

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXXIII

**CHI RESISTE
ALLA GLOBALIZZAZIONE?**

**Globalismi, regionalismi, nazionalismi
nel diritto del XXI secolo
Atti del VII Convegno Nazionale SIRD**

a cura di
**MICHELE GRAZIADEI
MARINA TIMOTEO
ANGELA CARPI**

Bologna
University Press

SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA
CCCXXXIII

**CHI RESISTE
ALLA GLOBALIZZAZIONE?**
Globalismi, regionalismi, nazionalismi
nel diritto del XXI secolo

Atti del VII Convegno Nazionale SIRD
dedicato alla memoria di Rodolfo Sacco
Bologna, 13-15 ottobre 2022

a cura di
**MICHELE GRAZIADEI
MARINA TIMOTEO
ANGELA CARPI**

Bologna
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

I contributi presentati al convegno e raccolti nel presente volume sono stati sottoposti a *peer review*.

Fondazione Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232 882
fax (+39) 051 221 019

www.buonline.com
e-mail: info@buonline.com

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X
ISBN 979-12-5477-360-4
ISBN online 979-12-5477-361-1
DOI 10.30682/sg333

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: dicembre 2023

INDICE

PREFAZIONE <i>Michele Graziadei, Marina Timoteo, Angela Carpi</i>	VII
INTRODUZIONE <i>Marina Timoteo</i>	IX
Sovranità e mercati digitali: il ruolo del diritto della concorrenza <i>Francesco Alongi</i>	1
Tutela dei dati e IA: persona e sviluppo tecnologico nel prisma europeo e statunitense <i>Biagio Andò, Cinzia Valente</i>	13
Increasing the inclusion of the Islamic financial sector through technology <i>Jihane Benarafa</i>	29
Stato di diritto con caratteristiche cinesi. Il nuovo pensiero di Xi Jinping tra sinizzazione dell'Occidente e tradizione cinese <i>Ivan Cardillo</i>	43

Le sopravvenienze contrattuali nella <i>mixed jurisdiction</i> della Louisiana, tra rigidità del sistema e necessità di riforma. L'ipotesi della forza maggiore <i>Angela Carpi</i>	59
Vizi privati e mercati mondiali. Le regole nazionali sui giochi d'azzardo alla prova della globalizzazione <i>Nadia Coggiola</i>	77
<i>Brexit & friends</i> : chi sta dentro e chi sta fuori? L'eterno revival della nazione contro il dogma dell'uniformazione <i>Domenico di Micco</i>	93
Tutela dei diritti fondamentali ed affermazione di standard argomentativi su larga scala: il caso della proporzionalità <i>Federico Falorni</i>	107
<i>Public Trust Doctrine</i> e cambiamenti climatici: uno sguardo agli Stati Uniti e oltre <i>Stefano Fanetti</i>	121
Il Codice Civile come miraggio e baluardo difensivo dinnanzi alla globalizzazione <i>Alfredo Ferrante</i>	137
Brexit, tra sovranità nazionale e incertezza internazionale <i>Katia Fiorenza</i>	157
Resistenza alla globalizzazione nelle fondazioni <i>Andrea Fusaro</i>	171
L'impatto della globalizzazione sull'insegnamento universitario del diritto civile <i>Alberto Gianola, Domitilla Vanni</i>	179

I <i>non-fungible tokens</i> (NFTs) come oggetto di proprietà digitale (o di possesso?) <i>Massimiliano Granieri, Roberto Pardolesi</i>	199
Sovranità e sicurezza nazionale: la rottura di un'endiadi tradizionale? <i>Chiara Graziani</i>	215
<i>Climate change law e climate change litigation</i> tra diritto globale e diritto locale <i>Valentina Jacometti</i>	225
Educazione finanziaria e accesso ai servizi finanziari ed assicurativi digitali da parte di soggetti e collettività svantaggiate <i>Valentina Lunesu</i>	241
Le donne nel contenzioso climatico: è possibile individuare un filone di casi giudiziari basati sulla disuguaglianza di genere? <i>Elena Nalato</i>	257
La condivisione dei dati della ricerca in ambito medico: tra processi globalizzati ed esigenze di tutela <i>Alessandro Palmieri, Paolo Guarda</i>	275
Reciproche autonomie, bilanciate sinergie. Una riflessione epistemologica a partire dall'interazione fra saperi nella prospettiva delle corti amministrative supreme <i>Daniela Piana, Luca Verzelloni</i>	293
La società in house in Italia e in Francia: comparazione tra diversi gradi di scostamento dal modello della società di capitali <i>Pier Paolo Picarelli</i>	313

Sostenibilità nella ricerca e nello sviluppo dei medicinali per la cura delle malattie rare: i farmaci orfani <i>Giuseppe Ragucci</i>	331
<i>A nascent common law?</i> Il caso della giustizia civile climatica tra antropocene e globalizzazione giuridica <i>Lorenzo Serafinelli</i>	345
Sintetiche considerazioni sulla <i>rule of law</i> nell'esperienza giuridica inglese <i>Mario Serio</i>	361
Gli <i>stablecoins</i> come mezzi di pagamento? Tendenze globali e risposte degli ordinamenti <i>Giulia Terranova</i>	367
The extraterritorial reach of national sustainability regulations and their impact on international supply chains <i>Marco Torsello</i>	381
La dimensione privata e pubblica della tutela delle informazioni personali in Cina <i>Enrico Toti</i>	399
La lotta al cambiamento climatico nel contesto dell' <i>EU-China Comprehensive Agreement on Investment</i> <i>Barbara Verri</i>	415
LE PUBBLICAZIONI DELLA SIRD	429

PREFAZIONE

Il volume racchiude gli Atti del VII Convegno Nazionale della Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato, svoltosi presso l'Università di Bologna nei giorni 13, 14, 15 ottobre 2022.

Intorno alla domanda *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo* si sono ritrovati molti giovani studiosi (e alcuni tra noi meno giovani!). L'incontro è stato segnato dall'entusiasmo di ritrovarci nuovamente insieme, dopo il forzato intervallo imposto dalla pandemia.

Il Direttivo della nostra società scientifica ha voluto intitolare il proprio VII Convegno Nazionale alla memoria di Rodolfo Sacco, scomparso nel 2022. Il ricordo dell'opera instancabile di un uomo di genio, fondatore della SIRD, si è accompagnato alla commemorazione di Gabriele Crespi Reghizzi, già componente del direttivo della SIRD, pioniere e protagonista degli studi dedicati al diritto dei Paesi socialisti.

Cogliamo l'occasione per ringraziare qui tutti coloro che hanno preso parte all'incontro di studi di Bologna e in particolare i relatori Giorgia Giovannetti, Luciano Floridi, Luigi Lacché, Giuseppe Martinico, nonché i presidenti di sessione Gianmaria Ajani, Vittoria Barsotti, Giusella Finocchiaro, Barbara Pozzo, Guido Smorto, Arianna Vendaschi. Un ringraziamento particolare va al Prof. Romano Prodi che, nella sessione conclusiva del Convegno, ha condiviso con i partecipanti una penetrante riflessione sull'orizzonte europeo e sul-

le sfide che attendono l'Unione Europea alla luce delle più recenti tendenze della politica internazionale. Questi spunti alla discussione non si sono tradotti in contributi agli atti del Convegno, ma resta il debito di gratitudine per il ricco apporto di riflessione e di stimolo alla discussione. I lavori del convegno sono stati sostenuti e si inseriscono nel quadro del PRIN su *Decision-Making in the Age of Emergencies*, coordinato dalla Prof.ssa Arianna Vedaschi e nel quadro del PRIN 2017 *The One Belt - One Road (OBOR) Initiative: Legal Issues and Effects on the Financing and Development of Maritime and Multimodal Infrastructures by Chinese Investors in Italy*, coordinato dal Prof. Stefano Zunarelli.

Il più sentito ringraziamento va a Simona Tondelli, Prorettrice Vicaria dell'Università di Bologna e al Prof. Michele Caianiello, direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche, per l'accoglienza calorosa e generosa che ha offerto ai lavori la sede bolognese. L'accoglienza data al volume nella Collana *open access* del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Bologna è motivo di orgoglio per la SIRD.

Il Convegno di Bologna è stata anche l'occasione per procedere al rinnovo delle cariche sociali della SIRD, con l'elezione di Barbara Pozzo alla Presidenza da parte del nuovo Consiglio direttivo della SIRD composto da Vittoria Barsotti, Gian Antonio Benacchio, Katia Fiorenza, Andrea Fusaro, Michele Graziadei, Tania Groppi, Giuseppe Martinico, Massimo Papa, Barbara Pasa, Luca Passanante, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, Guido Smorto, Marina Timoteo, Mario Serio.

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).

Fin dagli esordi, 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 alle pagine 429-430 del presente volume.

Michele Graziadei e Marina Timoteo, con Angela Carpi

INTRODUZIONE

Mentre preparavo le note di apertura al nostro convegno, mi sono imbattuta in un dipinto di Johannes Vermeer, *Il geografo*, che ho scelto di mostrare come riferimento visuale per i miei saluti introduttivi.

Vermeer era fortemente attratto dalle mappe, che troviamo in moltissimi suoi dipinti. Il geografo, da questo punto di vista, è “il” dipinto di Vermeer: è un quadro in cui le mappe, la mappatura, (e un globo) sono protagonisti.

Siamo nella seconda metà del Seicento, nella tipica stanza di Vermeer, quella che ritroviamo nei suoi quadri più famosi: uno spazio chiuso in cui ci sono finestre piombate, luminose, dipinte da un’angolazione così stretta che non lascia vedere il mondo esterno. Ma il mondo esterno – qui – è tutto all’interno: c’è un mondo, anzi ci sono molti mondi, che in questo quadro stanno occupando la scena. Il geografo sta lavorando a una mappa ed è circondato di altre mappe, carte, libri; una carta marina è arrotolata alla sua destra, un’altra è appesa alla parete. Se ne vede una sezione. Si tratta delle coste europee indicate non come Nord, come all’epoca si faceva, ma come Occidente, poiché un Oriente stava entrando sempre più in scena.

In cima a un armadio sta un globo terrestre che riproduce il modello costruito di Jodocus Hondius.

Il geografo, compasso in mano, ha alzato lo sguardo ed è in un atteggiamento di sospensione, esprime una forma di spaesamento.

In un momento in cui l'Olanda espande i confini del mondo come nessun altro Paese del tempo, momento decisivo per la storia globale, il geografo di Vermeer manifesta tutta la difficoltà di chi deve uscire dai confini della propria stanza per mappare un mondo che si sta espandendo a dismisura.

Lo sguardo assorto e un po' spaesato del geografo di Vermeer ha sempre una sua attualità.

L'infittirsi della rete delle interdipendenze economiche che abbiamo chiamato globalizzazione, l'apertura conseguente di nuovi canali di produzione del diritto che si sono affiancati, intrecciati, sovrapposti ai canali dei diritti statali e internazionali, hanno risvegliato anche in noi giuristi quello sguardo. Il globo viene attraversato da nuove vie di comunicazione economica, tecnologica, giuridica che producono una grande spinta deterritorializzante e che hanno, inevitabilmente, in sé anche l'opposto germe della resistenza territoriale. È, quello dello scenario che chiamiamo globalizzazione, un tipico scenario di transizione: nel nostro andare e venire tra globale e locale, globale e nazionale, globale e regionale, sta il senso di un processo in cui è l'intrecciarsi di discontinuità e continuità che fa la storia. E questo intreccio è spesso misterioso: il vecchio e il nuovo si fronteggiano, si mescolano, si confondono, si alimentano a vicenda, a vicenda si trasformano.

La crisi del multilateralismo e delle organizzazioni internazionali – in primis il WTO, a lungo strumento di equilibrio e coordinamento per la *governance* dell'economia globale – e la frammentazione che sta investendo gli ambiti che negli ultimi decenni sono stati sede naturale dei processi globali – mercati finanziari e rete digitale – sono tipica espressione di un nuovo quadro in transizione che prende forma sotto i nostri occhi, dove però vecchie resistenze si rinnovano.

Io che osservo il mondo attraverso il filtro delle vicende cinesi ho più volte visto spostarsi il baricentro della dialettica, globale, nazionale e, da ultimo, regionale.

Nel 1988, quando le nuove regole della porta aperta agli investimenti esteri introducevano la Cina nell'anticamera della globalizzazione, la televisione cinese trasmetteva il documentario *Elegia del Fiume*, che scatenava una tempesta mediatica e sociale: il Fiu-

me Giallo, simbolo dell'identità cinese, era il confine metaforico che avrebbe tenuto la Cina al di qua di una totale assimilazione al mondo occidentale e globale. Oggi che, sempre restando sulla metafora fluviale, viviamo tutti sulla riva dello stesso "cyber-fiume", ecco comparire nuovi bastioni, come quello della sovranità digitale, le cui fondamenta sono state poste in Cina dalla legge sulla *cybersecurity* del 2017. Ma anche da questa parte del continente euroasiatico, nella nostra Europa, la sovranità digitale è divenuta protagonista di processi normativi che mirano a proteggere la sfera europea, segnata da una nota debolezza, sul fronte tecnologico e dei sistemi di comunicazione digitale.

E che dire dei bastioni eretti da nuove iniziative di regionalizzazione commerciale in Asia orientale, nel quadro dell'approccio che gli studi sulla globalizzazione economica chiamano di *friendshoring* (ossia rilocalizzazione dei processi produttivi e commerciali in Paesi "amici")? Qui un caso che andrà attentamente seguito è quello del Partenariato Economico Globale Regionale che oltre ai 10 stati dell'ASEAN ha incluso anche Cina, Giappone, Corea. Questo accordo, entrato in vigore il primo gennaio del 2022, prevede fra l'altro, una sezione sulla proprietà intellettuale che compete, e supera, in certa misura, la disciplina e il regime di tutela previsto dai TRIPS.

Dunque, a proposito dei processi in atto di deglobalizzazione e ri-globalizzazione, c'è grande confusione sotto il Cielo, avrebbe detto Mao Zedong. La situazione è eccellente, avrebbe poi aggiunto.

Oggi, nel nostro convegno, guardiamo alle tante facce del mondo giuridico – globale e non – in cui viviamo. E lo facciamo seguendo la *lucerna iuris*, consentitemi questa citazione nella nostra Alma Mater, del grande Maestro alla cui memoria questo convegno è dedicato: Rodolfo Sacco. Grazie Rodolfo per averci illuminato, riconosciuto, sostenuto. Grazie a tutti voi per essere qui e buon lavoro.

Marina Timoteo

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

SOVRANITÀ E MERCATI DIGITALI: IL RUOLO DEL DIRITTO DELLA CONCORRENZA

*Francesco Alongi**

1. *Sovranità digitale e diritto della concorrenza in Europa ed in Cina*

Il termine “sovrani ta digitale”   utilizzato, soprattutto in Europa, per descrivere la capacit  di entit  statali di operare in modo autonomo ed indipendente nella sfera digitale. Tale termine   stato applicato tanto a misure “protettive” volte a tutelare le dinamiche concorrenziali sui mercati digitali e a regolamentare la raccolta ed il trattamento dei dati personali, quanto a strategie c.d. “offensive” volte a promuovere lo sviluppo tecnologico e l’innovazione digitale¹.

Nel febbraio 2020, Ursula von der Leyen, Presidente della Commissione europea, ha invocato la nozione di sovrani ta digitale con

* Dottore di ricerca, Universit  degli Studi di Milano. Le opinioni espresse nel presente contributo sono esclusivamente riconducibili all’autore e non riflettono necessariamente la posizione ufficiale di alcuna istituzione, societ  o organizzazione con la quale l’autore abbia collaborato.

¹ «[D]igital sovereignty’ refers to Europe’s ability to act independently in the digital world and should be understood in terms of both protective mechanisms and offensive tools to foster digital innovation (including in cooperation with non-EU companies)», T.A. MADIEGA, *Digital Sovereignty for Europe*, Parlamento europeo, 2020, consultabile all’URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI\(2020\)651992_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651992/EPRS_BRI(2020)651992_EN.pdf) (ultimo accesso: 29 aprile 2023). Sul punto, si veda inoltre H. ROBERTS, J. COWLS, F. CASOLARI, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Safeguarding European values with digital sovereignty: an analysis of statements and policies*, in *Internet Policy Review*, 2021, vol. 10, n. 3.

riferimento ad una serie di politiche volte ad assicurare all'Unione europea un ruolo guida nello sviluppo delle tecnologie digitali².

L'attività di *enforcement* del diritto della concorrenza nell'Unione europea – tanto quella della Commissione europea, quanto quella delle autorità di concorrenza nazionali – e la giurisprudenza antitrust hanno negli ultimi anni assunto una posizione centrale nella regolamentazione dei mercati digitali e dunque nell'affermazione della sovranità digitale reclamata dall'Unione e dagli Stati membri. Autorità giurisdizionali e autorità di concorrenza hanno infatti dovuto rimettere in discussione i criteri e gli strumenti analitici tradizionalmente utilizzati per definire mercati e potere di mercato e sono state chiamate ad esaminare nuove fattispecie di condotte potenzialmente anticoncorrenziali.

Inoltre, l'applicazione delle regole di concorrenza a mercati nei quali la raccolta ed il trattamento di dati personali svolgono un ruolo centrale ha portato all'attenzione delle corti europee la questione dell'interfaccia fra il diritto della concorrenza e la normativa europea in materia di protezione dei dati personali³ (ed in particolare la *General Data Protection Regulation*⁴, una normativa giudicata pionieristica a livello mondiale e che svolge un ruolo chiave nell'affermazione della sovranità digitale dell'Unione europea⁵).

Il legislatore europeo è inoltre intervenuto con l'adozione, nel settembre 2022, del cosiddetto *Digital Markets Act* (o DMA)⁶: una disciplina volta alla regolamentazione *ex ante* delle piattaforme di

² U. VON DER LEYEN, *State of the Union Address at the European Parliament*, 16 settembre 2020, consultabile all'URL: https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH_20_1655 (ultimo accesso: 29 aprile 2023).

³ Si vedano ad esempio le Conclusioni dell'Avvocato Generale A. RANTOS del 20 settembre 2022 nella Causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. et al. c. Bundeskartellamt*, ECLI:EU:C: 2022:704.

⁴ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁵ M. VELLIET, *Digital Sovereignty: European Policies, American Dilemmas*, in *Notes de l'Ifri*, Paris, Ifri, 2023.

⁶ Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

gitali, che va ad integrare e a supportare la regolamentazione *ex post* operata attraverso l'*enforcement* del divieto di intese anticoncorrenziali (ex art. 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e del divieto di abuso di posizione dominante (ex art. 102 TFUE)⁷.

Il DMA attribuisce alla Commissione europea il potere di esaminare la condotta delle cosiddette imprese *gatekeeper*, vale a dire delle imprese che forniscono «servizi di piattaforma di base»⁸. Ai sensi del DMA, un'impresa è «designata come *gatekeeper* se [...] ha un impatto significativo sul mercato interno; [...] fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (gateway) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali; e [...] detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro»⁹.

Il DMA pone in capo alle imprese *gatekeeper* una serie di obblighi, quali ad esempio quelli di: (i) consentire «anche a livello tecnico, agli utenti finali di disinstallare con facilità qualsiasi applicazione software presente nel sistema operativo del *gatekeeper*, fatta salva la possibilità per tale *gatekeeper* di limitare tale disinstallazione in relazione alle applicazioni software essenziali per il funzionamento del sistema operativo o del dispositivo [...]» (art. 6.3); (ii) consentire «l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni software o di negozi di applicazioni software di terzi che utilizzano il suo sistema opera-

⁷ In un comunicato stampa della Commissione europea si legge che uno degli obiettivi del *Digital Markets Act* è quello di minimizzare gli effetti strutturali delle pratiche scorrette *ex ante*, senza tuttavia limitare la possibilità di intervenire *ex post* sulla base della normativa antitrust (Commissione europea, *Questions and answers: digital markets act: ensuring fair and open digital markets*, 31 ottobre 2022).

⁸ Art. 2, Regolamento (UE) 2022/1925 cit. Ai sensi dello stesso articolo del DMA, costituiscono «servizi di piattaforma di base»: «a) servizi di intermediazione online; b) motori di ricerca online; c) servizi di social network online; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) browser web; h) assistenti virtuali; i) servizi di cloud computing; j) servizi pubblicitari online, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i)».

⁹ Art. 3, Regolamento (UE) 2022/1925 cit.

tivo o che sono interoperabili con esso» (art. 6.4); (iii) non riservare un trattamento più favorevole – «in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e *crawling*» – ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi ed assicurare al contrario «condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento» (art. 6.5); (iv) consentire «a titolo gratuito, ai fornitori di servizi e ai fornitori di hardware l'effettiva interoperabilità [...] con le stesse componenti hardware e software che sono disponibili per i servizi o l'hardware forniti dal *gatekeeper* e alle quali si accede o che sono controllate tramite il sistema operativo o l'assistente virtuale» del *gatekeeper*; e (v) fornire a «inserzionisti ed editori [...] l'accesso ai propri strumenti di misurazione delle prestazioni e i dati necessari [...] affinché possano effettuare una verifica indipendente dell'offerta di spazio pubblicitario, compresi dati aggregati e non aggregati» (art. 6.8).

Sul rispetto delle norme contenute nel DMA vigila la Commissione europea (art. 29), alla quale è attribuito il potere di irrogare sanzioni pecuniarie che possono raggiungere il 10% del fatturato totale realizzato dal *gatekeeper* a livello mondiale (art. 30).

Anche nella Repubblica Popolare Cinese l'attività di *enforcement* antitrust costituisce un importante strumento di affermazione di sovranità digitale. Il caso *Alibaba*¹⁰ è stato infatti accolto come un segnale del rinnovato interesse dell'autorità antitrust (e più in generale dalle autorità cinesi) nei confronti dei mercati digitali. Come più ampiamente illustrato nel prosieguo, anche le autorità e le corti cinesi hanno inoltre dovuto adattare gli strumenti analitici del diritto della concorrenza alla realtà dei mercati digitali.

Tuttavia, con riguardo alla regolamentazione delle piattaforme digitali le autorità cinesi hanno optato per un approccio assai diverso dall'approccio *ex post* che caratterizza il DMA.

Nel febbraio 2021, la State Administration for Market Regulation (SAMR) cinese ha infatti pubblicato delle *Anti-monopoly Guidelines for the Platform Economy*. Tali linee guida non introducono nuovi obblighi per le piattaforme, né nuovi meccanismi di controllo,

¹⁰ State Administration for Market Regulation, *Alibaba Group Holding Ltd*, n. 28 del 10 aprile 2021.

ma si limitano a segnalare quelle che saranno le priorità di *enforcement* della SAMR e a fornire indicazioni ai gestori delle piattaforme digitali sulle misure da adottare per assicurare il rispetto della normativa antitrust.

In particolare, le *Anti-monopoly Guidelines* enfatizzano la necessità di tenere conto dei dati controllati da un'impresa ai fini della quantificazione del suo potere di mercato e sottolineano che gli algoritmi non possono essere utilizzati per facilitare accordi anticoncorrenziali orizzontali (i.e. fra imprese concorrenti, operanti su uno stesso livello di una filiera) o verticali (i.e. fra imprese operanti su livelli diversi di una filiera)¹¹.

Nel prosieguo, si esamineranno – in prospettiva comparata – i modi in cui la casistica amministrativa e la giurisprudenza europee e cinesi hanno cercato di applicare categorie e strumenti di analisi tradizionali del diritto antitrust alla regolamentazione dei mercati digitali.

2. *La definizione del mercato rilevante*

Come chiarito dalla Commissione europea, «la definizione del mercato costituisce uno strumento per individuare e definire l'ambito nel quale le imprese sono in concorrenza tra loro» ed il contesto nel quale trovano applicazione le norme sulla concorrenza¹². La definizione del mercato rilevante – sia sotto il profilo del prodotto che sotto il profilo geografico¹³ – è necessaria per «calcolare quote di mercato che forniscano informazioni significative sul potere di mercato» delle imprese interessate¹⁴.

¹¹ N. YEUNG, H. LIU, *Regulating Digital: China's First Antitrust Guidelines for Internet Platforms*, Slaughter & May, 10 marzo 2021, consultabile all'URL: <https://my.slaughterandmay.com/insights/briefings/regulating-digital-chinas-first-antitrust-guidelines-for-internet-platforms> (ultimo accesso: 29 aprile 2023).

¹² Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (97/C 372/03), § 2.

¹³ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante, cit. § 9.

¹⁴ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante, cit. § 2.

I criteri tradizionali utilizzati per la definizione del mercato rilevante (e.g. il test di sostituibilità utilizzato per l'individuazione del mercato del prodotto)¹⁵ sono stati elaborati dalla casistica e dalla giurisprudenza sulla base delle caratteristiche di mercati "statici". Tuttavia, i mercati digitali tendono ad evolversi molto rapidamente e sono spesso caratterizzati da una maggiore complessità e da significative externalità di rete¹⁶.

Inoltre, la sfera digitale è caratterizzata dalla presenza di *multi-sided platforms* – vale a dire piattaforme digitali che offrono ad alcuni gruppi di utenti i benefici derivanti dalla partecipazione alla piattaforma di altri gruppi di utenti¹⁷ – e da *zero-price markets* – i.e. mercati in cui non viene versato un prezzo monetario quale corrispettivo per i servizi ricevuti, ma vengono utilizzati quale *currency* i dati forniti dagli utenti non-paganti o la loro "attenzione"¹⁸.

Il Tribunale dell'Unione europea ha osservato che «in presenza di un "ecosistema" digitale, che riunisce e fa interagire all'interno di una piattaforma diverse categorie di fornitori, di clienti e di consumatori, i prodotti o i servizi che fanno parte dei mercati rilevanti che compongono tale ecosistema possono sovrapporsi o essere collegati gli uni agli altri in considerazione della loro complementarità orizzontale o verticale. Considerati congiuntamente, tali mercati rilevanti possono anche avere una dimensione globale in considerazione del sistema che ne riunisce le componenti e degli eventuali vincoli concorrenziali in azione nell'ambito di tale sistema o provenienti da

¹⁵ Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante, § 7. Si veda inoltre A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law. Texts, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press, VII ed., 2019.

¹⁶ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, 2019, consultabile all'URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en> (ultimo accesso: 10 gennaio 2023).

¹⁷ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit. «[...] In two-sided platforms, two distinct user groups interact. At least for one of these user groups, the value obtained from the platform depends on the number of users of the other class. General search services and online search advertising constitute the two sides of a general search engine platform» (Commissione europea, provvedimento finale nel caso AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, del 27 giugno 2017, § 159).

¹⁸ T. WU, *The Attention Merchants. The epic scramble to get inside our heads*, Knopf, 2016. Si veda inoltre Commissione europea, AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 27 giugno 2017, § 158.

altri sistemi»¹⁹. Inoltre, nel novembre 2022 la Commissione ha sottoposto a pubblica consultazione la bozza della nuova Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, nella quale si legge che «in talune circostanze, gli ecosistemi digitali possono essere considerati come costituiti da un prodotto principale e da diversi prodotti secondari (digitali) il cui consumo è collegato al prodotto principale, ad esempio, tramite collegamenti tecnologici o l'interoperabilità»²⁰.

A fronte dell'estrema complessità di tali mercati, la Commissione europea ha riconosciuto che nella sfera digitale potrebbe essere opportuno ridimensionare l'importanza della definizione del mercato e spostare l'enfasi sulle condotte anticoncorrenziali oggetto di analisi²¹.

Le limitazioni degli strumenti analitici tradizionalmente impiegati per definire il mercato rilevante sono state evidenziate anche dalla giurisprudenza e dalla casistica antitrust cinesi.

Nella sentenza emessa nella causa *Quihoo 360 c. Tencent*²² – una controversia che ha coinvolto due delle più importanti imprese digitali cinesi e che ha avuto ad oggetto un presunto abuso di posizione dominante – la Corte Suprema del Popolo ha infatti rilevato che la definizione del mercato rilevante non costituisce un passaggio indispensabile dell'accertamento di un'infrazione della normativa sulla concorrenza. Inoltre, tanto la Corte Suprema del Popolo²³ quanto la SAMR²⁴ hanno messo in dubbio l'utilità, ai fini della definizione dei mercati digitali, dello SSNIP test: uno degli strumenti di analisi tradizionalmente utilizzati per determinare la sostituibilità di prodotti diversi²⁵.

¹⁹ Tribunale UE, sentenza nel caso T-604/18 *Google and Alphabet c. Commissione europea (Google Android)*, del 14 settembre 2022, § 116.

²⁰ Commissione europea, Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, draft, 2022, § 103.

²¹ Commissione europea, *Competition policy for the digital era*, cit.

²² Corte Suprema del Popolo della Repubblica Popolare Cinese, causa *Quihoo c. Tencent*, sentenza del 16 ottobre 2014.

²³ Corte Suprema del Popolo della Repubblica Popolare Cinese, causa *Quihoo c. Tencent*, cit.

²⁴ SAMR, *Alibaba Group Holding Ltd*, cit.

²⁵ Il cosiddetto "SSNIP" test si basa sull'osservazione delle reazioni dei clienti ad un piccolo ma significativo e non-transitorio aumento del prezzo del prodotto

3. *Il potere di mercato*

La Commissione europea ha chiarito che il potere di mercato deve essere misurato tenendo conto: (i) della posizione di mercato dell'impresa interessata e dei suoi concorrenti, in merito alla quale una prima indicazione utile è fornita dalle quote di mercato; (ii) delle barriere all'espansione e all'ingresso sul mercato; e (iii) del potere contrattuale dell'acquirente²⁶.

Nella citata bozza della nuova Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante, la stessa Commissione afferma tuttavia che a seconda del settore interessato, oltre alle vendite, «ulteriori parametri possono offrire informazioni supplementari o maggiormente utili ai fini della determinazione delle quote di mercato [quali] numero di utenti (attivi), il numero di visite [...] il numero di scaricamenti e aggiornamenti, il numero di interazioni o il volume o il valore delle operazioni concluse su una piattaforma [digitale] (in particolare quando l'accesso ai prodotti è fornito principalmente a titolo gratuito, come può avvenire ad esempio nei mercati digitali, o più in generale nel caso di piattaforme multi-sided)»²⁷.

Inoltre, tanto la giurisprudenza UE quanto la prassi decisionale della Commissione europea hanno messo in dubbio l'utilità delle quote di mercato quale indicatore dell'effettivo potere di mercato di un'impresa attiva in mercati dinamici e caratterizzati da rapidi cicli di innovazione²⁸.

(«small but significant, non-transitory increase in price»). Con riguardo alla casistica cinese su tale test, si veda S. MARCO COLINO, *The case against Alibaba in China and its wider policy repercussions*, in *Journal of Antitrust Enforcement*, marzo 2022, vol. 10, n. 1, pp. 217-229.

²⁶ Commissione europea, Orientamenti sulle priorità nell'applicazione dell'art. [102 TFUE] a comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti, 2009/C 45/02, §§ 12-13. Si veda sul punto anche A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law. Texts, Cases, and Materials*, cit., p. 332.

²⁷ Commissione europea, Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto dell'Unione in materia di concorrenza, cit., § 107.

²⁸ Tribunale UE, sentenza nella causa T-79/12 - *Cisco Systems*, 11 dicembre 2013; Commissione europea, M.8788 - *Apple/Shazam*, 6 settembre 2018, § 162.

Il Tribunale UE ha in particolare rilevato che nei «mercati rientranti [...] nell'economia digitale [...] parametri tradizionali come [...] la quota di mercato dell'impresa interessata possono avere un'importanza minore rispetto ai mercati classici, paragonati ad altre variabili come l'innovazione, l'accesso ai dati, gli aspetti multifaccia, il comportamento degli utenti o gli effetti di rete»²⁹.

Con riferimento alla Cina, si segnala invece che, in base alle *Anti-monopoly Guidelines* adottate dalla SAMR, ai fini della valutazione del potere di mercato di un'impresa attiva su mercati digitali è necessario tenere in considerazione anche la quantità e la natura dei *set* di dati controllati da tale impresa³⁰. Inoltre, nella citata pronuncia *Quihoo 360 c. Tencent*, la Corte Suprema del Popolo ha riconosciuto le limitazioni della quota di mercato quale indicatore del potere di mercato e ha fondato la sua analisi su una serie di strumenti di analisi, quali le risorse economiche di Tencent ed i rapporti di dipendenza economica tra tale impresa ed altri operatori.

4. *Abuso di posizione dominante e theories of harm*

Come noto, l'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea proibisce alle imprese che detengono una posizione dominante su un mercato di abusare di tale posizione (ad esempio attraverso l'attuazione di condotte escludenti o di sfruttamento). La giurisprudenza europea ha definito la posizione dominante una «posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione, ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori»³¹.

²⁹ Tribunale UE, sentenza nella causa T-604/18 - *Google and Alphabet c. Commissione europea (Google Android)*, cit., § 115.

³⁰ N. YEUNG, H. LIU, *Regulating Digital: China's First Antitrust Guidelines for Internet Platforms*, cit.

³¹ Corte di Giustizia UE, sentenza nella causa 27/76 - *United Brands*, del 14 febbraio 1978, § 65.

Un simile divieto è previsto dall'art. 22 della *Anti-Monopoly Law* della Repubblica Popolare Cinese.

La casistica antitrust europea ha individuato alcune fattispecie di abuso e *theories of harm*³² che acquistano particolare rilevanza nella sfera digitale, quali ad esempio: (i) l'applicazione di *unfair trading conditions* ai servizi di pubblicità online di imprese concorrenti³³; (ii) il *tying/bundling* di prodotti e servizi diversi³⁴; e (iii) il c.d. *self-preferencing*³⁵. Inoltre, la Corte di Giustizia è stata di recente chiamata a pronunciarsi sulla configurabilità della “libertà” del consenso al trattamento dei dati prestatato all'impresa dominante e sulla legittimità ed opportunità di interpretare – in via incidentale, nel quadro dell'accertamento di una violazione della normativa antitrust – «norme non contemplate dal diritto della concorrenza, come quelle del [GDPR]»³⁶.

In Cina, il legislatore è invece intervenuto nel 2022 per introdurre all'art. 22.2 dell'*Anti-Monopoly Law* un esplicito divieto di utilizzare dati, algoritmi e regole di utilizzo di piattaforme digitali per porre in essere abusi di posizione dominante. Tale intervento – che non ha in alcun modo ampliato l'ambito di applicazione del divieto di abuso di posizione dominante, dato che tali fattispecie rientravano già pacificamente in tale divieto – è stato visto come una dichiarazione programmatica di quelle che saranno in futuro le priorità dell'attività di *enforcement* antitrust nella Repubblica Popolare Cinese.

Inoltre, il provvedimento emesso nell'aprile 2021 nel caso *Alibaba* – con il quale la SAMR ha imputato ad uno dei principali ope-

³² L'espressione *theory of harm* si utilizza con riferimento alla descrizione analitica delle ragioni per le quali una determinata condotta dovrebbe essere considerata anticompetitiva (cfr. A. JONES, B. SUFRIN, N. DUNNE, *EU Competition Law. Texts, Cases, and Materials*, cit., p. 55).

³³ Una simile fattispecie è stata ipotizzata dalla Commissione europea nella comunicazione delle risultanze istruttorie (*Statement of Objections*) notificata nel dicembre 2022 nel quadro dell'istruttoria AT.40684 – *Meta* (già *Facebook*) *Marketplace* (tuttora in corso).

³⁴ Commissione europea AT.40684 – *Meta* (già *Facebook*) *Marketplace*; AT.40099 – *Google Android* del 18 luglio 2018 (successivamente impugnata da Google).

³⁵ AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 27 giugno 2017.

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale A. RANTOS del 20 settembre 2022 nella Causa C-252/21, *Meta Platforms Inc. et al. c. Bundeskartellamt*, cit.

ratori digitali cinesi un presunto abuso di posizione dominante ed ha irrogato una sanzione pecuniaria senza precedenti, pari a circa 2,4 miliardi di Euro – è stato visto come una conferma dell'importanza attribuita dalle autorità cinesi alla regolamentazione dei mercati digitali. Secondo la SAMR, Alibaba avrebbe abusato la propria posizione dominante impedendo ai *merchants* operanti sulla sua piattaforma di utilizzare anche piattaforme rivali³⁷.

5. Concertazione algoritmica ed imputabilità della condotta

Il dibattito dottrinale e l'attenzione di legislatori ed autorità di concorrenza – tanto in Cina quanto nell'Unione europea – si sono inoltre concentrati sulle possibili implicazioni dell'utilizzo di intelligenza artificiale ed algoritmi per la determinazione delle politiche commerciali delle imprese.

In Cina, il legislatore ha di recente introdotto all'art. 9 della *Anti-Monopoly Law* un esplicito divieto di attuazione di intese anticoncorrenziali attraverso l'uso di algoritmi. Anche in questo caso, tale previsione non ha ampliato l'ambito di applicazione del preesistente divieto di accordi anticoncorrenziali, ma sembrerebbe avere valore meramente programmatico.

Inoltre, le autorità di concorrenza di Germania e Francia hanno pubblicato nel 2019 uno studio dal titolo *Algorithms and Competition*, nel quale hanno tracciato una distinzione fra concertazione attuata attraverso gli algoritmi (o *at code level*) e concertazione attuata attraverso la condivisione degli input con i quali sono alimentati gli algoritmi (o *at data level*)³⁸. Mentre nella concertazione *at data level* l'allineamento delle condotte commerciali sarebbe determinato dall'utilizzo di uno stesso *dataset* o dall'impiego di un algoritmo quale *hub* per lo scambio di informazioni, nella concertazione *at co-*

³⁷ SAMR, *Alibaba Group Holding Ltd*, cit.

³⁸ Autorité de la Concurrence – Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, novembre 2019, consultabile all'URL: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf;jsessionid=0D58287224552610055F2EA4E83EE954.1_cid381?__blob=publicationFile&v=5 (ultimo accesso: 12 novembre 2022).

de level l'allineamento delle condotte commerciali sarebbe determinato dall'utilizzo di algoritmi simili o addirittura dall'affidamento di decisioni strategiche a degli algoritmi.

Tuttavia, in presenza di una concertazione "tacita" effettuata affidando ad algoritmi o a AI la definizione delle strategie commerciali, l'accertamento della sussistenza di una "comune volontà" delle imprese coinvolte³⁹ e l'imputazione delle condotte anticoncorrenziali a tali imprese presenterebbero delle difficoltà mai affrontate dalla giurisprudenza o dalla casistica antitrust fino ad oggi.

³⁹ Tribunale UE, sentenza nella causa T-41/96 – *Bayer AG c. Commissione europea*, del 26 ottobre 2000.

TUTELA DEI DATI E IA: PERSONA E SVILUPPO TECNOLOGICO NEL PRISMA EUROPEO E STATUNITENSE*

*Biagio Andò***
*Cinzia Valente****

1. *Introduzione*

Il proliferare di strumenti informatici invasivi della sfera personale che definiscono l'identità digitale dell'individuo ha imposto con sempre maggiore urgenza la ricerca di mezzi efficaci di tutela dei suoi diritti in grado di assicurarne il contemperamento con eterogenei interessi individuali (legittimati dal mercato o dallo sviluppo tecnologico) e collettivi.

Il raffronto fra esperienza europea e statunitense nell'ambito d'indagine prescelto è particolarmente fecondo per il diverso punto di equilibrio degli interessi in conflitto in esse individuato.

Da una parte, il regime introdotto dal GDPR, volto a contemperare la circolazione dei dati con la tutela della persona, devolve la tutela dei primi alla complessa interazione di obblighi, da esso posti, gravanti sui titolari del trattamento, normative *soft* devolute alle associazioni rappresentative degli operatori di mercato, interventi correttivi delle autorità indipendenti di controllo; dall'altra, in assenza di normative *omnibus*, le corti americane si sono mostrate tenden-

* L'articolo s'inscrive nel progetto finanziato *Digital innovation, diritto all'informazione e (rimedi a) protezione dell'identità personale* (Resp. scientifico B. Andò; RTD PON R&I C. Valente) e nel Piano della Ricerca Re.Ne.Pro., Ateneo di Catania. I par. 2-3 sono scritti da Cinzia Valente; i par. 1, 4-6 da Biagio Andò.

** Professore associato, Università "Magna Græcia" di Catanzaro.

*** RTDb), Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

zialmente refrattarie ad accogliere istanze di risarcimento per danni lamentati a margine del trattamento di dati personali.

2. *Riservatezza, circolazione dei dati e tecnologia: controllo e responsabilizzazione*

Il concetto di *privacy* s'è trasformato di pari passo al contesto storico-sociale; allo *jus solitudinis*, quale istanza di protezione dell'intimità individuale da ingerenze esterne¹, si sono aggiunte situazioni soggettive nuove quali il diritto alla c.d. autodeterminazione informativa². Questa evoluzione nasce dall'esigenza di affrontare i problemi legati alla circolazione dei dati assicurando, al tempo stesso, il controllo dell'interessato e la sua partecipazione attiva al circuito delle informazioni.

La tecnologia accresce significativamente sia il rischio di una "società sorvegliata" sia quello di "discriminazione algoritmica", non adeguatamente scongiurati da un regime fondato sul consenso.

L'intelligenza artificiale, infatti, utilizza dispositivi che combinano dati, algoritmi e potenza di calcolo; questi strumenti presentano indubbi vantaggi per il cittadino (un esempio è dato dalle sue applicazioni in ambito sanitario), per le imprese, per il settore pubblico (che in tal modo riduce i costi e migliora i servizi, la sostenibilità, la sicurezza). Tuttavia, difetti di progettazione del sistema, utilizzo di dati non corretti o sue distorsioni (consapevoli o meno) possono dare luogo ad esiti imprevedibili che entrano in collisione con diritti fondamentali.

Il potenziale conflitto tra tecnologia e riservatezza impone interventi regolatori a protezione tanto degli individui e della democraticità della Rete quanto dei principi di libertà ed uguaglianza.

Il bilanciamento di questo complesso rapporto è alla base della politica europea c.d. antropocentrica³ per il perseguimento della qua-

¹ S.D. WARREN, L.D. BRANDEIS, *The Right to privacy*, in *Harvard Law Review*, 1890, 5, pp. 193-220.

² S. RODOTÀ, *Riservatezza*, Treccani, 2021, pp. 75 ss.

³ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Creare fiducia nell'intelligenza artificiale antropocentrica*, COM (2019), 168 final.

le anche il GDPR ritiene essenziale instaurare un clima di fiducia nello sviluppo digitale, in attesa dell'approvazione di una disciplina *ad hoc*.

Nell'era dell'economia dell'informazione, in cui il dato ha valenza di *asset* strategico non solo per i privati ma anche per le politiche pubbliche, la quantità di dati oggi processabili dai sistemi informatici ha prodotto un cambiamento non solo quantitativo ma anche qualitativo incidente sugli strumenti di tutela.

All'approccio incentrato sui diritti (e interessi) individuali si affianca quello orientato alla regolamentazione delle obbligazioni gravanti sugli utilizzatori dei dati e si ipotizza che una disciplina flessibile possa governare evoluzioni tecnologiche repentine – coniugando dato normativo, tecnicismo ed etica⁴ – meglio di una dettagliata e rigida normativa, devolvendo ad autorità pubbliche di controllo il compito di evitare il rischio di manipolazioni dei dati e distorsioni del sistema.

Il GDPR incorpora le diverse esigenze: la protezione statica dell'individuo è stata sostituita da una sua dimensione dinamica in cui la libertà di decidere quali informazioni diffondere assume veste essenziale; l'effettività della tutela è affidata alla valorizzazione di principi che tendono, da un lato, ad aumentare il livello di protezione preventiva e, dall'altro, ad affidare a strumenti più dinamici la normativa di dettaglio.

L'impianto del Regolamento consente di sostenere che l'oscillazione tra i due poli di interesse (circolazione dei dati e tecnologia) sia governata dal principio di sicurezza nel ruolo di garante e da quello di responsabilizzazione (o rendicontazione) come strumento operativo, promuovendo l'autonomia privata a protagonista nella predisposizione e adozione degli strumenti di tutela con le limitazioni eventualmente imposte a livello di co-regolamentazione.

Se il rischio è ormai considerato elemento connaturato al trattamento dei dati⁵, tanto impone che la procedimentalizzazione della

⁴ Si pensi alla Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi adottata dalla CEPEJ (Strasburgo, 3-4 dicembre 2018) ed alle *Ethic guidelines for Trustworthy AI* del 2019 dell'*High Level Group*. Si legga B. VAN DER SLOOT, *Privacy as Virtue. Moving beyond the individual in the Age of Big Data*, Cambridge, Intersentia, 2017.

⁵ La casistica decisa dall'Autorità Garante italiana ne è chiara prova. Si veda il provvedimento 13 gennaio 2022 [doc. web n. 9744496], nel quale il Garante (che aveva agito d'ufficio a seguito di notizie di stampa) accerta la violazione

sua analisi e la valutazione d'impatto devono diventare elementi caratterizzanti di qualsiasi realtà aziendale.

Il principio di *accountability* «[...] permea l'intero quadro normativo vigente in materia di protezione dei dati personali, esplicitandolo nei successivi art. 24 e 25»⁶, ed interferisce, anch'esso, nei meccanismi interni dell'organizzazione imprenditoriale: occorrono comportamenti proattivi e misure concrete (anche di monitoraggio) documentabili in tutte le fasi del trattamento dei dati, come l'adozione di strumenti (di protezione preventiva) quali la *privacy by design* e la *privacy by default*. Quest'ultima, in particolare, applicata ai sistemi di intelligenza artificiale ha enormi potenzialità in termini di sicurezza del sistema che, apprestata in sede di programmazione, legittimerebbe il programma *ab origine* nella catena d'utilizzo ed a cascata sugli utilizzatori (titolari del trattamento).

Lo spazio lasciato all'autonomia e l'impossibilità d'individuare misure tecniche adeguate ai diversi settori e contesti spazio-temporali hanno, pertanto, imposto l'adozione di misure di contenimento e di parametri adattabili e verificabili (da parte degli organi competenti) *a posteriori*.

Sebbene il Regolamento abbia riportato al centro la persona attivando la sua tutela a livello di *hard law*, il rinvio a strumenti flessibili si rivela utile per governare il dinamismo tecnologico e garantire al tempo stesso lo sviluppo del mercato *online* e la conseguente circolazione di enormi flussi di dati.

Valorizzare strumenti di *soft law* significa coniugare il principio di responsabilizzazione con una regolamentazione settoriale in cui associazioni o organismi rappresentativi di categoria possono garan-

dell'art. 35 GDPR per l'omessa adozione di misure tecniche e organizzative adeguate e la mancata verifica delle misure adottate. L'Azienda Sanitaria Unica Regionale delle Marche aveva subito violazioni dei propri sistemi informatici (l'app Smart4you e il connesso servizio di "Screening Covid-19 San Benedetto") che avevano consentito di decodificare (attraverso la modifica del QR code assegnato) il codice fiscale inserito dall'utente e dischiuso l'accesso a dati sensibili, quali dati anagrafici, numero di cellulare, esiti del tampone Covid.

⁶ Provvedimento 24 febbraio 2022 n. 71 [doc. web n. 9756688]; nello stesso senso provvedimento del 12 marzo 2020 [doc. web n. 9310804] e provvedimento del 22 febbraio 2018 [doc. web n. 8080493].

tire le esigenze delle parti interessate la cui consultazione è promossa dal considerando 99.

In questo contesto, la realizzazione del clima di fiducia necessario allo sviluppo dell'economia digitale nel mercato interno risulta rafforzato dal ruolo delle Autorità di Controllo (coadiuvate dal Comitato Europeo EDPB), investite di funzioni di garanzia dell'attuazione della normativa ma anche d'intervento proprio nel processo di elaborazione di codici di condotta o nella certificazione.

Queste misure si prestano ad individuare soluzioni condivise in contesti mutevoli che richiedono alta specializzazione, limitando il rischio di lesione dei diritti fondamentali discendente dal trattamento di informazioni personali e coniugando in modo efficace aspetti tecnologici e profili etico-sociali⁷.

Un modello efficiente non si risolve, dunque, in una mera analisi rischi/benefici che paradossalmente potrebbe giustificare il sacrificio di diritti fondamentali quando i guadagni di efficienza garantiti dalla tecnologia siano significativi, quanto in un approccio fondato su procedimenti efficienti di mitigazione del rischio per i diritti a protezione dei quali sono previsti processi di controllo.

3. Notice and consent v. accountability

Gli strumenti di intelligenza artificiale sono oggi largamente impiegati anche ai fini della profilazione con evidente rischio di distorsioni e discriminazioni: essi sono capaci di dare una rappresentazione dei tratti costitutivi dell'individuo e di avere un profondo impatto sulla sua personalità, dignità, reputazione.

L'art. 22 del GDPR pone il divieto – di carattere generale – di decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato quando questa produca effetti giuridici nella sfera dell'interessato o incida significativamente sulla sua persona, ammettendone la deroga in casi specifici, tra i quali il consenso dell'interessato che, previa infor-

⁷ Si veda: *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of Big Data* del Consiglio d'Europa del 23 gennaio 2017.

mativa (il rinvio è anche all'art. 15), deve rispondere ai requisiti di inequivocabilità e di granularità.

Ci si domanda se il modello tradizionale *notice and consent* sia efficace in contesti nei quali, da un lato, l'opacità tipica degli strumenti di IA e, dall'altro, la struttura stessa del sistema (dalle potenzialità e risultati imprevedibili) impediscono di considerare il consenso validamente prestato per tutto il ciclo vitale dell'utilizzo dei dati.

Il modello di partecipazione dell'utente al rischio, talvolta in posizione di debolezza sul piano contrattuale, attraverso l'acquisizione dell'informativa non si adatta allo sviluppo dei sistemi informatici in cui è impedita all'utente una decisione consapevole. L'acquisizione del consenso rischia dunque di risultare insoddisfacente a fronte degli attuali processi di trattamento. L'efficiente circolazione dei dati – fra gli obiettivi primari individuati dal Regolamento – non può ritenersi effettivamente controbilanciata dal consenso dell'interessato nei casi in cui è condizionato dall'esigenza di acquistare il bene o il servizio.

Ciò è tanto più vero per i sistemi di intelligenza artificiale: l'algoritmo elabora masse di dati per scoprire relazioni statistiche, effettua categorizzazioni, rileva associazioni, elabora conclusioni non sempre previste e/o prevedibili dall'utente e dipendenti dalla qualità dei dati inseriti, dalle finalità di utilizzo, dai criteri di elaborazione dell'algoritmo stesso. Il suo funzionamento è influenzato dalle impostazioni adottate dal programmatore; talvolta la combinazione di dati e risultati porta a conclusioni le cui motivazioni sfuggono addirittura al suo ideatore, ingenerando esiti fallaci e discriminatori.

L'elemento della consapevole ed inequivocabile espressione di volontà è messo in discussione non solo quando per il *data subject* sia impossibile valutare esattamente le conseguenze del suo consenso, ma anche quando risulti difficile per l'utente medio comprenderne il significato. L'opacità del programma o le restrizioni all'accessibilità del sistema operativo sono spesso giustificate dalla necessità di tutelare interessi di proprietà intellettuale e industriale o di evitare il rischio che siano vanificate determinate finalità (quali quelle di prevenire crimini o d'incrementare la sicurezza) perseguite da chi ha progettato l'algoritmo.

Nella vigenza del precedente quadro normativo, la corte di legittimità ha abbracciato l'impostazione tradizionale fondata sul consenso effettivo, considerando valido il trattamento solo in presenza di conoscibilità dello schema operativo dell'algoritmo⁸.

I principi di trasparenza e spiegabilità trovano (e trovano tutt'ora) legittimazione nelle *Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence* (2019), venendo altresì richiamati dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, 13 dicembre 2019 n. 8472).

Nel nuovo assetto normativo ed in assenza di specifiche indicazioni, il diritto di ottenere specifiche informazioni nonché la spiegazione della decisione automatizzata sono oggetto di discussione.

Il principio di trasparenza è sancito anche dal progetto di legge sull'IA che richiede, tra l'altro, di fornire informazioni sulle caratteristiche del sistema, lo scopo, il livello di sicurezza e qualsiasi circostanza nota o prevedibile connessa all'uso del sistema che possa provocare dei rischi per la salute, sicurezza e diritti.

Eppure, rimangono irrisolti alcuni problemi pratici di non poco momento rispetto alle informazioni e spiegazioni relative al funzionamento dell'algoritmo.

È opinione diffusa che il principio di responsabilizzazione debba interpretarsi in maniera estensiva, sì da coprire l'intero ambito del trattamento dei dati; tale strumento rafforzerebbe l'autodeterminazione informativa dell'interessato ponendo, allo stesso tempo, obblighi puntuali sull'utilizzatore dei dati. Si potrebbe allora ipotizzare una specifica *algorithmic accountability* per escludere discriminazioni, errori e risultati ingiusti e al tempo stesso garantire i diritti fondamentali dell'individuo come forma di tutela aggiuntiva al consenso per colmarne le inefficienze in cui il c.d. *legibility by design approach*⁹ avrebbe la funzione di contemperare comprensibilità del funzionamento dell'algoritmo e trasparenza del suo impatto.

⁸ Cass. 25 maggio 2021 n. 14381 (e nello stesso senso Cass., 2 luglio 2018, n. 17278). Il trattamento di dati personali da parte dell'Associazione Mevaluate Onlus (operatore che gestiva la relativa piattaforma per la creazione di profili reputazionali affidabili) è stato ritenuto lesivo del codice della privacy sotto il profilo del valido rilascio di consenso e per l'utilizzo di un algoritmo oscuro.

