in termini di maggiori probabilità di vendita dei prodotti con quel marchio e di accresciuto prestigio della griffe in questione. Dunque l'assenza del prezzo non implica gratuità, ma piuttosto situazioni assimilabili al "baratto".

Tuttavia ci si può chiedere fino a che punto è possibile considerare lo scambio che avviene oggi tra utenti e piattaforme elettroniche in linea di continuità con altre situazioni di "mercato senza prezzo" che si davano nel passato, e che possono darsi ancora oggi, senza interrogarsi su alcune differenze rilevanti che si pongono nel mondo odierno. Almeno due aspetti, del tutto inediti nel passato, danno un diverso spessore, politico e giuridico, a queste specifiche situazioni di mercati senza prezzo in campo informatico: l'oggetto dello scambio e la sproporzione di potere tra gli attori dello scambio.

In primo luogo, l'oggetto dello scambio. I frammenti di informazioni personali che ognuno di noi, ogni giorno, più volte al giorno, rilascia nella rete per lo più senza eccessivi turbamenti, costituiscono una risorsa informativa immensa, che conferisce un potere senza precedenti nelle mani dei pochi soggetti privati, e specie dei "big four" della scena mediatica mondiale... Siamo in una situazione che va ben oltre il tema, già molto rilevante, della *privacy* di ognuno di noi: quei frammenti, trasfusi nei cosiddetti *big data*, ossia nella raccolta massiccia di dati personali raccolti in rete, diventano una leva di potere immenso e di nuovo tipo. Non solo quel materiale è pronto ad essere elaborato da potenti algoritmi utilizzabili per i fini più diversi, come ha platealmente mostrato il caso di *Cambridge Analytica*, ma, dietro l'apparente "scambio" tra piattaforme e utenti, finisce per configurarsi un *trade-off* ben più inquietante: tra servizi digitali offerti dalla rete e la vita stessa delle persone. La vita diventa materia prima per un nuovo tipo di "capitalismo della sorveglianza", da cui ci ha messo in guardia Shoshana Zuboff<sup>4</sup>, mostrando quanto pervasive e sottili siano le nuove forme di potere, o addirittura di dominio, sottese alle nuove tecnologie.

Non si tratta dunque solo della possibilità dello sfruttamento economico di quei dati da parte dei padroni della rete. Siamo in un contesto che prefigura la possibilità di trasformare la rete in "una gigantesca fabbrica di identità"<sup>5</sup>, attraverso algoritmi dotati di occulta capacità prescrittiva, ossia capaci di condizionare i comportamenti. La vita delle persone, in altri termini, non solo diventa fonte di informazioni commerciabili, ma fornisce dati anche per costruire, attraverso calcoli ed algoritmi, modelli e prescrizioni di vita.

---

<sup>4</sup>S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019.

<sup>5</sup>M. Mezza, *Il dominio del calcolo: un conflitto a casa nostra*, in *Critica marxista*, luglio-agosto 2019.

Oltre all’oggetto dello scambio, vi è poi un secondo rilevante aspetto problematico: il tema dell’equità dello scambio, ossia dei soggetti dello scambio e della disparità di potere tra essi. Come sappiamo, ogni “scambio”, per essere tale, e non diventare sopraffazione di una parte rispetto all’altra, deve avvenire in condizioni che garantiscano una soglia minima di consapevolezza e di libertà di scelta dei soggetti in questione. Una delle caratteristiche della rete è che polverizza le presenze, cosicché, come utente, ognuno è solo con sé stesso. Inoltre, quando naviga nella rete, è intrappolato in un iter procedurale pseudo-contrattuale preconfezionato, in cui non ha molte opzioni a disposizione: l’autorizzazione al prelievo di *cookies* e *super-cookies* è l’unica opzione possibile, a meno di non voler rinunciare al servizio che sta richiedendo.

Ma la vera questione è che la disparità di posizione tra le parti è resa addirittura abnorme dalla condizione di potere monopolistico in cui i giganti della rete operano. La tanto celebrata “economia della concorrenza” che aveva aperto tante speranze agli esordi dei mercati globali, si infrange sempre più contro la realizzazione di iper-imperi economici di tipo monopolistico. Peraltro si tratta di monopoli particolari, che, proprio grazie alla digitalizzazione, tendono a prosperare sempre più. Infatti, ad ogni “scambio”, il potere del monopolista si rafforza e si solidifica anche grazie all’arricchimento dei dati, con calcoli che possono raggiungere soglie di maggiore precisione ed elaborazioni algoritmiche che possono assumere maggiori valenze prescrittive.

Così l’ottimistica visione che si era affacciata agli esordi della rete come nuovo spazio e nuovo orizzonte della democrazia, a disposizione di tutti e azionabile da tutti per nuovi obiettivi di trasparenza e di uguaglianza, si è infranta da tempo sugli scogli di una realtà che interroga anche rilevanti questioni di democrazia. È significativo che nel 2020, in occasione del cinquantesimo compleanno del WEB, il suo creatore Tim Berners-Lee, nel ribadire l’importanza del progetto iniziale di una rete di tutti e per tutti, abbia sottolineato in una importante intervista anche l’urgenza di ovviare ai vari problemi, soprattutto, ma non solo in termini di privacy, che sono emersi nella rete nel corso dei suoi primi cinquant’anni.

#### 4. Economia digitale e problemi di conoscenza

Con tutti i suoi risvolti, il mondo dell’economia digitale si mostra dunque uno sterminato campo di analisi, che può (e deve) essere indagato da molteplici prospettive, anche perché è pieno di luci, ma anche di molte ombre e punti oscuri. Frank Pasquale ha usato felicemente l’immagine della *black box*<sup>6</sup> per illustrare come il dominio degli algoritmi postula non solo una società con zone

---

<sup>6</sup>F. Pasquale, *The black box society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge Mass., 2015.

di opacità, e con dinamiche di potere che sfuggono alla visibilità, ma anche una grande difficoltà per la ricerca in questo campo: “non si può comprendere o investigare ciò che è del tutto sconosciuto”. Vi è insomma una sfida ineludibile, un “knowledge problem” che è alla base dell’attuale mondo dominato dalle tecnologie informatiche.

Inoltre, nota Pasquale, proprio mentre il mondo economico e finanziario è protetto rispetto a sguardi indiscreti, e consente ai suoi protagonisti di agire in una comoda zona di opacità, anche grazie a dispositivi giuridici a protezione di diritti proprietari o di esigenze di *privacy*, per un incomprensibile paradosso, le nostre vite sono sempre più dei libri aperti, disponibili all’occhiuta attenzione ed allo sguardo interessato di invisibili osservatori, che si esercitano attraverso sistemi di calcolo ed algoritmi che possono controllare, registrare e valutare aspetti e momenti da utilizzare variamente. D’altra parte, questo paradosso trova una replica nel parallelo contrasto tra la crescente richiesta di trasparenza che investe giustamente enti e soggetti pubblici, nonché lo Stato nel suo insieme, a salvaguardia di democrazia e *rule of law*, proprio mentre al contempo le zone di opacità si accrescono enormemente nel settore privato, e specificamente nelle imprese che operano nel campo delle telecomunicazioni.

Gli algoritmi che assegnano punteggi e posizioni nel *ranking* delle scale di merito e di demerito nei campi più disparati (nei rapporti di lavoro, nelle assicurazioni, nella vita universitaria, nelle dinamiche del credito, etc.), e che hanno un impatto assai rilevante sulla vita dei singoli, ma talora anche significativi riflessi sulla vita sociale, sono per lo più forme di proprietà privata. Pasquale parla di “proprietary algorithms” che restano nella esclusiva disponibilità di chi li ha creati e restano segreti ed esenti da scrutini e supervisioni da parte di soggetti esterni (eccetto che in casi di conflitti giudiziari o in rare altre occasioni).

È da notare inoltre come il mondo della tecnologia sia irrimediabilmente connesso ad una incessante catena di innovazioni che rendono tutto il settore estremamente attivo ed inquieto, anche grazie a generosi finanziamenti che lo investono. E tutto ciò rende anche sempre più difficili eventuali inseguimenti da parte di Stati e soggetti pubblici, che non godono per lo più di elevate competenze tecnologiche e di copiose disponibilità finanziarie.

A prima vista può apparire arduo vedere le connessioni tra la comparazione giuridica e il mondo dei servizi digitali. La dimensione del digitale sembra avulsa dal tempo e dallo spazio, ossia le due dimensioni lungo le quali si sviluppano le analisi comparatistiche. Eppure, l’economia digitale non è una tempesta che si abbatte su territori inermi. Essa è pur sempre oggetto di scelte economiche e politiche compiute da soggetti concreti e ricade necessariamente in diversi territori e situazioni, oltre che in diversi settori, che possono essere oggetto di comparazione. Inoltre essa riguarda non solo diversi stati e territori, ma coinvolge sia il settore pubblico, sia il settore privato. Anche una comparazione tra le diverse attitudini rispetto alla digitalizzazione nel settore pubblico e in quello privato sarebbe una interessante linea di indagine.

Insomma, per la ricerca giuridica, e per quella comparatistica in particolare, vi sono nuovi spazi di indagine aperti dall'economia digitale che possono avvalersi anche della disponibilità sempre più ampia di indicatori giuridici globali, che permettono una misurazione sempre più accurata del mondo. Di questi indicatori, tuttavia, non si può diventare dei puri “consumatori passivi”, come ammonisce Infantino nel suo lavoro *Numera et impera*<sup>7</sup> ad essi dedicato. Il loro utilizzo, oltre a non poter prescindere da un serio esame della loro fondatezza ed affidabilità, richiede uno sguardo informato come quello che può offrire il comparatista.

Le difficoltà di inoltrarsi in analisi relative all'economia digitale ed ai campi che sono oggetto di digitalizzazione sono notevoli, ma il bisogno di conoscenza e di sapere critico è altrettanto grande e rilevante. La digitalizzazione prospera in un enorme vuoto di conoscenza. Proprio mentre le capacità di calcolo diventano enormi come mai nel passato, è inaccettabile che il nostro futuro venga disegnato a tavolino da potenti maghi che giocano con dadi invisibili.

---

<sup>7</sup> M. Infantino, *Numera et impera. Gli indicatori giuridici globali e il diritto comparato*, Milano, 2019.



# LE NUOVE TECNOLOGIE: UN NUOVO SPAZIO \*

*Bianca Gardella Tedeschi\*\**

SOMMARIO: 1. Le rivoluzioni tecnologiche e il diritto. – 2. Come gestire il nuovo: adattamento o creazione di norme. – 3. Metodologia comparatistica e nuove tecnologie. – 4. *Smart contracts* e blockchain alla luce della metodologia comparatistica. – 5. Le auto a guida autonoma: una proposta di lavoro. – 6. Conclusioni.

## *1. Le rivoluzioni tecnologiche e il diritto*

Le nuove tecnologie cambiano il nostro modo di vivere e cambiano il mondo intorno a noi. Le nuove tecnologie sono forze che “forgiano la nostra realtà fisica e intellettuale, modificano la nostra autocomprensione, cambiano il modo in cui ci relazioniamo con gli altri e con noi stessi, aggiornano la nostra interpretazione del mondo, e fanno tutto ciò in maniera pervasiva, profonda e incessante.”<sup>1</sup> In questa rivoluzione, le tecnologie non sono, quindi, più solo degli strumenti che ci permettono di interagire con la realtà, ma hanno una portata pervasiva che cambia profondamente la nostra relazione con il mondo.

Anche la realtà del diritto muta profondamente per l'azione di queste forze che sono in grado, cambiando il nostro mondo e le nostre relazioni, di sovvertire, non solo e non tanto, le regole ma le stesse tassonomie con cui, noi giuristi, siamo cresciuti e di cui facciamo uso. In questo incessante movimento, dobbiamo quindi immaginare e individuare le regole per il futuro, e il quadro in cui esse si collocheranno.

Il ruolo del giurista, in questo momento di transizione, richiede competenze interdisciplinari. Dapprima, diventa necessario comprendere quali siano e come funzionino le nuove tecnologie. La comprensione dei nuovi fenomeni, così legati ad una realtà “immateriale” e difficilmente accessibile, richiede adattamento, e

---

\*Il contributo mantiene lo stile colloquiale della presentazione in occasione del Convegno della Sird di Firenze, 2019. Le note e le indicazioni bibliografiche sono quindi limitate alle opere essenziali.

\*\* bianca.gardella@uniupo.it.

<sup>1</sup>L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, trad. it. Di M. Durante, Milano, 2017, IX.

non solo per i non nativi digitali. Si tratta di un processo cognitivo non facile, né intuitivo. Successivamente, è necessario comprendere quali problemi giuridici ciascuna nuova tecnologia pone e quale sia la migliore risposta del diritto alle problematiche che ne risultano. Lo sforzo è effettivamente enorme.

Spetta quindi ai giuristi e alle giuriste individuare quali siano le istanze di regolamentazione e indicare quindi siano le norme più adatte. Molto si sta già facendo, benché, come è stato notato, fino ad ora il mondo del diritto abbia avuto un ruolo reattivo più che proattivo<sup>2</sup>. Il giurista, giunto a questa ultima fase del processo, ha elaborato due strategie per regolare i problemi posti dalle nuove tecnologie. L'interprete ha provato ad attivare, per via di interpretazione, un adattamento delle norme esistenti, oppure propone, a volte ascoltato, la creazione di nuove regole. Dal momento che la trasformazione tecnologica veloce incalza ed è più rapida della capacità di predisporre per tempo le norme, le due fasi possono in effetti essere in successione: ci si troverà prima a usare norme antiche per risolvere problemi completamente nuovi, e poi si dovrà decidere se questi adattamenti sono validi o se è invece meglio fare nuove norme.

Adattare vecchie norme alla realtà che muta non è un'operazione nuova per i giuristi: ogni volta che il mondo cambia, gli interpreti devono adattare le regole a nuove fattispecie, a nuovi bisogni. Ma ci sono situazioni in cui il cambiamento è più importante e pervasivo e richiede non solo un adattamento delle vecchie norme al tempo presente, ma uno sforzo creativo maggiore, che non può che confluire in un epocale cambiamento nelle categorie ordinanti. Andando indietro nel tempo, la rivoluzione industriale ha prodotto reazioni di questo genere in termini di nuovo diritto: dopo aver affrontato le nuove sfide poste dalla nascita delle fabbriche, con norme dettate per una società agricola, i sistemi giuridici investiti dal cambiamento elaborarono nuove norme per l'epoca industriale.

In Italia, ad esempio, il diritto del lavoro esce dall'alveo del contratto per assumere una nuova identità che sia in grado di rendere conto della impossibilità di avere un effettivo equilibrio contrattuale tra le parti, laddove è chiaro che una delle due, il datore di lavoro, è molto più forte dell'altra. Il codice civile offre "una disciplina organica del rapporto di lavoro, in cui il rapporto prevale sul contratto"<sup>3</sup>. Il diritto della responsabilità civile esce dalla codificazione molto diverso, facendo proprie le riflessioni che si erano sviluppate in dottrina<sup>4</sup>. Così, rispetto alla colpa si passa da una visione sanzionatoria – punitiva ad una ripara-

---

<sup>2</sup>L. Dimatteo, M. Cannarsa, C. Poncibò, *Smart contracts and Contract Law*, in L. Di Matteo, M. Cannarsa, C. Poncibò (cur.), *The Cambridge Handbook of Smart contracts, Blockchain technology and Digital Platforms*, Cambridge, 2020, p. 313.

<sup>3</sup>G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, p. 320.

<sup>4</sup>Su cui cfr. G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, 1991.

toria, l'elemento soggettivo è ora destinato ad essere valutato secondo criteri oggettivi<sup>5</sup>. Di fronte alla crescita delle occasioni di danno, il codificatore italiano del 1942 decide di superare l'elemento della colpa e di inserire nel codice l'art. 2050 c.c. che prevede una inversione dell'onere della prova per chi esercita attività pericolose, e una soluzione operativa maggiormente orientata all'internalizzazione dei costi generati da attività pericolose<sup>6</sup>.

Oggi, siamo di fronte a una sfida simile, che ha però delle caratteristiche peculiari. Tra queste, è sicuramente rilevante il fatto che le norme destinate a governare il cambiamento non possano essere ideate e gestite esclusivamente a livello nazionale.

## 2. Come gestire il nuovo: adattamento o creazione di norme

Gli studiosi hanno già avvertito come sia necessario imboccare nuove strade, per affrontare il cambiamento che porta il sovvertimento delle categorie più invalse. De Franceschi e Schulze parlano di “conceptual disruption” per indicare come le categorie e gli istituti tradizionali siano da ripensare, nel momento in cui sorgono all'orizzonte problemi nuovi<sup>7</sup>. Brownsword afferma, dal suo canto, che “it is trite that new technologies are economically and socially disruptive”<sup>8</sup>. Questo autore individua, quindi, due modi principali in cui gli operatori del diritto possono rispondere alle nuove tecnologie. Un primo gruppo di operatori risponde alle novità cercando di mantenere la coerenza del sistema, per garantirne la stabilità. Sono quelli che l'autore definisce “coerentisti”, mentre altri hanno una visione più attenta alla implementazione di *policies*, e sono coloro che Brownsword ritiene ispirati ad un “regulatory-instrumentalism”. I primi cercano di mantenere una certa coerenza all'interno del sistema, adattando per analogia le norme già esistenti alle nuove tecnologie. I secondi hanno invece a mente le necessità di implementazione di *policies*, anche attraverso la creazione di agenzie indipendenti che possano dettare le norme più adatte per poter affrontare le nuove questioni.

Con l'aiuto di alcuni esempi, possiamo, a questo punto, esaminare più da vi-

---

<sup>5</sup>G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana*, cit., p. 69; M. Graziadei, *Liability for fault in Italian law The development of legal doctrine from 1865 to the end of the twentieth century*, in N. Jansen (ed.), *The Development and Making of Legal Doctrine*, Cambridge, 2010, p. 126; G. Ponzanelli, *La responsabilità civile. Profili di diritto comparato*, Bologna, 1992, p. 67.

<sup>6</sup>P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

<sup>7</sup>A. De Franceschi, R. Schulze, *Introduction*, in A. De Franceschi, R. Schulze, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Monaco, 2019, p. 13.

<sup>8</sup>R. Brownsword, *Smart Transactional Technologies and Legal Disruption*, in L. Di Matteo, M. Cannarsa, C. Poncibò (cur.), *The Cambridge Handbook of Smart contracts, Blockchain technology and Digital Platforms*, Cambridge, 2020, p. 313.

cino come gli interpreti si muovono oggi tra il vecchio e il nuovo, così come si sono mossi tra il vecchio e il nuovo al momento della rivoluzione industriale.

Tra gli esempi, è particolarmente calzante quello con cui ci si chiede se si possa estendere ai sistemi autonomi di intelligenza artificiale il concetto di “persona giuridica”. Si tratta di oggetti che vedono, ascoltano, scrivono e decidono; possono anche avere una volontà propria. Graziadei si chiede se nel futuro vedremo una espansione della autonomia personale con la rivoluzione digitale, oppure una sua fine definitiva. Non possiamo ancora saperlo<sup>9</sup>. Per certi aspetti, la questione che viene dibattuta può essere associata al concetto di *personnalité juridique* per cui Raymond Saleilles si è battuto. In un mondo in cui la rivoluzione francese e il codice civile aveva posto l’individuo come soggetto pressoché solo sulla scena dell’autonomia privata, è possibile che dei gruppi di persone, senza scopo lucrativo, le associazioni appunto, possano avere una volontà propria, distinta da quella dei singoli che la compongono?<sup>10</sup>. Per Saleilles, è possibile e auspicabile, e così poi è stato con l’impetuoso sviluppo successivo del diritto delle associazioni. Ma il risultato non era scontato nel momento in egli cui scriveva.

Anche la responsabilità civile è destinata a cambiare: l’intelligenza artificiale ci propone nuovi modi di vita, che comportano rischi e responsabilità inedite, connesse a nuovi doveri che la tecnologia impone. Le diverse funzioni della responsabilità civile – *deterrence*, *compensation* e, per alcuni ordinamenti, *punishment*<sup>11</sup> – vanno preservate e rese operative negli ambienti in cui operano gli algoritmi dell’intelligenza artificiale, senza annullarne i benefici<sup>12</sup>. Dei nuovi rischi, connessi all’intelligenza artificiale, si sta occupando l’Unione europea, con riguardo alla fornitura di contenuti digitali e servizi digitali e la creazione di uno spazio digitale europeo<sup>13</sup>. La rivoluzione industriale aveva stravolto il paradigma della responsabilità civile, pensato, al tempo della rivoluzione francese, per un mondo agrario. A volte, sono stati adattati vecchi schemi, altre volte ne sono stati creati di nuovi. Anche per noi, in questa fase, sarà necessario comprendere in quale modo il diritto può reagire in modo da non fermare l’evoluzione digitale avendo, però, ben chiaro in quale modo saranno allocati i rischi creati.

In relazione ai dati personali è sorta una nuova categoria del diritto, il trattamento di dati personali, che prima non aveva addentellati degni di nota. L’Eu-

---

<sup>9</sup> M. Graziadei, *Personal autonomy and digital revolution*, in A. De Franceschi, R. Schulze, *Digital Revolution*, cit., p. 16.

<sup>10</sup> R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, Parigi, 1910; M. Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato, La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, 2010, p. 396 ss.

<sup>11</sup> G. Ponzanelli, *La responsabilità civile*, cit.; P. Sirena (cur.), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Milano, 2011.

<sup>12</sup> De Franceschi, Schulze, *Introduction*, cit., p. 11.

<sup>13</sup> Direttiva (UE) 2019/770 e direttiva (UE) 2019/771; COM(2020) 67 final, *Plasmare il futuro digitale dell’Europa*.

ropa ha già provveduto a regolare la materia con approccio non puramente settoriale, seguita da molti altri ordinamenti<sup>14</sup>. La nuova normazione ha reso sempre più evidente la centralità del trattamento dati personali con riguardo al nuovo mondo digitale e la sua inevitabile connessione con altri settori del diritto, *in primis* le sue relazioni con la tutela dei diritti umani. Rimangono, comunque, anche su questo punto, molte questioni aperte, connesse alle partizioni del diritto privato che conosciamo, quali, come sempre, contratto, proprietà e responsabilità. L'importanza dei dati personali come patrimonio di conoscenza che ha rilievo sul piano economico è indiscussa, e l'interprete così affronta il tema dei dati personali come possibile oggetto di una controprestazione<sup>15</sup>, ovvero si interroga circa la qualificazione del titolo di responsabilità delle diverse entità coinvolte nel trattamento dei dati, le necessarie relazioni con il diritto della salute, così come con il diritto della concorrenza e il diritto amministrativo, per nominare solo alcune delle discipline chiamate in causa, anche sul versante del diritto pubblico<sup>16</sup>.

La rivoluzione digitale in atto sembra impetuosamente travolgere i confini geografici, e sotto questo aspetto appare offrire prospettive del tutto nuove rispetto al passato, poiché il mondo in cui si svolse la rivoluzione industriale non conosceva le possibilità di interconnessione offerte dagli attuali sistemi di telecomunicazione. È possibile imporre barriere geografiche alla connessione digitale, ma una scelta di questo genere mette in discussione quello che sembra il maggiore pregio tecnologico di questi sistemi: la possibilità di unire le più remote parti del mondo con mezzi di comunicazione particolarmente efficienti. In questo quadro, il diritto che governa la nuova società digitalizzate e rivoluzionata dalle nuove tecnologie non può essere lasciato ai singoli sistemi giuridici nazionali, tuttavia proprio su questa frontiera, anche nel mondo occidentale si registrano approcci differenti, testimoniati dalle decisioni rese dalla Corte di giustizia in materia di trasferimento dati oltre atlantico, verso gli Stati Uniti d'America<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR), su cui da ultimo C. Kuner, L.A. Bygrave, C. Docksey, L. Drechsler (curr.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford, 2020.

<sup>15</sup> S. Thobani, *Diritti della personalità e contratto: dalle fattispecie più tradizionali al trattamento in massa dei dati personali*, Milano, 2018.

<sup>16</sup> O. Pollicino, *L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato*, in *Media Laws, Rivista di diritto dei media*, 3/2018.

<sup>17</sup> Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza 16 luglio 2020, causa C-311/18; Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 6 ottobre 2015, Case C-362/14; Annie Monterin, *Dell'incertezza nei trasferimenti di dati personali verso gli Stati Uniti*, in corso di pubblicazione in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.

### 3. Metodologia comparatistica e nuove tecnologie

La prima rivoluzione industriale ha visto i singoli stati elaborare norme nuove per affrontare i nuovi scenari. In questo processo, la comparazione giuridica ha avuto un ruolo importante. Oggi, la nuova rivoluzione digitale richiede un nuovo modo di elaborare e adattare le norme, perché richiede che ci sia una uniformità, potenzialmente anche globale, affinché la tecnologia possa lavorare al meglio, senza andare incontro a barriere costituite da discipline variabili al confine. La diversità delle discipline, sicuramente, conduce a maggiori costi e, di fatto, potrebbe dar vita ad un modo caratterizzato dalla fuga di regole condivise, stabilite in modo pubblico. La necessità di andare in una direzione unitaria dal punto di vista della creazione delle norme è particolarmente evidente nel considerando 7 del Regolamento (UE) 2016/679 (GDPR) in cui emerge la necessità per l'Europa di essere un unico blocco, e di parlare con una sola voce.

In questo scenario, il comparatista ha un compito importante perché, per formazione e per vocazione professionale, è abituato ad andare oltre le tassonomie interne dei sistemi giuridici. Il comparatista sa molto bene che quando diciamo *contract* non stiamo dicendo contratto; sa che *negligence* non è sinonimo di colpa, e che la proprietà si distingue nei diversi sistemi giuridici<sup>18</sup>. Per far cenno ad un tema che ho approfondito, l'interferenza del terzo nel contratto non è la lesione del diritto di credito<sup>19</sup>. Gli esempi possono essere molti ancora. Questo allenamento permette al comparatista di comprendere le diverse fattispecie al di fuori delle categorie o delle etichette utilizzate localmente, per individuare, con maggiore apertura, quali possono essere le norme esistenti applicabili, oppure le norme da elaborare, con maggiore attenzione alle fattispecie da prendere in considerazione. Nei prossimi due paragrafi, propongo una analisi attuata con la metodologia del diritto comparato di due importanti novità tecnologiche.

### 4. Smart contracts e blockchain alla luce della metodologia comparatistica

Lo *smart contract* è un sistema che permette di negoziare o eseguire contratti in maniera irreversibile e senza l'intervento di terzi. Una delle prime definizioni di *smart contract* ci viene proprio da uno dei suoi ideatori, N. Szabo: "lo *smart contract* è un 'omputerized transaction protocol that executes the terms of a contract. The general objectives of *smart contract* design are to satisfy common contractual conditions (such as payment terms, liens, confidentiality, and en-

---

<sup>18</sup>La traduttologia è un campo importante della comparazione giuridica grazie al lavoro di Rodolfo Sacco. Cfr. V. Jacometti, B. Pozzo, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Padova, 2018.

<sup>19</sup>B. Gardella Tedeschi, *L'interferenza del terzo nelle relazioni contrattuali. Un'indagine comparatistica*, Milano, 2008.

forcement, etc.), minimize exceptions both malicious and accidental, and minimize the need for trusted intermediaries like banks or other kind of agents”<sup>20</sup>.

Secondo Szabo, uno dei pionieri di questa tecnologia, era necessario aver un protocollo che permettesse di gestire in maniera automatizzata molte operazioni che avessero caratteristiche comuni, quali termini di pagamento, modalità di esecuzione, ed altro ancora. Nell’idea di Szabo, la necessità di avere dei protocolli che gestissero queste evenienze era importante soprattutto per eliminare dalla scena gli intermediari, quali le banche, che rendono più onerosa la singola operazione. Alla base, vi è un’idea secondo la quale se il tutto è automatico e trasparente, è anche più equo, più economico, più chiaro. Con la tecnologia a disposizione oggi, questo è possibile. È possibile cioè che, indipendentemente dalla singola contrattazione tra le parti, al verificarsi di determinate condizioni, si verificano determinati effetti. Uno *smart contract* opera sulla base di un comando “se ... allora”, in cui al verificarsi di una determinata condizione si producono determinati effetti. La condizione di cui alla parte “se...” è chiamata trigger event e riportata da alcuni all’interno dei una “condizione sospensiva digitale”<sup>21</sup>.

Dal punto di vista del giurista, è interessante notare come Szabo, che giurista non era, accosti il funzionamento di uno *smart contract* alla vendita tramite macchinette ed erogatori, in cui, con l’inserimento di una moneta, o delle monete richieste, (il “se ...”), viene erogata una bibita o consegnato il bene, viene anche corrisposto l’eventuale resto. Cucendo il passato con il presente, l’interesse di questo esempio sta proprio nelle discussioni che erano nate in passato sulla natura della conclusione di un contratto con queste modalità, per le vendite con i distributori automatici e il ruolo del consenso in questa fattispecie<sup>22</sup>.

La grande diffusione di questa tecnologia dipende dall’avanzamento della tecnologia della blockchain che fornisce la base per gli *smart contracts* e permette di attuare scambi senza l’intervento di intermediari. Le caratteristiche importanti della tecnologia blockchain consistono nel fatto che si possono concludere accordi senza conoscere la controparte, ma senza mettere in atto alcuna particolare precauzione con riguardo alla fiducia da riporre nella persona della controparte. Infatti, la tecnologia blockchain non permette di ritornare sulle proprie decisioni: verificatasi la condizione “se ...” il sistema operativo consente mettere

---

<sup>20</sup> N. Szabo, *Formalizing and Securing Relations on Public Networks*, 2 First Monday 1997. Sugli *smart contracts* oggi la letteratura è vastissima. Cfr. L. Dimatteo, M. Cannarsa, C. Poncibò, *Smart contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge, 2020; P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and Technology, The Rule of the Code*, Cambridge, Mass., 2018; gli articoli di Weber, Möslein, Barrière, in A. De Franceschi, R. Schulze, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, Monaco, 2019.

<sup>21</sup> Su cui: A.U. Janssen, F.P. Patti, *Demistificare gli smart contracts*, *Osservatorio del dir. civ. e comm.*, 2020, 31; P. Paech, *The Governance of Blockchain in Financial Networks*, 80 *Modern Law Review* 134 (2017).

<sup>22</sup> R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Milano, 2016, p. 333.

in opera la seconda parte, “allora ...” ed impedisce così di ritornare sulle proprie decisioni. La blockchain condivide il risultato raggiunto con una serie di utenti e lo trascrive su registri condivisi (*distributed ledger*) non modificabili dagli utenti. Tutti gli utenti sono in grado di sapere che l’operazione si è conclusa.

Tra le varie caratteristiche della blockchain, si può quindi evidenziare, come affermano due studiosi in un recentissimo studio, come sia “frequente l’affermazione secondo cui gli *smart contracts* determinano una digitalizzazione della fiducia con la certezza dell’esecuzione e la creazione di efficienza, grazie all’eliminazione degli intermediari e dei costi da essi prodotti.”<sup>23</sup>. Oltre alla “digitalizzazione della fiducia”, la blockchain applicata agli *smart contracts* permette di avere una condivisione dell’operazione commerciale attraverso un controllo da parte dei diversi nodi che tengono poi traccia non modificabile della transazione avvenuta aggiungendo l’ultima transazione al blocco, da cui appunto blockchain, ovvero catene di blocchi che registrano le transazioni. Il sistema permette quindi di eseguire in modo automatizzato determinate operazioni attraverso un sistema di registri condivisi che impediscono frodi o manomissione dei dati.

Il sistema degli *smart contracts* in sinergia con la blockchain ha ormai numerose applicazioni pratiche importanti. Il primo e più famoso riguarda il mondo della finanza, con la creazione dei bitcoin prima e del sistema Ethereum successivamente<sup>24</sup>. Al di fuori del mondo della finanza, un importante esempio è fornito dalle società di assicurazioni che liquidano in modo automatico il danno per cui devono corrispondere un indennizzo. Tra le prime imprese che si affidano a questa la tecnologia, vi è la società assicuratrice Axa per i danni dovuti ai viaggiatori a seguito della cancellazione o del ritardo del volo, secondo il Regolamento UE sui voli aerei<sup>25</sup>. Verificandosi l’evento esterno, vale a dire il ritardo o la cancellazione, cioè un esito facilmente verificabile, viene immediatamente quantificato il danno e il corrispettivo indennizzo da liquidare a favore di ciascun passeggero. È piuttosto agevole comprendere come sia vantaggioso per la società assicuratrice utilizzare questa tecnologia, che permette di gestire in modo automatizzato un ampio numero di pretese scaturite dal medesimo evento. Un altro esempio, sempre in campo assicurativo, si basa sulla possibilità di pagare l’assicurazione obbligatoria auto unicamente sulla base dei giorni in cui effettivamente l’auto è utilizzata.

Si hanno poi una serie di utilizzi nel campo della logistica, in cui attraverso la tecnologia blockchain è possibile rilevare una serie di dati, quali, ad esempio, la temperatura di conservazione delle merci in viaggio, o altri dati. Si tratta anche in questi casi di situazione in cui manca la fiducia tra le parti e la tecnologia suppli-

---

<sup>23</sup> A.U. Janssen, F.P. Patti, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 36.

<sup>24</sup> Oltre alle opere già citate, v. M. Campbell-Verduyn (cur.), *Bitcoin and Beyond. Cryptocurrencies, Blockchain and Global Governance*, Londra, 2018.

<sup>25</sup> Ex UE n. 261, 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio 11 febbraio 2004.

sce, rilevando alcuni dati che sono considerati essenziali all'interno dell'accordo contrattuale tra le parti, facendo quindi scattare una serie di conseguenze e di effetti in maniera automatizzata<sup>26</sup>. Altri usi possono essere individuati all'interno delle filiere produttive, proprio per assicurare determinate caratteristiche, dedotte nel contratto tra le parti, quando le parti non si conoscono o comunque non si fidano l'una dell'altra. Tra i vantaggi che si sono inoltre pubblicizzati, ci sarebbe quello di limitare i costi di transazione, dal momento che l'automatizzazione permetterebbe una standardizzazione dei contratti e l'eliminazione dei costi per gli intermediari diminuirebbero fortemente i costi transattivi<sup>27</sup>.

In definitiva, uno *smart contract*, associato alla tecnologia blockchain, garantendo l'esecuzione di determinate prestazioni in modo rapido, automatizzato, e quindi sottratto alla discrezionalità, schiuderebbe nuovi scenari per il diritto dei contratti, caratterizzati da maggiore efficienza dello strumento contrattuale.

Che contributo può dare la comparazione giuridica con riguardo a questa tematica?

Innanzitutto, il comparatista potrà apprezzare la non univocità del vocabolo 'contratto' nel contesto. Non sono i giuristi ad aver impiegato il termine "*contract*" per indicare il nesso ipotetico che è alla base della soluzione per cui se si verifica un evento, allora si attivano certi meccanismi. Si può quindi domandare, di quale tipo di *contract* stiamo parlando. Per i non giuristi, il termine '*contract*' è quasi sinonimo di accordo e non vengono apprezzate le differenze che ci sono nelle diverse tradizioni giuridiche. Il *contract* inglese è diverso dal *contract* degli Stati Uniti ed entrambi sono ancora diversi dal contratto, nelle sue diverse accezioni, che troviamo nei diritti dell'Europa continentale. Un contratto con i consumatori è diverso, in ciascuna di queste tradizioni giuridiche, dal contratto tra professionisti. La differenza tra le norme applicabili fa sì che tutti questi contratti non siano automatizzabili nello stesso modo. Laddove, come accade in diversi paesi di *civil law*, è ammesso un maggiore intervento del giudice nella valutazione delle diverse circostanze in cui si è avuta l'esecuzione del contratto, gli *smart contracts* avranno minore possibilità di vita, proprio perché l'intervento di un terzo che valuta le circostanze rende di per sé meno automatizzabile qualunque processo di esecuzione. L'impressione è che, forse, la *contract law* che si inserisce nel solco della common law è invece più adatta a un percorso di automatizzazione per le scarse possibilità che il giudice intervenga per riscrivere il contratto per le parti.

Inoltre, si possono analizzare gli *smart contracts* da un punto di vista compa-

---

<sup>26</sup> Pournader, M. Shi, Y, Seuring, S et al. (1 more author) *Blockchain applications in supply chains, transport and logistics: a systematic review of the literature*, in *International Journal of Production Research*, 2019, 1; N. Di Paola, *Blockchain e supply management, Teoria e pratica manageriale in evoluzione nell'era digitale*, Milano, 2018.

<sup>27</sup> A.U. Janssen, F.P. Patti, *Demistificare gli smart contracts*, cit., p. 43, fanno però notare come studi recenti dimostrino che i costi potrebbero in effetti essere più elevati, dato il costo iniziale di mettere in opera il sistema.

ratistico anche in una diversa prospettiva. Dobbiamo però lasciare le declamazioni viste fin qui e assumere un approccio fattuale. Possiamo veramente parlare di contratti quando consideriamo gli *smart contracts*? Qui sarà opportuno, allora, fare ulteriori distinzioni.

Abbiamo visto che gli *smart contracts*, così come sono normalmente ormai intesi, si appoggiano a supporto offerto dalla tecnologia blockchain. La blockchain, per sua natura, non ha limiti geografici, è transnazionale, e in quanto tale non deve seguire nessuna regola giuridica in particolare<sup>28</sup> e può essere usata per archiviare dati in maniera trasparente e può attivare dei meccanismi per coordinare persone o macchine attraverso un consenso. Tutte queste caratteristiche, quando sono combinate tra loro, possono far funzionare software autonomi. Queste caratteristiche, come sottolineano De Filippi e Wright, sono uno strumento potente per rendere più agevoli attività sociali e economiche che altrimenti sarebbero difficili da ottenere<sup>29</sup>. “With blockchains, payment systems, financial markets, information systems, and – more generally – the allocation of labor between people and machines can be governed by technical rules”<sup>30</sup>. Esistono due tipi di blockchain che si appoggiano alla medesima tecnologia: *permissionless* o *permissioned*, a seconda che tutti possano far parte del network o che l’accesso avvenga solo con permesso<sup>31</sup>. Bitcoin, Ethereum sono due esempi di blockchain *permissionless*: sono cioè aperte e accessibili da tutti. Chiunque abbia una connessione internet può inserirsi nel network, senza rivelare la sua identità, o chiedere un’autorizzazione. Le blockchain *permissioned*, invece, non sono aperte a chiunque. Una autorità centrale, o un consorzio, decidono quali parti possono entrare a far parte del network, possono imporre dei limiti a chi può accedere, o registrare informazioni nella banca dati condivisa. I componenti dell’autorità che sceglie chi può far parte dell’organizzazione creano un circolo in cui ciascuna parte è conosciuta o comunque di fiducia. La differenza è, dal punto di vista fattuale, fondamentale. Il fatto che sia *permissioned* o *permissionless* comporta che lo scopo finale della blockchain e dei relativi *smart contracts* che si instaurano sulla blockchain facciano o meno parte di un’organizzazione. Le filiere produttive o commerciali si affidano sempre di più alla tecnologia blockchain per operare in modo più efficiente, facendo affidamento sugli *smart contracts*, per governare e coordinare la gestione e le attività delle società, attra-

---

<sup>28</sup> De Filippi e Wright parlano di “alegality della blockchain”. P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of the Code*, cit., 35 e 44, anche se tutti gli studiosi, compresi De Filippi e Wright cercano di individuare un regime di governance. Cfr. M. Finck, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, 2018. Sulla definizione della Blockchain da parte del legislatore italiano, v. E. Labella, *Gli smart contract: riflessioni sulle prestazioni “autoesecutive” nel sistema di blockchain, in corso di stampa*, in *Media Laws, Diritto dei nuovi media*, 2020.

<sup>29</sup> P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of the Code*, cit., p. 33.

<sup>30</sup> P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of the Code*, cit., p. 55.

<sup>31</sup> P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of the Code*, cit., p. 31.

verso la creazione di un network<sup>32</sup>. Gli *smart contracts* possono essere usati per strutturare e automatizzare operazioni di routine in modo da rendere marginale l'intervento umano. Le organizzazioni create attraverso le blockchain e gli *smart contracts* che operano sulle blockchain prendono il nome di *Decentralized Autonomous Organizations* (DAO). Una DAO è un tipo particolare di organizzazione decentralizzata che non è controllata né azionata da una persona umana, ma esclusivamente da algoritmi. A differenza, quindi, di altre organizzazioni, in cui una qualche entità umana ha un potere finale di prendere decisioni, una DAO è disegnata per funzionare autonomamente su una blockchain<sup>33</sup>. Siamo nel pieno dello sviluppo di questi mezzi sofisticati di organizzazione delle DAO e molto dovremo ancora scoprire. Ma val la pena di fare già qualche riflessione. Se quindi nel caso di una blockchain *permissionless* si possa, in un certo senso, parlare di scambio tra le parti, nel secondo la blockchain e gli *smart contracts* hanno più una finalità organizzativa, ad esempio all'interno di una supply chain. Ci si può quindi chiedere, ma è forse una proposta di ricerca, se nel caso di *permissioned* blockchain, che siano anche *self regulating*, non stiamo parlando di qualcosa di diverso da un contratto, di cui l'archetipo è il contratto di scambio, ma piuttosto di una serie di *organizational contracts*, qualcosa, cioè, che si destinato a creare un'entità con una sua organizzazione piuttosto che realizzare il meeting of minds destinato allo scambio, sia questo singolo, o anche ripetuto nel tempo.

Pensiamo, poi, agli *smart contracts* legati alle liquidazioni dei danni da cancellazione o ritardo. Anche in questo caso, a parere di chi scrive, il meccanismo messo in opera dalla compagnia di assicurazione rimane uno strumento organizzativo messo a disposizione dei propri clienti, che è poi la compagnia aerea. Il contratto concluso tra la compagnia aerea e la società assicurativa è la base del modello organizzativo messo in opera dalla compagnia assicurativa per eseguire, al massimo dell'efficienza, il contratto che ha concluso. A loro volta, i viaggiatori che hanno diritto all'indennizzo aderiscono ad una particolare modalità di liquidazione del danno, evitando così di dover compilare un modulo online, oppure a mano, da inoltrare per posta ordinaria o raccomandata.

## 5. *Le auto a guida autonoma: una proposta di lavoro*

Un secondo esempio di apporto dell'analisi comparatistica alla conformazione del diritto applicato alle nuove tecnologie è offerto dalle auto a guida autonoma. Negli studi condotti sull'argomento<sup>34</sup>, sembra che la messa a fuoco del

<sup>32</sup> P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of the Code*, cit., p. 133.

<sup>33</sup> P. De Filippi, A. Wright, *Blockchain and the Law. The Rule of the Code*, cit., pp. 149-150.

<sup>34</sup> Particolarmente completo è F.P. Patti, *Autonomous Vehicles' Liability: need for a change?*, in A. De Franceschi, R. Schulze (curr.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, cit.

nuovo strumento riguarda soprattutto il tentativo di sovrapporre la volontà e la capacità dell'auto di vedere ed evitare gli ostacoli, come se fosse un essere umano. Nonostante la forma possa essere del tutto simile a quella dell'automobile come ormai la conosciamo, la sostanza è completamente diversa. Infatti, il guidatore rinuncia alla guida che viene invece eseguita da sofisticati meccanismi di intelligenza artificiale. La tentazione è naturalmente quella di continuare a pensare che sia un'auto, solo perché serve ai medesimi scopi di un veicolo non assistito dall'intelligenza artificiale. In effetti, è un oggetto totalmente diverso, accomunato all'auto della vecchia generazione dal fatto di circolare su strada. Il confronto può essere con la transizione che abbiamo avuto dalla carrozza all'auto: la forma delle prime auto ricorda quella di una carrozza, cui siano stati tolti i cavalli. Con il tempo, le automobili acquistano una loro individualità che si manifesta anche nel design.

Le maggiori questioni giuridiche che possono coinvolgere le auto a guida autonoma riguardano gli incidenti causati dal nuovo oggetto. Se prima eravamo abituati a cercare un unico responsabile per i danni da circolazione da veicoli, il proprietario del veicolo o il guidatore, adesso sarà necessario valutare il perché di questi incidenti, che, in teoria, non dovrebbero accadere, poiché privi di un elemento determinate del sinistro, cioè l'errore umano del guidatore. Tra le discipline che potrebbero essere maggiormente coinvolte, vi è la responsabilità per prodotto difettoso, dal momento che l'incidente potrebbe essere causato da un malfunzionamento del sistema di intelligenza artificiale, e quindi si tratterebbe di un difetto del prodotto<sup>35</sup>. Ma questa non è l'unica possibilità: l'evento potrebbe essere causato da qualcosa che interferisce sulla catena causale, ad esempio un hacker che si infila nel sistema di guida, oppure altri malfunzionamenti del software, non dipendenti dal produttore. Quando si approfondisce la nuova tecnologia della guida autonoma e il regime di responsabilità applicabile, si apre il problema di sapere se il sistema di responsabilità pensato per le automobili guidate da persone sia il regime migliore. Potremmo ritrovarci nuovamente a dover affrontare i problemi di un'automobile applicati, invece, a una carrozza senza cavalli. Se riusciamo a uscire dagli schemi da cui dipendiamo, potremmo considerare che un'auto a guida autonoma potrebbe essere più simile a un cancello azionato elettricamente attraverso dei sensori e immaginare che il sistema di responsabilità più adeguato sia proprio quello che in Italia è conosciuto come responsabilità delle cose in custodia.

---

<sup>35</sup>F.P. Patti, *Autonomous Vehicles' Liability: need for a change?*, in A. De Franceschi, R. Schulze, *Digital Revolution – New Challenges for Law*, p. 211.

## 6. Conclusioni

Riassumendo, quindi, un apporto comparatistico alle nuove tecnologie ci permette innanzitutto di tenere conto delle diversità di regolazione della materia tra i diversi ordinamenti. E in questo campo, è già stato intrapreso un certo lavoro. Ma, soprattutto, l'analisi comparata del tema permette di evitare (pretese) definizioni giuridiche di fenomeni date da non giuristi, che fanno perder di vista i fatti, e lo scopo del funzionamento delle nuove tecnologie.

Come abbiamo visto dai due esempi riportati, gli *smart contracts* sostenuti dalla blockchain e l'auto a guida autonoma, è necessario vagliare le nuove fattispecie create dall'avanzare della tecnologia, individuando quali sono i fatti rilevanti per elaborare una nuova normativa, è invece sconsigliabile la *path dependency*, vale a dire fare incondizionato affidamento sulle categorie più invalse. Il comparatista è attrezzato per questo compito perché allenato ad avere un approccio fattuale nei confronti del diritto. In definitiva, la ricerca della migliore disciplina per nuove fattispecie può essere assimilata a una comparazione diacronica, invece che sincronica, con una variabile in via di formazione, il diritto, appunto, legato alle nuove tecnologie.



# IL DIRITTO DEL LAVORO OLTRE LO STATO (CON UNA POSTILLA SU PANDEMIA E DE-GLOBALIZZAZIONE) \*

*Stefano Giubboni* \*\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Asimmetrie globali. – 3. Erosione della sovranità sociale democratica. – 4. Organizzazione internazionale del lavoro. – 5. Diritto europeo della crisi. – 6. Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa. – 7. Attori collettivi transnazionali. – 8. Una parziale conclusione. – 9. Postilla: pandemia e de-globalizzazione.

## 1. *Introduzione*

La tendenza del capitale a farsi globale era stata anticipata da Karl Marx osservando le dinamiche dell'accumulazione già in atto alla metà dell'Ottocento<sup>1</sup>. In tempi più vicini, è Carl Schmitt a individuare nella estensione – “oltre, dietro e accanto ai confini politico-statali tipici di un diritto internazionale apparentemente solo interstatale” – di un “onnipervasivo [...] spazio di un'economia libera, ovvero non statale”<sup>2</sup>, il tratto connotante la prima globalizzazione degli

---

\* Con l'aggiunta delle note, e la postilla dell'aprile del 2020 sull'emergenza da coronavirus e la de-globalizzazione, lo scritto rielabora la relazione svolta al VI convegno nazionale della SIRD (Firenze, 25-28 ottobre 2018). Una prima versione (diversa e ridotta) è apparsa in *Diritti Lavori Mercati*, 219, pp. 37-61.

\*\* Prof. ord. dell'Università di Perugia.

<sup>1</sup> K. Marx, *Grundrisse. Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, trad. it., Roma 2012, vol. I, pp. 527-528: “Mentre quindi da un lato il capitale deve tendere ad abbattere ogni ostacolo locale che si frappone al suo traffico, ossia allo scambio, e a conquistare la terra intera come suo mercato, dall'altro esso tende ad annullare lo spazio per mezzo del tempo; ossia a ridurre al minimo il tempo che costa il movimento da un luogo all'altro. Quanto più il capitale è sviluppato, quanto più quindi è esteso il mercato sul quale circola e che costituisce la traiettoria spaziale della sua circolazione, tanto più esso tende al tempo stesso a estendere maggiormente il mercato nello spazio e ad annullare maggiormente lo spazio attraverso il tempo”.