⁹ G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a Right to Legibility of Automated Decision-Making Exists in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, n. 4, pp. 243-265.

Tale impostazione è coerente alle Linee Guida elaborate dal Gruppo di Lavoro WP 251 per la protezione dei dati che non richiede la «complessa spiegazione matematica su come funzionano gli algoritmi o l'apprendimento automatico», ma una serie di informazioni utili all'interessato per comprendere le modalità di creazione del suo profilo con l'ausilio di esempi pratici.

Il rafforzamento delle misure di protezione attivate dall'azienda anche con strumenti integrativi – come gli *audit* interni o la creazione di *Ethic Boards* con il compito di valutare il funzionamento dell'algoritmo e suggerire soluzioni adeguate – potrebbe garantire un migliore equilibrio tra gli interessi contribuendo a rafforzare il clima di fiducia a cui tende il legislatore europeo. Esso, inoltre, attraverso il controllo e la certificazione delle autorità indipendenti, può assicurare un più ampio coinvolgimento collettivo nella costruzione degli algoritmi così assicurando una maggiore protezione dei diritti della persona.

4. *Personalità e processazione dei dati in due recenti decisioni della Corte Suprema statunitense*

Il contesto statunitense è contrassegnato dall'assenza di una normativa generale a livello federale; sono pendenti diversi progetti di legge (taluni affini per ispirazione e soluzioni al GDPR), con scarse possibilità, però, di essere approvati in tempi brevi. Per questa ragione, il formante giudiziario ha attualmente rilievo strategico.

La questione dei poteri di controllo dell'interessato sui suoi dati personali è sullo sfondo di due pronunce della Corte Suprema in cui sono in gioco lesioni della personalità prodotte dal trattamento automatizzato dei dati. Pur non essendovi stata processazione tramite strumenti di IA, queste decisioni offrono elementi di valutazione utili anche su questo piano.

Nel primo caso¹⁰, un privato adduceva la violazione del *Telephone Consumer Protection Act* (TCPA) per aver ricevuto da Facebook reiterati messaggi riguardanti accessi non autorizzati al suo account,

¹⁰ *Duguid v. Facebook*, 141 S.Ct. 1163 (2021).

sebbene ne fosse sprovvisto. Alla piattaforma era imputato l'utilizzo di «automatic telephone dialing systems» espressamente vietati. Il TCPA qualifica in tal modo i sistemi che consentono di chiamare un numero già in memoria e quelli attraverso cui è possibile ricavare la sequenza mediante apposito dispositivo («random or sequential number generator»), non chiarendo tuttavia se entrambe le funzionalità debbano operare congiuntamente. Mentre per il ricorrente una delle due fattispecie basterebbe a far scattare il divieto, per Facebook il mero immagazzinamento del numero non sarebbe rilevante ai fini del TCPA.

La Corte accoglie i rilievi di Facebook perché più coerenti alla lettera della norma; all'obsolescenza del diritto vigente determinata dalle sempre nuove forme di telemarketing potrebbe rimediare solo il legislatore. Il TCPA, nel vietare diversi tipi di condotta, mirerebbe a proteggere l'individuo da pressioni, volte a incoraggiarne l'acquisto di beni/servizi, esercitate dalla tecnologia specificamente considerata. All'estensione del divieto a casi non espressamente previsti osterebbe il principio di separazione dei poteri.

Il rischio di lesione di interessi della personalità prodotto da un uso superficiale di dati personali è al centro della seconda decisione¹¹, che rigetta l'azione di classe intentata da consumatori contro una *credit reporting agency*. Ai report – indirizzati a soggetti del sistema bancario e previsti dal *Federal Credit Reporting Act (FCRA)* per valutare l'affidabilità patrimoniale dei consumatori – era apposto, in virtù di un servizio a pagamento, un *warning* che segnalava la potenziale coincidenza degli attori con quella di pericolosi criminali in virtù di semplici somiglianze dei dati anagrafici senza ulteriori controlli (benché possibili). Il danno lamentato dai privati – da coloro a cui il *warning* aveva impedito l'acquisto di beni e servizi – non era dunque frutto dell'inadeguato/deficitario funzionamento del sistema automatizzato, quanto piuttosto della scelta, già operata in passato, di TransUnion di non utilizzare appieno le potenzialità del software.

¹¹ *Transunion LLC v Sergio L. Ramirez*, 594 U.S. (2021); *Ramirez v. Transunion, LLC* 951 F.3d 1008 (9th Cir. 2020); *Ramirez v. Transunion, LLC* 899 F. Supp. 2d 941 (N.D. Cal. 2012).

Era pertanto dedotta responsabilità dell'*agency* per violazioni del FCRA, che impone la massima accuratezza dei report.

La Corte Suprema articolava il proprio ragionamento distinguendo due profili della lesione (*injury in fact* e *injury at law*), entrambi necessari.

Costituirebbero *injury in fact* solo le lesioni della reputazione dei consumatori conseguenti alla diffusione dei loro report. Gli altri consumatori non sarebbero legittimati ad agire ex art. III della Costituzione, non avendo subito un pregiudizio effettivo, né essendo configurabile un rischio concreto di danno. Tale limite sarebbe vincolante anche per il legislativo. La Corte sposa una concezione naturalistica del danno, inteso come modificazione della realtà materiale *specificata, concreta* (nel senso di effettiva) e *attualmente sussistente*.

Vi sarebbe *injury at law* in presenza di una *statutory action* e/o della prova che il danno consegue alla violazione di obblighi di legge. La non piena riconducibilità del pregiudizio a consolidate tipologie di danno non osterebbe al suo riconoscimento, bastando a tal uopo l'affinità con esse; i criteri atti a valutarne la sussistenza non sono però chiaramente individuati. Il *risk of real harm* non è sufficiente ai fini risarcitori, potendo rilevare sul terreno di rimedi diversi (quali l'*injunctive relief*) se, ovviamente, ne ricorrano gli estremi¹²; la maggioranza dei consumatori della *class action* non avrebbe pertanto subito alcun danno¹³.

Sull'esito negativo della pronuncia rilievo decisivo ha avuto il timore di azioni giudiziarie infondate contro soggetti tenuti ad assicurare il corretto funzionamento del circuito informativo del mercato bancario, nonché – forse – l'insussistenza (fra consumatori e TransUnion) di relazioni di natura contrattuale o di carattere obbligatorio.

La decisione in esame desta perplessità sotto diversi profili. Nessun rilievo è dato al fatto che, benché TransUnion si fosse impe-

¹² Sulla questione, D.J. SOLOVE, D. KEATS CITRON, *Risk and Anxiety: A theory of Data-Breach Harms*, in *Texas L. Rev.*, 2018, vol. 96, pp. 760-763.

¹³ Per il giudice dissenziente Thomas, la violazione degli specifici diritti del consumatore sanciti dal FCRA sarebbe sufficiente ad attivare i rimedi previsti. L'*injury in fact* dovrebbe essere provata solo se siano violati doveri di condotta a protezione della comunità nel suo complesso (*public rights*) e non di singoli.

gnata – dietro corrispettivo – a garantire un supplemento d’informazione sull’affidabilità dei soggetti esaminati, l’esito si sia rivelato gravemente distorto, proiettando sugli interessati ombre inquietanti. Inoltre, la definizione di danno rilevante data dalla Corte non è conforme ai dettami del FCRA. Sul terreno degli interessi, infine, ci si deve chiedere se non sia in gioco quello a una corretta rappresentazione dell’identità personale piuttosto che quello all’integrità della reputazione.

5. *Il danno dei consumatori in TransUnion fra identità personale e mercato*

La Corte considera rilevante solo il danno dei consumatori che tentano senza successo di accedere a beni e servizi.

Certa dottrina ravvisa nelle decisioni della Corte Suprema segnali di una più generale strategia atta a limitare l’accesso alla tutela risarcitoria. I percorsi argomentativi sono diversi, essendone però identico l’esito¹⁴.

Secondo questi autori, vanno ricostruiti puntualmente gli obiettivi della disciplina a protezione dei consumatori. Un’*injury in fact* sarebbe essenziale se la tutela risarcitoria avesse esclusivamente finalità di riparazione, come quando il legislatore istituisca un’autorità indipendente a garanzia dell’applicazione della normativa, dotandola di risorse sufficienti all’assolvimento delle funzioni. In questo caso, l’effettività del divieto di certe condotte sarebbe garantita dai controlli da essa espletati; la tutela risarcitoria assolverebbe esclusivamente alla protezione di interessi individuali. Se però un’autorità siffatta manca (o opera con risorse insufficienti a garantire interventi tempestivi), il senso della tutela risarcitoria deve essere ricostruito diversamente, essendo a essa assegnate anche finalità di deterrenza a protezione di interessi generali.

Se si adotta questo schema di ragionamento, in *TransUnion* i privati dovrebbero considerarsi *private attorney general*, tenuti ad

¹⁴ Questa è la posizione di D. KEATS CITRON, D.J. SOLOVE, *Privacy Harms*, in *Boston University Law Rev.*, 2022, vol. 102, pp. 812-815.

attivarsi a fronte di violazioni del FCRA, assolvendo a una funzione *lato sensu* pubblicistica. La somma di denaro assegnata quale risarcimento agirebbe da incentivo alla loro azione¹⁵, scoraggiando condotte opportunistiche degli operatori.

L'utilità sociale riconosciuta all'attività d'informazione non può certo giustificare la grossolana manipolazione dell'identità della persona operata dietro il pretesto della sicurezza pubblica. Altrimenti l'ente potrebbe produrre indisturbato segnali di allerta immotivati, ingenerando meccanismi perversi di attrazione dell'attenzione dei destinatari dei report analoghi a quelli che orientano le strategie di marketing dei giornali scandalistici.

Il riconoscimento delle istanze dei consumatori avrebbe inviato un segnale chiaro, disincentivando condotte non razionali dal punto di vista economico.

Lo spirito del tempo presente consente di comprendere perché non destano perplessità condotte che evocano corrvamente istanze securitarie, di grande presa sull'opinione pubblica statunitense nell'ultimo ventennio¹⁶, anche quando chi si fa interprete di tali esigenze sia un privato. La pronuncia della Corte è allora frutto di una pervasiva cultura della sorveglianza indifferente ai diritti individuali. Il potere di Trans-Union di esercitare un controllo sugli individui senza dover dare conto delle modalità con cui lo espleta – salva l'ipotesi di *tangible harms* – rende possibile uno *screening* di massa e la compressione della libertà individuale, senza che a monte ne siano definiti ragioni e ambito.

Le poche voci critiche, che percepiscono la gravità di condotte siffatte, non riescono poi compiutamente a chiarire i termini del problema giuridico né a proporre soluzioni convincenti¹⁷, non essendo dunque in grado di mutare la prassi operativa e, a monte, la sensibilità culturale diffusa. Il giudiziario, lungi dall'essere semplicemente cassa di risonanza di tale clima sociale, ha forse contribuito a crearne i presupposti.

¹⁵ D.J. SOLOVE, D. KEATS CITRON, *Standing and Privacy Harms: A Critique of Transunion v. Ramirez*, in *B.U.L. Rev. online*, 2021, vol. 101, p. 70.

¹⁶ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, Luiss University Press, 2019.

¹⁷ C. MUHAVE, M. BASHIR, *Extending Privacy Harms Toward a Non-Economic Perspective*, in *Journal of Intellectual Freedom and Privacy*, 2021, n. 2, pp. 3-5.

Se si adotta una prospettiva diversa da quella statunitense, più attenta ad una protezione efficace degli interessi della personalità, il danno sarebbe ravvisabile già nel momento in cui un *alert* manifestamente infondato alla luce delle informazioni disponibili è apposto sul report. L'assenza di tutela rende l'individuo un oggetto, pienamente e illimitatamente disponibile, alla mercé di *credit reporting agencies* (o di soggetti analoghi). Il requisito della diffusione delle informazioni, per la Corte Suprema imprescindibile ai fini della risarcibilità del danno, non consente ai consumatori tutela adeguata.

L'interesse dei privati in questo caso è assimilabile più all'onore – quale percezione che ogni individuo ha del proprio valore – che non alla reputazione, che rinvia alla rappresentazione dell'individuo da parte del contesto sociale di riferimento.

In *Duguid e TransUnion* vengono ad emersione aspetti differenti dello stesso problema, dato dalla difficoltà dell'individuo d'esercitare un effettivo controllo sull'uso dei propri dati che lo preservi da intrusioni nella sua sfera personale e distorsioni della sua identità.

A questo punto il compasso dell'indagine deve essere esteso ai precedenti che fanno da cornice a *TransUnion*.

6. *Risarcimento del danno e violazione delle normative a presidio del mercato nella giurisprudenza anteriore a TransUnion*

La questione da affrontare è allora se, nei casi in cui è in gioco l'applicazione di normative – federali o statali – in materia di consumo, all'attore che invochi il risarcimento basti dimostrare la violazione della norma che prevede tale tutela o debba essere altresì provata la specifica alterazione di segno negativo del patrimonio o della sfera personale.

In *Spokeo, Inc. v. Robins*¹⁸, resa a margine di asserite violazioni del FCRA e precedente citato in *TransUnion*, una *consumer reporting agency* aveva diffuso informazioni non corrette sulla situazione personale e professionale del ricorrente – in senso migliorativo –, così condizionandone le possibilità di impiego adeguato alle com-

¹⁸ 136 S. Ct. 1540 (2016).

petenze effettive. La Corte Suprema statuiva che il danno dovesse riguardare specificamente gli attori ed essersi già verificato o imminente¹⁹; anche il rischio di danno – purché concreto – era ritenuto sufficiente ai fini della responsabilità, mentre la pura e semplice violazione di una disposizione non era ritenuta, sulla base dell'art. III della Costituzione, sufficiente ai fini del risarcimento. Per la Corte sarebbe necessario distinguere le violazioni che consentono tutela risarcitoria (è il caso di lesioni di interessi individuali assimilabili alle tipologie tradizionalmente riconosciute a tal fine) da quelle per cui siano previsti strumenti diversi.

I principi di *Spokeo* sono applicati in casi successivi vertenti su violazioni di altre normative federali a tutela dei consumatori. In *Kamal v. Crew Group*²⁰, l'azione non è accolta per assenza di *injury in fact*, non risultando provata la trasmissione dei dati della carta di credito a terzi; in *Eichenberger v. ESPN, Inc.*²¹, la Corte rigetta la domanda perché l'informazione non è qualificabile come personale. In *Gubala v. Time Warner Cable, Inc.*²² la corte respinge l'azione perché il danno non era stato dimostrato, non essendo sufficiente a tal fine il rischio di circolazione dei dati.

Le decisioni appena considerate si fondano su una precisa lettura delle normative vigenti in materia: in primo luogo, la visione delle situazioni soggettive del consumatore quali ricadenti naturalmente nell'ambito dei rapporti patrimoniali; in secondo luogo, la visione dei contratti fra imprese e consumatori quali rapporti in cui i contraenti versano in condizioni di parità.

I penetranti limiti di protezione di interessi non patrimoniali non caratterizzano peraltro solo l'ambito dei beni e servizi di massa, ma anche contesti non privatistici (quali quelli in cui operano amministrazioni federali)²³.

¹⁹ Poiché la questione della concretezza del danno non era stata adeguatamente esaminata dalla *Court of Appeals*, la Corte Suprema ne rinviava a questa la definizione. La *Court of Appeals* in *Robins v. Spokeo, Inc.*, 867 F. 3d 1108 aveva successivamente dichiarato TransUnion responsabile.

²⁰ 918 F. 3d 102 (2019).

²¹ 876 F. 3d 979 (2017).

²² 846 F. 3d 909 (2017).

²³ Ai sensi del *Privacy Act* del 1974, in tema di raccolta, conservazione, uso e diffusione (a cura di *agencies* governative) di informazioni personali di sogget-

Dalla disamina del contesto statunitense possono ricavarsi tre considerazioni: a) la reputazione è il principale medium di rilevanza di interessi inerenti all'identità personale; b) il danno aquiliano ricomprende solo lesioni di beni della vita ulteriori e distinte dalla condotta vietata. Il modello di responsabilità aquiliana, che traspare dalle decisioni discusse, non garantisce da lesioni di attributi della personalità, salve eccezioni; c) il favore accordato alle persone fisiche titolari del trattamento, anche quando non osservino livelli minimi di cautela a presidio della personalità degli interessati, non lascia presagire esiti diversi nei casi in cui la processazione sia demandata a sistemi di IA.

ti residenti nel territorio statunitense, in caso di violazioni «intentional or willful», le amministrazioni convenute sono responsabili degli «actual damages sustained», di cui è normativamente fissato il tetto minimo. Determinante è allora capire cosa il *Privacy Act* intenda per *actual damage*. A tal riguardo, vanno menzionati *Doe v. Chao*, 540 U.S. 614 (2004) (in cui erano dedotte violazioni della *privacy* in virtù di usi del numero di sicurezza sociale dell'attore non conformi al *Privacy Act*) e *Federal Aviation Administration v. Cooper*, 566 U.S. 284 (2012). Per la Corte, il perturbamento psichico non transitorio non era sufficiente a integrare *actual damage*, configurabile solo nel caso di danno patrimoniale. La lesione dell'interesse all'uso appropriato dei dati personali non sarebbe ritenuta sufficiente ai fini del risarcimento.

INCREASING THE INCLUSION OF THE ISLAMIC FINANCIAL SECTOR THROUGH TECHNOLOGY

*Jihane Benarafa**

1. *Introduction*

In the last decade of the twentieth century, society experienced transformations of historic magnitude. Due to the seemingly continuous evolution, these dynamics are the subject of in-depth analysis. The issues addressed and for which (sometimes efficient) alternatives are attempted in the Western context coincide with those examined in other realities where different systems and mechanisms are present, particularly of a religious nature.

With regard to the financial sphere, considered in a broad sense, the context becomes considerably more complex because of the impressive technological advancement that has affected the sector, especially the way related services and payment systems are delivered. From this perspective, it almost goes without saying that technological paradigms evolve at a far greater speed than legal models. In fact, despite both categories are advancing, they are doing so at significantly different rates.

In the outlined context, Islamic finance has also not remained indifferent. That is, it has established itself as a major player in major financial markets globally and, as a result, needs to optimize and simplify the mechanism of its operations¹. The urgency to include

* Postdoctoral research fellow, University of Milan.

¹ Islamic finance can be defined, strictly speaking, as interest-free banking, or as a set of financial transactions structured according to participatory models.

technology emerged with the financial crisis that resulted from the pandemic.

The adoption of technology in the financial services sector has had a significant impact on the transformation of the economic and social landscape in various realities, both Western and Islamic. However, technology inclusion has not been limited to the area of traditional services, but has also extended to Islamic welfare services, which have become increasingly important in addressing the socio-economic challenges of the contemporary world.

One of the central financial instruments in this context is *zakat*, a wealth redistribution mechanism rooted in the Islamic vision of poverty alleviation. *Zakat* proves crucial in supporting the most deprived and vulnerable segments of the population by ensuring economic and social support through the promotion of social justice, financial inclusion, and the reduction of income inequality.

In addition, *zakat* is an ethical and moral financial service that is based on faith in Allah Almighty, who is understood to be the guarantor of justice and equity in the distribution of resources among members of the community. In this sense, *zakat* can be seen as a tangible manifestation of the religious and social commitment of Muslim believers in contributing to the collective welfare and improving the living conditions of people in need.

The implementation of advanced technologies in *zakat* manage-

However, the widely recognized definition is that Islamic financial institutions are those entities that adhere to ethical-religious principles in pursuing their objectives and carrying out their operations. For an overview see, among others, G. CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, 2^e ed., Paris, Revue Banque, 2012; J. CHARBONNIER, *Islam: droit, finance et assurance*, Bruxelles, Larcier, 2011; G.M. PICCINELLI, *La finanza islamica tra crisi globale e innovazione: la prospettiva europea*, in M. PAPA, G.M. PICCINELLI, D. SCOLART (a cura di), *Il libro e la Bilancia, Studi in memoria di Francesco Castro*, II, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011; M. EL GAMAL, *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques*, trad. fr. J. HAVERALS, Bruxelles, De Boeck, 2010; I. ZAMIR, A. MIRAKHOR, *An introduction to Islamic finance theory and practice*, 2nd ed., Singapore, Wiley, 2007; H. AHMED, *Islamic Law, Adaptability and Financial Development*, in *Islamic Economic Studies*, 2006, vol. 13, pp. 119-141; I. WARDE, *Islamic finance in the global economy*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2000; F. VOGEL, F. HAYES, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*, in *Kluwer Law International*, 1998, 3, pp. 38-39; G.M. PICCINELLI, *Introduzione: i principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente Moderno*, 1988, vol. 68, pp. 1-44.

ment and distribution systems has helped improve the effectiveness and efficiency of this financial instrument. The use of digital platforms, mobile applications and electronic payment systems has facilitated the collection and distribution of resources, allowing for greater transparency and better control of operations. In addition, the adoption of innovative technological solutions has made possible a more accurate analysis of the needs of beneficiary communities, improving resource allocation and ensuring a more meaningful impact on people's lives.

2. *Sharaitic fintech and its applications*

Underlying the current complex transactions carried out by incumbent Islamic financial institutions is a business model that has remained unchanged for several years, despite changes in the industry landscape and emerging inefficiencies and errors. In this regard, financial institutions have begun to adopt atomized solutions to manage the post-trade workflow that supports the end-to-end process of Islamic money market transactions. In addition, we are also seeing some initiatives related to the implementation of blockchain technology and the use of cryptocurrencies. It is important to remember that these initiatives must consider that the Sharia-compliant financial industry is regulated by Sharia law that goes far beyond interest-free banking. In fact, the Islamic financial system is based on the absolute prohibition of paying or receiving a predetermined and guaranteed rate of return, instead favoring a financial structure based on risk sharing. This approach, which encourages profit and loss sharing, helps promote entrepreneurship and discourages the provision of interest-based services. Therefore, initiatives in the field of Islamic finance must always take these basic principles into account, ensuring that all activities comply with Sharia rules².

² For an overview of the Islamic legal tradition, it is significant to refer, among others, to L. MEZZETTI, *Diritto islamico, Storia, fonti, istituzioni, società*, Torino, Giappichelli, 2022; W.B. HALLAQ, *Introduzione al diritto islamico*, trad. it. B. SORAVIA, Bologna, il Mulino, 2013; G.N. PICKEN (ed.), *Islamic Law*, London-

The religious component can be an obstacle in the process of integrating digitization since each transaction as a whole must be compatible with the objectives dictated by Islamic law. In fact, the knowledge gained about blockchain technology or the Sharia lawfulness of cryptocurrencies may discourage traveling down the road of technological development in the Islamic finance sector.

By virtue of this, numerous Islamic scholars have undertaken a wide range of research and processes to assess the compliance of blockchain technology and cryptocurrencies with the fundamental precepts of Islamic law, Sharia. Investigations in this field have revealed a considerable diversity of approaches and positions taken by scholars, which vary according to the legal-religious schools present in the relevant territories³. This discrepancy underscores the impor-

New York, Routledge, 2010; F. CASTRO, *Il modello islamico*, a cura di G.M. PICCINELLI, Torino, Giappichelli, 2007; L. MILLIOT, F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^e ed., Paris, Dalloz, 2001; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1995; Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, Paris-La Haye, Mouton-Cie, 1973; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. 2, Roma, Istituto per l'Oriente, 1938.

³ Turkey's Directorate of Religious Affairs (Diyanet), representing the country's highest religious authority, has expressed concern about the buying and selling of digital currencies, arguing that they do not conform to religious principles. This position is based on the highly speculative nature of cryptocurrencies, their use in illegal activities such as money laundering, and the absence of state control and supervision. Similarly, the Palestinian religious authority issued a *fatwa* regarding cryptocurrencies, arguing that Bitcoin trading is similar to gambling, given the uncertainty of investment outcomes. British scholar Sheikh Haitham al-Haddad also pointed out the absence of underlying collateral for cryptocurrencies and their potential use in illicit activities. However, some religious authorities have expressed different views. For example, Blossom Finance published a study in which Mufti Abu Bakr argues that Bitcoin complies with Islamic principles, as it is considered a valuable asset and is used as a means of payment. He argues that Bitcoin cannot be declared illegal based on its speculative nature or its use in illegal activities, as trading in gold, silver and fiat currencies also has similar experiences. The author suggests that cryptocurrencies should be used as a payment system rather than as an investment. Mohd Daud Bakar, chairman of the Sharia Advisory Council of the Central Bank of Malaysia, also disputes the claim that cryptocurrencies are haram because of their fluctuating value. Bakar argues that both cryptocurrencies and fiat currencies are based on trust and that since the value of fiat currencies also fluctuates, they should not be considered *haram*. He also notes that cryptocurrencies, due to their value in the market, can be used as a medium of exchange for fiat currencies, other cryptocurrencies or

tance of in-depth analysis and interdisciplinary dialogue among the various currents of thought within the Islamic community to determine the role of blockchain technology and cryptocurrencies in the context of Sharia-compliant finance⁴.

As a result of these investigations, a number of *fatawe*, or religious opinions, were issued with the aim of promoting a sustainable and innovative Islamic financial ecosystem capable of meeting the needs of a wide range of users and generating social and economic value while respecting the ethical and religious principles of the Islamic tradition⁵.

Underscoring the importance of this issue, some jurists argue that the main challenge in Islamic finance concerns the Sharia compliance of blockchain technology and cryptocurrencies, as this di-

goods and services. In conclusion, opinions on cryptocurrencies in the context of Islamic law are varied. While some religious authorities consider them *haram* because of their speculative nature and their use in illicit activities, other scholars believe that cryptocurrencies may be in accordance with Islamic principles when used as a means of payment or as a medium of exchange. See N. ALAM *et al.* (eds.), *Fintech and Islamic Finance. Digitalization, Development, and Disruption*, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 111 ss.; M. ABU-BAKAR, *Shariah Analysis of Bitcoin, Cryptocurrency and Blockchain*, Blossom Labs, 2018. Available at: <https://islamicbankers.files.wordpress.com/2019/02/2017-shariah-analysis-of-bitcoin-cryptocurrency-blockchain.pdf>.

⁴ See L. SAFINA, U.A. OSENI, *Utilizing Blockchain Technology for Post Trade Securities Settlement: A Framework for Islamic Capital Markets in the GCC Region*, in N. ALAM, S.N. ALI (eds.), *Fintech, Digital Currency and the Future of Islamic Finance*, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2020, pp. 187-207; S. KHAN, M.R. RABBANI, *In depth analysis of blockchain, cryptocurrency and sharia compliance*, in *International Journal of Business Innovation and Research*, 2020.

⁵ In the Islamic finance industry, *fatawe* (sing. *fatwa*) are a crucial component in integrating technological innovation and maintaining compliance with the imperatives of Islamic law. As legal responses issued by Islamic scholars and religious authorities, *fatwas* provide practical guidance for the interpretation and application of Islamic principles in a changing financial environment. The interaction between Islamic finance and technology is mainly manifested through the emergence of “Islamic fintech”, which aims to reconcile digital innovation with compliance with religious postulates. In this context, *fatawe* play a crucial role in guiding the design, development, and implementation of technologically advanced financial products and services that conform to Islamic principles. The *mufti*, the one who issues these opinions, is an expert who has had rigorous legal training within the tradition of Islamic jurisprudence, with a mastery of Islamic law schools and training in the practical application of Islamic law. See M. LALDIN, H. FURQANI, *Shari’ah Scholars, Ijtihad and Decision Making in Islamic Finance*, in *Journal of Islamic Business and Management*, 2015, vol. 5, pp. 37-50.

rectly affects the evolution of the Islamic fintech sector, which relies on the use of such technological innovations.

How can innovative developments affect Islamic finance? Before responding to this question, it is essential to first analyze the compliance of blockchain technology and cryptocurrencies with the principles of Islamic law to determine whether these tools are compatible with the processes and operational models necessary for the advancement of this financial field.

Islamic finance scholars argue that the blockchain architecture is Sharia-compliant, as it is based on a set of digital data subject to processing according to criteria and mechanisms that are free from elements contrary to Islamic law. First, the absence of *gharar* (absolute uncertainty) in transactions is highlighted, since the process is transparent to all participants, ensuring traceability and enhancing trust in the system⁶. This finding is applicable to the technology itself, although some more complex phenomena, such as *forking*, may require further thought and analysis to determine their compatibility with Islamic law. Second, the real-time processing of transactions supports the argument that they are resistant to *may-sir* (speculation)⁷. The underlying process of blockchain networks is

⁶ See A. BORRONI, *Blockchain: Uses and Potential Value*, in A. BORRONI (ed.), *Legal Perspective on Blockchain Theory, Outcomes, and Outlooks*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; I. LIANOS, S. EICH, G. DIMITROPOULOS, *Regulating Blockchain. Techno-Social and Legal Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2019; L. DI MATTEO, M. CANNARSA, C. PONCIBÒ (eds.), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019; P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, Harvard, Harvard University Press, 2018; M. FINCK, *Blockchain Regulation and Governance in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; K. WERBACH, *The Blockchain and the New Architecture of Trust*, Cambridge-London, The MIT Press, 2018. In comparative law, see C. PONCIBÒ, *Il diritto comparato e la blockchain*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020.

⁷ See L. GUPTA, *Gharar-Free ReBittance: Powered by Blockchain*, in N. ALAM, S.N. ALI, *Fintech, Digital Currency and the Future of Islamic Finance*, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2021, pp. 107-124; A. NEGRI DELLA TORRE, J. BENARAF, *Blockchain and Islam: Exploring the Fundamental Uncertainty of Blockchain-mediated Financial and Monetary Creations. Towards a Shari'ah-Compliant Blockchain for the lobal Muslim Community*, in A. BORRONI (ed.), *Legal Perspective on Blockchain Theory, Outcomes, and Outlooks*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019; I. ABU SAMMY, *The Principle of Gharar in Cryptocurrency*, 2018. Available at: <https://medium.com/ummati/the-principle-of-gharar-in-cryptocurrency-b23bd7c33020>.

generally characterized by transparency, trust, and increased security and efficiency in processing information transfers.

Regarding cryptocurrencies versus blockchain technology, it is complex to reach a uniform consensus. To address this diversity of opinion, Sharia-compliant cryptocurrencies have been proposed as alternatives to the digital currencies currently in circulation. These “Sharia-compliant” cryptocurrencies are grounded, from their genesis, in the *maqasid al-Sharia* (goals of Islamic law), which imply the need to preserve wealth in the context of digital currency use. Therefore, it is essential that such cryptocurrencies be regulated by recognized authorities such as governments and backed by tangible assets such as oil, gold and silver in order to safeguard the wealth of citizens⁸. The potential offered by Sharia-compliant cryptocurrencies can be effectively harnessed to develop Islamic financial products and positively influence the global economy, particularly the future of the Islamic economy.

In addition, given the importance of the issue, in November 2021, a study day entitled “Digital Cryptocurrencies” was organized in Jeddah, Saudi Arabia. During this event, a resolution was passed that included a recommendation from the *International Islamic Fiqh Academy*, which called for further research on issues surrounding previously issued Sharia opinions on cryptocurrencies. This initiative demonstrates the growing awareness of the importance of a balanced approach consistent with Sharia principles in the development and regulation of cryptocurrencies.

The question of reconciling technological innovation with the principles of Islamic law is an emerging issue that requires *ijti-*

⁸ OneGram Cryptocurrency is a cryptocurrency that falls into Sharia-compliant categories because its value is pegged to physical assets, specifically gold. This gives the cryptocurrency intrinsic value and helps mitigate the high price volatility typical of other digital currencies. OneGram’s full backing from gold is regulated by the Sharia Gold Standard, a set of rules published in 2016 by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, an organization that deals with the regulation and supervision of Islamic financial institutions. See, A.K. NUR IMAN, A. SAMSURI, *Cryptocurrency: Financial and Shariah-Compliant Alternative Concept*, in *Jurnal Ekonomi Syariah*, 2022, vol. X, pp. 109-136; F. ADZIMATINUR, V. MANALU, V., F. RAHIMI (eds.), *The Sharia Compliance of Gold-Backed-Cryptocurrency: Analysis of Volatility and Risk*, Gent, EAI, 2021. Cfr. M.M. BILLAH, *Cryptocurrency? Its Halal Alternative Model*, in *Id.*, *Halal Cryptocurrency Management*, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 3 ss.

had, or the interpretation and adaptation of religious norms to new challenges⁹. In this context, the concept of *al-maslaha al-ammah*, i.e., the interest of the community, assumes a key role in the search for a meeting point between the different legal-religious schools¹⁰. The primary objective is to accommodate technological innovation while respecting the principles and spirit of Islamic law, as it can foster the socio-economic development of the community.

In particular, the adoption of blockchain technology and cryptocurrencies in the Islamic financial industry has led to significant advances, especially in international remittances. In addition, remittances play a crucial role in supporting the economies of developing countries in terms of economic growth, external financing, and Gross Domestic Product (GDP).

The Islamic finance industry's propensity for innovation is reflected in the emergence of *sukuk* based on blockchain technology, as demonstrated by the example of the Blossom Finance platform in Indonesia. The issuance of the Smart *sukuk* was a significant step forward in the financing of Indonesian microfinance cooperatives, underscoring the importance of digital innovation and socially responsible financing in the Islamic capital market.

The Blossom Finance platform uses Ethereum blockchain-based smart contracts to manage all aspects related to *sukuk*, ensuring reliability and transparency in the entire process. This example highlights how technological innovation can be harmonized with Islamic principles, contributing to the socio-economic development of the community and the progress of the entire Islamic finance industry. Therefore, the adoption of innovative technological solutions, such as blockchain, is a crucial step forward in the

⁹ *Ijtihad* denotes the process of interpretive endeavors of sacred texts undertaken by authoritative scholars, who may assume the function of legal experts. This process is based on consulting the Qur'an and the Prophetic Tradition, following an accepted intellectual method, with the aim of meeting the religious needs of the Muslim community in its socio-cultural context. See S.A. ALDEEB, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, Roma, Carocci, 2008, pp. 219 ss.

¹⁰ The four most widely followed Sunni obedience legal schools today are the Hanafite, Malachiite, Shiafiite, and Hanbalite schools. See S.A. ALDEEB, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, cit., pp. 51 ss.

process of reconciling religious precepts with the needs of modern society¹¹.

Inclusive innovation has also permeated the philanthropic sector, benefiting from the use of blockchain technology. Current modes of charitable fundraising have integrated the use of cryptocurrencies, including emerging crowdfunding platforms such as Bit-give, and Bithope as examples. Such platforms allow benefactors to give donations in cryptocurrency to selected charities for their fundraising campaigns, a phenomenon known as “crypto-philanthropy”. New tools also make it possible to openly monitor the flow of donations from donor to beneficiary and to verify the charitable works carried out, all through blockchain technology. In addition to donations and cryptocurrency tracking, numerous activities have been created to support specific nonprofit programs and initiatives. Islamic economists should consider the transformation of donations using blockchain technology and cryptocurrencies to understand how to optimize effectiveness and efficiency in the contemporary digital age. Such transformation could be extended to Islamic philanthropic tools such as *waqf*¹² to realize the potential of this institution, especially in the current digital environment. The integration of blockchain technology and cryptocurrencies into *waqf* fundraising and distribution processes has been explored, as long as such incorporation is in line with Islamic principles.

It is argued that the assimilation of blockchain technology into *waqf* operations could increase transparency in *waqf* management for *wakifs*, beneficiaries, and the whole of society. At the same time, the adoption of Sharia-compliant cryptocurrencies could incentiv-

¹¹ M. BARBAS, *Blockchain Technology Applications in the Islamic Financial Industry. The Smart Sukuk of Blossom Finance’s Platform in Indonesia Model*, in *Economic Sciences, Management and Commercial Sciences Review*, 2020, vol. 13, n. 2, pp. 309-325.

¹² *Waqf* is a Muslim charitable bequest, also known as perpetual almsgiving (*sadaqah*). Linguistically, in Arabic the term *waqf* means to retain, keep and maintain. *Waqf* can be classified according to its function, distinguishing between religious, philanthropic and family *waqf*. The requirements for performing *waqf* include the *Wakif*, *Mauquf*, *Mauquf alaih* and *Sighat*, each of which is a key element in the process of establishing and managing *waqf*. See, G. CIMBALO, *Il ritorno del waqf*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2016, n. 14.

ize broad participation of Muslims, especially the younger generation, in *waqf* activities. Since the mechanism of cryptocurrencies transcends geographical boundaries, *waqf* employing cryptocurrency technology is expected to attract the interest of the Muslim population globally¹³.

In the current innovation landscape, there is a growing proliferation of financial startups offering innovative products and services, representing a competing (or, more correctly, “complementary”) force for existing traditional banks and financial services institutions, including the Islamic financial sector. These new firms adopt business models based on data analytics, requiring little capital and limited fixed assets, which fosters a profound transformation of traditional financial institutions and enables them to rapidly gain market share. For example, financial activities such as payments and remittances are made easier by the advent of mobile applications that facilitate financial transactions at minimal service costs.

In particular, interest in Sharia-compliant startups is steadily increasing, prompting the creation of a religiously compliant financing mechanism called OQAL Note¹⁴. The goal of this facility is to finance emerging early-stage companies located in the Middle East and North Africa, thus responding to the growing demand for Islamic-compliant financial solutions in these regions¹⁵.

¹³ I.S. BEIK, M.H. ZAENAL, P. RIZKININGSIH, *Waqf Led Halal Cryptocurrency Model*, in M.M. BILLAH (ed.), *Halal Cryptocurrency Management*, Switzerland, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 285 ss.; F. SAIFUDDIN *et al.*, *The Role of Cash Waqf in Poverty Alleviation: Case of Malaysia*, in *International Journal of Business, Economics and Law*, 2014, VI, vol. 4; H. AHMED, *Waqf-Based Microfinance: Realizing Social Role of Islamic Finance*, Jeddah, Islamic Research and Training Institute, 2007.

¹⁴ The term “OQAL” comes from the combination of two Arabic words, “Oqool”, meaning *minds*, and “Amwal”, meaning *capital*.

¹⁵ The platform’s goal is to connect founders of innovative startups with experienced investors, known as Angels, in order to create companies that foster economic and social prosperity and growth in Saudi Arabia. For a complete overview of the services offered, please see the official main page available at the following web address: oqal.org/en.

3. *The zakat tool and technological inclusion*

The use of technology in the context of *zakat*¹⁶, one of the five pillars of the Islamic faith and the foundation of the social protection system in Muslim societies, clearly reveals the positive effect such innovation can have. It takes the form not only of a mechanism to support those in need by raising financial resources from individuals endowed with liquidity and property, but also constitutes one of the main tools used for the purification of wealth in the Islamic finance industry that aims to create an equitable and sustainable economic system based on solidarity, social justice, and respect for moral and ethical values. In particular, the introduction of blockchain technology ensures transparency of transactions, eliminating the need for intermediaries. Consequently, the integration of such a solution into *zakat* management, both at the collection and distribution stages, plays a crucial role in increasing transparency and strengthening the relationship of trust between those who disburse and those who collect funds.

The interest developed in *zakat* also stems from its primary purpose, which is to mitigate the effects of poverty and thus ensure gen-

¹⁶ *Zakat* is a religious obligation which source found in the *Qur'an* and requires the faithful to pay a fixed portion of their wealth, calculated on the basis of specific criteria, to the most vulnerable segments of the population. This practice promotes generosity and empathy while reducing economic disparities within the community. See A. H. SADEQ, *A survey of the institution of Zakah: issues, theories and administration*, 2nd ed., Jeddah, Islamic Research and Training Institute, 2002, p. 13; J. BENTHALL, *Financial worship: the Quranic injunction to almsgiving*, in *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 1999, pp. 27-42; B. BENDJILALI, *La Zakat et le Waqf: Aspects historiques, juridiques, institutionnels et économiques*, Jeddah, Islamic Research and Training Institute, 1997. Scholars have defined *zakat* in different ways while preserving its rationale: «les Hanafites disent qu'elle est don pour un pauvre musulman qui ne soit ni hachémite, ni son serviteur à condition que le donateur n'en tire aucun profit et qu'il le fasse pour Allah. Pour les Malékites la Zakat concerne une partie des biens à condition que ceux-ci aient atteint le nissab. L'un des Malékites, Addardir a expliqué que la zakat est le fait de donner une partie d'un bien particulier ayant atteint le nissab à quelqu'un qui la mérite. Les Chafrites considèrent que la zakat est la désignation de ce qu'on donne d'un bien ou d'un troupeau en particulier. Les Hanbalites considèrent qu'elle désigne un don particulier avec des caractéristiques particulières d'un bien particulier pour des personnes particulières. Ibn Qudama a su résumer cette définition en disant : c'est un droit sur les biens».

eral welfare through an equitable redistribution of wealth. In addition to this, it constitutes a significant element of social support for Muslim communities in need (and not only for them), serving as a catalyst for the achievement of the central goals of sustainable development. The full exploitation of the potential inherent in *zakat* can, therefore, facilitate the implementation of an equitable development model that embraces a broader dimension of the global community¹⁷.

However, the traditional approach to *zakat* management is still proving ineffective, as fundraising to date has not reached significant levels. This phenomenon highlights a persistent mistrust between those who pay the *zakat*, i.e., the *muzakeen*, and the institutions responsible for collecting it. As a result, these individuals tend to prefer direct payment of *zakat* to the legitimate beneficiaries under Sharia law, i.e., the *mustahiqin*, avoiding the intervention of intermediaries¹⁸. Under these circumstances, *muzakeen* may be exposed to fraud as they base their decisions on personal reports from acquaintances to identify *mustahiqin*. In addition, institutions in charge of *zakat* distribution could collect considerably less than the maximum amount potentially available, leading to prejudice to genuine *mustahiqin*. To overcome these difficulties, such as traceability and identification of legitimate beneficiaries, some nongovernmental organizations have used blockchain technology to ensure transaction traceability.

It is therefore possible to consider the implementation of advanced digital tools to facilitate *zakat* collection, such as crowd-

¹⁷ A.S. RUHANA, *The Role of Zakat In Social Protection In Islamic Developing Countries: A Contributing Instrument*, in *Ekonomi Islam Indonesia*, 2019; A.H. BASHIR, *Reducing Poverty and Income Inequalities: Current Approaches and Islamic Perspective*, in *Journal of King Abdulaziz University, Islamic Economics*, 2018, vol. XXXI, pp. 93-104; W.D. OLANIPEKUN, A.N. BRIMAH, H.M. SANUSI, *The Role of Zakat as a Poverty Alleviation Strategy and a Tool for Sustainable Development: Insights from the Perspectives of the Holy Prophet (PBUH)*, in *Oman Chapter of Arabian Journal of Business and Management Review*, 2015, vol. V, pp. 8-17.

¹⁸ The beneficiaries (eight categories) of the *zakat* are identified in the *Qur'an* «Alms-tax is only for the poor and the needy, for those employed to administer it, for those whose hearts are attracted to the faith, for freeing slaves, for those in debt, for Allah's cause, and for needy travellers. This is an obligation from Allah. And Allah is All-Knowing, All-Wise» (*Cor.* 9, 60). Available at <https://quran.com/at-tawbah/60>.

funding platforms, which have gained appreciable popularity due to their ability to make transparent the revenue streams and the different ways in which the sums collected are used. Alternatively, the development of specific features built into mobile banking services to facilitate *zakat* disbursement could be promoted. Such an innovation could greatly simplify the processes of calculating and paying the religious obligation for Islamic worshippers residing in the West, including providing them with a detailed list of *mustahikin* (i.e., those entitled to receive *zakat*). The adoption of these technological tools has proven effective in some countries, such as Malaysia and Indonesia, playing a positive role in *zakat* collection. However, the potential of these technologies has not yet been fully realized, which could be attributed to the lack of trust placed in the entities responsible for distributing these services, or the collection systems that are sometimes vulnerable to online fraud, cybercrime, and cyber risk attacks¹⁹.

4. *Conclusion*

The main challenge in primarily Muslim societies is to adapt traditional financial institutions to current needs by introducing innovative elements without compromising ethical and religious compliance. With the advent of financial technology, the traditional *zakat* system has experienced a significant evolution. Thanks to advanced technological solutions, the *zakat* collection and distribution process has become more sophisticated, efficient, effective, and transparent, allowing it to overcome shortcomings and limitations of the classical approach.

Innovative *zakat* management faces various challenges, such as those related to computation, collection, distribution, transparency, and trust. Blockchain and new technologies have helped solve these

¹⁹ M.O. MOHAMMED, A. ROBBANA, H. BEDOUI, *Zakat Digital Management Techniques*, in M.M. BILLAH (ed.), *Islamic FinTech*, 2021, p. 309; M.A. RACHMAN, A.N. SALAM, *The Reinforcement of Zakat Management through Financial Technology Systems*, in *International Journal of Zakat*, 2018, vol. III, pp. 57-69.

issues, thereby improving the effectiveness of the entire system. This innovative approach is not limited to *zakat*, but extends to all mainstream Islamic financial institutions, making the industry more dynamic and relevant.

In sum, the introduction of technologies in the Islamic financial services sector, especially in the management of *zakat*, has played a crucial role in promoting social justice and financial inclusion. By adopting state-of-the-art technological solutions, *zakat* has been consolidated as an increasingly effective and efficient tool in the fight against poverty, capable of addressing the challenges of the contemporary world and improving the living conditions of the most deprived and vulnerable segments of the population.

STATO DI DIRITTO CON CARATTERISTICHE CINESI.
IL NUOVO PENSIERO DI XI JINPING
TRA SINIZZAZIONE DELL'OCCIDENTE E TRADIZIONE CINESE

*Ivan Cardillo**

1. *Introduzione*

Analizzare lo stato di diritto in Cina equivale a valutare l'evoluzione dell'intero sistema giuridico cinese. Tale evoluzione entra, a partire dal “movimento di cambiamento della legge e di revisione degli statuti”¹ di tarda epoca della dinastia Qing, in una fase di grande tensione dovuta allo scontro tra spinte interne e spinte esterne. Le spinte esterne sono un prodotto dell'arrivo dell'Occidente, che, oltre ad esportare merci, esporta una cultura giuridica moderna. Le spinte interne arrivano dalla cultura tradizionale e dalla necessità di un suo rinnovamento per ritrovare una sovranità piena.

Da quasi duecento anni, l'esperienza giuridica cinese cerca di trovare il giusto equilibrio tra una modernizzazione, basata sulla ricezione di modelli occidentali, e il rispetto della propria identità culturale, provando ad elaborare un paradigma nuovo per una modernità in stile cinese². L'atto più recente di questo complesso processo

* Ricercatore, Zhongnan University of Economics and Law, Adjunct Professor China University of Political Science and Law. I collegamenti a siti internet menzionati nelle note sono stati verificati da ultimo il 9 maggio 2023.

¹ In cinese 清末修律 (Qīngmò xiū lǜ).

² Per un approfondimento si veda I. CARDILLO, YU RONGGEN, *La cultura giuridica cinese tra tradizione e modernità*, in *Quaderni Fiorentini*, XLIX, 2020, pp. 97-134.

inizia alla fine degli anni '70 con la Politica di riforma e di apertura, che riabilita la cultura tradizionale, dopo il diniego della rivoluzione culturale, e apre il paese al resto del mondo. Tale apertura implica necessariamente anche una riforma interna³. Riforma e apertura diventano indissolubili, e segnano un percorso di sviluppo dove ogni chiusura risulta in un regresso⁴.

L'elaborazione attuale della cultura giuridica cinese presenta ancora i tratti di una cultura giuridica in trasformazione, in corso di modernizzazione. Questa trasformazione porta inevitabilmente dal trapianto del diritto straniero alla creazione di un diritto proprio. Il tentativo è quello di creare un diritto cinese con caratteristiche moderne, che non consista in una copia del diritto straniero, e neanche nella restaurazione del diritto antico. La Cina vuole evitare di perdere la propria identità nel trapianto di modelli stranieri, e tenta di innovare la tradizione nel tentativo di ereditarla⁵, cercando di definire la "sinità"⁶ dell'esperienza giuri-

³ Si veda l'esempio della codificazione civile offerto da M. TIMOTEO, *Of Old and New Codes: Chinese Law in the Mirror of Western Laws*, in *Law, Justice and Codification in Qing China. European and Chinese Perspectives. Essays in History and Comparative Law*, Trieste, Edizioni Università di Trieste (EUT), 2017, pp. 177-192.

⁴ Nella visione di alcuni studiosi occidentali, il percorso di riforme verso un sistema giuridico moderno viene ricondotto ad un percorso di sviluppo lineare dove il traguardo finale consiste nell'emulazione dei modelli occidentali. In questo senso si vedano R. PEERENBOOM, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, 2002, e C.F. MINZNER, *China's Turn against Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 2011, LIX, pp. 935-984. Per una riflessione comparativa dei vari approcci si veda A.H.Y. CHEN, *China's Long March towards Rule of Law or China's Turn against Law?*, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2016, IV, pp. 1-35. Chen affronta anche il problema metodologico della comparazione giuridica noto con l'espressione di "orientalismo giuridico" elaborato in T. RUSKOLA, *Legal Orientalism*, in *Michigan Law Review*, 2002, CI, pp. 179-234. Per ragioni di spazio non si può dare conto della ricchissima letteratura scientifica sul punto.

⁵ GAO HONGJUN, *Cultura giuridica e trapianto giuridico: tra Cina, occidente, passato e presente*, in *Journal of Comparative Law* (Fǎlù wénhuà yǔ fǎlù yízhí: Zhōngxī gǔjīn zhī jiān, «Bìjiàofǎ Yánjiū»), 2008, V, pp. 12-24. NIE XIN, *Tra Cina e Occidente: i problemi della modernizzazione giuridica nella prospettiva della storia e comparazione del diritto* (Zhōngxī zhī jiān: Lìshǐ yǔ bǐjiào fǎ shìyě xià de fǎlù xiàndàihuà wèntí), Beijing, Law Press China, 2015.

⁶ Nel dibattito cinese il termine usato è 中国性 (Zhōngguó xìng). Si veda WANG RENBO, *La sinità del diritto* (Fǎ de zhōngguó xìng), Guangxi Normal Univer-

dica contemporanea e porla a fondamento della “famiglia giuridica del diritto cinese”⁷.

Con il XVIII Congresso nazionale del Partito comunista, anche i massimi dirigenti del paese enfatizzano l'importanza del recupero della cultura tradizionale, in particolare della cultura confuciana che storicamente ha avuto un ruolo guida. L'“autostima culturale”⁸, intesa come consapevolezza della propria tradizione millenaria, diventa una delle basi della cultura cinese odierna⁹. Con la «Risoluzione del Comitato centrale del Partito sui principali risultati e sull'esperienza storica della lotta centenaria del Partito»¹⁰, adottata dalla sesta sessione plenaria del XIX Comitato centrale del Partito l'11 novembre 2021, l'espressione utilizzata per coniugare modernità e caratteristiche cinesi è “modernizzazione in stile cinese”¹¹. Nella Risoluzione si osserva: «Il Partito ha guidato con successo il popolo nella marcia sulla via della modernizzazione in stile cinese, ha creato una nuova forma di civiltà umana, ha ampliato la via verso la modernizzazione per i paesi in via di sviluppo, ha offerto una nuo-

sity Press, 2014. Per una diversa prospettiva, J.K. OCKO, *Using the Past to Make a Case for the Rule of Law*, in K. TURNER (ed.), *The Limits of the Rule of Law in China*, Seattle, University of Washington Press, 2000, p. 65.

⁷ In cinese 中华法系 (Zhōnghuá fǎ xì). Il termine fa riferimento alle famiglie giuridiche della comparazione. In questo contesto la famiglia giuridica cinese inizia con il sistema giuridico feudale antico e arriva al “movimento di cambiamento della legge e di revisione degli statuti”, e trova nel Codice con commentario della dinastia Tang (Táng lǜ shū yì 唐律疏议) il suo prodotto più rappresentativo. La cultura giuridica Tang ha influenzato tutta l'Asia e studiosi parlano di diritto cinese come diritto comune dell'Asia. Si veda ZHANG JINFAN, *Ricostruire la nuova famiglia giuridica del diritto cinese*, in *China Law Review* (Zhòng gòu xīn de zhōnghuá fǎ xì «Zhōngguó Fǎlǜ Pínglùn»), 2019, VII, pp. 7-12. Sulla famiglia giuridica cinese, il rapporto tra passato e presente, ed il contesto generale delle famiglie giuridiche si veda MA XIAOHONG, *Il significato proprio della “famiglia giuridica del diritto cinese”*, in *China Law Review* (Zhōnghuá fǎ xì) zhōng de yīng yǒu zhī yì «Zhōngguó Fǎlǜ Pínglùn»), 2014, III, pp. 120-130.

⁸ In cinese 文化自信 (Wénhuà zìxìn).

⁹ Si veda il testo ufficiale pubblicato sul sito del Partito comunista sui progressi fatti nell'ereditare la cultura tradizionale cinese a partire dal XVIII Congresso nazionale (Dǎng de shíbā dà yǐlái zhōnghuá yōuxiù chuántǒng wénhuà chuánchéng fāzhǎn shùpíng) disponibile al sito: <http://cpc.people.com.cn/n1/2017/0223/64387-29102510.html>.