<sup>2</sup> C. Schmitt, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello “jus publicum Europaeum”*, trad. it., Milano, 1991, p. 299.

anni Settanta dell'Ottocento<sup>3</sup>. Il principio della “globalità del commercio”, vale a dire di “un commercio e di un mercato mondiale liberi, con una libera circolazione dell'oro, del capitale e del lavoro”<sup>4</sup>, poteva già allora far preconizzare un tendenziale disallineamento tra lo spazio aperto e virtualmente sconfinato dell'economia e la delimitazione territoriale dei confini statuali della politica e del corrispondente imperio del diritto prodotto dagli Stati: con la conseguente frantumazione di quella “unità (*Einheit*) di ordinamento (*Ordnung*) e localizzazione (*Ortung*), che caratterizza il diritto e lo Stato secondo la dottrina dello *ius publicum eropaeum*”<sup>5</sup>.

Ma se, all'epoca, lo sbocco potenziale del conato alla “mobilitazione totale”<sup>6</sup> delle forze del capitale poteva essere soltanto intuita con capacità che non ci appaiono così lontane dal potere di vaticinio, solo la “iper-globalizzazione”<sup>7</sup> economico-finanziaria dell'ultimo trentennio ha realmente potuto avverare quella premonizione, radicalizzando e portando alle estreme conseguenze quel processo dissimetrico – allora solo *in nuce* – con la rottura dell’“antica coestensione di politica diritto economia”<sup>8</sup>. Il “sogno utopico del capitale di operare in un mondo spaziale privo di attrito (obiettivo in gran parte raggiunto oggi con la mobilità del ciberdenaro)”<sup>9</sup>, infatti, si è potuto avverare solo in virtù della instaurazione di quello specifico regime totalizzante di estrazione del valore che

<sup>3</sup> Sulle ragioni dell'ascesa e della caduta della prima globalizzazione v. D. Rodrik, *The Globalization Paradox. Why Global Markets, States and Democracy Can't Coexist*, Oxford, 2011, p. 24 ss.

<sup>4</sup> C. Schmitt, *Il nomos*, cit., p. 298.

<sup>5</sup> Così, con chiara terminologia schmittiana, A. Morrone, *Teologia economica vs. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e diritto costituzionale globale*, in *Quad. cost.*, 2014, p. 829 ss., qui p. 832. In senso analogo A. Perulli, *L'OIL e la globalizzazione*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 387 ss., spec. p. 388, ove si legge: “La globalizzazione ha incarnato il trionfo del mercato finalmente liberato non solo dai confini territoriali dell'*Ortung*, in cui si localizza l'*Ordnung*, ma anche dai presupposti etico-normativi dell'economia, in particolare dal principio ‘il lavoro non è una merce’, che campeggia nella dichiarazione di Filadelfia del 1944”.

<sup>6</sup> Così ancora C. Schmitt, *Il nomos*, cit., p. 302, di cui è utile citare l'intero passo: “Il movimento generale verso la *libertà*, che comportava una negazione delle tradizionali localizzazioni e, in tal senso, una mobilitazione totale del genere più intenso, ovvero una de-localizzazione generale, scardinò il mondo eurocentrico, precipitandolo in altri campi di forza, rispetto ai quali il positivismo della legge dello Stato non era, all'interno dello Stato, di alcun aiuto [...]. Proprio qui, nel campo dell'economia, l'antico ordinamento spaziale della terra perse evidentemente la sua struttura”. A sua volta – come fa notare M. Cacciari, *Geo-filosofia dell'Europa*, Milano, 1994, p. 108 – Schmitt riprende la nota espressione jüngeriana (E. Jünger, *Die totale Mobilmachung*, Berlin 1931).

<sup>7</sup> D. Rodrik, *The Globalization Paradox*, cit., p. 89 ss.; Id., *Straight Talk on Trade. Ideas for a Sane World Economy*, Princeton, 2018, p. 5 ss.

<sup>8</sup> N. Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in Id., *Diritto senza verità*, Roma e Bari, 2011, p. 118.

<sup>9</sup> D. Harvey, *Marx e la follia del capitale*, trad. it., Milano, 2017, p. 134.

Luciano Gallino ha definito “finanzcapitalismo”<sup>10</sup>, e che è stato consentito dalla “decisione fondamentale”<sup>11</sup> di liberalizzare completamente (*i.e.*, senza limiti né misura) i movimenti di capitale assunta congiuntamente da Stati Uniti e Unione europea – ancorché con ben diversa consapevolezza e visione geopolitica<sup>12</sup> – tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta del Novecento<sup>13</sup>. È questo il *novum* della iper-globalizzazione, almeno per come essa si è dispiegata sino ad oggi: la radicale “despazializzazione neoliberale” della tecno-finanza<sup>14</sup>, in cui “il potere economico si è ormai disancorato dalla terra e agisce con trasferimenti di beni immateriali e con operazioni finanziarie che non hanno più alcun rapporto con territori determinati”<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup>L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2011, p. 5, che ne dà questa definizione: “Il finanzcapitalismo è una mega-macchina che è stata sviluppata nel corso degli ultimi decenni allo scopo di massimizzare e accumulare, sotto forma di capitale e insieme di potere, il valore estraibile sia dal maggior numero possibile di esseri umani, sia dagli ecosistemi. L'estrazione di valore tende ad abbracciare ogni momento e aspetto dell'esistenza degli uni e degli altri, dalla nascita alla morte o all'estinzione. Come macchina sociale, il finanzcapitalismo ha superato ciascuna delle precedenti, compresa quella del capitalismo industriale, a motivo della estensione planetaria e della sua capillare penetrazione in tutti i sotto-sistemi sociali, e in tutti gli strati della società, della natura e della persona”. Sui nuovi meccanismi di accumulazione predatoria della finanza v. inoltre M. Mazzucato, *The Value of Everything. Making and Taking in the Global Economy*, London, 2018, p. 161 ss.; L. Boltanski, A. Esquerre, *Arricchimento. Una critica della merce*, trad. it., Bologna, 2019, p. 381 ss.

<sup>11</sup>Evoco di nuovo volutamente C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, trad. it., Milano, 1984, p. 38 ss., per come è stato ripreso dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica, la cui “assonanza col pensiero schmittiano è palese”: O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 59. Cfr. sul punto anche D.J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, p. 25 ss., spec. p. 44; A. Cantaro, *Costituzione e ordine economico*, Acireale, 1999, p. 10 ss. E si rilegga il celebre discorso di C. Schmitt, *Stato forte ed economia sana* (1932), in *Fil. pol.*, 2019, p. 7 ss.

<sup>12</sup>Sul punto, le acuminatae riflessioni di C. Galli, *Diritto, politica e spazi: l'universale e il particolare nella modernità e nella contemporaneità*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 335 ss., spec. p. 345.

<sup>13</sup>Cfr. per tutti M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017, p. 70 ss.

<sup>14</sup>G. Preterossi, *Introduzione. L'Odissea dello spazio*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 327 ss., spec. p. 333.

<sup>15</sup>M. Luciani, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, p. 349 ss., qui p. 360. Che poi aggiunge: “la globalizzazione di oggi ha una cifra che la distingue dalla globalizzazione di ieri, perché il potere economico-finanziario non si limita più a (pretendere di) attraversare i territori delimitati dai poteri politici sovrani, ma quei poteri pretende di (e largamente sa) sostituire”. E v. già M. Cacciari, *Geo-filosofia*, cit., pp. 108-109, che riflettendo sulle pagine di Schmitt osserva come questi confini siano “travolti dall'universale *Mobilmachung* contemporanea. La libertà commerciale, finanziaria, economica, che fa di ogni luogo e di ogni tempo una ‘globale Zeit’, sta in irrimediabile conflitto col positivismo del diritto collegato allo Stato. Senza Nomos positivamente radicato, ogni diritto pubblico vive un'esistenza spettrale. Il ‘calvario’ del Nomos sembra, dunque, concludersi con questa prognosi: impossibile ri-formare la grande costruzione dello Stato – impossibile, però, anche concepire un Nomos ‘raumlos’, senza spazio, senza confine, illimitato e in-

Ma la dissimmetria tra la dimensione territoriale della politica e del diritto nazionale e la spazialità aperta e radicata dell'economia, e soprattutto della finanza globalizzata, ha prodotto laceranti contraddizioni sociali, che la grande crisi economico-finanziaria che ha investito l'emisfero occidentale nel 2008 ha messo cupamente a nudo, facendone gravare conseguenze drammatiche sui sistemi più fragili e meno attrezzati a parare i colpi della concorrenza e della mobilitazione globale dei fattori produttivi<sup>16</sup>. “È – come ha osservato Natalino Irti – la tragica antinomia del nostro tempo, che vede, da un lato, le sovranità chiuse in definiti ambiti territoriali, in luoghi circoscritti da confini, e, dall'altro, le interminate distese della tecno-economia”<sup>17</sup>.

Questa dissimmetria, soprattutto, ha significativamente contribuito a mettere in crisi il ruolo che lo Stato, a partire dal secondo dopoguerra, ha storicamente svolto nelle democrazie costituzionali occidentali, e della vecchia Europa in particolare, nell'assicurare il governo politico del rapporto tra capitale e lavoro all'interno dei propri confini. E spiega, al contempo, perché oggi i contro-movimenti “populisti” e “sovranisti” di diversa estrazione<sup>18</sup>, che agitano la scena politica in Europa non meno che in America, facciano della riappropriazione difensiva di una sfera di sovranità economica all'interno dei confini statuali una formidabile sfida al modello di globalizzazione sul quale si era andato costruendo il nuovo “ordine” economico mondiale sotto l'egida dei grandi accordi commerciali multilaterali di libero scambio<sup>19</sup>. Un ordine, tuttavia, esso stesso in crisi, per la in-sostenibilità dei suoi presupposti<sup>20</sup>, e che sembra, a sua volta, entra-

---

forme, quale quello che sembrerebbe imporre la radicatezza dello spirito contemporaneo, cui è estranea ogni ‘misura’”. V. altresì S. Latouche, *Limite*, trad. it., Torino, 2012.

<sup>16</sup> Cfr. L. Demichelis, *La religione tecno-capitalista. Suddividere, connettere e competere dalla teologia politica alla teologia tecnica*, Sesto San Giovanni, 2015.

<sup>17</sup> N. Irti, *Tramonto*, cit., p. 118.

<sup>18</sup> Cfr. A. Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

<sup>19</sup> Ma è, all'evidenza, un ordine intrinsecamente instabile, piuttosto pronò al disordine: v. solo T. Detti, G. Gozzini, *L'età del disordine. Storia del mondo attuale 1968-2017*, Roma-Bari, 2018.

<sup>20</sup> L'utopia “originaria” del mercato autoregolato che aveva sorretto la “grande trasformazione”, ma anche – specularmente – generato i contro-movimenti di difesa della società. Resta dunque intatta la forza analitica e predittiva dell'*opus magnum* di K. Polanyi, *La grande trasformazione* (1944), trad. it., Torino, 1974, non a caso oggetto di una vera e propria riscoperta negli ultimi anni: v. per tutti M. Blyth, *Great Transformations. Economic Ideas and institutional Change in the Twentieth Century*, Cambridge, 2002; G. Dale, *Karl Polanyi. The Limits of the Market*, Cambridge 2010; C. Joerges, J. Falke (eds.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford-Portland, 2011; K. Polanyi Levitt, *From the Great Transformation to the Great Financialization. On Karl Polanyi and Other Essays*, London-New York, 2013. Per una precoce e originale attualizzazione di quell'analisi della economia politica del capitalismo globalizzato, condotta attraverso il filtro delle categorie gramsciane, v. S. Gill, *Power and Resistance in the New World Order*, Basingstoke (Hampshire)-New York, 2008 (seconda edizione).

to in una fase di dissoluzione o, quantomeno, di ridefinizione delle sue premesse e dei suoi assetti geo-economici<sup>21</sup>.

## 2. *Asimmetrie globali*

In Europa come negli Stati Uniti, la fase più recente ed inquieta della globalizzazione economico-finanziaria, caratterizzata dall'ascesa delle nuove grandi potenze industriali e commerciali di Cina e India, ha contribuito a mettere in discussione il ruolo tradizionalmente svolto dal diritto del lavoro dentro i confini statali. Questa non è certo l'unica causa della destabilizzazione dei fondamenti sui quali si sono retti, sino alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, in particolare in Europa occidentale, i grandi modelli di Stato sociale democratico affermatasi nel secondo dopoguerra; e tuttavia, come aveva avvertito Massimo d'Antona, si può dire che il progressivo spiazzamento funzionale della sovranità sociale nazionale riassume in qualche modo in sé i diversi fattori di "crisi d'identità" del diritto del lavoro novecentesco<sup>22</sup>. Gli Stati nazionali rimangono ancora oggi la chiave di volta dei sistemi di relazioni industriali e di protezione sociale, ma le forme di solidarietà collettiva che sostengono e legittimano democraticamente la funzione protettiva del diritto del lavoro sono state erose e quasi spiazzate dalla forza centrifuga dell'apertura delle frontiere nel "mondo piatto"<sup>23</sup> della tecno-globalizzazione di economia e finanza.

Il paradigma dello Stato sociale disegnato dalle grandi costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, rette sull'idea di una "vera e propria democrazia 'emancipante' e 'sostanziale' – che impone ormai l'*Ergreifung*, la cattura costituzionale dell'economico"<sup>24</sup> – viene capovolto. Non è più lo Stato che governa l'economia, indirizzandola a fini di giustizia sociale, e comunque di controllo e correzione degli esiti distributivi del conflitto – ancora essenzialmente "domestico" – tra capitale e lavoro; è al contrario "il mercato – o meglio le agenzie transnazionali di rating – che giudicano i titoli del debito pubblico emesso dagli Stati e che condizionano la politica finanziaria di questi ultimi"<sup>25</sup>. Come è stato efficace-

---

<sup>21</sup> Cfr. tra gli altri, con singolare convergenza di analisi, al di là della diversa "sensibilità politica", G. Tremonti, *Mundus furiosus. Il riscatto degli Stati e la fine della lunga incertezza*, Milano, 2016; F. Saccomanni, *Crepe nel sistema. La frammentazione dell'economia globale*, Bologna, 2018; F. Gallo, *Il futuro non è un vicolo cieco. Lo stato tra globalizzazione, decentramento ed economia digitale*, Palermo, 2019.

<sup>22</sup> M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Riv. giur. lav.*, 1998, I, p. 311 ss.

<sup>23</sup> T.S. Friedman, *The World Is Flat. A Brief History of the Twenty-first Century*, London, 2007.

<sup>24</sup> M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 124 ss., qui pp. 160-161.

<sup>25</sup> F. Galgano, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 177 ss., qui p. 180. Sviluppa tale considerazione in chiave costituzionale A. Vernata, *Costituzione, rating e sovranità nello spazio giuridico globalizzato*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 979 ss.

mente scritto, “quando, con la caduta del muro di Berlino, la globalizzazione at-  
tua sino in fondo quel processo che rende il mercato uno spazio privo di confini e  
barriere, in cui gli attori economici possono sfruttare illimitatamente a proprio  
vantaggio i fattori produttivi o altre opportunità di valorizzazione del capitale, gli  
Stati perdono buona parte della loro capacità di governo dell’economia, mentre  
una logica di mercato deterritorializzata e destatalizzata si impone sulla sfera po-  
litico-istituzionale (sia a livello intrastatale che internazionale) trasformando il pa-  
radigma delle relazioni di potere tra Stato e capitale in un meccanismo di ‘sussun-  
zione’ dello Stato nel processo di globalizzazione”<sup>26</sup>.

L’asimmetria, che è in tal modo determinata dalla dissociazione tra la globa-  
lizzazione dei mercati (soprattutto finanziari) e il persistente radicamento terri-  
toriale delle forme di solidarietà e di intervento redistributivo<sup>27</sup>, stringe così gli  
Stati sociali nazionali dentro una “morsa”<sup>28</sup>. Mentre l’internazionalizzazione dei  
mercati li mette in concorrenza diretta in una logica onnipervasiva che si con-  
cretizza in una vera e propria competizione regolativa tra sistemi-paese<sup>29</sup>, gli  
Stati debbono far fronte sul piano interno a domande di protezione sociale ac-  
cresciute proprio dagli effetti asimmetrici della globalizzazione, che se ha forse  
ridotto le distanze e le disparità tra i grandi blocchi geo-economici, ha invece  
parallelamente accresciuto le disuguaglianze all’interno dei confini nazionali (tra  
i gruppi sociali, come fra i territori)<sup>30</sup>.

Il “paradosso della prosperità” – ha notato Mireille Delmas-Marty<sup>31</sup> – fa sì  
che aumentino allo stesso tempo profitti e disuguaglianze; queste, dopo la gran-  
de crisi deflagrata nel 2008, hanno ormai raggiunto, anche in Occidente, livelli  
impressionanti, inimmaginabili fino a pochi anni fa e sempre più avvertiti come  
intollerabili. E mentre si moltiplica smisuratamente la ricchezza del percentile  
più alto<sup>32</sup>, l’effetto congiunto della nuova divisione internazionale del lavoro e

<sup>26</sup> A. Perulli, *L’OIL*, cit., p. 388.

<sup>27</sup> V., volendo, già S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

<sup>28</sup> A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris, 2007 (II ed.), p. XIX.

<sup>29</sup> V. per tutti, più di recente, A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati al potere dei mercati finanziari attraverso la misurazione comparativa del diritto*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 387 ss.; D. Giannone, *In perfetto stato. Indicatori globali e politiche di valutazione nello stato neoliberale*, Sesto San Giovanni, 2019.

<sup>30</sup> Nell’ormai sterminata letteratura v. solo T. Piketty, *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, 2013; J.E. Stiglitz, *The Great Divide. Unequal Societies and What We Can Do about Them*, New York, 2015; B. Milanovic, *Global Inequality. A New Approach for the Age of Globalization*, Cambridge (Massachusetts), 2016; P. Tridico, *Inequality and Financial Capitalism*, Abingdon-New York, 2017.

<sup>31</sup> M. Delmas-Marty, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, 2013, p. 36.

<sup>32</sup> Al punto che quella accumulata senza limite dai grandi monopolisti della rete e dalla nuova classe transnazionale di *rentier* sembra aver realizzato “l’impulso illimitato e smisurato del capitale ad oltrepassare il suo limite” (K. Marx, *Grundrisse*, cit., p. 289). Cfr. G. Standing, *The Corruption of Capitalism. Why Rentiers Thrive and Work Does Not Pay*, London, 2016.

della trasformazione tecnologica polarizza le condizioni dei mercati del lavoro nazionali<sup>33</sup>, condannando larghi strati di popolazione, che sino a poco fa costituivano orgogliosamente il nerbo della classe media delle società affluenti, ad una condizione di precarietà e di progressivo impoverimento<sup>34</sup>. Sono stati per primi i settori meno qualificati e competitivi del lavoro industriale a subire gli effetti della concorrenza dell'esercito di riserva costituito dalle nuove masse operaie delle grandi economie asiatiche emergenti; ma oggi quella pressione concorrenziale si estende trasversalmente a tutti i comparti, anche sotto la spinta dei massicci fenomeni migratori alimentati dalla globalizzazione e, almeno in prospettiva, della diffusione – ancora limitata, ma potenzialmente pervasiva – delle forme di *crowdsourcing* messe a disposizione dal capitalismo algoritmico delle piattaforme digitali<sup>35</sup>.

Costretto dentro questa morsa, lo Stato sociale nazionale è sempre meno in grado di compensare i perdenti della globalizzazione: il risentimento sociale che alimenta le nuove forme di populismo identitario e xenofobo e le reazioni neo-sovraniste contro la globalizzazione e il multilateralismo economico – negli Stati Uniti d'America come in Europa – ha in ciò la sua prima e più profonda radice<sup>36</sup>. I sistemi nazionali di solidarietà sono dunque come schiacciati tra queste due opposte logiche, subendo ad un tempo la pressione a piegarsi alla matrice neoliberale della competizione globale (e quindi a ridursi e ad adattarsi agli imperativi della efficienza allocativa e al dominio della razionalità numerica, algoritmica e contabile) e quella ad estendere la loro funzione protettiva e di integrazione sociale, risarcendo o compensando (o per lo meno includendo nelle reti di contrasto della povertà) i perdenti della globalizzazione. Stretto entro queste contrapposte logiche – di apertura ai mercati internazionali e alla concorrenza globale la prima, di chiusura degli spazi di solidarietà la seconda –, lo Stato fatica, inevitabilmente, a fornire le risposte necessarie; donde la percezione politica diffusa di un declino e quasi di uno spaesamento della sovranità nazionale nel mondo iper-connesso della tecno-globalizzazione<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. E. Moretti, *La nuova geografia del lavoro*, Milano, 2012.

<sup>34</sup> V. ad es., per l'Italia, le analisi di G. De Rita, *Il regno inerme. Società e crisi delle istituzioni*, Torino 2002; G. De Rita, A. Galdo, *Il popolo e gli dei. Così la Grande Crisi ha separato gli italiani*, Roma e Bari 2014; M. Revelli, *Non ti riconosco. Un viaggio eretico nell'Italia che cambia*, Torino, 2016.

<sup>35</sup> Cfr. ad es. A. Perulli (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano, 2018; J. Prassl, *Humans as a Service. The Promise and Perils of Work in the Gig Economy*, Oxford, 2018; C. Crouch, *Se il lavoro si fa gig*, Bologna, 2019.

<sup>36</sup> Cfr. C. Crouch, *The Globalization Backlash*, Cambridge, 2019, p. 28 ss.

<sup>37</sup> Cfr. ad es. W. Brown, *Stati murati, sovranità in declino*, trad. it., Roma-Bari, 2013.

### 3. Erosione della sovranità sociale democratica

Il ruolo dello Stato è così messo in discussione senza che, però, al di là dei suoi confini emergano nuove forme di governo e di controllo dei mercati, capaci di riarticolare nuove formule di sintesi tra sviluppo economico e giustizia sociale a livello globale. Come ha nuovamente sottolineato Mireille Delmas-Marty, “la mondializzazione colpisce gli ordinamenti giuridici nella loro pretesa di identificarsi con lo Stato. Essa non sopprime però il diritto nazionale a beneficio di quello internazionale, ma dà piuttosto luogo a un groviglio tra diritto nazionale e diritto internazionale che può essere allo stesso tempo la fonte del problema o della sua soluzione”<sup>38</sup>.

La fitta rete di autorità regolative di diversa e incerta natura<sup>39</sup>, che è cresciuta disordinatamente in questi ultimi decenni rendendo pressoché vano ogni tentativo di distinzione tra dominio del diritto pubblico e sfera della autoregolazione privata<sup>40</sup>, non riesce a supplire (e del resto neppure intende farlo) alle funzioni assolute dagli Stati. Il diritto della cosiddetta *governance* globale<sup>41</sup> è essenzialmente pensato per una società di mercato transnazionale ed è per questo prevalentemente basato su schemi contrattuali e volontaristici, che rompono con la tradizione dello *jus publicum* degli Stati nazionali<sup>42</sup>. La scena è dominata da relazioni di tipo (apparentemente) orizzontale, eterarchico<sup>43</sup>, societario<sup>44</sup>, ove i conflitti d’interesse, quando non vengono del tutto occultati<sup>45</sup>, sono comunque tendenzialmente espulsi dal circuito politico nazionale<sup>46</sup>, per essere filtrati attraverso tecniche regolative *soft* e procedurali e, ove necessario, risolti secondo moduli arbitrari e negoziali<sup>47</sup>.

In questo “quadro di tendenziale privatizzazione della stessa economia poli-

<sup>38</sup> M. Delmas-Marty, *Résister*, cit., p. 7.

<sup>39</sup> Cfr. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma e Bari 2003, p. 8 ss.; Id., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009, p. 18 ss.

<sup>40</sup> Anch’essa una categoria fondativa dello Stato nazionale ormai in crisi: v. M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, p. 101 ss.

<sup>41</sup> Per un efficace quadro d’insieme v. E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, The Hague 2014; C. Focarelli, *Economia globale e diritto internazionale*, Bologna, 2016, p. 73 ss.

<sup>42</sup> Cfr. P. Perulli, *Il dio contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino, 2012.

<sup>43</sup> Cfr. principalmente F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

<sup>44</sup> Cfr. G. Teubner, *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma 2005; Id., *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012.

<sup>45</sup> Resta essenziale la lettura di G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

<sup>46</sup> V. ad es. A. Baldassarre, *Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, p. 173 ss., e più recentemente A. Somma, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spolitizzazione dell’ordine economico*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 79 ss.

<sup>47</sup> Cfr. G. Rossi, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, spec. p. 15 ss. per l’analisi critica del “capitalismo a contratto” e della conseguente frantumazione del diritto statale.

tica”<sup>48</sup>, con il conseguente “rovesciamento di posizione tra pubblico e privato”<sup>49</sup>, le imprese multinazionali, e le grandi *law firms* globali al loro servizio<sup>50</sup>, giocano evidentemente un ruolo decisivo. Esse non si limitano, infatti, alla scelta del diritto – nelle sempre più sofisticate e pervasive forme di *law shopping* e di arbitraggio tra regimi giuridici in concorrenza<sup>51</sup>, che pure sono dischiuse loro dalla liberalizzazione dei movimenti di merci e capitali<sup>52</sup> –, ma sono esse stesse attori regolativi decisivi, protagoniste della nuova *lex mercatoria*<sup>53</sup>. Lo si avverte con particolare nitore quando ci si addentra nella selva degli accordi con cui gli attori finanziari e i grandi gruppi multinazionali autoregolano profittevolmente i propri investimenti, specialmente nei Paesi in via di sviluppo, ove il potere negoziale degli “Stati contraenti”<sup>54</sup>, bisognosi di procacciarsi a qualunque costo i capitali promessi, è visibilmente dimidiato. Ce ne dà evidenza la diffusione – in tali accordi – delle cosiddette clausole di “stabilizzazione”<sup>55</sup> e, ancor più, dei meccanismi arbitrali ISDS (*Investor-State Dispute Settlement*)<sup>56</sup>, il cui effetto è, nel migliore dei casi, quello di scoraggiare – quando non di deprimere – i già fiacchi conati ad un innalzamento degli *standard* di protezione sociale o ambientale<sup>57</sup>. Non è un caso che l’attuazione di tali meccanismi sia rimessa a strumenti

---

<sup>48</sup>M.R. Ferrarese, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Pol. dir.*, 2014, p. 375 ss., qui p. 399.

<sup>49</sup>*Ivi*, p. 391.

<sup>50</sup>I nuovi “mercanti del diritto”, potenti attori strumentali alla costruzione della *governance* contrattuale della globalizzazione economica, per riprendere la celebre espressione di Y. Dezalay, *I mercanti del diritto. Le multinazionali del diritto e la ristrutturazione dell'ordine giuridico internazionale*, trad. it., Milano, 1997.

<sup>51</sup>Cfr. ad es. D.H. Murphy, *The Structure of Regulatory Competition. Corporations and Public Policies in a Global Economy*, Oxford, 2004; M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti e arbitraggi nel diritto comune europeo*, Milano 2004; A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Milano, 2007.

<sup>52</sup>Un peso crescente ha assunto al riguardo, come ben noto, la concorrenza fiscale, sempre più agguerrita anche all’interno dell’Unione europea: v. da ultimo F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale nell’Unione europea*, Napoli, 2015; A. Perrone, *Tax competition e giustizia sociale nell’Unione europea*, Milano, 2019.

<sup>53</sup>D’obbligo il rinvio a F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001, p. 229 ss.

<sup>54</sup>M.R. Ferrarese, *Le organizzazioni internazionali e gli stati “contraenti”*, in *Rass. it. soc.*, 2003, p. 197 ss.

<sup>55</sup>Cfr. V. Brino, *Stabilization Clauses in State-Investor Agreements: A Brief Overview*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development, Global Trade and Social Rights*, Alphen aan den Rijn, 2018, p. 141 ss.

<sup>56</sup>Cfr. V. Cagnin, *New Generations Treaties and the Attempts for a Renewal of the ISDS*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development*, cit., p. 155 ss.

<sup>57</sup>Lo riconosce anche T. Treu, *Globalization and Human Rights: Social Clauses in Trade Agreements and in International Exchanges among Companies*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development*, cit., p. 99 ss., spec. p. 106.

arbitrali di risoluzione delle controversie posti ben al riparo da qualunque forma di *accountability* pubblica e strutturalmente sbilanciati – per composizione e “cultura giuridica” – in favore degli interessi finanziari dei grandi investitori.

Ma anche quando non ci si trovi di fronte a tali forme esasperate di “*governance* paragiudiziaria” privata<sup>58</sup>, dove l’asimmetria tra gli interessi serviti è irrimediabile in quanto strutturale, e ci si imbatta nell’intervento dei giudici nazionali, il giudizio deve restare cauto e, soprattutto, non deve farsi trasportare dagli entusiasmi affrettati e piuttosto ingenui, che in molti hanno suscitato negli ultimi anni le varie teoriche della tutela multilivello dei diritti fondamentali. Ed invero, lo stesso intervento dei giudici e delle corti nazionali – la cui crescente rilevanza costituisce la cifra forse più evidente della postmodernità giuridica del “diritto globale”<sup>59</sup> – viene per la medesima ragione ricondotto a quella dimensione orizzontale del “dialogo”<sup>60</sup>, nella quale la circolazione del diritto straniero<sup>61</sup>, come la stessa elaborazione “pretoria” di comuni principi “sovrnazionali”, è legittimata dall’idea della parità di diritti conversazionali dei partecipanti<sup>62</sup>, relegando ai margini le ipotesi del conflitto e quasi esorcizzando la questione della *Kompetenz-Kompetenz*<sup>63</sup>, nella quale per definizione deve pur esserci la possibilità d’una decisione emessa da chi si riconosce il potere (sovrano) di pronunciare l’ultima parola. Anche questa “sorta di costituzionalizzazione transnazionale”<sup>64</sup> – guidata dal “dialogo tra le corti” – finisce, dunque, per prescindere dagli Stati<sup>65</sup> e per recidere, di conseguenza, ogni legame con il “politico”<sup>66</sup>,

---

<sup>58</sup> Cfr. M.R. Ferrarese, *Sulla governance paragiudiziaria*, cit., p. 392, che rammenta che “la protezione degli investimenti è proprio il fine dei vari BIT, nonché dell’ICSID convention e di altri simili accordi”, grazie ai quali le imprese riescono a ritagliarsi “un ruolo di ‘veto-players’, ossia di soggetti abilitati a rivendicare un diritto di veto sulle scelte politiche dello stato ospitante, che configgano con i loro interessi”.

<sup>59</sup> V. ancora M.R. Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012, p. 54 ss., nonché P. Grossi, *L’invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2018, p. 91 ss.

<sup>60</sup> È fiorito, al riguardo, un vero e proprio nuovo genere letterario, forse il più florido, anche in Italia, nell’ambito delle correnti di pensiero del c.d. “neo-costituzionalismo multilivello”. Oltre alle indicazioni che si stanno per dare nelle note seguenti, v., per i richiami essenziali, e le altrettanto necessarie valutazioni critiche, M. Luciani, *Dal chaos*, cit., p. 366 ss.; R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 69 ss.; G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma-Bari 2013, spec. pp. 19 e 161 ss.

<sup>61</sup> Cfr. B. Markensius, J. Fedtke, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, trad. it., Bologna, 2009.

<sup>62</sup> V. solo S. Cassese, *Il diritto globale*, cit., p. 139 ss.; Id., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009.

<sup>63</sup> Cfr. N. MacCormick, *La sovranità in discussione. Diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, trad. it., Bologna, 1999, p. 243 ss.

<sup>64</sup> M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma e Bari 2006, p. 38.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 40.

<sup>66</sup> Cfr. P.F. Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm. A Sociological Approach*, London, 2014, p. 122 ss.

oscurando la dimensione del potere e della “lotta per il diritto”, che naturalmente resta intatta, per esser tuttavia tecnicizzata e spolitizzata dietro la scena giudiziale. La questione del potere – in realtà drammatizzata dalla sua sempre più asimmetrica concentrazione nei giganti del mercato<sup>67</sup> – viene così rimossa e oscurata: in ogni caso, (viepiù) allontanata dai circuiti democratico-rappresentativi<sup>68</sup>.

Il nuovo ordine a-spaziale del mercato globale – il cuore della costituzionalizzazione trans- e sovra-nazionale del capitalismo<sup>69</sup> – si insinua lateralmente nelle (o, come avviene nel contesto dell’Unione europea, si impone senz’altro sulle) costituzioni nazionali, lasciando impotenti e come spiazzati dentro i confini territoriali degli Stati i depositari democratici del potere legislativo. Naturalmente, tale “debilitazione” è risentita in modo fortemente diseguale, in un processo di sempre più accentuata gerarchizzazione tra Stati egemoni (Usa, Cina e, in Europa, la Germania con la sua ritrovata *Großraum* ordoliberal) e Stati sudditi o satelliti.

#### 4. Organizzazione internazionale del lavoro

In un quadro del genere, il disagio – il malessere – del giuslavorista (quanto meno di quello cui potrebbe venire rimproverato di esser nostalgicamente attaccato ad una certa idea novecentesca del diritto del lavoro)<sup>70</sup> è inevitabile. È evidente, invero, come aveva avvertito Massimo D’Antona<sup>71</sup>, come tutto questo rappresenti un potente fattore di corrosione della identità stessa del diritto del lavoro, di cui è messa in discussione la pretesa democratica<sup>72</sup> di costruire – dal basso (cioè in primo luogo con le risorse dell’autonomia collettiva) – un limite alla logica del mercato<sup>73</sup>, componendo secondo equilibri concretamente commisurati al contesto nazionale il conflitto tra capitale e lavoro.

Dal punto di vista del giurista del lavoro, la fonte principale di tale inquietudine identitaria ed esistenziale sta proprio nella dissociazione tra il livello trans-

---

<sup>67</sup> Cfr. ad es., con diversi tagli analitici, C. Crouch, *Il potere dei giganti. Perché la crisi non ha sconfitto il neoliberalismo*, trad. it., Roma-Bari, 2014; K. Pistor, *The Code Capital. How Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton-Oxford, 2019; A. Ezrachi, M.E. Stucke, *Virtual Competition. The Promise and Perils of the Algorithm-driven Economy*, Cambridge (Massachusetts), 2016.

<sup>68</sup> Il problema è ovviamente acuitizzato, in Europa, dalla struttura postdemocratica della *governance* economico-finanziaria dell’Unione (e della zona euro in particolare): v. *infra*, § 5, e, sin d’ora, A. Schäfer, W. Streeck (eds.), *Politics in the Age of Austerity*, Cambridge, 2013.

<sup>69</sup> D. Nicol, *The Constitutional Protection of Capitalism*, Oxford-Portland, 2010.

<sup>70</sup> Sulla quale v., molto bene, R. Duke, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford, 2014.

<sup>71</sup> *Supra*, nota 22.

<sup>72</sup> Cfr. G. Davidov, *A Purposive Approach to Labour Law*, Oxford, 2016, p. 55 ss.

<sup>73</sup> Anche F. Martelloni, *Lavoro, diritto e democrazia. La norma giuslavoristica in cerca di legittimazione: rilievi critici*, Milano, 2018, p. 16 ss.

o sovra-nazionale, nel quale opera la nuova costituzionalizzazione delle libertà di mercato, e quello ancora essenzialmente locale, nel quale soltanto è possibile una correzione democratica degli esiti distributivi dei processi economici. Invero, come osserva sempre Mireille Delmas-Marty, la “mondializzazione del diritto, selettiva e frammentaria com’è, dissocia le funzioni tradizionali del mercato (circolazione e redistribuzione) e separa le libertà economiche, che si sono rapidamente integrate, dai diritti sociali, la cui evoluzione è invece lenta e discontinua”<sup>74</sup>.

Questa lancinante asimmetria è osservabile tanto al livello dell’ordinamento internazionale, quanto nell’ambito dell’Unione europea.

Una tale dissociazione tra liberalizzazione economica (internazionale) e protezione (nazionale) dei diritti sociali è stata come ben noto posta alla base dell’accordo di Marrakech del 1994, con il quale è stata istituita l’Organizzazione mondiale del commercio (OMC)<sup>75</sup>. L’orientamento di fondo dell’accordo di Marrakech è al riguardo emblematico, come ha osservato Tiziano Treu, visto che l’OMC ha “rifiutato sin dall’inizio di occuparsi di questioni attinenti alle clausole sociali nei trattati ritenendole di competenza esclusiva e separata dell’ILO”: la quale, però, si è trovata a “elaborare regole, o meglio ipotesi di regole sociali, in isolamento rispetto alle dinamiche dei trattati commerciali e senza l’appoggio dei vantaggi e delle sanzioni di questi, oltre che senza la disponibilità di elementi normativi propri, a differenza di altri organismi internazionali”<sup>76</sup>.

Fu al riguardo decisiva, in piena coerenza con lo *Zeitgeist* neoliberale, forse al suo zenit in quel momento, la conferenza ministeriale dell’OMC di Singapore, del 1996, nella quale, recependo le istanze dei Paesi in via di sviluppo, venne fissato il principio della sostanziale scissione tra liberalizzazione del commercio internazionale e protezione dei diritti sociali, laddove quest’ultima non avrebbe potuto costituire un grimaldello protezionistico da parte delle economie avanzate per frustrare il vantaggio competitivo di quelle che si affacciavano al mare sconfinato del mercato globale. Fu, quello, “*a decisive setback of social conditionality as a requirement for international trade regulation*”<sup>77</sup>, o, come è stato autorevolmente puntualizzato, “*un véritable blocage du droit du travail lors de la conférence de Singapour*”<sup>78</sup>. L’OMC, astro nascente della globalizzazione, si disinteressava dei problemi di regolazione internazionale del

<sup>74</sup> M. Delmas-Marty, *Résister*, cit., pp. 36-37.

<sup>75</sup> Per un quadro di sintesi, al volgere del secolo (e del millennio), A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*, Padova, 1999.

<sup>76</sup> T. Treu, *Globalizzazione e diritti umani. Le clausole sociali nei trattati commerciali e negli scambi internazionali fra imprese*, in *Stato e mercato*, 2017, p. 7 ss., qui p. 8.

<sup>77</sup> A. Perulli, *Introduction*, in Id. (ed.), *Sustainable Development*, cit., p. 1.

<sup>78</sup> M. Delmas-Marty, *Le travail à l’heure de la mondialisation*, Montrouge 2013, p. 44.

lavoro, lasciando alla responsabilità dell'OIL il compito di provvedervi: “*en pratique, le résultat était de bloquer la coordination potentielle entre le commerce et le droit sociaux*”<sup>79</sup>.

La “decisione fondamentale” del nuovo ordine del commercio internazionale – per riecheggiare nuovamente la formula schmittiana, non a caso rielaborata dalle dottrine ordoliberali della costituzione economica<sup>80</sup> – poggia, dunque, su tale dissociazione tra libertà economiche e diritti sociali. Il che segna in buona sostanza il totale rovesciamento della visione affermata nella Dichiarazione di Filadelfia del 1944<sup>81</sup>, che aveva ridisegnato la missione dell'OIL prefigurando la fine della Seconda guerra mondiale nel nuovo ordine economico internazionale effettivamente dispiegatosi nel trentennio successivo<sup>82</sup> (e che John Gerard Ruggie ha polanyianamente definito *embedded liberalism*)<sup>83</sup>.

L'OIL – lasciata sola – non era tuttavia, con ogni evidenza, in grado di affrontare con mezzi adeguati le nuove sfide della globalizzazione economica. Che il ruolo dell'OIL abbia in effetti subito un graduale declino e una sorta di appannamento<sup>84</sup>, in parallelo con il decollo della nuova globalizzazione<sup>85</sup>, con l'entrata in vigore del nuovo sistema multilaterale di libero scambio e il successivo ingresso della Cina nell'OMC nel 2001, è osservazione sulla quale esiste

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> V. *supra*, nota 11 e testo corrispondente, e, nonché, più di recente, J. Hien, C. Joerges (eds.), *Ordoliberalism, Law and the Rule of Economics*, Oxford-Portland 2017.

<sup>81</sup> Così A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris 2010, p. 63. In senso conforme, A. Perulli, *L'OIL*, cit., p. 391: “Il paradigma del primato sociale rappresentato dall'OIL nella Dichiarazione di Filadelfia viene capovolto: se in quel testo si afferma che tutti i programmi d'azione e tutte le misure assunte a livello nazionale ed internazionale, in particolare nel campo economico e finanziario, devono essere valutate in base al principio della libertà e dignità umana, oltre che della libertà e del progresso materiale di tutti gli uomini, la globalizzazione ha ristabilito il primato della valorizzazione capitalistica sui diritti umani fondamentali”.

<sup>82</sup> Sul suo valore “rifondativo” dell'ordine mondiale che le Potenze alleate già prefiguravano per il dopoguerra, pochi giorni prima dello sbarco in Normandia (la dichiarazione fu adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro nella sua ventiseiesima sessione il 10 maggio 1944), v., più di recente, S. Moyn, *Not Enough. Human Rights for an Unequal World*, Cambridge (Massachusetts) 2018, p. 89 ss., nonché A. Perulli, *The Declaration of Philadelphia*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.INT-143/2018.

<sup>83</sup> V., classicamente, J.G. Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change. Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, in *International Organization*, 1982, vol. 36, p. 379 ss., e più di recente Id. (ed.), *Embedding Global Markets. An Enduring Challenge*, Farnham, 2008.

<sup>84</sup> Ma come ricorda M. Delmas-Marty, *Le travail*, cit., p. 44, tale processo era in realtà già iniziato negli anni Ottanta.

<sup>85</sup> La terza, nella periodizzazione proposta da C. Crouch, *The Globalization Backlash*, cit., p. 18 ss. Diversi sono invece i criteri storico-dogmatici che ispirano la notissima periodizzazione proposta da D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D.M. Trubek, A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, 2006, p. 19 ss.

ampio consenso<sup>86</sup>. Il declino è “marcato”<sup>87</sup> soprattutto se lo si valuta dal punto di vista dell’adozione di *standard* minimi di carattere universale attraverso il tradizionale strumento convenzionale ed ancor più se si considera l’effettività di tale dimensione – un tempo centrale – dell’azione dell’OIL. Nelle seconda metà degli anni Novanta, proprio per reagire a una condizione di crescente irrilevanza e marginalizzazione, l’OIL ha cercato di rilegittimare il proprio ruolo percorrendo strategie nuove e alternative al metodo convenzionale (e al tripartitismo)<sup>88</sup> classico, ritenute maggiormente congeniali alla natura fluida e flessibile dei nuovi processi di *governance* policentrica della globalizzazione. L’Organizzazione si è per questo essenzialmente affidata alle tecniche della *soft law* e del diritto “riflessivo”<sup>89</sup>, anche ingegnosamente rivisitate, come dimostra emblematicamente la proclamazione, nel 1998, dei *core labour standards*<sup>90</sup>.

L’effettiva incidenza di queste tecniche è, però, oggetto di discussione ed è quanto meno problematica<sup>91</sup>. Il limite strutturale di tali iniziative è infatti costituito proprio dal loro carattere spiccatamente volontaristico, per cui – in assenza di un effettivo impegno da parte degli Stati nazionali – il reale impatto di questi strumenti rischia di essere estremamente ridotto. Anche le proposte che puntano ad un rilancio dell’OIL come attore centrale di un potenziale “mercato per la giustizia sociale”, con un ruolo affidato ad un potenziamento delle sue “capacità persuasive” e di *moral suasion*, scontano lo stesso limite di fondo<sup>92</sup>.

Lo si coglie, quasi *per tabulas*, da una pur succinta rassegna delle iniziative “promozionali” assunte in successione dall’OIL sulla scia dell’adozione dei *core labour standards*<sup>93</sup>. Le tre principali iniziative assunte da allora – ovvero il lancio dell’agenda per il lavoro dignitoso (*decent work*) nel 1999; la dichiarazione del 2008 sulla globalizzazione giusta; la nuova agenda 2030 per lo sviluppo sosteni-

<sup>86</sup> Cfr. per tutti B. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford-Portland 2005, p. 5 ss.

<sup>87</sup> *Ivi*, 35.

<sup>88</sup> Esso stesso, peraltro, secondo autorevoli osservatori, un fattore di freno, oggi, dell’attività dell’OIL: v. Supiot, *Critique du droit du travail*, cit., p. XXXVI ss.

<sup>89</sup> R. Rogowski, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Cheltenham, 2013, p. 189 ss.

<sup>90</sup> *Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (per un’analisi della quale v. per tutti J.-M. Servais, *International Labour Law*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 99 ss.).

<sup>91</sup> V. da ultimo, con diverse valutazioni, T. Treu, *OIL: un secolo per la giustizia sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 463 ss.; L. Corazza, *Verso un nuovo diritto internazionale del lavoro?*, *ivi*, p. 487 ss.; F. Pantano, R. Salomone, *Tra free trade e protezionismo: l’importanza del sistema OIL nel nuovo ordine giuridico globale*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 535 ss.; M. Pertile, *La crisi del sistema di supervisione dell’OIL nel suo contesto: il timore è fondato, ma agitarsi non serve a nulla*, *ivi*, p. 407 ss.

<sup>92</sup> V. in tal senso F. Maupain, *The Future of the International Organization in the Global Economy*, Oxford-Portland, 2013, p. 225 ss.

<sup>93</sup> Una rassegna completa è reperibile in G. Casale, M. Fasani, *An Overview of the Main ILO Policies and Tools in the Organization of Promotional Activities on Social Rights*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development*, cit., p. 171 ss.

bile (varata nel 2015) –, se hanno l’indubbio pregio della coerenza rispetto al disegno del 1998, manifestano anche, e per ciò stesso, il limite evidente di collocarsi nello stesso orizzonte concettuale, di usare, per così dire, la stessa grammatica debole delle proclamazioni di principio di obiettivi, integrati e interconnessi quanto si vuole, il cui tasso di ambizione appare, tuttavia, almeno pari alla loro magniloquente ineffettività. Ed è forte la sensazione di trovarsi davanti ad un congegno piuttosto autoreferenziale – ad un gioco di “dichiarazioni a mezzo di dichiarazioni”, se ci è consentito dir così, parafrasando un celebre titolo –, pressoché impotente di fronte alle forze prometeiche scatenate dalla mobilitazione totale del capitale globalizzato; certamente incapace di incidere concretamente sulle ingiustizie e gli squilibri più gravi che queste producono, assolvendo a quella missione di civilizzazione del mercato che è, al fondo, la ragion d’essere del diritto (internazionale) del lavoro.

## 5. Diritto europeo della crisi

La stessa Unione europea – che a livello regionale ha senza dubbio storicamente costituito l’espressione più avanzata e riuscita del compromesso dell’*embedded liberalism*<sup>94</sup>, almeno sino alla metà degli anni Ottanta dello scorso secolo<sup>95</sup> – si è altrettanto rapidamente allontanata dal proprio originario paradigma d’intervento nel campo delle politiche sociali<sup>96</sup>, e rappresenta oggi il caso forse più emblematico di mutamento costituzionale del ruolo dello Stato nell’economia, in particolare nella organizzazione dei sistemi di protezione sociale e nella regolamentazione dei rapporti di lavoro<sup>97</sup>. “L’Europa – è stato osservato –, oggi, definisce la natura dei nostri sistemi sociali più delle relazioni ‘interne’ fra capitale e lavoro, sovra-determinando lo spazio giuridico-politico entro cui agiscono le soggettività in conflitto e si attua il bilanciamento degli interessi. E pertanto, o i nuovi poteri transnazionali, situati al di fuori del quadro comunitario, vengono velocemente riannodati al progetto europeista, o gli Stati (e gli interessi organizzati che vivono al loro interno), e così pure i loro ordinamenti, sono destinati a manifestarsi sempre di più come entità cedevoli, ma non già per costituire una comunità più ampia fondata sulle tradizioni costituzionali comuni quanto piuttosto per ubbidire a impulsi eteroclitici funzionali alla regolazione del

---

<sup>94</sup> Cfr. L. Mechi, *L’Organizzazione Internazionale del Lavoro e la ricostruzione europea. Le basi sociali dell’integrazione economica (1931-1957)*, Roma, 2012, p. 168 ss.

<sup>95</sup> V., volendo, S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell’integrazione europea*, Bologna 2003 (spec. nella prima parte).

<sup>96</sup> Sia di nuovo concesso il rinvio a S. Giubboni, *The Rise and Fall of EU Labour Law*, in *European Law Journal*, 2018, p. 7 ss.

<sup>97</sup> Cfr. solo W. Streeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, trad. it., Milano, 2013; M. Ferrera, *Rotta di collisione. Euro contro welfare?*, Roma-Bari, 2016.

mercato”<sup>98</sup>. Lo spazio per coltivare la legittima diversità delle forme di capitalismo democratico e dei modelli sociali nazionali – assicurato alle origini del processo integrativo e, sia pure con vincoli crescenti, ancora astrattamente preservato dal Trattato di Lisbona – è stato drammaticamente ristretto dal nuovo diritto europeo della crisi, soprattutto a scapito dei paesi “debitori” della periferia dell’eurozona<sup>99</sup>.

Le istituzioni del *welfare* democratico nazionale – nella complessa ramificazione delle diverse tradizioni sociali, politiche e sindacali europee, essa stessa straordinariamente accresciuta dal grande allargamento ad est dell’Unione – sono indubbiamente al centro della crisi europea. Il diritto europeo della crisi – come viene ormai individuato, con formula sintetica, quel complesso di misure stratificatesi, specie a partire dal 2011, per gestire le crisi finanziarie e in particolare la crisi dei debiti sovrani degli Stati membri – ha determinato un profondo mutamento costituzionale, che ha investito la natura, i metodi, la finalità stessa del processo integrativo, incidendo in modo decisivo sul rapporto tra costituzione economica europea e istituzioni del *welfare state* nazionale<sup>100</sup>.

La nuova *governance* economica dell’Unione (e della UEM in particolare) ha stretto ancora di più la “morsa” – con effetti destabilizzanti visibili soprattutto negli Stati membri maggiormente esposti alla crisi, ma in realtà registrabili anche nei sistemi più forti, come quello tedesco<sup>101</sup> –, assegnando una netta priorità costituzionale ai principi cardine della *Ordnungspolitik* ordoliberal (apertura del mercato e libertà di concorrenza; pareggio di bilancio e politiche di consolidamento fiscale assicurate da rigidi meccanismi sovranazionali, sia preventivi che sanzionatori; divieto generale di *bail-out* e assistenza finanziaria subordinata al rispetto di criteri di stretta condizionalità; definizione del mandato della Banca centrale, costituzionalmente del tutto indipendente, in funzione dell’obiettivo prioritario della stabilità dei prezzi). La conseguenza è che gli spazi sociali nazionali sono stati convertiti – come è stato detto – “in variabili di aggiustamento la cui funzione è quella di contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione monetaria. Ma tale trasformazione altera l’equilibrio tra la dimensione

---

<sup>98</sup>B. Caruso, G. Fontana, *Introduzione a Idd.* (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, 2015, p. 7 ss., qui p. 8.

<sup>99</sup>Esiste una letteratura critica ormai davvero sterminata al riguardo: qui si riprendono in sintesi riflessioni svolte in C. Joerges, S. Giubboni, *Diritto e politica nella crisi europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, p. 343 ss.; S. Giubboni, *Stato sociale, integrazione e disgregazione europea*, in P. Masala (ed.), *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Madrid, 2018, p. 79 ss.

<sup>100</sup>V., tra i primi, con la consueta lucidità, A.J. Menéndez, *De la crisis económica a la crisis constitucional de la Unión europea*, León, 2012.

<sup>101</sup>Cfr. L. Baccaro, C. Howell, *Trajectories of Neoliberal Transformations. European Industrial Relations since the 1970s*, Cambridge, 2017, p. 97 ss.

economica e quella sociale dell'ordinamento dell'Unione europea, deformando uno dei tratti essenziali della sua identità costituzionale”<sup>102</sup>.

L'ambiente macroeconomico della eurozona è, oggi, particolarmente ostile allo Stato sociale, o almeno ad alcune varianti nazionali di tale modello<sup>103</sup>. Al di là dei vincoli posti dalle regole del Patto di stabilità e del *Fiscal compact*, che gravano notoriamente in modo profondamente asimmetrico sugli Stati membri in relazione principalmente al livello di *stock* di debito pubblico accumulato<sup>104</sup>, la frizione di fondo opera *sub specie* di strisciante “svuotamento”<sup>105</sup> dei contenuti dei processi democratici nazionali<sup>106</sup>. Se un tempo le politiche sociali costituivano il dominio della *politics* democratica e delle decisioni di solidarietà distributiva di governi e parlamenti nazionali, oggi le regole della *governance* economico-finanziaria europea predeterminano le grandezze macroeconomiche e i saldi di finanza pubblica e, a cascata, inevitabilmente, una parte sempre più significativa degli stessi contenuti di tali processi “distributivi”. Ma questo vincolo – una sorta di *pre-emption* costituzionale delle decisioni di bilancio, operante peraltro, per ovvie ragioni, in maniera del tutto asimmetrica tra i paesi dell'eurozona – rimane irriducibilmente impermeabile a qualunque tentativo di democratizzazione e di istituzionalizzazione di forme di *accountability* democratica<sup>107</sup>, visto che il cuore dei processi decisionali si consuma in un inedito sistema di “federalismo esecutivo postdemocratico”<sup>108</sup>, di marca duramente intergovernativa.

---

<sup>102</sup> F. Costamagna, *National Social Spaces as Adjustment Variables in the EMU: A Critical Legal Appraisal*, in *European Law Journal*, 2018, vol. 24, p. 163 ss., qui p. 164. E v. anche E. Christodoulidis, M. Goldoni, *The Political Economy of European Social Rights*, in S. Civitarese Matteucci, S. Halliday (eds.), *Social Rights in Europe in an Age of Austerity*, London-New York, 2018, p. 239 ss.

<sup>103</sup> V. M. Ferrera, *Rotta di collisione*, cit., p. 50 ss.

<sup>104</sup> Di qui la straordinaria fragilità della posizione italiana, che ha storicamente costruito il suo peculiare modello di “democrazia distributiva” sulla crescita esponenziale del debito pubblico, nel sostanziale fallimento dei tentativi – sperimentati con alterne fortune dal 1992 – di allineare il livello dell'indebitamento complessivo a quello previsto dai Trattati europei: cfr. L. Di Nucci, *La democrazia distributiva. Saggio sul sistema politico dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2016, spec. pp. 12, 50 e 101 ss. (che sviluppa l'analisi anticipatrice di L. Cafagna, *La grande slavina. L'Italia verso la crisi della democrazia*, seconda ed., Venezia, 2012, p. 40 ss.), e da ultimo A. Graziosi, *Il futuro contro. Democrazia, libertà, mondo giusto*, Bologna, 2019, p. 117 ss.

<sup>105</sup> V. l'ormai classico P. Mair, *Ruling the Void. The Hollowing out of Western Democracy*, London 2013, nonché W. Brown, *Undoing the Demos. Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, 2015.

<sup>106</sup> Con particolare veemenza argomentativa, P. Dardot, C. Laval, *Guerra alla democrazia. L'offensiva dell'oligarchia neoliberista*, tra. it., Roma, 2016, p. 67 ss.; T. Fazi, W. Mitchell, *Sovranità o barbarie. Il ritorno della questione nazionale*, Milano, 2018, pp. 135 e 169 ss.

<sup>107</sup> Per una proposta in tal senso (che, per quanto minimale, nella plumbea temperie europea è apparsa, tuttavia, subito velleitaria), v. S. Hennette, T. Piketty, G. Sacriste, A. Vauchez, *Democratizzare l'Europa! Per un Trattato di democratizzazione dell'Europa*, trad. it., Milano, 2017.

<sup>108</sup> Per usare la formula di J. Habermas, *Questa Europa è in crisi*, trad. it., Roma-Bari, 2011, p. 43 ss.; mentre C. Joerges, *Three Transformations of Europe and the Search for a Way Out of its Cri-*

tiva, che marginalizza non solo i parlamenti nazionali, ma anche il ruolo dello stesso Parlamento europeo<sup>109</sup>. La scissione tra democrazia e potere economico sembra essere il nuovo principio di struttura del diritto sovranazionale<sup>110</sup>, con totale rovesciamento del paradigma costituzionale sul quale si volle rifondato, certamente in Italia, il *welfare state* democratico nel secondo dopoguerra<sup>111</sup>.

È peraltro la stessa “costituzione microeconomica” dell’Unione<sup>112</sup> – ovvero le regole del mercato interno – ad esercitare una pressione inusitata, e parimenti trasversale, sui sistemi di *welfare* e di diritto del lavoro degli Stati membri. Le libertà economiche fondamentali garantite dai Trattati hanno profondamente ridisegnato le regole del gioco cui rimangono tendenzialmente assoggettati gli stessi sistemi di protezione sociale degli Stati membri, che pure mantengono un certo grado di autonomia nell’organizzazione dei rispettivi regimi in quanto deputati a perseguire obiettivi di interesse generale. Nondimeno, anche su questo piano la consacrazione del primato della libertà d’impresa<sup>113</sup>, con il corollario di una tendenziale costituzionalizzazione del principio della libertà contrattuale (datoriale) alla luce dell’art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>114</sup>, incide potenzialmente in profondità sugli spazi di autonomia un tempo garantiti ai legislatori nazionali nel disegnare i regimi protettivi dei rapporti di lavoro.

Nel tentativo di una concettualizzazione unitaria dei meccanismi di governo dell’economico operanti oggi all’interno dell’Unione europea, Luca De Lucia ha fatto ricorso alle categorie foucaultiane del “pastorato” e del “disciplinamento”<sup>115</sup>. La figura del pastorato appare particolarmente adatta a descrive-

---

*sis*, in C. Joerges, C. Glinski (eds.), *The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance*, Oxford-Portland 2014, p. 25 ss., preferisce rifarsi a quella (di ascendenza helleriana) del “managerialismo autoritario”.

<sup>109</sup> E.g., O. Cramme, S.B. Hobot (eds.), *Democratic Politics in a European Union under Stress*, Oxford, 2015.

<sup>110</sup> M. Benvenuti, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista dell’Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2018, III, p. 1 ss., spec. p. 43 ss.

<sup>111</sup> Ma, al di là delle ovvie differenze di storia politico-costituzionale, non si trattò – come ben noto – di vicenda solo italiana, ma propria di tutta l’Europa occidentale, del resto in competizione, in piena Guerra fredda, con quella comunista proprio sul terreno dello sviluppo economico e delle conquiste sociali. D’obbligo il rinvio a T. Judt, *Postwar. A History of Europe since 1945*, London, 2005.

<sup>112</sup> Per questa nozione K. Tuori, *European Constitutionalism*, Cambridge, 2015, p. 127 ss.

<sup>113</sup> Cfr. C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, p. 157 ss.

<sup>114</sup> V. in particolare le sentenze della Corte di giustizia dell’Unione europea nella cause C-426/11, *Alemo-Herron*, e C-201/15, *AGET Iraklis* (su cui, *si vis*, S. Giubboni, *Diritto del lavoro europeo. Una introduzione critica*, Milano, 2017, p. 55 ss.).

<sup>115</sup> L. De Lucia, “Pastorato” e “disciplinamento” nella governance economica europea. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 867 ss.

re la logica operativa del nuovo diritto europeo della crisi, nella sua pretesa totalizzante a farsi precetto minuto e quotidiano dei comportamenti virtuosi di ogni singola unità (in primo luogo statale) operante nel sistema. Il pastorato condensa infatti “un insieme di tecnologie incentrate su un regime di verità, finalizzate ad assistere, persuadere e indirizzare le condotte di coloro che vi sono assoggettati in vista della loro stessa salvezza”<sup>116</sup>. La dimensione più coercitivo-imperativa del disciplinamento – pure esaltata dalle regole della nuova *governance* dell’Unione – ha ragione di intervenire solo ove uno Stato si discosti dallo (o addirittura osi mettere in discussione lo) specifico regime di verità introiettato dal sistema, contestando la pretesa di “veridizione” del mercato<sup>117</sup>.

## 6. Proclamazione e dissolvenza dei diritti sociali in Europa

Diventa allora agevole, su queste premesse, comprendere le ragioni di fondo – strutturali – che hanno impedito alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, e più in generale alle carte che affollano (non di rado sovrappo-  
nendosi e intersecandosi) lo spazio giuridico dell’Europa contemporanea, di mantenere le tante promesse suscitate sin dalla solenne proclamazione fattane a Nizza all’alba del nuovo millennio<sup>118</sup>. Il processo di “costituzionalizzazione” dei diritti sociali al livello dell’ordinamento euro-unitario – culminato con l’attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) – non è infatti, con ogni evidenza, riuscito a garantire il risultato più rilevante per il quale era stato immaginato, vale a dire ridurre la storica asimmetria

<sup>116</sup> *Ivi*, p. 882.

<sup>117</sup> M. Foucault, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, trad. it., Milano, 2005, p. 35 ss., il quale riferisce all’ordoliberalismo tedesco la più compiuta espressione di tale concezione. Sono infatti gli ordoliberali tedeschi a chiedere “all’economia di mercato di fungere, di per sé, non tanto da principio di limitazione dello stato, bensì da principio di regolazione interna dello stato, in tutta l’estensione della sua esistenza e della sua azione. In altri termini, invece di accettare una libertà di mercato, definita dallo stato e mantenuta in qualche modo sotto sorveglianza statale [...], gli ordoliberali sostengono che bisogna rovesciare interamente la formula e porre la libertà di mercato come principio organizzatore e regolatore dello stato, dall’inizio della sua esistenza sino all’ultimo dei suoi interventi. Detto altrimenti: uno stato sotto la sorveglianza del mercato, anziché un mercato sotto la sorveglianza dello stato” (p. 108). La preveggenza lezione di Foucault è ripresa e sviluppata – con una riproposizione aggiornata della comparazione tra neoliberalismo nordamericano e ordoliberalismo tedesco (che proprio nelle regole della *governance* economica europea trovano un significativo punto d’incontro) – da M. De Carolis, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017, p. 48 ss. V., altresì, J.L. Villacañas Berlanga, *L’ultima neutralizzazione. L’ordoliberalismo e Foucault*, in *Fil. pol.*, 2019, p. 103 ss.

<sup>118</sup> Cfr. A. Lo Faro, *L’Europa sociale senza la Carta. L’Europa sociale oltre la Carta?*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 761 ss.

tra logica del mercato integrato e protezione (anche) sovranazionale dei diritti di “solidarietà”<sup>119</sup>.

Non è un caso che le istituzioni sovranazionali abbiano avvertito l’esigenza di rilanciare almeno simbolicamente la dimensione sociale dell’Unione con la solenne proclamazione inter-istituzionale di un Pilastro europeo dei diritti sociali in occasione del vertice di Göteborg del novembre 2017: una sorta di pubblica manifestazione di attaccamento ai valori sanciti dal titolo IV della Carta di Nizza che suona, però, al contempo, come confessione del loro tradimento nei fatti negli anni della lunga crisi dell’Unione. Un atto di impegno solenne (ancorché non vincolante sul piano giuridico) e, insieme, una pubblica manifestazione di impotenza, essendo subito apparso palese, almeno a chi scrive<sup>120</sup>, come da una tale estemporanea iniziativa non potesse sortire – salvo naturalmente qualche aggiustamento al margine – alcun effettivo riequilibrio tra dimensione economica e dimensione sociale dell’integrazione europea.

Nell’eludere la questione di fondo della riforma della *governance* economico-finanziaria dell’Unione come asimmetricamente ridisegnata dal *Fiscal Compact*, il Pilastro, d’altra parte, assai difficilmente potrà avere un qualche influenza (oltre, appunto, che sulle politiche) sugli stessi orientamenti della Corte di giustizia. Quest’ultima, peraltro, ha più recentemente dato qualche timido segnale di temperamento del rigido dogmatismo neoliberale che ha dominato l’intera sua giurisprudenza della crisi, a partire dalle famose sentenze *Laval* e *Viking* della fine del 2007<sup>121</sup>. Con le recenti sentenze *Florescu*<sup>122</sup> e *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*<sup>123</sup>, la Corte di giustizia sembra aver almeno parzialmente ridimensionato l’orientamento che sino a ieri escludeva, in pratica, la possibilità di sindacare alla stregua dei parametri rivenienti dai diritti fondamentali garantiti dall’Unione misure sociali restrittive adottate dagli Stati membri nell’ambito di politiche di consolidamento fiscale “negoziate” con le (ma *de facto* imposte dalle) istituzioni sovranazionali. Ma è bene rammentare che si tratta di orientamenti ancora molto timidi, facilmente superabili non appena dovesse esigerlo la *Realpolitik*, e che le ragioni di fondo della asimmetria costituzionale tra logica

<sup>119</sup> V. pure S. Garben, *The Constitutional (Im)balance between “the Market” and “the Social” in the European Union*, in *European Constitutional Law Review*, 2017, vol. 13, p. 23 ss.; S. Robin-Olivier, *Fundamental Rights as a New Frame: Displacing the Acquis*, *ivi*, 2018, vol. 14, p. 96 ss.; A.C.L. Davies, *How Has the Court of Justice Changed its Management and Approach towards the Social Acquis?*, *ivi*, p. 154 ss.

<sup>120</sup> S. Giubboni, *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quad. cost.*, 2017, p. 909 ss.; Id., *L’insostenibile leggerezza del Pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Pol. dir.*, 2018, p. 557 ss.

<sup>121</sup> Cause C-341/05 e C-438/05. Esiste come ben noto un’ampia letteratura (per lo più critica) su queste sentenze: v. per tutti M. Freedland, J. Prassl (eds.), *Viking, Laval and Beyond*, Oxford-Portland, 2016.

<sup>122</sup> Causa C-258/14.

<sup>123</sup> Causa C-64/16.

del mercato (libertà economiche e istanze “pastorali” o “disciplinari” di consolidamento fiscale) e diritti sociali non sono realmente affrontate dal Pilastro proclamato a Göteborg, che sembra per contro pensato piuttosto per eluderle (a garanzia di uno *status quo* reputato fundamentalmente vantaggioso dal blocco dei paesi “creditori” guidato dalla Germania).

In mancanza di politiche sociali sovranazionali, il difficile compito di fornire le necessarie risposte di protezione sociale senza scardinare i meccanismi di integrazione – nel mercato interno come in quello globale – è, dunque, ancora una volta, rimesso allo Stato. Ma poiché ciò genera inevitabili tensioni tra le due opposte logiche, è inevitabile che, per svolgere la propria funzione di protezione sociale, almeno entro certi limiti lo Stato debba riaffermare istanze di chiusura contro la logica della concorrenza e della competizione regolativa nel mercato aperto. Il “trilemma della globalizzazione” – come ha dimostrato Dani Rodrik<sup>124</sup> – non offre soluzioni alternative: se non si intendono sacrificare del tutto i principi fondamentali di democrazia politica e si vuole ad un tempo preservare l’autodeterminazione degli Stati, è necessario che questi ultimi reintroducano (o mantengano, dove ancora non hanno abdicato al potere di stabilirli, come in materia di immigrazione per motivi economici alla stregua del diritto internazionale generale) dei limiti alla libertà di circolazione dei “fattori produttivi” (merci, capitale, e – inevitabilmente – lavoro).

Lo stesso diritto euro-unitario – nella sostanziale impossibilità per l’Unione di garantire *standard* minimi comuni agli ormai ventisette Stati membri – si è visto costretto a riconoscere spazi maggiori per la legittima protezione dei mercati (e, in definitiva, degli ordinamenti) del lavoro nazionali contro il gioco della competizione regolativa e del *dumping* salariale alimentato dal dispiegarsi delle libertà economiche nel mercato interno dei servizi. La recente direttiva 2018/957/UE, di revisione della direttiva 96/71/CE in tema di distacco nell’ambito di una prestazione di servizi, nel ristabilire un obbligo di tendenziale parità di trattamento retributivo nei confronti dei lavoratori distaccati, ripristina a ben vedere – almeno in parte – una sorta di “scudo protettivo” del diritto del lavoro nazionale contro la concorrenza al ribasso sul costo del lavoro nel mercato interno<sup>125</sup>. Ma si tratta di spazi di protezione – e se si vuole di istanze protezionistiche, visto che i sistemi di solidarietà collettiva vengono qui per l’appunto invocati come scudo protettivo contro la concorrenza regolativa e il *dumping* salariale transnazionale<sup>126</sup> – che si espongono a immediate contestazioni in nome del libero esercizio della prestazione dei servizi e della libertà d’impresa nel mercato unico<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> D. Rodrik, *The Globalization Paradox*, cit., p. 184 ss.

<sup>125</sup> Si rinvia a S. Giubboni, G. Orlandini, *Mobilità del lavoro e dumping sociale in Europa, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2018, p. 907 ss.

<sup>126</sup> S. Giubboni, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 585 ss.

<sup>127</sup> Cfr. G. Orlandini, *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Milano, 2013.

Come sta avvenendo proprio nel caso della nuova direttiva sul distacco, contro la cui revisione ha difatti subito presentato ricorso per annullamento l'Ungheria<sup>128</sup>, la democrazia illiberale che con la Polonia ha maggiormente beneficiato dell'allargamento deregolato e che infatti rappresenta una posizione largamente condivisa dai paesi dell'Europa dell'Est.

### 7. Attori collettivi transnazionali

Nella crescente frammentazione dei regimi internazionali<sup>129</sup>, il tentativo di frapporre limiti sociali, a tutela dei diritti dei lavoratori, alla invadenza del gioco competitivo globale non si svolge peraltro soltanto – e con le difficoltà rilevate – al livello degli Stati. Anche gli attori collettivi che si muovono nella dimensione transnazionale – federazioni sindacali internazionali, comitati aziendali istituiti nelle grandi imprese multinazionali (europee), organizzazioni non governative – hanno da tempo messo in campo strategie volte a contrastare le conseguenze deteriori e più deleterie della concorrenza globale, per promuovere – dal basso e in forma reticolare – una embrionale dimensione sociale della globalizzazione. Tali strategie soffrono, tuttavia, come è intuibile, di limiti ancor più penetranti, anzitutto sul piano della effettività, di quelli che affliggono l'azione degli Stati.

La stessa contrattazione collettiva transnazionale – che pure ha conosciuto in questi anni un certo sviluppo grazie al sostegno indirettamente derivante dalla direttiva sui comitati aziendali europei – costituisce fenomeno a ben vedere ancora marginale<sup>130</sup>, che non riesce – allo stato – ad arricchire con contenuti di tutela effettivamente innovativi le pratiche di “responsabilità sociale” delle imprese multinazionali: esse stesse, peraltro, il più delle volte di assai discutibile rilievo effettivo, quando non un mero “travestimento della realtà”<sup>131</sup>. L'elemento di

---

<sup>128</sup> V. il ricorso proposto il 2 ottobre 2018 dall'Ungheria nei confronti del Parlamento e del Consiglio dell'Unione europea (causa C-620/18). La Polonia ha seguito l'esempio subito dopo.

<sup>129</sup> M.R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, in *Stato e mercato*, 2017, p. 79 ss.

<sup>130</sup> Cfr. ora F. Guarriello, C. Stanzani (a cura di), *Sindacato e contrattazione nelle multinazionali. Dalla normativa internazionale all'analisi empirica*, Milano, 2018.

<sup>131</sup> K. Sisson, P. Marginson, *Soft Regulation – Travesty of the Real Thing or New Dimension?*, ESRC Sussex European Institute Working Paper, 32/01. È S. Zamagni, *Responsabili. Come civilizzare il mercato*, Bologna, 2019, p. 99 ss., a parlare di un sostanziale fallimento della responsabilità sociale d'impresa e a ricordare come, “fino a che resterà in auge il mito della massimizzazione del valore per l'azionista – un mito che continua a essere alimentato da una non sempre disinteressata letteratura economica, oltre che da sempre più influenti agenzie di consulenza – la RSI non riuscirà ad andare oltre il richiamo consolatorio ai criteri ESO (*Environment, Social, Governance*) e ai 17 obiettivi dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite” (p. 103). Per un riepilogo delle principali questioni giuridiche v., più di recente, G. Conte, *L'impresa responsabile*, Milano, 2018; A. Perulli (a cura di), *La responsabilità sociale delle imprese. Idee e prassi*, Bologna, 2013.

maggior debolezza rimane la dimensione fundamentalmente volontaria – cioè non vincolante, opzionale, quando non meramente ottativa e aspirazionale – dei contenuti degli accordi collettivi transnazionali, come già dei codici di condotta delle imprese multinazionali<sup>132</sup>. Ed è significativo che le proposte volte a introdurre un quadro giuridico vincolante, seppure solo opzionale, per dare a tali accordi una maggiore effettività<sup>133</sup>, abbiano incontrato una accoglienza e un sostegno piuttosto blandi da parte della stessa Confederazione europea dei sindacati, dimostrandosi insufficienti a contrastare la decisa (e decisiva) opposizione “di principio” delle organizzazioni datoriali.

Non si può del resto sottacere che il limite principale – il limite strutturale, diremmo nuovamente – di tali incipienti forme di traslazione sul piano transnazionale di pratiche, per quanto minimali e solo embrionali, di contrattazione collettiva sia costituito dalla assenza (o comunque della oggettiva difficoltà di emersione) di un vero e proprio interesse collettivo unitariamente articolabile a tale livello. Non è un caso che a manifestare un qualche segnale di vitalità siano essenzialmente le pratiche negoziali che si svolgono a livello dei gruppi multinazionali in cui sono attivi i comitati aziendali previsti dalla direttiva 2009/38/CE (di rifusione della originaria direttiva 94/45/CE). La contrattazione collettiva di settore – che pure gode da oltre trent'anni del sostegno istituzionale della Commissione europea, in forza di previsioni normative che il Trattato di Lisbona ha, almeno sulla carta, persino potenziato – rimane fenomeno sostanzialmente asfittico, la cui resilienza è stata peraltro messa a dura prova dal perdurare della crisi economica<sup>134</sup>.

D'altra parte, è l'intera impalcatura istituzionale dell'Unione europea a rivelare un *deficit* decisivo, che costituisce anzi la più vistosa contraddizione rispetto a molti ordinamenti costituzionali degli Stati membri<sup>135</sup>. L'art. 153, par. 5, del TFUE continua infatti ad escludere espressamente dalla competenza unionale in

---

<sup>132</sup> Per uscire da una siffatta dimensione – e restituire effettività (e coercibilità) agli impegni al rispetto dei diritti umani e degli *standard* fondamentali in materia di protezione dei lavoratori –, si rivela alla fine sempre necessario l'intervento dello Stato, come dimostra ad es. la recente legge francese relativa alla vigilanza sulle imprese multinazionali (*Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, n. 2017-399, del 27 marzo 2017); sulla quale v. A. Addante, *Obblighi di due diligence per le imprese multinazionali francesi nel difficile bilanciamento tra profitto e responsabilità*, in *Dir. comp.* (<http://www.diritticomparati.it>), del 22 giugno 2017.

<sup>133</sup> Cfr. S. Sciarra, M. Fuchs, A. Sobczak, *Verso un quadro giuridico per gli accordi transnazionali d'impresa. Rapporto alla Confederazione europea dei sindacati*, in *Quad. rass. sind.*, 2014, p. 153 ss., e in precedenza E. Ales et al., *Transnational Collective Bargaining. Past, Present and Future*, Bruxelles, 2005.

<sup>134</sup> Cfr. S. Giubboni, *L'Unione europea e le relazioni sindacali: un bilancio critico*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2019, p. 59 ss.

<sup>135</sup> “A contradiction at the heart of the Community”: Lord Wedderburn, *Employment Rights in Britain and Europe*, London 1991, pp. 332-333. V. anche S. Sciarra, *Social Values and the Multiple Sources of European Social Law*, in *European Law Journal*, 1995, p. 60 ss., spec. p. 78.

materia di politica sociale le retribuzioni, il diritto di associazione, lo sciopero e la serrata, vale a dire il “nucleo duro” di qualunque sistema di relazioni sindacali. Nonostante la previsione contenuta nell’art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, “un ostacolo istituzionale all’affermarsi della contrattazione comunitaria è rappresentato dalla incertezza dello statuto giuridico europeo dello sciopero”<sup>136</sup>.

Tale contraddizione – nel dissociare il conflitto collettivo dalla contrattazione (come avvenuto paradigmaticamente nei casi *Laval* e *Viking*) – potrà pure essere ritenuta coerente con l’idea, dominante oggi nel disegno costituzionale dell’Unione, che il sindacato sia null’altro che uno *stakeholder*, al pari di altri attori collettivi, del complesso sistema di *governance* (tecnocratica e post-democratica) cui è affidato il compito di gestire l’integrazione economico-finanziaria, garantendone il corretto funzionamento “conformemente al principio di un’economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (art. 119 del TFUE). Ma quest’idea – di un “governo senza regole o senza diritto, o meglio di governo mediante *soft law*, vale a dire mediante provvedimenti o *standards* manageriali o aziendali opportunisticamente o strumentalmente legati al raggiungimento di un risultato, *Zweckorientiert*, non vincolati a principi o valori normativi”<sup>137</sup> – ci appare fondamentalmente incompatibile con l’essenza stessa della contrattazione collettiva, che è espressione di autonomia negoziale e quindi di libertà sociale; e in definitiva spiega il sostanziale fallimento del tentativo, per come si è svolto sino ad oggi, di incoraggiarne lo sviluppo oltre i confini degli Stati nazionali.

## 8. Una parziale conclusione

Come ha recentemente ricordato Tiziano Treu, la proiezione delle norme di diritto del lavoro oltre i confini nazionali “trova un limite di efficacia nel fatto che gli strumenti di definizione e di implementazione delle regole dipendono ancora dalla autorità e dai poteri statali”<sup>138</sup>. Ciò è particolarmente vero per la principale forma in cui, negli ultimi anni, si è più seriamente tentato, ancorché con scarsi risultati concreti, di ripristinare una qualche condizionalità sociale nei confronti della libertà dei commerci internazionali. Le clausole sociali diffuse dalla fine degli anni Novanta nei trattati di libero scambio – sia in quelli bilaterali sia, in varia guisa, in quelli multilaterali – poggiano, infatti, in definitiva, sulla volontà e l’autorità degli Stati (del mondo liberaldemocratico) di esigere il ri-

<sup>136</sup> T. Treu, *La contrattazione collettiva in Europa*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 371 ss., qui p. 397.

<sup>137</sup> M. La Torre, *Miseria del costituzionalismo globale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2017, p. 31 ss., qui p. 33.

<sup>138</sup> T. Treu, *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT/371-2018, p. 21.

spetto quanto meno dei *core labour standards*<sup>139</sup>. E questo vale naturalmente *a fortiori*, stante il carattere unilaterale della misura, per le condizionalità sociali stabilite nei sistemi di preferenze generalizzate, che – sia pure in modi e soprattutto con intendimenti politici sensibilmente diversi – sia gli Stati Uniti d’America che l’Unione europea adottano, da tempo, nelle loro relazioni commerciali con i Paesi in via di sviluppo<sup>140</sup>.

La conclusione tendenzialmente generale cui si deve pervenire, allora, è che “l’azione degli Stati è importante, anzi necessaria, per fronteggiare gli effetti negativi che una globalizzazione non regolata può avere sulle condizioni di vita e sulla stessa identità dei cittadini. Non aver fatto abbastanza per proteggere i cittadini e i lavoratori, specie quelli che sono stati definiti i perdenti della globalizzazione, ha alimentato le proteste e le reazioni popolari di stampo populista e nazionalista, diffuse in molti paesi e che si sono scaricate sulla politica”<sup>141</sup>.

Occorre anzi avere l’onestà di riconoscere che l’aver sottovalutato queste diffuse e motivate istanze di protezione sociale è stato un errore fatale per la sinistra, che deve a questa grave responsabilità buona parte delle ragioni del suo tracollo in tutta Europa (come altrove in Occidente, con ogni evidenza)<sup>142</sup>. Non sbaglia, allora, chi – invocando un riformismo autentico e radicale (un “populismo di sinistra”)<sup>143</sup> – indica nel ribaltamento del paradigma neoliberalista la via maestra per ripensare la globalizzazione in una prospettiva di giustizia e pro-

<sup>139</sup> In realtà, le clausole sociali che figurano sempre più frequentemente nei trattati di liberalizzazione commerciale variano molto tra di loro, in termini di contenuti sostanziali, grado di prescrittività, strumenti di attuazione e di eventuale *enforcement*, e così via. Per un quadro d’insieme v. J. Bellace, *The Link Between Trade and Social Clauses*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development*, cit., p. 57 ss., e T. Treu, *Globalization and Human Rights*, cit., p. 100 ss., che sottolineano la complessiva debolezza di questo strumento, soprattutto per la vaghezza delle enunciazioni – formulate per lo più con linguaggio non sufficientemente prescrittivo (e, dunque, in buona sostanza, senza conferire diritti azionabili a lavoratori e sindacati) – e l’assenza di adeguati strumenti di implementazione e sanzione. Una valutazione maggiormente positiva, almeno in linea evolutiva e prospettica, è al riguardo offerta da A. Perulli, *The Perspective of Social Clauses in International Trade*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT/147-2018.

<sup>140</sup> Cfr. M. Weiss, *The EU Generalised Scheme of Preferences and the Special Incentive Arrangement for Sustainable Development and Good Governance*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development*, cit., p. 121 ss.

<sup>141</sup> T. Treu, *Trasformazioni del lavoro*, cit., p. 22. E v. da ultimo anche Id., *OIL*, cit., p. 482, ove si ribadisce che “il ruolo degli Stati nazionali è decisivo per garantire una maggiore effettività delle regole internazionali, *in primis* sancendone l’effettivo rispetto nei propri ordinamenti giuridici, con gli strumenti propri di ogni ordinamento giuridico e, seguendo le proposte di Supiot, anche pretendendone il rispetto da parte dei propri *partner* commerciali”.

<sup>142</sup> Lo riconosce ora senza infingimenti A. Occhetto, *La lunga eclissi. Passato e presente del dramma della sinistra*, Palermo, 2018.

<sup>143</sup> C. Mouffe, *For a Left Populism*, London, 2018.

gresso sociale<sup>144</sup>. Ciò a partire da una riscoperta delle virtù rimosse del conflitto sociale<sup>145</sup>, fenomeno quasi tabuizzato dalla logica – sotto questo profilo schiettamente antidemocratica – della *governance* economica europea<sup>146</sup>. La macchina governamentale europea è innegabilmente pensata per neutralizzare il conflitto distributivo (tra Stati membri, regioni, e in definitiva tra gruppi e categorie sociali), erigendo una fitta trama di vincoli tecnici e regole numeriche – eppure intensamente caratterizzare sul piano politico-ideologico nel favorire gli interessi (nazionali ed economici) dominanti – aventi la pretesa di predeterminare gli esiti di quel conflitto, consentendolo solo sulle scelte che si situano al suo margine<sup>147</sup>. Ma è, più in generale, la dinamica della globalizzazione ad aver spiazzato le forme tradizionali di rivendicazione e conflitto collettivo.

È necessario allora esplorare forme nuove – volte a ripristinare una capacità di azione collettiva estesa oltre i confini nazionali e in certo modo socialmente trasversale – come ad esempio quella (suggerita da Supiot) di “*formes d’action collectives ternaires, qui mobilisent aussi les consommateurs ou les investisseurs et sont une arme adaptée aux formes actuelles d’exercice de la liberté d’entreprendre. Et ouvrir ainsi largement la palette d’actions collective internationales, susceptibles de faire contrepoids à la libre circulation des marchandises et de capitaux*”<sup>148</sup>. Le recenti azioni di sciopero contro Ryanair, efficacemente coordinate a livello europeo, segnalano le potenzialità del conflitto collettivo in Europa, pur a fronte della ambiguità e della debolezza del quadro normativo sovranazionale<sup>149</sup>.

Se è necessario allargare i confini delle forme di solidarietà collettiva<sup>150</sup>, costruendo una capacità di azione transnazionale virtualmente simmetrica alla apolidia e alla illimitata libertà di movimento di imprese e capitali, occorre però anche avere la consapevolezza delle grandi difficoltà e – nuovamente – dei limiti strutturali che condizionano siffatta prospettiva. Immaginare di ripristinare a livello sovranazionale, anche soltanto in Europa, e ancor più sul piano d’una

<sup>144</sup> V. ad es., in Italia, G. Fontana, *Il lavoro precario e il suo diritto. Un’introduzione critica*, Napoli, 2019, p. 175 ss.

<sup>145</sup> Del conflitto sociale, come forma più ampia e comprensiva di quello propriamente collettivo, e dunque oltre il perimetro e la capacità di mobilitazione dei sindacati, indubbiamente indeboliti in questi anni: cfr. G. Orlandini, *Conflitto collettivo*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, 2016, p. 95 ss.

<sup>146</sup> Cfr. A. Guazzarotti, *La subordinazione degli Stati*, cit., p. 390, e A. Somma, *Verso il postdiritto?*, cit., p. 90 ss.

<sup>147</sup> Cfr. A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres. Course au Collège de France (2012-2014)*, Paris 2015, p. 243 ss.

<sup>148</sup> A. Supiot, *L’esprit de Philadelphie*, cit., p. 141.

<sup>149</sup> Cfr. G. Calvellini, G. Frosecchi, M. Tufo, *The Ryanair Case in the Italian and European Framework: Who Decides the Rule of the Game?*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT-148/2019.

<sup>150</sup> Cfr. S. Sciarra, *Solidarity and Conflict. European Social Law in Crisis*, Cambridge, 2018, p. 91 ss.

utopistica *governance* globale, una effettiva capacità di controllo sociale e democratico dei mercati, senza investire di questa missione fondamentale in primo luogo le istituzioni dello Stato nazionale, sarebbe semplicemente sbagliato, prima che illusorio. Come ha efficacemente osservato Dani Rodrik, “*the problem with hyperglobalization is not just that it is an unachievable pipe dream susceptible to backlash – after all, the nation-state remains the only game in town when it comes to providing the regulatory and legitimizing arrangements on which market rely*”<sup>151</sup>.

Occorre allora ripartire dall’assunto che gli Stati nazionali “*have the right to protect their own regulations and institutions*”<sup>152</sup>. Evocare lo spettro del protezionismo sarebbe sbagliato: non si tratta di proteggere i sistemi economici nazionali mettendo in crisi il commercio internazionale<sup>153</sup>, ma – più al fondo – di riaffermare quella pretesa di controllo democratico dei mercati che è stata (e deve tornare a essere) la *raison d’être* delle democrazie costituzionali occidentali nel secondo dopoguerra<sup>154</sup>. Ciò va oltre la questione dell’utilizzo di misure *anti-dumping*: “*the fairness argument extends beyond the dumping arena*”<sup>155</sup>.

Anche tra gli studiosi di diritto del lavoro non sono mancate proposte in tal senso. Secondo Alain Supiot, per lo meno la violazione dei *core labour rights* sanciti nella dichiarazione OIL del 1998, applicabili in forza della sola appartenenza all’Organizzazione, già legittimerebbe gli Stati membri ad adottare contromisure commerciali, come la sospensione degli eventuali trattamenti preferenziali o dei vantaggi pattuiti nei trattati di liberalizzazione<sup>156</sup>. L’argomento che potremmo chiamare della

<sup>151</sup> D. Rodrik, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 13.

<sup>152</sup> *Ivi*, p. 224.

<sup>153</sup> Va rammentato che la grande ascesa della Cina come potenza industriale e commerciale ha potuto contare su un sistema di politiche protezionistiche e neomercantilistiche, ancora oggi pienamente operante in quel sistema di capitalismo di Stato a partito unico (D. Rodrik, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 135). E che – guardando alla iper-globalizzazione europea – lo straordinario successo della Germania come potenza esportatrice non sarebbe stato possibile (di certo non nelle dimensioni che ha avuto, specie dopo il 2009) senza una costituzione macroeconomica ritagliata su misura degli interessi di quel Paese. In particolare, come spiega ad es. M. Minenna (*Il non detto sul surplus della Germania*, ne *Il Sole 24 Ore* di domenica 10 febbraio 2019), il gigantesco avanzo commerciale tedesco, in crescita costante a dispetto delle canzonatorie previsioni contenute in merito nel *Six-Pack*, non sarebbe stato possibile, in questi anni, senza il doppio relevantissimo vantaggio competitivo derivante da una “germanizzazione dei tassi di interesse (cioè la convergenza dei tassi dei vari paesi membri verso quelli tedeschi)” e da “un’italianizzazione dei tassi di cambio per l’economia tedesca”, che le ha permesso “di operare con una valuta molto meno forte del marco per via della commistione con valute deboli come la lira”.

<sup>154</sup> Cfr. W. Streeck, *Taking Back Control? The Future of Western Democratic Capitalism*, in *Efil Journal of Economic Research*, 2018, vol. 1, n. 3, p. 30 ss.

<sup>155</sup> Ancora D. Rodrik, *Straight Talk on Trade*, cit., p. 229.

<sup>156</sup> Cfr. A. Supiot, *What International Social Justice in the XXI Century?*, in R. Blanpain, F. Hendrickx, D.A du Toit (eds.), *Labour Law and Social Progress*, Bulletin of Comparative Labour Relations n. 92, Alphen aan den Rijn, 2016, p. 1 ss. Ma v. al riguardo le considerazioni critiche di A. Perulli, *L’OIL*, cit., p. 399, che auspica un potenziamento delle misure sanzionatorie associate alle clausole sociali e prospetta semmai la possibilità di fare ricorso alle eccezioni generali di cui all’art. XX del GATT.

qualità sociale e democratica della globalizzazione esige, infatti, che gli Stati democratici debbano avere il potere di preservare la propria autonomia, non essendo accettabile che essa possa essere limitata – nella competizione economica internazionale – a vantaggio di sistemi che non rispettano i principi democratici e i diritti fondamentali dei lavoratori.

È quindi dallo Stato nazionale che occorre ripartire per immaginare un diritto del lavoro oltre i suoi confini.

### 9. Postilla: pandemia e de-globalizzazione

Mentre si aggiornano queste note, composte originariamente alla fine del 2018, la globalizzazione ha assunto le sembianze terrificanti della pandemia. Dal focolaio di Wuhan il Covid-19 ha diffuso le sue spire mortali su tutto il pianeta, ed i Paesi maggiormente colpiti si trovano ormai nell'emisfero occidentale: Stati Uniti d'America e Italia, purtroppo, tra i primi, con migliaia di vittime. Con le maggiori economie del mondo semiparalizzate dall'emergenza sanitaria, si annuncia con certezza la più grande recessione globale dalla fine della Seconda guerra mondiale, con una caduta verticale del prodotto interno lordo che soltanto negli Stati Uniti ha sinora generato milioni di disoccupati<sup>157</sup>.

Sono in molti a intravedere in ciò il punto di svolta di un processo di de-globalizzazione, che è ormai da tempo in atto e che negli ultimi anni ha portato al fallimento dei grandi negoziati multilaterali per il libero scambio, a partire da quello più ambizioso di tutti, grazie al *de profundis* intonato dall'amministrazione Trump, appena eletta, per il TTIP<sup>158</sup>. La ristrutturazione dell'ordine economico internazionale è stata già avviata dall'amministrazione americana in una logica di contenimento della potenza cinese. Le misure protezionistiche – dirette prioritariamente a contenere le esportazioni cinesi<sup>159</sup> – si sono peraltro intensificate nel corso del 2019, estendendosi anche verso l'Europa, dove cresce il *surplus* commerciale tedesco, favorito com'è dalla costituzione macroeconomica dell'Unione. In tale nuovo scenario, le grandi agenzie della globalizzazione, propellitrici delle dinamiche commerciali multilaterali, a partire dalla OMC, hanno sperimentato un rapido ridimensionamento della loro funzione<sup>160</sup>.

---

<sup>157</sup> J.L. Shapiro, *La Cina presenta agli USA il conto della globalizzazione*, in *Limes*, 3/2020, p. 143 ss.

<sup>158</sup> Sul quale era peraltro fiorita un'assai ottimistica pubblicistica (v. ad es. M. Faioli, *Atlantic Transitions for Law and Labor: CETA First and TTIP Second?*, in A. Perulli, T. Treu (eds.), *Sustainable Development*, cit., p. 71 ss.).

<sup>159</sup> Fa il punto B.P. Amicarelli, *L'arte della guerra (commerciale) alla Cina: offensive cinesi e difese occidentali*, in *Mercato concorrenza regole*, 2019, p. 2018 ss.

<sup>160</sup> V. ad es. le analisi di G. Sacerdoti, *Lo stallo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio davanti alla sfida di Trump: difficoltà passeggiere o crisi del multilateralismo?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2018, n. 1, p. V ss.; Id., *Sopravviverà l'Organizzazione Mondiale del Commercio alla sfida di*

La pandemia si è dunque abbattuta su un quadro già in forte sofferenza ed è con ogni probabilità destinata ad accelerare il processo di de-globalizzazione, spingendo gli Stati occidentali a incentivare la re-importazione all'interno dei propri confini di una serie di attività produttive che si rivelano vitali in contingenze critiche della interdipendenza economica internazionale<sup>161</sup>. Non sorprende, quindi, che chi invoca invano risposte globali e coordinate alla pandemia si trovi di fronte ad una cacofonia di reazioni uguali e contrarie, improntate alla erezione di barriere e difese nazionali attraverso cui lo Stato "salvatore" ritrova il suo antico ruolo di protezione della vita e della sicurezza dei suoi cittadini, in tendenziale solitudine.

L'Unione europea, divisa come mai è accaduto nella sua storia nonostante l'insopportabile retorica della solidarietà, mostra i segni più evidenti – e inquietanti – della decomposizione di un ordine economico internazionale che non riesce più a nascondere i motivi profondi della sua in-sostenibilità e che, se continuerà sulla china intrapresa, riuscirà a guadagnare, ben che vada, un altro po' di tempo, prima di rassegnarsi alla implosione. Il prossimo 23 aprile 2020 è fissato un vertice – "decisivo", si è ripetuto anche stavolta – in cui i capi di Stato e di Governo dei Paesi dell'Unione dovrebbero finalmente trovare un accordo sulle misure finanziarie straordinarie di sostegno delle economie europee, oltre gli interventi massicci già decisi dalla BCE sul mercato secondario dei titoli del debito pubblico<sup>162</sup>.

C'è, per lo meno nei governi degli Stati del Sud, cui si è unita la Francia, e forse persino nella Commissione, la consapevolezza della gravità del momento e della necessità di mettere in campo misure davvero straordinarie e innovative, come quel *recovery fund* (possibilmente finanziato con emissione di debito comune) evocato senza impegno nelle conclusioni adottate dall'eurogruppo il 10 aprile 2020. Ma è qui che si manifesta la frattura più profonda tra blocco dei "frugali" del Nord e periferia indebitata del Sud. Una frattura profonda, perché radicata su caratteri e sentimenti nazionali, esacerbati – bel al di là degli stereotipi – da questi lunghissimi anni di crisi esistenziale dell'Unione; e, soprattutto, scavata dalla divergenza degli interessi geo-economici, entrati da tempo in tendenziale rotta di collisione<sup>163</sup>. E visti i rapporti di forza tra i due bloc-

---

*Trump? Riflessioni sulla crisi del multilateralismo, un "global public good" da difendere*, *ivi*, 2019, p. 685 ss.

<sup>161</sup> Sono già molte le analisi in questa direzione: v. ad es. M. Gervasoni, T. Ocone, *Coronavirus: fine della globalizzazione*, Milano, 2020.

<sup>162</sup> Ma questa è una misura temporanea ed emergenziale, che non intacca i vincoli del regime ordinario, invalicabili per i tedeschi (la Corte costituzionale tedesca è a breve chiamata nuovamente a pronunciarsi sui limiti del mandato della BCE nel procedimento *Expanded Asset Purchased Programme*, il programma di *quantitative easing* varato sotto la presidenza di Mario Draghi, rubricato *sub* 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16).

<sup>163</sup> V. ad es. F. Petroni, *Gli europei non sono europei*, in *Limes*, 3/2020, p. 161 ss.

chi<sup>164</sup>, peraltro assai disomogenei al loro interno (specie quello meridionale), con la Francia in un'ambigua posizione interlocutoria, è difficile presagire esiti negoziali favorevoli per il nostro Paese senza che la Germania sposti il suo peso decisivo a tutela della tenuta stessa del processo integrativo, quale suo fondamentale interesse nazionale.

Null'altro può essere aggiunto a chiusura di questa postilla: certamente non una previsione su un futuro fosco e incerto come non mai. Ma nulla, altrettanto certamente, comunque vadano le cose al Consiglio europeo del 23 aprile, potrà restare come prima; di certo, non nell'Unione europea.

---

<sup>164</sup> A ricordarlo, anche sulla scorta della straordinaria prova di efficienza organizzativa tedesca nella gestione del virus, è H. Dieter, *Non perfetti ma über alles*, in *Limes*, 3/2020, p. 175 ss.

# IL DIRITTO OLTRE LO STATO: LE MOLTEPLICI E RISCHIOSE VITE DI UNA FORMULA SEDUCENTE

*Michele Graziadei*

SOMMARIO: 1. Il diritto oltre lo Stato: la costituzione pluralista della società. – 2. Il diritto oltre lo Stato: il diritto transnazionale, e le sue contraddizioni.