¹⁰ Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/xinwen/2021-11/16/content_5651269.htm. La traduzione inglese è disponibile al seguente indirizzo http://www.news.cn/english/2021-11/16/c_1310314611.htm.

¹¹ In cinese 中国式现代化 (Zhōngguó shì xiàndàihuà).

va possibilità a quei paesi e popoli del mondo che desiderano uno sviluppo rapido e la salvaguardia della propria indipendenza». Oltre nel testo si chiarisce: «Promuovere il grande rinascimento del popolo cinese attraverso la modernizzazione in stile cinese». La Risoluzione individua lo sviluppo dello “stato di diritto”¹² come elemento essenziale per la modernizzazione del socialismo con caratteristiche cinesi, fondamento politico e giuridico della modernizzazione in stile cinese.

Tradizione culturale, modernità (intesa come assorbimento critico di categorie occidentali), e pensiero politico sono i tre elementi costitutivi della modernizzazione in stile cinese¹³ che il pensiero di Xi sullo stato di diritto vuole armonizzare in un nuovo paradigma, espressione della saggezza di governo del paese¹⁴. Al centro di questo sforzo rimane il Partito comunista, la cui guida del paese è requisito essenziale, come da ultimo ribadito da Xi in occasione del recente XX Congresso nazionale del Partito¹⁵.

2. *Stato di diritto: genesi ed evoluzione di un concetto*

Dalla fondazione della Repubblica popolare cinese nel 1949 fino alla politica di Riforma e di apertura, il rapporto tra Partito e Stato segue il principio fondamentale della loro “non separabilità”¹⁶. Il culmine si raggiunge negli anni '60, periodo in cui il Partito si so-

¹² In cinese 法治 (Fǎzhì).

¹³ Si veda Zhao Yiliang, *La modernizzazione in stile cinese e le caratteristiche moderne della via cinese*, in *Social Sciences in China* (Zhōngguó shì xiàndàihuà yǔ zhōngguó dàolù de xiàndài xìng tèzhēng, «zhōngguó shèhuì kēxué»), 2023, III, pp. 47-59.

¹⁴ In questi termini si esprime Xi Jinping. Si veda «L'importante discorso del Segretario Generale Xi Jinping sulla modernizzazione in stile cinese» disponibile all'indirizzo: https://www.xuexi.cn/lqpage/detail/index.html?id=15139984031878056943&item_id=15139984031878056943.

¹⁵ Il discorso è disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm.

¹⁶ In cinese “党政不分” (Dǎng zhèng bù fēn), oppure “党政合一” (Dǎng zhèng hé yī).

stituisce completamente al governo¹⁷ e alla legge¹⁸, portando ad un graduale indebolimento delle istituzioni del governo e alla deriva della rivoluzione culturale.

Con la fine della rivoluzione e con il processo alla banda dei quattro, Deng Xiaoping, nel discorso sulla «Riforma del sistema di direzione dello Stato e del Partito» ribadisce l'importanza della separazione tra Stato e Partito¹⁹. Dalla fine degli anni '70 e per tutta la decade degli anni '80 dello scorso secolo, i giuristi cinesi discutono della questione dello “stato di diritto” e del “governo dell'uomo”²⁰, e della “teoria di integrazione dello stato di diritto e del governo dell'uomo”²¹. Il riferimento culturale dell'epoca è quello della “democrazia socialista e governo attraverso la legge” e non della “democrazia socialista e stato di diritto”²². Nel 1987, con il XIII Congresso nazionale del Partito, viene formalmente pianificato un lavoro di attribuzione di competenze distinte tra Partito e Governo, e tra organi centrali e organi locali, ma solo nel 1996, i termini “stato di diritto” e “governare il paese in base alla legge”²³ entrano pienamente nella sfera della vita politica. L'ufficializzazio-

¹⁷ In cinese “以党代政” (Yǐ dǎng dài zhèng).

¹⁸ In cinese “以党代法” (Yǐ dǎng dài fǎ).

¹⁹ Titolo del documento in cinese 《党和国家领导制度的改革》 (Dǎng hé guójiā lǐngdǎo zhìdù de gǎigé) disponibile al seguente indirizzo http://www.npc.gov.cn/zgrdw/npc/xinwen/2003-07/03/content_316492.htm.

²⁰ In cinese 人治 (Rénzhì).

²¹ In cinese 法治与人治结合论 (Fǎzhì yǔ rénzhì jiéhé lùn). Esempi del dibattito del periodo: CHEN ZONGLING, *Analisi dei termini “governo attraverso la legge”, “stato di diritto”, “governo dell'uomo”, in Chinese Journal of Law* (“Fǎzhì”, “fǎzhì”, “rénzhì” de cíyì fēnxī, «Fǎxué Yánjiū»), 1989, IV, pp. 4-9; LI BUYUN, WANG LIMING, *Come integrare lo stato di diritto e il governo dell'uomo?*, in *Chinese Journal of Law* (Rénzhì hé fǎzhì néng hùxiāng jiéhé ma, «Fǎxué Yánjiū»), 1980, II, pp. 40-45; ZHANG GUOHUA, *Lo stato di diritto e il governo dell'uomo del periodo delle Primavera e Autunni e degli Stati Combattenti*, in *Chinese Journal of Law* (Lüè lùn chūnqiū zhànguó shíqí de “fǎzhì” yǔ “rénzhì”, «Fǎxué Yánjiū»), 1980, II, pp. 46-52.

²² In cinese 社会主义民主与法制 (Shèhuì zhǔyì mǐnzhǔ yǔ fǎzhì) e 社会主义民主与法治 (Shèhuì zhǔyì mǐnzhǔ yǔ fǎzhì). Si veda LIU HAN, CHEN SHIRONG, *Guida alla costruzione del governo attraverso la legge e alla democrazia socialista di nuova epoca. Studiare di Scritti di Deng Xiaoping sulla democrazia e sul governo attraverso la legge*, in *Chinese Journal of Law* (Xīn shíqí shèhuì zhǔyì mǐnzhǔ hé fǎzhì jiànshè de zhǐnán—xuéxí “dèngxiǎopíng wénxuǎn” guānyú mǐnzhǔ yǔ fǎzhì dì lùnshù, «Fǎxué Yánjiū»), 1983, V, pp. 1-7.

²³ In cinese 依法治国 (Yīfǎ zhìguó).

ne arriva con il XV Congresso del Partito del 1997 con le parole di Jiang Zemin: «Governare il paese in base alla legge è il piano generale dei leader del Partito per il governo del paese, è un bisogno oggettivo per lo sviluppo di un'economia socialista di mercato, è segno fondamentale dello sviluppo della civiltà sociale, è l'importante garanzia per la duratura stabilità politica del paese»²⁴. Il congresso fissa la strategia di governo del paese nella formula «governare il paese in base alla legge, costruire un paese di stato di diritto socialista»²⁵. Nel 1999 l'inciso "governo del paese in base alla legge, costruire un paese di stato di diritto socialista" viene inserito nella costituzione all'art. 5²⁶. Nel 2007, il XVII Congresso nazionale del Partito ribadisce la piena attuazione dell'inciso ed invita ad accelerare i tempi.

Il XVIII Congresso del Partito nel 2012 è un tornante importante per la riflessione sul concetto di stato di diritto, segnato dall'inizio dell'era di Xi Jinping. Il congresso parla di costruzione di una "società moderatamente prospera" e di una strategia per: «accelerare la costruzione di un paese di stato di diritto socialista, promozione completa del processo di legislazione scientifica, applicazione rigida della legge, giustizia equa, rispetto del popolo per la legge»²⁷. Nasce così la nuova "politica dei sedici caratteri" dello stato di diritto che si distingue dalla politica dei sedici caratteri del "governo attraverso la legge" basata su «ricorrere allo strumento della legge, le leggi devono essere osservate e applicate rigidamente e le violazioni devono essere perseguite»²⁸,

²⁴ Il testo completo del discorso è disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/test/2007-08/29/content_730614.htm.

²⁵ In cinese 依法治国, 建设社会主义法治国家 (Yifǎzhìguó, jiànshè shèhuì zhūyì fǎ zhì guójiā), *ibid*.

²⁶ Il testo in traduzione inglese della costituzione è disponibile al seguente indirizzo <http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/constitution.html>.

²⁷ In cinese 加快建设社会主义法治国家, 必须全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法进程 (Jiākuài jiànshè shèhuì zhūyì fǎzhì guójiā, bixū quánmiàn tuījìn kēxué lifǎ, yángé zhífǎ, gōngzhèng sīfǎ, quánmín shǒufǎ jìnchéng). Il testo completo è disponibile al seguente indirizzo <https://www.htu.edu.cn/hxxy/2012/1123/c3664a48533/page.psp>.

²⁸ In cinese 有法可依、有法必依、执法必严、违法必究 (Yǒu fǎ kě yī, yǒu fǎ bì yī, zhífǎ bì yán, wéifǎ bì jiū). Questi sono stati classificati come elementi di una concezione debole, o "thin", dello stato di diritto. Si veda R.

e segna formalmente il passaggio definitivo dal “governo attraverso la legge” (法制 *Fǎzhì*) al “governo in base alla legge” (法治 *Fǎzhì*)²⁹.

Nello stesso anno lo “stato di diritto” è inserito tra i dodici valori centrali del socialismo³⁰, che saranno costituzionalizzati all’art. 24 comma secondo con la riforma del 2018.

Il passaggio da “moderatamente” a “completamente” è del 2014, con la «Risoluzione del Comitato centrale del Partito comunista cinese su diverse questioni importanti riguardanti l’avanzamento completo dello stato di diritto»³¹ della quarta sessione plenaria del XVIII congresso. Xi parla della necessità di una «promozione completa del governo del paese in base alla legge»³² e fissa l’obiettivo della costruzione di un «sistema di stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi»³³.

3. *Il Pensiero di Xi Jinping sullo stato di diritto*

Il “Pensiero di Xi Jinping sullo stato di diritto”³⁴ (in seguito il “Pensiero”) è formalmente enunciato a novembre del 2020, in occasione della riunione degli organi centrali sui lavori relativi allo stato di diritto in Cina. In seguito, il suo studio è diventato obbligatorio

PEERENBOOM, *Ruling the Country in Accordance with Law: Reflections on the Rule and Role of Law in Contemporary China*, in *Cultural dynamics*, 1999, XI, pp. 315-351.

²⁹ Si vedano RUIPING YE, *Shifting meanings of fazhi and China’s journey toward socialist rule of law*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2021, XIX, p. 1861 e I. CASTELLUCCI, *Rule of Law with Chinese Characteristics*, in *Annual Survey of International & Comparative Law*, 2007, XIII, pp. 35-58.

³⁰ L’elenco completo è disponibile al seguente indirizzo <https://dirittocinese.com/2018/01/26/i-valori-centrali-del-socialismo/>.

³¹ In cinese 中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定 (Zhōnggòng zhōngyāng guānyú quánmiàn tuījìn yīfǎ zhìguó ruògān zhòngdà wèntí de juédìng) disponibile al link http://www.gov.cn/zhengce/2014-10/28/content_2771946.htm.

³² In cinese 全面依法治国 (Quánmiàn yīfǎ zhìguó).

³³ In cinese 中国特色社会主义法治体系 (Zhōngguó tèsè shèhuì zhǔyì fǎzhì tǐxì).

³⁴ In cinese 习近平法治思想 (Xìjìnpíng fǎzhì sīxiǎng).

per tutti i professori universitari³⁵. Undici studiosi cinesi, in qualità di teorici del “Pensiero”, ne hanno presentato caratteristiche e implicazioni.

Il “Pensiero” è uno dei “pensieri” costitutivi del “Pensiero di Xi Jinping sul socialismo con caratteristiche cinesi di nuova era” insieme al pensiero sull’economia, sulla civiltà ecologica, sulla diplomazia, sul rafforzamento dell’armata.

Il “Pensiero” fissa un punto fermo nel processo evolutivo e riformatore che ha caratterizzato il paese negli ultimi cento anni, e delinea i tratti essenziali di un sistema giuridico considerato maturo, moderno e cinese. Esso è radicato su tre fondamenti logici: la prassi, la teoria, la storia. La prassi si riferisce alla pratica di governo sviluppata dal Partito fin dalla sua ascesa al potere. La teoria eredita il Marxismo, il pensiero di Marx, Engels, Lenin, e procede alla loro piena sinizzazione, già avviata con il pensiero di Mao, e continuata con la teoria fondamentale di Deng, il principio delle tre rappresentanze, la teoria dello “sviluppo scientifico”. La storia guarda al materialismo storico, alla valorizzazione della storia della civiltà cinese e della sua continuità, ricorrendo alla tradizione giuridica cinese quale tratto distintivo e di ibridazione dell’esperienza socialista attuale.

Concretamente il “Pensiero” fissa undici principi fondamentali:

1. sostenere la leadership del Partito sul governo generale fondato sul diritto;
2. adottare un approccio centrato sulle persone;
3. rimanere sulla strada dello stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi;
4. aderire al governo fondato sulla Costituzione;
5. promuovere la modernizzazione del sistema di governo e delle capacità della Cina lungo il percorso dello stato di diritto;
6. aderire a un sistema di stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi;

³⁵ Io stesso ho dovuto frequentare il corso di aggiornamento, con certificato finale n. DJT708835.

7. perseguire progressi coordinati nel governo basato sul diritto, nell'esercizio basato sul diritto del potere statale e nell'amministrazione del governo basata sul diritto e promuovere lo sviluppo integrato dello stato di diritto per il paese, per il governo e per la società;
8. garantire una sana regolamentazione, un'applicazione rigorosa della legge, un'amministrazione imparziale della giustizia e l'osservanza della legge da parte di tutti;
9. adottare un approccio coordinato per promuovere lo stato di diritto in patria e nelle questioni che coinvolgono parti straniere³⁶;
10. promuovere una classe professionale di operatori del diritto di alta qualità con integrità e capacità per il lavoro;
11. garantire che i principali funzionari a tutti i livelli attuino fedelmente le principali decisioni e i piani adottati dal Comitato centrale del Partito sul governo generale basato sulla legge³⁷.

La riflessione successiva di Xi porta alla “costruzione di una Cina di stato di diritto”³⁸, spostando gli sforzi della classe dirigente e degli intellettuali dal lavoro per la costruzione di un paese di stato di diritto ad uno per la costruzione di una Cina di stato di diritto, in linea con il piano generale per la realizzazione del sogno cinese. Dopo due mesi dalla pubblicazione del “Pensiero”, il Comitato centrale del Partito ha pubblicato il «Piano di costruzione di una Cina di stato di diritto (2020-2025)»³⁹ (in seguito il Piano). La locuzione “stato di diritto” è utilizzata in funzione at-

³⁶ Si tratta del rapporto tra stato di diritto interno e internazionale.

³⁷ Il “Pensiero” è stato oggetto di varie pubblicazioni in manuali di formazione. Si veda *Schema per lo studio del Pensiero di Xi Jinping sullo stato di diritto* (Xíjìnpíng fǎzhì sīxiǎng xuéxí gāngyào) a cura del Dipartimento Centrale di Propaganda e dell'Ufficio Centrale per il governo del paese in base alla legge, People's Press, Pechino, 2021.

³⁸ In cinese 法治中国 (Fǎzhì zhōngguó). Si veda WANG LIMING, *The Basic Issues concerning the Construction of the Rule of Law in China in the New Era*, in *Social Sciences in China*, 2020, XLI, pp. 21-37.

³⁹ In cinese 《法治中国建设规划》(2020-2025年) disponibile al seguente indirizzo: http://www.xinhuanet.com/politics/2021-01/10/c_1126966552.htm.

tributiva della parola “Cina”, che resta sostantivo nella frase in cinese. Non si tratta dunque di una versione cinese dello stato di diritto, ma di una sorta di principio di legalità autoctono, endogeno. Il percorso di riforma cinese non va inquadrato dunque sui binari della “marcia verso” o “allontanamento dallo” stato di diritto occidentale, ma si tratta di interpretare la direzione della “via dello stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi”. La via tracciata dal Piano avrà le seguenti costanti: l’adesione alla direzione unitaria e centralizzata del Partito, inteso non nel suo complesso, ma con riferimento agli organi centrali con Xi Jinping “leader centrale”; il perfezionamento dell’impianto ideologico dello stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi; il bisogno di “posizionare il popolo al centro”, provando a rispondere alla sempre maggiore richiesta di legalità che arriva dal basso, e rafforzando la tutela legale dei diritti ed interessi legittimi; la considerazione costante della realtà concreta del paese, e delle esigenze economiche.

Il Piano fissa due scadenze, il 2025 per il perfezionamento del meccanismo di direzione del Partito basato sulla legge, del sistema giuridico socialista con caratteristiche cinesi centrato sulla costituzione, del sistema di amministrazione di governo basato su chiare responsabilità, del meccanismo operativo di mutua cooperazione e mutuo controllo del potere giurisdizionale; e il 2035 per una definitiva realizzazione di un paese di stato di diritto, di un governo di stato di diritto e di una società di stato di diritto, e, più in generale, della modernizzazione della capacità di governo e del sistema di governo del paese.

Parallelamente, l’ottavo piano quinquennale (2021-2025) del Dipartimento centrale di propaganda e del ministero della giustizia per la diffusione e l’educazione allo stato di diritto⁴⁰ viene ideato affinché lo stato di diritto diventi una “credenza comune dell’intera società”⁴¹ (Tab. 1).

⁴⁰ In cinese 《中央宣传部、司法部关于开展法治宣传教育的第八个五年规划》(2021-2025年).

⁴¹ Si veda l’articolo all’indirizzo: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202111/7514580deab641ea957abc9e37177044.shtml> pubblicato sul sito dell’Assemblea nazionale del popolo. Allo stesso scopo è stata istituita la giornata della costituzione.

Fase iniziale: (Fāzhì 法制化) Sistema giuridico socialista con caratteristiche cinesi 中国特色社会主义法律体系	Fase finale: (Fāzhì 法治化) Sistema di stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi 中国特色社会主义法治体系	Riferimento alla cultura tradizionale: Adottate buone leggi nel paese, il paese è in ordine 立善法于天下, 则天下治	Rapporto organico Stato-Partito
Governo attraverso la legge 法制	Governo in base alla legge 法治, 依法治国	Cina di stato di diritto 法治中国2025-2035	Governo del Partito fondato sulle regole 依规治党
Ricorrere allo strumento della legge 有法可依	Legislazione scientifica 科学立法	Paese di stato di diritto 法治国家	Il Partito guida la legislazione 党领导立法
Le leggi devono essere osservate rigidamente 有法必依	Applicazione rigida della legge e rigido governo del Partito 严格执法 依法执政 依法执政、从严治党	Governo di stato di diritto 法治政府	Il Partito assicura l'applicazione della legge 党保证执法
Le leggi devono essere applicate rigidamente 执法必严	Giustizia equa e amministrazione basata sulla legge 公正司法 依法行政	Società di stato di diritto 法治社会	Il Partito sostiene la giustizia 党支持司法
Le violazioni devono essere perseguite 违法必究	Rispetto del popolo per la legge 全民守法	Società di stato di diritto 法治社会	Il Partito è il primo a rispettare la legge 党带头守法
Via dello stato di diritto del socialismo con caratteristiche cinesi (2035-2050). 中国特色社会主义法治道路 Unione organica dei tre elementi (三统一):	1. Governo in base alla legge 依法治国 (Riconoscimento e garanzia dei diritti). In questo senso l'adozione del codice civile ha un valore importante.	2. Il popolo padrone dello stato 人民当家作主 (La fiducia del popolo dà autorevolezza alla legge. Espressione democratica).	3. Guida del Partito 党的领导 (Il Partito guida il popolo e dà il corretto esempio).

Tab. 1. Tabella relativa all'architettura dello "stato di diritto".

4. *La dialettica Stato-Partito*

Tra gli undici principi fondamentali del “Pensiero”, solo uno costituisce un principio fondamentale della costituzione, ed è la leadership, il ruolo guida, del Partito. Recita il secondo comma dell’art. 1 della costituzione dopo l’emendamento del 2018: «Il sistema socialista è il sistema fondamentale della Repubblica popolare cinese. La leadership del Partito comunista cinese è la caratteristica determinante del socialismo con caratteristiche cinesi».

Come definire il rapporto tra Stato e Partito? Chi ha un ruolo primario? Ci sono strumenti di bilanciamento dei poteri? I teorici del Partito parlano di rapporto dialettico all’interno del “Pensiero” tra elementi che possono apparire in conflitto. In quest’ottica dialettica vanno ricomposte le apparenti contraddizioni che emergono agli occhi dell’osservatore occidentale⁴². Prendendo in prestito direttamente le parole di Xi: «Non si può parlare semplicemente di separazione tra partito e governo o di unità tra partito e governo, ma dobbiamo adattarci alle caratteristiche e alle condizioni fondamentali dei diversi settori, migliorare e perfezionare continuamente i metodi di direzione e di governo del partito»⁴³.

Per Xi Jinping i regolamenti del Partito e la legge dello Stato hanno la stessa natura, entrambi sono espressione della volontà del popolo⁴⁴. Entrambi sono formulati sotto la direzione del Partito, ed entrambi sono formanti del “sistema di stato di diritto socialista con caratteristiche cinesi”. Ciò che li differenzia è il campo di applicazione. I regolamenti del Partito regolano gli affari del Partito, si riferiscono a organizzazioni del Partito, mentre le leggi dello stato regolano gli affari di stato e la società, e si applicano nel territorio dello stato a tutte le persone fisiche e giuridiche⁴⁵. Il

⁴² In questo senso la lezione di Xu Xianming nel corso di formazione nel “Pensiero”.

⁴³ Si veda XI JINPING, *Il governo della Cina* (Xìjìnpíng tán zhìguó lǐ zhèng), vol. 3, Beijing, Foreign Languages Press, 2020, p. 168.

⁴⁴ XI JINPING, *Sul mantenimento della leadership del Partito sull’intero lavoro* (Lùn jiānchí dǎng duì yīqiè gōngzuò de língdǎo), Beijing, Casa editrice centrale per la letteratura, 2019, p. 45.

⁴⁵ WANG ZHENMIN, *Questioni teoriche fondamentali nella costruzione dell’ordinamento interno del partito* (Dǎng nèi fǎguī zhìdù tìxì jiànshè de jīběn

criterio di riferimento da utilizzare è quello dell'art. 8 della Legge sulla legislazione.

Corollario di questo assioma è la necessità di garantire un'applicazione uniforme delle regole del Partito e delle leggi dello Stato. A tal fine, l'azione del Partito deve avvenire all'interno del perimetro costituzionale e nel rispetto delle leggi dello Stato⁴⁶. L'adesione del Partito all'ordine costituito deve essere spontanea, perché l'ordine costituito stesso è il frutto del lavoro di direzione del popolo ad opera del Partito⁴⁷. Il Partito deve rispettare la propria volontà. Nella pratica, i diritti e gli obblighi previsti dal Partito e dalla legge devono coincidere, e non sono ammesse eccezioni. In caso di contraddizioni, la Commissione centrale per l'ispezione disciplinare del Partito deve annullare il regolamento del Partito⁴⁸.

Il lavoro di armonizzazione delle attività normative è praticamente possibile grazie alla condivisione degli uffici tra organi politici e organi di governo⁴⁹. Il «Piano di approfondimento della riforma degli organi dello Stato e del Partito», prevede espressamente la fusione dei rispettivi uffici⁵⁰, ma, al tempo stesso, un altro documento

lìlùn wèntí), in *Social Sciences in Chinese Higher Education Institution*, 2013, II, pp. 136-153.

⁴⁶ Si veda il preambolo dello statuto del Partito, http://english.www.gov.cn/news/top_news/2017/09/27/content_281475888488000.htm.

⁴⁷ XI JINPING, *Il governo della Cina* (Xíjìnpíng tán zhìguó lǐ zhèng), vol. I, Beijing, Foreign Languages Press, 2014, p. 142.

⁴⁸ Art. 32 del «Regolamento sull'adozione dei regolamenti interni del Partito comunista cinese» 《中国共产党党内法规制定条例》. La linea è stata ribadita nel 2019 con le «Disposizioni sull'archiviazione e la revisione dei regolamenti interni al partito e dei documenti normativi del Partito comunista cinese», 《中国共产党党内法规和规范性文件备案审查规定》 all'art. 11 e all'art. 19. Disponibile al seguente indirizzo http://www.gov.cn/zhengce/2019-09/15/content_5430030.htm.

⁴⁹ In cinese 合署办公机构 (Hé shǔ bàngōng jīgòu). Si veda CHENG HU, *Dieci principali questioni di diritto amministrativo per la riforma della costituzione di agenzie congiunte del governo e del partito*, in *Law and Modernization* (Dǎng zhèng jīgòu hé shè hé shǔ gǎigé de shí dà xíngzhèng fǎ kèti, «fǎzhì xiàndàihuà yánjiū»), 2021, IV, pp. 139-156.

⁵⁰ In cinese 《深化党和国家机构改革方案》 disponibile all'indirizzo: http://www.gov.cn/zhengce/2018-03/21/content_5276191.htm#allContent. Sul tema si veda ZHANG LI, *Norme per uffici congiunti tra partito e agenzie governative: funzioni, problemi e ricostruzione*, in *Political Science and Law* (Dǎng zhèng jīguān hé shǔ bàngōng de biāozhǔn: Gōngnéng, wèntí yǔ zhòng gòu, «zhèngzhì yǔ fǎlǜ») 2018, VIII, pp. 72-82.

ribadisce l'importanza di «chiarire ulteriormente i confini delle competenze per garantire che il Partito e le agenzie governative svolgano i propri compiti e si assumano le proprie responsabilità»⁵¹.

L'autogoverno del Partito⁵² e la supervisione interna sono funzioni importanti in questa architettura del potere, e si esplicano attraverso un'attenta costruzione ideologica e organizzativa da parte di ogni cellula del Partito⁵³. Questo deve essere “gestito rigorosamente”⁵⁴, e il ruolo guida degli organi centrali va esercitato in modo unificato e controllato da un'apposita commissione di supervisione. Recita il principio «un paese, un Partito, e una guida centrale fondamentale»⁵⁵. Al centro dell'intera architettura del potere c'è Xi Jinping, che lo statuto del Partito individua come “leader centrale”, e che deve governare dando il buon esempio. Come lui stesso ha più volte ricordato: «Gli antichi dicevano, il popolo vede i funzionari come insegnanti. I funzionari rispettano o non rispettano la legge, studiano o non studiano la legge, obbediscono o non obbediscono alla legge, usano o non usano la legge, ciò che appare ai loro occhi si iscrive nei loro cuori, e sarà emulato nelle loro azioni»⁵⁶.

⁵¹ Il principio è ribadito nello «Schema del piano di lavoro per la formulazione dei regolamenti del partito centrale (2023-2027)» 《中央党内法规制定工作规划纲要(2023-2027年)》 disponibile al seguente indirizzo http://www.shaanxi.gov.cn/xw/sxyw/202304/t20230419_2282946.html.

⁵² In cinese 党要管党 (Dǎng yào guǎn dǎng).

⁵³ Si veda il Discorso alla riunione preparatoria della Settima Sessione Plenaria del XII Comitato Centrale del Partito disponibile all'indirizzo: http://www.gov.cn/test/2008-06/26/content_1028304.htm.

⁵⁴ In cinese 严治党 (Yán zhì dǎng).

⁵⁵ Il principio è contenuto nelle «Diverse linee guida sulla vita politica interna al partito nelle nuove circostanze», 《关于新形势下党内政治生活的若干准则》 disponibile all'indirizzo: <https://www.sxczdj.gov.cn/index.php/index/show/catid/54/id/20976>.

⁵⁶ Parole di Xi riportate al seguente indirizzo http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/zwgkztzl/xxxcgcxjpfzxs/fzsxllqy/202211/t20221123_467925.html. La cultura cinese è fortemente strutturata sul concetto del “modello” e del buon esempio. Si veda I. CARDILLO, *Governance and Quantification of Performance in China*, in M. BUSSANI, S. CASSESE, M. INFANTINO (eds.), *Comparative Legal Metrics: Quantification of Performances as a Regulatory Technique*, Leiden, Brill, 2023.

5. Conclusioni

Il progetto di Xi di riforma dello stato di diritto ridisegna la cornice istituzionale del rapporto Stato-Partito-Popolo, e ricalibra la relazione tra organi centrali e periferici, rafforzando gli strumenti istituzionali di controllo sui secondi sia dall'alto, che dal basso, migliorando la tutela dei cittadini. A livello ideologico, la rivendicazione più forte è quella di creare un modello cinese di stato di diritto e di modernizzazione.

Da una prospettiva occidentale, non è possibile accettare il "ri-fiuto" delle categorie occidentali così come sostenuto dall'élite cinese. Il pensiero giuridico occidentale è parte della cultura giuridica cinese attuale. La sua influenza nella formazione del giurista è innegabile e questo è un dato storico. La questione rilevante diventa allora come riuscire a misurare la sinizzazione del pensiero occidentale, compreso quello socialista, e come evidenziare quanto ereditato dalla tradizione cinese.

Un approccio storico-comparativo diventa necessario, e le rispettive categorie relative allo stato di diritto vanno decodificate e ricodificate guardando alle tipicità moderne e alle rispettive tradizioni. Solo in questo modo è possibile misurare la reale natura dello stato di diritto cinese e denunciare eventuali strumentalizzazioni ideologiche della tradizione da parte dell'élite di governo.

L'esperienza cinese di riflessione intorno al concetto di stato di diritto è sicuramente un laboratorio sperimentale di grande interesse per il comparatista.

LE SOPRAVVENIENZE CONTRATTUALI NELLA *MIXED JURISDICTION* DELLA LOUISIANA,
TRA RIGIDITÀ DEL SISTEMA E NECESSITÀ DI RIFORMA.
L'IPOTESI DELLA FORZA MAGGIORE

Angela Carpi*

1. *Introduzione*

Il diritto contrattuale della Louisiana riconosce il rimedio della forza maggiore solo nel caso in cui l'impedimento della prestazione sia fisicamente impossibile. Questa scelta sembra seguire l'approccio dei due sistemi che hanno originariamente fondato il diritto contrattuale in Louisiana, *mixed jurisdiction*¹ per eccellenza: da una parte il principio generale dell'*absolute contract* proprio del *common law* tradizionale, dall'altra il codice Napoleone che, originariamente, non aveva disciplinato la clausola *rebus sic stantibus* e più in generale aveva ritenuto pericoloso dar ingresso nel codice ai c.d. istituti equitativi². Tale reticenza,

* Professoressa associata, Università di Bologna.

¹ Sul diritto della Louisiana quale *mixed jurisdiction*, vs. *ex multis*, V.V. PALMER (ed.), *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; *Id.*, *Two Rival Theories of Mixed Legal Systems*, in *Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 3, pp. 7-33; *Id.*, *The Many Guises of Equity in a Mixed Jurisdiction: A Functional View of Equity in Louisiana*, in *Tulane Law Review*, 1994, vol. 69, n. 1, pp. 8-12; J.-R. TRAHAN, *The Continuing Influence of le Droit Civil and el Derecho Civil in the Private Law of Louisiana*, in *Louisiana Law Review*, 2003, vol. 63, pp. 1019-1066; J. ZEKOLL, *The Louisiana Private Law System: the Best of Both Worlds*, in *Tulane European & Civil Law Forum*, 1995, vol. 10, pp. 1-30; A. LEVASSEUR, V. FELIÙ, *The English Fox in the Louisiana Civil Law Chausse-Trappe: Civil Law Concepts in the English Language; Comparativists Beware!*, in *Louisiana Law Review*, 2009, pp. 716-747.

² V. il recente studio di S. ACETO, *Soppravvenienze contrattuali nel dinamismo della società globale: dalla crisi pandemica a quella energetica. La normazione interna-*

peraltro, è propria dei modelli di *civil law*, i quali nella loro formulazione originaria davano valore esclusivamente alla sopravvenuta impossibilità per legittimare la richiesta di risoluzione del contratto. Le altre fattispecie che ricorrono quando l'adempimento non è oggettivamente impossibile ma diventa economicamente più oneroso o privo di interesse per le parti, sono state oggetto di evoluzione giurisprudenziale, recepita solo di recente nel dettato codicistico, in occasione delle riforme dei codici tedesco e francese³.

Nonostante, quindi, quasi tutti gli ordinamenti consentano una certa flessibilità contrattuale in caso di circostanze sopravvenute e

zionale e le diverse soluzioni nazionali, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2023, n. 18, p. 781. L'elaborazione e l'affermazione del principio *pacta sunt servanda* e della clausola *rebus sic stantibus*, sono entrambe da attribuirsi al lavoro dei canonisti medioevali e alle pratiche commerciali. Sul tema v. V. JACOMETTI, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law. Profili di diritto comparato*, Torino, G. Giappichelli editore, 2022, p. 10, la quale rileva come la clausola non fosse in contrapposizione con il principio, ma ne rappresentasse un complemento naturale.

³ Il *code Napoléon* e il *BGB* sono stati riformati rispettivamente nel 2016 e nel 2022. In Germania la riforma ha colto l'occasione del recepimento di alcune direttive comunitarie in materia contrattuale per mettere mano in maniera organica al testo codicistico, riformando quanto risultava ormai vecchio e poco adeguato all'applicazione concreta. Sulla riforma del codice civile tedesco v. E. FERRANTE, *Il nuovo "Shuldrecht": ultimi sviluppi della riforma tedesca del diritto delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2001, n. 2, pp. 761-774; B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Oxford, Hart Publishing, 2006. Il dibattito per l'avvio della riforma in Francia è durato ben oltre un decennio, ma la spinta decisiva è venuta nel 2004 in coincidenza con le celebrazioni per i duecento anni del codice. Tra il 2005 e il 2013 vedono la luce tre progetti, l'ultimo dei quali, presentato dal Governo stesso, viene fermato dall'obiezione del Senato secondo la quale una riforma radicale del codice civile come quella presentata, non poteva essere delegata al Governo. Nel 2016, quindi, il Ministero della giustizia, riprendendo il lavoro dei progetti già circolati, elabora il testo definitivo dell'*ordonnance* che entra in vigore il 1 ottobre 2016. Sulla riforma del codice francese, vs., in lingua italiana, D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, pp. 432-445; A. FUSARO, E. GABRIELLI (a cura di), *La riforma dei contratti in Francia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2018, p. 1216 ss.; D. VALENTINO (a cura di), *La riforma del Code civil: una prospettiva italo-francese*, Napoli, ESI, 2018; F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, trad. italiana di C. PERFUMI e prefazione di C. AMATO, Torino, Giappichelli, 2021. Con particolare riferimento al tema delle sopravvenienze nell'ambito delle citate riforme, si v. V. JACOMETTI, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law. Profili di diritto comparato*, cit., pp. 19-48, per il diritto tedesco e pp. 49-68, per il diritto francese.

inaspettate, la Louisiana ha resistito strenuamente all'introduzione di rimedi quali la *impracticability* o l'*hardship*, senza adeguarsi alle tendenze internazionali ma continuando ad applicare rigidamente la teoria della forza maggiore: per poter sciogliere il contratto, quindi, anche in caso di disastro naturale, si richiede che le prestazioni siano fisicamente impossibili⁴. Sebbene il legislatore abbia tentato di mitigare la rigidità di questo principio, i risultati hanno avuto un impatto minimo, se non nullo: il diritto dei contratti della Louisiana continua a rappresentare un ostacolo per le parti colpite dai frequenti disastri naturali che colpiscono lo Stato⁵.

L'inadeguatezza del sistema della Louisiana è stata evidenziata dalla dottrina con riguardo non solo alla più recente pandemia ma anche agli eventi naturali imprevedibili, quali gli uragani, che hanno da sempre tormentato questa zona.

Con presente lavoro si intende verificare quali soluzioni adottate nei sistemi di *common law* e *civil law*, come la disciplina dell'*imprévision* proposta dal codice francese con la revisione del 2016, possano costituire un modello di riferimento per una riforma del diritto contrattuale della Louisiana che superi la teoria dell'assoluta impossibilità.

2. *La rigorosa applicazione della force majeure in Louisiana e le sue conseguenze*

Il dibattito sulle sopravvenienze, circostanze fattuali o giuridiche, estranee alla sfera di dominio delle parti, che – sopraggiungendo alla stipulazione di un contratto di durata – alterano il nesso si-

⁴ V. sul punto l'importante studio di S. LITVINOFF, *Force Majeure, Failure of Cause and Théorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond*, in *Louisiana Law Review*, 1985, vol. 46, pp. 1 ss.

⁵ Così C. TABOR, *Dusting Off the Code: Using History to Find Equity in Louisiana Contract Law*, in *Louisiana Law Review*, 2008, pp. 568-570, il quale con questo studio del 2008 ha proposto la revisione del codice civile della Louisiana mediante l'introduzione di 11 nuovi articoli nei quali disciplinare lo scioglimento del vincolo contrattuale nel caso di sopravvenute circostanze determinanti per l'esecuzione del contratto. V. anche S. LITVINOFF, *Force Majeure, Failure of Cause and Théorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond*, cit., p. 10.

nallagmatico tra le prestazioni corrispettive si è riaccesso a livello sia nazionale sia globale in occasione della recente pandemia, offrendo agli interpreti lo spunto per una rilettura dei rimedi previsti dal diritto dei contratti.

In Italia al netto di soluzioni adottate per talune fattispecie contrattuali, l'attuale impianto codicistico affida la soluzione in caso di rapporti alterati da sopravvenienze squilibranti allo strumento della risoluzione per impossibilità sopravvenuta (ex artt. 1256, 1463 e 1464. c.c.) o per eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 ss. c.c.). Rimedi, dunque, che mirano a sciogliere il vincolo contrattuale e i cui presupposti operativi sono disegnati dal legislatore e interpretati in giurisprudenza con estremo rigore; in tale prospettiva, appare significativo che lo stesso meccanismo della *reductio ad aequitatem* previsto dal terzo comma dell'art. 1467 c.c. per il caso di risoluzione per eccessiva onerosità sia sostanzialmente rimesso all'iniziativa della parte non gravata dello squilibrio, sicché esso, anziché essere considerato quale soluzione privilegiata, interviene soltanto dopo che sia stata richiesta la risoluzione⁶.

Per quanto riguarda la Louisiana, come detto *supra*, il sistema riconosce un rimedio soltanto nel caso in cui l'impedimento alla prestazione sia fisicamente impossibile.

Il rimedio della forza maggiore è un principio giuridico che in Louisiana esiste indipendentemente dall'espressa previsione di essa nel contratto. Le corti, cioè, vi ricorrono indipendentemente dal fatto che il contratto includa una clausola di forza maggiore. Tuttavia, se il contratto contiene tale clausola, ma la definizione di forza maggiore non include espressamente l'evento in questione, le corti non riconosceranno lo scioglimento del vincolo contrattuale.

Il codice civile della Louisiana del 1870 recepisce il modello di responsabilità contrattuale francese che a sua volta ha origine nel

⁶ D'altra parte la valorizzazione di rimedi per così dire manutentivi, convenzionalmente previsti o affidati, in ultima istanza, all'autorità giudiziaria, i quali, lungi dallo sciogliere un vincolo avente forza di legge *ex art* 1372 c.c., mantengono in vita i rapporti contrattuali squilibrati previa loro rinegoziazione, è avvenuta nel nostro ordinamento proprio con riguardo alla pandemia: si pensi agli interventi attuati dal legislatore dell'emergenza che, con norme pur frammentarie e disorganiche, hanno previsto rimedi volti a tentare di distribuire solidaristicamente tra le parti il costo della sopravvenienza.

principio canonico del *pacta sunt servanda*, con l'unica mitigazione della forza maggiore, che collega l'eventuale scioglimento del vincolo contrattuale all'assoluta impossibilità della prestazione.

Nel diritto della Louisiana, quindi, la forza maggiore è connessa con la teoria civilistica della causa quale elemento essenziale del contratto⁷. A questo proposito, l'art. di riferimento nel codice civile è il 1967 che stabilisce che la causa è la ragione per la quale una parte si obbliga, quindi se questa manca, l'obbligazione è inesistente⁸. L'impossibilità della prestazione comporta una circostanza che sconvolga la causa o la ragione stessa dell'obbligazione⁹.

Nel diritto francese la forza maggiore si attiva quando è impossibile resistere all'evento che si sta verificando, a condizione che le parti prendano ragionevoli precauzioni per evitarne le conseguenze, introducendo, quindi il concetto di prevedibilità, mentre nel diritto della Louisiana, per soddisfare i requisiti della forza maggiore, la prestazione deve essere effettivamente impossibile. L'effettiva impossibilità è ammessa solo qualora la prestazione sia fisicamente impossibile e sempre che l'impossibilità della prestazione non sia dovuta alla colpa del debitore¹⁰.

La dottrina francese moderna definisce l'*imprévision* come una situazione in cui un cambiamento imprevedibile delle circostanze rende un contratto squilibrato, ossia la cui esecuzione, date le nuove condizioni, diventa eccezionalmente difficile. Analogamente, la teoria americana della *impracticability* esonera il debitore dall'esecuzione quando un mutamento delle circostanze rende l'adempimento del debitore eccessivamente gravoso o oneroso.

⁷ Cfr. S. LITVINOFF, *Force Majeure, Failure of Cause and Théorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond*, in *Louisiana Law Review*, cit., p. 14.

⁸ L'art. 1967 recita «Cause is the reason why a party obligates himself. A party may be obligated by a promise when he knew or should have known that the promise would induce the other party to rely on it to his detriment and the other party was reasonable in so relying. Recovery may be limited to the expenses incurred or the damages suffered as a result of the promisee's reliance on the promise. Reliance on a gratuitous promise made without required formalities is not reasonable».

⁹ S. LITVINOFF, *Force Majeure, Failure of Cause and Théorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond*, in *Louisiana Law Review*, cit. p. 15.

¹⁰ V. per tutti, P. ESMEIN, A. PONSARD (eds.), *Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, in AUBRY ET RAUL, *Droit Civil Français*, Paris, 1975.

Il diritto della Louisiana differisce da entrambe queste dottrine perché non fornisce un rimedio per contratti che si rivelino eccezionalmente onerosi, ma, per potersi attuare, l'eccezione deve rispondere ad uno standard molto più elevato dei suoi parenti americani e francesi: la prestazione deve rivelarsi veramente, fisicamente impossibile. Peraltro, nell'applicazione giurisprudenziale dei principi sopra citati, le corti generalmente non considerano la *economic hardship* quale causa di forza maggiore.

Per meglio comprendere questo passaggio, nel paragrafo che segue si darà conto dell'evoluzione giurisprudenziale delle corti della Louisiana in materia.

3. *L'evoluzione giurisprudenziale*

Analizzando l'evoluzione giurisprudenziale della Corte suprema della Louisiana, si nota come la Corte abbia applicato il rimedio della forza maggiore in modo restrittivo in tutti precedenti che si sono succeduti, confermando tale orientamento nel tempo.

Il primo caso riguardante la forza maggiore è *Losecco vs. Gregory*, un caso del 1901 che si è rivelato particolarmente complesso per i giudici, tanto da meritare ben due revisioni¹¹. Le parti avevano convenuto la vendita di tutte le arance che gli alberi del convenuto avrebbero prodotto tra il 1899 e il 1900 per la cifra complessiva di 8.000 dollari. Purtroppo, però, la gelata del 1899 distruggeva sia il raccolto sia gli alberi del convenuto. La Corte inizialmente esonerava l'attore dal pagamento degli 8.000 dollari dovuti per le arance, motivando la decisione sulla carenza di causa¹². Con una prima revisione, tuttavia, la corte ribaltava completamente la propria precedente decisione¹³ argomentando come la gelata fosse in qualche

¹¹ *Losecco vs. Gregory*, La. 1901, 32 So. pp. 985 ss.

¹² La corte ha ritenuto che la clausola di assunzione del rischio fosse troppo ampia e che le parti avessero previsto che gli alberi fossero almeno esistiti. V. *Losecco vs. Gregory*, p. 988.

¹³ La regola 59 delle *Federal Rules of Civil Procedure* (edizione del 1 dicembre 2022 reperibile sul sito [federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0](https://www.federalcourts.gov/rule-59)).

modo prevedibile, così ponendo tale evento nell'ambito del normale rischio contrattuale¹⁴. Ma la Corte non si è fermata qui: ha ritenuto che l'attore dovesse pagare i 4.000 dollari relativi al raccolto del 1899, mentre era esonerato dal pagamento dei restanti 4.000 dollari per il raccolto del 1900.

Infine, con una seconda revisione, la Corte ha condannato l'attore al pagamento dell'intero importo di 8.000 dollari, argomentando come il contratto sottoscritto dalle parti fosse un particolare tipo contrattuale relativo alla vendita di cose future, che implica l'assunzione del rischio da parte dell'acquirente di non ottenere i beni oggetto del contratto¹⁵.

Una ventina d'anni dopo la decisione *Losecco*, la Corte Suprema della Louisiana ha deciso il caso *Sickinger vs. Board of Directors of Public Schools for the Parish of Orleans*¹⁶, in cui l'attore acconsentiva alla vendita del proprio terreno a patto che il convenuto provvedesse allo spostamento della casa dell'attore sul lotto adiacente. Quando un uragano distruggeva parzialmente l'immobile, il convenuto invocava la forza maggiore, ma la Corte sosteneva che il

pdf (uscourts.gov), ultimo accesso: 15 aprile 2023) concede la possibilità di *rehearing*, ossia la possibilità per le parti, a determinate condizioni, di chiedere la revisione di un giudizio da parte della stessa corte che lo ha emesso. Tale possibilità è concessa anche alla stessa corte nel termine di 28 giorni dalla pubblicazione della decisione e previa notifica alle parti.

¹⁴ Il contratto di cui al caso in esame è considerato un contratto aleatorio, ossia un contratto la cui esecuzione dipende da un evento futuro e incerto. V. C.C. LA, art. 1912. V. anche *Contrat Aléatoire*, *DICTIONARY OF THE CIVIL CODE* (1st ed. 2014): «A contract the object of which is to cause the performances of the parties to depend on an uncertain event, the occurrence or the result of which will be that one will realize a gain and the other will experience a loss, whether the contract has for its purpose the pursuit of a chance of gain to start with (gamble, wager, lottery) or the search for a guaranty against a risk of loss (insurance) (each party accepting for itself a chance of gain or loss as per an uncertain event)».

¹⁵ La definizione di vendita di cosa futura o, parafrasando dalla lettera del codice della Louisiana, vendita di aspettativa, è contenuta nell'art. 2451 del codice, il quale recita: «A hope may be the object of a contract of sale. Thus, a fisherman may sell a haul of his net before he throws it. In that case the buyer is entitled to whatever is caught in the net, according to the parties' expectations, and even if nothing is caught the sale is valid».

¹⁶ *Sickinger vs. Bd. of Dirs. of Pub. Sch. for the Parish of Orleans*, 85 So. 212, 212-13 (La. 1920).

convenuto si fosse accollato il rischio derivante dall'evento atmosferico e che quindi dovesse provvedere a ricostruire la casa¹⁷.

Poco tempo dopo, la corte decideva il caso *Dallas Cooperage & Woodenware Co. vs. Creston Hoop Co.*¹⁸, in cui il convenuto prometteva di consegnare all'attore dei dischi di olmo¹⁹. A causa delle abbondanti piogge, la prestazione diventava impossibile, ma la Corte Suprema riteneva che l'adempimento sarebbe stato comunque possibile tramite terzi e non riteneva il convenuto liberato dall'obbligazione.

Da queste prime decisioni emerge una visione ristretta della forza maggiore e si pongono le basi per un'interpretazione letterale dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione contrattuale²⁰.

Nel 1965, la famiglia Schenck firmò un contratto per l'ampliamento della loro casa nella parrocchia di St. Bernard al costo di 2.260 dollari. Un mese dopo la firma del contratto, quasi due metri d'acqua si riversarono nella casa. La costruzione dell'ampliamento era appena iniziata, e nessuno poteva prevedere la furia dell'uragano Betsy. Gli Schenck persero la maggior parte dei loro beni e dovettero investire i loro risparmi per ristrutturare la casa. Di conseguenza, la famiglia non poteva più permettersi l'ampliamento previsto dal contratto e si rifiutò di pagare il prezzo convenuto per i lavori. L'impresa edile citò in giudizio gli Schenck per ottenere il pagamento del lavoro svolto e la liquidazione dei danni. La Corte d'Appello della Louisiana, sebbene comprendesse la situazione, riteneva che la dottrina della forza maggiore della Louisiana fosse troppo rigida per liberare i convenuti dall'obbligazione contrattuale²¹. Nonostante un *obiter dictum* favorevole agli attori²², la Corte d'appello ha fondato

¹⁷ In narrativa, la Corte ammetteva che non ci fosse modo di prevedere l'uragano, tuttavia considerando la storia climatica della Louisiana, il rischio incombeva sul convenuto.

¹⁸ *Dallas Cooperage & Woodenware Co. vs. Creston Hoop Co.*, 109 So. 844 (La. 1926).

¹⁹ Utilizzati nella realizzazione delle botti.

²⁰ Sul tema si v. lo studio di C.R. HANDY, *No Act of God Necessary: Expanding Beyond Louisiana's Force Majeure Doctrine to Imprévision*, in *Louisiana Law Review*, 2019, vol. 79, pp. 241 ss.

²¹ *Schenck vs. Capri Construction co.*, 194 So., p. 378, La Ct. App., 1967.

²² V. la decisione Schenck, pp. 379-380.

la propria decisione sul precedente stabilito nel caso *Dallas Coopera-ge* e ha ritenuto che l'art. 1933 del c.c. si applicasse solo quando l'adempimento fosse effettivamente impossibile per chiunque e non soltanto eccessivamente oneroso.

Sebbene le corti in Louisiana si siano rimaste rigide sull'applicazione della forza maggiore, non può sfuggire come nei *dicta* i giudici stessi si mostrino via via sempre più comprensivi nei confronti delle parti inadempienti, il che suggerisce la necessità di maggiore flessibilità. Flessibilità che non può essere raggiunta se non mediante una riforma legislativa, poiché lo *stare decisis*, seguito rigidamente dalle corti della Louisiana, non riesce a rispondere a tale esigenza²³.

In seguito all'uragano Katrina, le controversie in materia di forza maggiore sono tornate alla ribalta²⁴. Anche se era già stata espressa dai giudici una esigenza di flessibilità, la Corte d'Appello ha continuato la tradizione della rigidità nell'applicazione della forza maggiore quale causa di scioglimento del vincolo contrattuale. Nella causa *Associated Acquisitions, L.L.C. vs. Carbone Properties*²⁵ il ricorrente possedeva una partecipazione nella Carbone, una società che stava costruendo un Hilton Inn a New Orleans. Dopo il danneggiamento dell'immobile a causa delle conseguenze dell'uragano Katrina, la Carbone ha sostenuto che l'aumento dei costi di costruzione rendeva impossibile il pagamento degli interessi su una cambiale a favore di Associated Acquisitions. La Carbone ha basato la propria argomentazione di impossibilità sul fatto che la banca avesse chiuso il prestito per la costruzione e che il contratto di franchising alberghiero fosse terminato. Ciononostante, la Corte si è pronunciata a favore di Associated Acquisitions, basandosi ancora una volta su *Dallas Coopera-ge* e anche sul caso *Schenck*, ritenendo che la Carbone dovesse pagare per intero gli interessi sulla cambiale perché il pagamento era in realtà possibile, nonostante la maggiore difficoltà.

²³ Così C.R. HANDY, *No Act of God Necessary: Expanding Beyond Louisiana's Force Majeure Doctrine to Imprévision*, cit., p. 250.

²⁴ Cfr. C.T. CHOCHÉLES, *No Excuses: Hurricanes and the "Act of God" Defense to Breach of Contract Claims*, in *Louisiana Bar Association Journal*, 2010, vol. 57, pp. 380 ss.

²⁵ *Associated Acquisitions, L.L.C. vs. Carbone Properties*, La C.A., 2007.

Nel 2008, nel caso *Payne vs. Hurwitz*²⁶, la Corte d'Appello ha ulteriormente confermato quanto stabilito nelle decisioni precedenti: qui il veditore di un contratto per l'acquisto di un immobile si rifiutava di eseguire l'accordo concluso prima dell'uragano Katrina in quanto non era riuscito a finire le riparazioni dei danni causati dall'uragano stesso.

La Corte ha ritenuto che l'impossibilità di eseguire fosse causata dalla mancante rinegoziazione del contratto dovuta alla mala fede del venditore, piuttosto che dall'uragano Katrina. Nel decidere a favore degli acquirenti i giudici hanno fatto riferimento ai precedenti, al trattato sul diritto civile della Louisiana del Prof. Litvinoff e sulla buona fede²⁷. Questa decisione se da un lato mostra la volontà e la capacità dei giudici della Louisiana di utilizzare la forza maggiore quale causa di scioglimento contrattuale in combinazione con la buona fede²⁸, tuttavia mostra anche come la buona fede abbia rafforzato, più che mitigare, la rigidità della forza maggiore.

I casi che si discostano dalla rigidità sopra descritta sono pochi. Un esempio viene da un tribunale federale statunitense: nella causa *Continental Oil Co. vs. Crutcher*²⁹ la corte, nell'attuare il diritto della Louisiana, ha ritenuto che un aumento del 500% del prezzo del gas naturale fosse «probabilmente qualificabile come evento di forza maggiore» ai sensi di un contratto di gas *take-or-pay*, e quindi giustificasse l'inadempimento della parte inadempiente.