‘Il diritto oltre lo Stato’. Ecco un’espressione che ha ormai alle proprie spalle un’importante storia recente. Di certo si tratta di una formula che interpella i più diversi campi del diritto contemporaneo. Ne parlano, ad esempio, i lavori coordinati da Ralf Michaels e da Nils Jansen riguardo al diritto privato e dei mercati<sup>1</sup>; si esercitano sull’argomento i filosofi del diritto e i cultori del diritto internazionale<sup>2</sup>; il tema emerge inoltre nelle indagini rivolte a prefigurare un’incipiente nozione di legalità nello spazio transnazionale<sup>3</sup>, e si potrebbe proseguire oltre.

Non intendo passare qui in rassegna tutti i (possibili) significati che la formula può assumere; mi propongo invece di esaminare alcuni aspetti del discorso intorno al diritto, cui essa allude. Mi limiterò quindi a considerare alcuni elementi del tema che sono legati all’idea di una costituzione pluralista della vita sociale delle varie comunità, nonché alla dinamica attuale della vita internazionale.

---

<sup>1</sup>N. Jansen, R. Michaels (cur.), *Beyond the State: rethinking private law*, Tübingen, 2008; R. Michaels, N. Jansen, *Private law beyond the State? Europeanization, globalization, privatization* (2006) 43 *Am. J. Comp. Law* 843; R. Michaels, *The true lex mercatoria: law beyond the State* (2007) 14 *Ind. J. Global Legal Stud.* 447. Vedi inoltre: G.P. Callies, e P. Zumbansen, *Rough consensus and running code: a theory of transnational private law*, London, 2010; M. Maduro, K. Tuori, S. Sankari, (cur.), *Transnational law: rethinking European law and legal thinking*, Cambridge, 2014.

<sup>2</sup>L. Murphy, *Law Beyond the State: Some Philosophical Questions*, (2017) 28 *European Journal of International Law* 203.

<sup>3</sup>Cfr. G. Palombella, *The rule of law beyond the State: Failures, promises, and theory* (2009) 7 *International Journal of Constitutional Law* 442; G. Della Cananea, *Due Process of Law Beyond the State*, Oxford, 2006.

Quest'ultima, infatti, è oggi caratterizzata da sempre più ampie cessioni di sovranità da parte dello Stato nel quadro del sistema delle relazioni internazionali, nonché da ancor più ampi spazi di normatività ritagliati nella dimensione transnazionale a favore di nuovi attori privati e pubblici. Pertanto, quelle visioni del 'diritto oltre lo Stato' che erano maturate nel corso del tempo, e in particolare negli ultimi decenni, sono oggi destinate ad essere profondamente riviste. Vari fattori concomitanti operano per una revisione critica di quelle idee. L'apertura dei mercati a livello mondiale, con passo accentuato negli ultimi due decenni del Ventesimo secolo, ha infatti determinato asimmetrie e squilibri profondamente avvertiti nel corpo sociale, tanto nel quadro statutale, quanto, per l'appunto, oltre i confini dello Stato<sup>4</sup>.

Le pagine seguenti tratteggiano un itinerario. Muoverò da un'analisi del diritto come fenomeno proprio di una società democratica a base pluralistica, per passare poi ad esaminare in quale misura la medesima etichetta 'pluralismo', nel proiettarsi 'oltre lo Stato', nella dimensione transnazionale, acquisisca una valenza molto diversa e maggiormente problematica.

In questo spazio la nozione di 'pluralismo' cattura infatti l'interazione di ordini diversi, per lo più settoriali, con dinamiche d'inclusione e di esclusione fortemente asimmetriche. Il 'diritto oltre lo Stato' non è qui espressione di un corpo sociale, e non è neppure ricerca di equilibri rispondenti a giustizia; eppure, la domanda di giustizia non può rimanere inascoltata in quest'ambito. Le relazioni economiche e politiche, che i più diversi attori hanno istituito attraverso la mondializzazione del mercato, hanno gettato le premesse per una nuova domanda di giustizia, che dovrà trovare soddisfazione negli anni a venire, e che è avventato ignorare.

### *1. Il diritto oltre lo Stato: la costituzione pluralista della società*

Il diritto nasce prima dello Stato, inteso nella sua accezione contemporanea. Nell'Europa medioevale, il diritto regolava le società di antico regime, frammentate in ceti, prive di un potere politico centrale totalizzante. Il diritto di quelle società era in minima parte il diritto dello Stato, se tale diritto si dava. D'altra parte, gli ordinamenti a base religiosa propongono tuttora una visione del diritto che è alternativa all'ipotesi di un ordine giuridico instaurato e garantito dallo Stato.

Tuttavia, molti ordinamenti giuridici contemporanei riconoscono allo Stato una funzione primaria nella formazione del diritto. Nel mondo occidentale, a

---

<sup>4</sup>Per un'analisi essenziale: M.R. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017. Una profonda riflessione sulla sovranità nel quadro attuale è offerta da E. Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, 2020.

livello nazionale, il diritto dello Stato sembra aver prosciugato ogni forma alternativa di giuridicità. La stessa nozione di legalità, in un certo senso, simboleggia il mito che lega a doppio filo il diritto e lo Stato: la legalità è in primo luogo, per molti giuristi, la legalità statale; fonti alternative del diritto operano in questo ambito, ma in chiave decisamente minore, vale a dire subalterna. E sebbene l'immagine ufficiale del sistema giuridico, tramandato dalle dottrine di stampo positivista, sia stata vigorosamente contestata in varie sedi, rimane però forte l'affermazione della superiore legittimazione vantata dal diritto dello Stato in ogni ambito sociale, quale espressione di ordine democratico, garante di diritti sotto il segno dell'eguaglianza.

Beninteso, mentre nei regimi autoritari lo statalismo è la camicia di Nesso che costringe la vita sociale, imponendo una visione della società alla quale i cittadini devono aderire, la democrazia è invece il baluardo di quel pluralismo che è il carattere essenziale della vita democratica, basata sul rispetto dei diritti individuali.

La distanza tra queste due visioni alternative rimane assai ampia, nondimeno le involuzioni che interessano la democrazia nell'epoca contemporanea sono evidenti. Non possiamo infatti ignorare la profonda crisi della rappresentanza politica, che si esprime in vari modi e che segna l'esperienza democratica nel tempo odierno. Ne percepiamo infatti un po' ovunque i segni palpabili, ancora più forti in presenza di spinte inequivocabilmente populiste, giacché – come è stato notato – quest'ultime hanno disseppellito il mito della 'vera democrazia', forgiata dal 'popolo autentico', e hanno così apertamente sfidato la democrazia rappresentativa<sup>5</sup>.

Per rimanere a quanto accade in due antiche democrazie, basterà richiamare qui la sfida al Parlamento inglese consumata da Boris Johnson con la decisione inedita (e illegale) di sospendere la convocazione nel settembre del 2019 in relazione alle votazioni sulla Brexit<sup>6</sup>. Sull'altra sponda dell'Atlantico le manovre di Trump intorno al voto per posta, dirette a minare la validità di quel tipo di suffragio, preludono a conseguenze minacciose per la sorte della democrazia statunitense. Nell'Europa continentale non si possono ignorare i richiami trasversali di diversi partiti e di vari esponenti politici al populismo come valore positivo, e la denuncia della delega parlamentare alla stregua di un'aberrazione della democrazia in Francia e in Italia. Il quadro politico e costituzionale dell'Europa centro-orientale è a sua volta oggi segnato da derive populiste ed autoritarie in Polonia e in Ungheria<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup>I. Diamanti, M. Lazar, *Populocrazia: La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari-Roma, 2018.

<sup>6</sup>R (on the application of Miller) (Appellant) v. The Prime Minister (Respondent) *Cherry and others* (Respondents) v. *Advocate General for Scotland* (Appellant) (Scotland) [2019] UKSC 41.

<sup>7</sup>I. Krastev, S. Holmes; *La rivolta antiliberal. Come l'Occidente sta perdendo la battaglia per la democrazia*, Milano, 2020; sulle difficoltà dell'Unione in proposito: A. Jakab, D. Kochenov (cur.), *The Enforcement of EU Law and Values – Ensuring Member States' Compliance*, Oxford, 2017.

Come ha recentemente avvertito Bruce Ackerman, non è lecito fare di ogni erba un fascio, abbiamo populismo e populismo<sup>8</sup>. È però vero che l'allergia verso la democrazia rappresentativa e verso il parlamentarismo accomuna oggi molti di questi movimenti e varie esperienze di governo<sup>9</sup>. Anche laddove i toni dovrebbero essere più moderati, affiora come un brivido il primato della prospettiva nazionale: la sentenza del Tribunale Costituzionale tedesco del 2020 circa la (dubbia) legittimità del piano di acquisti di titoli di debito pubblico avviato dalla Banca centrale europea sotto la presidenza di Mario Draghi ne è un esempio<sup>10</sup>.

Nessun Paese europeo può dirsi immune da queste spinte. Com'è stato infatti argutamente osservato, proprio il nazionalismo sembra essere oggi – paradossalmente – il movimento più capace di raccogliere adesioni attraverso le frontiere<sup>11</sup>.

Nell'età contemporanea l'allargamento della base della democrazia liberale, e la sua stessa tenuta, dipende dalla sua capacità di inclusione sociale, che trova espressione nella nozione di cittadinanza da un lato, e nell'affermazione del concetto di non discriminazione dall'altro. La democrazia fallisce con la marginalizzazione dei settori più deboli della popolazione.

Il rapporto tra il cittadino e lo Stato conosce comunque varie declinazioni. Per stare al quadro europeo, e alle garanzie offerte in materia di diritti umani, ricordiamo quanto sia vario l'approccio nazionale, ad esempio, in relazione all'esposizione di simboli religiosi nello spazio pubblico. Osservazioni analoghe si potrebbero svolgere in relazione a tutti gli ambiti in cui lo Stato contemporaneo tende a sviluppare e si misura con 'politiche della moralità', che polarizzano l'opinione pubblica<sup>12</sup>.

Resta il fatto che le democrazie contemporanee riconoscono il pluralismo. Nel diritto, il pluralismo si afferma storicamente dapprima sul piano della libertà di manifestazione pensiero e di religione<sup>13</sup>. Oggi abbraccia ogni sfera della vita sociale, con nuovi e in parte inediti conflitti che prendono forma nella società<sup>14</sup>. Il 'diritto oltre lo stato', in questa chiave, non rinvia ad una sorta di diritto natu-

<sup>8</sup>B. Ackerman, *Revolutionary Constitutions: Charismatic Leadership and the Rule of Law*, Cambridge, Mass, 2019. V. su questo volume i contributi raccolti a cura di Antonia Baraggia e Lorenza Violini nell'*Italian Journal of Public Law*, n. 1 2020.

<sup>9</sup>F. Pallante, *Contro la democrazia diretta*, Torino, 2020.

<sup>10</sup>BVerfG, sentenza del secondo senato del 5 Maggio 2020, 2 BvR 859/15 –, Rn. 1-237.

<sup>11</sup>R. Michaels, *Does Brexit spell the death of transnational law?* (2016) 17 *German Law Journal* 51.

<sup>12</sup>C. Knill, C. Adam, S. Hurka, (cur.) *On the road to permissiveness?: Change and convergence of moral regulation in Europe*, Oxford, 2015.

<sup>13</sup>Questa riflessione può apparire banale se non fosse che tuttora le cronache giudiziarie registrano episodi in cui la pubblica autorità fatica a riconoscere quali spazi abbia oggi la libera manifestazione di pensiero. Per un importante riconoscimento, relativo al diritto di propagandare la propria convinzione filosofica: Cass. Civ., ord. 17 aprile 2020, n. 7893.

<sup>14</sup>Cfr. M.C. Foblets, M. Graziadei, A.D. Renteln, (cur.), *Personal Autonomy in Plural Societies: A Principle and its Paradoxes*, London, 2017.

rale alla base della società, riferimento che oggi potrebbe soltanto produrre contrasti e fratture. Il diritto di una democrazia veramente plurale si colloca invece sul terreno dell'esperienza, dei fatti della vita sociale, come ha rilevato felicemente Paolo Grossi "si intride dei fatti quotidiani, si contraddistingue per la sua fattualità"<sup>15</sup>.

Rispetto al passato, nel quale era assente uno Stato che pretendesse il monopolio delle fonti del diritto, si è ormai compiuto un salto di qualità. Nel Novecento, con la Carta Costituzionale – possiamo dire al plurale: con le Carte Costituzionali del secondo dopoguerra – si compie finalmente una democrazia plurale: "nella quale *l'aver* ha finalmente perduto il suo carattere di salvacondotto politico"<sup>16</sup>. Il disegno della Costituzione Repubblicana, per considerare le vicende del nostro Paese, è orientata al: "pluralizzarsi di ordinamenti", riconosce che "il diritto nasce negli strati profondi della società, pluralizza le sue fonti e anche le de-tipicizza, ed è vistosa la loro *impurità*, ovvia conseguenza della loro *fattualità*. La Repubblica, dal punto di vista giuridico, si connota dunque come una realtà squisitamente policentrica"<sup>17</sup>. Molto sarà comunque da fare nel laboratorio del giurista per dare effetto a quest'ordine delle cose. La consapevolezza della novità è diffusa, ma gli attrezzi del mestiere, devono essere rinnovati, per essere all'altezza dei nuovi compiti del giurista.

Nel nuovo contesto, anche il riferimento alla vecchia 'dogmatica' non può rimanere immune da riflessioni critiche. Vi ha dato per tempo voce l'opera di Angelo Falzea<sup>18</sup>. Una concezione pluralista del diritto è marcata in giuristi tanto diversi come Gino Gorla, Pietro Perlingieri, Pietro Rescigno, Luigi Mengoni, Rodolfo Sacco, che hanno illuminato con la loro riflessione i nuovi percorsi del diritto civile. E l'elenco potrebbe continuare, con Guido Alpa, Umberto Brecchia, Stefano Rodotà, Giuseppe Vettori, Paolo Zatti. L'orizzonte del giurista è ormai quello di una società complessa, come ha affermato in più di un'occasione Antonio Gambaro<sup>19</sup>. La complessità che accompagna la crescita del pluralismo si esprime in nuove istanze di riconoscimento, le quali costituiscono parte del discorso sulla giustizia; in nuove interazioni tra il diritto, la scienza e la tecnica, dall'urbanismo alla medicina, dalle scienze della vita a quelle che riguardano la tutela dell'ambiente, fino all'esplosione del mondo digitale. Lungo il percorso così tratteggiato, è inevitabile considerare quali minacce provengono al plurali-

<sup>15</sup> Grossi, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, 2020, p. 40.

<sup>16</sup> Grossi, *Oltre la legalità*, cit. p. 15.

<sup>17</sup> Grossi, *Oltre la legalità*, cit., p. 26.

<sup>18</sup> A. Falzea, *Dogmatica giuridica e diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, pp. 735-775, e su di essa G. D'Amico, *Angelo Falzea e il ruolo della dogmatica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 1015-1027.

<sup>19</sup> Per il riconoscimento del suo contributo in proposito: M. Graziadei, M. Serio (cur.), *Regolare la complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro. Atti del 5° Congresso nazionale SIRD* (Trapani, 24-25 giugno 2016), Torino, 2017.

simo democratico dall'uso delle nuove tecnologie digitali come strumento di diffusione di notizie false, di strumentalizzazione e di incanalamento del consenso.

La complessità si ripresenta anche per le scelte compiute a favore dell'integrazione europea. Sotto quest'ultimo aspetto, l'integrazione del diritto italiano nel quadro europeo ha accentuato ancor di più il carattere plurale delle fonti con cui si misura la vita del diritto, in una tensione che ridefinisce la stessa nozione di legalità, ridisegnata nel segno più calzante di una 'primazia del diritto'<sup>20</sup>, attinta anche dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri, per quanto riguarda la tutela dei diritti fondamentali (art. 6.3 TUE; Preambolo e art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea). In questo contesto, la garanzia di effettività della tutela diviene saliente e si pone come "uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati."<sup>21</sup> Non mancano, beninteso, i contrappunti. Viene lamentata la perdita di 'calcolabilità' del diritto<sup>22</sup>, l'indefinitzza del principio di effettività<sup>23</sup>, la necessità di procedere con cautela sul terreno dell'interpretazione costituzionalmente orientata. Si vorrebbe ammettere l'efficacia diretta delle norme costituzionali nel diritto privato solo in assenza di puntuali disposizioni di legge<sup>24</sup>. Tutti questi orientamenti critici sono animati dal desiderio di dare nuova linfa a quella ferrea nozione di legalità che è stata abbandonata non già per caso, bensì per scelta, nel momento in cui le società europee si sono dotate di costituzioni pluraliste, che fanno spazio e riconoscono il pluralismo nella socie-

<sup>20</sup> Così P. Grossi, *Oltre la legalità*, p. 29 ss., nonché S. Cassese, *Alla ricerca del Sacro Graal, a proposito della Rivista 'Diritto pubblico'*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1995, p. 796.

<sup>21</sup> G. Vettori, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, pp. 939-959; Id., *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo* in *Riv. dir. civ.*, 2017, pp. 666-694.

<sup>22</sup> N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016. Vari saggi del medesimo Autore anticipano il volume: Id., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, p. 731 e Id., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 36 ss.; Id., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 987 ss.; Id., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss. V. inoltre: A. Carleo, (cur.), *Calcolabilità giuridica*, Mulino, 2017; Irti, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1539 ss., ma vedi anche: M. De Felice, *Su probabilità, «precedente» e calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1546 ss., e per considerazioni critiche: G. Zaccaria, *Riflessioni sul nichilismo giuridico di Natalino Irti*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 766, ss., spec. p. 772 ss.

<sup>23</sup> C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 195, nota 245; Id., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Europ. e dir. priv.*, 2016, p. 987 ss., il quale ritiene che operare sulla base del principio di effettività equivalga a procedere sulla base di un'inversione logica. In replica v. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo*, cit., p. 683 ss.

<sup>24</sup> G. D'Amico, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss. L'A. ritiene che non competeva ai giudici creare nuovi diritti, con l'anticipazione di decisioni sostanzialmente politiche, e paventa il vulnus recato al principio di uguaglianza tramite l'invocazione diretta dei principi costituzionali nell'ambito del diritto privato. La polemica è principalmente diretta contro le opere di P. Perlingieri. V. in proposito, per la replica, Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo*, cit., p. 683 ss.

tà. Con questo, ciascuno dei temi sollevati merita di essere discusso. Tuttavia, le conclusioni da formulare in proposito devono essere articolate e aderenti ai fatti. Com'è stato detto da Giovanni Canzio: "Il sistema giurisdizionale non è tuttavia sprovvisto di antidoti, né può accettare supinamente che il postmodernismo comporti, insieme con la liquidità del sociale, anche la liquidità del diritto e la deriva nichilistica verso il caos nella sua applicazione"<sup>25</sup>.

Così, mentre da un lato si lamenta la perdita della calcolabilità del diritto, questo è il tempo in cui operano i primi strumenti di giustizia predittiva. Vi è la concreta possibilità di decisioni (almeno parzialmente) automatizzate, anche nel campo della giustizia<sup>26</sup>, le quali devono soddisfare parametri adeguati di legalità, di robustezza, di trasparenza, della decisione affidata all'intelligenza artificiale<sup>27</sup>.

Questa irruzione delle tecnologie digitali nel campo dell'amministrazione della giustizia è il segno dell'ulteriore razionalizzazione che attraversa le società post-moderne, con tutti i suoi aspetti problematici. Si tratta di processi tanto profondi e pervasivi, da rappresentare una vera rivoluzione anche nel campo del diritto<sup>28</sup>. Il cambiamento del mondo del diritto, d'altra parte, è sempre caratterizzato da sommovimenti destinati a sconvolgere l'ordine 'naturale' delle cose<sup>29</sup>. La prospettiva storica rivela che nulla in questo mondo è più cangiante della 'tradizione'<sup>30</sup>, e pertanto nulla rischia maggiormente di assumere un connotato ideologico, di quello che viene pensato in chiave di 'tradizione'<sup>31</sup>.

Il nuovo cammino così intrapreso non è compiuto, ma è oramai decisamente imboccato.

Il tessuto della legalità prende le forme del 'diritto oltre lo stato' perché il diritto nascente è ancorato primariamente alle strutture materiali e spirituali della

---

<sup>25</sup> G. Canzio, *La funzione nomofilattica fra dissenting opinion ed esigenze di trasparenza*, in *Discrimen*, 2020, p. 1 ss. p. 3

<sup>26</sup> A. Carleo (cur.), *Decisione robotica*, Bologna, 2019. Il volume raccoglie gli atti del congresso linceo sul tema, che è aperto da una relazione introduttiva di N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, pubblicata anche in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 117 ss.

<sup>27</sup> In proposito: G. Comandè, *Unfolding the legal component of trustworthy AI: a must to avoid ethical dilution*, in corso di pubblicazione nell'*Annuario di diritto comparato 2020*.

<sup>28</sup> Si veda in proposito il contributo di M.R. Ferrarese in questo volume, la quale giustamente parla di 'fatto sociale totale'; nonché A. De Franceschi, R. Schultze (eds.), *Digital revolution. New Challenges for Law*, Baden-Baden, München, 2019.

<sup>29</sup> D. Carusi, *L'ordine naturale delle cose*, Torino, 2011.

<sup>30</sup> Nemmeno nell'epoca d'oro del formalismo giuridico si poté davvero fare affidamento sulla stabilità delle aspettative anche in ordine a diritti che sulla carta avrebbero dovuto essere ben garantiti: N.R. Lamoreaux, *The Mystery of Property Rights: A U.S. Perspective*, in *Journal of Economic History*, 2011, 71, p. 275 ss.

<sup>31</sup> A. von Bogdandy, *The Current Situation of European Jurisprudence in the Light of Carl Schmitt's Homonymous Text. Four Critical Topics in a Misleading but Insightful Perspective*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-08.

vita sociale. Il tema non interessa esclusivamente i giuristi, i sociologi, gli psicologi, o gli antropologi del diritto. L'attenzione nei confronti delle norme radicate nella società ha nutrito un importante filone di riflessione in ambito economico, dedicata a indagare il sorgere e lo stabilizzarsi di norme sociali e ai loro effetti sul piano economico<sup>32</sup>. E la regolazione mette ora a frutto l'analisi di queste norme<sup>33</sup>.

In questo quadro, l'ascesa della decisione giudiziaria come fonte del diritto nei sistemi contemporanei si spiega in ragione della maggiore prossimità del giudice ai fatti sociali implicati nella decisione giudiziaria rispetto ad altri organi dello Stato<sup>34</sup>. La formula del 'diritto vivente', coniata oltre un secolo addietro da Eugen Ehrlich, nella nostra esperienza si applica soprattutto agli apporti ormai massivi di nuovo diritto accolto in seno al diritto giurisprudenziale<sup>35</sup>. Questa nuova primazia del diritto, più che della legalità, trova il proprio presidio nella giustizia costituzionale e nell'interpretazione costituzionalmente conforme del diritto, che sostanziano il diritto della Costituzione nel quadro della pluralità delle fonti, anche quando il Parlamento esita o è silente<sup>36</sup>.

Beninteso, siamo ormai lontani da qualunque tentazione romantica che induca a pensare questa forma di 'diritto oltre lo stato' come la diretta espressione di un campo sociale non altrimenti strutturato. Qualunque teoria aderente ai fatti considera attori sociali che si misurano con le politiche e con le norme dello Stato, in conflitti, che sono tanto culturali, quanto politici ed economici<sup>37</sup>. E la contropartita del crescente peso del diritto giudiziario nella formazione del diritto contemporaneo prende allora corpo con una critica della trasformazione della scelta politica in decisione giudiziaria, non di rado di rango costituzionale<sup>38</sup>.

<sup>32</sup>Per una sintesi: H.O. Young, *The Evolution of Social Norms*, (2015) 7 Annual Review of Economics 359.

<sup>33</sup>F. Gangale, A. Mengolini, I Onyeji, *Consumer engagement: An insight from smart grid projects in Europe*, Energy Policy, 2013, 60, p. 621.

<sup>34</sup>Si vedano in proposito le considerazioni di A. Gambaro, *Rapport General*, in *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, tomo LXVII, Paris, 2017, p. 21 ss.

<sup>35</sup>L. Salvato, *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, consultabile sul sito: <https://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do>, e per la Corte di Cassazione: S. Evangelista, G. Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, p. 82. L'uso di questa formula da parte della giurisprudenza è un eco lontano rispetto al suo uso da parte di E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig 1913, (trad. it.), *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976, pp. 596 e ss.; L. Mengoni, voce *Diritto vivente*, in *Dig. disc. priv.*, VI, Torino 1990, pp. 445-452, ripubblicato con il titolo *Il diritto vivente come categoria ermeneutica* in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, pp. 141-164; nonché G. Zagrebelsky, *La dottrina del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 1148 ss.

<sup>36</sup>Corte cost., 22 novembre 2019, sentenza n. 242.

<sup>37</sup>Per indicazioni utili in proposito: P. Bourdieu, *Le strutture sociali dell'economia*, tr. it., Trieste, 2014, p. 31 ss.

<sup>38</sup>Cfr. R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge Mass., 2007.

## 2. *Il diritto oltre lo Stato: il diritto transnazionale, e le sue contraddizioni*

Sono trascorsi ormai più di quarant'anni da quando Gunther Teubner, nel riprendere in mano l'opera di Eugen Ehrlich, stimava che le tesi del giurista austriaco, ricevute con fredda accoglienza in relazione al diritto nazionale, si sarebbero dimostrate vincenti tanto dal punto di vista descrittivo, quanto dal punto di vista prescrittivo, in relazione all'emergente diritto globale<sup>39</sup>. La tesi proposta da Teubner è stata poi svolta in vario modo, nell'analizzare il diritto globale emergente, ma il richiamo al pluralismo, come fenomeno proiettato su scala globale, è piaciuto. Il titolo del volume di Paul Schiff Berman, apparso qualche anno addietro, ripropone per l'appunto questo aspetto del discorso: *Global Legal Pluralism*<sup>40</sup>.

Teubner avvertiva che il diritto emergente in sede globale nasce da forze e in contesti ben diversi da quelli cui si riferiva l'opera di Ehrlich. Nondimeno, l'idea di una pluralità di ordini giuridici destinati a spiegare i propri effetti nei medesimi ambiti, senza la possibilità di far capo all'idea di sovranità, e di un conseguente ordine verticale delle fonti, ha effettivamente avuto presa. Molte analisi hanno già chiarito quali spinte abbiano condotto a quest'esito. Oltre alla critica della sovranità come minaccia alla coesistenza pacifica degli Stati, ricordiamo la presa delle teorie economiche riguardanti i benefici economici connessi all'apertura dei mercati, e l'emergere di problemi che trascendono l'ambito nazionale e richiedono quindi di essere governati come problemi globali: dal riscaldamento climatico, alla lotta alle infezioni trasmissibili all'uomo, al governo del sistema delle telecomunicazioni su scala mondiale, etc. Su questi aspetti disponiamo di analisi essenziali, come quelle dedicate da Sabino Cassese e da Maria Rosaria Ferrarese alle dinamiche di diritto globale.

La crescita economica, che è seguita allo sviluppo di un sistema di relazioni internazionali fondato in larga misura su queste premesse, ha condotto all'uscita dalla povertà di milioni di persone. Nondimeno, il rapido cambiamento che è seguito all'adozione di un modello di sviluppo basato su premesse neoliberali ha avuto effetti destabilizzanti di primaria grandezza che si sono accentuati dopo la crisi finanziaria del 2008. In effetti, l'architettura di quest'ordine pluricentrico è fortemente asimmetrica: le istituzioni che operano nel contesto della globalizzazione non sono state disegnate per controbilanciare gli effetti sociali, economici, ambientali, che discendono dall'operare dei mercati, i quali distribuiscono in modo diseguale sia la ricchezza prodotta, sia i costi – in particolare ambientali – riguardanti la sua

---

<sup>39</sup>G. Teubner, *Global Bukowina: legal pluralism in the world society*, in G. Teubner (cur.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot, 1997, p. 3.

<sup>40</sup>P.S. Berman, *Global legal pluralism: A jurisprudence of law beyond borders*, Cambridge, 2012. Si veda ora l'ottimo contributo di M. Bussani, *Strangers in the Law: Lawyers' Law and Other Legal Dimensions*, (2018) 40 *Cardozo Law Review* 3125. Quanto all'intreccio pubblico\privato cfr. H.L. Buxbaum, *Public Regulation and Private Enforcement in a Global Economy: Strategies for Managing Conflict* (2019) 399 *Recueil des Cours/Collected Courses* 267.

produzione<sup>41</sup>. Le migrazioni che investono i paesi industrialmente avanzati, come costanti emergenze umanitarie, sono un drammatico indicatore di questi squilibri.

Il diritto dell'Unione europea offre esempi paradigmatici di queste dinamiche su scala continentale. La diagnosi riguarda anche l'operato della Corte di giustizia, la quale, nell'effettuare i propri bilanciamenti e nel privilegiare la realizzazione del mercato unico come obiettivo primario dell'Unione, sfida il diritto statale, mettendo in secondo ordine obiettivi di natura diversa, con ampi risvolti sociali<sup>42</sup>. Le politiche nazionali sono quindi soggette a un controllo a livello europeo, secondo uno *standard* divergente rispetto a quello prevalente in sede nazionale<sup>43</sup>. Si aggiunga che, pur dando rilievo a una pluralità di valori e di interessi<sup>44</sup>, la Corte di giustizia ha ripetutamente espresso orientamenti che lasciano alle spalle interpretazioni maggiormente caratterizzate in senso sociale<sup>45</sup>.

Su scala più ampia, la liberalizzazione degli scambi a livello mondiale ha lacerato il contratto sociale, aumentando la distanza tra le classi sociali e alimentando la disuguaglianza. Il rilievo è condiviso anche da parte di chi ha promosso la svolta a favore di una liberalizzazione del commercio mondiale<sup>46</sup>. La caduta dei redditi da lavoro rispetto ai redditi da capitale è stata ampia; la fiscalità dello Stato non ha saputo contrastare il ricorso a strategie elusive dell'imposizione, realizzate attraverso collaudate tecniche di *tax planning*, che per ora non sono state imbrigliate, nonostante le indicazioni provenienti in tal senso da più parti. Il pluralismo che si sviluppa in questo ambito, e a cui si richiamano alcuni dei teorici del diritto globale, ha davvero poco in comune con il pluralismo che caratterizza la vita del diritto nella cornice della norme statali.

Un primo tratto del diritto che prende forma in questo spazio è già stato segnalato. Anch'esso può mettere sotto pressione il diritto dello Stato, sebbene in modo diverso da quanto possa fare un movimento dal basso, espressione della

---

<sup>41</sup> D. Di Micco, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all'analisi del fenomeno globale*, Milano, 2018.

<sup>42</sup> G. Davies, *Tough Love in the Internal Market*, in F. Amtenbrink, G. Davies, D. Kochenov, J. Lindeboom (cur.), *The Internal Market and the Future of European Integration: Essays in Honour of Laurence W. Gormley*, Cambridge, 2019, p. 15 ss. Sul diritto del lavoro, si vedano più ampiamente in questo volume i contributi di Giubboni e Faioli.

<sup>43</sup> Cp. H.W. Micklitz, *The politics of justice in European private law: social justice, access justice, societal justice*, Cambridge, 2018; Jotte Mulder, *Unity and Diversity in the European Union's Internal Market Case Law: Towards Unity in 'Good Governance'?* (2018) 34 *Utrecht Journal of International and European Law* 4.; Id., *(Re) Conceptualising a Social Market Economy for the EU Internal Market*, (2019) 15 *Utrecht Law Review* 16.

<sup>44</sup> Cfr. ad esempio, F. Foret, O. Calligaro (cur.), *European Values: Challenges and Opportunities for EU Governance*, London, 2018.

<sup>45</sup> Vedi M. Bartl, *Socio-Economic Imaginaries and European Private Law*, in P.F. Kjær (cur.), *The Law of Political Economy: Transformations in the Function of Law*, Cambridge, 2020, p. 228 ss.

<sup>46</sup> Cfr., ad esempio, J.D. Colgan, R.O. Keohane, *The liberal order is rigged: Fix it now or watch it wither*, (2017) *Foreign Aff.*, 96, 36.

dinamica sociale. In un celebre volume, apparso proprio mentre i confini degli Stati iniziavano a divenire più porosi, Albert O. Hirschman ricordava che uno dei modi di esercitare pressione nei confronti di una parte che non sembra rispondere adeguatamente è ventilare la scelta di lasciare il campo, ovvero prendere la porta<sup>47</sup>. Com'è noto, la liberalizzazione degli scambi ha aumentato di gran lunga la forza applicabile allo Stato tramite questa leva, per condizionarne l'azione. L'accesso al mercato non dipende più in larga misura dalla presenza dell'impresa sul territorio. L'integrazione del mercato attraverso la negoziazione digitale con parti che non sono necessariamente presenti sul territorio è la punta avanzata di una tendenza di lungo periodo alla separazione dei luoghi di produzione e di consumo. D'altra parte, le tecniche di regolazione messe all'opera dallo Stato in questo contesto devono misurarsi con attori economici transnazionali di maggiore e inedita grandezza. La complessità raggiunta dalla regolamentazione tecnica di ampi settori dell'economia è sua volta tale da sfidare o da condizionare la capacità di regolazione dello Stato, il quale trova davanti a sé imprese munite dei più ampi mezzi, pronti per essere impiegati al fine di realizzare i propri obiettivi. I fallimenti della regolazione imputabili a questo stato di cose, e alla capacità delle imprese di influenzare i regolatori non sono purtroppo né rari, né minori<sup>48</sup>.

In breve, il diritto che nasce oltre lo Stato, nello spazio transnazionale, è certamente un diritto pluralistico, ma è anche un diritto che sconta carenze profonde; tanto sul versante della giustizia sociale, quanto in termini di fondamento democratico<sup>49</sup>. Sotto quest'ultimo aspetto, si poteva pensare in anni recenti che la diffusione dei nuovi *media* avrebbe almeno aperto la sfera pubblica a una maggiore libertà d'informazione e ad aumentate capacità di dibattito pubblico. Molte illusioni sono cadute. Le democrazie corrono oggi rischi quotidiani proprio in relazione all'utilizzo dei nuovi *media*; in particolare rispetto al rischio di manipolazione dell'opinione pubblica, o di suoi ampi settori. Senza ipotizzare interventi di questo genere organizzati da governi stranieri, il controllo privato dei dati da parte di alcune imprese con ambizioni globali, come i giganti del *web*, crea di per sé una situazione inedita per la vita civica. Mai una così gran parte dell'umanità è stata sottoposta a un regime tanto capillare e pervasivo di raccolta dei dati e di sfruttamento delle informazioni elaborate su questa base<sup>50</sup>. Il rischio che strumenti di questo genere siano messi al servizio di campagne po-

---

<sup>47</sup> A. O. Hirschman, *Lealtà, defezione, protesta: Rimedi alla crisi delle imprese dei partiti e dello stato*, tr. it., Bologna, 2017.

<sup>48</sup> Basterà ricordare qui la vicenda dei mancati controlli da parte della Federal Aviation Authority negli USA sul Boeing 737 Max, che utilizzava software pericoloso, all'origine di due disastri aerei in un breve torno di tempo.

<sup>49</sup> In proposito si richiama il contributo di Scarciglia, in questo volume, sulla necessità di una sovranità *democraticamente* condivisa.

<sup>50</sup> S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, tr. it., Roma, 2019.

litiche di stampo populistico o autoritario è del tutto concreto, come si è anticipato, le cronache quotidiane lo attestano<sup>51</sup>.

Infine, la giustizia sociale, come tema legato al ‘diritto oltre lo stato’ a livello globale, è stata oggetto di attenzione negli ultimi decenni soprattutto da parte della filosofia politica. Quest’ultima deve anzitutto far avanzare modelli teorici e non conosce l’immediato imbarazzo del diritto, ancorato ai caratteri dell’*effettività* e della *giustiziabilità*. Come ho avuto modo di osservare in altra sede, a livello internazionale, una linea di riflessione si è comunque aperta anche in ambito giuridico, al di là del quadro offerto dal dibattito vivace che da tempo riguarda il diritto dell’Unione e il ruolo che occupa a questo riguardo<sup>52</sup>.

Nel trattare tutti questi aspetti, i risvolti concreti dei processi di globalizzazione sono passibili di misurazione. Noi possiamo conoscere, ad esempio, gli effetti della liberalizzazione del commercio internazionale sulla vendita in un determinato Paese di bevande zuccherate, con addizione di anidride carbonica, e possiamo anche verificare come varia la dieta di intere popolazioni per effetto della globalizzazione, con conseguenze avverse sulla salute<sup>53</sup>. Al pari della salute umana intesa nel senso più ampio, la tutela dell’ambiente naturale è un capitolo maggiore nella ricerca di nuovi equilibri, poiché la sostenibilità ambientale è l’unica promessa di sviluppo economico duraturo ed equilibrato, ed è l’unica garanzia di sopravvivenza della specie umana sul pianeta terra.

La misurazione di quanto consegue all’adozione di scelte politiche, sociali, economiche è il miglior antidoto rispetto alla tentazione di chiudere gli occhi, senza interrogarci su quali scenari così si schiudono. La nostalgia del passato non può invece essere il viatico per quanto ci attende in futuro

---

<sup>51</sup> Sul quadro europeo: Pollicino, *The European Approach to Disinformation: Comparing Supranational and National Measures*, in corso di pubblicazione nell’*Annuario di diritto comparato*, 2020.

<sup>52</sup> Cfr. M. Graziadei, *Dentro le dinamiche della globalizzazione: questioni di riconoscimento e di giustizia distributiva*, in *Annuario di diritto comparato*, 2017, p. 306 ss.

<sup>53</sup> Vedi, ad esempio, gli studi e le ricerche discusse in R. Labonté, *Trade, investment and public health: compiling the evidence, assembling the arguments*, in *Global Health* 15, 1 (2019).

# THE RETERRITORIALIZED STATE. CONSTITUTIONAL PLURALISM VS. CONSTITUTIONAL POPULISM \*

*Marie-Claire Ponthoreau* \*\*

SUMMARY: 1. Constitutional pluralism: denationalization and the search for jurisdictional consistency. – 2. Constitutional populism: reterritorialization and promotion of political conflict. – 3. Conclusion remarks.

The State is not dead. On the contrary, this latter is very much present, while constantly undergoing changes, the most visible of which is the disconnection of the State structure from the territory. However, since the 14th century, the minimal definition of the State has been precisely “government over a territory”<sup>1</sup>. Among the most recent transformations reserved for the State, the European construction built on the ashes of the Second World War was undoubtedly the most significant. The European States have multiplied the conventional instruments in order to come closer together<sup>2</sup>. It was during the last decade of the 20<sup>th</sup> century that a new stage took shape, based on the triptych “human rights – pluralist democracy – rule of law” which had become hegemonic through the elimination of competing versions.

---

\*I finished my paper in the context of the coronavirus pandemic and after the European Council of 26 March that failed in the search for a compromise. Does a common sense of belonging, based on strong common interests and a feeling of solidarity, still exist in the European community?

\*\* Professor of public law, University of Bordeaux (France).

<sup>1</sup>The Austrian historian Otto Brunner (1898-1982) pointed out that the unit of measurement of politics in the Middle Ages was not the holding of power, but the territorial structuring of law: his major work, *Land und Herrschaft* (1939), was translated into English and Italian, but not into French. For the English translation: *Land and Lordship. Structures of Governance in Medieval Austria*, trans. by H. Kaminski and J. Van Horn Melton, Philadelphia, University of Pennsylvania, 1992.

<sup>2</sup>On a broader vision of this movement of internationalization and multiplication of international organizations and international texts as a cause of the crisis of the nation-state: S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, Id., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006. See also L. Cassini, “Lo Stato nell’era di Google”, in *Riv. trim. pubbl. dir.*, 2019, n. 4, p. 112.

Today, populism is spreading within European States<sup>3</sup>. In the discourse of the populists, Europe is pointed out as being at the origin of the invasion of migrants. One only has to think of the crisis of migratory flows and its corollary, the questioning of the Schengen area. The problem is undoubtedly older and specific to this organisation, which in 1992 became the European Union: how is it possible to preserve and integrate nation-States at the same time? Until then, the contracting parties had always shied away from enshrining the European Union's federal vocation in the treaties. With the Treaty on European Union, the feeling that "something" is no longer right is perhaps spreading, due to the new transfers of competences, particularly in the area of currency. The latter would be at the origin of a change in the nature of the European construction that was not mentioned in its name, an evolution towards a federal structure that is not mentioned anywhere. It is therefore not by chance that the question of identity arose from 1992 onwards, since the construction of Europe affects, from the point of view of the Member States, the national representation of the State.

The relationship between European legal integration and the fundamental principles of the constitutions of the member States was neglected for a long time<sup>4</sup>. The adoption of the Treaty of Maastricht and its ratification revealed the potentially conflictual nature of the relationship between constitutional law and European law. This is also another dimension which is brought to light by the examination of the compatibility of the Treaty on European Union (hereinafter TEU) with the national constitution and which is underlined in the decision of the German Constitutional Court of 12 October 1993: as long as the States remain the basis of supranational European construction, only the peoples of the Member States can provide satisfactory legitimisation for the European Union. With this treaty, the construction of Europe reaches the imaginary institution, i.e. the national representation of the State. This treaty represents a symbolic step; one need only think of the voting and eligibility rights open to nationals of Member States other than nationals for municipal elections, in addition to the opening up of the national civil service. In other words, some of the most symbolic rights of belonging to the national community are no longer the monopoly of nationals of the State. Another symbolic step took place in 2005 with the refusal to ratify the treaty establishing a "Constitution for Europe". The weight of the words ("European Constitution") and what is owed to the past and national

---

<sup>3</sup>There is now a great deal of work on populism by political scientists and sociologists, although it is probably much less so in constitutional law. Here, my analyse focuses precisely on works with a theoretical dimension and in connection with the European situation. See in particular, L. Corrias, "Populism in a Constitutional Key: Constituent Power, Popular Sovereignty and Constitutional Identity", in *European Constitutional Law Review*, 2016, p. 6.

<sup>4</sup>B. De Witte, "Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition" 2, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1995, p. 145.

traditions were probably underestimated. The “no” votes in the French referendum of 25 May 2005 were certainly of various kinds. However, one can follow Pierre Nora, who sees in it “the return of national repression (...) as if the text [the bill to ratify the treaty] had collided with mental and social structures sedimented for a long time” (in *Le Monde*, 5 June 2005). Ultimately, is it not the symbolic function of (national) constitutions<sup>5</sup> that has been overshadowed by the progress of the European integration process? The obscuring of the political dimension of the constitution since after the First World War is no doubt not unrelated to this crisis in the framework of European construction, whether one conceives of it as a consequence of a Europe without history and without political community, or as a consequence of a Europe imposed rather than chosen (the 2004 enlargement probably being one step “too many”, taken without the formal consent of the European peoples). These explanations are certainly not mutually exclusive.

What’s next? Hungary and Poland are at the origin of a constitutional conflict whose purpose is to capture the constitutional means of limiting power by the governing political majority. The risk for the European Union is that the values of Article 2 of the TEU, which is its foundation, will be propagated. The danger is therefore to undermine from within the countries that are the bearers of political liberalism through the deployment of so-called illiberal democracies<sup>6</sup>, against which the Union seems to be at a loss because of the political nature of the conflict. The conflict concerns the interpretation of the national constitution: the identity of the constitutional order is at stake and, therefore, the principle of political legitimacy which underpins the constitution.

The problem of legitimacy is not new to European construction, but it has long been underestimated, based on the argument that participation in an international organisation presupposes the loss of democratic legitimacy in return for what is gained through joint action. Borders defining national territory remain nevertheless the basic element on which individuals are admitted or excluded from participation in the decisions that concern them. Moreover, if the democratic law of the majority only produces its legitimacy within the national framework, can it be envisaged that the majority principle can apply “outside the national framework” or, in the words of Dean Vedel, “can a non-national democracy be legitimate”?<sup>7</sup> Our space of reference may well have grown, but the borders are there less as spatial limits to the exercise of sovereignty than as signs of belonging to a political community.

This shift – which is probably not a shift because borders have several func-

---

<sup>5</sup> See on the different functions of the constitution: M.-C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, 2010, p. 256.

<sup>6</sup> F. Zakaria, “The Rise of Illiberal Democracy”, in *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, p. 22.

<sup>7</sup> G. Vedel, “Les racines de la querelle constitutionnelle sur l’élection du Parlement européen”, in *Pouvoirs*, n. 2, 1977, p. 30.

tions<sup>8</sup> – is perceptible in the European context where the new border is called “constitutional identity”<sup>9</sup>. What is behind this reference to constitutional identity? What the constitutional courts cannot say, because they cannot go so far as to put forward a right to the political existence of States, since European integration is a process that is hesitating, that is in an in-between (on the one hand, copying the state form – the draft European constitution – and on the other, inventing a new political form). It is all the more complicated as the states are the main actors in this process which is based on their sovereign will. Precisely, one can think that the French judges probably misnamed “something”<sup>10</sup>. However, it has become clear that constitutional identity is replacing sovereignty in legal discourse in order to avoid normative conflicts and thus facilitate relations between legal systems. The doctrine of constitutional pluralism has fully developed this peaceful dimension.

According to the perspective adopted in this contribution, the problems of evaluation are shifted from positive law to doctrines and those who think the law. This shift in focus is due to the way in which law is understood as a form of discourse. The world of law is intangible; it is a world of images. Doctrine participates through its work of imagination and conceptualization in the creation of the image itself. Several accounts of the relationship between the laws of the Member States and European Union law have been proposed. The one that has prevailed in the 2000s corresponds to constitutional pluralism, a denationalised doctrine that has sought to find coherence in the disorder sown by the case law of the constitutional courts over the primacy of European Union law (1). This narrative developed in the academic field has encountered increasing obstacles which have been consolidated in the political field by the expansion of illiberal democracies. A new narrative took shape: the doctrine of constitutionalism populist. Two nar-

---

<sup>8</sup>Several functions can be recognized at borders. “The function of reality is the spatial limit of the exercise of sovereignty (...). Symbolism refers to belonging to a political community within one’s own territory; it relates to identity. The imaginary connotes the relationship to the other, neighbour, friend or enemy, thus the relationship to oneself, to one’s own history and to one’s founding or destructive myths”: M. Foucher, *Fronts et frontières*, Paris, 1991, p. 38.

<sup>9</sup>The emergence of the “constitutional identity of France” in the case law of the *Conseil constitutionnel* Council corresponds to its famous decision No. 2006-540 DC, 27 July 2006. For the richness of the debate about this decision, see M. Fatin-Rouge Stéfanini and alii (eds.), *L’identité à la croisée des Etats et de l’Europe. Quel sens? Quelles fonctions?*, Bruxelles, 2015.

<sup>10</sup>The French Council seems to have been inspired by the German Constitutional Court, which has been using the expression “fundamental structure of the Constitution which gives it its identity” since the so-called “Solange I” decision (*BVerfGE*, 2nd Chamber, 29 May 1974). One may therefore think that the Council has sought, with its decision of 27 July 2006, to join the concert of European constitutional courts that have already developed case law aimed at tempering the principle of the primacy of Community law. Indeed, it is astonishing that the *Conseil* did not refer to “republican identity”, since the attachment to the values of the Republic has deep and ancient roots that the Constitution lacks.

ratives for the same subject: the relationship between European construction and the constitutional law of the Member States: is the dominant narrative of constitutional pluralism at the origin of this new doctrine? Is the latter a counter-doctrine that aims to reintroduce a sense of belonging, appropriation and collective identity? Geographers speak of “reterritorialization” when, in a given place, this feeling has disappeared and a new practice develops in order to re-establish a link between territory and community. Renamed “constitutional populism”, this doctrine is not so much an alternative as an additional reading of the effects of European construction on national constitutional rights (2).

1. *Constitutional pluralism: denationalization and the search for jurisdictional consistency*

National legal doctrine generally oscillates between two positions: either it seeks to interpret constitutional case-law and the case-law of the European Court of Justice in terms of concordance, or it points out that no constitution has pushed the consequences of monism (the view that international law and State law form one and the same legal system) to the limit and that the constitution cannot relinquish its supremacy without losing its status as the supreme norm of the State.

The doctrine of constitutional pluralism has a different starting point, which lies in the observation of changes in the State. Described as an “open State” or, in a more classical way, as a “post-Westphalian State”, the stated aim is not to advocate the replacement of the State, but its overcoming, with judges playing a central role. Indeed, normative pluralism is the most common form of constitutional pluralism, since it refers to the existence of a plurality of constitutional sources that leads to a potentially conflicting situation between the different legal orders of the member States and the European Union, conflicts that must be resolved in a non-hierarchical manner.

The doctrine of constitutional pluralism is conceptually more elaborated because it is not only the activity of judges that is taken into account but also the transformations of sovereignty. It is a question of thinking about the constitutional phenomenon outside the State framework. Moreover, it does not correspond to a national doctrine. In this sense, it should be noted first of all that this new doctrine developed after the *Maastricht* decision of the German Constitutional Court (1993) in the wake of the work of the Scottish academic and Member of the European Parliament, Neil MacCormick, who saw in this decision the confirmation of his theory on non-hierarchical interferences between legal systems<sup>11</sup>. The focus of its dissemination can then be presented as

---

<sup>11</sup> N. MacCormick, “The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now”, in *European Law Journal*, 1995, p. 265. He had already presented his theory in: “Beyond the Sovereign State”, *Modern Law*

“denationalised” since it was mainly at the European University Institute (hereafter, EUi) that it developed. Nevertheless, most of its authors are common law lawyers (such as N. Walker) or were trained at the Institute (such as M. Póiares Maduro, now a professor at the EUi), in particular on the basis of the work of J.H.H. Weiler<sup>12</sup>.

However, this doctrine is not homogeneous. Several versions of constitutional pluralism have been developed. The reconstruction proposed here is based on several works, in particular those of the conference held in 2008 at the EUi<sup>13</sup>. Three versions will be described here, based on the work of Neil Walker (epistemic meta-constitutionalism), Miguel Póiares Maduro (contrapuntal law) and Ingolf Pernice (multi-level constitutionalism).

In a founding article “The Idea of Constitutional Pluralism”, the fruit of previous work<sup>14</sup>, Neil Walker tries to detach himself from the State model for an understanding that is necessarily partly speculative of the challenges posed by the construction of Europe<sup>15</sup>. His starting point is a critique of modern constitutionalism. Firstly, stato-centrism is increasingly incapable of explaining the current functioning of the political, social and economic system of power that partly escapes the State. In other words, the categories to which one has been accustomed are incapable, or at least encounter limits, of explaining what is new. In particular, the categories of constitutional law (which include first and foremost the constitution, the State and sovereignty) lack flexibility and are undoubtedly disabling for the author who speaks of “constitutional fetishism”<sup>16</sup>. Nevertheless, he does not deny the importance of these categories<sup>17</sup> and does

---

*Review*, 1993, p. 1 and then developed it in: *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in European Commonwealth*, Oxford, 1999.

<sup>12</sup>J.H.H. Weiler, “The Transformation of Europe” 100, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403; Id., *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999.

<sup>13</sup>M. Avbelj, J. Komarek (eds.), “Four versions of Constitutional Pluralism – Symposium Transcript”, 1 *European Journal of Legal Studies*, 2008, p. 235 (online: <http://www.ejls.eu>). The fourth version is a critique of constitutional pluralism defended by J. Baquero Cruz and already presented in: “The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement”, *EUi Working Papers*, RSCAS 2007/13. The author has recently taken up this criticism in a book: J. Baquero, *What's Left of the Law of Integration? Decay and Resistance in European Union Law*, Oxford, 2018.

<sup>14</sup>N. Walker, “Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe”, in G. de Burca, J. Scott, *Constitutional Change in the EU: Between Uniformity and Flexibility*, Oxford, 2000, p. 9.

<sup>15</sup>N. Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, 3, in *Modern Law Review*, 2002, p. 317.

<sup>16</sup>*Ibid.*, p. 324.

<sup>17</sup>In an article focusing on the activity of law enforcement, the author underlines the dependence on the notion of the State. He links the monopoly of legitimate coercion to the idea of the State: N. Walker, “Decoupling Police and State”, in E. Bort, R. Keat (eds), *Essays in Honour of Malcom Anderson*, Edinburgh, International Social Sciences Institute, 1999, p. 75.

not envisage getting rid of them but rather adapting them<sup>18</sup>. Rather, he denounces the quasi-magical virtues of which one adorns constitutional discourses and theories in such a way that the mere invocation of the constitution would be enough to cure the ills without engaging in a deeper discussion. That is why he also criticizes the ideological exploitation of constitutionalism. Finally, underlining the protean nature of constitutionalism, Neil Walker confronts one of the many notions of constitutional law that is a concentrate of meanings. Moreover, constitutional pluralism also has this same characteristic.

The constitutional pluralism he proposes is both descriptive (the observation that modern constitutionalism is powerless to explain the changes taking place) and prescriptive, since this doctrine is presented as going beyond “monistic constitutionalism”, which accepts the States as the only units of constitutional authority: the European order inaugurated by the Treaty of Rome (that establishing the European Communities in 1957) has developed beyond the traditional boundaries of “inter-national law, which now presents its own constitutional requirements alongside those of the States”<sup>19</sup>. Neil Walker points out that the relations between these orders are now “horizontal rather than vertical”, i.e. heterarchical rather than hierarchical. In more detail, he distinguishes three forms of pluralism: an “explanatory pluralism” which consists in identifying a multiplicity of “constitutional sites” (this notion refers to the notion of political and legal order); It seems to be preferred to the latter because it is more open and less state-centric), a “normative pluralism” which does not simply identify them, but pronounces itself in favour of pluralism and its reciprocal respect by the identified sites and, finally, an “epistemic pluralism” which associates the variety of constitutional sites with a multiplicity and incommensurability of points of view and authorities. This last form is undoubtedly the most enlightening of this doctrine, which refuses to settle the question of the ultimate holder of authority.

The doctrine developed by Miguel Poiars Maduro is precisely an extension of this with the search for a contrapunctual coherence<sup>20</sup> that aims to take a whole (the European Union) that both exceeds and respects the parts (the Member States). The whole is then worth more than its parts, and the parts in turn are valued by the harmony that emerges from their rapprochement. Following the example of Glenn Gould, who was able to listen in a contrapunctual way<sup>21</sup>, the theorists of constitutional pluralism argue that Europe does not close

---

<sup>18</sup>In this respect, N. Walker differs from the position of Neil MacCormick, who proposes to get rid of the concept of sovereignty: for an in-depth study, N. Walker, “Late Sovereignty in European Union”, in Id., (ed.) *Sovereignty in Transition*, London, 2003, p. 10.

<sup>19</sup>N. Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, cit., p. 337 (underlined by the author).

<sup>20</sup>M. Poiars Maduro, “Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action”, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, cit., p. 501.

<sup>21</sup>This idea of contrapunctual harmony was developed by a Canadian author inspired by his compatriot, pianist Glenn Gould: D. Howes, “La constitution de Glenn Gould: le contrepoint et

itself off to one thing in order to listen to another, but follows several (sound) tracks simultaneously. Constitutional pluralism in action has also been defended by M. Maduro as Advocate General at the European Court of Justice since 2003. In a lecture delivered at the French Court of Cassation in December 2007, he also clarified the role to be given to comparative law: “The most appropriate comparative approach in the context of constitutional pluralism must not only conceive of national law as a source of inspiration, it must also give it a special authority. The very basis of the construction and legitimacy of Community law requires the [Court of Justice of European Union] to respect the common traditions of the Member States. Such respect is not compatible with the use of these rights being limited to the search for the best legal solution among a variety of national legal systems”<sup>22</sup>. Rejecting the instrumental remedy of comparison, the Advocate General presented respect for the constitutional identity of the Member States as “a duty” for the European Union. However, the Court of Justice has so far ignored this line of thought and adheres to its doctrine of the primacy of the law of the Union.

The idea of constitutional pluralism put forward by Neil Walker goes beyond the mere harmonization of constitutional and European case-law to embrace a broader questioning: how can constitutional discourse be adapted to the different “constitutional sites” (State, non-State such as the World Trade Organization, and post-state)? The conceptual and structural development of constitutional pluralism is at the heart of this prescriptive theory. The author identifies a series of criteria for identifying new entities of constitutional expression, i.e. post-State sites that lack tradition and foundation, unlike States<sup>23</sup>.

The multi-level constitutionalism proposed by the German academic Ingolf Pernice<sup>24</sup> fits precisely into an analysis of European integration as a post-State “constitutional form”. His proposal is indeed to see only a “single constitutional system”<sup>25</sup> consisting of a constitution itself made up of several “constitutional layers”, that of the primary law of the European Union and that of the constitutions of the member States, which are independent but share common principles. This unicity could appear to be the antithesis of constitutional pluralism.

---

l'Etat canadien”, in J.-G. Belley (dir.) *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, 1996, p. 95.

<sup>22</sup>M. Poyares Maduro “L'interprétation du droit communautaire: la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel”, <http://www.network-presidents.eu/spip.php?rubrique89&lang=fr>.

<sup>23</sup>N. Walker, “The Idea of Constitutional Pluralism”, cit., p. 340.

<sup>24</sup>I. Pernice, “Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution – Making Revisited?” 36, *Common Market Law Review*, 1999, p. 703.

<sup>25</sup>I. Pernice, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, 2 *European Law Review*, 2002, p. 514. For an in-depth study: I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen*, Paris, 2004, p. 21.

But it is not, since it is an internal pluralism within the proposed system which is reminiscent of the federal structure. The notion of a “composite constitution” has been put forward in order to promote the European constitution, although Ingolf Pernice imagines it to be nothing other than “composite”. By its very nature, the European constitution is “a process of progressive establishment of supranational public power by the peoples of the member States who thus define themselves as citizens of the Union, while remaining citizens of the member States. This idea of ‘multiplicity’ is reflected in the composite nature of the constitutional order of the European Union”<sup>26</sup>. This position is based on the case law of the Court of Justice (in particular the “Greens” Green Party ruling of 1986 in which the Court described the Treaties as a “basic constitutional charter”) and goes beyond the traditional reading of the constitutionalisation of the Community order by emphasising the complementarity of the Community and national constitutional orders and the dynamic nature of the process leading to an ever closer union of the peoples of Europe. The citizens are at the heart of this process and are the bearers of the limits which are imposed at each level. If complementarity and duality are to be maintained, it is necessary to ensure respect for the specific identity of each level.

This description of the work on constitutional pluralism certainly does not do justice to the richness of the debate, which has been only partially reported<sup>27</sup>. At the above-mentioned EUI conference, the main proponents of this doctrine regretted its poor dissemination in Europe and its confidential nature. Paradoxically, constitutional pluralism has had an unexpected success with the spread of illiberal democracies whose political authorities (in particular, Hungarian and Polish) are not unaware of the use of comparative law and constitutional identity. In other words, they turn against liberal democracies the arguments used not only to shield themselves from the advances of European Union law but also to attack the rule of law. Surprisingly, a new doctrine has developed in this context of attack on the values of the European Union: populist constitutionalism. This led Gabor Halmai to speak of an oxymoron about populist constitutionalism<sup>28</sup>. The choice of the terms “constitutional populism” undoubtedly highlights less the internal contradiction of this doctrine and above all points the way to another reading of the whole developed in the paragraph below.

---

<sup>26</sup>I. Pernice, F.C. Mayer, “De la constitution composée de l’Europe”, in *R.T.D.E.*, 2000, p. 647.

<sup>27</sup>For an in-depth study see: M. Avbelj, “Questioning EU constitutionalisms”, *German Law Journal*, 9 (1), 2008, pp. 1-26: online: <https://doi:10.1017/S2071832200006283>.

<sup>28</sup>G. Halmai, “Is There Such Thing as ‘Populist Constitutionalism’? The Case of Hungary”, in *Fundan Journal of The Humanities and Social Sciences*, 11, 2018, online: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs40647-018-0211-5>.

## 2. *Constitutional populism: reterritorialization and promotion of political conflict*

Why is the germ of populism present in the bedrock of constitutionalism blossoming in Europe today? Two constituent borders of the modern constitutional state are now being eroded: the territorial border and the public/private separation. The construction of Europe reinforces the processes of transnationalism and privatisation, which are mutually nourishing and thereby consolidate this erosion. For want of appealing to the peoples of Europe, particularly at the time of enlargement (as recalled above), the people as constitutional actors (?) and above all as rhetorical arguments have returned as a boomerang in political discourse. Populism feeds on the weaknesses of the liberal-democratic regimes – which explains why the debate is controversial, for lack of being able to draw clear dividing lines<sup>29</sup> – the people are never too far away and are always invoked in the name of democracy.

Similarly, reference to constitutional identity is frequent in populist discourse. It bears witness to something more than just a problem of the relationship between constitutional law and European Union law. This reference is an indication of the invisible dimension of the national constitutional substratum. This reference to constitutional identity seems to be the sign of a deep-rooted desire to give weight to the national constitutional text by inscribing it in a constitutional continuity in relation to the European project. In the discourse developed by constitutional judges<sup>30</sup>, the attempt is aimed at halting the erosion of the authority of national constitutions. This is a bitter conclusion for European constitutions which, in the course of the 20th century, saw their normative function imposed, whereas today a set of international rules and principles is accumulating above them.

But there is more: it is also the integrative function of the constitutions that has been achieved. In other words, it is the capacity of the constitution to express State legitimacy and to give substance to the national community of individuals who recognize themselves in it. Through their decisions, constitutional judges have sought to restore perceptibility to the identity boundaries traced by the national constitution (it should not be forgotten that this case-law referring to constitutional identity developed after the results of the French and Dutch referendums in 2005 refusing to ratify the treaty establishing a constitution for Europe). It is doubtful whether it is up to the judges to provide an answer since

---

<sup>29</sup>In the French debate, the term “*démocrature*” appeared to underline the fact that this form of government belongs to mixed regimes. See T. Hochmann, “Cinquante nuances de démocratures”, in *Pouvoirs* n. 169, 2019, p. 19.

<sup>30</sup>On the dissemination of the concept of “constitutional identity” in the case law of the European constitutional courts: see L. Burgorgue-Larsen (ed.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, 2011.

the construction of Europe is a political project in the hands of the governments of the member States.

However, the solution has been for a long time (too long?) to rely on judges to defend shared values and to find harmonization that does not disregard disparities and particularities. Nevertheless, the British case, long before Brexit, illustrates a dissonance or even a resistance with the theme of the renationalisation of rights<sup>31</sup>. At the same time, the Court of Justice of the European Union has shown that it is capable of developing a substitute role for the European political institutions that are powerless to act on Article 7 of the TEU in relation to Hungary and Poland. They have certainly remedied this<sup>32</sup> without improving the rule of law in these countries<sup>33</sup>. In the judgment of 25 July 2018 (Grand Chamber), *Minister for Justice and Equality*, intervening on a reference for a preliminary ruling from the High Court of Ireland, the Court recognised a “real risk” for the rule of law in Poland<sup>34</sup>. Since the cooperation of all courts is based on mutual trust, their collaboration cannot work when serious violations of the independence of the judiciary are found<sup>35</sup>. This decision is a good illustration of

---

<sup>31</sup> This theme is based on a challenge to the case law of the European Court of Human Rights, in particular its case law on prisoner’s voting rights: *D.H. McHugh v. UK*, 10 February 2015 (1st conviction of the UK with the Hirst case in 2005).

<sup>32</sup> After launching a dialogue on the rule of law in Poland from summer 2016 and adopting several recommendations in which the Commission expressed its concerns about the reform of the judicial system and asked the Polish authorities not to retire one third of the Supreme Court judges, it adopted on 27 December 2017 a fourth recommendation triggering for the first time Article 7 of the TEU (COM/2017/0835 final – 2017/0360 NLE). The second time, this article was triggered by the European Parliament: it asked the Council on 12 September 2018 to note that there is, this time, in Hungary, “a clear risk of a serious breach” concerning not only the independence of the judiciary but also freedom of expression, the rights of minorities and the situation of migrants.

<sup>33</sup> See the resolution adopted by the EP on 16 January 2020 expressing concern about the deterioration of the situation since the triggering of Article 7 TEU: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0014\\_EN.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0014_EN.html).

See also the observations by R. Uitz, “EU Rule of Law Dialogues: Risks – in Context”: on line <https://verfassungsblog.de/eu-rule-of-law-dialogues-risks-in-context/>.

<sup>34</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A62018CJ0216>.

<sup>35</sup> The decision of the Polish Supreme Court of 2 August 2018 marks a decisive step in the serious constitutional crisis in Poland that has been raging for several years. The Supreme Court is trying to defend itself against its subordination to the legislative and executive powers by asking the EUJC to express its views on the European standards for the immovability of judges as an element of the independence of the judiciary. For its part, the Venice Commission stressed that the ongoing legislative reform further compromises the independence of the judiciary: see the urgent opinion of 16 January 2020, [https://search.coe.int/directorate\\_of\\_communications/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=0900001680998180](https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680998180).

The last judgment of the European Court of Justice (Grand Chamber) in joint case C-558/18 and C-563/18 about the rule of law situation in Poland seems disappointing at first sight. But, the Court upholds the EU law requirement to preserve judicial independence: <http://curia.europa>.

the doctrine of constitutional pluralism when viewed from the perspective of the Court of Justice. If, on the other hand, it is looked at from the perspective of Poland or Hungary, there are strong doubts about loyal and mutual cooperation between judicial systems. The independence of national judges is essential for the proper functioning of the system of judicial cooperation. In Poland, where the constitutionality of Article 267 of the Treaty is being questioned (precisely because of the preliminary reference for a preliminary ruling on the immovability of judges by the Polish Supreme Court)<sup>36</sup>, there are legitimate doubts about this<sup>37</sup>. At the same time, if the Court of Justice supplants the European political authorities<sup>38</sup>, the boomerang effect against the doctrine of constitutional pluralism and above all against the judges who act on Article 267 is to be feared (disciplinary proceedings are under way against Polish judges who initiated the preliminary reference).

From a constitutional point of view, there is a need to be more realistic. In other words, it is necessary to face the constitutional reality and therefore the context in which a constitution applies. The Polish and Hungarian cases show that neither the constitution nor the constitutional courts are powerful enough to prevent real political dangers. These experiences also show that the generality of constitutional concepts is being put to the test, in particular those of “people”, “rule of law” and “sovereignty”. Illiberal democracies do not hesitate not only to misuse constitutional concepts but also to deliberately misuse comparisons to defend their concept of “abusive constitutionalism”<sup>39</sup>. Nor do they hesi-

---

eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218141&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1117203.

<sup>36</sup>S. Biernat, M. Kawczynska, “Though this be Madness, yet there’s Method in’t: Pitting the Polish Constitutional Tribunal against the Luxembourg Court” (26 October 2018): <https://verfassungsblog.de/though-this-be-madness-yet-theres-method-int-the-application-of-the-prosecutor-general-to-the-polish-constitutional-tribunal-to-declare-the-preliminary-ruling-procedure-unconstitut/>.

<sup>37</sup>The President of the ECJ, K. Lenearts, refused to answer a question on this subject precisely because of the cases pending before the Court: see his interview on *Verfassungsblog* (30 January 2020): <https://verfassungsblog.de/judges-should-be-fully-insulated-from-any-sort-of-pressure>.

<sup>38</sup>In an unprecedented move, by order of the Vice-President of the Court of 19 October 2018 (Case C-619/18 R, *Commission v Poland*) and confirmed by order of the Grand Chamber of 17 December 2018 (C-619/18 R, *Commission v Poland*), the Court ordered the Polish authorities immediately to suspend the application of the national provisions relating to the lowering of the retirement age for Supreme Court judges.

<sup>39</sup>David Landau has rightly demonstrated that abusive constitutionalism has a legal façade because it uses constitutional means to achieve it: in “Abusive constitutionalism”, 47 *UC Davis Law Review*, 2013, pp. 189. It should be added that illiberal democracies also shape a “fake comparativism” by using foreign examples to legitimize their reforms. This is still the case recently with the use of French constitutional law to legitimize yet another Polish reform of the courts and the Supreme Court, in particular the disciplinary responsibility of magistrates: see the appeal of French lawyers against the instrumentalization of French law by the Polish government published on 12 January 2020 on *Verfassungsblog*: <https://verfassungsblog.de/french-law-is-not-a-model-for-the-polish-bill-on-disciplining-judges/>.

tate to use the notions of “constitutional identity” and even “constitutional pluralism” to justify their reforms and to say so, as the Polish government did with regard to the reform of the judicial system, to promote “their sovereign institutional solution”<sup>40</sup>. The general category of “constitutional identity” has become an argument to justify the transgression of the shared values of Article 2 TEU. Even if the European Union has finally implemented Article 7 TEU, it seems distraught because of the political nature of the conflict. The conflict concerns the interpretation of the national constitution: the identity of the constitutional order is at stake and, therefore, the principle of political legitimacy on which the constitution is based<sup>41</sup>.

The Hungarian and Polish experiences are based on several common elements which can be summarised by a shift from the triptych “rule of law, human rights, pluralist democracy” to that of “illiberal democracy, tyranny of the majority, national identity”: the new triptych is the mark of the ebb of global constitutionalism in Europe<sup>42</sup>. Populists are hostile to pluralist democracy (through the gradual suppression of counter-powers and the elimination of political competition) and normative constitutionalism. The establishment of an illiberal regime is being done gradually through the normative way in such manner that, taken separately, normative interventions do not even seem dangerous. The capture of the constitutional means (amendment, constitutional court) by an arbitrary political majority is therefore carried out according to a subtle and progressive *modus operandi*. The result is that the constitution is caught in a vice, with constitutionalism and populism sharing the idea that the popular will is the legitimate basis of the political and legal order.

In contrast to the doctrine of constitutional pluralism, the doctrine of “populist constitutionalism” is recent<sup>43</sup>, much less structured, and still marginal because populism has mainly been studied from a sociological or political point of view<sup>44</sup>. This doctrine is not based on jurisdictional practice, or even on an ap-

---

<sup>40</sup> Quoted by L. Pech, S. Platon, “Menace systémique envers l’Etat de droit en Pologne: entre action et procrastination”, *Questions Europe*, n° 451, 13 nov. 2017 (Fondation R. Schuman).

<sup>41</sup> On the political nature of the constitutional conflict, see J. Hummel (dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l’épreuve de l’histoire et du politique*, Rennes, 2010.

<sup>42</sup> M.-C. Ponthoreau, «Global Constitutionalism, un discours doctrinal homogénéisant. L’apport du comparatisme critique», *Jus Politicum* n. 19, 2018: <http://juspoliticum.com/article/Global-Constitutionalism-un-discours-doctrinal-homogeneisant-L-apport-du-comparatisme-critique-1199.html>.

<sup>43</sup> See the issue about “Populist constitutionalism” introduced by P. Blokker, B. Bugarcic et G. Halmai, in *German Law Journal*, vol. 20, issue 3, April 2019.

<sup>44</sup> This observation has already been proposed by G. Martinico, “Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo”, in *Questione Giustizia* 1/2019, p. 72. In France, it is the work proposed by the politist Yves Mény that is authoritative. English version can also be found: Y. Mény, Y. Surel (eds.), *Democracies and Populist Challenge*, London, 2002.

appropriation of constitutional vocabulary. On the other hand, it is also intended to describe changes: this time in governmental and parliamentary practice. This academic doctrine intends to take seriously the constitutional discourse held by populist rulers, in particular the observation that sovereignty is insufficiently guaranteed by liberal constitutional regimes<sup>45</sup>. It thus presents itself as a counter-doctrine to constitutional pluralism that ignores this issue, although authors such as Paul Blokker present it rather as a counter-doctrine to liberal constitutionalism while pointing out its weaknesses (plebiscitary elements and authoritarian leadership).

In a context in which many forms of populism are expressed<sup>46</sup>, a minimal definition nevertheless emerges. Populists invoke “a real and united people” against necessarily corrupt elite. It is probably this people as an “existing entity” that is the source of confusion (the “real” people is an abstraction!) since constitutional theory also puts it into action with the constituent power to found the constitutional order. The populist leader’s repeated appeal to the people as a form of legitimation occupies the space occupied in constitutional theory by the constituent power and raises the problem of the “effective sovereignty of the people”<sup>47</sup>. By systematically invoking the people, the populist leader aims at putting into practice the will of the electoral majority and placing it above the constitution. The liberal logic of the constitution is thus circumvented, as law is no longer perceived as the necessary limit to the power of the people. “However, the conflict between the will of the people and the constitution goes beyond the problem of the occasional exercise of constituent power, and concerns above all daily political life”<sup>48</sup>. Precisely, one of the fundamental principles of constitutionalism is respect for the pluralism of political parties. That is why political participation and representation must be respected in order to avoid a distortion of the constitution, which occurs in an illiberal regime since respect for the rights of the political minority is violated, including access to constitutional justice. The latter is precisely one of the main targets of such a regime, which seeks to muzzle counter-powers.

Yet do not European populist experiences say “something” about Europe that seems to escape the doctrine of populist constitutionalism? The latter sees only the question of legitimacy and thus the (under)treatment of the people and sovereignty in relations between the European Union and the member states.

---

<sup>45</sup> P. Blokker, “Populist Constitutionalism”, (ed.) C. de la Torre, *Routledge Handbook of Global Populism*, London, 2018, p. 113; Id., “Populism as a Constitutional Project”, *I-Con*, 17, 2019, p. 536.

<sup>46</sup> M. Tushnet, “Varieties of Populism”, *German Law Journal*, 20 (3), 2019, consultable en ligne: <https://doi.org/10.1017/glj.2019.27>.

<sup>47</sup> O. Beaud, “Constitution et constitutionnalisme”, in *Dictionnaire de philosophie politique*, (eds.) S. Rials et P. Raynaud, Paris, 1996, p. 124 (underlined by the author).

<sup>48</sup> *Ibid.*

This is the “positive” aspect of populism retained by the proponents of this new doctrine in the sense that it informs on the weaknesses of the process of European integration. They cannot see “something else” because of the challenge to liberal constitutionalism and its pillars formulated by populist rulers (counter-powers and misguided fundamental rights, in particular freedom of expression). However, the policies pursued by populist governments (Hungarian and Polish) show something else that says a lot about other difficulties encountered by the European institutions. The budgetary and monetary policies imposed by the latter are mainly perceived as a limitation of sovereignty, but they also have consequences for the well-being<sup>49</sup> of the populations concerned<sup>50</sup>. Even though the European institutions act in favour of solidarity and social justice, these policies are not perceived or not enough and insufficiently taught<sup>51</sup>.

A parallel with the constitutional populism of Latin American origin makes it possible to reconnect political and social constitutions. Within the constitutionalism of the 20th century, this doctrine expresses specificity in the way it recognizes social rights and institutionalizes social policies by constitutionally empowering economic intervention by the State<sup>52</sup>. The “populist constitutionalism” of European origin undoubtedly lacks historical depth by ignoring the Latin American version, even though constitutionalism of South is able to shed light on constitutionalism of North. Constitutional populism of Latin American origin has contributed to “the emergence of a social state that was previously non-existent, producing new social equilibria”. Carlos Herrera points out that one can “speak of constitutional populism as a historical modality for the adoption of norms with social content in Latin American constitutions from the 1930s onwards” and that it produces “more significant shocks [than social constitutionalism] in social structures, especially in the redistribution of goods”. Constitutional populism shares with social constitutionalism “the idea that the constitution is an instrument of change rather than a guarantee of ‘pre-existing’

---

<sup>49</sup>The term “well-being” is chosen in reference to the principle of “*vivir bien*” found in the Bolivian Constitution of 2009 and that of Ecuador of 2008. In addition, for the first time, New Zealand voted a “Wellbeing budget” in 2019. On this notion in the Latin American context, see V. Audubert, “La notion de *Vivir Bien* en Bolivie et en Equateur”, *Cahier des Amériques Latines*, 2017, pp.91. Online: <https://journals.openedition.org/cal/8287>.

<sup>50</sup>In the theory of the socialist state, social rights played an important role. They were retained in the new constitutions of the Central and Eastern European states: see A. M. Jaron, “Les droits sociaux en Pologne”, *Rev. Int. Droit Comparé*, 2-2011, p. 295. Only one example of the social policy of the PiS currently in power shows the strengthening of the welfare state: a family allowance programme (“Family 500 +”: 500 zlotys per child received each month without means-testing). This policy also pays off in terms of elections.

<sup>51</sup>S. Sciarra, “How Social Will Social Europe Be in the 2020s?”, in *German Law Journal*, 21(1), 2020, pp. 85-89. Online: <https://doi:10.1017/glj.2019.101>.

<sup>52</sup>C.M. Herrera, “Constitutionnalisme social et populisme constitutionnel” in *Le constitutionnalisme latino-américain aujourd’hui: entre renouveau juridique et essor démocratique?*, Paris, 2015, p. 83.

rights”<sup>53</sup>. This idea was propagated in another version from the 1990s onwards with the new Latin American constitutions. The notion of the “social rule of law” already present in the Spanish Constitution of 1978, borrowed from German constitutional tradition and case-law, migrated to the Americas. Through migration, the contribution of the guarantee provided by the constitutional judge has been integrated. Above all, this process of migration has appropriated the loan: the constitutional courts, in particular the Colombian Court, have thus developed a case-law favourable to the effectiveness of social rights (whereas the Karlsruhe Court allows the legislator to give concrete expression to the principle of the social state). New concepts have emerged in a social structure that has changed little and is marked by corrupt practices and strong social inequalities. On the basis of these new constitutions, however, a so-called “transformative” constitutionalism was theorized: the constitution was seen as an instrument for the transformation of society<sup>54</sup>. However, constitutional populism of Latin American origin has failed in another aspect of constitutionalism. The cornerstone of this doctrine has always been the limitation of power. Constitutional populism does not succeed in limiting executive power, but can it do so if populism is embodied in a leader who pushes constitutional limits<sup>55</sup>? Although there is a clear limit to this doctrine<sup>56</sup>, it nevertheless allows a reading that offers another perspective on the difficulties encountered in Europe. This is how constitutionalism of South sheds light on constitutionalism of North.

This light therefore leads to a focus on who provides leadership in an illiberal democracy. Faced with the opening of borders, real or imaginary, and globalization (including Europeanization) perceived as denying differences, a populist leader such as the Hungarian V. Orban holds a discourse based on a nationalism with a strong identity component. More specifically, the nationalist leader’s

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>54</sup> It is even further elaborated in the recent case law of the Supreme Court of India: *Navtej Johar v Union of India* (SC 6 Sept. 2018) § 95-110. J. Fowkes, who was at the origin of the dissemination of this terminology in the English-speaking world, defines it as an “aspirational concept”: in other words, a concept that is both ambitious and political. See J. Fowkes, “Transformative Constitutionalism and the Global South: The View From South Africa”, in A. Von Bogdandy *et al.* (eds.), *Transformative Constitutionalism in Latine America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford, 2017. Online: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2847579](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2847579).

<sup>55</sup> One need only think of the recent example of the former President of Bolivia, Evo Morales: not content with being in his third presidential term, in 2016 he sought to obtain a fourth term by amending by referendum the constitution, which allows only two presidential terms. Although the referendum consultation was unfavourable to the removal of this constitutional limit, he obtained it from the Constitutional Court. However, his re-election in October 2019 was strongly contested by demonstrations and he eventually resigned, no longer supported by the army.

<sup>56</sup> C.M. Herrera, “Le populisme constitutionnel”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. 34, 2018, p. 711.

project is to build the Carpathian Basin: “Once we have built the Carpathian Basin (...) we will also have to build Central Europe (...), that vast, strong and secure political and economic region of Europe called Central Europe (...) [It] is a region with a particular culture, different from Western Europe”<sup>57</sup>. Re-territorialisation is based on a need to belong and to be rooted in a place. The nationalist and populist discourse is precisely able to respond to this need; this is the ambiguity of the populist discourse. How can we denounce nationalism and populism without undermining collective values and, above all, patriotism?<sup>58</sup> The problem is not new, neither for Europe nor for the member states. Modern constitutions, which are primarily concerned with the future, also have difficulty in being built around common values, as they no longer have the support of the “mythical times”<sup>59</sup>. Europe is equally deprived.

### 3. Conclusion remarks

These doctrinal representations are certainly not mutually exclusive. Nor do they exhaust the field of possibilities. This undermining of the values on which the European Union is based also makes the European public space visible and shows a transnational constitutional doctrine in the making in the blogosphere: an enlightened opinion that tirelessly alerts the European institutions to Polish and Hungarian transgressions<sup>60</sup>. The formation of this European doctrine shows that the law does not necessarily need a place or, more precisely, a land<sup>61</sup>, but values in which men and women believe. Today, tensions are just as great as they were in medieval times when sovereignty was divided. This explains the success of the notion of “space” instead of “territory”<sup>62</sup>: in particular, “Europe-

---

<sup>57</sup> In his speech, V. Orban specifies that he is speaking in “sicile country”, making a historical-ethnic reference (the Siculus group dates back at least to the 12th century and is related to the Magyars). Speech delivered at a Summer School held in Romanian Transylvania on 28 July 2018 and quoted by L. Jaume, “Démocratie illibérale, une nouvelle notion?”, *Constitutions*, 2019, p. 181.

<sup>58</sup> See the warning issued by J.H.H. Weiler, “The European Circumstance and the Politics of Meaning: Not on Bread Alone Doth Man Liveth (Deut. 8:3; Mat 4:4)”, *German Law Journal*, 21(1), 2020, pp. 96-99. Online: <https://doi:10.1017/glj.2019.103>.

<sup>59</sup> D. Baranger, “Temps et constitution”, in *Droits*, 30-2000, p. 45.

<sup>60</sup> *Verfassungsblog on constitutional matters* plays a major role in hosting, in particular, W. Sadurski’s posts on the “constitutional coup d’état” in Poland and those of L. Pech and K.L. Scheppele on breaches of the rule of law in Europe: <https://verfassungsblog.de>.

See also the I-CON blog and in particular the message from the editorial director, J.H.H. Weiler about I-CONnect: <http://www.iconnectblog.com/i%c2%b7connect-letter-from-the-editor-in-chief-of-i%c2%b7con/>.

<sup>61</sup> N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001.

<sup>62</sup> R. Hirschl, A. Shachar, “Spatial statism” 1, *I-CON*, 2019, p. 387.

an legal space”<sup>63</sup>, “Space of constitutional interdependence”<sup>64</sup>. If the Europeanization of minds<sup>65</sup> is indifferent to places, can law definitively do without a territory (and the European Union law of national territories)? One can legitimately doubt it: the resilience of legal systems should not be underestimated<sup>66</sup>. Precisely, when reflecting on a common constitutional law, the comparatist, educated by the constitutional reality of the Member States, should not hesitate to deepen the general categories such as the rule of law to show its limits, but also to denounce the fake use of comparison by the governmental authorities of illiberal democracies, i.e. the use of the comparative law argument to justify an attack by the normative way on constitutional justice, the independence of the judiciary, freedom of expression or academic freedom.

---

<sup>63</sup> See J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999.

<sup>64</sup> See M. Cartabia, “Europe as a Space of Constitutional Interdependence: New Questions about the Preliminary Ruling”, *German Law Journal*, 2015, 16 (6), p. 1791. Online: [https://doi:10.1017/S2071832200021349](https://doi.org/10.1017/S2071832200021349).

<sup>65</sup> About this process in progress, see M.-C. Ponthoreau, “L’européanisation des esprits: le rôle du droit (constitutionnel) comparé”, in *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, T.1, Padova, 2015, p. 203.

<sup>66</sup> A. von Bogdandy acknowledges that lawyers always refer to their scientific community and national law: in “National legal scholarship in the European legal area – A manifesto” 3, *I-CON*, 2012, p. 625.

# RIFLESSIONI SUI DIRITTI FONDAMENTALI NELL'EPOCA DELLA SOVRANITÀ CONDIVISA

*Roberto Scarciglia\**

SOMMARIO: 1. Premessa: i diritti fondamentali al tempo del Covid-19. – 2. Sulle sovranità decadute e condivise. – 3. Diritti fondamentali e costituzionalismo oltre lo Stato. – 4. Quale futuro per i diritti fondamentali?

## *1. Premessa: i diritti fondamentali al tempo del Covid-19*

La riflessione sui diritti fondamentali nell'epoca della sovranità condivisa, che rappresenta il tema di questo breve intervento, deve, al momento della sua definitiva stesura, necessariamente tenere conto, in via preliminare, dei tragici avvenimenti di carattere globale conseguenti al diffondersi della pandemia di Covid-19 (Sars Cov2), e agli effetti su libertà e diritti<sup>1</sup>. Le scelte di molti governi in diverse parti del mondo di limitare diritti costituzionali sono da considerarsi senza precedenti, a prescindere che si tratti di democrazie liberali, oppure, al contrario, illiberali. Ciò che unisce entrambe le prospettive è il carattere di eccezionalità delle misure di emergenza, della loro durata, della limitazione di diritti e libertà costituzionalmente consolidati. Per altro verso, la sospensione delle attività parlamentari, dell'accesso alla giustizia, come lo spostamento in molti Paesi delle competizioni elettorali, e il conseguente rafforzamento degli esecutivi, hanno messo in luce alcune fragilità delle assemblee parlamentari e il legame fra democrazia rappresentativa e popolo, che sono alla base dello Stato di diritto, così come lo intendiamo nella *Western legal tradition*. Si potrebbe ipotizzare che le democrazie liberali divengano sempre meno liberali, così come quelle illiberali rafforzino sempre più il loro carattere autoritario e, di conseguenza, limitativo dei diritti. Del resto, come emerge dalla letteratura sul rapporto fra democrazia e globalizzazione, le prospettive di affermazione di un sistema globale democra-

---

\* Il saggio costituisce la rielaborazione di un intervento tenuto al VI Convegno Nazionale SIRD su "Il diritto oltre lo Stato", svoltosi a Firenze il 25-27 ottobre 2018.

<sup>1</sup> La bibliografia su questo tema è già sterminata, *ex multis*, si rinvia al sito <https://www.comparativecovidlaw.it/>.

tico, di una *rule of law* globale<sup>2</sup>, non hanno impedito l'evoluzione di tendenze illiberali.

Come osserva Ruggeri, questo atteggiamento potrebbe tradursi – ove già non lo sia stato – in «una torsione assolutamente intollerabile della forma di governo e, forse, della stessa forma di Stato, una volta che si convenga [...] che le misure in parola comportano un costo assai rilevante a carico dei diritti costituzionali e di interessi facenti capo all'intera collettività»<sup>3</sup>.

Per converso, proprio questa prospettiva richiederebbe forme di cooperazione per la soluzione di problemi globali – come, appunto, quello dell'emergenza sanitaria – e renderebbe, forse, necessarie regole provenienti da istituzioni transnazionali. Da questo angolo visuale, sarebbe maggiormente visibile il fenomeno del diritto oltre lo Stato e della circolazione di soluzioni comuni a varie parti del mondo. Del resto, potrebbero indirizzarsi in questa direzione le risorse “promesse” dalle istituzioni europee, dalle banche centrali e dai governi per contrastare la grave crisi economica e sociale che ha fatto crollare nel 2020 l'occupazione, gli indicatori di borsa e il prodotto interno lordo degli Stati, e, più in generale, le loro economie. Il pensiero di chi scrive si rivolge, in questo momento, anche alla produzione “nazionale” di un vaccino contro il virus del Covid-19 – in via di sperimentazione in alcuni Paesi dell'Unione europea, ma anche in Cina, Regno Unito, Russia e Stati Uniti, solo per citare i più noti – e al suo necessario atteggiarsi a bene comune universale, per debellare la pandemia. Se, infatti, consideriamo il diritto alla vita – e la funzionalità di un vaccino alla sua preservazione – allora non possiamo far altro che pensare all'eguale trattamento rispetto ai diritti fondamentali, e, forse, a una sorta di rifondazione “globale” della democrazia costituzionale. Ma qual è il costituzionalismo che maggiormente potrebbe adattarsi a questa prospettiva?

Le terribili immagini provenienti da tutto il mondo, che in questi mesi hanno accompagnato la vita di ciascun di noi, obbligano a riflettere sulla necessità di una forma di costituzionalismo sociale, quale modalità più efficace per rappresentare a livello costituzionale i diritti fondamentali delle persone più fragili, cui questa soggettività è riconosciuta spesso in modo formale. Secondo il pensiero di alcuni autori, fra cui Gunther Teubner, questa scelta potrebbe costituire un modo efficace per rappresentare, a livello costituzionale, la società civile. La “Costituzione del mondo” potrebbe emergere progressivamente, attraverso processi di costituzionalizzazione di sub-sistemi dotati di autonomia e rappresenta-

---

<sup>2</sup> Per la definizione di questo concetto, v. P. Rijkema, *The Concept of a Global Rule of Law*, in *Transnational Legal Theory*, 2013, vol. 4, n. 2, pp. 167-196. Per una visione d'insieme, si rinvia ai classici N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Post-national Law*, Oxford-New York, 2010; e S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

<sup>3</sup> A. Ruggeri, *La forma di governo al tempo dell'emergenza*, in *Consulta Online*, II, 2-5-2020, pp. 255-260.

tivi della stessa società civile<sup>4</sup>. Da questo punto di vista, si pone l'ulteriore interrogativo circa il ruolo dei diritti fondamentali in un'epoca, come quella attuale, di sovranità condivisa. Non sfugge all'interprete, né tanto meno al comparatista che si indirizza verso le strutture più profonde degli ordinamenti, che gli Stati sono vivi e vitali, anche se adottano politiche illiberali, ma che, al contempo, ci si interroga se il modello di sovranità degli stessi Stati stia morendo<sup>5</sup> e su che cosa possa prenderne il posto, e su quali soggetti poter contare per la ricerca di soluzioni condivise.

## 2. Sulle sovranità decadute e condivise

Come osserva Bertrand Badie, la natura intersoggettiva della sovranità di uno Stato esiste su scala internazionale soltanto se è riconosciuta da altri soggetti: «uno stato è sovrano agli occhi dei grandi se riproduce, in piccolo, la pretesa che sta alla base della loro identità»<sup>6</sup>. Nel momento in cui implodono le strutture di autorità e di legittimità e trascinano in questa caduta la struttura sovrana dello Stato, si ritiene quasi “dovuto” o “legittimo” che la comunità internazionale intervenga nei suoi affari interni e quasi si sostituisca all'autorità considerata debole. Queste trasformazioni degli Stati, che possono produrre la perdita o la cessione di sovranità, sia pure attraverso legittime revisioni costituzionali, possono anche prevedere il riconoscimento del primato del diritto internazionale rispetto alle stesse Costituzioni, nei sistemi gerarchici delle fonti, rimescolandone l'ordine gerarchico. Accanto alle organizzazioni sovra-statali, gli attori non statali, possono svolgere un ruolo importante nella condivisione di poteri sovrani, laddove le funzioni statali siano, ad esempio, privatizzate quale conseguenza della delega di autorità a soggetti quasi pubblici/quasi privati<sup>7</sup>. Questo meccanismo, che caratterizza la delega costituzionale ad agenzie amministrative nell'ordinamento statunitense, potrebbe operare anche a livello globale. In varie parti del mondo, fornitori di beni e servizi, relativi a diritti economici e sociali, come multinazionali, istituzioni finanziarie internazionali e organizzazioni non governative hanno sempre maggiori potenzialità a divenire attori non statali. In questa

---

<sup>4</sup>G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?*, in C. Joerges, J.-H. Sand, G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, 2004, p. 8; G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, 2012. La teoria si deve a D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge, 1992.

<sup>5</sup>V.S. Levitsky, D. Ziblatt, *How democracies die: what history reveals about our future*, New York, 2018.

<sup>6</sup>B. Badie, *Il mondo senza sovranità. Gli Stati tra astuzia e responsabilità*, Trieste, Asterios Editore, 2000, p. 97.

<sup>7</sup>P.S. Berman, *From International Law to Law and Globalization*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, vol. 43, p. 550.

prospettiva, hanno assunto un rilievo non trascurabile anche le comunità scientifiche<sup>8</sup>. La produzione di un vaccino, ad esempio, da parte di multinazionali farmaceutiche, potrebbe far riflettere sul ruolo che questi attori rivestono relativamente al godimento di diritti, e sulla applicazione orizzontale delle garanzie costituzionali, ove né i titolari dei diritti stessi, né i produttori di beni e servizi, esercitino una funzione pubblica o abbiano, con la stessa, un collegamento funzionale<sup>9</sup>. Ove si accolga l'idea di un costituzionalismo sociale, che richiama la teoria deliberativa della democrazia, il contributo che può derivarne è quello di identificare il potenziale democratico nelle istituzioni sociali, da cui possono derivare conseguenze sul piano normativo, istituzionale, ma anche di garanzia dei diritti fondamentali. Questo processo di democratizzazione deliberativa non può considerarsi, infatti, nella prospettiva di Teubner, limitato alle istituzioni politiche o ai soli attori statali, ma esplicitamente esteso agli attori sociali, anche non-statali, nel contesto nazionale e internazionale. In questa direzione può essere avviato un percorso di condivisione di procedure e metodi che va oltre lo Stato, e coinvolge una pluralità di soggetti. Se questa idea resta, allo stato, una aspirazione *de iure condendo*, sul piano del diritto costituzionale interno – pur con la prudenza che esperienze diverse devono suggerire al comparatista nel porre lo sguardo su esperienze costituzionali straniere – deve essere segnalato il ruolo giocato dalle Corti costituzionali e supreme nell'affrontare (e risolvere) il problema della condivisione del potere in rapporto ad avvenimenti o fattori a carattere sovranazionale<sup>10</sup>. Del resto, gli sviluppi dell'intelligenza artificiale, e le loro implicazioni sui diritti fondamentali sono, da tempo, all'attenzione della dottrina costituzionale e delle istituzioni europee<sup>11</sup>. Le scoperte scientifiche non conoscono confini: gli studi sul genoma umano, sulle tecniche di conservazione delle cellule, di interruzione della gravidanza o di eutanasia non possono essere impediti dai singoli ordinamenti giuridici. Analogamente non possono essere arrestate le catastrofi ambientali – che non dipendono da fattori di regolazione giuridica – la diffusione della criminalità e del terrorismo internazionale e l'uso non pacifico dell'energia nucleare. Si tratta di accadimenti e fenomeni a caratte-

---

<sup>8</sup> V., sul punto, G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano-Torino, 2012, p. 9.

<sup>9</sup> A. Nolan, *Holding non-state actors to account for constitutional economic and social rights violations: Experiences and lessons from South Africa and Ireland*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12, n. 1, p. 62.

<sup>10</sup> Per l'esperienza tedesca, che potrebbe costituire un modello, v. D. Grimm, *The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2015, vol. 13, n. 1, pp. 9-29.

<sup>11</sup> V. il *Fundamental Rights Report 2018, Digital Transformation and Governance in Human Society*, in <https://ec.europa.eu/jrc/communities/en/community/digitranscope/document/fundamental-rights-report-2018> (consultato il 28 luglio 2020). Anche la Carta di Nizza, nel suo preambolo prevede la necessità di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici».

re globale, che incidono in vari modi sui diritti fondamentali. In proposito, riflettendo sui diritti fondamentali, è necessario ricordare che non vi è una definizione condivisa su quali essi siano, sia per la diversità delle loro origini – basti pensare all'esperienza rivoluzionaria francese e americana, e a quella tedesca – che per la diversità nella loro definizione, e delle relazioni che ne derivano, all'interno delle carte costituzionali. Queste diversità si appalesa con maggiore chiarezza, laddove le Costituzioni prevedano, oppure no, delle disposizioni per gli stati di emergenza<sup>12</sup>. La Costituzione italiana, come ha ricordato recentemente Marta Cartabia, non «contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza [...] non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi nei tempi eccezionali, né previsioni che in tempo di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri»<sup>13</sup>.

### 3. Diritti fondamentali e costituzionalismo oltre lo Stato

Principi e valori costituzionali all'interno delle singole Costituzioni non sono stati concepiti staticamente, come entità fisse, giacché fanno da sfondo a un processo di attualizzazione cui concorrono attori nazionali e sopranazionali. Le Costituzioni e le Dichiarazioni universali portano in sé l'invocazione del dover essere che fenomeni di diversa natura, esogeni ed endogeni, mettono alla prova. Il costituzionalismo "oltre lo Stato" implica almeno due profili diversi: l'esistenza di problemi costituzionali che hanno origine fuori dai confini di uno Stato-Nazione in processi politici transnazionali, e, allo stesso tempo, fuori dallo spazio politico delle istituzioni, in settori "privati" della società globale. Anche se note, ritengo utile richiamare queste diverse prospettive proprio in relazione al fatto che la garanzia dei diritti fondamentali anche in un Paese europeo, può essere limitata in presenza di fenomeni a carattere sovranazionale. I diritti fondamentali rappresentano un elemento costitutivo del pensiero filosofico<sup>14</sup> e del costituzionalismo occidentale, accanto al principio di divisione dei poteri. Come ha messo in rilievo Luigi Ferrajoli, questi principi sono stati negati dai fascismi e dai totalitarismi affermatosi in Europa nella prima metà del XIX secolo<sup>15</sup>, giacché la loro esistenza (e la loro garanzia) ne rappresenta, con tutta evidenza, la

---

<sup>12</sup> Su questi temi, si rinvia a G. Agamben, *Lo stato d'eccezione*, Milano, 2000; Id., *Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995; J. Ferejohn, P. Pasquino, *The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2004, vol. 2, n. 2, pp. 210-239.