4. La forza maggiore e la pandemia di COVID-19

Il rigoroso requisito dell'assoluta impossibilità della prestazione richiesto dai giudici della Louisiana per l'applicazione della forza maggiore è particolarmente rilevante nel contesto della recente pan-

²⁶ *Payne vs. Hurwitz*, La. C. App., 978, 2008, pp. 1000 ss.

²⁷ V. pp. 1005-1007 della decisione. In questo caso la decisione, diversamente da quelle analizzate *supra*, tutela la parte più debole pur mostrando ancora una volta un approccio inflessibile dei giudici riguardo alla forza maggiore.

²⁸ L'utilizzo della buona fede nell'interpretazione delle clausole contrattuali è anche teorizzato nel c.c. della Louisiana all'art. 1759.

²⁹ *Continental Oil Co. vs. Crutcher*, 434 F. Supp. 464 (E.D. La. 1977).

demia di COVID-19, la quale ha ritardato, più che rendere assolutamente impossibile una prestazione³⁰.

Come abbiamo visto, in Louisiana la forza maggiore è un principio giuridico che esiste indipendentemente dai termini del contratto; in altre parole, le Corti applicano la teoria indipendentemente dal fatto che il contratto includa una clausola di forza maggiore. Tuttavia, se il contratto non definisce una clausola di forza maggiore, o se la definizione di forza maggiore non include altrimenti l'evento in questione (le pandemie sono raramente incluse), i tribunali della Louisiana limitano tradizionalmente l'applicazione della dottrina alle situazioni in cui gli ostacoli rendono l'esecuzione effettivamente impossibile.

Il codice civile della Louisiana chiama questi ostacoli eventi fortuiti, che l'articolo 1875 definisce come eventi che, al momento della stipula del contratto, non potevano essere ragionevolmente previsti. Ma l'imprevedibilità è solo una parte dell'equazione. Affinché l'evento imprevedibile costituisca una causa di forza maggiore, l'articolo 1873 specifica che l'evento deve rendere impossibile la prestazione: «Il debitore non è responsabile del suo inadempimento quando questo è causato da un caso fortuito che rende impossibile la prestazione»³¹.

Come abbiamo visto, le Corti della Louisiana di solito non hanno considerato le difficoltà economiche come una causa di forza maggiore sufficiente per considerare sciolto un vincolo contrattuale.

Per quanto riguarda lo scioglimento del contratto per forza maggiore in connessione con la recente pandemia di COVID-19, possono essere utili alcuni casi di inadempimento contrattuale occorsi nel 1842 durante un'epidemia di febbre gialla³².

Nel caso *William Roley Glover vs. Samuel T. McAllister*³³, ad esempio, gli attori, armatori di un piroscafo, avevano stipulato un

³⁰ V. M.R. SISTRUNK, L.A. TAFARO, *State of Louisiana Force Majeure Compendium (during COVID-19 pandemic)*, US Law Network inc., 2020.

³¹ Art. 1873 c.c. della Louisiana, traduzione di chi scrive.

³² Si stima che tra il 18017 e il 1905 la febbre gialla in Louisiana abbia ucciso circa 41.000 persone. V. J.A. CARRIGAN, *Impact of Yellow Fever on Life in Louisiana*, in *Louisiana History*, 1963, pp. 5 ss.

³³ *William Roley Glover vs. Samuel T. McAllister*, 2 Rob. (La.) 161, 1842 WL 1652.

contratto per rimorchiare la nave del convenuto da New Orleans a Natchez il giorno successivo per la cifra pattuita di 900 dollari. Il piroscafo era in fase di riparazione e non poteva partire immediatamente. Più tardi, lo stesso giorno, su insistenza dei suoi passeggeri, il capitano della nave partì in anticipo con un altro piroscafo, che poteva garantire una partenza immediata. L'urgenza era dettata dal fatto che in quel momento la febbre gialla imperversava in città con grande violenza e anche una sola ora di ritardo avrebbe potuto mettere in serio pericolo la vita dei passeggeri e dell'equipaggio. Il giudice ha ritenuto che sebbene fosse rinvenibile un inadempimento contrattuale, tale inadempimento era da considerarsi giustificato viste le circostanze eccezionali. Di conseguenza, il giudice ha ridotto la richiesta danni degli attori a quelli che ha definito *naked damages*, una espressione che la Corte Suprema utilizzava per intendere quei danni effettivamente sostenuti, senza tener conto dei profitti persi, ossia il giudice ha limitato il risarcimento al solo danno emergente. La Corte Suprema della Louisiana ha confermato la decisione.

Pertanto, la prevenzione della febbre gialla non è stata trattata come una forza maggiore, che avrebbe giustificato la violazione del contratto, ma è stata considerata come una questione equitativa nella valutazione dei danni per l'inadempimento contrattuale³⁴.

I casi analizzati in materia di forza maggiore nell'ambito di un inadempimento contrattuale causato dalle conseguenze della recente pandemia di COVID-19 non si discostano molto dai già citati precedenti, tuttavia le Corti mostrano una, timida, maggiore flessibilità, anche se spesso i giudizi a favore dei ricorrenti non sono direttamente connessi con la forza maggiore.

Nella causa *Richards Clearview, LLC. vs. Bed Bath & Beyond, Inc.*³⁵, ad esempio, la corte ha deciso in favore del locatario di un

³⁴ Cfr. J. MARULLO, L. SPRINGER BROWN, *Revisiting Force Majeure: The Texas and Louisiana Perspectives*, in *The Energy Law Blog. Insight and Analysis of Legal Issues Impacting the Energy Industry*, disponibile sul sito <https://www.theenergylawblog.com/2020/03/articles/energy/energy-natural-resources/covid-19-as-a-force-majeure-the-texas-and-louisiana-perspectives/> (ultimo accesso: 20 aprile 2023).

³⁵ *Richards Clearview, LLC. vs. Bed Bath & Beyond, Inc.*, 2020 WL 5229494 (E.D. La 2 settembre 2020), confermata in appello dalla *U.S. Court of Appeals for the 5th Circuit* (causa n. 20-30614) l'8 marzo 2021.

esercizio commerciale contro il proprietario. Preme, tuttavia precisare innanzi tutto che il contratto conteneva una clausola di forza maggiore in base alla quale l'inadempimento poteva essere scusato nel caso in cui fosse stato causato da «scioperi, insurrezioni, terremoti, uragani o tornado [...] o altre ragioni di natura analoga che sfuggano al ragionevole controllo delle parti». Inoltre, in entrambi i gradi di giudizio determinante per i giudici è stato il fatto che il locatario, pur non avendo pagato due mesi di affitto, si fosse più volte e con solerzia offerto di pagare non appena ricevuta la notifica di sfratto.

Quindi, sebbene la clausola di forza maggiore non includesse esplicitamente regolamenti o restrizioni governative tra gli eventi enumerati, il tribunale ha comunque applicato la clausola alla pandemia COVID-19, mostrando maggiore flessibilità rispetto al passato.

5. *Verso una riforma del mutamento sopravvenuto di circostanze*

Nonostante uno dei padri della revisione del 1984 del codice civile della Louisiana, il Prof. Litvinoff, abbia sostenuto con forza l'opportunità di mitigare la rigidità di applicazione del rimedio della forza maggiore ex art. 1873, tali istanze non sono mai state recepite³⁶.

Del resto, se la casa del sig. Sickinger si fosse trovata in altro Stato americano, il Board of Education³⁷ avrebbe potuto invocare l'*impracticabilty* dello *Uniform Commercial Code* e del *Restatement on Contract*, applicabili in tutti gli stati americani salvo la Louisiana³⁸.

Si potrebbe sostenere che il forte radicamento della Louisiana al diritto francese abbia reso piuttosto difficile tracciare un percorso

³⁶ Cfr. S. LITVINOFF, *Force Majeure, Failure of Cause and Théorie de l'Imprévision: Louisiana Law and Beyond*, cit. Sul punto e negli stessi termini del Prof. Litvinoff, vs. il recente studio di V.V. PALMER, *The Sanctity of Promises in A Capital of Force Majeure: Hurricanes, Pandemics and the Doctrine of Impossibility Under Louisiana Law*, in *Journal of International and Comparative Law*, 2023, pp. 45-62.

³⁷ V. *supra*, il caso *Sickinger vs. Board of Directors of Public Schools for the Parish of Orleans*, nota 15.

³⁸ V. V. PALMER, *The Sanctity of Promises in A Capital of Force Majeure: Hurricanes, Pandemics and the Doctrine of Impossibility Under Louisiana Law*, cit., p. 50.

più liberale di quello del sistema madre. Ancora nella metà del 1800, infatti, la Francia stessa sosteneva una versione rigida del principio *pacta sunt servanda* se confrontato con gli altri sistemi dell'Europa continentale. La sua Corte suprema, la *Cour de Cassation*, si rifiutava categoricamente di rivedere i contratti tra privati cittadini e non concedeva lo scioglimento del vincolo contrattuale se non per motivi di estrema difficoltà. Rifiutava, cioè, la teoria dell'*imprévision*, anche se il Consiglio di Stato l'aveva adottata per i contratti di diritto pubblico.

Un famoso *arrêt* reso dalla *Cour de Cassation* nel 1876 stabilì che un contratto non avrebbe potuto essere modificato, per quanto sproporzionato e iniquo fosse diventato a causa delle mutate circostanze³⁹.

Dopo la riforma del *Code Civil*, tuttavia, anche in Francia le cose sono cambiate, avvicinando il sistema alla maggior parte degli ordinamenti europei e non⁴⁰. Ora l'*imprévision* dell'art. 1195 stabilisce che il debitore, in circostanze di grave difficoltà, possa chiedere alla controparte la rinegoziazione del contratto e qualora questa fallisca, le parti potranno concordemente sciogliere il vincolo contrattuale, o chiedere al giudice di modificare secondo equità le condizioni contrattuali⁴¹.

³⁹ Ci si riferisce al famoso *Arrêt del Canal de Craponne* del 6 marzo 1876 dove la Corte di cassazione francese ha negato l'adeguamento del prezzo che i contadini dovevano pagare agli eredi dell'ingegnere che aveva costruito un canale di irrigazione nel 1567 che consentiva le colture in una determinata area. Nella motivazione si legge che non è compito dei giudici modificare gli accordi tra le parti a causa del mutare dei tempi e delle circostanze o inserire nuovi termini in sostituzione di quelli liberamente accettati dalle parti di un contratto, anche se sembrerebbe giusto farlo. In effetti, la teoria del mutamento di circostanze deriva dal diritto canonico e non è stata recepita nel *code* del 1804. V. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, The Hague, Kluwer, 1992.

⁴⁰ Il rimedio è riconosciuto in Germania, Francia, Grecia, Austria, Italia, Polonia, Ungheria, Portogallo, Olanda, Svizzera, Russia, Argentina, Brasile, Perù, Columbia, Giappone e Egitto. K.P. BERGER, D. BEHN, *Force Majeure and Hardship in the Age of Corona: A Historical and Comparative Law Study*, in *McGill Journal of Dispute Resolution*, 2019-2020, pp. 78 ss.

⁴¹ L'art. 1195 *code civil*, stabilisce che «Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la re-

Il diritto della Louisiana sembra essere rimasto isolato: una riforma è, dunque auspicabile? Se sì, quali possono essere i potenziali modelli di riferimento?

La rigida teoria della *impossibility* del *common law* inglese più risalente traduce una regola molto simile alla teoria della forza maggiore della Louisiana.

L'*impossibility* richiedeva essenzialmente una vera e propria impossibilità fisica, secondo la quale gli unici motivi per cui le parti non erano vincolate all'adempimento erano: contratti illegali o immorali, morte del promissario e distruzione fisica, totale, del bene oggetto del contratto⁴². Nel diritto contrattuale inglese, infatti, una promessa impossibile è comunque valida e la mancata esecuzione della stessa, dà diritto al risarcimento danni⁴³.

La successiva teoria della *frustration* inglese ha dato il via all'espansione dell'impossibilità nel *common law*, prevedendo la possibilità di sciogliere un vincolo contrattuale laddove le circostanze si rivelassero completamente diverse da quelle originariamente previste alla stipula dell'accordo⁴⁴.

négociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe». L'*imprévision* era stata riconosciuta dal diritto francese per un breve periodo durante la seconda guerra mondiale. V. sul punto C. PÉDAMON, R. VASSILEVA, *Contractual Performance in Covid-19 Times: Does Anglo-French Legal History Repeat Itself?*, in *European Review of Private Law*, 2021, pp. 3 ss.

⁴² Cfr., *ex multis*, E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, New York, Aspen & Business, 2004; v. anche G. TREITEL, *Frustration and Force Majeure*, London, Sweet & Maxwell, 2004, p. 2.

⁴³ Così è stato affermato dal Chief Justice Holt, nel caso *Thornborrow vs. Whitacre* del 1706: «When a man will for a valuable consideration undertake to do an impossible thing, though it cannot be performed, yet he shall answer in damages». Cit. da V. PALMER, *The Sanctity of Promises in A Capital of Force Majeure: Hurricanes, Pandemics and the Doctrine of Impossibility Under Louisiana Law*, cit., p. 55.

⁴⁴ Come è noto il primo caso in cui i giudici inglesi hanno riconosciuto la *frustration* di un contratto è *Taylor vs. Caldwell* ([1863] 3 B&S 826), a cui sono seguiti i famosi *coronation cases* (tra i quali si ricorda *Krell vs. Henry*, [1903] 2 K.B. 740) che hanno consolidato la *frustration of purpose* quale motivo di scioglimento del vincolo contrattuale. Nel ricordare che anche oggi le Corti inglesi non concedono spesso lo scioglimento del vincolo contrattuale, si rileva come vi sono 5 principi guida che le corti inglesi seguono per utilizzare la *frustration*: (1) la *frustration* ri-

È chiaro, quindi, che nel diritto inglese esiste una nozione di impossibilità della prestazione, ma questa deriva da una analisi del contratto, dall'esame delle clausole – anche implicite – che le parti hanno indicato nell'accordo. Si tratta di ricercare nel contratto le ragioni che facciano ricadere il rischio su una parte o sull'altra⁴⁵.

Sebbene i tribunali americani abbiano mantenuto i principi inglesi della *frustration*, negli Stati Uniti la dottrina si è evoluta nella *commercial impracticability*⁴⁶, che è stata recepita nello *Uniform Commercial Code*, al § 2-615, il quale stabilisce che non si verifichi

duce l'ingiustizia; (2) le corti dovrebbero raramente invocare la *frustration* perché annulla l'intero contratto; (3) la *frustration* pone fine al contratto immediatamente; (4) la *frustration* non può essere autoindotta; e (5) la *frustration* non può essere causata dalla colpa di una delle parti (*no self induced frustration*). Sulla *frustration* v. E. MCKENDRICK, *Force Majeure and Frustration of Contract*, Colchester, Lloyd's of London Press Ltd., 1991. Negli Stati Uniti, la *frustration* è stata ulteriormente distillata in tre elementi: (1) lo scopo principale del contratto deve essere distrutto; (2) la *frustration* deve essere sostanziale; e (3) il presupposto durante la formazione del contratto deve essere stato tale per cui l'evento non si sarebbe verificato. V. AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement (second) on Contracts*, aggiornamento del giugno 2017, § 265.

⁴⁵ Come si può notare dai ben noti casi di richiesta di scioglimento del contratto a causa della chiusura del Canale di Suez, dove talvolta i giudici hanno riconosciuto l'impossibilità della prestazione, ma solo nel caso in cui il contratto prevedesse espressamente la spedizione delle merci attraverso una particolare via marittima, come il Canale di Suez, poi chiuso per decreto governativo. La prestazione è dunque impossibile, ma solo perché il contratto l'ha resa tale, in quanto esistono e potrebbero essere percorse vie alternative. Cfr. V. PALMER, *The Sanctity of Promises in A Capital of Force Majeure: Hurricanes, Pandemics and the Doctrine of Impossibility Under Louisiana Law*, cit., p. 55.

⁴⁶ L'*impracticability* americana ha origine in un caso del 1916 deciso dalla Corte suprema della California, *Mineral Park Land co. vs. Howard*, dove la Corte ha deciso in favore dei ricorrenti, ritenendo che la rimozione di una grossa quantità di ghiaia sommersa dall'acqua avesse dei costi esorbitanti. A dire il vero, visto che la ghiaia si trovava già sotto l'acqua al momento della conclusione del contratto, la decisione avrebbe dovuto invocare l'errore e non l'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma probabilmente la Corte ha invocato l'*impracticability*, coniandola, viste le difficoltà probatorie in materia di errore. In materia di *impracticability*, va poi menzionato il famoso caso ALCOA (*Aluminum Corp. of America vs. Essex Group Inc.*, 1980), un caso del 1980 deciso dalla Corte federale distrettuale della Pennsylvania. Qui la Corte ha ritenuto che l'incremento del costo dell'elettricità avesse reso la prestazione eccessivamente onerosa e ha ridotto il prezzo concordato tra le parti. La decisione è stata molto controversa, vista l'inusuale ingerenza della Corte nel contratto, tanto è vero che non ha avuto grande seguito nel *case law* americano. Per una ricostruzione puntuale, v. C.R. HANDY, *No Act of God Necessary: Expanding Beyond Louisiana's Force Majeure Doctrine to Imprévision*, cit., p. 260.

alcuna violazione del contratto quando un evento non previsto al momento della formazione dell'accordo renda eccessivamente oneroso l'adempimento. Qui parola chiave è la prevedibilità, che diventa paradigma per attenuare la già menzionata rigidità del sistema di *common law* quanto a scioglimento del contratto⁴⁷.

Un altro modello da considerare nell'ipotesi di una modifica del diritto della Louisiana è il codice francese che, dopo la riforma del 2016, traccia una netta distinzione tra *imprévision* e forza maggiore, evitando in questo modo di ampliare la portata della forza maggiore, la quale continua a governare le situazioni di stretta impossibilità, mentre l'*imprévision* è inserita come un diritto nuovo e autonomo⁴⁸.

I redattori dell'art. 1195 hanno indicato tre presupposti per l'attivazione del rimedio: (1) l'alterazione sostanziale dell'equilibrio delle prestazioni contrattuali (2) che rende il contratto profondamente sbilanciato a causa di un mutamento di circostanze ragionevolmente imprevedibili o (3) che rende il contratto eccessivamente oneroso.

6. Conclusioni

Diversi studiosi della Louisiana, a partire dal già citato Prof. Litvinoff auspicano una riforma delle sopravvenienze contrattuali in Louisiana e la maggior parte di loro guarda all'*imprévision* francese come il modello da seguire in quanto permette la conservazione del

⁴⁷ Si noti come le Corti della Louisiana, chiamate ad applicare lo *UCC* sono comunque poco propense a concedere lo scioglimento del contratto: si v. il caso *Louisiana Power & Light Co. vs. Allegheny Ludlum Industries, Inc.*, un caso del 1981 deciso dalla Corte federale della Louisiana che, pur riconoscendo la potenziale applicabilità del § 2-615 *UCC* al caso di specie, vista la scelta delle parti di sottomettere il contratto al diritto dello Stato di New York, non ha comunque riconosciuto al convenuto la possibilità di rescindere dal contratto, nonostante un aumento del 38% del prezzo rispetto a quanto originariamente pattuito.

⁴⁸ Ciò significa che le circostanze che rendono l'esecuzione effettivamente impossibile esulano dallo spettro di azione dell'*imprévision* e saranno regolati dalla forza maggiore. Questa impostazione segue altri modelli tra cui quello italiano (art. 1467 c.c.) e quello presentato dai principi Unidroit (artt. 7.1.7 e 6.2.2). V. P. ANCEL, *Imprévision*, in *Répertoire de droit civil*, Paris, Dalloz, 2017.

contratto, mantiene anche la forza maggiore come rimedio utilizzabile e separato. Inoltre, lasciando intatta la giurisprudenza in materia di forza maggiore, assicura coerenza alla normativa mantenendo l'attuale art. 1873 del codice civile della Louisiana⁴⁹.

Il Prof. Palmer, nel suo recente scritto, argomenta come il Codice dovrebbe sostituire il requisito ristretto e quasi assoluto di impossibilità con il concetto più flessibile e pragmatico di *impracticability* sviluppato nello *Uniform Commercial Code* e nel *Restatement Second of Contract*, concetto che può tenere conto degli estremi disagi e oneri finanziari causati da eventi sopravvenuti. Il Prof. Palmer, poi, ritiene che dovrebbe essere inserita nel diritto della Louisiana la difesa del mutamento delle circostanze, l'*imprévision* francese appunto, delineando nel nuovo articolo del codice i confini di questa ipotesi in maniera dettagliata⁵⁰.

In uno stato come la Louisiana in cui i disastri naturali sono sempre più frequenti, appare necessario adottare soluzioni che consentano sia la prosecuzione delle obbligazioni contrattuali sia la tutela dei contraenti laddove un mutamento drastico e imprevedibile delle circostanze renda le prestazioni eccessivamente onerose per le parti.

⁴⁹ Di questo avviso sia C.R. HANDY, *No Act of God Necessary: Expanding Beyond Louisiana's Force Majeure Doctrine to Imprévision*, cit., pp. 274 ss., sia V. PALMER, *The Sanctity of Promises in A Capital of Force Majeure: Hurricanes, Pandemics and the Doctrine of Impossibility Under Louisiana Law*, cit., pp. 57 ss.

⁵⁰ Cfr. V. PALMER, *The Sanctity of Promises in A Capital of Force Majeure: Hurricanes, Pandemics and the Doctrine of Impossibility Under Louisiana Law*, cit., p. 58.

VIZI PRIVATI E MERCATI MONDIALI.
LE REGOLE NAZIONALI SUI GIOCHI D'AZZARDO
ALLA PROVA DELLA GLOBALIZZAZIONE

*Nadia Coggiola**

1. *Introduzione*

Il tema oggetto di questi scritti è quello dell'influsso che la globalizzazione può avere sulle regole operative in materia di contratti di gioco e scommessa, gli ostacoli che questa può incontrare, e le barriere che taluni stati cercano di erigere alla diffusione delle attività di gioco e scommessa online.

Con il termine globalizzazione, tra le sue numerose possibili accezioni, si vuole qui fare riferimento ai fenomeni di globalizzazione economica, ovvero a quei fenomeni di diffusione e di omogeneizzazione anche giuridica che trovano la loro spinta propulsiva in ragioni economiche, e che sono largamente determinati dall'inarrestabile aumento della circolazione di beni e servizi tra diversi paesi ai quali abbiamo assistito negli ultimi tempi.

Tali fenomeni hanno sovente sostanzialmente scardinato le barriere imposte dai diversi stati nazionali, senza riguardo alle ragioni, dichiarate o reali, economiche, sociali, culturali o morali, sulla base delle quali tali barriere erano fondate. Con la conseguenza che i diversi sistemi giuridici sono stati costretti a modificare, talora anche profondamente, la disciplina dei contratti di gioco e scommessa, per adattarla alle mutate condizioni, sebbene tale fe-

* Professoressa associata, Università di Torino.

nomeno non abbia avuto luogo dovunque con le stesse intensità e tempistiche.

Quando si tratta il tema dell'impatto della globalizzazione sui contratti di gioco e scommessa si deve infatti tenere presente che tali contratti sono tradizionalmente sempre stati caratterizzati da una sorta di "specialità", e pertanto disciplinati sulla base del presupposto che la loro regolamentazione dovesse tenere in considerazione anche le sensibilità e le tradizioni culturali e morali della società cui tali norme erano indirizzate. Tale ricostruzione è tuttora largamente presente in numerosi sistemi giuridici, sebbene non siano altresì rari i casi in cui tale pretesa specialità dei contratti di gioco e scommessa si rivela, ad uno sguardo maggiormente attento, un camuffamento di ragioni essenzialmente economiche.

La contemporanea esigenza di limitare le attività di gioco e scommessa a determinati ambiti, spaziali o temporali, anche per scoraggiare le stesse, e quella di consentirle, quando si conformino a determinati criteri prefissati, hanno condotto nel tempo all'elaborazione di sistemi che, in modi diversi, tendono non a proibire le attività di gioco e scommessa, ma a regolarne l'esercizio, scoraggiando a mezzo di strumenti giuridici, quando possibile, quei comportamenti e quelle conseguenze che sono reputati indesiderati.

Tale scelta è peraltro giustificata dal fatto che spesso la proibizione totale dell'attività ludica può risultare di gran lunga più costosa dei vantaggi che generalmente ne conseguono.

Gli esempi storici di cui disponiamo ci segnalano altresì che l'influenza delle considerazioni extra giuridiche sui contratti di gioco e scommessa non sempre è stata pienamente riconosciuta dagli stessi operatori del diritto, i quali hanno frequentemente teso a mascherare le stesse sotto la pretesa di ragionamenti puramente giuridici o sulla base di ragioni morali.

L'ambivalenza dei legislatori, intrappolati tra contrastanti esigenze, di solito principalmente allo stesso tempo proteggere i giocatori e il loro patrimonio da perdite rovinose, controllare il mercato del gioco per prevenire il gioco illecito, trarre profitto dalle attività di gioco per finanziare progetti di pubblico interesse, e spesso anche rispettare determinati precetti religiosi o culturali, è sempre sta-

ta un elemento caratterizzante della disciplina in materia di gioco e scommessa¹.

La necessità di disciplinare i contratti di gioco e scommessa ha pertanto spesso condotto alla creazione di meccanismi di regolazione giuridica, che danno generalmente vita, all'interno di un sistema giuridico che invece di regola li proibisce, a spazi fisici o settori nei quali la conclusione di determinati contratti di gioco o scommessa è consentita.

Tale disciplina dei contratti di gioco e scommessa, elaborata sulla base di valutazioni che tengono principalmente in considerazione la cultura, le tradizioni sociali e giuridiche e gli interessi economici dello Stato e dei suoi cittadini, rischia spesso inevitabilmente di confliggere con quei fenomeni di globalizzazione economica che ignorano qualsiasi specificità culturale o morale o comunque locale.

Come nel caso appunto dei servizi di giochi e scommesse online, che sono offerti indifferentemente a tutti i soggetti interessati, senza riguardo alla loro nazionalità o condizione. Tali servizi consentono infatti teoricamente a qualunque giocatore di giocare o fare scommesse con operatori ubicati in ogni parte del mondo, purché si disponga di una connessione internet.

Di fronte a tale nuovo contesto, le reazioni degli Stati sono state le più diverse.

Due esperienze a mio parere interessanti sono quelle, peraltro antitetiche, degli Stati Uniti e dell'Unione Europea. Dall'esame di tali esperienze è infatti come vedremo possibile inferire che i fenomeni di globalizzazione economica in materia di giochi e scommesse non influiscono nella stessa misura su tutti i sistemi giuridici, ma al contrario possono essere se non fermati perlomeno rallentati in quei sistemi che offrono delle forti resistenze culturali, sociali, politiche o anche legislative, come negli Stati Uniti, mentre trovano terreno fertile in quei sistemi giuridici che siano già predisposti verso l'applicazione di meccanismi di libera circolazione di beni e servizi in generale, come accade nell'Unione Europea.

¹ Per primi approfondimenti sul tema, mi permetto di rinviare al mio volume, N. COGGIOLA, *I contratti di gioco e scommessa. Percorsi evolutivi dal Codice Civile alla disciplina consumeristica*, Torino, Giappichelli, 2022.

La nostra analisi si concentrerà quindi dapprima sull'effetto che ha avuto il diffondersi dei contratti di gioco e scommessa online offerti da società ubicate al di fuori dei confini statunitensi sulla assai restrittiva disciplina degli Stati Uniti in materia di contratti di gioco e scommessa online. Successivamente, si indagherà invece su come la disciplina dell'Unione Europea, principalmente in materia di libera circolazione di servizi, sia stata applicata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in una serie di casi nazionali, e su come tale disciplina abbia spesso modificato la disciplina nazionale.

Sulla base di tali elementi, si porrà in evidenza come i contratti di gioco e scommessa, tradizionalmente raffigurati come contratti la cui disciplina dipende in larga parte da considerazioni culturali e morali, in realtà sono e possono altresì essere fortemente condizionati da ragioni economiche, come nel caso, appunto della crescente globalizzazione economica e della conseguente espansione dei contratti di gioco online.

2. *La resistenza degli Stati Uniti davanti alla globalizzazione dei contratti di gioco e scommessa*

Nel panorama internazionale gli Stati Uniti offrono allo studioso l'esempio di un sistema fortemente improntato a proibizioni e restrizioni in materia di contratti di gioco e scommessa dettate da ragioni principalmente morali, le quali trovano assai probabilmente il loro fondamento nelle radici puritane della cultura, anche giuridica, statunitense².

Per meglio comprendere il contesto culturale e giuridico, è infatti importante ricordare che la disciplina in materia di gioco e scommessa negli Stati Uniti è stata tradizionalmente connotata, nel XIX e XX secolo, da un atteggiamento fortemente influenzato da quello che venne chiamato il "Victorian compromise", ovvero un atteggiamento

² Per una prima introduzione al tema, tra gli altri, P. RAENTO, D.G. SCHWARTZ (eds.), *Gambling, Space, and Time: Shifting Boundaries and Cultures*, Reno, University of Nevada Press, 2011; A. WOLFE, E.C. OWENS (eds.), *Gambling: Mapping the American Moral Landscape*, Waco (Tex.), Baylor University Press, 2009.

mento ufficiale severo nei confronti dei comportamenti amorali, unito ad una accettazione *de facto* di molti comportamenti discutibili, quando questi erano posti in essere in un modo che incontrava il favore delle classi dominanti³.

Riassumendo in breve tali vicende storiche si può ricordare che alla fine del 1800 l'ultima ondata di puritanesimo negli Stati Uniti, nella sua crociata nei confronti dell'indecenza e dell'oscenità, prese di mira, oltre all'alcool, con la nota proibizione sulla produzione e vendita dell'alcool introdotta dal XVIII emendamento costituzionale, anche il gioco d'azzardo⁴. Conseguentemente nel 1890 il Congresso dichiarò illegale la spedizione di biglietti della lotteria per mezzo del servizio postale e il gioco d'azzardo divenne progressivamente illegale in tutti gli Stati degli Stati Uniti⁵, 35 dei quali modificarono le loro Costituzioni, inserendovi il divieto di gioco d'azzardo.

A partire dal 1931 si assistette tuttavia ad un progressivo movimento di liberalizzazione del gioco d'azzardo, iniziato con la liberalizzazione dei casinò in Nevada. Gli Stati che gestiscono lotterie statali sono ormai assai numerosi e si assiste oggi ad una generale fioritura delle attività di gioco e scommessa, disciplinate da un complicato patchwork di leggi statali e generalmente organizzate in forma di monopolio statale.

Tuttavia, nei casi in cui i giochi e le scommesse o le attività a queste correlate si svolgono tra Stati diversi o al di fuori dei confini statunitensi, la disciplina in materia è regolata, oltre che dai singoli legislatori statali, anche dal legislatore federale.

Inevitabilmente, questo meccanismo si è scontrato, a partire dalla fine del secolo scorso, con la sempre più ricca offerta di giochi e scommesse online, rivolta a soggetti residenti negli Stati Uniti da parte sia di operatori ubicati negli Stati Uniti che da operatori ubicati invece al di fuori di questi.

³ J.C. TATE, *Gambling, Commodity Speculation, and the "Victorian Compromise"*, in *Yale J.L. & Human*, 2007, 19.

⁴ J. LEARS, *Something for Nothing: Luck in America*, New York, Penguin, 2003.

⁵ E. GRINOLS, *Gambling in America: Costs and Benefits*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

A tale situazione il sistema giuridico statunitense ha fin dagli albori opposto la disciplina contenuta nel *Wire Act* del 1961, un provvedimento legislativo federale che proibisce l'esercizio delle attività di gioco o scommessa per mezzo di linee telefoniche, sia che queste siano utilizzate per la trasmissione di poste o scommesse tra gli Stati o con paesi stranieri, sia che le stesse vengano utilizzate per fornire informazioni che aiutino a piazzare poste o scommesse su qualsiasi evento sportivo o competizione, ritenendo che nelle *wire communication* di cui parla il testo della legge siano anche ricompresi i collegamenti internet.

Tale interpretazione è stata fatta propria dal Department of Justice, ed è stata confermata dalla decisione della Corte di appello federale di condanna dell'imputato nel caso *United States v. Cohen*⁶. Il caso concerneva un cittadino statunitense nei cui confronti, in qualità di fondatore e presidente della società World Sport Exchange, ubicata ad Antigua, era stato avviato un procedimento penale a seguito della denuncia di alcuni agenti della FBI, i quali sotto copertura avevano piazzato alcune giocate dallo Stato di New York, luogo in cui il gioco d'azzardo è illecito in forza dell'art. 1 paragrafo 9 della Costituzione dello Stato, con la sola eccezione delle lotterie statali, le scommesse a totalizzatore sulle corse di cavalli e i giochi locali organizzati da istituzioni religiose o caritatevoli ed autorizzate dai competenti organismi.

Tuttavia tale condanna non rallentò l'offerta di giochi e scommesse online a cittadini statunitensi, ma semplicemente aumentò la convenienza e l'opportunità di basare le proprie attività al di fuori dei confini statunitensi. Pertanto, nonostante le agenzie pubblicitarie abbiano smesso di pubblicizzare attività di gioco e scommessa online, PayPal sia stata condannata nel luglio 2003 a pagare una multa di 10 milioni di dollari per avere elaborato pagamenti di attività di scommessa online e la maggioranza delle società di carte di credito bloccano oggi le transazioni per i giochi e le scommesse online, sembra che gli statunitensi spendano sempre più denaro per giochi e scommesse online, utilizzando a tal fine bonifici o assegni,

⁶ *United States v. Cohen*. 2002. 260 F. 3d 68 (2d Cir. 2001), cert. Denied 122 S. Ct. 2587.

o aprendo conti in piccole società finanziarie, ubicate in posti come l'isola di Man, in Irlanda.

L'attuale panorama vede da una parte dei tentativi di apertura da parte di talune corti federali, forse coscienti della materiale impossibilità di impedire le operazioni di gioco e scommessa online, e il legislatore federale, ancora invece intenzionato a bloccare e proibire tali attività.

Si può infatti ricordare che nel caso *Re MasterCard International*, il giudice federale della Fifth Circuit Court of Appeal di New Orleans ha affermato che il *Wire Act* 1961 si applica solo alle scommesse sportive a distanza, e non agli altri giochi online⁷. Tale interpretazione è stata recentemente confermata dalla First Circuit Court of Appeals⁸ e dalla U.S. District Court for the District of Rhode Island⁹, sconfessando così una *Opinion* del *US Department of Justice* del novembre 2018, con la quale si affermava che il *Federal Wire Act* si applica a tutte le attività di gioco e non solo alle scommesse sportive.

Tuttavia, si deve altresì sottolineare che, ad oggi, il legislatore statunitense continua a negare la possibilità di concludere contratti online tra cittadini statunitensi e operatori ubicati al di fuori dei suoi confini. Si può infatti qui ricordare che alla disciplina contenuta nel *Wire Act* 1961 si sono nel tempo aggiunti il *Travel Act* 2006¹⁰ e l'*Illegal Gambling Business Act* (IGBA) 2006¹¹, che rendono illecite le attività di giochi e scommesse online. Mentre l'*Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* 2006 ha espressamente proibito a coloro che conducono attività di gioco e scommessa di accettare pagamenti correlati alla partecipazione di un altro soggetto in una scommessa illegale che ha avuto luogo su internet¹².

⁷ *Re Mastercard International Inc. Internet Gambling*, 313 F.3d 257 (5th Cir. 2002).

⁸ *New Hampshire Lottery Commission v. Rosen*, 986 F.3d 38, 62 (1st Cir. 2021).

⁹ *International Game Technology PLC v. Garland* No. CV 21-463 WES, 2022 WL 4245579 (D.R.I. Sept. 15, 2022).

¹⁰ 18 U.S.C. § 1952 (a)-(b) (2000).

¹¹ 18 U.S.C. § 1955 (2000).

¹² 31 U.S. Code § 5363.

Inevitabilmente, le proibizioni alle attività di gioco online imposte dal governo federale si sono scontrate con gli operatori internazionali del mercato, e in particolare con alcune società di giochi e scommesse aventi sede nello Stato di Antigua e Barbuda.

Lo Stato di Antigua e Barbuda ha pertanto presentato un reclamo alla Organizzazione Mondiale del Commercio nei confronti degli Stati Uniti, per le azioni da questi poste in essere per impedire alle società aventi sede in tale Stato di porre in essere qualunque attività di giochi d'azzardo online sul suo territorio. Secondo Antigua, infatti, la disciplina degli Stati Uniti in materia di giochi d'azzardo violava uno dei cardini degli accordi di scambio internazionali, il principio del trattamento nazionale, previsto dagli accordi GATT e GATS, i quali non permettono ai Paesi partecipanti di operare discriminazioni nei confronti di beni o servizi stranieri. Pertanto, poiché il gioco di azzardo era legale nella maggior parte degli Stati, sicuramente non vi era alcuna proibizione generalizzata nei suoi confronti, mentre invece gli Stati Uniti avevano dichiarato illecite le attività di gioco d'azzardo online fornite dagli operatori stranieri.

Il Dispute Settlement Body del WTO affermò al riguardo, nella sua decisione del 2004, che l'esclusione dagli accordi GATS degli *sporting services* da parte degli Stati Uniti non ricomprendeva in tale definizione i giochi d'azzardo. Lo stesso affermò inoltre che sebbene gli Stati Uniti potevano avere posto in essere tali misure restrittive per proteggere interessi sociali di grande importanza, gli stessi non avevano tenuto in considerazione la necessità di verificare se tali mezzi fossero necessari, o se fosse invece possibile adottare altre misure alternative, provviste di un impatto inferiore sugli scambi internazionali, attraverso la negoziazione e consultazione in buona fede con gli altri Stati coinvolti. Conseguentemente, agli Stati Uniti venne ordinato di adattare la propria disciplina legislativa alle obbligazioni assunte con i GATS.

Tale decisione venne successivamente confermata dall'Appellate Body del WTO, nel 2005, il quale ordinò agli Stati Uniti di pagare ad Antigua un risarcimento dei danni di 21 milioni di dollari, per ogni anno, per i danni economici causati¹³. Si noti che, poiché il Go-

¹³ Per commenti sul caso, si leggano, tra gli altri, F. ORTINO, *Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in US – Gambling: A Critique*, in *J. Int.*

verno degli Stati Uniti non adempì agli ordini impartiti dal WTO, nel 2013 questo ultimo ha autorizzato lo Stato di Antigua e Bermuda ad utilizzare i diritti di proprietà intellettuale statunitensi come risarcimento per tali violazioni.

Nel frattempo, una prima breccia a livello di legislazione federale è stata forse aperta, a seguito della emanazione nello Stato del New Jersey dello *Sports Wagering Act*, il quale consente certi giochi e scommesse su attività sportive nei casinò e negli ippodromi dello Stato, comprese le scommesse online.

Poiché tale legislazione era in contrasto con il *Professional and Amateur Sports Protection Act (PASPA)*¹⁴, emanato dal Congresso nel 1992, il quale proibisce invece le scommesse sportive, cinque leghe sportive agirono contro tale legge statale. Il caso arrivò davanti alla Supreme Court, la quale affermò che le previsioni del PASPA che proibivano agli Stati di autorizzare le scommesse sportive violavano la c.d. *anticommandeering doctrine*, la quale come noto prevede, in forza del decimo emendamento della Costituzione, così come interpretato nei casi *New York v. United States*¹⁵, and *Printz v. United States*¹⁶, che i poteri non delegati agli Stati Uniti, e non proibiti agli Stati, siano riservati a questi ultimi, o al popolo. Conseguentemente, in tali casi, poiché il Congresso non può obbligare uno Stato a emanare ed applicare una disciplina legislativa, al fine di implementare un programma federale, nemmeno può proibire allo Stato di emanare una sua disciplina¹⁷.

A seguito di tale decisione si è assistito a una progressiva liberalizzazione del mercato dei contratti di gioco e scommessa, in quanto successivamente altri Stati hanno modificato la loro disciplina legislativa, ampliando così il numero di Stati tra quali è consentito concludere contratti di gioco e scommessa online.

Econ. L., 2006, vol. 9, n. 1, p. 117; U. TURKSEN, R. HOLDER, *Contemporary Problems with the GATS and Internet Gambling*, in *J. World Trade*, 2015, vol. 49, n. 3, p. 457; M. KILBY, *The Mouse That Roared: Implications of the WTO Ruling in the US – Gambling*, in *Texas Intl. L.J.*, 2008, 44, 236.

¹⁴ 28 U.S.C. §§ 3701-3704.

¹⁵ *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

¹⁶ *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

¹⁷ *Murphy v. National Collegiate Athletic Association*, No. 16-476, 584 U.S. (2018).

Si può quindi parlare per gli Stati Uniti di un parziale successo degli effetti della globalizzazione sulla disciplina dei contratti di gioco e scommessa per quanto concerne il commercio interstatale, mentre a livello federale come si è visto è ancora forte la resistenza a tale fenomeno¹⁸.

3. *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea come strumento di globalizzazione all'interno dell'Unione Europea*

Un approccio completamente opposto è invece stato adottato dagli organi della Unione Europea, ed in particolare dalla Corte di Giustizia, sulla base di ragioni politiche ed economiche.

Il sistema utilizzato dall'Unione Europea è stato infatti quello di lasciare ai Paesi Membri la piena autonomia legislativa in materia di contratti di gioco e scommessa, purché questi siano compatibili con i principi fondamentali di libertà stabiliti nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare l'accento è stato ovviamente posto sul principio di libera circolazione dei servizi all'interno della Unione Europea, disciplinato come noto dagli articoli da 56 a 62 del TFUE, in quanto le attività imprenditoriali aventi ad oggetto i giochi e le scommesse hanno ad oggetto generalmente prestazioni di servizi di gioco e scommesse.

L'applicazione di tali principi, nati con lo scopo di creare un mercato unico all'interno della Unione Europea, ha infatti creato un clima di generale apertura, il quale ha avuto riflessi anche sugli operatori stranieri non appartenenti a Stati Membri.

Si noti che l'Unione Europea non disciplina direttamente le modalità con le quali gli Stati Membri sono tenuti a gestire i servizi di gioco e scommessa. Pertanto, questi possono essere gestiti sia attraverso monopoli nazionali che sistemi di libero mercato, così come

¹⁸ P. RODRIGUEZ, B.R. HUMPHREYS, R. SIMMONS (eds.), *The Economics of Sports Betting*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017; L. VAUGHAN WILLIAMS, D. SIEGEL (eds.), *The Oxford Handbook of the Economics of Gambling*, New York, Oxford University Press, 2013.

le categorie di gioco consentite sono rimesse alla libera valutazione degli stessi Stati Membri.

Inoltre, si deve altresì ricordare che il legislatore europeo, dopo un periodo di tempo in cui i suoi interventi legislativi in materia di tutela dei consumatori nei contratti conclusi con professionisti tutelavano altresì i giocatori, cerca oggi invece di astenersi, quando possibile, dal legiferare in materia di contratti di gioco e scommessa, ritenendo che tale disciplina possa meglio essere affrontata dai legislatori nazionali, a causa delle diversità socioeconomiche e culturali degli Stati Membri in materia¹⁹.

Infatti, la Direttiva 93/13/CEE del 5 aprile 1993, la prima emanata dal legislatore europeo in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, avente il fine di una maggiore armonizzazione delle clausole contrattuali nei contratti dei consumatori, per aumentare così la loro tutela e conseguentemente la loro fiducia negli operatori economici, non conteneva alcuna previsione tesa ad escludere i contratti di gioco e scommessa conclusi tra una persona fisica al di fuori delle sue attività professionali e un operatore professionale dalla sua sfera di applicazione.

Tuttavia, tale protezione nei confronti dei giocatori, che abbiano stipulato un contratto di gioco o scommessa con un operatore professionale, è successivamente venuta meno a livello di disciplina Europea a seguito della emanazione dalla direttiva 2011/83/UE, del 25 ottobre 2011, avente ad oggetto i contratti conclusi dai consumatori con i professionisti. Tale Direttiva, prevede infatti nel suo Considerando che «I giochi d'azzardo dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva. Le attività d'azzardo sono quelle che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse. Gli Stati membri dovrebbero poter adottare altre misure, anche più rigorose, di protezione dei consumatori in relazione a dette attività».

Conseguentemente, l'art. 3 della direttiva successivamente esclude, dalle disposizioni nella stessa contenute, alla lettera c), i

¹⁹ N. COGGIOLA, *I contratti di gioco e scommessa. Percorsi evolutivi dal Codice Civile alla disciplina consumeristica*, cit., pp. 125 ss.

contratti «di attività di azzardo che implicano una posta di valore pecuniario in giochi di fortuna, comprese le lotterie, i giochi d'azzardo nei casinò e le scommesse».

Inoltre, si deve altresì notare che, oggi, i giochi online sono altresì esclusi dalle disposizioni contenute nella Direttiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno (c.d. "Direttiva sul commercio elettronico").

Anche due recenti, ed assai rilevanti per il mercato, provvedimenti legislativi dell'Unione Europea non si preoccupano dei contratti di gioco e scommessa. Né il Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale 8 (Regolamento sui mercati digitali o *Digital Markets Act*), entrato in vigore il 1° novembre 2022, né il Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali o *Digital Services Act*), entrato in vigore il 22 novembre 2022, fanno infatti menzione di tali contratti.

Ciò sebbene lo scopo che l'Unione Europea si sarebbe prefissa in materia di giochi e scommesse online dovrebbe essere, come risulta chiaramente dalla *Communication on Gambling* della Commissione Europea del 2012, quello di supportare e non ostacolare le attività di giochi online, purché queste siano svolte legalmente e tenendo in considerazione le ragioni di tutela dei consumatori.

Tuttavia, a fronte di situazioni in cui la disciplina nazionale in materia di giochi e scommesse poteva concretizzarsi in un impedimento alla applicazione dei principi di libera circolazione statuiti nel TFUE, la stessa Unione Europea non si è esonerata dal sindacare, attraverso la Corte di Giustizia, la conformità di tali sistemi nazionali con la disciplina Europea.

In tali occasioni la Corte di giustizia ha infatti costantemente affermato che, anche se non vi è un obbligo di mutuo riconoscimento delle autorizzazioni o licenze per servizi di gioco concessi in uno Stato Membro, nondimeno l'offerta e l'utilizzo di servizi transfrontalieri di gioco costituisce una attività economica, nei confronti del-

la quale non si possono applicare restrizioni, ai sensi dell'art. 56 del TFUE²⁰.

Inoltre, la stessa Corte ha precisato che gli unici casi in cui gli Stati Membri possono limitare l'offerta transfrontaliera di determinati giochi sono quelli in cui sia necessario proteggere obiettivi di pubblico interesse, quali la protezione dei minori, la lotta contro le dipendenze da gioco e la prevenzione del crimine e della frode. Tali misure restrittive devono tuttavia essere adeguate, proporzionali e necessarie, e si deve dimostrare che gli obiettivi di interesse pubblico sono perseguiti in modo coerente e sistematico.

Tale giurisprudenza della Corte di Giustizia si basa su una serie di suoi precedenti, nei quali era stato ripetutamente affermato che non si possono imporre restrizioni al principio di libera circolazione dei servizi, se non in casi limitati, quando tali restrizioni non siano discriminatorie e siano necessarie per tutelare una serie di interessi pubblici²¹.

Dopo avere individuato tali principi generali, la Corte di Giustizia ha tuttavia poi precisato, in una serie di decisioni che, poiché ogni disciplina nazionale in materia di giochi e scommesse è inevitabilmente largamente influenzata dalle diverse politiche pubbliche sui giochi e scommesse e sui rischi a questi correlati, ogni Stato Membro ha diritto ad un certo margine di discrezionalità nel disciplinare tale materia, purché l'esercizio di tale discrezionalità nazionale non comporti una violazione dei limiti imposti dal Trattato²². È

²⁰ CGUE 24 marzo 1994, *Schindler*, C 275/92; CGUE 21 ottobre 1999, *Zenatti*, C-67/98; CGUE 11 settembre 2003, *Anomar*, C-6/01 e CGUE 1 ottobre 1998 *Jyväskylä* C-124/97.

²¹ CGUE 3 dicembre 1974, *van Binsbergen*, C33/74; CGUE 30 novembre 1995, *Gebhard*, C 55/94 e CGUE 25 luglio 1991, *Säger*, C-76/90.

²² CGUE 14 ottobre 2004 *Omega*; CGUE 24 marzo 1994, *Schindler*, C 275/92; CGUE 21 settembre 1999, *Läärä*, Case C-124/97; CGUE 21 ottobre 1999 *Zenatti*, C-67/98; CGUE 11 settembre 2003 *Anomar*, C-6/01; CGUE 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-243/01; CGUE 13 novembre 2023 *Lindman*, C-42/02; CGUE 6 marzo 2007, *Placanica*, C-338, 359 e 360/04; CGUE 8 settembre 2009 *Liga Portuguesa*; CGUE, 3 giugno 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08; CGUE 3 giugno 2010, *Ladbroke's*, C-258/08; CGUE 8 settembre 2010 *Stoß* C-316, 358, 359, 360, 409 e 410/07; CGUE 9 settembre 2010, *Engelmann* C-64/08; CGUE 20 gennaio 2009 *Zeturf* C-212/08; CGUE 15 settembre 2011 *Dickinger*, C-347/09; CGUE 12 luglio 2012 *HIT*, C-176/11; CGUE 30 aprile 2014 *Pfleger*, C-390/12; CGUE 22 gennaio 2015, *Stanley*, C-463/13.

stato così consentito ad alcuni Stati Membri di imporre limitazioni alla libertà di circolazione dei servizi di gioco e scommessa, proibendo o limitando gli stessi, o talune delle attività correlate, quando tali limitazioni fossero finalizzate a proteggere le politiche sociali dello Stato, i suoi principi culturali, morali o religiosi, o per proteggere i consumatori, o prevenire le frodi²³.

L'approccio liberale adottato dalla Corte di Giustizia ha indiscutibilmente influenzato la disciplina degli Stati Membri in materia di contratti di gioco e scommessa online.

Infatti, oggi la maggioranza degli Stati membri consente, in modi diversi, lo svolgimento sul proprio territorio di attività di gioco online. Taluni permettendo qualsiasi gioco, altri solo determinate tipologie. Taluni a mezzo di un sistema monopolistico, altri a mezzo di operatori controllati dallo Stato o operatori privati, sulla base di diritti di esclusiva. Molti di essi, poi, utilizzando un sistema di licenze che consente a più operatori di offrire i loro servizi sul mercato.

Per fare un esempio a noi vicino, in Italia, vige un sistema di monopolio statale con concessioni ad operatori privati che proibisce, per ragioni di tutela dei giocatori, di giocare con operatori online stranieri, ma consente agli stessi operatori stranieri, congiuntamente a quelli nazionali e comunitari, di offrire i loro servizi sul mercato italiano, previa autorizzazione statale.

L'unico Stato membro dell'Unione Europea in cui la liberalizzazione del mercato dei giochi e delle scommesse operata dalla Corte di Giustizia parrebbe forse essere stata poco efficace è la Germania, paese che ha tradizionalmente sempre avuto un atteggiamento assai restrittivo in materia. In tale Stato una legge del 2008 ha infatti proibito tutti i giochi online tranne le scommesse sulle corse di cavalli e, nonostante nel 2012 la Corte di Giustizia abbia affermato la necessità di liberalizzare il mercato tedesco dei giochi e delle scommesse²⁴, tale liberalizzazione ad oggi ha avuto luogo solo in uno Stato, lo *Scleswig-Holstein*.

²³ P. COSTANZO (a cura di), *Giochi e scommesse sotto la lente del giurista*, Genova, Università di Genova, 2021, p. 82; D. PAVLOVIC, *Online gambling in the EU: from data protection to gambler protection*, Università di Bologna, Dottorato di ricerca, A.A. 2013/2014, pp. 48 ss.

²⁴ CGUE 8 settembre 2010, *Stoß*, C-316, 358, 359, 360, 409 e 410/07.

4. *Conclusioni*

La breve rassegna di vicende legate alla globalizzazione dei contratti di gioco e scommessa online che abbiamo precedentemente offerto fornisce un quadro, a nostro parere, sufficientemente chiaro delle difficoltà che si oppongono ai tentativi di fermare o limitare, a mezzo di disposizioni legislative, quei fenomeni di globalizzazione economica che, come i contratti di gioco e scommessa online, si basano su comunicazioni via rete.

Come visto, infatti, quei paesi che come gli Stati Uniti si ostinano a cercare di proibire tali attività, specialmente con riguardo agli operatori stranieri, incontrano notevoli ostacoli pratici, poiché i giocatori possono comunque ricorrere a tecnologie e stratagemmi atti ad aggirare le proibizioni. Mentre da un punto di vista giuridico, oltre agli ostacoli interni opposti dai diversi Stati, tali proibizioni si scontrano con i numerosi accordi di libero scambio di beni e servizi con altri paesi cui gli Stati Uniti hanno aderito.

Meglio allora forse muoversi, come ha evidentemente deciso di fare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, verso quella che potremmo definire una liberalizzazione controllata, ovvero approntare degli strumenti che permettano di liberalizzare il mercato Europeo e di conseguenza i mercati nazionali, consentendo contestualmente un adeguato controllo delle attività di gioco e scommessa da parte degli Stati membri.