<sup>13</sup> M. Cartabia, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, p. 25, consultabile in [www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione\\_cartabia/1\\_relazione.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf).

<sup>14</sup> P. Ridola, *Il principio libertà nello Stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva comparativa*, Roma-Bari, 2018, p. 5.

<sup>15</sup> L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2008, p. 35; P. Ridola, *Il principio libertà nello Stato costituzionale*, cit., p. 143.

più significativa negazione. I diritti fondamentali non possono considerarsi, dunque, soltanto posizioni soggettive, racchiuse all'interno di una carta costituzionale o di un sistema normativo, ma rappresentano sempre più diritti sovrastatali, cui gli Stati sono vincolati e subordinati anche sulla base di accordi e trattati internazionali<sup>16</sup>. Ed è la stessa prassi giudiziaria a mettere in luce la tendenza a cercare da parte dei giudici la garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali in fonti sovranazionali, piuttosto che nella Costituzione nazionale.

Riflettendo su quelli che Gunther Teubner definisce “nuovi conflitti costituzionali”<sup>17</sup>, una domanda si pone immediata, e cioè quali forme di costituzionalismo possono maggiormente garantire i diritti fondamentali?<sup>18</sup> La questione si pone, peraltro, anche per il principio di sovranità, e, talvolta, alle decisioni di corti o organismi internazionali – espressione di un costituzionalismo internazionale – può corrispondere un atteggiamento critico da parte di coloro i quali sostengono che un vincolo esiste al rispetto di queste decisioni soltanto in presenza di una previsione costituzionale o legislativa dettata dai rappresentanti del popolo, che ad esse è tenuto a sottostare, secondo un principio di costituzionalismo democratico.

In questa prospettiva, ritengo di privilegiare, con una visione forse utopistica, la prospettiva sociale e quella globale dell'idea di costituzionalismo. Rispetto al problema dei rapporti fra costituzionalismi nazionali e quello che è stato definito il costituzionalismo “oltre lo Stato” o globale, le posizioni espresse dalla dottrina sono molto diverse, anche se il dibattito si colloca prevalentemente all'interno del pensiero liberal-democratico. Alcune riflessioni hanno, tuttavia, varcato la soglia del perimetro westfaliano, e di costituzionalismo si parla in relazione a Paesi a matrice religiosa, come, ad esempio i Paesi islamici<sup>19</sup> o alcuni ordinamenti nel continente asiatico<sup>20</sup>, ma, senza dubbio, le stesse perplessità investono Paesi occidentali, talora attori di un decostruzionismo costituzionale, o, ancor peggio, di un costituzionalismo illiberale<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., p. 22.

<sup>17</sup> G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit., p. 5.

<sup>18</sup> Cfr. A. Yong, *The Rise and Decline of Fundamental Rights in EU Citizenship*, Oxford, 2018.

<sup>19</sup> R. Grote, T.J. Röder, *Constitutional Jurisdiction and its Limits in the Maghreb*, in R. Grote, T.J. Röder (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: between Upheaval*, Oxford, pp. 239-258.

<sup>20</sup> Cfr. S.P. Huntington, *La terza ondata. I processi di democratizzazione alla fine del XX secolo*, Bologna, 1995.

<sup>21</sup> V. su questi temi, *ex multiis*, M.A. Graber, S. Levinson, M. Tushnet (eds.), *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York, 2018; T. Ginsburg, A.Z. Huq, *How to Save a Constitutional Democracy*, Chicago, 2018; A. D'Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell'era digitale*, in *Rivista AIC*, 2019, n. 2, p. 584 ss.

#### 4. *Quale futuro per i diritti fondamentali?*

Si è cercato di mettere in luce, nelle osservazioni che precedono, quale potrebbe essere lo spazio giuridico che i fenomeni globali o gli organismi transnazionali attribuiscono ai diritti fondamentali, e, sulla scia del pensiero di Luigi Ferrajoli, quali le azioni possibili per la loro valorizzazione all'interno degli Stati. Il Covid-19, quale fenomeno globale, ha messo in discussione le garanzie di molti diritti riconosciuti all'interno delle Costituzioni e in molte Convenzioni e Carte dei diritti, a livello internazionale. Scritti recenti hanno analizzato, da prospettive diverse, questo fenomeno, che ha intaccato non soltanto la sfera dei diritti, ma anche il ruolo dei Parlamenti e le trasformazioni, in senso materiale, della forma di governo in molti Paesi, accanto alla involuzione, in senso illiberale, delle strutture costituzionali, e delle crisi economiche, che quasi sempre producono l'indebolimento delle garanzie dei diritti. Di conseguenza, è ricorrente per la dottrina interrogarsi su quale futuro possano avere i diritti fondamentali in uno Stato dove si trasformi in senso autoritario la forma di governo o addirittura la forma di Stato. Quale destino potrebbero avere questi diritti, se, ad esempio, il Presidente di uno Stato potesse sostituire la Costituzione vigente con un'altra scritta da lui per rafforzare i suoi poteri e la loro durata? Questa situazione si è già verificata, basti pensare, esemplificativamente, al referendum in Venezuela oppure quello votato in Russia, come anche alle manifestazioni politiche illiberali in Ungheria. La pandemia di Sars Cov2 ha reso questi problemi maggiormente visibili e l'attenzione va, soprattutto, alla possibile limitazione della democrazia e allo svuotamento dei poteri dei parlamenti, anche se qualcosa di più subdolo e pericoloso sta sviluppandosi in alcuni Paesi, e cioè, come si è già osservato, un modello di democrazia "illiberale", che può intaccare profondamente la cultura dei diritti, isolando quelli fondamentali in zone di penombra, dove le regole globali sulla loro garanzia perdono sempre più intensità. In tale contesto, la crescita delle disuguaglianze potrebbe avere anch'essa uno sviluppo esponenziale, rendendo le riflessioni sui diritti fondamentali quasi un discorso senza oggetto. Del resto, ove la stessa giurisprudenza costituzionale privilegiasse la "costituzione dei poteri" rispetto alla "costituzione dei diritti"<sup>22</sup>, si potrebbe ritenere che la debole garanzia dei diritti fondamentali possa produrre «una rottura della unità della Costituzione»<sup>23</sup>. Non bisogna dimenticare che l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 statuiva che la mancanza di garanzia dei diritti fondamentali in uno stato – come anche del principio di divisione dei poteri – significherebbe non avere una Costituzione.

---

<sup>22</sup> L'espressione è di M. Luciani, *La «costituzione dei diritti» e la «costituzione dei poteri»*. Note sulle brevi su un modello interpretativo ricorrente, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, II vol., Padova, 1985, p. 497 ss.

<sup>23</sup> S. Bartole, *Costituzione e costituzionalismo nelle prospettive sovranazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, a. XXIX, n. 3, p. 571.

Non è certamente il caso dell'esperienza costituzionale italiana, in cui ci sono state altre situazioni di emergenza dal dopoguerra ad oggi, che sono state affrontate «senza mai sospendere l'ordine costituzionale, ma ravvisando all'interno di esso quegli strumenti che permettessero di modulare i principi costituzionali in base alle specificità della contingenza: necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità [...] criteri con cui, secondo la giurisprudenza costituzionale, in ogni tempo deve attuarsi la tutela «sistemica e non frazionata» dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione e dei relativi limiti»<sup>24</sup>.

Se, tuttavia, si dovesse ipotizzare una debole protezione delle superiori posizioni soggettive attribuite costituzionalmente a chiunque, allora le garanzie dei diritti che superano i confini nazionali costituirebbero una soluzione necessaria, potendo meglio assicurare la protezione dell'individuo, e il contenuto essenziale, la *Wesengehalt* dei diritti fondamentali, consentendo, al contempo, ad attori sovranazionali di condividere il compito e la responsabilità costituzionale di rimuovere gli ostacoli al loro sviluppo, e sopravvivere alle crisi, in un tempo di sovranità che si auspica in futuro essere sempre più “democraticamente” condivisa.

---

<sup>24</sup>M. Cartabia, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 25.

# LA RISOLUZIONE DELLE LITI TRA CONSUMATORI E PROFESSIONISTI OLTRE LE CORTI ORDINARIE: UN FUGACE SGUARDO ALL'EUROPA (ANCHE A QUELLA VISSUTA FINO AL 23 GIUGNO 2016)

*Mario Serio*

SOMMARIO: 1. La tutela europea del consumatore come obiettivo da perseguire anche nella fase processuale. – 2. Gli interventi dell'Unione Europea a protezione del consumatore nella prospettiva processuale: a) il Regolamento 2006/2004; b) la direttiva 2009/22; c) la direttiva 2013/11; d) il Regolamento UE 524/2013; e) contenuti richiamati alla normativa italiana. – 3. I regolamenti inglesi n. 542 e n. 1392 del 2015 di trasposizione della direttiva 2013/11 e le proposte di riforme processuali civili. – 4. Brevi osservazioni conclusive.

## *1. La tutela europea del consumatore come obiettivo da perseguire anche nella fase processuale*

Questa breve ricerca si prefigge di fornire un ritratto, dalla ristretta rappresentazione descrittiva ma dal più largo orizzonte materiale, della riconfigurazione delle modalità di accesso alla giustizia nella dimensione europea, soffermandosi, soprattutto attraverso la visione per l'ultima volta in tale contesto geografico proveniente dalla Gran Bretagna, piuttosto che sulle specifiche forme di inveroamento dei fenomeni cosiddetti alternativi (sui quali, pertanto, si sorvolerà), sul significato e sulle ragioni giustificatrici di essi. Il peculiare campo di indagine consisterà, per i motivi che verranno ad emersione nel prosieguo, nel riferimento, necessitato dal rilevante spazio occupato e dalla primogenitura in materia, all'esteso panorama della litigiosità intercategoriale riconducibile alla serrata dialettica tra il mondo dei consumatori e gli autori delle operazioni professionali giuridicamente rilevanti.

È sempre più spiccata la tendenza nazionale e transnazionale europea a fissare come indeclinabile l'obiettivo della effettività della tutela dei diritti, soprattutto di quelli riconosciuti come fondamentali nella duplice cornice ordinamentale. Uno dei contrassegni più netti di questa essenziale caratteristica di tutela risiede anche nella sua capacità di soddisfare, ancora una volta in un contesto di salva-

guardia di situazioni soggettive di rango fondamentale e con specifico riguardo alla previsione precettiva dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo del 1950, l'aspirazione di chi si rivolga ad un organo o ad un'autorità in vista della risoluzione di una controversia a vederla definita in un tempo ragionevole. Insomma, l'attributo dell'effettività in termini di piena realizzazione dell'interesse protetto è ormai ritenuto non disgiungibile dal suo conseguimento celere, scorgendosi nella rapidità della decisione un segmento rafforzativo ineliminabile della completezza della tutela<sup>1</sup>.

Si tratta di un silenzioso, e benemerito, riconoscimento dell'intramontabilità dell'idea Sattiana<sup>2</sup> che vuole inconcepibile la nozione di diritto soggettivo se non munita del suo predicato processuale, ossia della sua naturale attitudine ad essere oggetto di un'azione giudiziale diretta all'accertamento ed alla concretizzazione della posizione individuale<sup>3</sup>.

Si trascina inalterato nel tempo e nello spazio il dibattito incentrato sulle vie da intraprendere per garantire lo svolgimento del giudizio, teatro di confronto tra posizioni in conflitto, in modo veloce, ragguagliandosi la velocità all'idoneità della decisione a non frustrare l'interesse del titolare del diritto all'integrità della tutela ed alla capacità della stessa di intervenire in forma corrispondente, nella misura giudizialmente determinata, alla pretesa fatta valere in quanto reputata esatta sovrapposizione concreta della fattispecie umana sull'astratta previsione di legge.

Volgendo lo sguardo ad alcune qualificate esperienze europee, a partire da quella comunitaria, si avverte la grande e giustificata attenzione riservata ad una specifica area, assunta a paradigma dell'esigenza di coniugare effettività e celerità nella definizione delle controversie che vi appartengono. È, infatti, il settore del diritto dei consumatori, e del corteo litigioso che ne discende, quello nel quale, nel prendere atto delle difficoltà incontrate in più ordinamenti dall'obiettivo della speditezza quale presupposto dell'effettività della tutela attribuita a tale categoria soggettiva, è andata prendendo organicamente corpo una visione del sistema di amministrazione delle controversie in materia che affianca al tradizionale circuito giurisdizionale statale un sistema cosiddetto alternativo, nel

---

<sup>1</sup> Sul punto si può vedere Serio, *Il danno da irragionevole durata del processo*, Napoli, 2009.

<sup>2</sup> Irradiatasi nelle memorabili pagine su "Giurisdizione (nozioni generali)" in *Enciclopedia del diritto*, XIX, senza data ma 1970, 218 ss. ed in particolare 220 ss. dove si affronta il concetto di giurisdizione indicandone una maggior latitudine rispetto al recinto della legge o del diritto oggettivo ed adombrando il riferimento al fenomeno giuridico come fatto esperienziale: su questa spinosa questione, si veda il toccante ricordo di Bernardo Albanese, costante interlocutore di Satta, anche del Satta autore del capolavoro intitolato "*Il giorno del giudizio*", scritto dal suo allievo Raimondo Santoro.

<sup>3</sup> *Ius agendi* configurato non soltanto come immanente complemento del diritto soggettivo, ma osservato anche nella sua dimensione storica e pratica rivolta a far ottenere – questa volta è l'insuperato lessico di Chiovenda ad imporsi – esattamente quel bene della vita la cui difesa è assicurata proprio dall'azione.

senso di pervenire al medesimo risultato risolutivo e decisorio in modo più rapido e mediante l'intervento di apparati organizzativi, determinati per legge, dotati della identica capacità di soddisfare le esigenze di giustizia di chi vi si rivolge e con pari efficacia pratica.

## *2. Gli interventi dell'Unione Europea a protezione del consumatore nella prospettiva processuale*

Mentre alcuni diritti nazionali, quale quello italiano con la legge n. 89/2001, si sono attrezzati con disposizioni rivolte a convertire in concrete misure lo scultoreo richiamo del citato art. 6 CEDU in punto di “*speedy trial*”, è stato l'ordinamento comunitario, sin dai primi anni di questo secolo, a configurare un plesso normativo coerente e dovizioso, tutto puntato al divisamento di metodi alternativi di risoluzione delle controversie riguardanti i consumatori in grado di garantire l'effettività di tutela, districandole dai lacci temporali propri dell'ambito giurisdizionale tradizionale. Già con raccomandazione del 30 marzo 1998 la Commissione Europea aveva fatto sentire la propria stentorea voce di sostegno ed apertura verso i principii applicabili per la risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di consumo: e ciò come precipitato diretto della fondamentale direttiva 93/13 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.

È da segnalare che, nel generale perimetro dell'attenzione dell'Unione Europea al tema delle misure concretamente atte a consentire una protezione estesa ed effettiva della classe dei consumatori, si considera in dottrina incluso<sup>4</sup> ogni spazio sanzionatorio e protettivo dedicato a tale categoria soggettiva, sia giurisdizionale sia amministrativo, in quanto concorrente al conseguimento del risultato dell'effettività.

### *2. a) il Regolamento 2006/2004*

Il Regolamento n. 2006 del 27 ottobre 2004, intitolato al “Regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori” e riguardante la “cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori”, ha posto al centro del proprio impianto un fine ed un mezzo chiaramente scanditi. Il primo è lapidariamente costituito dalla proclamata necessità di fornire adeguata tutela agli interessi dei consumatori, spesso minacciati da infrazioni alla normativa che, in vari contesti, è chiamata a preservarli. E ciò in conseguenza della mancata delibazione della sua efficacia nelle

---

<sup>4</sup> Cafaggi, *Rimedi e sanzioni nella tutela del consumatore: l'attuazione del new deal*, in *Giustizia Insieme*, 17 settembre 2020, p. 1 ss., on line, che trae spunto dalla direttiva 2019/2161.

controversie transfrontaliere, che permette a venditori e fornitori di sottrarsi ai controlli spostando le loro attività nella Comunità (v. Considerando 2). Il mezzo è individuato proprio nella cooperazione tra le autorità nazionali competenti in materia sicché possa raggiungersi il coordinamento tra le rispettive azioni (v. Considerando 18). Obiettivo tendenziale di questa congiunta opera di cooperazione e coordinamento è quello di contrastare le infrazioni intracomunitarie della legislazione comunitaria sulla tutela degli interessi di cui si discute (v. Considerando 5).

Ora, il provvedimento in questione ha generato l'effetto di spronare gli stati membri a guardare oltre il traguardo della cooperazione e del coordinamento, essendosi trasformato in spinta, successivamente conclamata anche in sede comunitaria, alla predisposizione di sistemi di definizione delle controversie consumeristiche esterni alla giurisdizione in senso proprio. Ed infatti, la comune percezione è stata che i fini prefissati dal Regolamento in parola dovessero poggiare su una solida base nazionale, a propria volta radicata sull'effettività anche in senso cronologico della tutela.

## 2. b) *la direttiva 2009/22*

Più incisiva e di diretta discendenza dal Regolamento 2006/2004 si rivela la direttiva 2009/22 relativa a provvedimenti inibitori a tutela degli interessi dei consumatori.

Ed infatti, con essa si è trascorsi dal piano declamatorio dell'esigenza cooperativa e di coordinamento a quello strettamente strumentale alla realizzazione della commendevole aspirazione. Il dato che dà impulso al testo è il realistico riconoscimento nel Considerando 3 che “i meccanismi attualmente esistenti per assicurare il rispetto di tali direttive<sup>5</sup> a livello sia nazionale che comunitario non sempre consentono di porre termine tempestivamente alle violazioni che ledono gli interessi collettivi dei consumatori”<sup>6</sup>. Questa disfunzione viene esplicitamente addebitata a disomogeneità applicative tra gli Stati membri ed al conseguente, astuto trasferimento del luogo d'origine di una pratica illecita<sup>7</sup>. La direttiva esibisce utile spirito di realismo laddove, al Considerando 7, identifica la via che conduce alla tutela effettiva ed omogenea nell'Unione europea della posizione dei consumatori: “ravvicinare in una certa misura le disposizioni nazionali che consentono di far cessare dette pratiche illecite, a prescindere dallo Stato membro in cui la pratica illecita ha prodotto i suoi effetti”.

---

<sup>5</sup> In materia di tutela degli interessi dei consumatori.

<sup>6</sup> Per tali si intendono “gli interessi che non sono la mera somma degli interessi lesi da una violazione”: *ibidem*.

<sup>7</sup> Allo scopo di “essere al riparo da qualsiasi forma di applicazione della legge”: Considerando 5.

Posto questo lucido preambolo ricognitivo di una situazione frustrante lo scopo di tutela in astratto perseguito, la direttiva si preoccupa di offrire agli Stati membri specifiche ed attuabili alternative rivolte in direzione della cessazione delle ricordate pratiche illecite diffuse trasversalmente. Si prevede, infatti, ai Considerando 9 e 10, la possibilità per gli Stati membri di avvalersi di organismi pubblici collettivi a tutela degli interessi anch'essi di natura collettiva dei consumatori, con attribuzione ad essi del diritto di ricorso ed azione, ovvero di permettere l'esercizio di tali diritti alle organizzazioni destinate a tutelare gli interessi collettivi della categoria soggettiva in questione secondo le legislazioni nazionali.

Il cambio di passo dell'apparato normativo comunitario è palpabile ed inequivoco. Si dà implicitamente ma inequivocamente atto che i vuoti di tutela non si apprezzano tanto a livello di diritto sostanziale, ossia di disposizioni rivolte al consolidamento delle posizioni soggettive dei consumatori, quanto in termini di effettiva assicurazione della dovuta protezione lungo l'itinerario che si diparte dal momento litigioso per violazione di norme comunitarie per approdare all'attribuzione al singolo consumatore o al gruppo di consumatori esattamente del bene della vita atteso in ragione della previsione di legge, nazionale o comunitaria. Ed il momento litigioso viene concepito come oggetto di possibile devoluzione, in forma alternativa rispetto all'ordinario percorso giurisdizionale, ad organismi specializzati ed a vocazione consumeristica.

## *2. c) la direttiva 2013/11*

L'opzione in senso combinatorio del livello sostanziale e di quello processuale, derivante dal conferimento espresso del diritto di azione o di ricorso, effettuato nella direttiva del 2009 trova compiuto svolgimento nella successiva direttiva, la 2013/11 dedicata alla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il Regolamento 2006/2004 e la direttiva 2009/22 appena discussa.

L'ultima direttiva in ordine di tempo si è proposta un ambizioso progetto, quello di conciliare il più fluido e libero funzionamento del mercato interno con la facilitazione dell'accesso dei consumatori a mezzi facili, rapidi ed a basso costo per risolvere le controversie nazionali o transfrontaliere derivanti da contratti di vendita o di servizi (Considerando 4). Tali mezzi vengono scorti, secondo il successivo Considerando, nella risoluzione alternativa delle controversie<sup>8</sup>, criterio che offre una soluzione semplice, rapida ed extragiudiziale delle controversie tra consumatori e professionisti pur non essendosi ancora sviluppato in maniera sufficiente e coerente nell'ordinamento dell'Unione Europea. Con riguardo alla fissazione della nozione di consumatore è significativo, quale sintomo certo di

---

<sup>8</sup> Il diffuso acronimo in lingua inglese ADR sta ad indicare le forme di Alternative Disputes Resolution.

continuità sistematica nel diritto comunitario, il rinverdimento, eseguito attraverso il Considerando 18, di quella racchiusa nella direttiva 93/13<sup>9</sup> che ingloba nel proprio raggio le persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla loro attività commerciale, industriale, artigianale e professionale. La direttiva 2013/11 non solo recupera concetti ormai largamente e proficuamente accolti nelle legislazioni nazionali degli stati membri<sup>10</sup> ma promuove l'ADR al rango di risolutore tipico esterno al circuito giurisdizionale delle controversie facenti capo all'universo consumeristico. A questa bisogna provvede la previsione illustrata nel Considerando 11 secondo cui sono necessari un'infrastruttura ADR per le controversie dei consumatori ed un quadro integrato di risoluzione delle controversie on line (ODR). L'interesse comunitario alla coltivazione di questo filone di definizione delle controversie conseguenti ai tipi contrattuali prima indicati e caratterizzati dal punto di vista soggettivo dalla presenza di un consumatore si struttura attraverso una pluralità di raccomandazioni implementative del modello alternativo di risoluzione delle liti in questione indirizzate agli Stati membri con la nitida aspirazione di perseguirne la diffusione e di codificarne le modalità pratiche di costituzione e funzionamento. Ed infatti, il Considerando 24 ricorda che gli stati nazionali debbano garantire che le controversie cui va applicato il regime alternativo possano presentarsi ad un organismo ADR conforme ai requisiti da esso stabiliti ed inseriti in apposito elenco. Si disegna, inoltre, nel Considerando 26, un tragitto di garanzia transnazionale ai professionisti<sup>11</sup> stabiliti in uno stato membro di adire un organismo ADR istituito in altro Stato membro. Vi è poi l'articolata rete di requisiti e condizioni destinati a regolare l'attività degli organismi alternativi di risoluzione delle controversie tra consumatori e professionisti e a disciplinare la cooptazione e la nomina dei componenti. Si mira nel Considerando 31 a garantire che le controversie ADR siano risolte in modo equo, pratico e proporzionato. Quanto al procedimento in sé riguardato esso deve salvaguardare l'accessibilità e la trasparenza, auspicabil-

---

<sup>9</sup> Su cui si vedano Serio, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, p. 78 ss.; Id. *Il contract e l'Europa*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di Diritto Privato Europeo*, Milano, 2007, II, p. 643 ss.; Smorto, *Clausole abusive e diritti dei consumatori. Raffronti comparatistici*, Padova, 2001; Petruso, *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in P. Cerami, M. Serio (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, ricordando Giovanni Criscuoli, Torino, 2013, 412 ss.; Conti, *La Corte CE a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della dir. 93/13/CEE in tema di clausole abusive*, in *Il Corriere giuridico*, 2002, p. 448 ss.

<sup>10</sup> L'attuazione in Italia della direttiva 93/13 ha avuto inizio con l'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52 ("Legge comunitaria per il 1994"), che ha inserito, nel titolo II del libro IV del codice civile, il capo XIV-bis (artt. da 1469-bis a 1469-sexies), rubricato "Dei contratti del consumatore". Nel Regno Unito gli obblighi traspositivi sono stati adempiuti con l'approvazione dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994.

<sup>11</sup> In assenza di innovazioni normative la relativa definizione va ancora una volta fatta risalire a quella consolidatasi nella direttiva 93/13.

mente permettendone la fruizione gratuita da parte del consumatore<sup>12</sup>. Alla professionalità dei componenti gli organismi presta rilievo il Considerando 33 per il quale le persone fisiche incaricate di farne parte devono essere imparziali, libere da indebite pressioni e competenti, sebbene non necessariamente qualificate esercenti l'attività forense. Il Regolamento del 2004 e la direttiva del 2009 citate nei precedenti paragrafi vanno modificati nel senso di ospitare nei rispettivi allegati il riferimento alla direttiva in parola<sup>13</sup>, e ciò in coerenza con la previsione del Considerando 19 che stabilisce la preminenza della direttiva stessa nel caso di conflitto con altre disposizioni comunitarie.

Traendo la linea conclusiva e contraddistintiva della direttiva 2013/11 può arguirsi un duplice orientamento. L'uno, di carattere sostanziale, che consacra il soddisfacente risultato ricercato, ossia quello, cristallizzato nella parte finale del Considerando 1 letto in connessione con l'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del conferimento di un livello elevato di protezione dei consumatori. L'altro, di carattere procedurale, e, quindi, di maggior interesse nella prospettiva di questo studio, che acclara l'abbraccio del modello ADR, almeno in campo consumeristico, come sistema efficiente, affidabile e veloce di definizione delle controversie devolute ed in una cornice di effettività della tutela riservata alla parte che vi faccia ricorso.

Ed allora, ben può dirsi che il diritto comunitario, con il fascio di provvedimenti qui trattati, del tutto in traiettoria di continuità con una netta svolta consumeristica, ci ha reso testimoni di un processo, verosimilmente irreversibile nella materia di cui ci si occupa, di riorientamento delle categorie e dei mezzi deputati alla definizione di particolari ordini di controversie, con marcata declinazione agevolatrice degli itinerari esterni a quello giurisdizionale operante nel domain statale.

Non è questa la sede per affrontare la questione dei riflessi dogmatici del parziale e limitato abbandono del modello statale quale naturale teatro per porre fine a conflitti ed affermare il diritto oggettivo con riguardo ad una pretesa o ad un diniego soggettivi. Ciò che preme sottolineare è che se verso altre forme di amministrazione delle controversie si rivolge lo sguardo ciò è accaduto per la non nascosta dichiarazione di naufragio dei sistemi tradizionali rispetto al precetto temporale statuito all'art. 6 CEDU quale presidio di realizzazione del giusto processo.

Ma questa constatazione non dovrebbe condurre né a nostalgie né a rimpianti nella stretta misura nella quale, comunque attribuita alla giurisdizione statale la decisione di questioni afferenti a posizioni soggettive fondamentali o esibenti speciali profili di interesse, il generale paradigma procedimentale, che assicura garanzie di equità di giudizio ed alterità e terzietà del giudicante, continua ad

---

<sup>12</sup> Considerando 39.

<sup>13</sup> Considerando 57 e 58.

essere attinto presso il modello pubblicistico, inderogabile nelle prescrizioni atte a preservare la pienezza del contraddittorio e del diritto di difesa.

## 2. d) *il Regolamento UE 524/2013*

Il Regolamento UE 524 del 2013 si è ripromesso, assecondando l'opzione della direttiva del medesimo anno prima illustrata, di prestare particolare interesse alle controversie afferenti ad operazioni negoziali on line, promuovendo la creazione di una piattaforma ODR per la risoluzione in forma alternativa delle relative controversie disciplinata da norme comuni<sup>14</sup>.

Il proponimento, scolpito dall'art. 1, è stato quello, insieme al corretto funzionamento del mercato interno ed in particolare della sua dimensione digitale, di raggiungere al pari della direttiva 2013/11, un livello elevato di protezione dei consumatori. La piattaforma ODR, accessibile attraverso il portale "La tua Europa"<sup>15</sup>, dovrebbe consentire l'interscambio sicuro di dati con gli organismi ADR<sup>16</sup>, senza per questo giungere a sostituire le procedure giudiziali o a privare i consumatori o i professionisti del loro diritto di rivolgersi ai Tribunali<sup>17</sup>.

## 2. e) *contenuti richiamati alla normativa italiana*

La ventata europea, soffiata per molti anni in cornice cumulativa consumeristica-processuale, non ha providenzialmente trovato l'Italia impreparata né distratta: con il decreto legislativo n. 130 del agosto 2015, infatti, si è prontamente provveduto, in attuazione della direttiva 2013/11, ad apportare al codice dei consumi le necessarie modifiche adeguatrici e puntualmente rispettose degli intendimenti europei.

Del resto, vi erano stati precedenti, importanti segnali di comune tendenza tra il nostro Paese e la politica europea in tema di consumo e connesse controversie.

Esempio di robusto rilievo è dato dall'istituzione, a decorrere dal primo gennaio 2009, dell'Arbitro Bancario Finanziario, competente per le controversie tra clienti ed intermediari secondo predeterminati limiti di valore e materiali, in attuazione dell'art. 128 bis del Testo Unico Bancario introdotto dalla legge n. 262 del 2005 e della deliberazione n. 275 adottata il 29 luglio 2008 dal Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio che aveva stabilito i criteri per lo svolgimento delle procedure di risoluzione stragiudiziale delle controversie ban-

---

<sup>14</sup> Considerando 34.

<sup>15</sup> Considerando 21.

<sup>16</sup> Considerando 20.

<sup>17</sup> Considerando 26.

carie ed affidato il compito, fino ad oggi egregiamente svolto, di curarne l'organizzazione ed il funzionamento alla Banca d'Italia.

Il nostro ordinamento si è così posto, in una delicatissima e sentitissima congerie sociale, quale quella facente capo ai rapporti bancari, per definizione involgenti un sensibile divario di forza contrattuale tra le parti, in piena linea di continuità con il rinnovato impulso riequilibratore degli “*unconscionable bargains*” duramente repressi dalla giurisprudenza inglese già dalla metà degli anni '70 del ventesimo secolo<sup>18</sup>.

### 3. I regolamenti inglesi n. 542 e n. 1392 del 2015 di trasposizione della direttiva 2013/11 e le proposte di riforme processuali civili

Il punto di osservazione qui scelto per cogliere le diramazioni sul terreno dei diritti nazionali della normativa comunitaria è dato dal diritto inglese, intervenuto con due regolamenti del 2015, il 542 ed il 1392, per disciplinare i procedimenti di risoluzione in forma alternativa delle controversie concernenti la categoria dei consumatori. Di essi, nel quadro connettivo delle riflessioni dottrinarie, ci si occuperà per quanto occorra nella parte che segue.

Gli *Statutory Instruments* citati, succedutisi tra il marzo ed il giugno 2015, risentono positivamente di un clima interno che, non essendo stato ancora espresso il voto referendario dell'anno dopo a favore della fuoriuscita della Gran Bretagna dall'Unione Europea, appare orientato favorevolmente nei confronti delle rilevanti innovazioni provenienti dall'ordinamento comunitario ed animato da sincero spirito conformativo.

Ed infatti, le note esplicative di entrambi i regolamenti rendono palese l'estensione adeguatrice delle disposizioni interne, attente a disciplinare minuziosamente il procedimento di selezione, formazione e funzionamento degli organismi designati per la risoluzione in forma alternativa delle controversie riguardanti i consumatori.

Nel dar conto degli emendamenti apportati al Regolamento di pochi mesi precedente, la nota esplicativa di quello recante il numero 1392 del 2015, illustra il quadruplice scopo delle disposizioni: a) completare il percorso traspositivo nel diritto interno delle previsioni comunitarie diramate attraverso gli atti (regolamenti e direttive) ripercorsi nelle parti anteriori di questa ricerca; b) accentuare tale percorso traspositivo in modo da conferire il carattere della vincolatività interna a tutti gli obblighi previsti nelle disposizioni oggetto di recepimento; c) modificare alcune norme introdotte con il primo dei due regolamenti

---

<sup>18</sup> V. *Lloyds Bank Ltd v Bundy* [1974] EWCA 8. Per una ricostruzione del tema della disegualianza di forze contrattuali nel *common law* inglese, dei rimedi e delle relative condizioni, si può vedere Serio, *La struttura del contract*, in C. Castronovo, S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di Diritto Privato Europeo*, Milano, 2007, II, p. 684 ss.

del 2015; d) posticipare al successivo primo ottobre 2015 l'entrata in vigore delle norme del primo dei due regolamenti interni contenute nelle parti 4 e 5 riguardanti le controversie in materia di commercio ed impresa.

Come si è prima detto, l'atteggiamento del governo inglese che precedette il referendum del 2016 fu assolutamente cooperativo e solidale con il progetto europeo ed attento, perfino nei dettagli, ad incarnarne le finalità sociali e politiche: il legato rimane anche oggi che la situazione è drammaticamente mutata e l'esperienza continentale volge per i cittadini britannici ad un amaro epilogo.

Anche la dottrina coeva o immediatamente successiva non ha mancato di avvertire gli effetti benefici causati dall'allineamento delle istituzioni inglesi ai pressanti provvedimenti comunitari miranti alla definitiva costruzione di un edificio multipiano in cui ospitare l'intera vicenda della contrattazione, stipulazione, risoluzione dei conflitti riferibili ai rapporti negoziali, soprattutto di vendita e servizi, inseriti nell'universo popolato da categorie soggettive ormai consolidate a livello giuridico, sociologico, economico, quali quelle dei consumatori e dei professionisti. E questo non appare casuale, bensì frutto della interiorizzazione e dell'accettazione dell'idea di una collettività la cui sfera d'azione nei contatti sociali sia polarizzata attorno all'esercizio o meno di attività professionali interferenti con quelle, a proiezione e concezione individuale o non, prive del contrassegno della professionalità. Il che costituisce, in sostanza, il più luminoso segno dell'impronta che, pur davanti alla lacerante fuoriuscita britannica dall'Unione Europea, scelte comunitarie riflettenti una cultura ed un sentire latitudinalmente diffusi hanno saputo lasciare intatte.

Entusiastici echi rispetto all'estensione dei procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie al settore on line, provengono da chi<sup>19</sup> annovera una molteplicità di pregi nella complessa sequenza di provvedimenti comunitari lungo una traiettoria decennale tracciata agli inizi del ventunesimo secolo.

In primo luogo si sottolinea la indilazionabilità di coordinati interventi indirizzati a superare la perdurante e pericolosa stagnazione del mercato europeo<sup>20</sup>. Osservazione, questa, di preteso ed indiscutibile stampo europeistico, a conferma dell'intrusione di spirito unionistico, riscontrabile appena un quinquennio addietro e ad onta del futuro, diverso avviso elettorale, della letteratura giuridica inglese: spirito che difficilmente potrà essere espunto del tutto a danno di menti e coscienze libere solo per effetto di perentori ed irreversibili mutamenti di scenari politici interni. Ed ancora, viene positivamente registrata, come testimonianza di partecipazione ad un processo paneuropeo di razionalizzazione dei sistemi di risoluzione delle controversie consumeristiche e di riaffermazione del principio di effettività della tutela collegata a posizioni soggettive di matrice comunitaria, l'adesione alla piattaforma ODR, già

---

<sup>19</sup>Cortes, *A new regulatory framework for extra-judicial consumer redress: where we are and how to move forward*, in *Legal Studies*, 2015, p. 114 ss.

<sup>20</sup>Cortes, *op. cit.*, p. 114.

raccomandata nel 2010 dall'UNCITRAL in sede mondiale<sup>21</sup>. Alla scelta comunitaria viene persuasivamente associata anche una funzione dissuasiva della litigiosità, discendente dal timore di un giudizio di rapida conclusione, realizzabile attraverso i congiunti sistemi ADR e ODR<sup>22</sup>. Ma anche dal punto di vista dell'efficacia dei rimedi restitutori/risarcitori/compensativi<sup>23</sup> si coglie l'utilità della partecipazione alla concezione alternativa di risoluzione delle particolari categorie di controversie di cui ci si occupa del disegno europeo, che manifesta, altresì, l'attitudine a creare un incentivo alla propagazione di una cultura propensa ad uscire dagli storici confini della giurisdizione statale<sup>24</sup>. In via conclusiva si osserva fondatamente, con specifico riguardo ai sistemi di risoluzione on line ODR, che si contribuisce tramite essi all'incremento dei flussi comunicativi tra le parti in lite, così eliminando o diminuendo i rischi intrinseci a fraintendimenti o carenze informative<sup>25</sup> e spingendo verso un rafforzamento del mercato europeo e della fiducia in esso dei cittadini<sup>26</sup>.

Non si può tacere un articolato sentimento di nostalgia e rimpianto per queste parole che lasciano intendere quanto grandi fossero le opportunità comuni ai principali stati europei, secondo l'assetto presente fino alla metà degli anni '10, che la legislazione comunitaria riservava con reciprocità di vantaggi.

Sentimento esacerbato dall'analisi condotta con eguale equilibrio e lungimiranza in altro scritto dottrinario inglese dedicato alla generale prospettiva delle forme alternative di risoluzione delle controversie<sup>27</sup>.

Sebbene lo studio esibisca uno spettro di analisi più ampio e si concentri sulla proficuità in genere del sistema ADR in termini di accesso alla giustizia e di efficacia per gli utenti della relativa risposta, non può porsi in dubbio che il favorevole giudizio pronunciato nei confronti del sistema ben possa riverberarsi sui provvedimenti, quali quelli comunitari e degli Stati-membri traspositori, che ne hanno tratto ispirazione.

In effetti, la riflessione che viene offerta si propone una riedizione della nozione di "successo" normalmente accreditata all'esito fruttuoso (ossia di concreta definizione della controversia) dei procedimenti ADR. Si sostiene, infatti, che tali sistemi generino risultati utili, e vadano, pertanto, giudicati come sintomatici di esiti positivi, anche laddove la definizione non venga raggiunta immediata-

---

<sup>21</sup> *Op. ult. cit.*, p. 122 ss.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 127.

<sup>23</sup> A mio avviso in questa trivalente e funzionale fraseologia può condensarsi la portata del termine "redress" utilizzato nel lavoro qui in commento: v., in particolare, p. 13 ss.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, p. 132 ss.

<sup>25</sup> *Op. cit.*, p. 140.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 141.

<sup>27</sup> Ahmed, *An investigation into the nature and role of non-settled ADR*, in *International Journal of Procedural Law*, 2017 p. 216 ss.

mente ma vengano gettate solide basi per il conseguimento anche in futuro di una simile prospettiva<sup>28</sup>.

È profonda ed ideale la ragione addotta per esternare la netta preferenza per il modello “alternativo” di accesso alla Giustizia ed al corredo di aspettative che ne germogliano in testa ai fruitori. Viene in rilievo un apparato il cui scopo è di riorientare l’opinione<sup>29</sup> comune verso l’eliminazione, attraverso, appunto, il ricorso all’alternatività procedimentale e decisoria, dei costi, puramente economici e non, visibili o occulti, legati all’utilizzazione del circuito tradizionale<sup>30</sup> di amministrazione della Giustizia. Tra le utilità marginali e collaterali ottenibili al di fuori dall’incanalamento strettamente giurisdizionale viene collocato lo sprone verso una nuova concezione del cosiddetto “*case management*”<sup>31</sup>, ed in particolare verso l’introiezione da parte dei Giudici professionali del messaggio di incoraggiamento rivolto alle parti onde si avvalgano degli strumenti, interni o esterni alla giurisdizione, di mediazione, conciliazione, risoluzione per così dire incruenta delle liti. Ampio risalto viene giustamente dato alle conclusioni del rapporto finale, redatto nel dicembre 2013, da Lord Briggs sulla Chancery Modernisation Review, su cui si tornerà immediatamente, nonché all’opinione espressa nella High Court nel 2003 dal Giudice Blackburn circa il conferimento alle corti ordinarie inglesi del potere di ordinare alle parti di definire la disputa mediante ricorso all’ADR<sup>32</sup>.

L’adeguamento alla normativa comunitaria effettuato nel 2015 da un governo inglese non ancora rosso dal tarlo antieuropeo e sedotto, anzi, dalla prospettiva di esternalizzare una consistente quota di cause atte ad appesantire il fardello della giustizia civile rappresenta un buon ed affidabile banco di prova per approfondire la questione relativa al grado di penetrazione nel tessuto della cultura giuridica inglese della concezione “alternativa” dei modi per decongestionare i carichi di lavoro giudiziario.

Viene generalmente riconosciuto che le istanze promotrici dell’adozione di modelli ADR nell’ordinamento inglese sono basate su saldi principi, quali la possibilità di mantenere ancora viva la fiammella del dialogo tra le parti in contesa<sup>33</sup>, la maggior flessibilità di forme, la possibilità di dar vita a soluzioni “*creative*” a fini decisori<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Ahmed, cit., p. 245 ss.

<sup>29</sup> *Op. cit.*, specialmente p. 222 ss.

<sup>30</sup> O come l’Autore, provocatoriamente, lo designa “*orthodox*”.

<sup>31</sup> Qui inteso nell’accezione riferibile alla generale organizzazione del lavoro giudiziario secondo criteri di efficienza, razionalità, speditezza, prossimità alle istanze della collettività.

<sup>32</sup> *Shirayama Shokusan Company Ltd v Danovo Ltd* (2003) EWHC 3306 (Ch).

<sup>33</sup> A nota 20, p. 223 del lavoro Ahmed ricorda che il giudice Brookes della Court of Appeal espresse la convinzione nel caso *Dunnnett v. Railtrack* (2002) EWCA Civ 303 che spesso una delle parti in giudizio si accontenterebbe, per chiudere la causa, delle scuse dell’altra.

<sup>34</sup> *Op. ult. cit.*, p. 223.

Non è possibile dimenticare che un primo possibile contributo alla recezione del sistema “alternativo” nel common law inglese era stato dato nel 1998 dal rapporto di Lord Woolf sulla Civil Procedure Reform, al cui interno si prevede la facoltà dei giudici ordinari di incoraggiare le parti ad adire l'ADR, in perseguimento dell'“*overriding objective*” di devolvere al circuito giurisdizionale statale casi che possano essere decisi in modo oculato e con costi proporzionati.

Su questa scia si inserì con autorevolezza e seguito di consensi Lord Briggs<sup>35</sup> sia con il rapporto interlocutorio del dicembre 2015 (e, quindi, dopo l'entrata in vigore degli Statutory Instruments di recepimento della direttiva 2013/11 prima studiati) sia con la relazione finale del luglio dell'anno successivo sulla Civil Court Structure Review, che, tra l'altro, propone, in chiara risposta al messaggio comunitario, l'istituzione di Online Courts<sup>36</sup>. In questo approccio di vicinanza alla ADR la riforma di Lord Briggs si è palesata del tutto conforme alle proposte di Lord Woolf<sup>37</sup>. Anche il Presidente del tempo della Supreme Court, Lord Neuberger, si espresse nella sua allocuzione del 2015 davanti al Civil Mediation Council per il riconoscimento della preminenza del modello “mediatorio” rispetto a quello della sentenza come mezzo di risoluzione delle controversie, ascrivendo a merito del primo la circostanza che, in esito ad esso, nessuna delle parti si considera soccombente<sup>38</sup>.

Lo stesso Lord Briggs, nella sua funzione giudiziale nella Court of Appeal nel caso *PGF II SA v. OMFS Company 1 Limited*<sup>39</sup>, enumerò i vantaggi potenziali, nel senso della compressione dei costi e della delimitazione dei temi della futura decisione, desumibili dall'utilizzazione del modello alternativo, seppur non coronato da successo, nel senso di inidoneo alla definizione in via di conciliazione o di mediazione della lite, accreditando alla ADR l'utile risultato di perseguire una politica di “*proportionality*” tra costi e benefici del sistema.

In stretta continuità con tale ponderata decisione, Lord Briggs, nel suo Final Report del luglio 2016<sup>40</sup> propone l'obbligatorietà del ricorso alla Online Court in tutti i casi in cui la stessa sia competente per materia.

Né la giurisprudenza inglese in genere, come già visto, ha trascurato di seguire questo percorso agevolativo della definizione delle pretese minori, come traspare dall'opinione espressa dal giudice Jackson, sempre della Court of Appeal,

---

<sup>35</sup> Dall'ottobre 2017 nominato alla United Kingdom Supreme Court ed antecedentemente giudice della Court of Appeal.

<sup>36</sup> Da lui giudicate come “il più radicale ed importante mutamento strutturale di cui la riforma si sia occupata”.

<sup>37</sup> Ahmed, *op. cit.*, p. 226.

<sup>38</sup> Ahmed, *cit.*, p. 234.

<sup>39</sup> (2013) EWCA Civ 1228.

<sup>40</sup> P. 118, paragrafo “Online Court”.

nel caso *Thakkar and Another v. Patel*<sup>41</sup>, che confermò il capo della sentenza di primo grado di condanna alle spese processuali del convenuto che aveva irragionevolmente respinto la proposta dell'altra parte di avvalersi della procedura mediatoria.

La dichiarata prevalenza del favore giurisprudenziale ai sistemi alternativi si è spiegabilmente trasferito nella classe forense<sup>42</sup>, che ha acquisito la necessaria consapevolezza della novità circolante, sì da orientare le proprie scelte processuali alla migliore difesa degli interessi delle parti assistite, anche alla luce delle esperienze e delle prassi transnazionali, sposando il promettente e comunemente accettato cambiamento culturale auspicato dallo stesso Lord Briggs nella sua Chancery Modernisation Review<sup>43</sup>, anticipatrice di quella di tre anni successiva di cui sin fin qui discusso.

In conclusione, lo sguardo d'insieme donato dal diritto inglese nella sua declinazione principalmente processuale si rivela pienamente concorde con gli indirizzi comunitari in direzione di quell'approdo agevolatore di efficienti decisioni e di effettive tutele per le parti che vi tendono.

L'esperienza inglese è, insomma, avviata verso un destino consonante a quello dei principali sistemi giuridici continentali, quanto alla propensione per il criterio alternativo: e l'influenza comunitaria si percepisce, a questo proposito, chiaramente e fortunatamente al riparo da ondate antieuropee.

#### 4. *Brevi osservazioni conclusive*

L'adozione di una prospettiva comparatistica nell'affrontare problemi che travagliano i sistemi ordinamentali interni esibisce questo di vantaggioso, in perfetta coerenza con l'intramontabile lezione di Gorla: regala materiali conoscitivi su cui elaborare giudizi informati da applicare all'ordinamento di partenza, non già e non necessariamente per emularne le soluzioni o meccanicamente trapiantarle, quanto per allargare i confini dei dati cognitivi e critici e, quindi, facilitare la ricerca delle più acconce scelte, anche alla stregua del comprovato successo, o del suo contrario, di una determinata opzione straniera. La comparazione serve anche a rimuovere false credenze, demolire miti, sottoporre a revisione critica tendenze dogmatiche consolidate, acquistare nuovi slanci culturali liberandosi da provincialistiche chiusure mentali: e ciò con il solo limite di non indulgere a preferenze verso il nuovo ed il diverso accordate per partito preso o per miopi vedute esterofile. È proprio la Gorliana misurazione di analogie e differenze interordinamentali il cuore pulsante ed il sale che insaporisce la ricerca comparatistica. In questo ordi-

---

<sup>41</sup> (2017) EWCA Civ 117.

<sup>42</sup> Ahmed, *op. cit.*, p. 244 vede come ineliminabile questa transizione di mentalità.

<sup>43</sup> Final Report del dicembre 2013 (n. 13), par. 5.3.3.

ne ideale l'acclimatemento con fenomeni giuridici di provenienza transnazionale o sovranazionale, come, nel caso qui esaminato, quello attinente alla propensione verso un sistema di amministrazione delle fattispecie litigiose non più celebrato nelle austere aule di giustizia o attraverso forme procedurali gravose e rigide è ritagliato sull'obiettivo di vincere antiche diffidenze e prevalere su retaggi impeditivi di autentiche innovazioni, benefiche per vaste platee di cittadini.

Del resto, per rimanere nei confini segnati dal rapporto finale di Lord Briggs<sup>44</sup>, va osservato che lo stesso autore del pregevolissimo progetto di riforma, interrogandosi sulla generale adottabilità nel campo delle controversie civili del sistema dall'acronimo MIAM (Mediation, Information and Advice Meeting), chiarisce come, relativamente alle liti di maggior valore, lo scarto tra giurisdizione ordinaria ed ADR debba rimanere inalterato a favore della prima.