Liberalizzazione che, pur essendo indirizzata al mercato interno europeo, può avere come visto riflessi anche sugli operatori extraeuropei, stante che una volta che gli strumenti di tutela sono stati predisposti dallo Stato nazionale, gli stessi possono applicarsi sia agli operatori nazionali, che a quelli europei, che a quelli extra-europei.

BREXIT & FRIENDS: CHI STA DENTRO E CHI STA FUORI?
L'ETERNO REVIVAL DELLA NAZIONE CONTRO IL DOGMA DELL'UNIFORMAZIONE

*Domenico di Micco**

1. *Premessa*

Nel preparare l'intervento di cui al presente scritto avrei potuto scegliere, attingendo alle molte suggestioni offerte dal titolo del Convegno – *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo* – uno o più degli elementi che lo compongono e focalizzarmi unicamente su quello. *Globalizzazione* o *globalismi* da una parte, *regionalismi* e *nazionalismi* dall'altra sono infatti tutti termini capaci, anche presi singolarmente, di accendere in ciascuno di noi tali e tante riflessioni da poterne parlare per ore.

Eppure più li guardavo, più sentivo il bisogno di conservarli tutti insieme nella mia analisi; sentivo cioè che ciò che mi colpiva maggiormente in quel titolo non era tanto questo e quell'elemento quanto piuttosto la contrapposizione che il titolo realizza e rimette al nostro sguardo.

A ben vedere, il titolo del convegno ammicca infatti all'idea per cui da una parte ci sarebbe la globalizzazione, o i globalismi – intesi qui come qualcosa in cui le dinamiche si intersecherebbero e si co-determinerebbero al punto da legare tutti quelli che vi partecipano nello stesso destino – e dall'altra, invece, l'idea di qualcuno che su varia scala si opporrebbe a questo processo cercando di starne fuori

* Ricercatore, Università di Torino, direttore di ISAIDAT.

o di uscirne; e qui ci sarebbero appunto i nazionalismi e i regionalismi che, in vario modo, cercherebbero di sottrarsi al processo globalizzante per una serie più o meno ampia di motivi.

Il titolo del convegno sembra dunque suggerire questa prospettiva di contrapposizione tra fenomeni, invitandoci così a riflettere sul *chi* e sul *perché* qualcuno cercherebbe di emanciparsi dalle dinamiche globali; un po' come se questo fosse qualcosa di nuovo e soprattutto come se fosse difficilmente conciliabile con le spinte globalizzanti.

Intendiamoci, non è solo il titolo del nostro convegno a suggerire questa visione del reale. Al contrario, una fiorente letteratura sceglie invero la stessa chiave di lettura, addirittura coniando l'espressione "de-globalizzazione"² per riassuervi un po' tutte queste spinte centrifughe rispetto al paradigma di una globalizzazione che sarebbe invece sempre univoca e centralizzante.

Ma è davvero così? La globalizzazione è davvero un rullo compressore che procede inesorabile verso l'uniforme e l'omogeneo? E chi *resiste* può davvero ammantarsi di una così nobile luce? E soprattutto, sono davvero due spinte inconciliabili e opposte quelle che stanno alla base di questa ideale contrapposizione?

2. Tra narrazioni e suggestioni

Se decidessimo di seguire la suggestione che troviamo nel titolo del convegno, la contrapposizione che osserviamo sarebbe più o me-

² W. BELLO, *Deglobalization: Ideas for a New World Economy: New Updated Edition*, London, Zed Books, 2002; H. JAMES, *Deglobalization: The Rise of Disembedded Unilateralism*, in *Annual Review of Financial Economics*, 2018, vol. 10, pp. 219-237; P. ANTRÁS, *De-Globalisation? Global Value Chains in the Post-COVID-19 Age*, ECB Forum "Central Banks in a Shifting World" Conference Proceedings, 2021; R. BALDWIN, S. EVENETT (eds.), *The collapse of global trade, murky protectionism, and the crisis: Recommendations for the G20*, A VoxEU.org Publication, 2009; H-G. KIM, P. LI, Y.R. LEE, *Observations of deglobalization against globalization and impacts on global business*, in *International Trade, Politics and Development*, 2020, vol. 4, n. 2, pp. 83-103; P.A. VAN BERGHEIJK, *One is not enough! An economic history perspective on world trade collapses and deglobalization*, in *ISS Working Paper Series/General Series*, 2017, vol. 628, pp. 1-23; M. LEVINSON, *Deglobalization: The New Normal?*, in *ISPI*, 2022, pp. 36-38.

no fatta così: da una parte ci sarebbe la globalizzazione – che si assume qui come totalizzante, omologante e uniformante – e dall'altra tutti questi “ismi” ovvero tutti coloro che in vario modo e su diversa scala si oppongono a ciò che *quella* idea di globalizzazione realizzerrebbe³. E questa opposizione diventerebbe allora una vera e propria *resistenza* – immagine quest'ultima che certamente attribuisce al fatto un'indubbia aurea di nobiltà – combattuta in nome della diversità locale, della pluralità delle identità, delle culture e così via⁴. In nome di tutto ciò si rivendica allora il diritto di “stare fuori” o di “uscire” dalla globalizzazione, in modo cioè da poter salvaguardare così una serie più o meno ampia di diritti e di interessi che invece nelle logiche del “globale” verrebbero sacrificati.

E devo dire che, posta in questi termini, la prospettiva trova un suo indubbio fascino. Oserei dire un fascino quasi epico giacché ricorda vagamente la vicenda biblica di Davide contro Golia o la leggendaria resistenza dei Greci contro l'impero persiano a Maratona; la storia e la letteratura sono ricche di queste contrapposizioni tra forze impari ed è piuttosto innato in noi lo slancio di solidarietà verso coloro che in questi racconti “resistono” per sopravvivere, liberi e indipendenti, a qualcosa che vorrebbe invece inglobarli, assoggettarli, costringerli in dinamiche che li vedrebbero privati in tutto o in parte della loro autonomia e della loro identità.

Poi però, a ben vedere, se guardiamo un po' meglio questi “ismi” ci rendiamo conto che non è questo il caso. Questa è sì una contrap-

³ B. ANDERSON, *Imagined Communities: Reflections on the origin and spread of nationalism*, London, Verso, 1983; K. OHMAE, *The End of the Nation State: The rise of regional economics*, London, Free Press, 1995; S. STRANGE, *The Retreat of the State: The diffusion of power in the world economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; D. HELD, A. MCGREW, *Globalization/Anti-Globalization*, Cambridge, Cambridge university Press, 2002.

⁴ M. BAKARI, *Globalization and Sustainable Development: False Twins?*, in *New Global Studies*, 2013, vol. 7, n. 3, pp. 23-56; D. HELD, *Global Covenant: The Social Democratic Alternative to the Washington Consensus*, Cambridge, Polity Press, 2004; J. HOLLOWAY, *Change the World Without Taking Power: The Meaning of Revolution Today*, London, Pluto Press, 2002; P. KINGSNORTH, *One No, Many Yeses: A Journey to the Heart of the Global Resistance Movement*, London, Free Press, 2004; J. PERKINS, *Confessions of an Economic Hit Man: The Shocking Story of How America Really Took Over the World*, London, Ebury Press, 2004; D. WALL, *Babylon and Beyond: The Economics of Anti-capitalist, Anti-globalist and Radical Green Movements*, London, Pluto Press, 2005.

posizione tra forze di diversa grandezza ma, al pari della globalizzazione, nessuno di questi “ismi” accende in noi particolare simpatia.

Se la globalizzazione, dal canto suo, ci è infatti spesso presentata come una macchina dei mercati che falcia la diversità e si impone in danno ai più deboli, al contempo l’idea “nazionalismi” non ci evoca affatto buone sensazioni ma ci riporta semmai agli orrori che nel Novecento (e anche oggi) si sono compiuti e si compiono proprio in nome della nazione e del suo mito⁵, del primato locale e di un’idea di “popolo” che si fonda piuttosto visibilmente sul concetto di *éthnos* invece che su quello di *dèmos*.

Sicché questo titolo non è fatto di elementi per così dire “simpatichi”. E questo mi sembra invero un primo dato su cui riflettere. Che idea abbiamo oggi della globalizzazione? E quanto quell’idea è davvero capace di ritrarre fedelmente il fenomeno globalizzazione? Evoca forse in noi più l’idea di opportunità, progresso e benessere diffuso, o piuttosto quella di un groviglio di dinamiche economiche tessute sul mondo nell’interesse di pochi a discapito di molti?⁶

Il nodo che sta al centro del titolo del convegno è infatti proprio questo. Se scegliamo la prima immagine, ovvero quella di globalizzazione come progresso, crescita, benessere diffuso, allora non c’è alcun bisogno di *resisterle*; ma al contrario se sposiamo la seconda narrazione, ovvero globalizzazione come impoverimento, perdita dell’identità, della sovranità – come fanno appunto i nazionalisti e i sovranisti – ecco allora che la globalizzazione troverà numerosi detrattori, pronti a *resisterle* in nome appunto del “locale”, in nome della sovranità nazionale, dell’interesse nazionale, della cultura, dell’identità e via dicendo.

⁵ B. BERBEROGLU, *Nationalism, class conflict and social transformation in the twentieth century*, in *International Review of Modern Sociology*, 1999, vol. 29, n. 1, pp. 77-88; A.D. SMITH, *Nationalism in the Twentieth Century*, New York, New York University Press, 1979; E.J. HOBBSAWM, *Nations and Nationalism Since 1780: Programme, Myth, Reality* (2nd ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1992; E. HOBBSAWM, T. RANGER, *The Invention of Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983; P. JAMES, *Globalism, Nationalism, Tribalism: Bringing Theory Back In*, London, Sage Publications, 2006.

⁶ D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione. Contributo giuridico-comparante all’analisi del fenomeno globale*, Milano, Giuffrè, 2019.

3. *Nazionalismi e regionalismi: diversi ma con una cosa in comune*

Ma è davvero corretta questa prospettazione? È davvero reale questa “contrapposizione”?

Credo infatti che ci sia un ampio scarto tra i fenomeni centrifughi che osserviamo (penso ad esempio alla Brexit⁷ e alla politica “America first” della presidenza Trump⁸) e che ci sembrano andare nella direzione di una fuga dalle dinamiche globali e la lettura complessiva che ne facciamo nel più ampio discorso che riguarda la globalizzazione. Per questo motivo occorre allora guardare meglio a questi “ismi” e operare in essi alcuni doverosi *distinguo*.

Per cominciare, mi sembra che si possa convenire sul fatto che alcuni di questi “ismi”, i nazionalismi, mirino a stare fuori o a uscire per conservare o per riappropriarsi delle cosiddette prerogative della sovranità, primo tra tutte il potere regolatorio che poi per noi giuristi è quello forse più interessante.

I regionalismi, al contrario, mirano invece a creare – fatemi dire – delle “micro globalizzazioni” o, per meglio dire, delle unità di gioco più grandi di quelle che i singoli Stati potrebbero mai costituire, per giocare con quelle un ruolo più rilevante nelle dinamiche globali⁹.

I regionalismi, infatti, che sono invero molti e di diversa estensione, con diversi propositi e spesso anche sovrapposti (penso all’U-

⁷ C. SCHWARTZ, M. SIMON, D. HUDSON, J. VAN-HEERDE-HUDSON, *A Populist Paradox? How Brexit Softened Anti-Immigrant Attitudes*, in *British Journal of Political Science*, 2020, vol. 51, n. 3, pp. 1160-1180; S.B. HOBOLT, T.J. LEEPER, J. TILLEY, *Divided by the Vote: Affective Polarization in the Wake of the Brexit Referendum*, in *British Journal of Political Science*, 2021, vol. 51, n. 4, pp. 1476-1493; J. GREEN, T. HELLWIG, E. FIELDHOUSE, *Who Gets What: The Economy, Relative Gains and Brexit*, in *British Journal of Political Science*, 2022, vol. 52, n. 1, pp. 320-338.

⁸ R. INGLEHART, P. NORRIS, *Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash*, in *HKS Faculty Research Working Paper Series*, RWP16-026, August 2016.

⁹ E.B. HAAS, *The Challenges of Regionalism*, in *International Organization*, 1958, vol. 12, n. 4, pp. 440-458; *Id.*, *The Study of Regional Integration*, in *International Organization*, 1970, vol. 24, n. 4, pp. 607-646. B. HETTNE, *Regionalism between Politics and Economics. New directions in development economics: growth, environmental concerns and government in the 1990s*, London, Routledge, 1994. H.G. PREUSSE, *Developmental Regionalism. The New American Regionalism*, London, Edward Elgar, 2004.

nione Europea¹⁰, al MERCOSUR dell'America Latina¹¹, all'ASEAN asiatico¹², all'OHADA in Africa occidentale¹³, al NAFTA nord americano¹⁴, al CARICOM dei Caraibi¹⁵...) non mirano affatto a star fuori dalla globalizzazione. Al contrario, essi mirano piuttosto ad assumere una dimensione geo-politica, demografica ed economica sufficiente per partecipare alle dinamiche globali in modo da essere più influenti, in modo cioè da massimizzare i benefici che da quelle possono derivare. Ed è allora un po' il discorso del pesce piccolo e del pesce grande nell'alto e sconfinato mare.

Questa prima distinzione mi sembra invero fondamentale. Se i nazionalismi tendono a stare fuori o a uscire per poter usare da soli la sovranità regolatoria, ritenendo cioè che da questo derivino per loro condizioni migliori nelle dinamiche globali, i secondi al contrario si aggregano per contare di più ma ancora una volta nelle dinamiche globali. Sicché quelli che osserviamo sono sì due fenomeni molto diversi tra loro ma hanno in comune una cosa: né gli uni né gli altri escono per "isolarsi"; né gli uni né gli altri pensano di stare fuori dalle dinamiche dell'economia globale.

In altre parole, nessuno si alza dal tavolo dove si concertano le regole comuni per le dinamiche globali (e dove ci si impegna a rispettarle) perché pensa poi di stare fuori dall'economia globale; e nessuno si aggrega in una dimensione regionale per stare unicamente dentro quella rinunciando alla globalizzazione dei mercati. Al

¹⁰ P. WAGSTAFF (ed.), *Regionalism in the European Union*, European studies series, Exeter, Intellect Books, 1999; M. TELÒ, *European Union and New Regionalism: Regional Actors and Global Governance in a Post-Hegemonic Era*, London, Ashgate Publishing, 2013.

¹¹ G. LOMEU CAMPOS, *From Success to Failure: Under What Conditions Did Mercosur Integrate?*, in *Journal of Economic Integration*, 2016, vol. 31, n. 4, pp. 855-897.

¹² M. PANGESTU, L. YAN ING, *ASEAN: Regional Integration and Reforms*, in *Asian Economic Papers*, 2016, vol. 15, n. 2, pp. 44-60.

¹³ L. DORIS, *Regionalism: Lessons the SADC May Learn from OHADA*, in *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, 2012, vol. 75, pp. 256-270.

¹⁴ D. SKIDMORE-HESS, C. SKIDMORE-HESS, *Evaluating SADC and NAFTA as regional development models*, in *International Social Science Review*, 2013, vol. 88, n. 1/2, pp. 17-27; L. CALIENDO, F. PARRO, *Estimates of the trade and welfare effects of NAFTA*, in *Review of Economic Studies*, 2015, vol. 82, pp. 1-44.

¹⁵ J. BYRON, *CARICOM at Thirty: New and Old Foreign Policy Challenges*, in *Social and Economic Studies*, 2004, vol. 53, n. 4, pp. 1-34.

contrario, gli uni e gli altri pensano che “uscire” o radunarsi in una forma di cooperazione regionale sia la via maestra per profittare di più e meglio proprio delle dinamiche dei mercati globali.

Sicché qui troviamo il secondo punto che mi pare fondamentale per la nostra analisi: entrambe queste spinte centrifughe, sia pur nella loro reciproca alterità, sono tali in relazione al piano della concertazione delle regole ma continuano a proiettarsi inevitabilmente nelle dinamiche dei mercati globali.

4. *Fuori da che cosa?*

Per le evidenze di cui abbiamo appena detto, ovvero per il fatto che anche chi sembra opporsi o sottrarsi alla globalizzazione in realtà intende ancora continuare a profittarne, ritengo che parlare di “de-globalizzazione” non abbia alcun senso se non quello di riferire, in un modo inadatto, la percezione del fenomeno che osserviamo.

Potrebbe infatti aver senso parlare di questi fenomeni come de-globalizzazione solo se assumessimo che le dinamiche globali in cui abbiamo vissuto sin qui siano state davvero capaci di tradursi in un tutto pervadente e omologante. Ma questo non è stato. Se non nel mito di queste narrazioni¹⁶.

A ben vedere, infatti, non è mai esistita una globalizzazione davvero uniforme e priva di diversità. C'è sempre stato qualcuno che è rimasto fuori, che è stato lasciato fuori o che ha poi deciso di uscire dai processi di concertazione globale; sicché anche tutte queste dinamiche, queste spinte centrifughe non sono affatto nuove e sono invero endogene e connaturate a tutti i processi globali.

Ma c'è di più. I processi disgreganti che osserviamo, e più in generale la riluttanza verso la globalizzazione, riguardano in realtà unicamente il piano della globalizzazione in cui si concerta la scrittura delle sue regole, non la gioiosa macchia dei mercati.

Tenere distinti questi due piani della globalizzazione è dunque fondamentale e trova almeno due diverse ragioni. Da una parte,

¹⁶ D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione*, cit., pp. 41 ss.

l'abbiamo già accennato, è sempre accaduto che qualcuno sia rimasto fuori, ora per convenienza ora per diffidenza, dal tavolo in cui si scrivono le regole globali. Un esempio importante, anche se spesso dimenticato, è da riportarsi alla stessa globalizzazione di Bretton Woods, che è forse l'esempio più grande di globalizzazione istituzionalizzata e multilaterale che la concertazione internazionale abbia mai prodotto¹⁷.

Nel 1945 i lavori preparatori di quella conferenza, dalla quale uscirà poi il nuovo ordine globale e dalla quale nasceranno istituzioni globali essenziali ancora oggi come FMI e BM, duravano ormai da diversi anni. Vi parteciperanno oltre 700 delegati da tutto il mondo; un mondo che, ricordiamolo, era nel bel mezzo della seconda guerra mondiale. Alla fine, non senza fatica, gli Stati trovarono una sintesi sulla quale sembrava esserci il consenso di tutti. Ma poi, al momento della ratifica, l'Unione Sovietica non firmò¹⁸. L'Unione Sovietica; ovvero una delle maggiori potenze mondiali che sarà decisiva per l'esito della guerra. Partecipò a tutti i lavori ma poi alla fine non entrò, alla fine preferì stare fuori (perché Stalin aveva capito benissimo che quello che stava nascendo lì era un sistema capitalistico mondiale che si sarebbe appoggiato vigorosamente alla guida degli Stati Uniti¹⁹); sicché, per tornare al nostro discorso, anche a Bretton Woods qualcuno scelse di restare fuori. Ed era la Russia, non una potenza minore. Anche quella globalizzazione, che per ampi tratti ancora dura, fu in realtà parziale e potremmo fare molti altri esempi di globalizzazioni che in realtà non furono mai davvero globali.

¹⁷ D. MARKWELL, *John Maynard Keynes and International Relations: Economic Paths to War and Peace*, Oxford, Oxford University Press, 2006; B. STEIL, *The Battle of Bretton Woods: John Maynard Keynes, Harry Dexter White, and the Making of a New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

¹⁸ V.O. PECHATNOV, *The Soviet Union and the Bretton Woods Conference*, in G. SCOTT-SMITH, J. ROFE (eds.), *Global Perspectives on the Bretton Woods Conference and the Post-War World Order*, London, Palgrave, 2017; H. JAMES, J. MARZENNA, *The Origins of the Cold War: Some New Documents*, in *The Historical Journal*, 1994, vol. 37, n. 3, pp. 615-22.

¹⁹ O. SANCHEZ-SIBONY, *Capitalism's Fellow Traveler: The Soviet Union, Bretton Woods, and the Cold War, 1944-1958*, in *Comparative Studies in Society and History*, 2014, vol. 56, n. 2, pp. 290-319.

5. *La globalizzazione dei mercati ha bisogno di diversità e squilibri*

C'è poi una seconda ragione che ritengo essere forse ancora più importante, anche se forse meno evidente della prima. La globalizzazione, per funzionare, ha sempre bisogno di ampi spazi di equilibrio al suo interno.

Non potrebbe esistere la gioiosa macchina dei mercati globali se davvero ovunque nel mondo ci fossero le stesse risorse, le stesse condizioni di trattamento salariale dei lavoratori, gli stessi diritti, gli stessi uomini. La diversità di cui parliamo ha dunque un duplice volto: da una parte è quella che troviamo nella distribuzione delle risorse presenti nel mondo (e non penso solo alle risorse energetiche e minerarie ma anche ai diversi prodotti delle culture umane) che accende la nostra voglia e il nostro bisogno creando e animando i mercati, dall'altra è però anche quella per cui ci sarà sempre qualcuno più povero di noi, da qualche altra parte nel mondo, che accetterà di fare il nostro stesso lavoro a un prezzo più basso di quello per cui lo facciamo noi (e questo vale, per esempio, per tutte le delocalizzazioni che abbiamo conosciuto in Europa a partire dagli anni '90).

Ma si badi, questo non riguarda soltanto le grandi sproporzioni che troviamo nel mondo. Anche nelle cosiddette "aree di omogeneità" c'è infatti sempre qualcuno pronto a speculare sulla diversità e sugli squilibri di condizioni esistenti. Si pensi per esempio al caso dell'UE: un mercato comune, regole comuni, forse valori comuni. Ma anche uno spazio economico in cui Olanda e Irlanda fanno il pieno di sedi legali delle aziende di tutto il continente, grazie a una discutibile politica di *dumping* fiscale interno all'Unione, ovvero interno all'area di omogeneità.

In altre parole, qualunque ordine globale non è mai davvero tale nel senso di ricoprire davvero tutto il globo e, per di più, non è mai l'uniformazione del mondo perché, come abbiamo detto, *la globalizzazione, per funzionare, ha sempre bisogno di tassi di disomogeneità interni al sistema.*

Ne discende che additare questi fenomeni, che da sempre esistono nelle globalizzazioni, come "de-globalizzazione" è allora quanto

meno inadatto ed è giustificabile solo se, come dicevamo prima, si pensa alla globalizzazione come al suo mito. Se la si guarda per ciò che è, si vede invece che c'è anche sempre qualcuno che sta fuori o che esce. Ma tutto questo è sempre globalizzazione.

6. *Alzarsi dal tavolo della concertazione*

Seppur in diverso modo, la Brexit e l'“America first” di Trump ci dimostrano quanto appena detto.

Trump non esce dal meccanismo di risoluzione delle controversie del WTO perché gli Usa intendono smettere di commerciare su scala globale o di guidare i mercati e la crescita economica come hanno fatto almeno da Bretton Woods ad oggi. Nient'affatto. Escono perché ritengono che, in quel momento storico, le regole concertate nella dimensione multilaterale non facciano bene alla loro economia nelle dinamiche globali. E infatti, subito dopo essere usciti, gli USA mettono i dazi alle importazioni dalla Cina, che era esattamente ciò che non avrebbero potuto fare se fossero rimasti seduti al tavolo delle regole concertate²⁰. L'amministrazione Biden in parte cambierà rotta su questo.

Ma questo è ben diverso da una “de-globalizzazione”. Rivendicare sovranità regolatoria significa infatti alzarsi dal tavolo dove si concertano le regole globali per giocare un'altra partita ma ancora una volta nelle dinamiche dei mercati globali. Significa cioè voler avere *strumenti diversi* per continuare a giocare nelle dinamiche economiche globali, che restano tali e non vengono meno.

Il caso della Brexit è invece un po' diverso giacché qui le identità hanno invero giocato un ruolo ben più decisivo²¹. È diverso, per

²⁰ D. AUTOR, D. DORN, G. HANSON, *The China syndrome: Local labor market effects of import competition in the United States*, in *American Economic Review*, 2016, vol. 103, n. 6, pp. 2121-2168; L. CHANG-FA, N. JUNJI, C. TSAI-FANG, *The Appellate Body of the WTO and Its Reform*, Berlin, Springer Nature, 2019; A.M. MAYDA, D. RODRIK, *Why are some people (and countries) more protectionist than others?*, in *European Economic Review*, 2005, vol. 49, pp. 1393-1430.

²¹ Y. FERDJANI, *Brexit and the emergence of a new English identity*, in *Observatoire de la société britannique*, 2022, n. 28, pp. 47-65; R.F. INGLEHART, P. NORRIS,

prima cosa, perché si è passati attraverso un referendum popolare, cosa questa che apre ovviamente a una serie ben più ampia di ragioni che hanno portato il *leave* alla vittoria.

Se nel caso delle scelte operate dell'amministrazione Trump al grido di "America first" possiamo parlare di una visione politica macroeconomica precisa, nel caso delle ragioni che hanno determinato la Brexit dobbiamo per forza pensare all'effetto di un mix di fattori: la nostalgia per l'impero (un mito che è duro a morire!), la presenza di altre identità possibili (il Commonwealth indubbiamente ha su un Inglese una presa ben maggiore di quella che può avere l'Unione Europea), il fastidio che gli Inglesi hanno sempre provato ogni volta che l'Unione ha accresciuto gli ambiti di sua competenza, l'insofferenza che l'allargamento a Est dei confini dell'Unione ha causato. E poi, soprattutto, un voto che, nei ceti medio-bassi, è stato dettato dall'impoverimento che non tanto l'Europa quanto piuttosto le delocalizzazioni delle produzioni nelle dinamiche globali hanno comportato²². Ma l'Europa è certamente un bersaglio più visibile rispetto alle dinamiche delle delocalizzazioni.

Una cosa resta però valida anche in questo caso e conferma il nostro discorso: neanche il Regno Unito che esce dalla Unione Europea intende uscire per restare davvero fuori dalle dinamiche regionali prima e globali poi. È piuttosto il tentativo di giocare un'altra partita (attraverso la sovranità) sempre negli scenari globali. È infatti già da tempo in corso il tentativo di rafforzare altre forme di regionalismi, più culturali che fisici, come quello con gli USA e ovviamente quello con il Commonwealth. E tutto questo, lo ribadiamo, nell'ottica di una presenza nelle dinamiche globali, non già di un ritiro e di un isolamento sopra le bianche scogliere di Dover.

Trump, Brexit, and the rise of populism: Economic have-nots and cultural backlash, in *Harvard Kennedy School Faculty Research Working Paper*, Series RWP16-026; J.B. JUDIS, *The populist explosion: How the great recession transformed American and European politics*, New York, Columbia global reports, 2016; D. RODRIK, *Populism and the economics of globalization*, in *Journal of International Business Policy*, 2018, vol. 1, pp. 12-33.

²² M. SOMAI, Z. BIEDERMANN, *Brexit: Reasons and Challenges*, in *Acta Oeconomica*, 2016, vol. 66, pp. 137-156; S. NICKELL, J. SALEHEEN, *The Impact of Immigration on Occupational Wages: Evidence from Britain*, Staff Working Paper, n. 574, Bank of England, December 2015.

A questo si aggiunga poi un'ulteriore riflessione. *Lo spazio globale non è molle*²³. A ogni azione corrisponde sempre una o più reazioni giacché il tutto altro non è se non una sottile questione di reciproci equilibri. Alla pressione esercitata sui mercati dai dazi imposti da Trump, sono corrisposte azioni contrarie e inverse da parte degli altri grandi attori globali. All'uscita del Regno Unito dall'Unione Europea sono seguiti nuovi negoziati per stabile il nuovo assetto dei rapporti. A guardare lo stato attuale dell'economia britannica, tra luci e ombre, una domanda resta ancora aperta: fu vera gloria?

7. Conclusioni

E anche quando si esce poi, a ben vedere, dove si va?

Intendo dire: quanto è poi davvero alternativo ciò che il Regno Unito ha fatto sin qui, anche a livello di normazione, rispetto a ciò che era e ciò che faceva quando era parte dell'UE?

Ad oggi, al di là degli slogan, a livello di contenuti veri e di scelte profonde, non mi pare che la Brexit abbia segnato chissà quale distanza rispetto al quadro delle regole continentali. Ancora una volta, l'uscita è dunque più qualcosa che riguarda le possibilità di concludere altri accordi, di spuntare altre condizioni, piuttosto che una vera questione di contenuti²⁴.

Sicché mi sembra di poter concludere che questi "ismi" siano ancora una volta tutti dentro la globalizzazione. Servono infatti per profittare di più e meglio dell'economia globale, non già per stare fuori. Questi "ismi" cercano infatti di ricavarci degli spazi di "negoziato autonoma", al di fuori dei tavoli di concertazione istituzionalizzati, ma da spendersi al meglio, ancora una volta, dentro le dinamiche globali.

Nessuno di questi "ismi" intende rinunciare alla gioiosa macchina della globalizzazione dei mercati; nessuno di questi "ismi" ricalca davvero (e per fortuna) quel folle mito autarchico che inseguì Mus-

²³ D. DI MICCO, *Regolare la globalizzazione*, cit.

²⁴ House of Lords, *Brexit legislation: constitutional issues*, Select Committee on the Constitution, 6th Report of Session 2019-21, HL Paper 71, 9 June 2020.

solini orami cento anni fa, e nel quale già allora ci si dovette ben presto rendere conto di quanto fosse irrealizzabile.

Questi “ismi” pensano semmai – a torto o a ragione – di poter ottenere, “stando fuori” dai tavoli di concertazione sovranazionale, condizioni più vantaggiose di quelle che avrebbero stando seduti a quei tavoli dove si scrivono le regole comuni. Ma cercano condizioni da spendere ancora una volta nella globalizzazione dei mercati.

Questi “ismi” non resistono affatto alla globalizzazione. Al contrario, intendono giocare ancora una volta dentro la globalizzazione ma con le mani più libere. Resistono semmai alla concertazione delle regole; si sfilano cioè da quell’idea, nata a Bretton Woods, secondo la quale regole condivise e partecipate per la gestione dell’economia globale possono fatto il bene di tutti.

Sicché, che ci piaccia o no, la globalizzazione gode ancora di ottima salute.

TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI ED AFFERMAZIONE
DI STANDARD ARGOMENTATIVI SU LARGA SCALA:
IL CASO DELLA PROPORZIONALITÀ

*Federico Falorni**

1. *La nascita di una lingua franca in tema di diritti fondamentali*

Nella *Relazione annuale*, in merito all'attività della Corte Costituzionale nel 2022, pubblicata il 13 aprile 2023, la Presidente, Silvana Sciarra, concludeva il proprio intervento, rimarcando l'importanza di ricercare un «sempre più armonico coordinamento delle tecniche argomentative», anche attraverso il perfezionamento del «ricorso ai criteri di ragionevolezza e di proporzionalità»¹.

Le parole della Presidente richiamano l'attenzione su di un aspetto che ha giocato e – anticipando le conclusioni – gioca tutt'ora una “partita” importante in tema di diritti fondamentali: l'emersione, quasi a soddisfare una vera e propria necessità, di canoni argomentativi condivisi a livello di Corti Costituzionali, Supreme e sovranazionali².

Come è noto, l'affermazione di un catalogo, ampio ed eterogeneo, di diritti fondamentali ed il riconoscimento della loro garanzia rappresenta un tratto essenziale del costituzionalismo moderno.

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Firenze.

Si ringrazia il finanziamento del MIUR - PRIN Bando 2020 - prot. 2020M47T9C *Decision-Making in the Age of Emergencies: New Paradigms in Recognition and Protection of Rights*.

¹ *Relazione della Presidente Silvana Sciarra sull'attività della Corte Costituzionale nel 2022*, consultabile al seguente link: https://www.cortecostituzionale.it/annuario2022/pdf/Relazione_annuale_2022.pdf.

² D'ora in avanti, si impiegherà genericamente la parola “Corti”.

Giorgio Pino, dapprima, ha evidenziato che nello Stato Costituzionale «lo spazio giuridico è saturo di diritti»³, quindi, ha impiegato la formula “costituzionalismo dei diritti”, proprio al fine di evidenziare quanto il rapporto tra costituzionalismo e diritti sia divenuto stretto e pregnante⁴; Stefano Rodotà ha sottolineato, invece, come il costituzionalismo della fine del XX secolo sia stato segnato dal «trionfo dei diritti»⁵. Se poi volgiamo lo sguardo verso il modo in cui tali diritti sono concepiti, essi solamente in casi eccezionali sono ordinati in relazione gerarchiche o di prevalenza: le Costituzioni pluraliste adottate a partire dal secondo conflitto mondiale racchiudono, infatti, una concezione “dignitaria” dei diritti, che si distingue da quella “libertaria”, per il fatto che essi non sono mai affermati in termini assoluti, ma sono tutti posti su un medesimo piano ed hanno pari dignità costituzionale⁶.

Il tema meriterebbe certamente un maggiore approfondimento in merito alla natura dei diritti fondamentali, al loro carattere “relazionale”⁷ e naturalmente “conflittuale”, alle caratteristiche delle antinomie tra gli stessi diritti ed alle tecniche (su tutte, il bilanciamento) impiegate per risolverle, nonché in merito ad una corretta definizione del bilanciamento medesimo. Tutto ciò esula, però, dall’intento del presente contributo. In questa sede, preme sottolineare che lo sviluppo della cultura dei diritti fondamentali, con tutte le

³ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 213.

⁴ G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 13-49.

⁵ M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 55, ove si cita S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁶ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti Costituzionali italiana, portoghese e spagnola svoltasi a Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 Ottobre 2013, consultabile al seguente indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

⁷ Come sottolineato da Antonino Spadaro «non esistono, o comunque non dovrebbero essere ammissibili, almeno in via ordinaria, diritti fondamentali che non siano intrinsecamente flessibili, moderati, equilibrati, passibili di ponderazione/bilanciamento. In una parola: relazionali e dunque ragionevoli»; in A. SPADARO, *Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, 2006, n. 1, pp. 167 ss., p. 172.

implicazioni che essa ha comportato, ha posto i giudici costituzionali, di differenti ordinamenti, di fronte alla risoluzione di problematiche analoghe. Soprattutto il bilanciamento, che coincide con l'istituzione di una gerarchia assiologica mobile e circostanziata⁸, e che può identificarsi con la ricerca di punti di compromesso finalizzata a realizzare la tolleranza e la convivenza tra i diritti fondamentali, è un'operazione che ha fortemente contraddistinto l'operato delle Corti, anche in epoca più recente durante l'irrompere della pandemia da COVID-19.

In questo scenario, caratterizzato, tra l'altro, dal fatto che i diritti fondamentali hanno progressivamente acquisito una dimensione sovranazionale, sempre più frequenti sono stati i fenomeni di contaminazione reciproca tra le Corti, volti ad individuare soluzioni e strumenti che potessero soddisfare le esigenze correlate ai diritti fondamentali e ad un loro corretto bilanciamento: sia per quel che riguarda i principî ed i criteri di giudizio, sia per quel che attiene alle tecniche interpretative, sia con riferimento agli standard argomentativi.

Così, i diritti fondamentali hanno rappresentato – nelle parole di Michael Ignatieff – quel «vocabolario comune»⁹, dal quale ha potuto prendere avvio, a partire dal secondo dopoguerra, una riflessione condivisa fra i vari giudici costituzionali ed il cui esito è stata la progressiva affermazione di una *lingua franca*. Invero, quel «vocabolario comune», da un lato, ha consentito agli attori giuridici ed, in primo luogo, ai giudici di interagire tra di loro, pur con le differenze in termini di maggiore o minore propensione al confronto con altri ordinamenti, entrando così a far parte di quella che viene definita una «global community of courts»¹⁰ e favorendo, al contempo, lo

⁸ G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., pp. 178 ss.; R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 206 ss.; A. MORRONE, *Il bilanciamento nello stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio dei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 108.

⁹ M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, Feltrinelli, 2003, p. 97.

¹⁰ A. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, vol. 44, pp. 191 ss., spec. pp. 193-194.

sviluppo di un «international dialogue on human rights questions»¹¹; dall'altro lato, ha agevolato la circolazione di modelli, nonché di tecniche interpretative ed argomentative, realizzando così un certo grado di convergenza e di omogeneizzazione tra le Corti. La diffusione (ma anche l'imitazione) è stata tanto più intensa ed efficace quando tali modelli e tali tecniche hanno dimostrato di saper bene intercettare le esigenze e le istanze di cui i diritti fondamentali sono promotori. D'altronde, nel volume sull'*Antropologia giuridica*, Rodolfo Sacco sottolineava che – oltre alle ipotesi in cui l'imitazione (quale prima forma di diffusione) è una «necessità oggettiva» – essa, in molti altri casi, «avviene senza un'assoluta esigenza», semplicemente perché si ritiene che il «modello altrui possa giovare»¹².

2. Il caso della proporzionalità

Un modello “di successo” in tema di diritti fondamentali è rappresentato dalla proporzionalità, nei cui confronti la dottrina, anche comparatista, ha prestato molta attenzione¹³. Espressione – nell'elaborazione di David Beatty – dell'idea di *rule of law*, nell'accezione sostanziale del termine¹⁴, essa costituisce – secondo il pensiero di Alec Stone Sweet e Jud Mathews – un «foundational element of global constitutionalism»¹⁵.

¹¹ C. L'HEUREUX-DUBÉ, *From Many Different Stones: A House of Justice*, in *Alberta Law Review*, 2003, vol. 41, pp. 659 ss., spec. pp. 667-668.

¹² R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 56.

¹³ Fra le opere più rilevanti, si vedano: A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing & Constitutional Governance. A Comparative & Global Approach*, Oxford, Oxford University Press, 2019; M. KREMNITZER, T. STEINER, A. LANG, *Proportionality in Action. Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

¹⁴ D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

¹⁵ A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, vol. 47, pp. 73 ss., p. 161.

In particolare, il punto di vista dal quale si intende analizzare tale nozione non è rappresentato dalla proporzionalità quale parametro di valutazione (nell'accezione, quindi, di principio di proporzionalità); quanto piuttosto, sotto il profilo argomentativo, come predisposizione di un test (il test di proporzionalità, appunto). Inizialmente elaborato dalla Corte Costituzionale federale tedesca, il test di proporzionalità è stato progressivamente adottato da un crescente numero di Corti, Costituzionali e Supreme, nonché dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pur con alcuni adattamenti relativi, tra l'altro, al numero di passaggi di cui esso si compone, alle valutazioni previste da ciascuna fase ed al funzionamento complessivo¹⁶.

Un approccio "strutturato" alla proporzionalità si compone generalmente di quattro fasi (anche se sono rintracciabili formulazioni che individuano tre o cinque passaggi¹⁷): la legittimità, l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto. A prescindere dalle valutazioni che il giudice potrà compiere relativamente a ciascuna componente, è da sottolineare che un tale modo di ragionare ha il pregio di consentire alle Corti di presentare in maniera analitica ed ordinata le ragioni poste a fondamento della decisione. La risposta al quesito in merito alla proporzionalità di una misura, oggetto del sindacato di costituzionalità, che interferisce, limitandoli, con uno o più diritti fondamentali, potrà essere articolata secondo uno schema che, appunto, comporta la chiara enucleazione degli argomenti che hanno condotto ad adottare quella determinata soluzione.

Insomma, il test di proporzionalità ha il pregio di permettere di scandire e di tenere distinti i singoli passaggi di cui si compone l'iter argomentativo sotteso ad una determinata decisione. Esso, al contempo, contribuisce a creare una certa convergenza, dal punto di

¹⁶ A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, cit., pp. 175-210.

¹⁷ Se, da un lato, alcuni autori tendono a non ricomprendere nel test di proporzionalità il primo passaggio, relativo alla finalità perseguita, dall'altro lato, vi è chi ritiene che, dopo aver analizzato la legittimità dello scopo, si debba esaminare la legittimità del mezzo, prima di procedere alla verifica in merito all'idoneità, alla necessità ed alla proporzionalità in senso stretto. A quest'ultimo proposito, si veda M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Modena, Mucchi Editore, 2015.

vista dell'argomentazione e del linguaggio impiegato, fra le motivazioni delle decisioni delle Corti che vi fanno ricorso. Se, quindi – ed è una delle giustificazioni addotte per spiegarne il successo – la proporzionalità rappresenta «a response to a universal legal problem»¹⁸, essa – al contempo – «is successful at creating a common language of global constitutional law»¹⁹; con l'ulteriore conseguenza di contribuire a rinsaldare relazioni collaborative tra i giudici costituzionali di differenti ordinamenti.

La centralità della proporzionalità, sotto il profilo argomentativo, non si esaurisce, tuttavia, nel rappresentare «a way of speaking that legal actors around the world have found convenient for formulating legal arguments»²⁰. Il test di proporzionalità presenta anche una rilevanza “esterna”, che dispiega i propri effetti sia nei riguardi del legislatore, sia – più ampiamente – nei riguardi dei destinatari delle decisioni, latamente intesi; in altre parole, esso contribuisce a garantire quella dimensione “relazionale” delle Corti, che costituisce un tratto caratterizzante del costituzionalismo contemporaneo²¹.

Sotto un primo profilo, è stato posto in risalto, in maniera condivisibile, che l'impiego del test di proporzionalità comporta un «disciplining effect»²² nei riguardi del legislatore. In particolare, la funzione “pedagogica” viene in rilievo in un duplice momento: *ex ante* ed *ex post*. Nel momento della formazione di una determinata previsione legislativa (*ex ante*), il legislatore potrà tenere in considerazione i singoli passaggi di cui si compone lo schema argomentativo

¹⁸ B. SCHLINK, *Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here?*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2012, vol. 22, pp. 291 ss., p. 296.

¹⁹ M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, *Proportionality and the Culture of Justification*, in *American Journal of Comparative Law*, 2011, vol. 59, pp. 463 ss., p. 466. Si veda, altresì, M. KLATT, M. MEISTER, *Proportionality – a Benefit for Human Rights? Remarks on the I-CON Controversy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, vol. 10, pp. 687 ss., p. 708.

²⁰ A. MARKETOU, *Local Meanings of Proportionality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 2.

²¹ L'idea di “relationality” è ripresa da V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA, A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 234.

²² M. KUMM, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights based Proportionality Review*, in *Law & Ethics of Human Rights*, 2010, vol. 4, pp. 140 ss., p. 163.

della proporzionalità, al fine di adottare una soluzione che, se sottoposta ad un controllo successivo, possa superare indenne il sindacato di costituzionalità. Nel momento della “patologia” (*ex post*), cioè qualora il giudice costituzionale accerti l’illegittimità di una disposizione, l’utilizzo del test può far emergere, con maggior chiarezza, le ragioni ed i profili di criticità ravvisati (ad esempio, se si è ritenuto che la previsione censurata non perseguisse una finalità legittima ed ammissibile, ovvero non disponesse un ragionevole rapporto mezzi-fini, ovvero ancora realizzasse, sul piano degli effetti concreti, un bilanciamento non proporzionato); e, conseguentemente, può orientare l’attività legislativa nel porre rimedio al vizio di incostituzionalità. Insomma, un siffatto modo di argomentare può contribuire all’instaurazione di un proficuo rapporto collaborativo tra giudice costituzionale e legislatore, così rafforzando la “leale cooperazione” tra gli organi costituzionali che – come rilevato dall’allora Presidente della Corte Costituzionale, Marta Cartabia – costituisce, al giorno d’oggi, un «principio costituzionale che merita particolare enfasi e particolare attenzione»²³.

Sotto altro profilo, sempre in merito alla rilevanza “esterna” del test di proporzionalità, esso sembra soddisfare, innanzitutto, l’esigenza di trasparenza del ragionamento giuridico del giudice costituzionale, da più parti invocata; con la precisazione che, per ragionamento giuridico, si intende il discorso e non tanto il processo mentale del giudice; mentre l’idea di trasparenza – in questo specifico contesto – allude all’imperativo di fornire argomenti a sostegno dell’opzione prescelta e di confutare quelli che, invece, militano per una decisione di segno contrario²⁴. Si tratta, in buona sostanza, di

²³ *Relazione sull’attività della Corte Costituzionale nel 2019*, pubblicata il 28 aprile 2020, consultabile al seguente indirizzo: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/1_relazione.pdf.

²⁴ La dottrina è concorde nel ritenere che tra i benefici conseguenti all’utilizzo del test di proporzionalità sia da ricomprendere anche la “transparency”. Fra i molteplici autori: V.C. JACKSON, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality”, Rights and Federalism*, in *Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 1, pp. 583 ss., p. 621; A. STONE SWEET, J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, cit., pp. 96-97; M. TUSHNET, *Advance Introduction of Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, pp. 81-83.

rispondere all'onere giustificativo cui sono chiamate le Corti; onere che è tanto più rilevante, quando riguarda pronunce in tema di diritti fondamentali.

Ulteriori apprezzabili conseguenze, correlate ad una motivazione che si faccia carico, con spirito dialettico, di tutti i punti di vista e che presenti, in maniera analitica, le ragioni della soluzione concretamente prescelta, si rinvengono, poi, sul piano degli effetti nei riguardi dei destinatari, latamente intesi, di una pronuncia (o, meglio, di tutti i consociati)²⁵. Innanzitutto, per quel che attiene alla possibilità di una migliore comprensione della decisione giudiziaria e di una maggiore accettazione sociale del contenuto della medesima, anche qualora non si raggiunga – come, del resto, accade frequentemente – la piena condivisione. A ciò si correla – ed è un ulteriore elemento degno di menzione, in quanto contribuisce ad attenuare il senso di alienazione e di lontananza talvolta avvertito dalla collettività nei riguardi del giudice costituzionale – la possibilità di svolgere, soprattutto ad opera della società civile, un controllo diffuso più consapevole sull'attività svolta e sul percorso argomentativo seguito, che può sfociare in un apprezzamento ovvero in critiche, anche severe.

Le brevi considerazioni che precedono – che non vogliono proporre una visione “trionfalistica” del test di proporzionalità, non potendo trascurare che una parte, a dire il vero minoritaria, della dottrina non ha mancato di porne in risalto pure gli aspetti problematici²⁶ – cercano di spiegare alcune delle ragioni, alla base del successo della proporzionalità. In ogni caso – ed il punto merita di essere ribadito – l'utilizzo del test di proporzionalità ha contribuito a far emergere un discorso sui diritti fondamentali largamente condiviso

²⁵ Il tema è stato approfondito dal sottoscritto in un precedente lavoro: F. FALORNI, *Giudice costituzionale e trasparenza: un binomio sempre più ricorrente*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 30, pp. 67 ss.

²⁶ Ad esempio: F.J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, vol. 7, pp. 468 ss.; V.A. DA SILVA, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2011, vol. 31, pp. 273 ss.; N. PETERSEN, *How To Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law*, in *German Law Journal*, 2013, vol. 14, pp. 1387 ss.

(anche se non a livello globale) e che si inserisce nel solco di quel *trend* che registra una convergenza, almeno sul piano argomentativo, tra i giudici costituzionali di ordinamenti diversi.

3. *Gli sviluppi più recenti*

Le considerazioni svolte ai paragrafi precedenti, in merito all'affermazione di standard argomentativi su larga scala (fra cui la proporzionalità merita un posto privilegiato) necessiterebbero di essere ulteriormente verificate alla luce degli eventi, purtroppo drammatici, che hanno caratterizzato gli ultimi anni: su tutti, l'emergenza sanitaria, causata dalla pandemia, e la persistente crisi economico-sociale. In particolare, sarebbe opportuno indagare se, a fronte di tali fenomeni, si è avuto un "arretramento", anche sul piano dell'argomentazione; ovvero se quel *trend* di cui si è cercato di dare conto ha proseguito la sua crescita, anzi con sempre maggior vigore.

Pur nella consapevolezza che il tema meriterebbe ben altro approfondimento, di seguito, si svolgono alcune considerazioni, che possono costituire la base per una riflessione più matura.

La prima osservazione: la tendenza all'adozione dello schema argomentativo della proporzionalità non sembra aver conosciuto battute d'arresto. Invero, alcune Corti tradizionalmente diffidenti dall'argomentare le proprie decisioni secondo lo standard della proporzionalità, sembrano – con l'eccezione, ad esempio, della Corte Suprema degli Stati Uniti, che si conferma, anche sotto questo punto di vista, un'esperienza "eccezionale"²⁷ – aver mutato atteggiamento. Il riferimento è, ad esempio, alla Corte Costituzionale italiana. Benché, come evidenziato da Marta Cartabia²⁸ e da Sabino Casse-

²⁷ Negli ultimi anni si è sviluppato un vivace dibattito, anche negli Stati Uniti, in merito all'opportunità o meno, per la Corte Suprema federale, di adottare la proporzionalità, sia come principio, sia come test. Sul punto: V.C. JACKSON, M. TUSHNET, *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 75-196.

²⁸ M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, cit., p. 6.

se²⁹, la Corte si sia contraddistinta per un approccio “de-strutturato” alla proporzionalità, evitando l’espresa formalizzazione di una sequenza di standard disposti in progressione, sembra rintracciabile, nella più recente giurisprudenza, il tentativo di delineare uno schema che riprende, nei connotati essenziali ed in una forma ancora non perfettamente sviluppata, il test di proporzionalità³⁰. Tale impostazione, ancora non prevalente, inaugurata con la sentenza n. 1/2014 e ripresa in successive decisioni, è ulteriormente confermata, di recente, dalla sentenza n. 188/2022³¹. La Corte, pronunciandosi con riferimento allo specifico contesto di necessità ed urgenza indotto dalla grave crisi finanziaria che ha colpito l’Italia, fa propri, richiamandoli espressamente, i passaggi argomentativi di cui si compone il test di proporzionalità: idoneità³², adeguatezza³³ e necessità³⁴, nonché proporzionalità in senso stretto³⁵ (o, meglio, nel caso di

²⁹ A. STONE SWEET, G. DELLA CANANEA, *A Conversation with Sabino Cassese. Interview*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, pp. 1526 ss., spec. p. 1533.

³⁰ Il tema è stato approfondito dal sottoscritto in un precedente lavoro: F. FALORNI, *Verso una compiuta elaborazione del “test di proporzionalità”? La Corte Costituzionale italiana al passo con le altre esperienze di giustizia costituzionale*, in *DPCE online*, 2020, n. 4, pp. 5307 ss.

³¹ Con la sentenza n. 188, del 25 luglio 2022, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale, per violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, ricompreso nell’ambito di operatività dell’art. 3 della Cost., dell’art. 7 della L.R. Veneto n. 13/2012, laddove prevede per il titolare dell’Ufficio per la protezione e la pubblica tutela dei minori una riduzione dell’indennità di diaria.

³² Sul punto, la Corte ritiene legittimo «l’intento del contenimento della spesa».

³³ Osserva la Corte che la decurtazione prevista dalla L.R. Veneto n. 13/2012 «può ritenersi idonea a conseguire un risparmio, comportando una minore spesa per l’ente regionale».

³⁴ Al riguardo, la Corte afferma che «il test di proporzionalità non può ritenersi superato con riferimento alla valutazione del minor sacrificio imposto, alla stregua della percentuale di riduzione del compenso, sia in sé considerata, sia in rapporto a quelle praticate nel medesimo contesto temporale e normativo».

³⁵ La Corte afferma, a questo proposito, che la misura «ha imposto un taglio di ammontare almeno doppio rispetto a quello che ha riguardato i consiglieri veneti e, comunque, ben sette volte superiore a quanto previsto dal D.L. n. 78 del 2010, come convertito». Aggiunge, poi, la Corte che, con riferimento agli effetti in concreto della disposizione impugnata, è da tenere in considerazione pure «l’incompatibilità di tale incarico con l’esercizio di qualunque attività di lavoro autonomo o subordinato e di qualsiasi commercio o professione, nonché la previsione della sua durata quinquennale».

specie, la sproporzionalità degli effetti) sono gli argomenti impiegati dalla Corte nel motivare in merito alla illegittimità costituzionale della disposizione censurata.

La seconda osservazione: la tendenza delle Corti ad usare un linguaggio condiviso in tema di diritti fondamentali sembra ulteriormente potenziata durante il periodo della pandemia e, quindi, in un contesto caratterizzato, al contempo, da una maggiore complessità ed incertezza, nonché da una maggiore urgenza. Sul punto, Andrea Pin osservava che uno dei tratti caratterizzanti l'emergenza sanitaria sarebbe stato, appunto, una «probabile intensificazione dei prestiti e del travaso di argomenti da un ordinamento all'altro»³⁶. In questa prospettiva, il test di proporzionalità gioca, ancora una volta, un ruolo primario. Al riguardo, non possono essere qui affrontate questioni centrali, quali, ad esempio: il ruolo del giudice costituzionale, anche a seconda delle singole "fasi" della pandemia (è noto, ad esempio, che, per lo meno in una fase iniziale, la Corte Costituzionale italiana sia stata decisamente poco coinvolta; così, tuttavia, non può dirsi per altre esperienze di giustizia costituzionale³⁷); le ragioni che giustificano, anche durante l'esperienza pandemica, il ricorso al test di proporzionalità, nonché gli aggiustamenti cui è stato sottoposto, per realizzare quella inevitabile dialettica con le evidenze scientifiche ed i loro continui progressi. Tuttavia, in questa sede, si ritiene opportuno dare atto che, anche sul piano prettamente argomentativo, il test di proporzionalità ha continuato a rappresentare un modello intensamente impiegato per la gestione dei diritti fondamentali durante l'esperienza pandemica.

Se ne rinviene una conferma nella giurisprudenza della Corte Costituzionale federale tedesca ed in quella della Corte Costituzionale italiana, in tema di obbligo di vaccinazione contro il COVID-19 per il personale medico-sanitario.

³⁶ A. PIN, *Giudicare la pandemia con la proporzionalità. Le misure anti-Covid-19, il vaglio giudiziario e il diritto comparato*, in *DPCE online*, 2020, n. 2, pp. 2581 ss., p. 2583.

³⁷ F. DAL CANTO, *Il sistema giustizia alla prova dell'emergenza pandemica, tra forme e sostanza*, in *Rivista AIC*, 2021, n. 2, pp. 110 ss., p. 134; P. PASSAGLIA, *Emergenza sanitaria e diritti: una prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2020, n. 3, pp. 4283 ss. Si parla di «eclissi» del sindacato della Corte Costituzionale, in A. VUOLO, *Il sindacato di legittimità sulle misure di contrasto all'epidemia*, in *Diritti regionali. Rivista di diritto delle autonomie territoriali*, 2020, n. 2, pp. 87 ss., p. 88.

Il primo Senato della Corte Costituzionale federale, con l'ordinanza in data 27 aprile 2022³⁸, ha rigettato il ricorso individuale diretto contro alcuni emendamenti del *Protection Against Infection Act* che, a partire dal 15 marzo 2022, imponevano, tra le altre cose, per il personale di alcuni enti ed istituzioni del settore sanitario e socio-assistenziale, l'obbligo di dimostrare di aver completato il ciclo vaccinale o, in alternativa, di essere guariti o di non poter effettuare la vaccinazione per una controindicazione medica; l'impianto normativo, inoltre, prevedeva alcune conseguenze sanzionatorie, quali il divieto di entrare in quei luoghi e di prestarvi la propria attività lavorativa, per coloro che omettevano di fornire la prova richiesta. Secondo il Primo Senato, le disposizioni censurate non si ponevano in contrasto né con l'art. 2, comma 2, primo periodo, né con l'art. 12, comma 1, delle Legge Fondamentale, che prevedono, rispettivamente, il diritto alla vita ed all'integrità fisica ed il diritto di scegliere liberamente la propria professione. Dal punto di vista argomentativo, la Corte, nel ritenere non fondata la questione relativa alla violazione dell'art. 2, comma 2, primo periodo, ha espressamente applicato il test di proporzionalità, attribuendo, in progressione, rilevanza a tali argomenti³⁹: se le previsioni censurate perseguivano «constitutionally legitimate purposes» (e tale è stata ritenuta la finalità di tutelare le categorie c.d. “fragili” dai rischi conseguenti alla contrazione del virus)⁴⁰; se esse potevano ritenersi «suitable under constitutional law for achieving the legislative purpose» (ritenendo che potessero ritenersi “adequate” allo scopo, in quanto – tra le altre cose – vi era un ampio consenso nella comunità scientifica in merito al fatto che i soggetti vaccinati o guariti avessero meno probabilità di contrar-

³⁸ BVerfG, Order of the First Senate of 27 April 2022 - 1 BvR 2649/21, consultabile in lingua inglese al seguente link: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2022/04/rs20220427_1bvr264921en.html.

L'ordinanza è accompagnata dal comunicato stampa n. 42/2022 del 19 maggio 2022, consultabile, sempre in lingua inglese, al seguente link: <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2022/bvg22-042.html>.

³⁹ Il test di proporzionalità è stato ugualmente impiegato per argomentare in merito all'infondatezza della questione relativa alla violazione dell'art. 12, comma 1, delle Legge Fondamentale: BVerfG, cit., parr. 254-266.

⁴⁰ BVerfG, cit., parr. 150-164.

re il virus e di trasmetterlo ad altri individui)⁴¹ e «necessary under constitutional law to protect vulnerable groups» (affermando che le disposizioni censurate erano necessarie, in quanto – sulla base delle conoscenze esistenti all’epoca dell’adozione di tali misure, in merito alla diffusione del virus ed alle possibilità di frenare la sua diffusione – non erano ravvisabili soluzioni alternative, ugualmente efficaci nel perseguire l’obiettivo prefissato)⁴²; se, infine, l’obbligo in questione fosse «proportionate in the strict sense» (anche sotto questo profilo, il primo Senato non ha ravvisato alcuna violazione, attribuendo rilevanza – ad esempio – al fatto che l’efficacia e la sicurezza dei vaccini erano costantemente monitorate dalle Autorità competenti)⁴³.

In Italia, la Corte Costituzionale si è espressa sugli obblighi vaccinali per la prevenzione dell’infezione da COVID-19, per il personale sanitario, con le sentenze nn. 14, 15 e 16, del 9 febbraio 2023. In particolare, con le sentenze nn. 14 e 15⁴⁴, la Corte, nel ritenere non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate, ha impiegato – confermando quel *trend* cui si è fatto cenno sopra – tutti gli argomenti di cui si compone il test di proporzionalità. Con la prima pronuncia la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima la disposizione che prevedeva, da un lato, l’obbligo vaccinale per il personale sanitario, e, dall’altro lato, per effetto dell’inadempimento dello stesso, la sospensione dall’esercizio delle professioni sanitarie. Nel testo della motivazione, ricorrono tutti gli elementi di cui si compone lo schema argomentativo della proporzionalità: la legittimità dell’obiettivo (la norma aveva la finalità di perseguire, oltre alla tutela della salute di una delle categorie più esposte al contagio, «il duplice scopo di proteggere quanti entrano con loro in contatto e di evitare l’interruzione di servizi essenziali per la collettività»⁴⁵); l’idoneità (facendo riferimento alle risultanze medico-scientifiche, che attestano «la piena efficacia del vaccino», si ritiene sussisten-

⁴¹ BVerfG, cit., parr. 165-185.

⁴² BVerfG, cit., parr. 186-201.

⁴³ BVerfG, cit., parr. 202-242.

⁴⁴ La sentenza n. 16/2023 è meno rilevante ai fini del presente discorso, in quanto la Corte Costituzionale ha ritenuto inammissibile la questione di legittimità costituzionale, per difetto di giurisdizione del giudice *a quo*.

⁴⁵ Corte Costituzionale, 9 Febbraio 2023, n. 14, par. 12.

te «l'idoneità dell'obbligo vaccinale rispetto allo scopo di ridurre la circolazione del virus»⁴⁶); la necessità (la Corte argomenta in merito all'assenza, nel momento in cui è stata adottata la disposizione, di «misure altrettanto adeguate rispetto allo scopo prefissato dal legislatore per fronteggiare la pandemia»⁴⁷); la proporzionalità in senso stretto (nell'escludere che gli effetti fossero da ritenere sproporzionati, la Corte valorizza sia la durata predeterminata dell'obbligo vaccinale, sia l'intensità della conseguenza sanzionatoria, trattandosi di una sospensione dal rapporto lavorativo, non rilevante sul piano disciplinare)⁴⁸. A quest'ultimo riguardo, è pure significativo il fatto che la Corte Costituzionale faccia espresso riferimento all'ordinanza del primo Senato sopra richiamata e, in particolare, a quei passaggi della motivazione – ove pure si fa applicazione del test di proporzionalità – che hanno escluso la violazione dell'art. 12, comma 1, delle Legge Fondamentale⁴⁹.

In sostanza, anche al cospetto dei più recenti sviluppi ed eventi, e sulla base delle considerazioni, ancorché sommarie, che precedono, sembra, da un lato, che il fenomeno della circolazione di standard e di argomenti sia ancora una costante e, dall'altro lato, che, in questa prospettiva, lo schema argomentativo della proporzionalità rappresenti, ancora oggi, un “buon” modello, per la gestione dei diritti fondamentali. In particolare, attraverso l'impiego del test di proporzionalità, sembra possibile raccogliere quell'invito ad «evitare motivazioni assertive ed apodittiche»⁵⁰ ed a giustificare adeguatamente una determinata decisione; invito tanto essenziale in una situazione in cui, anche per far fronte agli eventi emergenziali che stanno caratterizzando quest'ultimo periodo, sono richiesti un più elevato grado di adesione spontanea della collettività ed una rinnovata fiducia nei confronti delle istituzioni e, nello specifico, delle Corti.

⁴⁶ Corte Costituzionale, cit., par. 11.

⁴⁷ Corte Costituzionale, cit., par. 13.1.

⁴⁸ Corte Costituzionale, cit., par. 13.2.

⁴⁹ Corte Costituzionale, cit., par. 13.3.

⁵⁰ F. VIGANÒ, *Indipendenza delle Corti e judicial review della legislazione*, in G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, M. BASSINI (a cura di), *Corti europee e democrazia. Rule of law, indipendenza e accountability*, Milano, Bocconi Editore, 2019, p. 29.

PUBLIC TRUST DOCTRINE E CAMBIAMENTI CLIMATICI:
UNO SGUARDO AGLI STATI UNITI E OLTRE

Stefano Fanetti*

1. *La public trust doctrine: cenni introduttivi*

In uno scritto di qualche anno fa¹ Mary Christina Wood² descriveva efficacemente, anche se forse in modo un po' *tranchant* e con uno sguardo focalizzato sugli USA, il sostanziale fallimento del diritto ambientale nell'affrontare adeguatamente la questione ecologica e il problema dei cambiamenti climatici: «Modern environmental law has proved a colossal failure, despite the good intentions and the hard work of many citizens, lawyers, and government officials. Notwithstanding the most extensive and complex set of legal mandates the world has ever known, government is driving runaway greenhouse gas emissions and resource depletion»³.

Così, la (spesso) carente volontà politica nel contrastare il riscaldamento globale si è tradotta, nei diversi ordinamenti giuridici, in una mancata produzione normativa in materia, in una regolamen-

* Ricercatore a tempo determinato (RTDa), Università degli Studi dell'Insubria.

¹ M.C. WOOD, *Advancing the Sovereign Trust of Government to Safeguard the Environment for Present and Future Generations (Part I): Ecological Realism and the Need for a Paradigm Shift*, in *Environmental Law*, 2009, vol. 39, n. 1, pp. 43-89.

² Mary Christina Wood, *Director of the University of Oregon School of Law's Environmental and Natural Resources Law Program*, è nota per i suoi scritti in cui sostiene l'uso della *public trust doctrine* per costringere i governi ad agire in tema di cambiamenti climatici.

³ M.C. WOOD, *Advancing the Sovereign Trust*, cit., p. 43.

tazione insoddisfacente e poco ambiziosa o nella non effettiva applicazione delle norme esistenti⁴. Proprio tali persistenti insufficienze hanno determinato una crescente diffusione della *climate change litigation*⁵, utilizzata come strumento per accelerare l'azione di vari Paesi sul clima⁶. Sebbene sia assai vivace il dibattito attorno all'utilità e ai risultati del contenzioso climatico⁷, le vie percorse per intentare un'azione legale in materia di cambiamenti climatici continuano ad espandersi⁸. In questo senso, i governi si trovano spesso a fronteggiare rivendicazioni "creative", fondate su argomentazioni legali "non convenzionali", tra cui la *public trust doctrine* (PTD)⁹.

La PTD è una dottrina giuridica, con radici addirittura nel diritto romano, che è stata elaborata nell'esperienza statunitense e che poi ha trovato "cittadinanza" in altri ordinamenti giuridici. Da un punto di vista concettuale, la PTD richiama un istituto che in *common law* viene utilizzato da secoli in ambito privatistico, il *trust* appunto. Nel *trust* coesistono due differenti diritti tra loro disgiunti, quello del *trustee*, titolare formale (*legal owner*) del bene (*corpus of the trust*) e responsabile della sua gestione, e quello del *beneficiary* (*equitable owner*), che ha il diritto di godere dei vantaggi derivanti da tale amministrazione. In specie, la PTD prevede che alcune risorse naturali siano detenute in *trust* dal soggetto pubblico (ad es. lo Stato) che deve gestirle e proteggerle per conto delle generazioni presenti e future¹⁰.

⁴ G.S. MUNRO, *The Public Trust Doctrine and the Montana Constitution as Legal Bases for Climate Change Litigation in Montana*, in *Montana Law Review*, 2012, vol. 73, n. 1, p. 127.

⁵ S. VARVAŠTIAN, *Access to Justice in Climate Change Litigation from a Transnational Perspective: Private Party Standing in Recent Climate Cases*, in J. JENDROSKA, M. BAR (eds.), *Procedural Environmental Rights. Principle X in Theory and Practice*, Cambridge, Intersentia, 2018, p. 482.

⁶ K.W.K. WAGER, *In common law we trust: how Hawaii's public trust doctrine can support atmospheric trust litigation to address climate change*, in *Hastings West-Northwest Journal of Environmental Law and Policy*, 2014, vol. 20, n. 1, p. 70.

⁷ S. McCORMICK et al., *Strategies in and outcomes of climate change litigation in the United States*, in *Nature Climate Change*, 2018, vol. 8, n. 9, pp. 829-833.

⁸ B. PRESTON, *Avenues for litigating the effects of climate change*, in *Judicial Officers Bulletin*, 2009, vol. 21, n. 7, pp. 55-58.

⁹ R.M. PEMBERTON, M.C. BLUMM, *Emerging Best Practices in International Atmospheric Trust Case Law*, in *Utah Law Review*, 2022, n. 5, p. 942.

¹⁰ In merito: M.D. SMITH, *A Blast from the Past: The Public Trust Doctrine and Its Growing Threat to Water Rights*, in *Environmental Law*, 2016, vol. 46, n.

La *doctrine* – il cui ambito di applicazione era tradizionalmente limitato alle acque navigabili, per impedirne un uso monopolistico e per promuovere l'accesso del pubblico per il commercio e la pesca – è stata via via oggetto di un'attenzione sempre crescente come strumento di conservazione dell'ambiente¹¹. Un contributo decisivo all'allargamento dei confini della PTD si deve al noto articolo di Joseph Sax *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*¹², pubblicato nel 1970 sulla *Michigan Law Review*, in cui l'autore essenzialmente “attualizza” l'antica dottrina per soddisfare l'esigenza di salvaguardia di importanti risorse ambientali.

E così, dopo la pubblicazione del lavoro di Sax, alcuni tribunali statali negli USA hanno adottato un approccio “estensivo” rispetto alla PTD – ad esempio, tutelando l'uso ricreativo e il godimento estetico di fiumi e laghi, oppure proteggendo fauna e flora selvatiche¹³; inoltre, la PTD ha iniziato a permeare – in modo, talvolta, assai esplicito – le disposizioni costituzionali dedicate all'ambiente di vari Stati USA¹⁴ e, nello stesso tempo, il *public trust doctrine language* è penetrato profondamente in importanti “pezzi” della *statutory law*, anche federale, come, ad esempio nel CERCLA (*the Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*, 1980)¹⁵.

3, p. 470; J.C. DERNBACH, *Taking the Pennsylvania Constitution Seriously When It Protects the Environment: Part II - Environmental Rights and Public Trust*, in *Dickinson Law Review*, 1999, vol. 104, n. 1, pp. 118 ss.

¹¹ M.C. BLUMM, Z.A. SCHWARTZ, *The Public Trust Doctrine Fifty Years After Sax and Some Thoughts on Its Future*, in *Public Land & Resources Law Review*, 2021, vol. 44, pp. 2 ss.

¹² J.L. SAX, *The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law: Effective Judicial Intervention*, in *Michigan Law Review*, 1970, vol. 68, n. 3, pp. 471-566.

¹³ J.M. COUMES, *Look to Windward: The Michigan Environmental Protection Act and the Case for Atmospheric Trust Litigation in the Mitten State*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2020, vol. 10, n. 1, p. 281.

¹⁴ Sul punto: M.T. KIRSCH, *Upholding the Public Trust in State Constitutions*, in *Duke Law Journal*, 1997, vol. 46, n. 5, pp. 1169-1210; F. FRACCHIA, *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, in D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo Colloquio di diritto dell'ambiente, Teramo, 29-30 aprile 2005*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 136 ss.

¹⁵ M. CENINI, *The CERCLA Model: Past, Present and Future*, in B. POZZO, V. JACOMETTI (eds.), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Law Perspective*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 258 ss.

Le considerazioni appena espresse non devono far pensare che la PTD rappresenti una costruzione giuridica monolitica, come dimostra l'evoluzione non omogenea nella giurisprudenza dei diversi Stati USA e a livello federale¹⁶. A tal proposito è stato evidenziato che negli USA coesistono ben cinquantuno versioni di PTD, una per ciascuno Stato e l'incarnazione federale¹⁷; peraltro, come emerge dalle posizioni ondivaghe in giurisprudenza e dottrina, è ampiamente discusso se la PTD possa applicarsi anche al governo federale (oltre che agli Stati)¹⁸. A ciò si aggiungano le stroncature, da parte di autorevoli studiosi, dei tentativi di disancorare la PTD dal "classico ambito di copertura"¹⁹. Tali critiche riguardano pure gli sforzi, condotti nell'ambito della *climate change litigation*, di estendere la *doctrine* all'atmosfera per vedere riconosciuto un dovere in capo ai governi di ridurre le emissioni di gas serra o, in generale, di contrastare i cambiamenti climatici²⁰.

Sotto questo aspetto, va sottolineato come nell'ultimo decennio negli Stati Uniti siano state proposte, tanto a livello federale quanto a livello statale, diverse azioni legali "climatiche" fondate sulla PTD, con esiti generalmente poco entusiasmanti. Di alcune di queste cause si cercherà di rendere conto nelle pagine che seguono, per poi focalizzarsi su alcuni interessanti casi di contenzioso climatico promossi in altri Paesi sulla base della PTD.

¹⁶ J.B. RUHL, J. SALZMAN, *Ecosystem Services and the Public Trust Doctrine: Working Change from Within*, in *Southeastern Environmental Law Journal*, 2006, vol. 15, n. 1, pp. 228 ss.

¹⁷ R.K. CRAIG, *A Comparative Guide to the Eastern Public Trust Doctrines: Classifications of States, Property Rights, and State Summaries*, in *Penn State Environmental Law Review*, 2007, vol. 16, n. 1, pp. 1 ss.; R.D. SAGARIN, M. TURNIPSEED, *The Public Trust Doctrine: Where Ecology Meets Natural Resources Management*, in *Annual Review of Environment and Resources*, 2012, vol. 37, p. 478.

¹⁸ E. RYAN, *A Short History of the Public Trust Doctrine and its Intersection with Private Water Law*, in *Virginia Environmental Law Journal*, 2020, vol. 38, n. 2, pp. 170 ss.

¹⁹ Sul punto: R.D. SAGARIN, M. TURNIPSEED, *The Public Trust Doctrine*, cit., p. 479; M.T. KIRSCH, *Upholding the Public Trust*, cit., p. 1176.

²⁰ A. PANIZIO, *Public Trust Doctrine in Comparative Environmental Law*, FEU research paper 7/2020, Universität Bremen, p. 35.

2. L'Atmospheric Trust Litigation negli USA

Sebbene l'aria e l'atmosfera non siano state storicamente considerate come risorse naturali in *public trust*²¹, la *doctrine* è divenuta centrale nel contenzioso climatico: a partire dal 2011 sono, infatti, state presentate numerose azioni, nei confronti degli Stati e del governo federale, basate, almeno parzialmente, sulla PTD²². Buona parte di queste azioni si iscrive nell'ambito di una *coordinated litigation campaign* a livello globale, l'*Atmospheric Trust Litigation* (ATL)²³, che ha coinvolto numerosi giovani attivisti ed è collegata a uno studio legale non-profit, *Our Children's Trust* (OCT)²⁴.

Le basi dell'approccio ATL alla crisi climatica sono sicuramente attribuibili al lavoro della già citata Professoressa Mary Christina Wood. La teoria, tanto semplice quanto potente²⁵, della Wood può essere articolata come segue: (1) l'atmosfera rientra tra le risorse vitali in *public trust*; (2) i beneficiari del PT sono le generazioni presenti e future; (3) tutte le nazioni sulla terra sono «co-tenant sovereign trustees»²⁶ di questa risorsa, incombando sui governi (ai diversi livelli) un dovere fiduciario di proteggere l'aria, l'atmosfera e il sistema climatico da un "deterioramento sostanziale" e un corrispondente obbligo (positivo) di ripristinare l'equilibrio climatico; (4) i tribunali devono riconoscere e far rispettare questa obbligazione fiduciaria²⁷.

²¹ D.S. RUBINTON, *Save yourselves, kids: the atmospheric trust litigation*, in *Natural Resources & Environment*, 2017, vol. 32, n. 2, p. 12.

²² V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation: Global Trends and Critical Issues in the Light of the Urgenda 2018 Decision and the IPCC Special Report "Global Warming of 1.5 °C"*, in *Global Jurist*, 2020, vol. 20, n. 1, art. 20190005, p. 7.

²³ M. ROSSO GROSSMAN, *Climate Change and the Individual*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2018, vol. 66, n. S1, p. 351.

²⁴ <https://www.ourchildrenstrust.org/>.

²⁵ K.W.K. WAGER, *In common law we trust*, cit., p. 79.

²⁶ M.C. WOOD, *Nature's Trust: Environmental Law for a New Ecological Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 221.

²⁷ Sul punto: M.C. WOOD, *Atmospheric Trust Litigation*, in W.C.G. BURNS, H.M. OSOFSKY (eds.), *Adjudicating Climate Change. State, National, and International Approaches*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 99 ss.; M.C. BLUMM, M.C. WOOD, "No Ordinary Lawsuit": *Climate Change, Due Process, and the Public Trust Doctrine*, in *American University Law Review*, 2017, vol. 67, n. 1, p. 23.

Quindi, se da una parte l'uso della PTD nel contenzioso climatico potrebbe rappresentare una risposta all'inerzia dei decisori politici in materia di clima²⁸, dall'altra il riconoscimento dell'atmosfera come parte del PT non lascerebbe la problematica dei cambiamenti climatici comunque esposta alla contingente "sensibilità" politica di chi di volta in volta è al potere²⁹.

Ecco, la prima questione da dipanare è appunto quella di stabilire se l'atmosfera possa essere ricompresa tra le risorse in PT³⁰. Se è vero che la PTD non è "immutabile"³¹, occorre considerare che, a fronte di qualche decisione "progressista", la *doctrine*, nella giurisprudenza delle corti americane, è rimasta per lo più focalizzata su questioni riguardanti le acque navigabili, mantenendo spesso una prospettiva utilitaristica³². L'inclusione dell'atmosfera nel trust, con l'affermazione dei doveri che ne derivano per i governi, richiederebbe giudici disposti a innovare³³.

In effetti, in molte sentenze emerge un approccio piuttosto prudente partendo dalla constatazione che l'estensione all'atmosfera rappresenta un significativo allontanamento da come la *doctrine* è stata tradizionalmente applicata³⁴. In tal senso, una decisione emblematica è quella emessa nell'ottobre 2020 dalla Corte Suprema dell'Oregon in *Chernaik v. Brown*³⁵; i giudici, pur riconoscendo che la PTD possa essere modificata per considerare i mutamenti nelle

²⁸ M. BELLEVILLE, K. KENNEDY, *Cool Lawsuits – Is Climate Change Litigation Dead After Kivalina v. Exxonmobil?*, in *Appalachian Natural Resources Law Journal*, 2013, vol. 7, p. 82.

²⁹ M.C. BLUMM, M.C. WOOD, "No Ordinary Lawsuit", cit., p. 24.

³⁰ C. EVANS, *Atmospheric Trust Litigation*, in *West Coast Environmental Law Blog*, 2011, June 13, <https://www.wcel.org/blog/atmospheric-trust-litigation>.

³¹ M. KWATERSKI SCANLAN, *The Evolution of the Public Trust Doctrine and the Degradation of Trust Resources: Courts, Trustees and Political Power in Wisconsin*, in *Ecology Law Quarterly*, 2000, vol. 27, n. 1, p. 135.

³² Sul punto: A. BALLENTINE, *Full of hot air: why the atmospheric trust litigation theory is an unworkable attempt to expand the public trust doctrine beyond its common law foundations*, in *Dartmouth Law Journal*, 2014, vol. 12, n. 2, pp. 122 ss.; J.B. RUHL, J. SALZMAN, *Ecosystem Services and the Public Trust Doctrine*, cit., pp. 228 ss.

³³ C. EVANS, *Atmospheric Trust Litigation*, cit.

³⁴ *Alec L. v. Jackson*, 863F. Supp. 2d 11, 13 (D.D.C. 2012).

³⁵ *Chernaik v. Brown*, 367 Or. 143 (Or. 2020).

esigenze della società³⁶, si sono rifiutati di allargare la PTD per coprire altre risorse naturali, come l'atmosfera³⁷.

Un secondo ostacolo per le azioni ATL è legato al problema della legittimazione ad agire (*standing*). A questo proposito, a partire dagli anni quaranta del XX secolo, la Corte Suprema degli Stati Uniti, attraverso un'interpretazione della seconda sezione dell'articolo III della Costituzione Federale (e, nello specifico, del cosiddetto *cases and controversies criterion*), ha affermato la necessità di verificare il requisito dello *standing* per garantire che chi agisce in giudizio abbia un interesse "reale" nella causa³⁸; così, per valutare se vi sia legittimazione, le corti federali seguono il test di *Lujan v. Defenders of Wildlife*³⁹, in base al quale devono essere soddisfatte tre condizioni: (1) la concretezza e l'attualità della lesione (*injury in fact*), (2) l'esistenza di un nesso di causalità tra la lesione e la condotta contestata (*causation*) e (3) la probabilità che l'asserito danno possa essere riparato mediante una decisione favorevole (*redressability*)⁴⁰. Chiaramente a livello statale i requisiti dello *standing* possono divergere, anche se circa la metà degli Stati si sono conformati allo standard di *Lujan*⁴¹. Nelle cause ATL l'argomento dello *standing* è stato dunque richiamato da numerosi convenuti, spesso con successo. Un esempio in tal senso è costituito dalla decisione dell'*Arizona Court of Appeals* del 2013 in *Butler v. Brewer*⁴², dove la Corte ha rilevato la mancanza di *standing* dei ricorrenti dal punto di vista della *redressability*⁴³.

³⁶ *Id.* at 156.

³⁷ *Id.* at 169-70.

³⁸ Si vedano: B.C. MANK, *Standing for Private Parties in Global Warming Cases: Traceable Standing Causation Does Not Require Proximate Causation*, in *Michigan State Law Review*, 2012, p. 875; M. JUHN, *Taking a Stand: Climate Change Litigants and the Viability of Constitutional Claims*, in *Fordham Law Review*, 2021, vol. 89, n. 6, pp. 2746 ss.

³⁹ *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992).

⁴⁰ F. SCALIA, *La giustizia climatica*, in *federalismi.it*, 2021, n. 10, p. 277.

⁴¹ A. CHRISTIANSEN, *Up in the Air: A Fifty-State Survey of Atmospheric Trust Litigation Brought by Our Children's Trust*, in *Utah Law Review*, 2020, n. 3, p. 876.

⁴² *Butler v. Brewer*, 1 CA-CV 12-0347 (Ariz. Ct. App. Mar. 14, 2013).

⁴³ È bene evidenziare come la *Court of Appeals* non si sia espressa rispetto dell'appartenenza dell'atmosfera al PT.

Per un commento sulla sentenza: A. CHRISTIANSEN, *Up in the Air*, cit., p. 883; S. FANETTI, *La public trust doctrine: dalle origini alla climate change litigation*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2022, vol. 28, n. 2, pp. 20 ss.

Strettamente connessa al tema della legittimazione ad agire è la *political question doctrine*, secondo cui alcune questioni, in ossequio al principio della separazione dei poteri, devono essere affidate a un *elected branch of government* e non possono essere affrontate dalle corti con un'indebita incursione nella sfera "politica"⁴⁴. Così, ad esempio, in *Kanuk v. Alaska*⁴⁵, la Corte Suprema dell'Alaska ha affermato che fissare standard per le emissioni di anidride carbonica e ordinare allo Stato di intraprendere azioni per soddisfarli sono *nonjusticiable political questions* perché richiedono un'indagine scientifica e una valutazione politica che non competono a una corte, ma al potere legislativo o a quello esecutivo⁴⁶.

Le difficoltà incontrate dalle azioni ATL nelle corti statali si riscontrano, in maniera del tutto analoga, anche a livello federale, dove, peraltro, emerge la già citata annosa questione se la PTD sia esclusiva pertinenza del diritto statale o possa estendersi anche all'ambito federale⁴⁷. Effettivamente, la prima azione proposta con il supporto di OCT presso i giudici federali – *Alec L. v. Jackson* (in seguito ridenominata *Alec L. v. McCarthy*) – si incagliò proprio su questo punto; la *D.C. Circuit Court of Appeals*⁴⁸, riferendosi a un recente precedente della Corte Suprema, fu molto chiara nell'affermare che la PTD non fosse applicabile al governo federale⁴⁹: «(t)he Supreme Court in *PPL Montana* [...] repeatedly referred to “the” public trust doctrine and directly and categorically rejected any federal constitutional foundation for that doctrine, without qualification or reservation»⁵⁰.

⁴⁴ Sul punto: J.R. MAY, *AEP v. Connecticut and the Future of the Political Question Doctrine*, in *The Yale Law Journal Online*, 2011, vol. 121, p. 127; M. ROSSO GROSSMAN, *Climate Change and the Individual*, cit. p. 357.

⁴⁵ *Kanuk v. State of Alaska, Department of Natural Resources*, 335 P.3d 1088 (Alaska 2014).

⁴⁶ *Id.* at 1099.

⁴⁷ M. BURGER, J. GUNDLACH, *The Status of Climate Change Litigation: A Global Review*, Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School & UN Environment, 2017, pp. 24 ss. (https://scholarship.law.columbia.edu/sabin_climate_change/98/).

⁴⁸ *Alec L. ex rel. Loorz v. McCarthy*, 561 F. App'x 7 (D.C. Cir. 2014).

⁴⁹ R.S. ABATE, *Atmospheric Trust Litigation: Foundation for a Constitutional Right to a Stable Climate System?*, in *George Washington Journal of Energy and Environmental Law*, 2019, vol. 10, n. 1, p. 36.

⁵⁰ *Alec L. ex rel. Loorz v. McCarthy*, 561 F. App'x, at 8.

Il caso federale di ATL più noto è però il successivo *Juliana v. United States*. Senza entrare nel dettaglio della vicenda giudiziaria e delle ampie argomentazioni proposte dai ricorrenti⁵¹, la controversia offre particolari spunti proprio rispetto alla PTD, soprattutto nell'ormai celebre ordinanza della giudice Aiken della *U.S. District Court of Oregon*⁵², con cui viene respinta la richiesta dei convenuti di dichiarare l'azione inammissibile. Oltre a riconoscere un diritto fondamentale a un sistema climatico "in grado di sostenere la vita umana"⁵³, la decisione propone un'interessante lettura della PTD. Anzitutto, va detto che la giudice non si pronuncia sull'appartenenza dell'atmosfera al PT: non è necessario determinarlo dal momento che gli attori hanno lamentato che le scelte e le azioni del governo in materia di clima abbiano violato la PTD anche in connessione al mare territoriale, risorsa certamente in PT⁵⁴. Su queste basi, contrariamente a quanto affermato in *Alec L. v. McCarthy*, viene anche respinta la tesi della non applicabilità della PTD al governo federale: come gli Stati, anche il governo federale è *trustee* di risorse – tra cui, appunto, i mari territoriali – a beneficio del popolo⁵⁵. Da ultimo, la decisione chiarisce come le rivendicazioni di PT concernano attributi intrinseci della sovranità: il PT obbliga il governo a tutelare i beni del trust e tale obbligo non può essere "cancellato" da una legge; di conseguenza, anche se esistono leggi che intervengono sulla materia, ciò non impedisce di far valere delle pretese fondandole sulla PTD⁵⁶.

⁵¹ In effetti, l'azione si basa non solo sulla PTD, ma anche su argomenti fondati direttamente su disposizioni della Costituzione degli Stati Uniti. Per un approfondimento: F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw Journal*, 2022, n. 2, pp. 164 ss.

⁵² *Juliana v. United States*, 217 F. Supp. 3d 1224 (D. Or. 2016).

⁵³ *Id.* at 1250.

⁵⁴ *Id.* at 1255-1256.

⁵⁵ *Id.* at 1256-1259. Sul punto: C. KELLY, *Where the Water Meets the Sky: How an Unbroken Line of Precedent from Justinian to Juliana Supports the Possibility of a Federal Atmospheric Public Trust Doctrine*, in *N.Y.U. Environmental Law Journal*, 2019, vol. 27, n. 2, pp. 226 ss.

⁵⁶ *Juliana*, 217 F. Supp. 3d, at 1259-1260. Si veda anche: Z.L. BERLINER, *What about Uncle Sam - Carving a New Place for the Public Trust Doctrine in Federal Climate Litigation*, in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 2018, vol. 21, n. 4, pp. 350 ss.

L'entusiasmo suscitato dalla decisione è stato, tuttavia, in poco tempo frenato: l'ordinanza della giudice Aiken è stata, infatti, ribaltata dalla *Ninth Circuit Court of Appeals*⁵⁷, che, nel gennaio 2020, ha sottolineato la carenza di legittimazione dei ricorrenti sotto il profilo della *redressability*⁵⁸. Da una parte, la Corte ha ritenuto che la dichiarazione richiesta, con cui si sarebbe dovuta accertare la violazione della Costituzione da parte del governo, non avrebbe riparato gli asseriti danni patiti dagli attori a causa dei cambiamenti climatici, ma al più avrebbe offerto un "solievo psichico"⁵⁹. Dall'altra parte, la Corte ha sostenuto di non avere il potere di adottare l'ingiunzione sollecitata dai ricorrenti, ossia di ordinare al governo di definire un piano per eliminare gradualmente le emissioni di combustibili fossili e diminuire i livelli di anidride carbonica nell'atmosfera⁶⁰. Ordinare il piano, supervisionarlo e controllarne l'applicazione costituirebbero, infatti, un intervento giudiziario eccessivo: tutto ciò richiederebbe che i giudici si pronuncino sulla sufficienza della risposta del governo e quindi assumano scelte politiche complesse, scelte che, invece, spettano al ramo esecutivo e a quello legislativo⁶¹.

3. *La public trust doctrine nel contenzioso climatico fuori dagli Stati Uniti*

Da un punto di vista generale, occorre evidenziare come la PTD non sia un'"esclusiva" degli USA avendo avuto diffusione anche in altri ordinamenti di *common law* o in "sistemi misti" rispetto ai qua-

⁵⁷ *Juliana v. United States*, 947 F.3d 1159 (9th Cir. 2020).

⁵⁸ *Id.* at 1169-1173.

⁵⁹ *Id.* at 1170.

⁶⁰ Va detto che la Corte ha anche affermato di essere "scettica" sul fatto che l'ingiunzione richiesta fosse sostanzialmente in grado di riparare i danni patiti dai giovani attori perché essa, da sola, non avrebbe risolto il problema dei cambiamenti climatici globali (*Id.* at 1171).

⁶¹ *Id.* at 1170-1173. Per un commento: C.N. KEMPF, *Why Did So Many Do So Little? Movement Building and Climate Change Litigation in the Time of Juliana v. United States*, in *Texas Law Review*, 2021, vol. 99, n. 5, pp. 1023 ss.; M.C. WOOD, "On the Eve of Destruction": *Courts Confronting the Climate Emergency*, in *Indiana Law Journal*, 2022, vol. 97, n. 1, pp. 273 ss.

li il *common law* ha esercitato una notevole influenza⁶². Non deve quindi stupire che la *doctrine* appaia come argomento centrale nel contenzioso climatico di diversi Paesi⁶³.

Così, in Canada, un gruppo di quindici bambini e giovani, con l'aiuto di OCT, ha promosso una causa (*La Rose v. Her Majesty the Queen*) lamentando che le politiche del governo federale del Canada contribuiscono al *climate change* e, pertanto, determinano una compromissione di fondamentali risorse in *public trust*: le acque navigabili, le coste e il mare territoriale, l'aria (inclusa l'atmosfera) e il permafrost. Nell'azione si chiede, da una parte, di accertare che le azioni del governo violano la Carta canadese dei diritti e delle libertà (Sezioni 7 e 15) e la *public trust doctrine* e, dall'altra, di ingiungere al governo di adottare e attuare un *Climate Recovery Plan* volto alla riduzione delle emissioni di gas serra e alla decarbonizzazione del sistema energetico del Paese⁶⁴. La causa è attualmente pendente davanti alla *Federal Court of Appeal*, dopo che il giudice di prima istanza ha dichiarato inammissibile l'azione⁶⁵ affermando, tra l'altro, in modo perentorio che «the public trust doctrine [...] does not exist in Canadian law»⁶⁶.

⁶² Ad esempio, in India la Corte Suprema, a partire da *M.C. Mehta v. Kamal Nath and Others* (1997 1 SCC 388), ha chiarito che la PTD è parte integrante del sistema legale indiano e che lo Stato è *trustee* di tutte le risorse naturali che sono intrinsecamente destinate all'uso e al godimento pubblico. Allo stesso modo, nelle Filippine la nota sentenza della Corte Suprema *Oposa v. Factoran* (G.R. No. 101083, 224 S.C.R.A. 792, 1993) ha identificato la PTD all'interno del diritto costituzionale a un ambiente salubre. La PTD è stata usata dalle Corti in Uganda per impedire la conversione delle foreste in terreni per la coltivazione della canna da zucchero, mentre in Kenya per obbligare il governo a trattare adeguatamente le acque reflue. In Sud Africa, infine, la PTD è stata evocata in alcune leggi che indicano il governo come *trustee* delle risorse naturali. Per un approfondimento: R.D. SAGARIN, M. TURNIPSEED, *The Public Trust Doctrine*, cit., p. 482. In ogni caso, è stato evidenziato come la *doctrine* sia stata introdotta anche in alcuni sistemi di *civil law*. Sul punto: B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. SINDICO, M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Cham, Springer, 2021, p. 603; D.G. DYER, *California Beach Access: The Mexican Law and the Public Trust*, in *Ecology Law Quarterly*, 1972, vol. 2, n. 3, pp. 571-611.

⁶³ V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation*, cit., p. 7.

⁶⁴ Per un approfondimento: <http://climatecasechart.com/non-us-case/la-rose-v-her-majesty-the-queen/>.

⁶⁵ Federal Court of Ottawa, *Cecilia La Rose v. Her Majesty the Queen*, T-1750-19, judgment of 27 October 2020, 2020 FC 1008.

⁶⁶ *Id.* at 93. Sul punto: F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale*, cit., pp. 171 ss.

Sempre fuori dagli USA, un altro caso interessante è *Ali v. Pakistan*, in cui una bambina di sette anni (Rabab Ali), supportata da OCT, ha sostenuto che il governo, consentendo lo sviluppo di un nuovo bacino carbonifero nel deserto del Thar e le conseguenti emissioni di gas a effetto serra, ha violato, accanto a diritti costituzionali fondamentali (alla vita, alla proprietà, alla dignità umana [...]), la *public trust doctrine* in relazione all'atmosfera e al clima del Pakistan⁶⁷; la causa, presentata direttamente avanti alla Corte Suprema del Pakistan nel 2016, è ancora in attesa della fissazione dell'udienza di merito⁶⁸.

Un'ulteriore causa climatica che evoca la PTD è *Pandey v. India*. L'azione⁶⁹, proposta da una bambina di nove anni, evidenziava come l'India fosse il terzo maggiore emettitore nazionale di gas serra a livello internazionale (dopo Cina e Stati Uniti) e tra i paesi più esposti agli impatti dei cambiamenti climatici; pertanto, veniva richiesto al *National Green Tribunal of India* di ordinare al governo nazionale di adottare idonee misure, tra cui l'inclusione dei cambiamenti climatici nelle procedure di valutazione di impatto ambientale, la realizzazione di un inventario nazionale delle emissioni di gas serra e la preparazione di un bilancio nazionale del carbonio con cui valutare gli effetti delle emissioni di particolari progetti⁷⁰. A fondamento del ricorso, venivano richiamati gli impegni assunti dall'India nell'ambito dell'Accordo di Parigi, l'obbligo dello Stato di proteggere e migliorare l'ambiente (ex articolo 48A della Costituzione) e il rispetto della PTD. A riguardo della *public trust doctrine*, *Pandey* sottolineava come lo Stato fosse *trustee* di risorse naturali fondamentali per la sopravvivenza e il benessere dell'uomo, da cui discendeva un dovere fiduciario di mitigazione dei cambiamenti climatici ai fini di salvaguardare tali risorse a beneficio della generazione attuale e

⁶⁷ *Rabab Ali v. Federation of Pakistan* (Supreme Court of Pakistan, Constitutional petition filed 5 April 2016). Sul punto: B.J. PRESTON, *The Evolving Role of Environmental Rights in Climate Change Litigation*, in *Chinese Journal of Environmental Law*, 2018, vol. 2, n. 2, p. 143.

⁶⁸ <https://www.ourchildrenstrust.org/pakistan-global-summary>.

⁶⁹ *Ridhima Pandey v. Union of India*, Application No 187/2017 (*Pandey application*).

⁷⁰ <http://climatecasechart.com/non-us-case/pandey-v-india/>.

delle generazioni future⁷¹. Nonostante l'ampia attenzione ricevuta a livello internazionale, il *National Green Tribunal*, in una laconica decisione⁷², ha essenzialmente ignorato buona parte delle argomentazioni presentate⁷³ e si è limitato a dichiarare che non vi è motivo di presumere che l'Accordo di Parigi e altri accordi internazionali non siano riflessi nelle politiche del governo indiano o non siano presi in considerazione nella concessione delle autorizzazioni ambientali⁷⁴.

I casi appena enucleati attestano come la PTD sia stata essenzialmente "esplorata" nell'ambito della *climate change litigation* di sistemi di *common law*; tuttavia alcuni hanno sottolineato che la *doctrine* o un suo equivalente funzionale potrebbero trovare applicazione anche in contesti di *civil law*⁷⁵. In tal senso, echi della PTD sarebbero rinvenibili nella poco conosciuta *Environment People Law v. The Cabinet of Ministers of Ukraine*⁷⁶. Nell'azione, presentata nel 2011 con il sostegno di OCT, la ricorrente ha sostenuto, tra l'altro, il mancato rispetto dell'obbligo di regolamentare efficacemente l'aria, risorsa naturale che, in forza della Costituzione, è di proprietà del popolo ucraino ed è gestita, per conto di questo, dal governo⁷⁷. Le richieste formulate sono state parzialmente accolte dal tribunale amministrativo distrettuale di Kiev che ha ordinato al governo di predisporre una valutazione dei progressi del Paese verso la realizzazione degli obiettivi di riduzione fissati dal Protocollo di Kyoto⁷⁸.

⁷¹ Pandey application at 3.

⁷² National Green Tribunal, *Ridhima Pandey v. Union of India*, Original Application No 187/ 2017, January 15, 2019.

⁷³ B. OHDEDAR, *Climate Change Litigation in India and Pakistan: Analyzing Opportunities and Challenges*, in I. ALOGNA, C. BAKKER, J.P. GAUCI (eds.), *Climate Change Litigation: Global Perspectives*, Leiden, Brill-Nijhoff, 2021, p. 114.

⁷⁴ National Green Tribunal, *Ridhima Pandey v. Union of India*, at 2.

⁷⁵ Tra gli altri: J. LIN, *Litigating Climate Change in Asia*, in *Climate Law*, 2014, vol. 4, n. 1-2, pp. 148 ss.

⁷⁶ Per il testo del ricorso in inglese: <https://www.ourchildrenstrust.org/ukraine-global-summary>. Sul punto: B.J. PRESTON, *The Evolving Role of Environmental Rights*, cit., pp. 142 ss.

⁷⁷ Il riferimento va, in particolare, all'articolo 13 della Costituzione dell'Ucraina.

⁷⁸ M.C. BLUMM, M.C. WOOD, "No Ordinary Lawsuit", cit., p. 82.

4. Conclusioni

Numerosi studiosi, specialmente in Nordamerica, considerano la PTD uno strumento molto potente per la tutela di fondamentali risorse naturali e, nello specifico, per il contrasto ai cambiamenti climatici⁷⁹. In effetti, i giudici potrebbero “sfruttare” la *doctrine* come argomento chiave per sopperire a leggi e *policy* ambientali che, soprattutto negli USA, si caratterizzano per contingenza, mutevolezza e sviluppi non lineari. Da qui, l’attenzione sempre viva degli *scholars* che, in innumerevoli articoli, hanno cercato di esplorare ogni angolo della PTD e di applicarla a qualsiasi cosa, dal suolo all’atmosfera⁸⁰.

In pochi però si sono posti le domande forse più importanti: «Does the doctrine work? And if so, when does it work? And how?»⁸¹. In altre parole, al di là delle disquisizioni teoriche, occorre chiedersi se la PTD abbia una qualche rilevanza “pratica”, divenendo il – o almeno un – perno argomentativo delle decisioni giudiziarie nel contenzioso ambientale e climatico; ecco, rispetto alla *climate change litigation* negli USA, non pare che questo sia avvenuto, pur con qualche rimarchevole eccezione (come, in primis, la decisione della giudice Aiken in *Juliana*).

Le difficoltà incontrate sul fronte della PTD – prime fra tutte quelle relative allo *standing* e alla *political question doctrine*⁸² – hanno peraltro portato i ricorrenti ATL a rivedere la propria strategia giudiziaria, con azioni in cui alla PTD vengono affiancati soprattutto riferimenti a principi costituzionali⁸³; è quanto accaduto, ad esempio, in *Juliana* o in *Held v. Montana*, caso recentissimamente assunto all’onore delle cronache per la ‘storica’ sentenza a favore degli attivisti ambientali, pronunciata il 14 agosto 2023 dalla giudice Kathy Seeley della *First Judicial District Court of Montana*⁸⁴. Ora, al

⁷⁹ V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation*, cit., p. 7.

⁸⁰ Sul punto: J. REGALIA, *The Public Trust Doctrine and the Climate Crisis: Panacea or Platitute?*, in *Michigan Journal of Environmental & Administrative Law*, 2021, vol. 11, n. 1, pp. 1-38.

⁸¹ *Ivi*, p. 9.

⁸² A. BALLENTINE, *Full of hot air*, cit., p. 136.

⁸³ A. CHRISTIANSEN, *Up in the Air*, cit., p. 867.

⁸⁴ Il testo della decisione è disponibile al seguente link: https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/case-documents/2023/20230814_docket-

netto dell'efficacia di questi argomenti "aggiuntivi", rimane il rischio di utilizzare la *doctrine* a mo' di elegante (e inutile) infiorescenza di più saldi appigli giuridici.

Diverse perplessità interessano anche le azioni ATL al di fuori degli USA, finora proposte con esiti poco brillanti; tuttavia, in questo caso forse è opportuno sospendere il giudizio sulle potenzialità della PTD, essendo il suo utilizzo nella *climate change litigation* ancora in uno stato embrionale⁸⁵.

CDV-2020-307_order.pdf. Essendo la sentenza intervenuta nelle more della pubblicazione del presente lavoro non è possibile offrirne qui un'analisi puntuale. In estrema sintesi, secondo la Corte, sono incostituzionali le disposizioni del *Montana Environmental Policy Act* che proibiscono di considerare nelle *environmental reviews* le emissioni di gas serra e i corrispondenti impatti sul clima. Questa limitazione rappresenta una violazione del diritto costituzionale a un ambiente pulito e salubre e di altri diritti connessi (*equal protection*, dignità, libertà, salute e sicurezza), oltre che della *public trust doctrine*.

Per un approfondimento: <https://www.ourchildrenstrust.org/montana>; S. BOOKMAN, *Held v. Montana: A Win for Young Climate Advocates and What It Means for Future Litigation*, in *Harvard Law School Environmental and Energy Law Program*, 2023, August 30, <https://eelp.law.harvard.edu/2023/08/held-v-montana/>.

⁸⁵ G. CORSI, *A bottom-up approach to climate governance: the new wave of climate change litigation*, ICCG Reflection No. 57, October 2017, p. 7, <https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2017/11/A-bottom-up-approach-to-climate-governance-the-new-wave-of-climate-change-litigation.pdf>.

IL CODICE CIVILE COME MIRAGGIO E BALUARDO DIFENSIVO DINNANZI ALLA GLOBALIZZAZIONE

*Alfredo Ferrante**

1. *Introduzione*

Un congresso è anche un'attività conviviale, e così, passeggiando con Colleghi e Amici, attraversando la Piazza Maggiore, ho potuto apprezzare la bellezza della Basilica di San Petronio. Essa è senza dubbio uno degli edifici più affascinanti di Bologna; sicuramente anche l'interno è prezioso, ma il tratto che la caratterizza – e che quindi le conferisce l'unicità che la contraddistingue – è l'essere incompleta. Il suo fascino risiede dunque nell'incompletezza della sua facciata. Tra l'altro Bologna si distingue per altre bellezze, quali la Chiesa – per la verità un Santuario – di Santa Maria della Vista o la Basilica di San Domenico. È sufficiente una rapida ricerca su Google per rendersi conto di come tra le prime dieci cose da vedere non figurino il Duomo o la Cattedrale. Da buon toscano non posso non sottolineare che una delle cose più attraenti da vedere a Firenze è proprio il Duomo o la Cattedrale. Non mi addentrerò qui in un esame delle sfumature esistenti tra Duomo, Cattedrale o casa vescovile. Arrivati a questo punto e sistematizzando si può osservare che non necessariamente il Duomo è il riferimento turistico per eccellenza in una città. Mi limito a ricordare, riferendomi sempre a Firenze,

* Professore associato, Università di Pavia. Si mantiene la forma colloquiale della relazione e per snellire la trattazione si omettono in alcuni casi i riferimenti normativi completi.

che, la Chiesa di Santa Croce – la Basilica di Santa Croce – ha tesori preziosi per coloro che vogliono apprezzare le tombe di molti personaggi illustri. Proprio davanti all'entrata di questa Basilica vi è il monumento di Dante e questo per permettermi di ricordare, a conclusione di questa breve introduzione, che a poche centinaia di metri vi è un'altra delle più ammalianti chiese di Firenze: quella di Santa Margherita ove si dice sia probabilmente sepolta Beatrice, giusto al lato di quella che fu la casa di Dante. Scelte architettoniche, legate evidentemente ai gusti o alle necessità dei tempi, e che testimoniano che spesso gli edifici più caratteristici di una città non solo non sono necessariamente collocati in posizione centrale ma spesso non sono neppure i principali. Così esiste una relatività che varia in base ai gusti, dalle necessità o dal tempo che si prendono in considerazione.

Così si potrebbe discutere se andare al Duomo o no; se visitarlo per prima cosa; ma quello che è certo è che sia a Bologna sia a Firenze, o in qualsiasi altra città, questo è il principale luogo di culto per un cattolico così come, dal nostro punto di vista, il Codice Civile è il principale testo legislativo per un giurista (almeno privatista). Per questo bisogna valutare se effettivamente questo Codice Civile, che ho equiparato a un Duomo o a una Cattedrale, non sia solo il principale luogo di culto ma se altresì rimanga un punto di riferimento sostanziale sugli aspetti giuridici.

Nel titolo concepisco il Codice Civile come miraggio e baluardo difensivo dinanzi alla globalizzazione, prospettando due aspetti in parte antitetici. Anche nel titolo di questo convegno *Chi resiste alla globalizzazione?* sono inserite le parole «resistenza» e «globalizzazione» che possono avere un significato antitetico – positivo o negativo – a seconda dell'accezione degli effetti. Quindi se noi presupponiamo che gli effetti della globalizzazione siano positivi o negativi, la parola «resistenza» assume un significato diverso – e quindi più o meno negativo – nella relazione tra il Codice Civile e la globalizzazione. L'esempio, in ambito alimentare, «non resisto a questa torta», dimostra che la resistenza non è necessariamente un aspetto positivo (o negativo), dipendendo dalla proiezione degli effetti che essa può produrre. Così la frase appena citata avrà un effetto differente a seconda che sia pronunciata da una persona diabetica, che si sta sottoponendo a una dieta alimentare, o che sia proferita semplicemente da una perso-

na che sta festeggiando il suo compleanno. Per questo le accezioni di resistenza e globalizzazione possono essere valutate sia dal punto di vista positivo sia da quello negativo, così come il Codice può essere assunto come miraggio o come l'ultimo bastione a difesa della globalizzazione stessa. Concludo questa premessa, affermando che è troppo ampio il concetto di Codice così come troppo estesa è la riflessione su cosa sia un Codice Civile, poiché l'aggettivo varia la sua portata a seconda dell'ordinamento giuridico considerato. Nonostante ciò, nella maggior parte dei paesi di *civil law*, il codice è un Duomo, punto di riferimento, benché non necessariamente l'unico; si pensi alla ripartizione monista o dualista di alcuni ordinamenti.

Obiettivo di questa relazione non è essere esaustiva ma semplicemente proporre alcune riflessioni critiche per cercare di valutare se il Codice Civile nella realtà odierna continui a giocare, in determinati e specifici casi – in relazione alla singola città che si visita secondo la metafora precedente – un ruolo di rivendicazione di una cultura giuridica endemica propria. Questo aspetto si valuterà sotto due punti di vista: da una prospettiva internazionale, ossia dinnanzi ad altri ordinamenti giuridici, ed anche dal punto di vista interno, ossia entro il proprio tessuto giuridico nazionale.

2. *Codice Civile e prospettiva in ambito internazionale*

La bibliografia e lo stato dell'arte della nostra idea e del tema trattato sono enormi ed è difficile darne conto compiutamente: il Prof. Gambaro diceva che sono «senza confini»¹. Considero che questo tema possa rivestire particolare importanza poiché viene presentato in un Convegno in onore del Prof. Rodolfo Sacco che ha trattato *ex professo* questa materia sotto vari aspetti. Già in un articolo del 1983 nella *Rivista di Diritto Civile* riprendeva le discussioni dell'Accademia dei Comparatisti² di un anno prima, quando in

¹ A. GAMBARO, *Codice Civile*, in *Digesto IV edizione. Discipline privatistiche*, II, Torino, Utet, 1988, pp. 442 ss.

² Il riferimento è al XI Congresso dell'*International Academy of Comparative Law* tenutosi a Caracas con oggetto «la codification, forme dépassée de législation».

ambito mondiale ci si era chiesti se codificare o no fosse un modo di legiferare superato o meno. Già in quell'occasione il Prof. Sacco affermava che «il diritto civile è ormai ridotto a un insieme di soluzioni sussidiarie destinate a riempire le lacune di altre branche del diritto»³.

L'idea di centralità del Codice non rimane ferma ad un solo aspetto dogmatico, infatti se si leggono le linee guida dell'esame d'avvocato in Italia, il Diritto Civile viene identificato con le materie regolate dal Codice Civile, quindi la materia di Diritto Civile non è soggetta – tecnicamente o teoricamente almeno – ad altre materie contenute in leggi complementari al Codice Civile⁴. Per questo la sua centralità non è solo un aspetto teorico ma anche pratico, al punto che vi continua ad essere piena simbiosi con il Diritto Civile, nonostante il Codice sia di Diritto privato. Tale idealizzazione estrema porta in concreto ad escludere dall'esame le materie di diritto del lavoro e commerciale che, benché contenute nello stesso testo, sono escluse in quanto materie «specifiche»⁵ nonostante la loro indubbia importanza nello svolgimento della professione. Del resto un Codice Civile è propriamente tale solo in un sistema dualista⁶, come per esempio quello francese, cileno o spagnolo, ove si contrappone a quello commerciale. Non lo sarebbe *stricto sensu* in un modello comune o monista, come quello italiano del 1942, quello brasiliano del 2002 o quello da ultimo adottato in Argentina nel 2015 che, appunto, lo identifica espressamente come *Código Civil y Comercial de la Nación*.

In Italia il ruolo centrale del cosiddetto Codice Civile sembra comunque permanere costante durante i decenni; ne è un esempio il festeggiamento del suo cinquantenario in un Convegno all'Università Statale di Milano in occasione del quale alcuni prestigiosi

³ R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1983, I, p. 120.

⁴ Ecco che il punto tre delle linee guida relative all'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense sancisce che «il quesito non può pertanto avere ad oggetto materie disciplinate nell'ambito delle leggi complementari al codice civile»: Decreto 9 febbraio 2022 (Linee generali per la formulazione dei quesiti da porre nella prima prova orale e per la valutazione dei candidati).

⁵ Così si esclude tradizionalmente il libro V «[...] costituendo il diritto del lavoro e il diritto commerciale materie specifiche e autonome», Decreto 9 febbraio 2022, cit.

⁶ Si escludono da questa trattazione le ulteriori relazioni e/o problematiche con il Diritto di Consumo.

giuristi ne parlarono in termini di «monumento»⁷. Così, nonostante – riferendosi al Prof. Irti⁸ – si denunciassero il tramonto della codificazione⁹ che stava conducendo verso un sistema «policentrico che non riconosce primati storici o priorità logiche, e che si articola in discipline di settore e statuti di gruppi»¹⁰ – si sosteneva, era il 1992, che il codice «conserva la sua centralità»¹¹ rispetto alle leggi speciali. In questo senso pareva superato quello spettro prefigurato dalla Rivista *Le nuove leggi civili e commentate*¹² che nel suo primo numero del 1978 quasi accusava il Codice Civile di configurarsi come normativa «incompleta e lacunosa del diritto dei privati»¹³ tale da giustificare la stessa fondazione di quella nuova rivista anche per il «fitto tessuto di leggi speciali, che si moltiplicano e susseguono incessantemente»¹⁴.

Così nel cinquantenario si confermava la necessità di difendere¹⁵ il Codice Civile, elevandolo a baluardo e punto di riferimento, affermando di conseguenza che esso «potrà essere emendato, aggiornato, sostituito con un altro. Non dovrà però essere abbandonata la disciplina codificata dei rapporti»¹⁶.

In questo senso vi era ancora, in quella fase, la volontà di elevare il Codice Civile a strumento principe che emulasse l'opera giusti-

⁷ A. PADOA SCHIOPPA, *Indirizzi di saluto*, in *I Cinquant'anni del Codice Civile. Atti del Convegno di Milano. 4-6 giugno 1992*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1993, p. XV.

⁸ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 37.

⁹ IRTI effettivamente parlava del tramonto dell'ideologia tolemaica del Codice Civile: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 37.

¹⁰ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 37.

¹¹ Questi i ragionamenti di M. GIORGIANNI, *Prima sessione*, in *I Cinquant'anni...*; cit., pp. 6-8. Di centralità del codice e di un sistema satellitare connesso parlava P. SCHLESINGER, *Codice Civile e sistema civilistico. Il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Il Codice Civile. Convegno del cinquantenario dedicato a Francesco Santoro-Passarelli*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1994, pp. 1081 ss.

¹² È proprio la nascita di questa rivista che funge da detonante per lo studio di IRTI come egli stesso indica sin dalla sua prima prefazione del 5 ottobre 1979: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit.

¹³ DIREZIONE DELLA RIVISTA, *Al lettore*, in *Nuove Leggi Civili e Commentate*, n. 1, p. 15.

¹⁴ DIREZIONE DELLA RIVISTA, *Al lettore*, cit., p. 15.

¹⁵ Così RESCIGNO si riferiva a «una serena e ragionevole difesa del codice»: P. RESCIGNO, *Rilettura del codice*, in *I Cinquant'anni*, cit. p. 19.

¹⁶ C. GHISALBERTI, *Tradizione e innovazione nel codice del 1942*, in *I Cinquant'anni*, cit., p. 68.

niana¹⁷ e che nell'esegesi francese aveva trovato uno dei suoi punti massimi di espressione¹⁸.

Quest'impostazione talvolta trova un forte limite nell'«eurocentricità»¹⁹, caratterizzata da una sfocata visione etnocentrica²⁰ che si scorda che altri importanti codici civili sono stati emanati fuori dal contesto europeo contribuendo allo sviluppo giuridico dell'America Latina²¹, come si è verificato per esempio con il Codice Civile cileno (*infra*).

Poiché il problema della codificazione è un tema che continua ad essere centrale anche in ambito internazionale²², una rivisitazione del Codice Civile va sicuramente affrontata e realizzata con il giusto paradigma: forse non ci rendiamo conto che ci troviamo di fronte al paradosso dove il figlio ha più anni del padre. Infatti il nostro Codice Civile del 1942 è più vecchio di quello del 1865, avendo ormai resistito ottant'anni²³, mentre l'altro solo settantasette. Il paradigma

¹⁷ Così si osserva che tradizionalmente molti autori di compilazioni normative hanno spesso sognato di paragonarsi al *corpus iuris civilis*: C. GHISALBERTI, *Tradizione e innovazione nel Codice Civile del 1942*, cit., pp. 55-56.

¹⁸ Così Ascarelli, riferendosi al civilista francese, affermava che costui «dichiarava di non insegnare il diritto civile, ma il codice di Napoleone»: T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 176-177.

¹⁹ Riferendosi al Codice Civile nel suo cinquantenario si afferma che «il Codice Civile è uno dei monumenti della scienza giuridica europea, con pochi altri che possono stare al medesimo livello, dal codice Napoleone del 1804 al codice austriaco del 1811, dal codice tedesco del 1899 al codice svizzero del 1911»: A. PADOA SCHIOPPA, *Indirizzi di salute*, cit., p. XVI.

²⁰ Vid. R. SCARCIGLIA, *Storia e diritto globale. Intersezioni metodologiche e comparazione*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (eds.), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Hamburg, Max Plank Institut for European Legal History, p. 485.

²¹ Per una panoramica generale imprescindibile è v. gr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2006.

²² Sotto questo aspetto vid. M. GRAZIADEI, L. ZHANG (eds.), *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective*, Singapore, Springer, 2022. Quest'ultimo è complementare a: J.C. RIVERA (ed.), *The scope and structure of Civil Codes*, Dordrecht, Springer, 2013 e H.L. MACQUEEN, A. VAQUER ALOI, E. ESPIAU ESPIAU (eds.), *Regional Private Laws and codification in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003. È opportuno un rinvio generale anche alle riflessioni fatte in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti dell'incontro di studio. Firenze, 26-29 ottobre*, Milano, Giuffrè, 2002.

²³ È importante richiamare il convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, «Nell'ottantesimo del Codice Civile. Giurisprudenza e Dottrina a

può essere cambiato anche essendo consapevoli della relatività del concetto o della definizione del Codice, che possono variare a seconda che l'interlocutore sia uno storico del diritto²⁴, un privatista, un comparatista, e via dicendo²⁵.

Cosa vuol dire Codice? A questo proposito emerge il problema di definirne le varianti ed i tratti caratteristici. Se da un lato si potrebbe considerare Codice solo un testo normativo completo, per altro verso ci si potrebbe accontentare di un testo semplicemente capace di sistematizzare organicamente, e dunque razionalizzare, le principali norme giuridiche. Vi è poi il tema dell'imposizione autoritaria. Sono ben note le vicende che condussero all'introduzione del *Code Civil* nel Regno d'Italia napoleonico²⁶. In questo senso quest'ultimo si configurava come il Codice Civile per eccellenza mirando quindi a una completezza in sé, al punto che «il rapporto tra

confronto», 20-21 giugno 2022. Altresi si vedano gli atti del Convegno «Dal progetto italo-francese delle obbligazioni (1927) al DCFR (2009)», organizzato dall'Università della Sapienza (19-20 maggio 2022) e pubblicati nel numero speciale «Il Contributo della Sapienza alle codificazioni», della Rivista italiana per le Scienze Giuridiche, 2022. Si veda anche M. GRAZIADEI, *The Italian Civil Code at Eighty: Facing Old Age, in The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective*, cit., pp. 109 ss.

²⁴ Vid. anche R. FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011, 2^a ed.; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998.

²⁵ Così «la parola codice esprime una molteplicità di significati (...) ogni disciplina scientifica ha adottato la stessa parola e la ha adattata alle proprie necessità»: A. GAMBARO, *Codice Civile*, cit., p. 443.

²⁶ Vid. più diffusamente v.gr.: V. SCLOPIS, *Storia della legislazione italiana*, Torino, Utet, pp. 1863-1864; G. ASTUTI, *La codificazione del diritto civile*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del III Congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, vol. II, Firenze, Leo S. Olschki, 1977; P. CAPPELLINI, *Note storiche introduttive*, in *Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia (1806). Riedizione anastatica dell'originale*, Padova, Cedam, 1999, pp. XI-XX; A. CAVANNA, *Codificazione del diritto italiano e imperialismo giuridico francese nell'Italia napoleonica. Giuseppe Luosi e il diritto penale*, in *Ius Mediolani. Studi di storia del diritto milanese offerti dagli allievi a Giulio Vismara*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 659-760; E. DEZZA, *Giuseppe Luosi e il «Codice Napoleone Italiano»*. *Cronaca di una breve illusione*, in *Giuseppe Luosi, giurista italiano ed europeo. Traduzioni, tradizioni e tradimenti della codificazione* (Atti del Convegno Internazionale di Studi, Mirandola-Modena 19-20 ottobre 2006), Modena, Archivio Storico, 2009, pp. 239-263; R. FERRANTE, *Traduzione del codice e tradizione scientifica: la cultura giuridica italiana davanti al Codice Napoleone*, in *ibidem*, pp. 223-237; S. SOLIMANO, *Le sacre du printemps. L'entrata in vigore del code civil nel Regno Italico*, in *ibidem*, pp. 191-222.

sistema e codice non si prospetterebbe come centralità del primo rispetto al secondo bensì addirittura di identificazione»²⁷.

Questa completezza che ha dato effetto espansivo al modello francese di *Code Civil* è comunque relativa poiché dal punto di vista dello storico del diritto anche le *Ordonnances* del Re sole e del suo successore potrebbero essere un Codice, valutando la questione dal punto di vista della tecnica legislativa. Così alcuni storici affermavano che il Codice, per essere tale, non può essere eterointegrabile²⁸; in questo senso il Codice è tale solo se può considerarsi completo. Questa visione, accolta per esempio da Viora²⁹ e da Cavanna³⁰, viene rivisitata da Petronio³¹ che osserva come dette *Ordonnances* nonostante non fossero complete e avessero mantenuto vigente il precedente sistema delle fonti, potessero essere comunque considerate dei Codici: in questo senso la presenza di una clausola abrogativa relativa solo alle fonti contrastanti previgenti – e non una di carattere generale – non impediva di qualificarle come Codice, nonostante la non completezza (data dal fatto che l'*Ordonnance* permetteva la sussistenza e il ricorso ad altri fonti normative)³².

Passando da un punto di vista storico a uno più consono in questa sede, il problema non è solo di fonti del diritto – o della loro interazione anche fuori dall'ambito strettamente giuridico³³ – ma anche di gerarchia delle stesse.

²⁷ P. SCHLESINGER, *Codice Civile e sistema civilistico. Il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, cit., p. 1082.

²⁸ A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, vol. 1, Milano Giuffrè, 2005, p. 256.

²⁹ In questo senso una codificazione si differenzerebbe da una consolidazione: M. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino, Giappichelli, 1967, 3^a ed.; per una più ampia prospettiva (per cui le costituzioni piemontesi sarebbero consolidazioni) vid. M. VIORA, *Le costituzioni piemontesi. Leggi e costituzioni di S.M. il Re di Sardegna. 1723 - 1729 - 1770. Storia esterna della compilazione*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca, 1928.

³⁰ Ampliamente A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, cit., pp. 252 ss.

³¹ Vid. U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, *passim*.

³² Vid. U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, cit., pp. 131 ss.

³³ Sul pluralismo delle fonti da intendersi come interrelazione tra quella non solamente legale ma anche sociale: P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno-dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021.

Il Codice a tutti gli effetti è una legge e si deve collocare nel piano applicativo dell'art. 15 delle preleggi³⁴ che, almeno in linea teorica, prevede un'abrogazione implicita da parte di una nuova disposizione incompatibile con la precedente. Si ricordi il parallelismo tra Duomo o Cattedrale e si pensi non solo alla gerarchia tra leggi, ma anche a quale sia la relazione tra Codice e Testo Unico, o più in generale quale possa essere l'impronta della presenza di vari Codici che poi forse non sono veramente tali, o lo sono solo in parte. Qui è opportuno richiamare brevemente il fenomeno francese di *Codification à droit constant*³⁵ che ha affondato il classico modello dualista – caratterizzato dal Codice Civile e codice di commercio –, ed ha portato ad una pluri-codificazione³⁶ realizzata dal Governo mediante *Ordonnances*³⁷ poi ratificate dal Parlamento³⁸. Questo processo avviene con la finalità di ottenere una ristrutturazione e sistematizzazione³⁹ a meno che non vi sia necessità di «garantire il rispetto del-

³⁴ Si ricordi che per l'art. 15 delle preleggi: «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione espressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore».

³⁵ Vid. già l'abrogato Décret n. 48-800 del 10 maggio 1948 (*instituant une commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires*, JO n. 0113 del 13 maggio 1948). Vid. M. SUEL, *Essai sur la codification à droit constant: précédents, débuts, réalisation*, Paris, Journaux Officiels, 1995, 2^a ed.

³⁶ Così, si dà l'incarico al Governo di riordinare tramite *ordonnances*, non solamente parte del *Code rural* ma anche altri Codici (*Code de l'éducation*, *Code de la santé publique*; *Code de l'environnement*; *Code de justice administrative*; *Code de la route*; *Code de l'action sociale*; *Code monétaire et financier*, nonché il *Code de commerce*): art. 1 la Loi n. 99-1071 de 16 décembre 1999 (*portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie Législative de certains codes*).

³⁷ Questo sistema sostituisce quello anteriore che prevedeva tappe distinte ed era regolato dalla *Circulaire* del 30 maggio 1996 (*relative à la codification des textes législatifs et réglementaires*, JO, 5 juin 1996). v.gr. vid. Y.-L. SAGE, *La méthode de codification a droit Constant: sa mise en œuvre dans l'élaboration du nouveau Code de Commerce et ses conséquences sur le droit applicable en Polynésie Française*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2022, n. 33, pp. 155 ss.

³⁸ Vid. C. CASTAING, *La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur «La grande illusion»*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2004, vol. 58, n. 2, pp. 275 ss.

³⁹ Non potendosi quindi apportare modifiche sostanziali: Conseil constitutionnel DC n. 99-421 del 16 décembre 1999 (JO, 22 décembre 1999).

la gerarchia delle norme e la coerenza della formulazione dei testi [...] e per armonizzare lo stato del diritto»⁴⁰. Così, in questo processo, «la codificazione legislativa riunisce e classifica in codici tematici tutte le leggi in vigore alla data di adozione di tali codici»⁴¹ al fine di «migliorare la coerenza redazionale dei testi raccolti per garantire il rispetto della gerarchia delle norme e per armonizzare lo stato del diritto»⁴², aspetto che non sempre ha trovato un positivo accoglimento da parte della dottrina⁴³. Così ci troviamo dinnanzi a una pluri-codificazione che, nonostante ciò, non è qualificabile come tale poiché riunisce il diritto esistente senza modificarlo⁴⁴ e si propone la funzione di offrire un migliore accesso alla giustizia⁴⁵. Ecco che il tradizionale sistema dualista, imperniato sui Codici Civile e di Commercio, viene a interagire con tutta un'altra serie di strumenti ibridi, che se da una parte rafforzano l'importanza dei «Codici», paradossalmente ne sminuiscono il valore intrinseco; in questo senso il Codice si trasforma in una enantiosemia in sé, in quanto tale pluralità di codici raggiungerebbe il significato, e lo scopo, contrario rispetto a quello per cui è stato concepito. Del resto un esempio di risistemizzazione e semplificazione⁴⁶ è stato avviato anche in Italia

⁴⁰ Letteralmente «pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés et harmoniser l'état du droit»: art. 1 la Loi n. 99-1071, cit.

⁴¹ Art. 3 della Loi n. 2000-321 del 12 aprile 2000 (*relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, JO, 13 aprile 2000).

⁴² Letteralmente «améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit»: art. 3 della Loi n. 2000-321, cit. Questa disposizione per la dottrina sarebbe una specie di tautologia che afferma una cosa ovvia ed essenzialmente servirebbe per «*crystalliser*» la definizione di «*droit constant*»: C. CASTAING, *La ratification implicite des ordonnances de codification...*, cit., p. 288.

⁴³ In questo senso G. KOUBI, *Code et codification: du civil à l'incivil*, in *Droit & Culture*, vol. 48, n. 2, 2004, pp. 133-144.

⁴⁴ In questo senso, correggendo la troppa libertà in fase di ri-sistemizzazione del codice di commercio: vid. le nuove modifiche al art. L. 145-34 di detto codice mediante l'art. 33-V de la Loi del 11 dicembre 2001 (*portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*), come evidenziato da C. CASTAING, *La ratification implicite des ordonnances de codification*, cit., p. 287. Più ampiamente Y.-L. SAGE, *La methode de codification a droit Constant*, cit., pp. 153 ss.

⁴⁵ In questo senso R. CABRILLAC, *La codification*, in *Bull. Acad. Sc. Lett. Montp.*, 2021, vol. 52, p. 8.

⁴⁶ Inaugurata con la Legge 28 novembre 2005, n. 246: semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005 (GU n. 280 del 1 dicembre 2005); Legge 29 luglio 2003, n. 229. Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto

salvaguardando però alcune sfumature terminologiche, come quelle relative al testo unico ed al codice di settore⁴⁷. Ecco che vi è per esempio un «codice⁴⁸», quello di consumo, che è, nel momento della sua creazione, un mero «riassetto normativo delle disposizioni vigenti»⁴⁹ e che, nonostante la sua denominazione, non si caratterizza in realtà come un testo innovatore capace di imporsi *ex novo* sulla nuova scena giuridica. Quello che comunque è certo è che si assiste anche nello scenario italiano ad una certa «contaminazione»⁵⁰, «frattura»⁵¹ o contrasto⁵² tra il Codice Civile e proto-cloni settoriali.

Nonostante ciò non si vuol dire che «Il» Codice, quello Civile, non giochi ancora un ruolo principe: questo a mio avviso è riscontrabile nella volontà di mantenere inalterati due dei tradizionali e più antichi codici, quello francese e quello cileno. Se il primo persiste dal 1804⁵³, il Codice Civile di Andrés Bello *codificador*⁵⁴ – quindi

normativo e codificazione. Legge di semplificazione 2001 (GU n. 196 del 25 agosto 2003).

⁴⁷ Su questo ultimo aspetto ed la relazione che può avere su una futura ricodificazione: vid. v.gr. F. AZZARI, *Ricodificazione del diritto dei contratti: il ruolo della parte generale e le influenze delle discipline di settore*, in *Contratto e impresa*, 2019, n. 2, pp. 571 ss.

⁴⁸ Decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (GU Serie Generale n. 235 del 8 ottobre 2005, Suppl. Ordinario n. 162).

⁴⁹ Così come indica il suo stesso art. 3 lettera f) che definisce tale codice: «il presente decreto legislativo di riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori». Vid. F. ADDIS, *Il «Codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. E Contratti*, 2007, n. 11, pp. 872 ss.

⁵⁰ Così U. SALANITRO, *Confini e contaminazioni. Codice civile e codici di settore*, in *Rivista Pactum*, 2022, n. 1, pp. 35 ss.

⁵¹ Rivisitando criticamente l'evoluzione del diritto europeo dei contratti, la dottrina parla di una «inevitabile frattura venutasi a creare tra il diritto dei contratti degli Stati Membri» osservando che nell'ordinamento italiano «tale frattura è visibile nella comparsa di codici di settore [...] o discipline *ad hoc* contenenti la disciplina specifica di singoli tipi contrattuali, inserite in testi legislativi speciali»: C. AMATO, *Dal diritto europeo dei contratti 1.0 agli smart contract*, in R.E. CERCHIA (a cura di), *Percorsi di diritto comparato*, Milano, Milano University Press, 2021, pp. 34 ss.

⁵² La funzione del testo unico «contro» il codice veniva già evidenziata da IRTI, che configurava i testi unici come «una costellazione di altri nuclei legislativi»: N. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 64.

⁵³ Si ricordi che l'originale *Code Civil des Français* del 1804 dopo qualche anno diviene il *Code Napoleon*.

⁵⁴ A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, Santiago Universidad de Chile, 1992.

allo stile di Bentham – vige dal 1855⁵⁵. Entrambi non sono stati deliberatamente sostituiti con nuovi codici. Si pensi che per esempio il *Code civil* francese non ha subito quella risistemizzazione *a droit constant* che ha portato nell'anno 2000 alla rivisitazione del Codice di Commercio del 1807.

Sia il Codice Civile francese che quello cileno si propongono come attuali baluardi di un Codice che, a suo tempo, ha contribuito in parte alla globalizzazione del sistema: infatti, *mutatis mutandis*, sono stati punti di riferimento giuridici nei due rispettivi continenti⁵⁶.

Tali codici continuano a perdurare e quindi ad ergersi a baluardo nonostante l'esistenza di tratti comuni e differenze. Così sia l'ordinamento francese sia quello cileno hanno deciso di mantenere la centralità del Codice Civile al punto da conservare due strutture che possono vantarsi di essere giunte al centenario⁵⁷, centocinquantésimo anniversario⁵⁸ o bicentenario⁵⁹, evento celebrato anche con la ristampa dei primi atti⁶⁰. Nondimeno, dal punto di vista contenutistico tali Codici mostrano due aspetti totalmente differenti. Qualcuno potrebbe ricordare il detto che «la matematica non è un'opinione», ma in ambito giuridico tale regola parrebbe soffrire un'eccezione. Infatti si potrebbe dire che «chi dice tre dice cinque»: il Codice Civile francese infatti ha cambiato la sua struttura interna passando da tre a cinque libri. Inoltre la parte relativa alle obbligazioni e ai con-

⁵⁵ Vid. M. TAPIA RODRÍGUEZ, *Código civil 1855-2005: evolución y perspectivas*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

⁵⁶ Così come il Code ha permeato i tessuti per esempio belgi o italiani, quello cileno ha fatto altrettanto a Caracas, Colombia, Nicaragua, Panamá, Venezuela: su questo ultimo punto si rinvia a A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, cit.

⁵⁷ Per quel che concerne il Codice Civile Francese: AA.VV., *Le centenaire du Code civil, 1804-1904*, Paris, Imprimerie Nationale, 1904. Per quel che concerne il codice cileno: COMISIÓN NACIONAL EL CENTENARIO DEL CÓDIGO BELLO, *Centenario del Código Civil de Andrés Bello: programa general de los actos conmemorativos: noviembre 1955*, Caracas, Ministerio de Educación, Dirección de Cultura y Bellas Artes, 1957.

⁵⁸ AA.VV., *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la Codificación*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.

⁵⁹ AA.VV., *Le Code civil, 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.

⁶⁰ AA.VV., *Livre du Centenaire. Le code Civil 1804-1904*, Paris, Dalloz, 2004.

tratti è stato sostanzialmente rielaborata⁶¹. Si può dunque osservare che benché si sia mantenuta la struttura, ossia quella facciata del Duomo come nella metafora precedente relativa alle chiese, vi è un Codice Civile rinnovato.

Ecco che, come già anticipato, la resistenza o meno, il miraggio o baluardo possono essere valutati secondo due punti di vista antitetici ma allo stesso tempo anche compatibili. Così la centralità del Codice Civile in Francia viene mantenuta, ma nel contempo viene rivisitata: il *Code* – come baluardo datato 1804 – viene mantenuto come mero stile di facciata ma il suo interno rivive dal punto di vista contenutistico con un nuovo vigore.

Dal canto suo in America latina il Codice Civile cileno persiste come baluardo benché antitetico al modello francese poiché rimane inalterato nella sua struttura. Inoltre, sempre con riferimento alla materia delle obbligazioni e dei contratti, il Codice Civile cileno rimane intatto sin dal 1855, senza aver subito alcuna modificazione, anche in onore di colui che lo redasse con tanta cura e dedizione⁶². Per questo l'interpretazione del Codice ed il ruolo del formante, sia questo giurisprudenziale o dottrinario, è imprescindibile *a fortiori* in Cile. In questa sede, essendo un Convegno in onore del Prof. Rodolfo Sacco, è opportuno richiamare nuovamente alcune sue parole: quelle che aveva espresso dieci anni dopo l'articolo pubblicato sulla *Rivista di Diritto Civile* e proprio in occasione di uno scritto per il cinquantenario del Codice. Così affermava (riferendosi al codice del 1942): «questo codice che muore in ogni istante per rivivere in ogni istante nella creazione dell'interprete, questo codice non è stato creato da un legislatore onnipotente»⁶³. Questi suoi ragionamenti

⁶¹ Mediante la riforma del 2016 e 2018: *Ordonnance* 10 febbraio 2016, n. 2016-131 (*JO* del 11 febbraio 2016), Loi n. 2018-287 del 20 aprile 2018 (*ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *JO* del 21 febbraio 2018). Per tutti, in lingua italiana, F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, *Il nuovo diritto francese dei contratti*, C. PERFUMI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2021.

⁶² Effettivamente Andrés BELLO, benché abbia contribuito da solo a redigere il Codice Civile, non nasce come giurista ma essenzialmente come umanista redigendo varie opere di filologia, studi critici e di grammatica. Vid. A. GUZMAN BRITO. *Vida y obra de Andrés Bello, especialmente considerado como jurista*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

⁶³ R. SACCO, *Il Contratto in generale, I Cinquant'anni*, cit. 1993, p. 206.

effettivamente operano una *liaison* con quelli già espressi nel 1983: per codificare sono necessari alternativamente tre fattori, o un'auto-rità – che ormai non c'è più⁶⁴ – o una giurisprudenza costante, o una dottrina valida e solida, che gettino le basi per il cambiamento⁶⁵. Se è certo che il Diritto non è norma⁶⁶, e norma non è Codice, dobbiamo sempre interpretare il Codice Civile insieme alla dottrina e alla giurisprudenza – e più in generale con gli altri strumenti giuridici nazionali e di rilevanza internazionale⁶⁷ – altrimenti correremmo il rischio di vedere quel Codice Civile, baluardo come quelli cileno e francese, solamente come mera facciata – come il Duomo di Siena – che dietro non hanno niente.

Il ruolo chiave dell'interpretazione garantisce solidità e quindi la completezza dell'ordinamento è l'obiettivo che essa si prefigge di raggiungere e non una sua premessa, come acutamente già osservato⁶⁸. Quest'operazione ha garantito la sopravvivenza del Codice Civile italiano, nonostante sia avvenuta una «trasformazione dei suoi valori ispiratori»⁶⁹ radicati in parte nel suo contesto di creazione durante la guerra⁷⁰ e nell'ideologia fascista⁷¹.

⁶⁴ Così si considera che «le società attuali sono più articolate e complesse, prive quindi di una classe dominante in grado di imporre le proprie visioni del mondo»: M. GIORGIANNI, *Prima sessione*, in *I Cinquant'anni*, cit., p. 6.

⁶⁵ Nelle parole di Rodolfo SACCO una «dottrina unita e prestigiosa che prepari i quadri concettuali del codice; o un potere accentuato ed energico, che imponga la propria volontà; o una giurisprudenza costante e consapevole, che prepari la consolidazione»: SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 135.

⁶⁶ Riprendendo un esempio matematico Santi ROMANO affermava che il diritto non è la somma matematica di varie norme: Vid. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, 2^a ed., p. 12.

⁶⁷ Così Alpa rileva la sua necessaria coordinazione non solo con la Costituzione, ma anche con la Carta dei diritti fondamentali e dei Trattati europei e la Convenzione Edu: G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del Codice Civile*, in *Questione Giustizia*, 2020, n. 1, p. 3.

⁶⁸ Si sosteneva che «la completezza dell'ordinamento giuridico costituisce così il fine e non la premessa, dell'interpretazione»: T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, cit., p. 196.

⁶⁹ P. SCHLESINGER, *Codice Civile e sistema civilistico. Il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, cit., p. 1096.

⁷⁰ R. SACCO, *A civil code originated during the war*, in *The scope and structure of Civil Codes*, cit., pp. 249 ss.

⁷¹ Sul punto S. PANUNZIO, *Motivi e metodo della codificazione fascista*, Milano, Giuffrè, 1943, già S. PANUNZIO, *Il problema dei codici e i limiti della codificazione*, in *Lo Stato*, dicembre 1936. Per una più ampia rivisitazione P. COSTA, *La*

3. *Codice Civile e prospettiva in ambito nazionale e rivendicazione endemica-culturale*

Un altro esempio che dimostra la prospettazione del Codice Civile come modello di (doppia) rivendicazione si evince dal fenomeno spagnolo, ove a livello effettivo esiste, diversamente dal modello francese, una specie di pluri-codificazione (non formale ma) sostanziale, ed in particolare in diritto civile. Effettivamente il retaggio storico-culturale del cosiddetto *Derecho Foral*⁷² consente non solo l'esistenza di un Codice Civile spagnolo nazionale ma anche di una codificazione di diritto privato in varie aree spagnole che, in virtù delle loro rivendicazioni storiche, possono legiferare autonomamente in merito alle relazioni tra privati. Non è questa la sede per spiegare tali aspetti⁷³, benché sia opportuno svolgere alcuni ragionamenti in virtù del tema che ci convoca. Effettivamente ci troviamo da una parte un Codice Civile spagnolo in ambito nazionale che resiste dal 1889, anch'esso inalterato per quel che concerne la parte relativa alle obbligazioni e ai contratti. In questo caso tale baluardo vorrebbe essere simbolo di una globalizzazione unificatrice in ambito spagnolo nonostante sia sempre più miraggio dinnanzi alle rivendicazioni delle legislazioni *forales*. Queste, benché riguardino essenzialmente la materia delle successioni e della famiglia, si muovono anche su settori più ampi. Ne è un esempio il Codice Civile catalano⁷⁴ il cui

codificazione fascista: osservazioni in margine ad un testo di Panunzio, in *Diritto privato 1996, II, Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 1997, pp. 569 ss., più ampiamente A. SOMMA, *La codificazione del diritto civile e la collaborazione italo tedesca in epoca fascista*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, numero speciale cit., pp. 55 ss.

⁷² Per tutti F. DE CASTRO Y BRAVO, *La cuestión foral y el derecho civil*, in *Anuario de Derecho Civil*, 1949, n. 3, pp. 1003 ss.

⁷³ Si rinvia a E. ARROYO AMAYUELAS, *The Plurality of Civil Codes in Spain. Spanish Decodification versus Catalan Codification*, Roma, Aracne, 2006; E. ARROYO AMAYUELAS, *Civil Law in Spain is Plural, as Are Its National Civil Codes*, in *The Making of the Civil Codes. A Twenty-First Century Perspective*, cit., pp. 31 ss.

⁷⁴ Si vedano per una visione generale v.gr. le contribuzioni di E. ESPIAU, F. BADOSA, N. DE GISBERT in H.L. MACQUEEN, A. VAQUER ALOI, E. ESPIAU ESPIAU (eds.), *Regional Private Laws and codification in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003; O OLEART, *From Legal Compilations to legal codes: A Catalan legal history approach (18th-20th Centuries)*, in *International Journal of Legal Information*, 2014, vol. 42, n. 1, pp. 1 ss.; J.M. FONTANELLAS MORELL (ed.), *La codifica-*

obiettivo è la massima completezza. Così i «regionalismi» resistono alla globalizzazione unificatrice nazionale mediante la rivendicazione del «Derecho Civil» non solo in Catalogna, ma anche nel País Vasco, nelle Baleari, in Galizia, Aragona, Navarra, Valencia e nel Fuero de Baylió. Nonostante tale rivendicazione vari la sua portata in ragione del contesto, da un lato abbiamo un miraggio nazionale e dall'altro baluardi che si muovono nella difesa di proto-globalizzazioni endemiche. Il Codice Civile spagnolo e il Codice Civile catalano, benché vogliano compiere le stesse funzioni come «Codice», nel loro insieme si pongono in antitesi: entrambi sono miraggi e baluardi di completezza e di un'applicazione totalitaria nel proprio ambito, aspetto che conduce, come brillantemente evidenziato, ad una «frustrazione del processo di unificazione del diritto civile»⁷⁵.

4. Conclusioni

Indubbiamente una serie di importanti riforme, o tentativi di riforma, hanno caratterizzato gli ultimi decenni soprattutto in materia di obbligazioni e contratti, gli esempi francese e tedesco ce lo insegnano. Ma vi è di più. Da una parte il progetto di un Codice Civile europeo è fallito. Le sue fonti ispiratrici, inaugurate dai Principi Ole Lando e manifestate da ultimo nel *Draft Common Frame of Reference* – benché indubbiamente abbiano offerto interessanti spunti di analisi e studio dal punto di vista accademico – non si sono concretamente manifestate.

Dall'altra parte questo processo armonizzatore si è convertito in un'appendice, che trova la sua espressione nella *Digital Single Market strategy* ed in una ri-modernizzazione delle relazioni di consumo che ha condotto alla rivisitazione della Direttiva n. 44/1999. Ma anche il progetto di uniformizzazione mediante un regolamento

ción del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación, Barcelona, Marcials Pons, 2011; C. VILLAGRASA ALCAIDE (dir.), *Comentarios prácticos al Código civil de Cataluña*, Barcelona, Atelier, 2023.

⁷⁵ M^a.A. PARRA LUCÁN, *La doble codificación en España y la frustración del proceso de unificación del Derecho privado*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2004, n. 3, pp. 897 ss.

è fallito, l'esempio è stato il CELS del 2011⁷⁶. Nonostante questi intralci al globalismo giuridico il processo di armonizzazione continua a prendere forma.

In questo contesto l'obiettivo della relazione è stato dimostrare che il Codice Civile non solo può essere uno strumento veicolare per procedere a un processo di armonizzazione o di globalizzazione ma anche che, in determinati e specifici casi, può svolgere un ruolo di rivendicazione di una cultura giuridica endemica propria.

Tale prospettiva si può manifestare non solo in ambito internazionale – ossia dinnanzi ad altri ordinamenti giuridici – ma anche all'interno del medesimo tessuto giuridico nazionale.

Dal primo punto di vista, esempi sono il *Code civil* francese ed il Codice Civile cileno. In comune hanno indubbiamente l'essere stati i primi modelli di Codice Civile moderno rispettivamente in Europa ed in America Latina tuttora vigenti e l'aver influenzato altre realtà giuridiche. Altresì entrambi si presentano come esempi di resistenza alla globalizzazione, per questo persistono e si caratterizzano per non essere stati deliberatamente sostituiti mediante un processo di ricodificazione piena. Così permangono come marchio di un passato egemonico-giuridico in parte ormai superato.

Nonostante abbiano la caratteristica comune di mantenere intatto lo strumento «Codice Civile» nella sua concezione di strumento quasi sacrale, i due modelli si differenziano per le ragioni che sottendono a tale decisione. Se la preoccupazione francese è quella di rivendicare un'egemonia ed un'influenza giuridica esterna che si vengono sempre più a ridurre, la preoccupazione cilena è quella di rendere un perenne omaggio al suo codificatore, Andrés Bello, che non solo è riconosciuto come giurista ma anche quale illustre personaggio dalle doti letterarie. In questo senso non si vogliono modificare i contenuti giuridici anche per lo stile letterario attribuibile a colui che fu anche un illustre filologo⁷⁷.

⁷⁶ Per tutti vid. v.gr. C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, n. 4, pp. 837 ss.

⁷⁷ V.gr. vid. A. BELLO, *Estudios Filológicos*, I e II, Caracas, La Casa de Bello, ristampe rispettivamente del 1981 e 1986; A. BELLO, *Gramática* Caracas, La Casa

In entrambi i casi comunque vi è un tratto caratteristico: sostituire il Codice significherebbe vedere crollare i propri ideali o fini; perché ricodificare, soprattutto nella sua totalità, significa riconoscere ed assumere che il Codice ha una debolezza⁷⁸.

I due modelli divergono anche per un elemento di fondo. Il *Code* persiste come modello di facciata poiché nonostante sia tuttora formalmente quello del 1804, nel suo contenuto è stato fondamentalmente riformato: le riforme del 2016 e del 2018 lo svuotano sul piano contenutistico da alcuni concetti tradizionali e classici nelle materie relative alle obbligazioni e contratti e cedono il passo necessariamente alla globalizzazione del diritto. Il modello cileno, invece, ha lasciato inalterato il suo libro delle «obligaciones generales y de los contratos» sin dalla sua promulgazione, benché il testo delle sue disposizioni è stato di fatto riscritto dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Ecco che il Codice Civile francese e quello cileno vengono mantenuti come un baluardo che rivendica un nazionalismo benché su differenti premesse. Questi sono però anche manifestazioni di un semplice miraggio poiché una riscrittura globale del diritto è di fatto avvenuta. Se nel caso francese lo hanno fatto le riforme interne al Codice, nel caso cileno è stata opera dei formanti dottrinali e giurisprudenziali.

Da un secondo punto di vista l'obiettivo della relazione è stato altresì quello di analizzare la presenza di fenomeni di resistenza alla globalizzazione che agiscono anche sul piano nazionale. Da questa prospettiva il Codice Civile viene visto come un'ulteriore rivendicazione. Un esempio è il dialogo tra diritto *foral* e diritto nazionale spagnolo: nonostante dialoghino entrambi con l'armonizzazione europea si mantengono chiaramente antitetici sotto il profilo di una globalizzazione interna. La codificazione catalana ne è la massima espressione per avere realizzato, in materia di obbligazioni e con-

de Bello, ristampa del 1981; A. BELLO, *Gramática latina e escritos complementarios*, Caracas, La Casa de Bello, ristampa del 1981.

⁷⁸ Già SACCO affermava che «il codice civile del 1865 non era più lui dal momento in cui entrava in vigore il codice del 1942»: R. SACCO, *Il Contratto in generale*, cit., p. 206.

tratti, una riforma simile a quella francese o tedesca⁷⁹. Anche in questo caso, per ragioni d'identità sociologico-giuridica, il Codice Civile viene usato come rivendicazione per sottrarsi a una globalizzazione nazionale che vorrebbe creare una commistione tra fenomeno nazionale e regionale.

Negli anni Ottanta Sacco aveva già parlato di «declino»⁸⁰ del codice del 1942 domandandosi negli anni Novanta, nello specifico nel 1993⁸¹, se avrebbe resistito di più del codice del 1865. Per ora, come abbiamo già evidenziato, lo ha superato in longevità, per cui la domanda è se celebrerà il suo primo secolo di esistenza⁸².

Potremmo dibattere, dipendendo dal «luogo» che visitiamo, se allo stato attuale il Codice Civile possa o meno configurarsi come un «Duomo», un «San Petronio» o altro. Comunque sia, è certo che, nonostante si voglia configurare come incompleto o talvolta perda la sua centralità o completezza, non sarà per questo meno attraente, affascinante e inferiore ad altri (anche nuovi) luoghi di culto, ora concretizzabili in varie codificazioni o leggi speciali.

⁷⁹ Ne è un esempio il sistema rimediabile della vendita: vid. arts. 621-9 e ss. del Codice Civile catalano.

⁸⁰ Sacco lo attribuiva ad una serie di circostanze quali «a) un nuovo sistema di norme giuridiche; b) dalle fonti da cui queste emanano; c) dalle caratteristiche che hanno recentemente acquisito le leggi e particolarmente d) dal contenuto di queste ultime»: R. SACCO, *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 118.

⁸¹ R. SACCO, *Il Contratto in generale*, cit., p. 205.

⁸² Sulla delega al Governo per la revisione del Codice Civile (Legislatura 18^a, Disegno di legge n. 1151, comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019): v.gr. vid. G. ALPA, *Tecniche di codificazione...*, cit., pp. 1 ss.; M. MAUGERI, *Ricodificare? Riflessioni in occasione dell'ottantesimo del Codice Civile, Contratto e Impresa*, n. 3, 2022, pp. 739 ss. In passato, v.gr., si veda anche la Commissione Rodotà – per la modifica delle norme del Codice Civile in materia di beni pubblici istituita presso il Ministero della Giustizia, mediante Decreto 21 giugno 2007: vid. Disegno di legge n. 2031, Legislatura 16^a comunicato alla Presidenza il 19 marzo 2019.

BREXIT, TRA SOVRANITÀ NAZIONALE E INCERTEZZA INTERNAZIONALE

*Katia Fiorenza**

1. *Premessa*

Brexit è uno degli eventi più rilevanti degli ultimi anni. Enormi e inedite le conseguenze di natura politica, giuridica ed economica, sia sul piano esterno, ossia nei rapporti con l'Unione europea e nelle relazioni internazionali in generale, sia sul piano interno, con forti implicazioni sul sistema costituzionale del Regno Unito, oltre che sull'assetto territoriale del paese¹.

La complessità del fenomeno e la molteplicità dei fattori coinvolti sono testimoniati dall'incertezza che ancora permane e dall'estrema varietà delle ipotesi che si profilano: si pensi al nuovo accentramento, disintegrazione o riconfigurazione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord².

* Professoressa associata, Università degli Studi del Sannio.

¹ Il *referendum* del 23 giugno 2016, che ha sancito la volontà dei cittadini del Regno Unito di uscire dall'Unione europea, segna un momento di svolta, un evento unico nella storia dell'integrazione europea, non soltanto per gli effetti giuridici ed economici che ne sono scaturiti, ma anche per le difficoltà legate alla gestione dell'uscita dall'Unione e alla complessità di mettere in pratica una norma (art. 50 TUE) che fino ad allora era rimasta solo sulla carta. Molto si è scritto sulla difficile interpretazione di tale disposizione, cfr., fra gli altri, M. PUGLIA, *Commento all'art. 50 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 338 ss.; F. ROSA, *Brexit, il divorzio del secolo*, in *DUE*, fasc. 3, 2016, pp. 819 ss.; E. MOSTACCI, *Viaggio al termine della storia: Brexit e il volto oscuro della globalizzazione*, *ivi*, pp. 791 ss.

² S. GIANNELLO, *Le conseguenze della Brexit sulla tutela dei diritti fondamentali: un puzzle complesso e ricco di incognite*, in C. MARTINELLI (a cura di), *Il referen-*

La Brexit ha sollevato questioni alquanto delicate che hanno dato vita a un serrato dibattito politico e giuridico sul principio di sovranità³. D'altronde, non manca la voce di chi intravede, nell'età della globalizzazione⁴, il fallimento delle Istituzioni europee, le quali, attraverso congegni formali, hanno tentato di eludere il tema della sovranità⁵.

In questa sede, tuttavia, si intende più specificamente esaminare quanto sta accadendo nelle relazioni commerciali in seguito alla scelta britannica dell'area di libero scambio e della più ampia autonomia regolamentare e di definizione della politica commerciale con i Paesi terzi.

2. *L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*

Come noto, il Regno Unito il 1° febbraio 2020 ha cessato di essere membro dell'Unione europea e della Comunità europea dell'Energia atomica, al termine di un periodo transitorio conclusosi il 31 gennaio 2020, con l'entrata in vigore dell'accordo sul recesso del Regno Unito dall'UE, sottoscritto il 19 ottobre 2019.

Più nello specifico, durante l'ultima fase del periodo transitorio, l'UE e il Regno Unito hanno raggiunto l'intesa per la stipula di tre ulteriori accordi, tra i quali l'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra UE e Regno Unito (d'ora in avanti, Accordo)⁶,

dum Brexit e le sue ricadute costituzionali, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2017, pp. 371 ss.; C. MARTINELLI, *La Brexit e la Costituzione britannica. Come e perché il Regno Unito è uscito dall'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2023.

³ In argomento v., ampiamente, C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, in *Teoria politica*, Annali VII, 2017, pp. 199 ss.

⁴ Fondamentali le letture di P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, n. 29, pp. 551 ss.; *Id.*, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, vol. 125, n. 5, c. 151 ss.

⁵ C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, in *Teoria politica*, cit., p. 201.

⁶ Gli altri due Accordi si occupano di sicurezza delle informazioni ed energia nucleare. In argomento v. C. CURTI GIALDINO, *Prime considerazioni sugli accor-*

adottato dal Consiglio dell'Unione il 29 dicembre 2020 ed entrato in vigore il 1° maggio 2021, dopo la risoluzione del Parlamento europeo e l'adozione formale del Consiglio⁷.

Si tratta di un accordo vasto e complesso, unico nel suo genere, destinato a governare le future relazioni commerciali tra il Regno Unito e l'Unione europea. Formalmente rappresenta il punto di arrivo del processo Brexit, anche se il lungo *iter* seguito nelle trattative mostra non soltanto la complessità del sistema che ruota intorno al diritto di libera circolazione, ma come la restrizione di tale diritto sia ormai un fenomeno globale che trascende i singoli rapporti commerciali che si tendono a prendere in considerazione.

L'Accordo riguarda non solo gli scambi di merci e servizi, ma anche un'ampia gamma di altri settori di interesse dell'Unione, come ad esempio, investimenti, aiuti di Stato, concorrenza, energia e sostenibilità. Le materie non disciplinate dall'intesa possono invece essere oggetto di ulteriori trattative, dal momento che gli Stati membri mantengono la piena competenza a negoziare e concludere accordi bilaterali con il Regno Unito, con l'unico obbligo di comunicare alla Commissione europea le proprie intenzioni e i progressi dei negoziati. In tal modo si apre la strada a una serie di relazioni bilaterali differenziate che non giova certo alla integrità del mercato interno, soggetto così a una ulteriore differenziazione sul piano dei rapporti esterni.

di concernenti le future relazioni tra il Regno Unito e l'Unione europea, in *federalismi.it*, 2021, n. 4.

⁷ L'Accordo, concluso in via esclusiva dall'UE, sulla base dell'art. 217 TFUE e senza la ratifica degli Stati membri, si differenzia dalla prassi tradizionale e appare in continuità con i più recenti accordi commerciali bilaterali conclusi dall'UE con il Giappone, Vietnam e Singapore, ratificati esclusivamente dall'Unione. Tale approccio appare in linea con quanto indicato dalla Corte di giustizia nell'opinione n. 2/15, nella quale viene ampliato l'ambito di competenza esclusiva dell'UE in materia commerciale. V., sul punto, Parere della Corte di giustizia 2/15 del 16 maggio 2017, *Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e la Repubblica di Singapore*. Per un'analisi dottrinale cfr. P. CONCONI, C. HERGHELEGIU, L. PUCCIO, *EU Trade Agreements: To Mix or No To Mix, That is The Question*, in *Journal of World Trade*, 2021, vol. 55, n. 2, pp. 232 ss.; P. MISSANELLI, M. BASILISCO, *L'Accordo commerciale tra UE e Regno Unito nel sistema WTO. Gli eventuali conflitti in tema di enforcement*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 3, 2021, pp. 737 ss.

3. *Il sistema di risoluzione delle controversie*

In caso di controversie sull'interpretazione o applicazione delle intese raggiunte nell'ambito dell'Accordo, la soluzione delle stesse segue essenzialmente le modalità previste dall'Organizzazione mondiale del commercio (OMC), più nello specifico, il Titolo II della Parte VI dell'Accordo prevede che l'Unione e il Regno Unito avviino, secondo il metodo diplomatico, consultazioni per risolvere la questione in buona fede⁸. Esaurita una fase consultiva, se la controversia persiste, la parte ricorrente ha la possibilità di ricorrere a un tribunale arbitrale indipendente, composto da tre giudici scelti congiuntamente dalle parti sulla base di un elenco prestabilito. I lodi così pronunciati saranno vincolanti per le parti, le quali, in caso di inosservanza della parte soccombente, potranno adottare misure di ritorsione e quindi sospendere alcuni degli obblighi previsti dall'Accordo in modo "proporzionato" e "appropriato".

Dal sistema commerciale multilaterale fino agli accordi conclusi dopo il Trattato di Lisbona, gli strumenti di tutela giurisdizionale azionabili dai privati negli ordinamenti interni – con riguardo alle loro posizioni giuridiche – hanno subito un progressivo affievolimento⁹. Tuttavia, mentre in un primo momento il diniego di effetti

⁸ Il Titolo II (*Principi interpretativi e definizioni*) dell'Accordo, all'art. 5 stabilisce che «[...] Le Parti non prevedono nel rispettivo ordinamento giuridico il diritto di agire in giudizio contro l'altra parte per il fatto che questa abbia agito in violazione del presente accordo o eventuale accordo integrativo». Tale disposizione esclude la possibilità che il Regno Unito o l'Unione europea possano essere chiamati a rispondere degli eventuali danni cagionati in virtù della violazione dell'Accordo. È dunque istituito un meccanismo di risoluzione delle controversie di natura puramente interstatale che non attribuisce alcun diritto o azione ai privati e alle imprese dell'una o dell'altra parte.

⁹ Per una chiara ed esaustiva ricostruzione del regime di applicazione interna dell'Accordo e degli strumenti in grado di tutelare i privati, v., l'ottimo lavoro di G.M. RUOTOLO, *La tutela dei privati negli Accordi post-Brexit*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, cit., pp. 243 ss. V., altresì, M. VELLANO, *Il sistema di risoluzione delle controversie*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 47 ss.

diretti delle norme relative ad accordi commerciali era conseguenza di soluzioni elaborate dalla giurisprudenza¹⁰, oggi diviene oggetto di esplicite previsioni normative¹¹.

Il coinvolgimento della Corte di giustizia¹² nella procedura avviene solo quando una controversia pendente dinanzi al collegio arbitrale solleva una questione di interpretazione di una nozione di diritto dell'Unione menzionata nell'Accordo di recesso o una questione relativa al rispetto da parte del Regno Unito degli obblighi di cui all'art. 89, par. 2, ovvero rispetto alle sentenze emesse dalla Corte di giustizia durante il periodo transitorio e quelle emesse a seguito di una procedura d'infrazione introdotta nei quattro anni successivi al recesso. In tal caso, il collegio arbitrale non decide in merito alla questione ma chiede ai giudici di Lussemburgo di pronunciarsi¹³.

4. *Gli scambi commerciali: opzioni e vincoli internazionali*

La soluzione raggiunta con l'Accordo in esame non è priva di incertezze e di evidenti difficoltà, anche perché si tratta di un accordo in continuità con il crescente fenomeno della regionalizzazione del commercio internazionale, che rappresenta oggi uno dei fattori

¹⁰ A titolo esemplificativo v. l'art. 8 della decisione con cui il Consiglio ha firmato nel 2015 l'*EU-Korea Free Trade Agreement* che, recependo l'orientamento della Corte di giustizia, esclude esplicitamente gli effetti diretti.

¹¹ Cfr. G. PERONI, *La reciproca convenienza come limite al riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme OMC all'interno dell'ordinamento comunitario*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, pp. 225 ss.; H. RUIZ FABRI, *Is There a Case - Legally and Politically - for Direct Effect of WTO Obligations?*, in *European Journal of International Law*, 2014, pp. 151 ss.