Portare fuori dalle Corti ordinarie la decisione di plessi determinati e circoscritti di liti non contrasta di per sé con la tipica funzione statale attrattiva a sé della disciplina dei rapporti interindividuali in conflitto. E ciò in quanto la avulsione dal circuito tradizionale avvenga e si svolga, come si è in questo studio visto, in primo luogo, nell'ambito finalistico della protezione di diritti umani fondamentali (e tra di essi quello allo svolgimento del processo in tempi ragionevoli) ed in quello oggettivo della tutela di posizioni individuali o di gruppo gravitanti nell'orbita della biscazione tra categorie economiche e giuridiche ormai normativamente definite, quali quelle dei consumatori e dei professionisti. Le giuste cautele che circondano i procedimenti per la definizione in vie e forme alternative di questo genere di contese appaiono presidi necessari e sufficienti per preservare il sistema dal pericolo di strappi ingiustificabili e, per quel che riguarda il diritto italiano, della lesione del principio di tutela diffusa che sta alla base dell'art. 113 della Costituzione. Ed invero, come ha osservato con lungimiranza e buon senso pratico e giuridico Lord Briggs nella propria opera conditoria di nuove stagioni e regole processuali, "l'impegno fattivo alla partecipazione ad un procedimento scandito come ADR può condurre ad una pluralità di direzioni alternative, ognuna delle quali può far risparmiare alle parti ed alle corti ordinarie tempo e risorse"<sup>45</sup>. E, non è eccentrico aggiungere, può contribuire ad avvicinare i lembi delle distanze sociali, economiche, giuridiche tra parti di differente peso.

---

<sup>44</sup> P. 112, paragrafo intitolato "Civil and ADR".

<sup>45</sup> "A positive engagement with an invitation to participate in ADR may lead in a number of alternative directions, each of which may save the parties and the court time and resources".



# LUCI E OMBRE DELLA “GIUSTIZIA OLTRE LO STATO”

*Nicolò Trocker*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le moderne codificazioni di diritto internazionale privato e la revisione del principio di esclusività della giurisdizione statale. – 3. Il nuovo rapporto tra giurisdizione, sovranità e territorio nello scenario sovranazionale europeo. – 4. La “delocalizzazione” nella dimensione globale. La non appartenenza dell’arbitrato commerciale internazionale ad una cultura territorialmente definita. – 5. La risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie a livello nazionale ed i pericoli dell’arretramento della *iurisdictio*. – 6. *Better enforcement of less law?* La “deregulation” come prezzo dell’ADR nella recente esperienza europea. – 7. L’esperienza statunitense in materia di arbitrati obbligatori individuali: “*Disappearing claims and the erosion of substantive law*”. – 8. L’arbitrato privato nei trattati bilaterali di investimento come strumento per censurare il legittimo esercizio della funzione giudiziaria da parte dello Stato ospitante. Un esempio inquietante: la vicenda *Chevron v. Ecuador*.

## 1. Introduzione

Il tema della giustizia oltre lo Stato evoca, innanzitutto, eventi e tendenze evolutive che, prendendo le distanze dai tradizionali postulati pubblicistici dell’esercizio della giurisdizione come prerogativa sovrana dello Stato, hanno contribuito a plasmare un fenomeno ricco, complesso ed affascinante, espressione dei grandi cambiamenti economici e sociali, oltre che culturali, della nostra epoca; un fenomeno che, a seconda dei punti di osservazione e dei criteri di valutazione, viene presentato sotto varie formule e descritto ora come “delocalizzazione della giurisdizione”<sup>1</sup>, ora come “crisi del monopolio statale della giurisdizione”<sup>2</sup>, ora ancora come “metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione”<sup>3</sup> e che, comunque, non è del tutto estraneo a quanto gli organizzatori

---

<sup>1</sup> Corte cost., ord., 18 ottobre 2000, n. 428: “il legislatore del 1995, con la legge di riforma (...) nell’ambito di una imponente tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione manifestatasi negli usi del commercio internazionale, nella normativa pattizia e negli ordinamenti sopranazionali, ha inteso favorire una più libera esplicazione dell’autonomia privata nella scelta della giurisdizione”.

<sup>2</sup> N. Picardi, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007.

<sup>3</sup> F. Carpi, *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 811.

del convegno sembrano aver inteso cogliere con il titolo “Risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie”, scelto per circoscrivere l’area tematica della presente sezione.

Ma la “risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie” è fenomeno che in tempo recente è stato accompagnato anche da zone d’ombra, per non dire da preoccupanti lati oscuri. Basta pensare al progressivo arretramento della *iurisdictio* di cui siamo stati e continuiamo essere testimoni, con il processo giudiziale che vede insidiata o addirittura erosa la sua funzione di formazione del diritto e di strumento di tutela delle situazioni giuridiche sostanziali riconosciute a singoli e formazioni sociali. “Disappearing claims and the erosion of substantive law”<sup>4</sup> è l’appassionata denuncia di una autorevole studiosa americana contro l’espansione incontrollata dell’arbitrato obbligatorio individuale tra i meccanismi di *dispute resolution* in settori vitali della vita economica e sociale di quel Paese.

Luci ed ombre dunque, che cercherò di illustrare brevemente passando in rassegna alcune esperienze significative maturate a livello nazionale all’interno di alcuni Paesi, a livello sovranazionale europeo e nella dimensione globalizzata.

## 2. *Le moderne codificazioni di diritto internazionale privato e la revisione del principio di esclusività della giurisdizione statale*

In numerosi paesi del mondo, tra cui il nostro, le moderne codificazioni in materia di diritto internazionale privato e processuale (a volte precedute da grandi ripensamenti giurisprudenziali) hanno portato ad una profonda revisione del principio o opzione culturale che voleva l’ambito della giurisdizione dello Stato tutto organizzato intorno all’idea guida che il processo di fronte alle corti nazionali fosse l’unico mezzo rilevante di composizione delle controversie, anche se caratterizzate (sotto il profilo delle parti coinvolte o dell’oggetto del contendere) da elementi di estraneità. Era un passo importante per far uscire da una situazione di sostanziale irrilevanza i processi che si svolgevano all’estero su una identica lite o su un’altra connessa con quella pendente dinanzi alla corte interna. In pari tempo, la rinuncia degli Stati all’obiettivo di trattenerne le controversie sotto l’ombrello della giurisdizione delle proprie corti, ha dischiuso importanti spazi alla libera esplicazione dell’autonomia privata rispetto alla scelta dei giudici cui conferire la giurisdizione in relazione a controversie di cui questi non avrebbero potuto altrimenti conoscere. Oggi, a conferma di questo mutamento di prospettiva in molti ordinamenti troviamo disposizioni che enunciano con chiarezza che “la giurisdizione [nazionale] può essere convenzionalmen-

---

<sup>4</sup>J.M. Glover, *Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*, 124 *Yale L.J.*, 2015, pp. 3052, 3092.

te derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero (...)”<sup>5</sup>, disposizioni che – per usare la celebre frase di una altrettanto celebre decisione della Corte Suprema americana in tema di “forum selection clauses” – riflettono la consapevolezza degli Stati che “*we cannot insist on a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts*”<sup>6</sup>.

Non meno suggestiva l’evoluzione che, sulla scia di una giurisdizione svincolata dalla sovranità e sempre più intesa come servizio di risoluzione delle controversie, ha aperto le porte ad una diversa considerazione degli effetti da riconoscere ai giudicati stranieri, liberando il loro ingresso in un altro ordinamento dal pesante pedaggio di un procedimento di delibazione, se non addirittura del riesame nel merito della controversia decisa all’estero. “*No legal judgment has any effect, of its own force, beyond the limits of the sovereignty from which its authority is derived*”<sup>7</sup>, statuiva un lontano precedente della Corte suprema americana avvertendo le parti degli ostacoli che una decisione resa da un giudice straniero può incontrare al momento in cui chiede di produrre i suoi effetti nel territorio di un diverso sovrano. La decisione pronunciata dai giudici di un altro Stato, un tempo tendenzialmente mero fatto, che lasciava il rapporto sottostante privo di una definizione rilevante per l’ordinamento di recezione, oggi, in molti sistemi giuridici, è ritenuta idonea a varcare i confini nazionali ed a produrre i suoi effetti oltre lo Stato di provenienza, senza che sia necessario adottare in tale ordinamento una soluzione conforme o analoga a quella elaborata dal giudice straniero. “La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento” stabilisce l’art. 64 della nostra legge di riforma del diritto internazionale privato, a testimonianza dell’apertura culturale di un sistema che si è liberato del pesante retaggio del principio di esclusività della giurisdizione italiana. E merita precisare che i requisiti cui si tende a subordinare il riconoscimento di sentenze straniere sono dettati da imperativi di ordine garantistico e non dalle tradizionali riserve di sovranità<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Così l’art. 4, comma 2, legge italiana n. 218/1995 di riforma del diritto internazionale privato. Il principio è accolto in molti ordinamenti moderni. E. Righetti, *La deroga alla giurisdizione*, Milano, 2002.

<sup>6</sup> La frase è tratta dalla decisione resa nel caso *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Company*, 92 S.Ct. 1907 (1972). Decisione celebre perché sancisce il tramonto della cosiddetta *ouster doctrine* a lungo difesa dalle corti americane, gelose delle loro prerogative e decise a bandire ogni forma di deroga convenzionale alla loro *jurisdiction*.

<sup>7</sup> *Hilton v. Guyot*, 16 S.Ct. 139, 140, (1896).

<sup>8</sup> Ved. l’art. 64 della legge italiana n.218 del 1998. Sull’evoluzione in materia E. D’Alessandro, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino, 2007.

### 3. *Il nuovo rapporto tra giurisdizione, sovranità e territorio nello scenario sovranazionale europeo*

Addirittura spettacolare quanto in tema di “Giustizia oltre gli Stati nazionali” è avvenuto a livello dell’ordinamento europeo<sup>9</sup>, dove l’impegno di costruire un mercato comune, inteso come “spazio senza frontiere interne”, in cui i fattori produttivi ma anche le persone possono circolare liberamente, è stato affiancato dall’impegno di abbattere le barriere erette dal diritto dei singoli Stati e dalla loro pretesa di determinare sovranamente l’ambito del proprio *imperium*. Uno strumento pattizio elaborato e concordato sin dagli anni fondanti del nuovo ordinamento (il riferimento è alla Convenzione di Bruxelles del 1968), ha modificato profondamente il tradizionale rapporto tra giurisdizione, sovranità e territorio, introducendo regole di competenza giurisdizionale che assumono simultanea ed unitaria rilevanza per l’insieme e per ciascuno dei giudici degli Stati contraenti come se disciplinassero i rapporti tra organi di uno stesso ordinamento. Queste regole, in una considerazione globale, individuano per gli organi giudiziari dislocati entro lo spazio territoriale comunitario le condizioni di sussistenza del potere-dovere decisorio secondo un criterio direttivo fondamentale, che ripudia come elemento di collegamento giurisdizionale il fattore discriminante della nazionalità, espressione del vincolo che unisce i cittadini al proprio Stato. Non solo: nell’intento di garantire l’esercizio della giurisdizione da parte dei giudici operanti nel territorio sovranazionale (comunitario) secondo canoni di “adeguatezza” e di “giustizia”, i Paesi facenti parte della nuova realtà istituzionale sono stati chiamati ad abbandonare i propri “fori esorbitanti”, un tipico prodotto ereditato dall’individualismo internazionale degli Stati e della loro pretesa di determinare, in piena autonomia e senza imposizione dall’esterno, l’ambito del proprio potere di *ius dicere*.

Non meno spettacolare il passo di tradurre il nuovo riparto comunitario della giurisdizione in un principio di riconoscimento delle equivalenze.

Una quinta libertà è stata aggiunta alle quattro previste dal Trattato istitutivo relative alla circolazione di merci, persone, servizi e capitali, aprendo le frontiere ai “prodotti giudiziari stranieri” e facendo sì che le decisioni rese in uno Stato fossero riconosciute negli altri Stati contraenti senza il necessario ricorso ad un procedimento legittimante. Resta la condizione che nell’ordinamento d’origine siano state rispettate le garanzie di un *procès équitable*. Un *filtering device* che non costituisce l’ultima trincea per le prerogative, ormai perdute, della giurisdizione statale, bensì, al contrario, la base comune su cui fondare il progressivo attenuarsi delle barriere nazionali.

Ma l’Europa del secondo dopoguerra, prima di porsi obiettivi di integrazione dei mercati e di libera circolazione dei fattori produttivi, ha avvertito il biso-

---

<sup>9</sup>Sui temi accennati di seguito ved. i saggi raccolti nel nostro “*La formazione del diritto processuale europeo*”, Torino, 2011.

gno di riaffermare la propria fede nei diritti dell'uomo e nelle libertà fondamentali e di ancorare al loro rispetto il problema della legittimazione degli Stati. L'Europa dei diritti che precede l'Europa dei mercati con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo si è munita di uno strumento costituzionale di ordine pubblico europeo; uno strumento che decreta il tramonto dell'idea che la tutela dei diritti fondamentali rientri tra gli interessi esclusivi degli Stati e debba trovare la propria collocazione nelle Costituzioni di cui essi si dotano. Nella dimensione europea, con il declino della categoria della sovranità statale, prende corpo un nuovo concetto di "sovranità condivisa" degli Stati con il Consiglio d'Europa, mentre un sistema di tutela in grado di oltrepassare i confini nazionali, grazie all'istituzione di appositi organi europei, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, contribuisce al consolidamento dei diritti fondamentali. Per espressa disposizione dell'art. 34 della Convenzione, gli Stati parti della stessa sono sottoposti automaticamente ed obbligatoriamente alla giurisdizione dell'organo sovranazionale europeo e si impegnano a non ostacolare, con nessuna misura, l'esercizio effettivo del diritto di persone fisiche, organizzazioni non governative e gruppi di privati, che ritengano di essere vittime di una violazione dei diritti da parte di uno degli Stati contraenti, di invocare l'apposito strumento di tutela previsto ed operante a livello sovranazionale.

#### 4. *La "delocalizzazione" nella dimensione globale. La non appartenenza dell'arbitrato commerciale internazionale ad una cultura territorialmente definita*

Passando alla dimensione internazionale o, forse meglio, globalizzata – probabilmente, la prospettiva privilegiata dagli organizzatori del convegno – è appena il caso di notare che vi sono non pochi fenomeni rispetto ai quali l'idea tradizionale dell'ordinamento giuridico modellato sul paradigma dello Stato-nazione come insieme stabile, compatto, completo e gerarchizzato di norme di produzione statale, ha perso di significato. Il mondo della globalizzazione economica – è stato acutamente notato – appare come una grande impresa "la quale, nella sua planetaria vastità, nel suo non conoscere né confini di patrie, né limiti di espansione, colpisce al cuore uno dei profili più antichi del diritto: la sua *territorialità*, il suo vincolo alla determinatezza dei luoghi"<sup>10</sup>. Gli affari economici e finanziari, commerciali e industriali, sono dovunque o, meglio, non hanno luogo. Il diritto che li regola, per ampi tratti, è *soft*, flessibile, variabile, di origine in larga misura contrattuale o comunque non statale. E l'auto-normazione che è propria delle relazioni sul piano sostanziale, si è spinta ad estendere

---

<sup>10</sup> N. Irti, *L'essenza tecnica del diritto (terzo dialogo con Emanuele Severino)*, in *Nichilismo giuridico*, Laterza, 2005, p. 31.

la propria sfera di autonomia anche alla fase di gestione dei conflitti, affiancando al processo giudiziario tipico, nei suoi percorsi davanti alle corti statali – che comunque e a dispetto di quanto si possa essere portati a credere, continua a “coprire” una parte assai rilevante del contenzioso transnazionale – strumenti alternativi di risoluzione delle controversie prodotte dai rapporti economici, finanziari e commerciali che caratterizzano il mercato globale<sup>11</sup>. Tra questi spicca per importanza e diffusione nelle varie parti del mondo l’arbitrato commerciale internazionale, di cui, anche in questa sede, si sono celebrati i pregi (anche se non si può trascurare che l’arbitrato abbisogna sempre, in linea generale, di un ordinamento e di un giudice che vi fornisca assistenza, anche soltanto suppletiva, e di norma vi eserciti il controllo, tanto dietro impugnazione, quanto a seguito della richiesta di riconoscimento e esecuzione del lodo).

Si parla di *delocalizzazione* dell’arbitrato per sottolineare che l’arbitrato internazionale non è radicato nell’ordinamento di un dato Paese e che le sue regole procedurali sono del tutto svincolate dalle regole del diritto processuale civile dello Stato sede. Ciò a differenza del ruolo che la legge del luogo ha nei processi di fronte alle corti statali, dove il principio della *lex fori* resta dominante anche per la gestione delle controversie di carattere transnazionale. Nell’arbitrato internazionale si rovescia anche il criterio dell’appartenenza del giudice in un principio di non appartenenza dell’arbitrato ad una cultura territorialmente definita. In questo modo esso è in grado di offrire ai suoi utenti un sistema di decisione di controversie secondo regole accettabili da parti con origini diverse, diverso radicamento culturale ma legate l’una all’altra da importanti relazioni. Non senza ragione, talvolta anche con toni entusiasti, studiosi del settore hanno individuato nell’arbitrato internazionale un meccanismo capace “of translating different legal systems and legal cultures”<sup>12</sup>; un’istituzione che si colloca “at the crossroads of the common law and civil law traditions”<sup>13</sup>; “a non-State solution where values from civil law and common law legal orders can coexist”<sup>14</sup>; “a procedural laboratory for experimentation, where new procedures can instantaneously spring to life through the signing of a contract”<sup>15</sup>.

E non mancano gli esempi che consentono di confermare queste suggestive

---

<sup>11</sup> M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, 2000; M. Taruffo, *Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1063.

<sup>12</sup> Ved. Grosswald Curran, *United States Discovery and Foreign Blocking Statutes*, 76 *Louisiana L. Rev.*, 2016, pp. 1141, 1149.

<sup>13</sup> J.H. Rubinstein, *International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions*, 5 *Chicago J.Int’l Law*, 2004, p. 303.

<sup>14</sup> A.F. Lowenfeld, *International Arbitration as Omelette: What Goes into the Mix?*, in S.N. Frommel, B.A.K. Rider, *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends*, Den Haag, 1999, pp. 19-30.

<sup>15</sup> I.S. Szalai, *A Constitutional Right to Discovery? Creating and Reinforcing Due Process Norms Through the Procedural Laboratory of Arbitration*, 15 *Pepperdine Disp.Res.L.J.*, 2015, pp. 337, 344.

immagini. Di particolare interesse a questo riguardo sono le *Rules of Evidence* elaborate per gli arbitrati internazionali dall'*International Bar Association* nel 1999 ed emendate nel 2010<sup>16</sup>. Nel Preambolo delle *Rules* si mette in evidenza l'obiettivo di predisporre un complesso di norme e regole adatte alle caratteristiche giuridiche e socio-culturali dei vari attori, parti private, rappresentanti legali ed arbitri impegnati nella gestione della controversia e di offrire loro una fonte alla quale attingere per una conduzione flessibile della procedura. Si tratta, ovviamente, di regole che devono essere accettate concordemente dalle parti in causa, oppure adottate con decisione congiunta dagli arbitri in forza dell'esercizio del loro potere regolamentare, ma proprio la fonte pattizia della loro vincolatività spinge a una soluzione di compromesso fra le discipline accolte nei diversi sistemi processuali. Il principio di elasticità, inteso come adattabilità alle esigenze del caso concreto, rappresenta uno dei tratti salienti. L'intento è di comporre le differenze, a volte assai marcate, tra i diversi sistemi processuali, ad esempio in materia di utilizzazione degli esperti e della testimonianza come pure in materia di poteri istruttori degli arbitri. Il canone enunciato dall'art. 2, par. 4 delle *IBA Evidence Rules* ricorda che “the arbitration tribunal may conduct the taking of evidence as it deems appropriate”. Particolarmente significativo, poi, l'impegno delle *Rules* di costruire un meccanismo di scambio delle informazioni, principalmente incentrato sulle prove documentali, capace di evitare le tensioni ed i conflitti cui si assiste all'interno delle controversie transnazionali davanti agli organi delle giurisdizioni statali, quando parti provenienti da ordinamenti di *civil law* si oppongono a richieste di una *discovery of documents* nello stile delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi, mentre per contendenti ed organi giudicanti dei sistemi giuridici della tradizione di *common law* è difficile accettare l'approccio adottato in materia dai sistemi processuali di *civil law*. Viene proposto un “modello” di *discovery*, in forma attenuata, che mira a consentire un ragionevole accesso ai documenti in possesso dell'avversario oltre i limiti segnati nei paesi di *civil law* dall'antiquata regola del *nemo tenetur* e che, al tempo stesso, precludendo le osteggiate *fishing expeditions*, si presenta come una “attractive option to parties wishing to avoid being the target of broad US discovery”<sup>17</sup>. Per i processi statali che hanno ad oggetto controversie caratterizzate da elementi di internazionalità, le *IBA Evidence Rules* – un “prodotto” importante della giustizia oltre lo Stato – sono una sfida che merita attenta considerazione.

---

<sup>16</sup> *Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* consultabile sul sito [www.ibanet.org](http://www.ibanet.org) Document; R. Khodykin, C. Mulcahy, *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Oxford, 2019.

<sup>17</sup> Ved. il nostro *Transnational Litigation, Access to Evidence and US Discovery: Understanding American Exceptionalism*, in *Current Topics of International Litigation*, R. Stürner, M. Kawano, Heidelberg, 2009, p. 145.

### 5. La risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie a livello nazionale ed i pericoli dell'arretramento della iurisdictio

Come ho anticipato, della giustizia oltre lo Stato o, per usare il titolo scelto per questa sessione di lavoro, della “risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie”, occorre mettere in luce anche aspetti meno suggestivi ed edificanti. Esperienze maturate a livello nazionale, a livello sovranazionale europeo e nella dimensione internazionale (o globale) ci offrono testimonianze probanti.

In molti paesi del mondo, e così anche nel nostro, in epoca recente si è guardato con convinzione, spesso con entusiasmo, ai metodi alternativi di soluzione delle controversie. La istituzione di un ampio ventaglio di procedure extragiudiziali ed alternative al processo ordinario veniva indicata come uno dei tratti qualificanti di una moderna amministrazione della giustizia<sup>18</sup>. “*Justice in many rooms*” era la suggestiva formula con cui si sottolineava l’esigenza di una differenziazione dell’offerta di giustizia, essenziale per indirizzare determinati bisogni di tutela verso strutture procedurali diverse dal processo giurisdizionale. Strutture giudicate più idonee ad assicurare le “utilità” che i singoli si ripromettono di conseguire, anche in una prospettiva di contenimento dei tempi e dei costi, e per affidare certe categorie di controversie a soggetti ed organismi estranei all’organizzazione giudiziaria meglio attrezzati a garantirne l’adeguata risoluzione secondo metodi e tecniche che non si estrinsecano nelle tipiche manifestazioni *tranchant* dello *ius dicere* statale. Particolare attenzione veniva dedicata al meccanismo della “mediazione”, nella sua qualità di percorso alimentato dal consenso delle parti, capace di fare della comunicazione e dello strumento dialogico il veicolo essenziale per valutare anche aspetti che restano estranei all’oggetto del contendere nella sua portata legale ed arrivare ad una soluzione condivisa del conflitto. Questo disegno impegnativo ed ambizioso di apertura verso l’*alternative dispute processing*, negli anni a noi più vicini, non ha mancato di evidenziare profili problematici.

Oggi il legislatore, non solo del nostro Paese, di fronte ad un costante e clamoroso grido di allarme per il sovraccarico giudiziario si preoccupa soprattutto di alleggerire il più possibile il carico giudiziario, disincentivando il naturale e tradizionale ricorso alla giustizia delle corti. Con crescente insistenza, ampie categorie di controversie, a volte anche profondamente eterogenee, attraverso percorsi *obbligatori* di mediazione, negoziazione o conciliazione vengono indirizzate verso forme e strumenti di tacitazione somministrate da soggetti ed organismi estranei all’apparato giudiziario. Emblematico l’italico Decreto legge n. 132 del 2014 che con chiarezza quasi cinica individuava gli scopi generali della propria azione di “riforma” nell’introduzione di “meccanismi deflattivi idonei a contribuire, in modo immediatamente significativo, alla riduzione dei flussi in entrata

---

<sup>18</sup> Per un vivace affresco, ved. i contributi raccolti nel volume *L’altra giustizia*, a cura di V. Varano, Milano, 2000.

(...) muovendosi nella direzione di una rilevante "de-giurisdizionalizzazione"<sup>19</sup>. Adottando come fattore propulsivo dell'opera di "rinnovamento" l'obiettivo di "liberare i tavoli dei giudici" non solo si piegano al suo servizio le aspirazioni più idealistiche un tempo al centro di una nuova concezione dell'accesso alla giustizia. Il dato più insidioso e preoccupante è che in settori sempre più numerosi del contenzioso civile, l'accento viene posto sulla composizione delle liti più che sulla tutela dei diritti<sup>20</sup>.

In un celebre saggio della metà degli anni Ottanta, Owen Fiss ci avvertiva che: "The alternative dispute resolution story makes settlement appear as a perfect substitute for judgment, (...) by trivializing the remedial dimension of a lawsuit, and also by reducing the social function of the lawsuit to one of resolving a private dispute". Esaltando il ruolo della composizione stragiudiziale delle controversie, quale strumento per rendere più efficiente il sistema, si rischia di trascurare che "the courts' job is not to maximize the ends of private parties, not simply to secure peace, but to explicate and give force to the values embodied in the authoritative texts, such as the Constitution and statutes: to interpret those values and to bring reality into accord with them"<sup>21</sup>. I diritti che un ricco apparato normativo riconosce a singoli e formazioni sociali, hanno bisogno di una copertura *giudiziale* per la loro effettiva attuazione nel tessuto dell'ordinamento. Essi non sono così assestati nel sistema da poter funzionare come naturali criteri di orientamento per la risoluzione delle liti fuori delle corti ordinarie o come ispirazione di accordi consensuali patrocinati da organismi ADR.

## 6. Better enforcement of less law? La "deregulation" come prezzo dell'ADR nella recente esperienza europea

Profili accentuatamente problematici esibisce il fenomeno "risoluzione oltre le corti ordinarie" anche nello scenario sovranazionale europeo che vede le istituzioni dell'Unione impegnate a promuovere forme di giustizia fuori dalla *iurisdictio* statale nel quadro dei mezzi di attuazione del diritto in aree vitali della vita economica e sociale. Un esempio emblematico è costituito dalla direttiva 11/2013/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori derivanti dai contratti di vendita o di servizio. L'obiettivo di predisporre *cost-efficient, expeditious and simplified procedures* nella forma della mediazione, con-

---

<sup>19</sup> Significativa anche la intestazione del decreto: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile" che fotografa ed esprime, anche sul piano linguistico, l'intendimento che muove l'opera del legislatore impegnato ad ampliare il ventaglio dei meccanismi alternativi di composizione delle liti.

<sup>20</sup> Ved. il nostro *Accesso alla giustizia e "degiurisdizionalizzazione": il tramonto del diritto al giudice e al giudizio?*, in *Dir. cost.*, 2018, pp. 37-65.

<sup>21</sup> *Against Settlement*, 93 *Yale L.J.*, 1984, p. 1085.

ciliazione ed anche dell'arbitrato privato per la soluzione di controversie individuali di modico valore, viene perseguito accettando come "contropartita" una sorta di *deregulation* in settori, pur fortemente giuridicizzati sul piano sostanziale. Per la direttiva "è opportuno che gli organismi ADR risolvano le controversie in modo equo, pratico e proporzionato sia nei confronti dei consumatori che dei professionisti sulla base di una valutazione oggettiva delle circostanze nelle quali l'istanza è presentata". Il criterio di guida per la soluzione delle liti non sono necessariamente le regole del diritto. La stessa direttiva precisa che la persona o le persone incaricate dall'organismo ADR, a svolgere i relativi compiti, devono solo avere "una comprensione generale del diritto" e non devono essere necessariamente "professionisti legali qualificati" (art. 6 para. 1, lett a). La soluzione della controversia che propongono "può essere diversa dal risultato che potrebbe essere ottenuto con la decisione di un organo giurisdizionale che applichi norme giuridiche" (art. 9 para. 2, lett. b iii). Inoltre, le soluzioni proposte, diversamente da quelle imposte in sede di composizione stragiudiziale, non sono vincolate al rispetto delle norme imperative dettate a protezione del consumatore, ovvero al rispetto delle disposizioni cui non è possibile derogare convenzionalmente in base alla legge dello Stato membro in cui il consumatore e l'operatore economico risiedono abitualmente (art. 11, comma 1, lett.a).

"*Better enforcement of less law*" si è criticamente notato da chi ha accolto il disegno operativo della direttiva con l'interrogativo se ripiegare su "*merely soft law*" sia il prezzo da pagare "*to further Europeanize consumer law*"<sup>22</sup>.

Il legislatore europeo non sembra avvertire il pericolo di un deficit di *law enforcement* affidandosi ai meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie in un settore come quello della tutela del consumatore che ha conosciuto un importante rafforzamento dei diritti sul piano sostanziale. Il contenzioso al quale la direttiva si propone di offrire un rimedio equo ed efficiente attraverso procedure di composizione stragiudiziale da attivare su iniziativa del singolo consumatore presenta, in realtà assai spesso, le caratteristiche di un contenzioso ripetitivo e di massa causato da condotte o pratiche illegali altrettanto ripetitive o di massa da parte di imprese e di operatori economici; un contenzioso, quindi, per il quale l'ottica individualistica, di natura non solo stragiudiziale, si rivela del tutto inadeguata. La strada da percorrere in questo campo, se davvero si vuole perseguire l'obiettivo declamato dal legislatore europeo di un "livello elevato di protezione del consumatore capace di garantire il corretto funzionamento del mercato interno" inteso come puntuale osservanza di una rigorosa disciplina sostanziale in materia di beni e servizi, non può essere che quella, non a caso molto osteggiata a livello politico europeo, della tutela *giudiziale* anche nella forma collettiva. Una tutela di carattere giudiziale capace non solo di offrire importanti vantaggi di razionale ed uniforme risoluzione di *individually unrecoverable claims*, ma

---

<sup>22</sup> A.H. Schulte-Noelte, *The Brave New World of EU Consumer Law – Without Consumers or Even Without Law?*, in *Journal of European Consumer & Market Law*, 2015, p. 135.

deputata a servire anche obiettivi di *private enforcement* di norme di interesse collettivo.

7. *L’esperienza statunitense in materia di arbitrati obbligatori individuali: “Disappearing claims and the erosion of substantive law”*

Allargando lo sguardo alla prospettiva comparatistica, una testimonianza forte quanto preoccupante delle zone d’ombra che accompagnano la pur spesso celebrata “risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie” ci viene offerta dalla recente esperienza statunitense.

Mi riferisco in particolare all’opera – un vero e proprio progetto politico – della Corte Suprema federale che, riscrivendo in parte rilevante oggetto ed ambito di applicazione del *Federal Arbitration Act* introdotto dal Congresso nel 1925 “to promote a framework for federal courts to support a system of private dispute resolution for commercial disputes through privately negotiated arbitration agreements between merchants”<sup>23</sup>, con una serie spettacolare di pronunce, spesso “contestate” all’interno dello stesso organo da forti e ed appassionate “dissenting opinions”, in un arco di tempo *non* breve, con rara consequenzialità, ha spazzato via gli ostacoli di matrice statale all’avanzata degli arbitrati privati obbligatori su base individuale imposti dalle grandi imprese operanti nei più vari settori della vita economica (telecomunicazioni, credito, intermediazione finanziaria, distribuzione di beni di consumo, erogazione di servizi, etc.) ai propri clienti e lavoratori attraverso lo strumento dei contratti per adesione. Clausole parte di pacchetti non negoziabili che indicano la via dell’arbitrato individuale come l’unica percorribile in caso di controversie nascenti dai relativi rapporti contrattuali, sono ritenute *valid and enforceable* senza che vengano in rilievo sensibilità per il *gap* informativo e lo squilibrio di poteri tra parti contraenti. Il ricorso forzato all’arbitrato individuale non è stato frenato nemmeno di fronte ai rimedi concessi dal legislatore federale a presidio di situazioni soggettive riconosciute in materie di forte *social policy* come quella delle *securities* e dell’antitrust. Il risultato di questo incontrollato favore per l’arbitrato privato come strumento di “risoluzione delle controversie fuori dalle corti ordinarie” può essere efficacemente descritto con il titolo-denuncia dell’importante saggio di J.M. Glover, “*Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law*”, apparso nel 2015 nel prestigioso *Yale Law Journal*. Scrive l’autrice: “while the shift from dispute resolution in courts to dispute resolution in arbitration initially undermined values and mechanisms of adjudication, the shift from public lawsuits to private arbitration now also threatens values and mechanisms of law making. Through private arbitration contracts, private parties can effectively rewrite substantive law

---

<sup>23</sup> I.S. Szalai, *Exploring the Federal Arbitration Act Through the Lens of History*, in *J. Disp. Res.*, 2016, p. 1115.

by rendering a host of legal claims mere nullities”<sup>24</sup>. Soggetti che si presentano nell’arena negoziale segnati da un’insanabile posizione di debolezza come i lavoratori, i consumatori o i piccoli investitori – questi soprattutto, per il *deficit* informativo nei riguardi di entità di gran lunga più attrezzate – si vedono preclusa la via della tutela giurisdizionale dei propri diritti riconosciuti sul piano sostanziale. Una conseguenza particolarmente drammatica nel sistema giuridico americano in quanto ciò può anche significare, e spesso significa, preclusione di quel formidabile strumento offerto dalla *class action* che nella forma della *damages class action* non solo consente di offrire tutela giurisdizionale riparatoria a vittime di illeciti di serie o di massa, ma permette anche di perseguire obiettivi di deterrenza di simili condotte oltre che di *private enforcement* di norme di interesse pubblico. Severo il giudizio di Judith Resnik: “Although hundreds of millions of consumers and employees are obliged to use arbitration as their remedy, almost none do so – rendering arbitration not a vindication but an unconstitutional evisceration of statutory and common law rights”<sup>25</sup>.

#### 8. *L’arbitrato privato nei trattati bilaterali di investimento come strumento per censurare il legittimo esercizio della funzione giudiziaria da parte dello Stato ospitante. Un esempio inquietante: la vicenda Chevron v. Ecuador*

Ma gli aspetti più inquietanti del fenomeno “risoluzione delle controversie oltre le corti ordinarie” si colgono, sicuramente, sul fronte internazionale. L’esempio grave quanto probante è rappresentato dall’arbitrato nei trattati bilaterali di investimento (Bilateral Investment Treaties)<sup>26</sup>.

I trattati in materia di investimenti esteri contengono, infatti, la cosiddetta clausola compromissoria che stabilisce le modalità di risoluzione delle eventuali controversie tra investitori e Stati ospitanti attraverso arbitrati. Il che ha dato vita ad un consistente fenomeno di giustizia arbitrale che per lo più si svolge in vari fori arbitrali, come l’*International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), previsti da appositi trattati o convenzioni. La privatizzazione del settore risulta evidente già nella scelta di affidare ad arbitri privati, piuttosto che a tribunali pubblici, un potere significativo come quello di giudicare le condotte degli Stati nei confronti degli investitori esteri. La privatizzazione emerge anche

<sup>24</sup> 124 *Yale L. J.*, 2015, p. 3053.

<sup>25</sup> J. Resnik, *Diffusing Disputes: The Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights*, 124 *Yale L. J.*, 2015, p. 2804.

<sup>26</sup> Illuminanti i due saggi di M.R. Ferrarese, *Il diritto internazionale come scenario di ridefinizione della sovranità degli Stati*, in *Stato e Mercato*, 2017, pp. 89-95; e *Il puzzle della privatizzazione giuridica e l’economia politica. Il caso degli arbitrati in materia di investimenti esteri*, Lezione magistrale tenuta all’Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli, 2017.

dalla scelta di assegnare l’iniziativa del ricorso arbitrale direttamente alle imprese investitrici invece che, ad esempio, agli Stati a cui essi appartengono. Ma quello che è più preoccupante è che attraverso l’interpretazione e l’applicazione delle clausole rilevanti dei trattati si assegna agli arbitri la possibilità di giudicare le scelte legislative e regolative degli Stati, limitando la capacità degli stessi di determinare il proprio sistema di *regulation* nei più diversi settori. Particolarmente inquietante il principio ormai radicato, sia nei trattati che nei giudizi arbitrali, che “espropriazioni” ai danni degli investitori da parte dello Stato ospitante si possono configurare non solo nella sottrazione di beni fisici, bensì anche attraverso leggi o *regulations* assunti dagli Stati che comportano una diminuzione degli introiti delle imprese investitrici. Nozioni come quella di “*undirect expropriation*” o di “*regulatory expropriation*” menzionate nei trattati sono state sviluppate, usate e consolidate ripetutamente negli arbitrati per sanzionare condotte amministrative ma anche decisioni legislative e pronunce giudiziarie degli Stati. Una regolazione a protezione dell’ambiente può incorrere così nell’accusa di aver danneggiato le industrie che abbiano realizzate un investimento in quello Stato o che producono oggetti considerati inquinanti dalla legge. La questione non è puramente simbolica perché gli arbitri possono fissare risarcimenti miliardari a carico degli Stati e lo hanno fatto in molti casi, anche colpendo economie deboli. Gli arbitrati, quindi, usati dagli investitori come strumento per farsi risarcire o per cambiare politiche da essi sgradite. Le possibilità di controllo di questo settore giuridico, potenzialmente gravido di conseguenze e riflessi sulla vita dei cittadini e dei loro diritti, sono praticamente inesistenti. Il potere degli arbitri di sindacare l’esercizio di facoltà legislative, amministrative e persino giudiziarie da parte dello Stato ospitante, comprime il potere degli Stati e sacrifica i diritti riconosciuti ai cittadini, anche quello dell’accesso alla giustizia, all’interesse degli investitori. Un esempio tra i tanti, ben noto ed ampiamente pubblicizzato, è la vicenda che ha portato alla pronuncia nel 2018 da parte del Tribunale permanente dell’arbitrato dell’Aja nel caso *Chevron contro Ecuador*<sup>27</sup>.

La vicenda nasce come *Aguinda v. Texaco*, una *class action* avviata negli anni ’90 davanti alle corti americane per danni da disastro ambientale causati dalla Texaco nel corso della ventennale attività di esplorazione petrolifera in una vasta area del Nord Est dell’Ecuador (il disastro ambientale è noto come “Chernobyl dell’Amazonia”). Dopo una lunga battaglia, nel 2002 le corti americane si dichiarano “non competenti” a conoscere dell’azione contro la propria multinazionale invocando la dottrina del “forum non conveniens”<sup>28</sup> ed indicano le corti

---

<sup>27</sup> La pronuncia presentata come *Second Partial Award between Chevron & Texaco and The Republic of Ecuador*, PCA Case NO. 2009-23 può leggersi sul sito [www.italaw.com/cases](http://www.italaw.com/cases). Per un commento D. Desierto, *The Chevron v. Ecuador August 2018 PCA Arbitral Award and the Dearth of International Environmental Remedies for Private Victims*, in *EJIL: Talk, Blog of the European Journal of International Law*, 2018.

<sup>28</sup> Ved. per la decisione di primo grado *Aguinda v. Texaco*, 850 F. Supp. 282 (S.D.N.Y. 1994) e per quella di appello, *Aguinda v. Texaco*, F. 3d 470 (2d. Cir. 2002).

dell'Ecuador come le più qualificate (“*appropriate*”) ad occuparsene, nella quasi certezza che, non diversamente da quanto è avvenuto in molti altri casi di “rimessione” di cause contro compagnie statunitensi a corti di Paesi dell'America centrale, la vicenda sarebbe “morta” lì. Invece, questa volta, la “*avoidance strategy*” non funziona. Con il supporto di avvocati americani la causa viene coltivata di fronte alle corti dell'Ecuador e, dopo un percorso non poco accidentato in cui la Chevron, che nel frattempo era subentrata alla Texaco, si difende con forza, sostenendo tra l'altro che il Patto di Riparazione stipulato nel 1995 con il governo ecuadoriano la esonerava da ogni responsabilità, sfocia, nel febbraio 2011, in una sentenza che condanna la Chevron a pagare 8,5 miliardi di dollari a titolo di risarcimento dei danni all'ambiente e alla salute delle circa 30.000 vittime del disastro ambientale<sup>29</sup>. Su impugnazione della Chevron che ritiene la decisione di primo grado frutto di corruzione e frode, la causa, in successione, giunge davanti alla corte di appello competente, alla Corte di Cassazione ed infine anche alla Corte costituzionale del Paese che tutte confermano, nella sostanza, la decisione dei giudici di merito di prima istanza con l'importo a carico della Chevron fissato in 9,5 miliardi di dollari. A questo punto la Chevron provvede a far uscire i suoi beni dall'Ecuador per sottrarli al pericolo di esecuzione della sentenza di condanna e, nello stesso tempo, chiede alle corti americane di emettere una pronuncia che ordini alle corti, in ogni parte del mondo, di non dare esecuzione alla sentenza delle corti ecuadoriane. Pronuncia, ovviamente, priva di effetti fuori dal territorio statunitense, come diventa chiaro quando varie corti, tra cui soprattutto quelle del vicino Canada (29), si mostrano disponibili a tradurre in comando operativo l'enunciato ecuadoriano (che non ritengono essere frutto di un processo “contaminato”)<sup>30</sup>. Ecco allora che entra in scena, prepotentemente,

---

<sup>29</sup> Importo da aumentare se Chevron rifiutava una “apology”. Per un resoconto dettagliato sullo svolgimento del processo, in particolare sulla fase più delicata dell'accertamento tecnico dei danni causati dalle operazioni delle compagnie americane, nonché sul percorso tecnico-argomentativo sviluppato dai giudici a supporto della sentenza di condanna (di 220 pagine) dell'11 febbraio 2011, v. K. Payne, *Aguinda v. Chevron: The Potential Rise or Fall of Mass Toxic Tort Claims Against U.S. Companies*, 46 *The Int'l Lawyer*, 2012, p. 1067 ss.

<sup>30</sup> *Chevron Corp. v. Yaiguaje* 2015 SCC 42 in cui la Corte suprema canadese affermava: “in today's globalized world and electronic age to require that a judgment creditor wait until the debtor is present or has assets in the province before a court can find that it has jurisdiction in recognition and enforcement proceedings, would be to turn a blind eye to current economic reality”. Ma poi la Corte d'appello dell'Ontario, in *Yaiguaje v. Chevron Corp.* 2018 ONCA 472 (C.A 2018) ha bloccato l'iniziativa (e la Corte suprema del Canada ha declinato di sentire il caso) applicando la “separate entity rule” per cui la sussidiaria canadese (“100%-percent owned, seventh level subsidiary) Chevron Canada Ltd. non può essere chiamata a rispondere, con i propri beni, dei debiti contratti dalla casa madre. “The principle of corporate separateness – spiega la Corte – is not a mere fiction. It is a bedrock principle of our corporate law. Thus, if a judgment debtor is a parent corporation,(...) it, and not its subsidiaries, is responsible for the debts it incurs”. Sulle conseguenze di questo orientamento in termini di “vuoto di tutela” dei diritti fondamentali delle persone ved. J. Maclean, *The Political Reality of Corporate Law: Yaiguaje v. Chevron Corporation*, in *Canada Business Law Journal*, 2020, p. 350.

l’arma dell’arbitrato del Trattato bilaterale di investimento con cui Chevron denuncia la violazione degli obblighi assunti dall’Ecuador<sup>31</sup>, in particolare asserisce di essere stata vittima di un “denial of justice” da parte dei giudici di quel Paese. L’arbitrato, il 30 agosto del 2018, porta alla già menzionata pronuncia con cui il Tribunale permanente dell’arbitrato dell’Aja ordina all’Ecuador: “as unconditional obligation of result:

(a) to take immediate steps to remove the status of enforceability from the domestic Lago Agrio Judgment as also decided by the Lago Agrio Appellate, Cassation and Constitutional Court”;

(b) “to preclude any party [ e un lungo elenco indica chi deve essere inteso come parte in questo contesto ] from enforcing any part of the Lago Agrio judgment, directly or indirectly, whether by attachment, arrest, interim injunction, execution or howsoever otherwise”.

Inoltre, il Tribunale arbitrale ha cura di “rassicurarci” che in separata sede provvederà alla: “reparation in the form of compensation from any injuries sustained [by Chevron and its affiliates] including any assessment of the amount of compensation, moral damages, indemnities, reimbursements, payments, expenses and interests”<sup>32</sup>.

L’arbitrato, dunque, come strumento (al servizio di un nuovo tipo di “ordine costituzionale transnazionale”) per “neutralizzare” gli effetti dell’esercizio di una delle funzioni sovrane dello Stato e privare le vittime di un disastro ecologico del risarcimento riconosciuto dalle proprie corti di giustizia.

---

<sup>31</sup> Arbitrato che la Repubblica dell’Ecuador aveva cercato di bloccare senza successo, ved. *Republic of Ecuador v. Chevron Corp.*, 638 F.3d, 384 (2d Cir. 2011).

<sup>32</sup> Le parti citate se leggono nella Part X, par. 10.13 che corrisponde alla p. 515 della pronuncia arbitrale in oggetto.



# I DIRITTI E I DOVERI OLTRE LO STATO

*Giuseppe Vettori*

SOMMARIO: 1. Diritti e doveri oltre lo Stato nazionale. – 2. Diritto e tecnologia: il ruolo delle Autorità Garanti. – 3. Dalla Legge sulla Privacy al Regolamento UE. – 4. Diritti patrimoniali e contratto. Gli *smart contracts*. – 5. Democrazia digitale e diritti dopo la Pandemia. L'illusorio ritorno dello Stato.

## 1. *Diritti e doveri oltre lo Stato nazionale*

Il tema esige di soffermarsi almeno su tre aspetti: l'attuale sistema delle fonti, le modalità di attuazione dei diritti nelle diverse visioni, la ricerca di criteri e strumenti per un uso corretto dei principi costituzionali e sovranazionali.

Iniziamo dal primo aspetto.

I diritti sono da sempre strumenti di espansione della democrazia contro gli eccessi del potere (privato, politico, economico) e sono forme di potenziamento delle prerogative della Persona tramite un sistema di fonti e di organi che operano a livello diverso. La scelta operata dal legislatore costituente nel 1948 è nota.

Memori del passato (che aveva consentito l'accesso legittimo al potere delle dittature) si volle creare qualcosa di diverso e di nuovo rispetto alla legalità dello Stato liberale costruendo un sistema ostile alla sovranità popolare illimitata da bilanciare con organi di garanzia come la Corte costituzionale, una magistratura indipendente e Autorità indipendenti per la vigilanza ed il controllo dei mercati. Nel 2002 la modifica del capo V della Costituzione descrive questo nuovo ordine nell'art. 117. La potestà legislativa è esercitata nel rispetto della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

L'ordinamento comunitario è costituito dalle fonti precettive dei Trattati, ma un ruolo fondamentale è stato svolto dalla Corte di Giustizia nell'assicurare "una tutela giurisdizionale effettiva" dei diritti nell'ambito delle competenze dell'Unione europea. Gli obblighi internazionali riguardano in particolare la CEDU resa effettiva dalla giurisprudenza della Corte di diritti umani di Strasburgo che ha un ruolo decisivo nella interpretazione della Convenzione e nell'attuazione dei diritti contenuti in quel testo.

Dunque, un ordine plurale da conoscere e attuare in ogni vicenda che ri-

guardi una situazione soggettiva della Persona, in ogni fase della sua vita di relazione. Un ordine che ha avuto molti meriti e molte critiche. Si è parlato dei diritti come “briscole”, con valore superiore alla volontà popolare perché inviolabili anche dalla legge ordinaria. Si ha molta diffidenza per la discrezionalità del giudice che li applica e si rifiuta una giustizia caso per caso, priva, si dice, di regole generali e astratte capaci di assicurare certezza e prevedibilità alle sentenze<sup>1</sup>.

Sono diverse, insomma, le visioni sui diritti e sul diritto che li applica. E su ciò occorre soffermarsi.

La visione normativa più recente supera l'idea dei diritti come comandi etici, non più giustificabile, e muove da presupposti diversi.