¹² Cfr., I.A. ANRÒ, *L'impatto della Brexit sulla composizione ed il funzionamento della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2019, n. 20; M.P. MARIANI, *Brexit e il Sistema di risoluzione delle controversie nell'accordo di recesso dall'Unione europea: quale ruolo per la Corte di giustizia?*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, p. 441; S. PEERS, *Analysis 4 of the Brexit deal: Dispute settlement and the EU/UK Trade and Cooperation Agreement*, in *EU Law Analysis*, 2021, January 8.

¹³ C. SANNA, *L'UE e i meccanismi di risoluzione delle controversie: il possibile rinvio pregiudiziale previsto nell'accordo quadro istituzionale Svizzera - UE e nell'accordo di recesso del regno unito*, in *eurojus.it*, 2019, pp. 190 ss.

di instabilità del modello internazionale di regolamentazione degli scambi dell'OMC¹⁴.

Il quadro normativo dedicato alla circolazione delle merci si caratterizza per la scelta di una disciplina ispirata al modello dell'OMC, poi superato dallo stesso Accordo che dà vita a un assetto simile agli accordi di libero scambio di nuova generazione dell'Unione europea¹⁵. Dunque, un approccio volto all'intensificarsi dell'interscambio commerciale e dei flussi di investimenti per uno sviluppo sostenibile delle parti nelle sue dimensioni economica, sociale e ambientale¹⁶.

Non può certo dirsi che l'Accordo in esame rappresenti un miglioramento del quadro giuridico delle relazioni, anche economiche, esistente tra le Parti contraenti, «per la prima volta nella storia delle relazioni esterne dell'UE, un accordo di liberalizzazione degli scambi è stato utilizzato per ridurre il livello di integrazione economica e, più in generale di reciproca apertura tra l'Unione e il paese partner»¹⁷.

Per un'analisi delle maggiori problematiche generate nel sistema dei traffici commerciali, le prime riflessioni ruotano necessariamente intorno a uno dei fondamentali pilastri del nuovo Accordo, ossia l'intesa di "libero scambio e di collaborazione" in materia economica, sociale, ambientale e nel settore della pesca¹⁸.

¹⁴ G. SACERDOTI, *La crisi dell'Organizzazione Mondiale del Commercio WTO: ragioni e prospettive di rilancio dopo la 12^o Conferenza ministeriale di giugno 2022*, in *Dir. comm. int.*, 2022, 3, pp. 595 ss.; v., altresì, la testimonianza di G. PARIGI, *Commercio internazionale e rischi del protezionismo*, Senato della Repubblica Roma, 25 ottobre 2018.

¹⁵ Cfr. G. VENTURINI, *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, Giuffrè, 2004; G. ADINOLFI, *Il diritto non scritto nel sistema OMC*, in P. PALCHETTI (a cura di) *L'incidenza del diritto non scritto sul diritto internazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; *Id.*, *Moving Forward to the Past: il recesso del Regno Unito dall'Unione europea alla luce del diritto dell'OMC*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2018, pp. 3 ss.

¹⁶ In argomento, v. G.C. LEONELLI, *From Extra-Territorial Leverage and Transnational Environmental Protection to Distortions of Competition: The Level Playing Field in the EU-UK Trade and Cooperation Agreement*, in *Journal of Environmental Law*, 2021, pp. 611 ss.

¹⁷ Così, E. BARONCINI, *La circolazione delle merci*, in G. ADINOLFI, A. MALATESTA, M. VELLANO (a cura di), *L'Accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione tra l'Unione europea e il Regno Unito*, cit., p. 70.

¹⁸ Nel documento *Global Britain in a competitive age. The Integrated Review of Security, Defence, Development and Foreign Policy*, redatto dal Governo inglese nel marzo del 2021, emerge con forza la strategia del Regno Unito basata su una

La principale novità è che viene sancito il principio secondo cui, nell'ambito degli scambi commerciali tra UE e Regno Unito, sono vietati i dazi doganali su tutte le merci originarie dell'altra parte, dovendosi intendere come tali le merci conformi alle regole in materia di origine previste dall'Accordo stesso. Quindi l'intesa "zero tariffe – zero quote" va interpretata non come la totale e completa assenza di misure tariffarie, quanto piuttosto il riconoscimento del trattamento preferenziale alle merci considerate originarie dell'una o dell'altra Parte. Ciò vuol dire, ad esempio, che, se un prodotto fabbricato in Italia incorpora materie prime o componenti provenienti da Paesi terzi, non è automaticamente applicabile la totale esenzione daziaria verso il Regno Unito, ma va verificata che l'incidenza quantitativa o qualitativa di tali materie prime o componenti rientri nei limiti previsti dalle regole di origine disposte dall'Accordo. Ma vi è di più.

L'appartenenza del Regno Unito, per diversi decenni, al mercato interno ha creato una fortissima integrazione economica tra le imprese d'oltremarina e quelle degli Stati membri UE, con catene di approvvigionamento estremamente interconnesse nel processo di produzione dei beni e una circolazione molto intensa, tra Regno Unito e il resto dell'UE, di materie prime e semilavorati prima di arrivare alla realizzazione di un determinato prodotto. Con l'uscita dal mercato e la scelta britannica dell'area di libero scambio per riconquistare la più ampia autonomia regolamentare e di definizione della politica commerciale con i Paesi terzi, la libera movimentazione dei vari elementi coinvolti nei processi produttivi non è più possibile senza incappare il più delle volte nell'obbligo di pagare i dazi doganali¹⁹.

significativa revisione della politica estera nella quale il commercio internazionale occupa un ruolo di primo piano. L'obiettivo è infatti quello di promuovere a livello globale i valori del libero scambio attraverso la gestione di frontiere più efficienti «We have published the 2025 UK border strategy, with the goal of creating a border that is efficient, smart and responsive», p. 13, par. 23. Sebbene i rapporti con l'UE abbiano un ruolo rilevante, l'ambizione è quella di concludere accordi di libero scambio con tutte le regioni del mondo. Nel documento si legge che Londra ha concluso 66 accordi di continuità commerciale con Paesi terzi, replicando la rete di *Free Trade Agreements* di cui poteva beneficiare quando era un membro del Mercato unico europeo.

¹⁹ Ad esempio, una materia prima di origine francese esportata nel Regno Unito avrà un'esenzione doganale completa, ma se quella merce francese viene la-

La complicazione creata dalle regole di origine sulle catene di approvvigionamento ormai consolidate è tale che numerosi imprenditori prendono in considerazione l'ipotesi di pagare il dazio doganale anziché tentare di dimostrare di soddisfare le complesse esenzioni previste.

Il regime di circolazione delle merci è inoltre imperniato sull'obbligo di garantire l'assenza di discriminazione tra prodotti UE e quelli del Regno Unito. Tale obbligo di non discriminazione che nasce da un allineamento regolamentare degli *standards*, al fine di evitare le conseguenze negative legate ai controlli doganali²⁰, non è assistito dalla politica di armonizzazione e dal principio del mutuo riconoscimento che contraddistingue la libera circolazione delle merci nel mercato interno²¹, con un notevole appesantimento del carico burocratico per gli imprenditori, oltre a un considerevole aumento dei costi.

Dunque, la scelta del governo britannico di riprendere il proprio potere regolamentare ha comportato al contempo l'uscita dal mercato unico e la conseguente impossibilità di beneficiare dei van-

vorata in Inghilterra senza ricadere nelle regole dell'Accordo, che le consentano di dichiarare l'origine britannica, tale merce sarà soggetta a tassazione se riesportata nell'Unione europea.

²⁰ Sul sistema dei controlli doganali, cfr. S. ARMELLA, *Diritto doganale dell'Unione Europea*, Milano, Egea, 2017; F. VISMARA, *Corso di diritto doganale. Diritto dell'Unione europea e interno*, Torino, Giappichelli, 2018; A. CATANIA, *Diritto doganale nel trasporto di merci*, Forlì, Egaf, 2022.

²¹ Nella seconda metà degli anni '70 la Corte di giustizia con le celebri sentenze *Dassonville* (11 luglio 1974, causa C-8/74) e *Cassis de Dijon* (20 febbraio 1979, causa C-120/78) ha introdotto istituti alternativi all'armonizzazione in tema di mercato interno: il principio del paese d'origine e quello del mutuo riconoscimento. Pur non rappresentando un'originale intuizione dell'ordinamento comunitario, non può certo negarsi che il suo sviluppo e la sua applicazione, soprattutto nel settore dello scambio di merci, si è avuto grazie all'opera dei giudici di Lussemburgo. Il principio del mutuo riconoscimento opera sulla presunzione di reciproca fiducia, c.d. *mutual trust*, tra Stati che, pur avendo tradizioni culturali e normative diverse, sono legati dai vincoli di affinità necessari per l'appartenenza all'UE. Tale principio costituisce un mezzo di importanza primaria per la c.d. integrazione negativa «[...] cioè di realizzazione del mercato interno attraverso l'applicazione delle disposizioni del Trattato che, in nome della libera circolazione delle merci, impongono la rimozione degli ostacoli al commercio intracomunitario». S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2005, p. 16.

taggi della libera circolazione di beni e servizi, comprese le regole uniformi che «underpin the provision and high standards of goods and services».

Il mercato unico si fonda su regolamentazioni e standard comuni (unificazione, armonizzazione, reciproco riconoscimento di certificazione ed equivalenza) e sulla supervisione unica da parte delle autorità di regolamentazione, per rendere l'abolizione dei confini interni possibile ed efficace. Uscendo dal mercato unico, il Regno Unito si è imbattuto e si imbatte, sempre più frequentemente, in ostacoli alle sue esportazioni verso l'UE in caso di non conformità dei suoi prodotti e servizi, o ancora si vedrà costretto ad adeguarsi a questi standards senza poter interloquire sulla loro adozione e sul loro aggiornamento.

Altro aspetto, strettamente collegato al precedente, riguarda l'introduzione di misure (tecniche, sanitarie e fitosanitarie) che assicurino un trattamento non meno favorevole ai prodotti originali della controparte, non creino ostacoli al commercio e non siano applicate in modo da costituire una discriminazione arbitraria o ingiustificata. Questo significa che dette misure sono sempre consentite, a meno che non siano proibite. Si tratta di un approccio opposto rispetto a quello del mercato interno, dove la Corte di giustizia UE, introducendo il principio del paese d'origine e quello del mutuo riconoscimento, stabilisce che qualunque misura commerciale, suscettibile di rappresentare anche solo potenzialmente un ostacolo agli scambi è proibita²².

È evidente che la ritrovata sovranità britannica si è tradotta in complicate e dispendiose operazioni per gli imprenditori britannici, i quali dovranno rispettare le discipline tecniche e sanitarie della Parte importatrice, come pure affrontare le valutazioni di conformità alle misure di regolamentazione.

²² L'art. 36 TFUE prevede la possibilità di deroghe alle libertà del mercato interno di cui agli articoli 34 e 35 TFUE soltanto se giustificate da motivi specifici.

5. *Il regime giuridico degli scambi tra la Repubblica di Irlanda e l'Irlanda del Nord*

A complicare ulteriormente la situazione, con un conseguente impatto dirompente sulla circolazione delle merci e sulla sicurezza dei traffici, è la disciplina del regime giuridico degli scambi tra la Repubblica di Irlanda e l'Irlanda del Nord. La soluzione faticosamente raggiunta durante i negoziati per l'Accordo di recesso è stata la redazione del *Northern Ireland Protocol*, che ne diviene parte integrante, il cui suo scopo è predisporre un sistema complesso, in grado di conciliare le molteplici e contrastanti esigenze delle parti coinvolte.

Si tratta di un meccanismo di backstop, definito "polizza assicurativa", per regolare l'entrata e l'uscita delle merci tra la Repubblica di Irlanda e l'Irlanda del Nord senza ripristinare un confine fisico, come previsto dal *Good Friday Agreement* del 1998²⁵. La soluzione prospettata è la nascita di un regime duale: da un lato, l'Irlanda del Nord resta nel territorio doganale del Regno Unito, sì da beneficiare dei futuri accordi di libero scambio (ALS) che il Regno Unito concluderà con i Paesi terzi; dall'altro, si vuole salvaguardare l'integrità del mercato unico UE e consentire il mantenimento di un rapporto commerciale pacifico tra l'Irlanda del Nord e la Repubblica di Irlanda.

Il compromesso prevede di fatto che l'Irlanda del Nord continui ad aderire ad alcuni regolamenti e rimanga all'interno del territorio doganale del Regno Unito, sì da evitare controlli lungo la linea di demarcazione tra Belfast e Dublino (frontiera aperta e considerata fondamentale per il processo di pace) e allo stesso tempo possa beneficiare dei futuri accordi di libero scambio (ALS) che il Regno Unito concluderà con i Paesi terzi.

Pensato per preservare la pace irlandese e tutelare al tempo stesso il mercato unico europeo all'indomani della Brexit, il *Northern*

²⁵ E. TANNAM, *Explaining the Good Friday Agreement: A Learning Process*, in *Government and Opposition*, 2001, vol. 36, n. 4, pp. 493 ss. Il *Good Friday Agreement*, recepito dal Regno Unito con il *Northern Ireland Act*, attuò la *devolution* nordirlandese, trasferendo alcune competenze dal governo di Londra alle Istituzioni dell'Irlanda del Nord e rappresenta la prima pietra per la costruzione di un percorso di pacificazione interna, nel quale il processo di integrazione europea ha rivestito un ruolo determinante.

Ireland Protocol ha di fatto spostato il confine tra l'Irlanda del Nord e la Gran Bretagna nel mare d'Irlanda; di conseguenza le merci in arrivo a Belfast dal resto del Regno sono sottoposte a controlli doganali e fitosanitari, i quali causano, il più delle volte, ritardi, difficoltà di approvvigionamento e criticità burocratiche. Il Protocollo si è rivelato di difficile applicazione, creando tensioni maggiori di quanto fosse ragionevole attendersi.

L'ultima tappa di questo accidentato percorso si è avuta quando il Governo britannico, il 13 giugno 2022, ha presentato al Parlamento un progetto di legge, *Nothern Ireland Protocol Bill*, che di nuovo rimette in causa unilateralmente lo statuto doganale; scopo dichiarato è privare di effetti una parte del *Northern Ireland Protocol* e attribuire al Governo britannico il potere di adottare propri regolamenti per disciplinare gli scambi tra Irlanda del Nord e la Repubblica d'Irlanda e tra Irlanda del Nord e Regno Unito, secondo i principi dettati nella legge stessa²⁴. Più nello specifico, il *Bill* prevede di alleggerire drasticamente i controlli doganali, di sopprimerli del tutto sulle merci britanniche destinate all'Irlanda del Nord, di eliminare il ruolo di supervisione della Corte di giustizia UE, riconoscendo, altresì, il potere ai ministri britannici di modificare le norme su diversi profili che vanno dall'Iva agli aiuti di stato. È nella delicata fase di gestione dei controlli che si inserisce la proposta presentata il 21 luglio 2022 alla *House of Commons*. L'art. 12 del Protocollo prevede che le autorità del Regno Unito siano responsabili dell'attuazione e dell'applicazione delle disposizioni del diritto dell'Unione nel Regno Unito per le merci destinate all'Irlanda del Nord e/o al territorio doganale dell'Unione europea, ma stabilisce, altresì, che i rappresentanti UE abbiano il diritto di presenziare a qualsiasi procedura di controllo condotta dalle autorità del Regno Unito.

Bruxelles, pur condannando tale proposta di legge quale «violazione di un accordo internazionale», ha reagito con una serie di azio-

²⁴ Cfr. K. HAYWARD, *Northern Ireland: The Protocol and the Peril*, in *Political Insight*, 2022, vol. 13, n. 3, pp. 36 ss.; A. McCORMICK, *The Northern Ireland Protocol Bill*, Dublin, The Institute of International and European Affairs, 2022; B. MELO ARAUJO, *An Analysis of the UK Government's Defence of the Northern Ireland Protocol Bill under International Law*, 2022, September 16, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4221248.

ni legali in merito ad alcuni inadempimenti del Regno Unito preesistenti al *Nothern Ireland Protocol Bill*. Si tratta di due procedure di infrazione che riguardano, l'una, l'asserita violazione degli obblighi in materia di norme sanitarie e fitosanitarie, per non avere il Regno Unito effettuato i controlli sulle merci cui è tenuto in forza del Protocollo, nonché per non aver approntato le condizioni affinché i controlli fossero espletati, e per aver emanato circolari che hanno portato alla disapplicazione delle norme dell'Unione; l'altra, l'asserita violazione dell'obbligo di trasmettere all'UE i dati statistici relativi agli scambi commerciali che coinvolgono l'Irlanda del Nord²⁵.

Malgrado la situazione di conflittualità, l'Unione non ha chiuso la via del dialogo, facendosi promotrice di nuove idee che dovrebbero, da un lato, poter risolvere le inefficienze e le difficoltà burocratiche per le imprese del Regno Unito, dall'altro, facilitare gli scambi in un'ottica unionale. Per esempio, ripensare il Protocollo avvalendosi di soluzioni tecnologiche: *blockchain*, *artificial intelligence*, *machine learning*, tutti strumenti che potrebbero modificare le fondamenta dell'intero impianto di controlli, ispezioni e formalità doganali.

Con questo spirito, il 27 febbraio 2023, si è tenuto un incontro tra il Primo Ministro britannico e la Presidente della Commissione europea Ursula von der Leyen, a seguito del quale è stato annunciato il c.d. *Windsor Framework*, un accordo che sulla base degli artt. 15 e 16 del Protocollo non necessita di alcuna procedura di approvazione parlamentare e mira a ritrovare una sintonia tra le parti, superando sia il disegno di legge britannico sia le procedure di infrazione europee²⁶.

²⁵ La Commissione ha aperto il 15 giugno 2022 tre procedure d'infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE nei confronti del Regno Unito per la asserita violazione del Protocollo che ha disciplinato la frontiera commerciale dell'Irlanda del Nord nel quadro della Brexit.

²⁶ C.R.G. MURRAY, N. ROBB, *From the Protocol to the Windsor Framework*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2023; Oxford Analytica, *Prospects for future UK-EU cooperation are strong*, 2023, <https://doi.org/10.1108/OXAN-GA276719>. Il *Windsor Framework* prevede che per le merci destinate al mercato interno, dunque in transito tra Gran Bretagna e Irlanda del Nord, verrà istituita una "green lane", una sorta di corsia preferenziale che esenterà tali merci da procedure e ispezioni doganali; invece le merci destinate alla Repubblica di Irlanda, o ad altro Paese dell'UE, viaggeranno attraverso una "red lane" che manterrà in vigore le procedure già esistenti. La corretta divisione tra le tipologie di esportazioni è garantita dalla

Dunque, Regno Unito e Unione europea, nel tentativo di superare le controversie sul confine irlandese, hanno nuovamente riconosciuto la necessità di tutelare il *Good Friday Agreement* e di salvaguardare il mercato unico europeo perfezionando il modello preesistente. Ma lo stallo politico non è ancora superato.

6. *Riflessioni conclusive*

Tenuto conto di quanto finora detto, in un contesto di rinnovate tensioni, si sarà poco sorpresi nello scoprire che i limiti e le difficoltà dell'intesa UE e Regno Unito si rinvergono nella *ratio* sottesa all'Accordo, ovvero la gestione delle divergenze piuttosto che la promozione della convergenza; le disposizioni *ivi* contenute sono volte a garantire la *governance* globale nel pieno rispetto dell'autonomia degli ordinamenti giuridici delle due Parti. Scopo precipuo è governare i processi di distacco, gestire le divergenze fra due sistemi che già uniti (le norme sono armonizzate e i mercati integrati) sono destinati inevitabilmente ad allontanarsi, spinti in direzioni opposte, non solo come risultato naturale e inevitabile della futura autonoma attività legislativa, ma anche per il progressivo divergere dell'interpretazione delle norme, una volta venuto meno il ruolo di salvaguardia svolto dalla Corte di giustizia. Un *iter* decisamente estraneo a un "normale" accordo di libero scambio che, volto alla promozione del commercio bilaterale, istituisce meccanismi di armonizzazione e incoraggia approcci convergenti per una possibile futura regolamentazione tra sistemi nazionali che si confrontano²⁷.

disposizione normativa, contenuta nell'Accordo, che prevede la possibilità per le autorità doganali dell'UE di accedere ai sistemi informatici delle dogane britanniche.

²⁷ Cfr., P. MISSANELLI, M. BASILISCO, *L'Accordo commerciale tra UE e Regno Unito nel sistema WTO. Gli eventuali conflitti in tema di enforcement*, cit.; R.G. VOLTERRA, *The Impact of Brexit on the UK's Trade with Non-EU Member States Under the EU's Mixed Free Trade Agreements*, 2017, law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/05/brexit; S. VEZZANI, *Gli effetti del recesso dall'Unione europea sui Trattati conclusi dall'Unione europea e dallo Stato recedente*, in *Riv. dir. internazionale*, 2019, n. 4, pp. 1040 ss.

Le ragioni che hanno condotto all'attuale situazione possono essere sintetizzate in una parola: sovranità. Ma se per l'Unione europea, la sovranità nazionale va adeguata, empiricamente e concettualmente, alle condizioni di un'Europa interdipendente in un mondo interdipendente (gli Stati trasferiscano alcuni poteri sul piano sovranazionale, esercitandone altri sul piano nazionale), per il Regno Unito, la sovranità nazionale è un tutt'uno, è riprendere il controllo sulle leggi britanniche. La sovranità formale diviene la condizione per conseguire l'autonomia sostanziale²⁸. Il Regno Unito, è sempre stato un membro "scomodo" dell'UE, ma ha contribuito in modo decisivo alla costruzione del mercato unico europeo, oltre ad aver garantito uno dei più alti standards di implementazione del diritto europeo. Non può che suscitare un sentimento di perplessità e preoccupazione constatare, nella prospettiva esaminata, il costo che la Brexit ha implicato, e implicherà, sul progetto di integrazione europea.

Concludo questo breve scritto con un interrogativo a mio avviso ancora irrisolto: come può coniugarsi l'orientamento globale alla restrizione del diritto di libera circolazione con un rinnovato modello di integrazione europea da scolpire dopo e alla luce di Brexit? Forse la prima parte della domanda costituisce già un principio di risposta.

²⁸ C. DE FIORES, *Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit*, cit., p. 214 «La scelta che l'Europa ha oggi di fronte a sé è quindi netta e mal si presta a equivoci di sorta. Essa è chiamata a decidere se continuare a stare dalla parte dell'antisovrano contribuendo in tal modo ad accrescerne la forza e le istanze di dominio, oppure se schierarsi finalmente dalla parte della sovranità e quindi della democrazia».

RESISTENZA ALLA GLOBALIZZAZIONE NELLE FONDAZIONI

*Andrea Fusaro**

Il settore degli enti senza scopo di lucro ha vissuto negli ultimi decenni del secolo scorso una stagione florida a seguito del risveglio di interesse suscitato in ambiente nordamericano, attraverso le riflessioni sollecitate dal favore tributario in quel contesto riconosciuto ed implementate da rielaborazioni nutrite dall'analisi economica. Si tratta di contributi ormai celebri¹, sui quali la dottrina italiana ha abbondantemente lavorato, esplorando la riproducibilità di quelle considerazioni nel nostro ordinamento².

In ambito europeo l'elaborazione americana ha risuonato³, ma ha tardato a innescare un analogo interesse al tema e la letteratura è risultata intenta piuttosto alla ricognizione del panorama regionale, senza farlo oggetto di una rielaborazione concettuale di analogo

* Professore ordinario, Università di Genova.

¹ All'interno di una letteratura vastissima, sono classiche le citazioni di H.B. HANSMANN, *The role of nonprofit enterprise*, in *The Yale Law Journal*, 1980, vol. 89, n. 5, pp. 835 ss.; Id., *The Ownership of Enterprise*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, tradotto in italiano a cura di A. ZOPPINI, *La proprietà dell'impresa*, Bologna, 2005; nonché di S. ROSE-ACKERMAN (ed.), *The Economics of Nonprofit Organizations: Studies in Structure and Policy*, New York, Oxford University Press, 1986.

² G. PONZANELLI, *Le non profit organizations*, Milano, 1985; D. PREITE, *La destinazione dei risultati nei contratti associativi*, Milano, 1988, nonché il mio lavoro *L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche*, Padova, 1991.

³ *Communication of the Commission on Promoting the Role of Voluntary Organizations and Foundations in Europe*, 1997.

portata⁴. In posizione avanzata rispetto a questo quadro si presenta lo scenario tedesco, dove si sono susseguiti sia contributi in tema di enti non profit in generale⁵, sia lavori comparatistici concentrati sulle fondazioni⁶ apparsi a partire dagli anni '90⁷. Su questa scia, in Germania è stata elaborata⁸ una ricerca di carattere comparativo contenente un'analisi empirica della rilevanza economica e della funzione di tali istituzioni sia in Europa sia negli Stati Uniti, ricerca che, incontrando l'interesse della Commissione, ha portato alla pubblicazione⁹ dello *Studio di fattibilità dello statuto della Fondazione europea*¹⁰.

Il lavoro, anticipato da alcune indagini¹¹ che avevano già messo in luce le diverse regolamentazioni del settore nel contesto europeo, ha offerto una panoramica delle principali tipologie di fondazione presenti nei paesi dell'Unione e, considerando la rilevanza delle differenti discipline e i costi connessi alla presenza di tali barriere, ha

⁴ E. ALFANDARI, A. NARDONE, *Associations et Fondations en Europe*, Juris Service, 1994; F.W. HONDIUS, T.J. VAN DER PLOEG, *Foundations*, capitolo dell'*International Encyclopaedia of Comparative Law*, 2000.

⁵ T. VON HIPPEL, *Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005. Allo studio del diritto degli enti senza scopo di lucro è stato dedicato l'Institute for Foundation Law and the Law of Non-Profit Organizations della Bucerius Law School di Amburgo, dove ha sede anche il Max Plank Institute for Comparative and International Private Law.

⁶ K.J. HOPT, D. REUTER (eds.), *Stiftungsrecht In Europa*, Köln, 2001; K.J. HOPT, W.R. WALZ, T. VON HIPPEL, V. THEN (cur.), *The European Foundation*, Cambridge (UK), 2006; A. VON RICHTER, T. WACHTER (eds.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, Angelbachtal, 2007; EUROPEAN FOUNDATION CENTRE, *Country Profiles*, 2007.

⁷ Al lettore italiano i primi contributi di questa fase sono stati segnalati da A. ZOPPINI, *Le fondazioni. Dalla tipicità alle tipologie*, Napoli, Jovene, 1995. Gli interventi più recenti sono censiti da M. GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 2502 ss.

⁸ Il lavoro, pubblicato nel 2007, è stato elaborato da parte del Centre for Social Investment dell'Università di Heidelberg e del Max Plank Institute for Comparative and International Private Law. Questi i membri del gruppo di studio: Klaus J. Hopt; Thomas von Hippel (coordinatore del progetto); Helmut Anheier; Volker Then; Werner Ebke; Ekkehard Reimer; Tobias Vahlpahl (coordinatore delle rilevazioni empiriche).

⁹ Il 16 febbraio 2009.

¹⁰ *Feasibility Study on a European Foundation Statute*.

¹¹ K.J. HOPT, D. REUTER (eds.), *Stiftungsrecht in Europa*, cit., specialmente il contributo di P. HOMMELHOFF, ivi, pp. 77 ss; A. SCHLUTER, V. THEN, P. WALKENHORST (eds.), *Foundations in Europe: Society, Management, and Law*, London, 2001.

valutato la “fattibilità”, come appunto recita la sua intitolazione, di uno “statuto di fondazione europea”, quale nuova figura da affiancare a quelle già presenti nei singoli ordinamenti. Purtroppo tanto lavoro al momento non è sfociato in un testo approvato¹².

Il quadro legislativo, frutto delle disarmonie maturatesi all’interno della tradizione giuridica occidentale, è invero variegato e lo stesso termine “fondazione” non assume un significato univoco. Può rintracciarsi, tuttavia, un minimo comune denominatore nel ricorso a tale espressione o a formule dal contenuto simile: per “fondazione”, infatti, generalmente si intende un’organizzazione indipendente (spesso dotata di personalità giuridica¹³), priva di una formale base associativa, controllata da un’autorità statale, preposta al perseguimento di un pubblico interesse.

In realtà, anche tali caratteri non sempre trovano contemporaneo ed identico riscontro nelle principali tipologie rinvenibili nei paesi dell’Unione. Il sistema olandese privilegia, ad esempio, le fondazioni che svolgano attività commerciale, che altrove è assegnata allo strumento della cooperativa; disciplina parzialmente simile conosce la Danimarca, dove però la fondazione “commerciale” è tenuta a realizzare sia l’interesse privato sia quello pubblico. In altri paesi, l’esercizio dell’attività economica è consentito ma solo se, direttamente o in via sussidiaria, destinato al raggiungimento di un pubblico interesse: tale è, ad esempio, il regime delle fondazioni spagnole.

¹² M. GRAZIADEI, *The Law of Foundations in the European Context: Eppure si muove!*, in corso di pubblicazione nella *European review of private law*, nonché destinato ad un volume dal titolo *The Future of European Private Law* curato da A. JANSSEN, M. LEHMANN, R. SCHULZE, Munich, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2023, riferisce circa l’abbandono di quel progetto, e l’elaborazione del succedaneo *A statute for European cross-border associations and non-profit organisations*, nonché da conto della Risoluzione del Parlamento europeo del 17 febbraio 2022 recante raccomandazioni alla Commissione su uno Statuto delle associazioni e organizzazioni senza scopo di lucro transfrontaliere europee (2020/2026 (INL)). A margine di questi progetti si segnalano gli studi di A.FICI, redatti per il Parlamento europeo: *A European Statute for Social and Solidarity-Based Enterprise*, Brussels, 2017; *A statute for European cross-border associations and non-profit organizations. Potential benefits in the current situation*, Brussels, 2021.

¹³ Lo studio impiega l’espressione “legal personality”, la cui matrice affonda notoriamente nella tradizione di Civil Law (veicolando l’abbinamento di soggettività e limitazione di responsabilità degli amministratori), mentre difetta nella tradizione di Common Law.

Laddove l'attività economica sia prevalente, alcuni ordinamenti applicano alla fondazione le stesse regole valevoli per le imprese; altri prevedono invece una disciplina apposita.

Generalmente, nei paesi di Civil Law non è prevista la formale presenza di associati; differente è la situazione che si registra in Italia, dove figurano anche fondazioni con base associativa, come quelle bancarie.

Nei diversi sistemi, d'altra parte, operano istituti che presentano caratteristiche analoghe o non troppo divergenti rispetto alla "fondazione di interesse pubblico"; da qui l'opportunità di segnalare i parametri per riconoscere la sua esistenza. Gli ordinamenti di Civil law seguono l'approccio organizzativo e privilegiano il ricorso alla categoria dell'interesse pubblico (per distinguere tale figura dalle associazioni non profit, dalle società, dalle cooperative); in quelli di Common Law, che non conoscono la fondazione come specifica categoria giuridica, importa invece individuare il carattere *charitable* dell'organizzazione. Così, in Inghilterra rileva la distinzione tra *charitable trusts*, *charitable companies* e le più recenti *charitable incorporated organisations*; da qui anche l'opportunità di una comparazione tra fondazioni e trust.

Negli Stati Uniti la fondazione è una sottocategoria della *charity*: l'*Internal Revenue Code* distingue tra le "fondazioni private" (solitamente nate dall'iniziativa di un individuo, di una famiglia o di una corporazione), soggette a maggiori restrizioni e minori benefici fiscali, e le *public charities*, che godono di esenzione fiscale e ricevono fondi pubblici. Nonostante i differenti contesti, non è impossibile accostare queste figure alle fondazioni di Civil law: vale in particolare il riferimento alla fondazione "di erogazione" finanziata unicamente dal fondatore, tipica dei sistemi continentali, qualificata "fondazione" anche nell'*Usa Tax Law* del 1969¹⁴.

Tratto comune nei diversi ordinamenti europei è che il sovvenzionamento della fondazione viene destinato ad uno specifico scopo che rispetti i requisiti dell'interesse pubblico, dell'utilità e della liceità. Per quanto concerne il significato da assegnare al concetto di "interesse pubblico", tre risultano le soluzioni adottate: alcune legi-

¹⁴ In proposito, cfr. la successiva nota 15.

slazioni propongono un'elencazione tassativa di finalità rivestite di siffatta natura, oltre una lista aperta ed altre ancora nessuna specifica determinazione.

Sul versante della dotazione patrimoniale si riscontrano significative differenze: se in alcuni paesi viene imposto un preciso ammontare iniziale, in altri si prevede semplicemente che la sua consistenza sia sufficiente al perseguimento dello scopo istituzionale (fatta salva la possibilità per le corti o la pubblica autorità di intervenire qualora siano venuti meno i presupposti economici per l'esistenza della fondazione).

Per costituire una fondazione si prevede il sistema dell'autorizzazione discrezionale della pubblica autorità; oppure, più frequentemente, la registrazione basata sulla certificazione della sussistenza dei requisiti legali. Nel caso, piuttosto raro, che manchi qualunque monitoraggio di un organo giudiziario o amministrativo, si attribuisce ad un notaio la funzione di attestare la presenza degli elementi necessari al venire in essere dell'istituzione.

Numerosi sono altresì i paesi in cui è ammessa la possibilità di modificare lo statuto con il voto favorevole della maggioranza degli amministratori. Il mutamento dello scopo non è sempre consentito; in Germania lo è solo se il fondatore o i suoi eredi acconsentono (salve eccezioni molto limitate).

Relativamente all'amministrazione del patrimonio, la regola più seguita è quella per cui non vi è un obbligo rigoroso di conservare il capitale, né vi sono specifiche norme relative agli investimenti delle risorse (con l'eccezione, in alcuni casi, di Italia e Francia); in genere, ci si limita a richiedere l'autorizzazione agli investimenti, agli acquisti o agli atti di disposizione. Si registra invece, come segnalato, un diverso atteggiamento nei confronti dell'esercizio di attività economiche per le fondazioni che perseguono uno scopo di pubblico interesse, talora più liberale, più spesso restrittivo e di carattere sussidiario, al fine di tutelare i creditori ovvero per salvaguardare il patrimonio da attività rischiose.

La garanzia di un certo livello di governabilità, assicurato dall'attività di controllori privati e pubblici, è assai diffusa, anche se differenziata da una realtà all'altra.

Anche il momento della estinzione vede soluzioni divaricate con riguardo alla liquidazione del patrimonio residuo. In alcu-

ni paesi si richiede che le risorse rimaste confluiscono in un'altra fondazione solo se simile per scopo e se ciò sia conforme alle intenzioni del fondatore; in altri, se ne dispone invece il trasferimento ad altra istituzione di pubblico interesse; un terzo gruppo, infine, prevede che sia il fondatore a decidere circa la destinazione delle sostanze residue e in certi casi (in presenza di fondazioni non esenti da tassazione) gli è persino permesso di devolverle a se stesso.

In definitiva, numerosi risultano gli aspetti che allontanano le discipline dei vari Stati, anche se non tutti hanno il medesimo peso: alcune differenze, nonostante appaiano sostanziali, sono solo di natura strutturale e spiegabili come mera conseguenza dei diversi modelli egemoni negli ordinamenti; altre sono rilevanti soltanto qualora la regola particolare giochi un ruolo fondamentale nel contesto globale preso in considerazione; altre ancora sono esclusivamente terminologiche e, quindi, affatto significative. Occorre dunque valutare, volta per volta, se lo stesso risultato sia raggiungibile attraverso il ricorso a strumenti diversi, o se invece una differente struttura porti anche ad un risultato non coincidente.

Altrettanto frequenti appaiono peraltro anche i profili comuni, sia con riguardo alla regolamentazione privatistica, sia relativamente alla normativa fiscale.

Nel contesto europeo, peculiare è la disciplina contenuta nel *Liechtenstein Foundation Act*¹⁵ il quale, abrogando la legislazione previgente relativa a persone e società, riguarda la materia delle fondazioni e del trust. Singolare è la possibilità di costituire una regolare fondazione anche senza provvedere alla sua registrazione, laddove questa non abbia uno scopo di pubblico interesse e non svolga attività commerciale. Il settore delle fondazioni è cresciuto particolarmente in Germania¹⁶ e nel terzo millennio la disciplina del BGB è

¹⁵ *Stiftungsgesetz – StiG – Gesetz vom 26 Juni 2008 ueber die Abaenderung des Personen – und Gesellschafts,* rifluito nell'art. 552, sezione 1- 41 PGR, entrato in vigore il primo aprile 2009.

¹⁶ Dal 2003 al 2013 da 12.088 a 20.150, registrando negli ultimi vent'anni un aumento del 70%, secondo i dati esposti dall'Association of German Foundation, Rorbert Bosch Stiftung, nello studio pubblicato nel 2014 *The Future of Foundations*.

stata riformata (*Stiftungsrechtsreform*¹⁷), tra l'altro con l'introduzione di un registro (*Stiftungsregister*)¹⁸.

Altri interventi legislativi si sono registrati in Belgio¹⁹, inserendo la disciplina delle fondazioni nel codice delle società e delle associazioni, in Svizzera²⁰, nonché nel settore della *charities*, in Irlanda e nel Regno Unito²¹.

L'ambito delle fondazioni ha registrato un notevole incremento soprattutto negli ultimi vent'anni, in particolare in ordine alla categoria delle fondazioni benefiche, presente in tutti gli ordinamenti dell'Unione (in Austria se ne contano diverse migliaia)²².

Nonostante il diverso prodotto interno lordo, le risorse complessive delle fondazioni europee appaiono approssimativamente accostabili a quelle nordamericane; il confronto peraltro non è opportuno in quanto comprensivo di ambiti non comparabili: negli Usa, infatti, il settore è costruito essenzialmente su istituzioni di erogazione, mentre in Europa le fondazioni includono figure etero-

¹⁷ Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts del 16 luglio 2021, per la cui entrata in vigore sono stati indicati tempi prudentemente lunghi (2023). Come ricorda M. GRAZIADEI, *Le fondazioni di partecipazione nel prisma della comparazione*, cit., p. 2502, la nuova legge ha introdotto un quadro federale uniforme, prevedendo, tra l'altro, la definizione della fondazione come persona giuridica senza associati (nuovo testo del Codice civile tedesco, par. 80: *mitgliederlose juristische Person*), nuove regole sulla loro amministrazione, e il loro scioglimento.

¹⁸ In materia si segnalano: *The Future of Foundations: A Study by Roland Berger Strategy Consultants on Behalf of Robert Bosch Stiftung*, Stuttgart, 2014; *Funding in the 21st century: Trends and Priorities in the Foundation Sector*, 2014; DAFNE/EFC (ed.), *Number of registered public benefit foundations in Europe exceeds 141,000*, 2014; EFC *legal and fiscal country profile: The operating environment for foundations*, Germany, EFC, 2014; *Comparative highlights of foundation laws: The Operating Environment for Foundations in Europe*, EFC, 2015; R. STRACHWITZ, in *American Journal of Economics and Sociology*, September 2015, vol. 74, n. 4.

¹⁹ *Loi 5/3/2019, visant à assurer la lisibilité du droit applicable aux associations et aux fondations*.

²⁰ La riforma del Codice civile nel 2014, poi il progetto di legge di iniziativa parlamentare *Renforcer l'attractivité de la Suisse pour les fondations*, oggetto di parere favorevole da parte del Consiglio Federale (FF. 2021, 1069).

²¹ In Irlanda con il *Charities Act 2008*; nel Regno Unito con il *Charities Act 2011*, applicabile in Inghilterra e nel Galles, e il *Charities and Trustee Investment (Scotland) Act 2005*, in Scozia.

²² *The Future of Foundations: A Study by Roland Berger...*, cit.

genee che oltreoceano sarebbero considerate piuttosto società senza scopo di lucro²³.

²³ La ragione di questa differente classificazione è fatta risalire alla definizione contenuta nel *Tax Reform Act* del 1969, secondo cui le fondazioni sono istituti che godono di esenzione fiscale, ricevendo la maggior parte delle proprie risorse da una sola fonte – tanto da essere considerati controllati dal donatore –; così, non viene qualificata *fondazione* bensì *public charity* l'organizzazione non profit che ottenga più della metà delle entrate da fonti diverse.

L'IMPATTO DELLA GLOBALIZZAZIONE SULL'INSEGNAMENTO UNIVERSITARIO DEL DIRITTO CIVILE*

*Alberto Gianola***

*Domitilla Vanni****

1. *Il quadro attuale nel mondo di civil law*

Negli ordinamenti di *civil law* la modalità maggiormente utilizzata per l'insegnamento universitario del diritto civile è la lezione frontale verbale in presenza, seguita dallo studio individuale dello studente in un momento successivo¹ e da un esame finale consistente in domande alle quali il candidato deve rispondere riproducendo quanto sentito a lezione e letto nei testi indicati.

La pedagogia definisce tale approccio didattico per conoscenze e lo contrappone alla didattica per competenze². La didattica per conoscenze si basa su una concezione dell'insegnamento come trasmissione di contenuti ritenuti rilevanti dal docente: ponendo l'accento sul trasferimento del sapere, essa tende a stimolare maggiormente i processi cognitivi di primo livello come la comprensione e la

* Alberto Gianola è unico autore dei paragrafi n. 1, 2, 3 e 4; Domitilla Vanni è unica autrice dei paragrafi 5 e 6.

** Professore ordinario, Università di Torino.

*** Professoressa associata, Università degli Studi di Palermo.

¹ J.H. MERRYMAN, *Legal Education in Civil Law and Common Law Universities: a Comparison of Objectives and Methods*, in N. PICARDI, R. MARTINO (a cura di), *L'educazione giuridica*, 2^a ed., Bari, Cacucci editore, 2008, I, pp. 168-199.

² P. RICCHIARDI, *Verso un insegnamento student-centered*, in C. COGGI, *Innovare la didattica e la valutazione in Università*, Milano, Franco Angeli, 2019, pp. 54-81.

memorizzazione, lasciando più sullo sfondo il ragionamento e l'attivazione del pensiero critico e creativo.

La didattica per competenze poggia dal punto di vista teorico su una visione dell'apprendimento di matrice costruttivista³, fa leva su una edificazione del sapere che prende le mosse dalle preconoscenze dei discenti e, mediante un confronto attivo con i temi proposti in aula, comporta la costruzione progressiva di nuove concezioni via via più complesse, alternando modalità induttive e deduttive, stimolando gli studenti al confronto, all'elaborazione personale ed alla formazione di giudizi autonomi⁴. Tale approccio implica l'utilizzo di strategie didattiche che attivino lo studente nella costruzione dell'apprendimento come il lavoro di gruppo, l'apprendimento sulla base della risoluzione di problemi (il *problem based learning*)⁵, lo studio di casi, l'apprendimento per scoperta, lo svolgimento di esercitazioni che richiedano confronti e giudizio critico. La didattica per competenze attiva i processi cognitivi superiori, capacità critica, creatività e ragionamento, promuove un apprendimento di profondità volto al significato, agevola lo sviluppo della capacità di mettere in connessione tra di loro i concetti appresi, di confrontare criticamente modelli differenti, di effettuare considerazioni autonome, di formulare problemi ed individuare soluzioni. In altri termini la didattica per competenze è volta a stimolare gli studenti a conseguire le competenze obbiettivo, le competenze che l'azione formativa intende creare nei discenti; competenza è la capacità di risolvere problemi mai visti in precedenza utilizzando le conoscenze apprese. La didattica per competenze richiede strategie formative specifiche poiché la conoscenza di un dato non implica automaticamente la capacità ad applicarlo.

³ Il costruttivismo ritiene che la conoscenza non venga trasmessa ma sia edificata da parte degli individui mediante ipotesi interpretative della realtà sulla base delle proprie percezioni: su di esso L. MASON, *Psicologia dell'apprendimento e dell'istruzione*, Bologna, 2006.

⁴ P. RICCHIARDI, *Verso un insegnamento student-centered*, cit., p. 58.

⁵ Il *problem based learning* è una declinazione del *problem solving*: tale espressione indica il processo mediante il quale partendo da una situazione problematica, utilizzando adeguate strutture di pensiero ed azioni, si passa ad altra situazione ritenuta migliore. Sul *problem solving* A. ENGEL, *Problem solving strategies*, 2008; G. PASCUZZI, *Il problem solving nelle professioni legali*, Bologna, il Mulino, 2017.

2. *L'insegnamento universitario del diritto, tratto sistemologico caratterizzante*

Le modalità di insegnamento universitario del diritto e più in generale le strategie di formazione del giurista sono connesse allo sviluppo del pensiero giuridico, alla costruzione del sistema normativo ed alla struttura delle fonti del diritto⁶.

In Inghilterra, inizialmente, la regola di diritto venne creata dalla giurisprudenza per risolvere un problema posto da un caso concreto. In quel contesto il giurista si formava apprendendo la tecnica di soluzione di problemi concreti, mediante un insegnamento di pratici che lo dispensavano solo o principalmente durante l'esercizio della loro professione, un insegnamento artigianale nel senso di empirico⁷. La formazione universitaria intervenne più tardi: oggi nel mondo anglo-americano essa utilizza le *moot courts* ed il *case method*.

Il percorso evolutivo dei sistemi giuridici di *civil law* prende avvio nelle università dove inizialmente i professori formulano ed insegnano un diritto civile ideale privo di valenza obbligatoria⁸. In ambito universitario formare il giurista implica insegnare un bagaglio sapienziale elaborato in modo sistematico, erogando un insegnamento scientifico⁹ ai fini del quale la lezione frontale è modalità efficace e diffusa.

Successivamente contributi importanti arrivano dall'illuminismo che attribuisce il compito di legiferare al sovrano, chiamato a dettare regole nuove, semplici e razionali in sostituzione del diritto comune e del diritto applicato divenuti inadeguati al contesto socio-economico del tempo¹⁰. Sulla scena irrompono i codici civili. La tendenza illuministica all'efficienza ed all'utilità pratica porta a concepire l'insegnamento universitario del diritto come volto a fornire una preparazione per svolgere attività pratiche. Nel percorso di

⁶ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3^a ed., Torino, Giappichelli, 2008, p. 57.

⁷ M. WEBER, *Sociologie du droit* (Préface de P. Raynaud, Introduction et traduction par J. Grosclaude), 2^e éd., Paris, PUF, 2013, pp. 141-161.

⁸ P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 2011, p. 50.

⁹ M. WEBER, *Sociologie du droit*, cit., pp. 141-161.

¹⁰ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 205.

modernizzazione delle amministrazioni statali, le università iniziano a divenire istituzioni di formazione dei funzionari dello stato e dei professionisti legali. La laurea assume a presupposto necessario per lo svolgimento delle professioni giuridiche¹¹. I professori universitari si trovano così ad insegnare regole che obbligatoriamente vengono applicate ed a formare anche giuristi che oltre conoscere quelle regole devono saperle applicare. Con il passare del tempo la giurisprudenza si vede riconosciuto il ruolo di fonte del diritto.

L'evoluzione illustrata porta a ritenere la didattica universitaria per conoscenze insufficiente a far sì che il discente possa sviluppare le competenze richieste per lo svolgimento di una professione giuridica. Per superare la criticità, si aggiunge agli studi universitari un percorso formativo pratico¹². La scissione dell'itinerario di formazione del giurista pratico in due fasi permette all'università di continuare a dispensare un insegnamento scientifico avente ad oggetto un sapere generale in essa sviluppato, mediante una didattica per conoscenze: negli ordinamenti continentali in assenza di obiettivi professionalizzanti degli studi universitari, la lezione frontale continua ad essere la modalità maggiormente utilizzata per l'insegnamento universitario del diritto civile.

3. *L'impatto della globalizzazione: modalità didattiche innovative, ma non così nuove*

Su tale quadro impatta la globalizzazione che, imponendo tempi formativi più brevi, richiede all'università di erogare un'educazione più professionalizzante, promuovendo lo sviluppo nei discenti di

¹¹ H. COING, *L'insegnamento della giurisprudenza nell'epoca dell'illuminismo*, in N. PICARDI, R. MARTINO (a cura di), *L'educazione giuridica*, cit., II, pp. 104-128; A. PADOA-SCHIOPPA, *Brevi note sull'avvocatura nell'età del diritto comune*, in G. ALPA, R. DANOVÌ (a cura di), *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 41-53.

¹² R. CAPONI, *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 127-148.

competenze¹³. Si muovono legislatori ed enti regolamentari con iniziative volte a valorizzare la didattica per competenze¹⁴.

La consapevolezza che la didattica per competenze richiede strategie formative specifiche, poiché conoscere un dato non implica automaticamente saperlo applicare, spinge nelle università continentali ad affiancare alla lezione frontale strategie didattiche volte a stimolare una partecipazione attiva degli studenti, coinvolgendoli in esercizi e discussioni.

Nel mondo di *civil law* il superamento della sola lezione frontale nell'insegnamento del diritto civile non è una novità. Già in epoca medioevale si fece ricorso alla prassi didattica di proporre agli studenti questioni, anche consistenti in casi, poi oggetto di discussione in momenti dedicati, al pomeriggio o al sabato (da cui la denominazione *quaestiones sabbatinae*)¹⁵. Tale prassi venne ripresa dai Regolamenti del Magistrato della riforma per l'Università di Torino del 1772¹⁶.

Nel 1800 in Germania, nella scia di strategie didattiche già utilizzate in precedenza¹⁷, si diffuse il metodo casistico, consistente

¹³ A. SCHLEICHER, *Teaching Excellence through Professional Learning and Policy Reform: Lessons from Around the World*, Paris, OECD Publishing, 2016, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264252059-en>; P. RICCHIARDI, *Verso un insegnamento student-centered*, cit., p. 57. Con riferimento alla formazione del giurista, N. IRTI, *La formazione del giurista nell'università del «saper fare»*, in *Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata*, 2010, pp. 29-36.

¹⁴ In Italia per esempio i Decreti del Ministro dell'Università e Ricerca del 16 marzo 2007 sulla determinazione delle classi di laurea triennali e magistrali. La didattica per competenze rileva con riferimento ai percorsi di armonizzazione dei titoli di studio nazionali per agevolare la circolazione delle persone nell'Unione europea: in questa direzione la Raccomandazione del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 (2008/C 111/01); nell'ambito del processo di Bologna di riforma delle Università europee, avviato nel 1999 e finalizzato a creare uno Spazio europeo dell'istruzione, i descrittori di Dublino valutano il successo di una formazione universitaria anche sulla base delle competenze sviluppate dallo studente.

¹⁵ A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII: da Bulgaro a Pillio da Medicina*, Frankfurt am Main 1989; E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, Il Cigno, 2000, p. 298; A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, p. 145; F. TREGGIARI, *Quelle casuistique? La méthode de cas dans l'histoire de l'éducation juridique*, in M. VOGLIOTTI (Sous la direction de), *Pour une nouvelle éducation juridique*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 73-84.

¹⁶ Stamperia Reale, Torino, 1772, Capo V, p. 17, n. 5.

¹⁷ G. DE NOVA, *Appunti sul metodo casistico nell'insegnamento del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, pp. 374-385.

nella presentazione di casi pratici, cimentandosi con i quali gli studenti imparavano ad analizzare i problemi, depurandoli dagli aspetti di fatto e riportandoli a categorie concettuali precostituite: un esercizio in generale finalizzato ad agevolare la conoscenza del sistema favorendo la memorizzazione di esso¹⁸. Particolarmente creativi furono G.F. Puchta e poi R. von Jhering.

Puchta svolse esercitazioni per gli studenti del suo corso di Pandette su casi semplici, ideati al fine di agevolare la comprensione dei concetti e l'applicazione sicura delle fattispecie normative; i casi proposti erano realizzati quasi come un travestimento pratico di quesiti teorici dalla risposta univoca¹⁹.

Jhering, postosi inizialmente nella traiettoria tracciata da Puchta²⁰, successivamente se ne distaccò²¹, ideando casi consistenti in vicende concrete desunte dalla vita quotidiana, privi di collegamento con premesse teorico-dogmatiche e di coordinamento con i paragrafi di alcun manuale istituzionale, proposti agli studenti affinché li discutessero con il docente²². Jhering riteneva che l'esercitazione sui casi pratici rendesse più interessante lo studio del diritto, agevolasse la memorizzazione e la comprensione dei concetti giuridici²³, stimolasse l'indipendenza mentale degli studenti²⁴. Successi-

¹⁸ N. PICARDI, *L'educazione giuridica, oggi*, in N. PICARDI, R. MARTINO (a cura di), *L'educazione giuridica*, cit., I, XX.

¹⁹ F. TREGGIARI, *Le tecniche casistiche di insegnamento del diritto: esperienze e modelli a confronto*, in A. ROMANO (a cura di), *Dalla lectura all'e-learning*, Bologna, CLUEB, 2015, pp. 277-286.

²⁰ R. VON JHERING, *Civilrechtsfälle ohne Entscheidungen*, Leipzig, 1847.

²¹ R. VON JHERING, *Die Jurisprudenz im taglichen Leben*, Jena, 1870 (trad. it. da V. PERUGIA, *La giurisprudenza della vita quotidiana di Rudolf Jhering*, Bologna, 1871), con titolo modificato dalla seconda edizione accresciuta del 1873 in *Die Jurisprudenz des täglichen Lebens. Eine Sammlung von leichten an Vorfälle des gewöhnlichen Lebens anknüpfenden Rechtsfragen* (l'edizione del 1891 è stata tradotta in inglese da H. GOUDY, *Law in Daily Life: a Collection of Legal Questions Connected with the