L'ordinamento costituzionale, si osserva, “è una grande costruzione a gradi” ove accanto a norme di condotta ci sono norme di organizzazione sulla produzione di altre norme. I diritti e i principi appartengono a quest'ultima categoria, sono super norme che influiscono sul contenuto di altre norme che devono recepire il giudizio di valore espresso dai diritti, appunto. Tra queste le clausole generali (buona fede) e le norme indeterminate (ordine pubblico) che sarebbero l'unico strumento a disposizione dell'interprete per attuare i diritti e i principi. Così il diritto e i diritti si attuano, secondo questa visione, solo tramite norme di grado diverso ed ogni valutazione è ricondotta alla Legge<sup>2</sup>.

Tutto ciò non convince per una serie di ragioni. Le clausole generali sono importanti non fosse altro perché si è riletto attraverso la buona fede e i principi costituzionali la disciplina del contratto e della responsabilità civile. Ma non è solo tramite queste norme in bianco o indeterminate che si possono e debbono attuare i diritti fondamentali. Basta un richiamo alla casistica che offre numerosi esempi. Ne estraggo qualcuno.

La Corte costituzionale ha iniziato la sua attività nel 1957 ed in oltre 60 anni il suo ruolo è stato fondamentale nel chiarire il valore precettivo di tutte le norme costituzionali, nell'assicurare centralità ai diritti della Persona, nel precisare i rapporti fra legislatore e giurisdizione. Sino a sollecitare la individuazione di rimedi effettivi e l'attuazione diretta, da parte dei giudici, dei diritti fondamentali e patrimoniali<sup>3</sup>. La Corte di Cassazione ha più volte dichiarato la nullità di clausole discriminatorie e limitative della libertà, applicando direttamente l'art. 2 della Costituzione. La Corte di Giustizia dell'UE ha potenziato i diritti dei consumatori e degli utenti garantiti dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali applicando le Direttive in modo integrativo e innovativo. La Corte di Strasburgo, solo negli ultimi anni, ha posto limiti ai controlli a distanza eseguiti dal dato-

---

<sup>1</sup> Mi permetto di richiamare su questa vicenda G. Vettori, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, p. 26 ss.

<sup>2</sup> M. Libertini, *Le nuove declinazioni del principio di effettività*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1079 ss.

<sup>3</sup> V. ancora G. Vettori, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 3, p. 666 ss.

re di lavoro, ha valutato e bilanciato la libertà religiosa con regole dello Stato volte a realizzare una maggiore coesione sociale, ha tutelato il lavoratore contro pratiche oppressive che possono sfociare in una riduzione in schiavitù.

Le nuove tecnologie hanno moltiplicato utilità e rischi.

Edgar Morin, uno dei più grandi sociologi del novecento giunto alla venerabile età di 97 anni, considera inquietante e distruttiva di creatività una società dominata da tecnologie e resa “ottimale e omogenea dagli algoritmi”, ma compare ogni giorno su Twitter che reputa un mezzo di riduzione della complessità tramite la scorciatoia del paradosso e la possibilità di “formulare massime e aforismi”. I matematici si interrogano sul valore dei numeri come “invenzione della mente” o “come scoperta con cui la mente accerta l’esistenza di qualcosa che è nel mondo”<sup>4</sup>. Ne esaltano la potenzialità, demonizzando casomai il dominio degli algoritmi, che si sarebbero “da tempo sbarazzati dei presupposti filosofici, etici e metafisici del calcolo”, capace secondo Platone e Aristotele di “difendere dagli eccessi del piacere e del dolore”<sup>5</sup>. I filosofi studiano da tempo l’ordine giuridico delle macchine<sup>6</sup> per interrogarsi sulla condizione presente del diritto, messo in discussione da una visione antropologica post-umana<sup>7</sup> di una persona che non esercita la sua soggettività in modo libero e creativo, ma in base all’esecuzione di programmi biologici, informatici o meccanici ove l’immutabilità giuridica “si ritiene sia retta dalla combinatoria flessibile della causalità e della causalità”<sup>8</sup>.

## 2. Diritto e tecnologia

D’altra parte, un’analisi approfondita elaborata nel 2017 dal Parlamento europeo indica come la tecnologia blockchain possa cambiare la nostra vita, in ambiti molto diversi. Dalla creazione e uso di criptovalute, all’espressione di preferenze elettorali; per conoscere e accertare la cronologia dei passaggi proprietari, o per un’efficiente gestione delle catene di approvvigionamento dei be-

<sup>4</sup> P. Zellini, *La matematica degli dei e gli algoritmi degli uomini*, Milano, 2016.

<sup>5</sup> P. Zellini, *La dittatura del calcolo*, Milano, 2018, terza e quarta di copertina, arriva a concludere che una difesa dei principi di libertà e di responsabilità non può ignorare “o rimanere estranea alla diffusione di una scienza che si ispira a un criterio di effettività e di efficienza meccanica, ultimo fondamento e pietra angolare del calcolo, ma anche causa di inevitabili pregiudizi e travisamenti”.

<sup>6</sup> A. Punzi, *L’ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D’Holbach. L’uomo macchina verso l’intelligenza artificiale*, Torino, 2003.

<sup>7</sup> R. Marchesini, *Post-human*, Torino, 2002.

<sup>8</sup> Così B. Romano, Prefazione a A. Punzi, *L’ordine giuridico delle macchine*, cit. p. IX e il suo richiamo a M. Minsky, *La società della mente*, Milano, 2001, p. 600 ss. V. ora G. Zaccaria, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 2, p. 277 ss.

ni in un mercato di circa sedici mila miliardi di fatturato; per risolvere il problema della pirateria audiovisiva o per gestire con più efficienza alcuni servizi pubblici; sino all'esecuzione automatica dei contratti mediante, appunto, una catena di blocchi che tengano conto delle circostanze criptate con codici e impulsi automatici<sup>9</sup>.

Sono chiari anche i rischi connessi all'uso di algoritmi che la letteratura<sup>10</sup> e le relazioni delle Autorità di vigilanza mettono in luce. Pochi oligopolisti (GAFAM) dominano il mercato globale e orientano le nostre vite. Sono sei le App installate da più di un milione di persone e tre imprese detengono 8 delle dieci più scaricate. Le relazioni umane più rilevanti sono trasformate in dati: Facebook ha trasformato in dati le relazioni sociali, LinkedIn quelle lavorative, Amazon la propensione agli acquisti, i gusti, la capacità di spesa. Google utilizza tutto questo insieme, tramite la profilazione e gli algoritmi<sup>11</sup>.

Le Autorità di regolazione dei mercati, nelle relazioni del 2018, pongono in luce un'attività coordinata verso uno scopo comune. Non solo la concorrenzialità dei mercati, ma il contrasto alle diseguaglianze e alle rendite di posizione che le creano in modo, a volte, smisurato.

Il Garante della privacy richiama con forza "i mutamenti generati dallo sviluppo di nuove tecnologie" e il nuovo quadro normativo europeo che tenta di porre un argine di diritti e di tutele nei confronti di fatti di grande rilievo<sup>12</sup>. La

<sup>9</sup>Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica e l'analisi approfondita a cura del Servizio Ricerca del Parlamento europeo Unità prospettiva scientifica (STOA), PE581.948, a cura di P. Boucher, S. Nascimento, M. Kritikos, *Come la tecnologia blockchain può cambiarci la vita*, febbraio 2017.

<sup>10</sup>V. fra i molti saggi M. Ainis, *Il regno dell'uriboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, p. 22 ss., 42 ss.; C. Bordoni (a cura di), *Il primato delle tecnologie. Guida per una nuova iperumanità*, Milano; S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2020, e su di esso l'ampio resoconto di P. Giordano, *No, non mi piace*, in *La lettura, Corriere della sera*, 9 febbraio 2020.

<sup>11</sup>A.M. Cardani, *Relazione annuale 2018*, Roma, 11 luglio 2018 ed *ivi* p. 21 "Facebook ha trasformato in dati le relazioni sociali, LinkedIn quelle lavorative; twitter le opinioni e gli orientamenti; Amazon le propensioni al consumo, i gusti, le capacità di spesa; Google, ragionevolmente, tutto questo, tutto insieme".

<sup>12</sup>Così A. Soro, *Proteggere i dati per governare la complessità. Discorso del Presidente. Relazione 2017*, Roma 10 luglio 2018, p. 5 ss. e a p. 7 il richiamo ad un accordo firmato da 25 governi per sancire l'Alleanza Europea per l'Intelligenza Artificiale: Gli oligopolisti che dominano la Rete Google, Amazon, Facebook e Apple (GAFA) oltre a Microsoft hanno fatturati e poteri che "consentono di orientare i comportamenti di miliardi di persone: non solo nei consumi ma anche nella più generale visione sociale e culturale", con un ruolo amplificato dalle "tecnologie *data intensive*, l'intelligenza artificiale, la *big data analytics*". Le quali limitano sempre più l'autodeterminazione, la libertà e la dignità delle persone tramite algoritmi che "analizzando le nostre attività e preferenze" ci espongono ad una "sorveglianza digitale occulta" che orienta le nostre scelte ribaltando il significato stesso di Internet, pensato come modo di accesso al mondo e divenuto sempre più "la porzione del mondo che mi conferma nelle mie idee, la rappresentazione immateriale della realtà

relazione annuale del Presidente dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato<sup>13</sup> pone in luce la grande trasformazione degli ultimi anni manifestata da

---

che mi sono costruito” (*Internet of me*). Una dittatura dell’algoritmo che incide in ogni settore “dal commerciale al giudiziario, dal lavoro alla ricerca scientifica” ed esige un contrappeso di regole e principi forniti nel Regolamento europeo e in nuovi contesti capaci di rispondere alle sfide positive ma inquietanti dell’intelligenza artificiale, ove le conseguenze del calcolo sono evidentiissime per un motivo chiaro. “Gli algoritmi non sono neutri sillogismi di calcolo, ma opinioni umane strutturate in forma matematica che, come tali, riflettono in misura più o meno rilevante, le precomprensioni di chi li progetta, rischiando di volgere la discriminazione algoritmica in discriminazione sociale”. Il caso di Cambridge Analytica che possedeva “4 o 5 mila *data point* per ogni statunitense adulto” utilizzati, fra l’altro, in “oltre duecento elezioni nel mondo”, rende l’idea di che cosa si stia parlando. E il campo di analisi può estendersi ai dati della giustizia e della sicurezza pubblica, all’informazione, al lavoro, al Telemarketing, alla Sanità, alle banche dati pubbliche ove l’attività del Garante si è cimentata.

<sup>13</sup>G. Pitruzzella, *Relazione annuale del Presidente dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Roma, 12 luglio 2018. Se la prima ha i tratti che tutti conosciamo emersi dalla crisi dei debiti sovrani delle banche e poi dell’economia reale che non ha trovato risposte sufficienti in Europa e soprattutto in Italia, gli altri due fattori caratterizzano un presente tumultuoso dalle dinamiche ancora in atto e in continua trasformazione. La rivoluzione industriale si è sviluppata con una velocità inedita (lo smartphone è diventato di uso comune dal 2007) “creando nuovi mercati, nuovi modelli di business e nuovi monopolisti con conseguenti cambiamenti strutturali” in ogni settore. A ciò si è aggiunto “il pieno sviluppo della globalizzazione che insieme agli aspetti benefici, ha favorito l’aumento delle disuguaglianze in Occidente e per converso l’emersione di nuove spinte protezionistiche”. Tutto ciò ha rotto “l’equilibrio costituzionale costruito a partire dal secondo dopoguerra grazie all’interazione tra ordine internazionale, integrazione europea e costituzioni nazionali, tra democrazia, mercato e coesione sociale”. Con il ritorno ad una prioritaria “domanda di sicurezza che sta alla base del contratto sociale”. Da qui il ruolo dell’Authority che oltre alla tradizionale attenzione verso il consumatore ha dovuto perseguire nuove attività quali in particolare “lo stimolo all’innovazione, la spinta alla modernizzazione delle strutture dell’economia per renderla più competitiva. Il contrasto alle disuguaglianze attraverso la lotta alle rendite di posizione”. Le scelte compiute hanno seguito alcuni segni tangibili di questi fenomeni. Anzitutto, una politica sanzionatoria incrementata nei numeri e nella quantità, poi il sostegno all’innovazione che è oggi essenzialmente sostegno alla rivoluzione digitale tramite specifici interventi. Primo fra tutti l’accesso ai servizi digitali lottando contro posizioni dominanti (come il caso Telecom con riguardo alla rete in rame e alla rendita di posizione che questa garantiva e il potenziamento della rete ottica che è disponibile oggi per un’ampia fascia di imprese e famiglie) o facilitando l’intreccio sempre più evidente fra reti di telecomunicazione e servizi audiovisivi on-line. Un secondo elemento di intervento ha riguardato le “piattaforme on-line che sono divenute veri e propri *gatekeeper* in grado di controllare l’accesso al mercato” (vedi Booking.com e gli interventi sulle clausole contrattuali che ostacolavano la concorrenza e i canali attivabili dagli albergatori) e la resistenza grande in Italia alle piattaforme di *sharing economy* che possono essere dannose e distruttive dei servizi tradizionali e dei lavoratori in esse collocati ma non possono essere demonizzate e necessitano di una regolazione (si pensi a *Airbnb* per i servizi turistici o a *Uber* per i tassisti). Il terzo aspetto riguarda ciò che si definisce oramai con un acronimo GAFAM che richiama i giganti di Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft e la creazione di nuovi monopoli sempre più aggressivi, ma non solo. Una nuova sfida è rappresentata dal dominio degli algoritmi “nel realizzare il coordinamento delle attività economiche, particolarmente dei prezzi, di imprese concorrenti”. Sino a possibili collusioni realizzate non più attraverso l’intesa fra le persone fisiche ma direttamente dalle macchine e dagli algoritmi. Il che renderà sempre più delicato il ruolo di controllo dell’Authority.

tre grandi fattori. La crisi economica finanziaria, la quarta rivoluzione industriale basata sulle tecnologie digitali, l'innovazione determinata dalla *digital economy*. Il Garante delle telecomunicazioni sottolinea come “*Digital single market* e *e-democracy* siano due facce speculari e complementari di un'unica visione”: un'Europa da consolidare e difendere nelle sue potenzialità economiche, politiche e sociali sempre più governate da algoritmi “tramite l'uso “dei Big Data e del machine learning” in una società che trasforma tutto in dati<sup>14</sup> “per assumere decisioni in tempo reale e compiere velocemente processi che solo pochi anni fa richiedevano tempi molto lunghi”.

Da qui il problema centrale della sicurezza contro la violazione di questi sistemi, “per assicurare trasparenza e neutralità dell'algoritmo” e per evitare il “governo eterodiretto delle opinioni pubbliche mondiali attraverso *Big data* e *data learning*” con una “strategia di attenzione all'innovazione e alle traiettorie delle nuove tecnologie dei sistemi e delle applicazioni delle comunicazioni elettroniche”<sup>15</sup>.

È evidente quali rischi e quali valori sociali e politici siano in gioco. Non solo il “pluralismo informativo e delle libertà di espressione” o “la generica tutela dei consumatori nei mercati digitali”. C'è molto di più. Tutto ciò ha rotto “l'equilibrio costituzionale costruito a partire dal secondo dopoguerra grazie all'interazione tra ordine internazionale, integrazione europea e costituzioni nazionali, tra democrazia, mercato e coesione sociale”. Con il ritorno ad una prioritaria “domanda di sicurezza che sta alla base del contratto sociale”<sup>16</sup> e dei diritti inalienabili della persona nell'economia digitale<sup>17</sup>.

Le soluzioni prospettate sono molteplici e impegnative. Il ripensamento dei classici paradigmi che non sono più idonei a regolare i nuovi fenomeni: dal controllo dei mercati, alla necessità di ripensare il contenuto e i modi di una regolazione *ex ante*. Il controllo della neutralità degli algoritmi che deve concentrarsi sulla trasparenza. L'interrogativo di fondo è se una massa così incommensurabile di Big data debba restare in un regime di proprietà privata. Da qui il rilievo crescente di una definizione di regole e principi per una democrazia digitale che rafforzi la tutela dei diritti di cittadinanza, del diritto di autore, dei diritti delle persone contro discriminazioni di ogni genere tramite i mezzi di comunicazione di massa, del bene pubblico ad un'informazione “plurale, professionale, trasparente e verificabile nelle sue fonti, autorevole e credibile quanto ai suoi contenuti”<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> A.M. Cardani, *Relazione annuale 2018*, Roma, 11 luglio 2018 ed ivi p. 21 “Facebook ha trasformato in dati le relazioni sociali, LinkedIn quelle lavorative; twitter le opinioni e gli orientamenti; Amazon le propensioni al consumo, i gusti, le capacità di spesa; Google, ragionevolmente, tutto questo, tutto insieme.

<sup>15</sup> A.M. Cardani, *op. cit.*, p. 22 ss.

<sup>16</sup> G. Petruzzella, *op. cit.*

<sup>17</sup> A.M. Cardani, *op. cit.*, p. 23.

<sup>18</sup> V. A.M. Cardani, *op. cit.*, pp. 26-27 e il richiamo alle sentenze della Corte costituzionale nn. 202 del 1976, 148 del 1981, 153 del 1987, 826 del 1988 e 112 del 1993.

Tutto ciò ha indotto le tre Autorità ad attivare e pubblicare nel 2019 un programma di 40 audizioni ove sono stati coinvolti i principali operatori dell'economia dei dati, delle telecomunicazioni, dei settori finanziari, nonché esperti ed accademici. I risultati sono confluiti in 11 Linee guida e raccomandazioni di Policy fra cui: potenziare il quadro normativo, rafforzare la cooperazione internazionale, coordinare le strategie di contrasto delle pratiche lesive, individuare nuovi strumenti di tutela con nuove e più efficienti sanzioni. Tutto ciò con una regolazione normativa, ma non solo. Fondamentale importanza viene assegnata alla giurisprudenza e all'attività di vigilanza e di controllo dei Mercati alla ricerca di nuove forme di garanzia e di attuazione dei diritti personali e patrimoniali.

### 3. Dalla legge sulla privacy al Regolamento UE (2016/679 GDPR)

Sintesi efficaci ci hanno spiegato che cosa sta accadendo con la “trappola della profilatura”, comunicata da Google il 4 dicembre 2009 e imitata da altri oligopolisti. La ripetizione delle idee e delle immagini in un ambiente chiuso e impermeabile crea un eco che incide su ogni aspetto della vita delle persone. Alcuni dati sono impressionanti. Il 74% degli abitanti del pianeta accede ad Internet, il 65% possiede uno smartphone, due milioni di utenti usano Facebook. Google detiene fra il 70 e il 90% del mercato mondiale delle ricerche on-line e possiede enormi Big data, gestiti da algoritmi che profilano e orientano la nostra vita. Ogni minuto si effettuano 900 milioni di login su Facebook, 3,5 milioni di ricerche su Google, si guardano 4,1 milioni di video su Youtube. Il 67% dei siti e delle App non rivela ai fruitori dove sono conservati i loro dati. Nel 44% dei casi i soggetti non sanno come difendersi perché non ricevono informazioni sui loro diritti. Le formule degli algoritmi sono invece protette come opere dell'ingegno e dunque sono impenetrabili. Insomma, si tratta di un potere invisibile sottratto a qualsiasi forma di controllo collettivo, mentre la democrazia implica un “rendiconto quotidiano nell'esercizio del potere”<sup>19</sup>.

Non mancano le norme<sup>20</sup> ma, anzi, l'accumulo di regole genera un paradosso: “non abbiamo mai avuto così poca privacy da quando esistono norme, garanti, garanzie per proteggere i nostri dati”. Anche se ciò dipende in gran parte dall'accelerazione tecnologica (lo smartphone diviene di uso comune nel 2007) e dai comportamenti sociali privi di resistenza quando si naviga. Si calcola che il 92% dei giovani non segua i criteri segnalati a tutela della riservatezza, il 54% solo in parte, mentre circa un terzo non li legge neppure<sup>21</sup>. Che fare?

---

<sup>19</sup> M. Ainis, *Il regno dell'Uroboro. Benvenuti nell'era della solitudine di massa*, Milano, 2018, pp. 23 ss., 28 ss., 40 ss.

<sup>20</sup> V. E. Pizzetti, L. Montuori, *Il nuovo Regolamento Data Protection e le sfide dell'innovazione digitale*, in AA.VV., *Diritti e Libertà in Internet*, a cura di T.E. Frosini, O. Pollicino, G. Alpa e M. Bassini, Firenze, 2017, p. 113.

<sup>21</sup> M. Ainis, *op. cit.*, p. 40.

I tratti di novità sono stati indicati con chiarezza. La legge ha segnato un vero cambiamento culturale e sociale sulla dignità e la libertà delle persone. Ma occorre andare oltre. “Lo sviluppo impetuoso della tecnologia, il moltiplicarsi delle grandi banche dati, l’imporsi sul mercato dei colossi della rete e dei social media, la condivisione permanente delle vite on line” hanno richiesto un aggiornamento attuato appunto con il GDPR<sup>22</sup>. Il quale crea una disciplina uniforme in Europa, stabilisce nuovi diritti, all’oblio e alla portabilità dei dati, e introduce nuovi criteri applicabili anche a Facebook e Google. Basta pensare al diritto a ricevere informazioni e al diritto all’accesso (13-15) e al divieto della profilazione dei dati sensibili (9) e alla modalità di essa in altri casi (31).

Tale documento è uno degli interventi più significativi di regolazione in Europa con un tratto specifico. Il diritto privato europeo ingloba sempre più spesso la tutela della concorrenza ed è chiamato ad essere strumento di protezione contro tecniche distorsive dei diritti e delle libertà economiche grazie alla nuova sensibilità della Scienza giuridica e al ruolo delle Authority. Tanto che si auspica una convenzione internazionale che “faccia propri, universalmente i principi del GDPR” (nel frattempo, possibilmente da migliorare) per “evitare una “balcanizzazione” normativa di internet” con la creazione di paradisi fiscali o, ancora peggio, con “l’attribuzione allo Stato di un potere di controllo dei dati personali di inquietante sapore orwelliano”<sup>23</sup>.

Non solo: la dematerializzazione dei documenti pone nuovi problemi e la disciplina attuale rafforza le tutele nei “confronti delle informazioni personali detenute dagli istituti bancari, dal servizio sanitario, dal fisco e da tutti i soggetti pubblici e privati”. Quanto ai primi è noto che dal 2001 le persone giuridiche sono sottratte al Codice privacy, ma per le persone fisiche la legge “tutela la legittima aspettativa di riservatezza, che ciascuno deve poter avere nel momento in cui richiede ed ottiene un prestito”. Quanto ai secondi il problema è ancora più delicato perché i dati sulla salute sono molto appetibili dai soggetti economici tanto da richiedere un autonomo dossier di norme specifiche<sup>24</sup>.

Certo è l’interesse, in questo quadro di luci e di ombre, del capo VIII del GDPR che individua una pluralità di tutele scandite da tre norme ove si menziona espressamente il requisito della effettività. Nell’art. 77 si dice che “salvo ogni altro ricorso giurisdizionale o amministrativo, l’interessato può proporre reclamo all’Autorità nello Stato in cui risiede oppure dove si è verificata la violazione”. Si tratta di un rimedio atipico e informale con un’ampiezza enorme.

---

<sup>22</sup>V. ora su tale importante documento e sulla sua penetrabilità G. Ghidini, D. Mancam, A. Massolo, *La Nuova civiltà digitale*, Milano, 2020, p. 108 e il richiamo alla *Comunicazione* della Commissione al Parlamento europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. *Una strategia europea per i dati*, 19 febbraio 2020, COM (2020).

<sup>23</sup>G. Ghidini, D. Mancam, A. Massolo, *La nuova civiltà digitale*, cit., p. 110 e nota 103.

<sup>24</sup>E. Quattrini, *La privacy e le nuove sfide del digitale. Intervista ad Antonello Soro*, in *garante-privacy.it*.

Tutta da sperimentare attraverso il canone dell'effettività della tutela che dovrà essere adeguata al tipo di lesione subita o temuta. Nell'art. 78 si precisa che *fatto salvo il rimedio giurisdizionale effettivo* contro la decisione dell'Autorità, quando questa non tratti il reclamo o non dia informazioni entro tre mesi, si può promuovere un'azione davanti all'Autorità Giudiziaria dello Stato in cui si trova l'Autorità di vigilanza. Nell'art. 79 si specifica, infine, che *fatto salvo il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo*, in presenza di una violazione, sarà competente l'Autorità giudiziaria ove il titolare del trattamento ha uno stabilimento o dove l'interessato risiede, tranne che il titolare sia un'Autorità pubblica.

Il richiamo all'effettività non è qui un grimaldello di matrice pretoria, ma espressione di un ordine che sino dalla Carta dell'ONU del 1948 assicura ad un interesse rilevante la massima e più adeguata tutela. Di più, è una pretesa nei confronti di molteplici soggetti: un legislatore lacunoso o astratto, un'Amministrazione indipendente che deve ricercare il rimedio più adatto alla lesione, un interprete che ha da essere capace di eliminare ogni restrizione di tutela.

Il richiamo al principio non scambia l'essere con il dovere essere, non rende giuridico un fatto che non lo è. Non esalta l'autonomia dei privati e la creatività dei giudici, ma è uno strumento che partecipa al processo di conversione del fatto in un diritto che va oltre la legge e lo Stato nazionale, per far coincidere la forma con la sostanza della tutela di diritti fondamentali della Persona. Un principio adatto a gestire situazioni complesse che sfuggono ad una regolazione minuziosa e che richiedono un test concreto di adeguatezza del mezzo di tutela misurato sulla situazione lesa.

Sicché la centralità della attuazione effettiva delle regole e la creatività dell'interprete non sono un'anomalia, ma la risposta giusta a problemi di vita complessi, messi alla prova da un'evoluzione tumultuosa.

I critici e i nostalgici di una produzione nazionale del diritto distinta, per di più, dalla sua attuazione esprimono una "professione di fede" ma appaiono davvero fuori del tempo nel riaffermare un ruolo dello Stato che da molto anni non è più in grado di affrontare problemi assoluti. Non solo nelle situazioni non patrimoniali.

#### 4. *Diritti patrimoniali e contratto*

Il legame fra diritti e contratto emerge con chiarezza, come mano visibile del diritto comunitario su aspetti essenziali. La piena informazione, il divieto di discriminazione, i principi che derivano dai Mercati regolamentati (accesso e buone pratiche), le pratiche commerciali scorrette, la salute, la sicurezza, il controllo sul contenuto del contratto. Ma tutto ciò deve ancora confrontarsi con una realtà nuova.

Se la globalizzazione dell'economia ha posto un problema di regolazione senza confini, affidato in gran parte alla *soft law*, la creazione di un Mercato unico Digitale esige ancora più attenzione, per alcune chiare ragioni. La peculiarità di questo luogo virtuale deve essere precisata. Hanno un ruolo essenziale le Politiche comunitarie, la scienza giuridica e la giurisprudenza e in tutto ciò il contratto assume un rilievo speciale. Cominciamo da qui.

È superfluo ricordare il carattere di queste relazioni prive di dialogo<sup>25</sup> e di linguaggio, mute<sup>26</sup> perché non hanno bisogno di parole per esistere<sup>27</sup>. Atti di un *homo videns* che si sostituisce ad un *homo loquens*, e non discute, non contratta, non si accorda, ma sceglie con un gesto le cose offerte. Sicché la cosa stessa “senza la mediazione della parola si pone al centro del rapporto giuridico”. Si deve invece precisare che il contratto ha due storie. Una fondata sulla parola e l'altra sull'immagine. Ma non è così. Nel mondo di Internet non scompaiono né parola né il contratto ed è stato spiegato benissimo il perché.

Il linguaggio è strumento essenziale per l'attribuzione di senso all'atto di autonomia che ha necessità di un testo. Certi linguaggi cifrati o comportamenti muti non smentiscono, ma sono una conferma di questa affermazione perché presuppongono sempre una comunicazione linguistica vera. Anche con ciò che potremo definire un metalinguaggio. Non esiste una dominazione schiacciante della tecnologia.

Il dato positivo non ha abbandonato il vecchio per il nuovo, ma ha previsto che il nuovo passi attraverso criteri di scomposizione e di ricostruzione della realtà fattuale già elaborati e consolidati da una secolare esperienza giuridica. Il contratto si conclude con il dialogo ma anche con altre sequenze o procedimenti (artt. 1326, 1327, 1333). In certi casi non c'è dialogo ma un atto reale senza nessuna fuga dal contratto. Insomma, l'atto muto deve essere ricondotto entro la teoria generale e del diritto che lo sorregge<sup>28</sup>. Resta da vedere come.

Il diritto comunitario sul contratto assume la veste di un cammino interrotto. Dopo le esaltanti speranze di un'uniformazione frutto di studi isolati e di gruppo in tutta Europa, dopo l'emanazione di proposte avanzate di normazione, tutto si è chiuso con l'abbandono del progetto, già ridotto rispetto alle attese, di un Regolamento per un diritto europeo sulla vendita<sup>29</sup>. Le prime Risoluzioni del Parlamento risalgono al 1989, 1994, 2001. Il Consiglio europeo

---

<sup>25</sup> N. Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 345 ss.

<sup>26</sup> R. Sacco, *Il diritto muto*, in *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 669 ss.

<sup>27</sup> G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, p. 171 ss.

<sup>28</sup> G. Benedetti, *op. cit.*, p. 171 ss. in part, pp. 181-184.

<sup>29</sup> Mi permetto di richiamare sul punto G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 18 ss.

aveva espresso una volontà politica unitaria già nel 1999. La Commissione con le Comunicazioni del 2001 e 2003 aveva enunciato gli obiettivi e tracciato una precisa direzione con il DCFR: affinare e armonizzare i termini, i concetti e le categorie in ogni fase e creare un corpus di regole opzionali con contenuto precettivo. Nel 2004 e 2005 si erano chiariti questi obiettivi e sollecitata l'elaborazione di un testo da pubblicare entro il 2009 sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione. Nel 2009 la fase di studio è ultimata ma sorgono subito le difficoltà più gravi. Timori sorgono nel mondo imprenditoriale per un'estensione delle protezioni al consumo. Si dubita della legittimità della UE ad emanare norme generali sul contratto. Si inizia un nuovo e più ridotto percorso. Si vara una nuova Direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori e si punta su una Proposta di regolamento per la vendita. La prima è recepita in Italia nel 2014 e nello stesso anno si abbandona il progetto di regolamento ed ogni idea di incidere sul contratto in generale, con la sola eccezione della Comunicazione del 6 maggio 2015 sul mercato unico digitale (DSM); capace di garantire la libera circolazione on line di merci, persone, servizi e capitali, in condizione di concorrenza leale, in base ad elevata protezione dei consumatori e dei dati personali.

A ben vedere in Italia l'inoltro dell'ordine ai sensi dell'art. 13, d.l. n. 70/2003 non ha comportato un nuovo procedimento di formazione del contratto (art. 51). Si sono sfumate invece alcune differenze che separano il modello di conclusione del contratto nelle ipotesi previste dagli artt. 1326, 1327 e 1335 per le esigenze della contrattazione telematica. L'inizio di esecuzione segna la conclusione del contratto. Conclusione ed esecuzione non sono fasi distinte perché è proprio la dualità dei momenti a venire meno stante la loro coincidenza. L'inizio di esecuzione non può essere revocato: è un fare e non un dichiarare. Da ciò l'oggettività. La virtualità del tempo telematico e la possibilità di eseguire in modo digitale avvicina i due modelli. L'art. 51 cod. cons. (e 13 d.l. n. 70/2003) con l'inoltro dell'ordine è riferibile all'art.1326 ma, al pari di quanto previsto nell'art. 1327, l'ordine di accettazione non può essere revocato perché è immediata la trasmissione dell'ordine e l'accettazione è incompatibile con una dichiarazione contraria. On line si può chiedere all'acquirente di ordinare, ossia accettare, ma anche di eseguire la prestazione con carta di credito. I due momenti sono prossimi e a volte contestuali. Si applica l'art. 1326 perché con il click regolato dall'art. 51 comma 2, l'esecuzione non sostituisce ma segue l'accettazione. Implica l'obbligo di pagare (v. inoltro dell'ordine). Il quadro muta con la novità normativa recente.

La Direttiva recepita con il d.l. 21 febbraio 2014, n. 21 ha riscritto gli artt. da 51 a 67 del codice di consumo. C'è un ritorno alla sottoscrizione in alcuni casi e il diritto all'informazione assume nuovi contenuti. Forma e informazione rendono più complessa la conclusione del contratto per proteggere la parte più debole. L'informazione incide anche sulla validità del contratto. Il comma 2 dell'art. 51 (novità più significativa della riforma) impone al professionista di ri-

produrre sul pulsante solo le parole “ordine con obbligo di pagamento” prevedendo che in suo difetto il consumatore non è vincolato dal contratto o dall’ordine”. Nella fase di conclusione del contratto l’attenzione non è rivolta solo alla informazione precontrattuale, al recesso, alla documentazione. Si è inciso molto sull’autonomia privata che è tutelata “come consapevole scelta delle cose”. Non solo: l’art. 51, comma 6 prevede la sottoscrizione, dando rilievo alla forma di protezione. Ma c’è qualcosa di più e di diverso.

L’intelligenza artificiale è diffusa in grandi settori dell’attività privata e pubblica, dalle piattaforme di e-commerce per acquisire e orientare la propensione agli acquisti, alla contrattazione bancaria e assicurativa sino ai servizi di assistenza.

Tutto ciò al fine di migliorare “l’efficienza delle attività e della qualità del lavoro umano, con conseguente aumento del fatturato aziendale”<sup>30</sup> e non solo. Si parla di un’alta riduzione dei costi operativi del sistema di emergenza ospedaliero, della spesa per la manutenzione degli aerei, della creazione automatizzata dei mutui<sup>31</sup>. Nella nota di aggiornamento del DEF del 2018 la blockchain è individuata come strumento prioritario per implementare lo sviluppo dell’industria 4.0, per rendere più efficiente la PA, per il riconoscimento dei titoli dei rifugiati<sup>32</sup>, per avviare un sistema equo ed efficiente del reddito di cittadinanza. Per “trasformare, insomma, il Paese in una Smart Nation, con un ruolo trainante del settore pubblico che una recente risoluzione il Parlamento UE ha richiesto di implementare tramite appunto l’AI e la blockchain”<sup>33</sup>.

In questo settore compare in modo sempre più forte il tema degli *smart contracts*<sup>34</sup> che occorre comprendere a fondo provocando nuove competenze e comportamenti sociali, che la Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sollecita, invitando la Commissione a studiare “norme di diritto civile sulla robotica”. La Risoluzione avanza solo alcune linee generali sul rispetto dei principi di autonomia e autodeterminazione, la protezione dei dati personali, la riconducibilità della responsabilità a persone fisiche che utilizzano l’AI, la

---

<sup>30</sup>G. Finocchiaro, *Il contratto nell’era dell’intelligenza artificiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, p. 441 ss. e il richiamo al *Rapporto* dell’Aspen Institute Italia, *Intelligenza artificiale come nuovo fattore di crescita*, luglio 2017.

<sup>31</sup>G. Finocchiaro, *op. cit.*, p. 443.

<sup>32</sup>P. Anastasio in *Key4biz*, 5 ottobre 2018.

<sup>33</sup>L. Garofalo, *id.*

<sup>34</sup>S. Grundmann, P. Hacker, *Digital Technology as Challenge to European Contract Law*, in *ERCL*, 2017, 13(3), pp. 255-293; D. Di Sabato, *Gli smart contracts robot che gestiscono il rischio contrattuale*, in *Cont. imp.*, 2, 2017, p. 378 ss.; C. Bompreszi, *Blockchain e assicurazione: opportunità e nuove sfide*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, 2017, p. 1 ss.; P. Cuccuru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessione sugli smart contract*, in *NGCC*, 2017, p. 107 ss.; I.A. Caggiano, *Il contratto nel mondo digitale*, in *NGCC*, 2018, p. 1152 ss.; M. Manente, *Blockchain: la pretesa di sostituire il notaio*, in *Notariato*, 2016, p. 211 ss.; C. Licini, *Il notaio dell’era digitale: riflessioni gius-economiche*, in *Notariato*, 2018, p. 143 ss.

possibilità del ricorso ad un'assicurazione obbligatoria a tutela dei terzi e di chi produce e utilizza l'automazione<sup>35</sup>.

Spunti significativi possono trarsi dalla direttiva del 2014/65/UE del 15 maggio del 2014 ove si definisce e regola la negoziazione algoritmica di strumenti finanziari. Nell'art. 4 si descrive tale contratto in presenza di un algoritmo informatizzato che determina automaticamente i parametri individuali degli ordini. Quali il se e le modalità dell'invio, i tempi, il prezzo, la quantità, le modalità della gestione di un'attività con un intervento umano minimo o nullo. Tutto mediante una tecnica algoritmica, dotata di infrastrutture volte a ridurre al minimo la latenza di rete e capace di produrre, generare, trasmettere o eseguire un ordine senza intervento umano.

La parte più significativa è dedicata ai controlli.

Le imprese che utilizzano tali tecnologie devono porre in essere controlli dei sistemi e del rischio, devono garantire il rispetto della disciplina comunitaria (in particolare il Regolamento n. 596/2014) e verificare e monitorare con continuità l'uso e la gestione. Non solo. L'impresa deve notificare l'attività alle Autorità dello Stato di origine e della sede di negoziazione, le quali vigilano, richiedono informazioni, e tutelano gli utenti. Ancora si dice che le imprese devono tener conto delle dimensioni e della natura del mercato specifico ove operano e che l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) dovrà elaborare progetti di norme tecniche di regolazione.

Sono due i tratti di questo quadro iniziale di riferimento.

La regolazione e la vigilanza dell'attività affidata ad Autorità vicine al fenomeno da regolare e una tutela individuale e collettiva da fissare con un ricorso effettivo ad una serie concorrente di Organi amministrativi e giurisdizionali.

## 5. *Democrazia digitale e diritti dopo la Pandemia. L'illusorio ritorno dello Stato*

In un tempo brevissimo l'emergenza mondiale ha determinato un mutamento radicale nella vita di tutti. Parole simbolo di un'epoca hanno perso il loro significato ordinante. La pandemia ha accelerato la fine di una narrazione planetaria sulla globalizzazione. Con effetti imprevedibili sugli assetti politici del mondo e sulla vita delle persone.

L'Unione europea ha "sospeso" la politica dell'austerità, e varato forti soluzioni condivise e comunitarie. Le restrizioni dei singoli paesi alla libertà delle persone, a tutela della salute pubblica, ha aperto una discussione sul rapporto fra la libertà personale e i suoi possibili limiti.

---

<sup>35</sup> Si veda il classico studio di G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico degli agenti software autonomi*, a cura di P. Femia, Napoli, 2019 e di P. Femia, la bella introduzione, *Soggetti responsabili e diritto civile*, p. 9 ss.

L'emergenza economica di portata epocale induce a ripensare non solo i rapporti fra individuo e comunità, ma le stesse fondamenta dei rapporti obbligatori e contrattuali che spesso non trovano più nei codici punti di riferimento adatti ai tempi. Non fosse altro perché molte di quelle norme mostrano con chiarezza la loro inadeguatezza di fronte a circostanze che sconvolgono assetti consolidati.

Credo che sia il momento di affrontare una riflessione comune *sul diritto* capace *oggi* di orientare la disciplina dei rapporti personali e patrimoniali oltre la contrapposizione fra assoluti (post-moderno e neo-realismo, legge e giudice, revisione o dissoluzione della positività del diritto). È necessario in questo momento accantonare l'impulso ad identificarsi con *un* metodo o *una* visione di parte, per aprire un dialogo costruttivo su ciò che può esprimere la più alta declinazione del ruolo e della funzione del diritto nella contemporaneità tragica e inedita di oggi.

Chi evoca i guasti di una funzione dell'interprete e demonizza il "vetero-positivismo dogmatico" propone una terza via. Il ritorno allo Stato senza il quale vi sarebbero "tensioni fortissime" e "squassamenti" epocali<sup>36</sup>. Resta da precisare quale Stato si evoca. Lo Stato, liberale, marxista, lo Stato sociale costituzionale, o qualcosa d'altro ancora? Quale idea si propone contro la "liquidità del presente", "l'eclisse della civiltà", o più realisticamente il disagio che tutti avvertiamo in un periodo molto delicato della nostra storia?

Non basta un richiamo allo Stato per risolvere i problemi della complessità in cui siamo immersi. Ed è agevole spiegare il perché.

Come ci ha spiegato bene chi ha introdotto questa riflessione (Antonio Gambaro), lo Stato esiste solo da pochi secoli. Sino al Settecento lo Stato era presente nelle città e non nelle campagne. In larghe zone del globo e in gran parte dell'Africa stenta ad affermarsi la stessa idea, mentre un diritto oltre lo Stato è sempre esistito<sup>37</sup>. Dopo la rivoluzione industriale Santi Romano ha posto in luce la crisi dello Stato moderno e Paolo Grossi ha analizzato con un'attenzione straordinaria i problemi dell'assolutismo giuridico. Le regole poi del mondo globale hanno eroso le funzioni degli Stati e centinaia o migliaia di Istituzioni globali producono diritto oltre lo Stato<sup>38</sup>. Qualcuno parla oggi di un ordine costituzionale globale, ma la *rule of law* non vige ovunque nello spazio e le decisioni emesse in presenza di un arbitrato internazionale non applicano il diritto dello Stato. Di più, nella *digital economy* non c'è un diritto dello Stato e c'è un ruolo dell'autonomia privata nella creazione di regole oltre lo Stato<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> S. Mazzamuto, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 845 ss.

<sup>37</sup> V. il classico saggio di F. Vassalli, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi in onore di Antonio Cicu*, Milano, 1951, p. 481 ss.

<sup>38</sup> V. gli studi di M.R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006; Id., *Prima Lezione di diritto globale*, Roma-Bari, 2012; Id., *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

<sup>39</sup> Si veda da ultimo il bel libro di L. Floridi, *Il verde e il blu*, Milano, 2020, p. 41 ss.

Non si può evocare lo Stato come unica fonte del diritto. Occorre almeno distinguere fra uno Stato democratico dotato di istituzioni rappresentative e poteri indipendenti, e uno Stato monopolista della forza e del potere in virtù di una sovranità popolare illimitata e di un potere politico senza pesi e contrappesi. Insomma, il diritto è ricerca di un ordine certo, ma soprattutto di equilibrio fra i poteri che lo garantiscono e di regole adeguate in ogni tempo e in ogni luogo<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> Su questo v. ora le fondamentali riflessioni di P. Grossi, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020, pp. 3 ss. e 37 ss.



## LE PUBBLICAZIONI DELLA SIRD

*Le nuove frontiere della comparazione, Atti del I Convegno Nazionale della SIRD Milano, 5-6-7 maggio 2011*, a cura di Luisa ANTONIOLLI, Gian Antonio BENACCHIO, Roberto TONIATTI, Collana “Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche”, Università degli Studi di Trento, 2012 – pp. XIII-360.

*Il modello giuridico – scientifico e legislativo – italiano fuori dell’Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD. Siena, 20-21-22 settembre 2012*, a cura di Sabrina LANNI e Pietro SIRENA, Collana “Cultura giuridica e rapporti civili”, vol. 9, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, pp. X-470.

*Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione– Atti del III Congresso Nazionale della SIRD*, a cura di Michele GRAZIADEI e Barbara POZZO, Giuffrè, Milano, 2014, pp. V-424.

*Società italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato. Rapports Nationaux Italiens /Italian National Report Au XIX Congrès International de droit comparé – 2014 / To the XIX International Congress of Comparative Law*, a cura di Antonio GAMBARO, Collana dell’Università degli Studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza – Studi di diritto privato, Giuffrè, Milano, 2014, pp. XII-892.

*Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato: atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento, 24-26 settembre 2015*, a cura di Gian Antonio BENACCHIO e Michele GRAZIADEI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 359.

*Regolare la Complessità. Giornate di studio in onore di Antonio Gambaro. Atti del V Congresso nazionale SIRD. Trapani 24-25 giugno 2016*, a cura di Michele GRAZIADEI e Mario SERIO, Giappichelli, Torino, 2017, p. 240.

*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, special issue, Italian National Reports – International Academy of Comparative Law – XX<sup>th</sup> International Congress, Fukuoka 2018*, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2018, p. 494.

*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2019 – Parte I, Nuovi percorsi di diritto comparato*, a cura di Katia FIORENZA, Editoriale Scientifica Italiana, Napoli, 2019, p. 585.







Finito di stampare nel mese di marzo 2021  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220



## **Volumi pubblicati:**

1. A. PIZZORUSSO, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, 1999, pp. XII-176.
2. A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. I. La nozione di compromettibilità*, Presentazione di G. Alpa, 1999, pp. XIV-222.
3. A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri. Studio di diritto italiano e comparato. II. Le materie non compromettibili*, 1999, pp. X-354.
4. V. BARSOTTI, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Presentazione di G. Calabresi, 1999, pp. XX-348.
5. A. SIMONI, *Una macchina risarcitoria. Regole, attori, problemi nel "modello svedese" di riparazione del danno alla persona*, Presentazione di P.H. Lindblom, 2001, pp. XXII-270.
6. S. SONELLI, *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Presentazione di F. Ferrand, 2001, pp. XXII-254.
7. *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Contributi originali di T. Andersson, I. Andolina, P. Biavati, F. Carpi, L.P. Comoglio, I. Diez-Picazo, F. Ferrand, L. Passanante, A. Puleo, A. Sperti, N. Trocker, G. Walter, A.A.S. Zuckerman, raccolti da MICHELE TARUFFO e VINCENZO VARANO, 2002, pp. X-294.
8. M. STALTERI, *Enti non profit e tutela della fiducia. Esperienza inglese e prospettive della riforma italiana*, Presentazione di G. Ponzanelli, 2002, pp. XXIV-444.
9. A. PERTICI, *Il conflitto di interessi*, 2002, pp. X-422.
10. F. REGALDO, *Le tecniche difensive nelle OPA ostili. Riflessioni comparatistiche*, Presentazione di J. Macey, 2004, pp. XIV-226.
11. L. FAVALI, *Qirād islamico, commenda medievale e strategie culturali dell'Occidente*, Presentazione di D. Forte, 2004, pp. XVIII-378.
12. B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Presentazione di L.P. Comoglio, 2004, pp. XVIII-342.
13. A. SPERTI, *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-USA sugli strumenti e le tecniche di giudizio del giudice costituzionale*, 2005, pp. X-278.

14. A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, 2005, pp. VIII-318.
15. C. SILVESTRI, *Il référé nell'esperienza giuridica francese*, Presentazione di L. Cadet, 2005, pp. XXII-314.
16. A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, 2005, pp. XX-364.
17. V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Presentazione di U. Mattei, 2005, pp. XII-196.
18. M. PAPA, *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra šarī'a, consuetudini e diritto statale*, 2006, pp. XII-388.
19. A. DE LUCA, *L'accesso alla giustizia in Inghilterra fra stato e mercato*, Presentazione di A.A.S. Zuckerman, 2007, pp. XVI-296.
20. G. ROSSI, *Illecito antitrust e tutela del consumatore*, Presentazione di M. Serio, 2009, pp. XX-316.
21. F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Presentazione di B. Bengtsson, seconda edizione, 2014, pp. XXVI-298.
22. S. SONELLI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, 2010, pp. XXII-250.
23. I. CASTELLUCCI, *Sistema Jurídico latinoamericano. Una verifica*, Presentazione di U. Mattei, 2011, pp. XVI-324.
24. A.S. BRUNO, *Constitutional fidelity. Saggio comparativo su una "figurazione" statunitense*, Presentazione di C. Fusaro, 2011, pp. 254.

### **Nuova serie:**

1. A. DE LUCA, *Una rivoluzione all'inglese. La giustizia a dieci anni dal Constitutional Reform Act*, Presentazione di V. Varano, 2016, pp. XVIII-230.
2. L. GIACOMELLI, *Ripensare l'eguaglianza. Effetti collaterali della tutela antidiscriminatoria*, Presentazione di P.G. Carozza, 2018, pp. XVI-256.
3. G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law. Un percorso di diritto comparato*, Presentazione di A. Gambaro, 2020, pp. XVIII-270.
4. G. PAILLI, *Autonomia privata e accordi sulla giurisdizione. Un'analisi comparata*, Presentazione di F. Gascón Inchausti, 2020, pp. XXVIII-404.

5. V. BARSOTTI-A. SIMONI (a cura di), *Processo e cultura giuridica. Procedure and legal culture. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, 2020, pp. XVI-360.
6. V. BARSOTTI-M. GRAZIADEI (a cura di), *Il diritto oltre lo Stato. Atti del VI Convegno Nazionale SIRD. Firenze, 25-27 ottobre 2018*, 2021, pp. VIII-216.

**Volumi di prossima pubblicazione:**

- F. MARIANI, *Il diritto degli sradicati. Vagabondi, nomadi, viaggianti, senza domicilio e senza residenza in Francia.*

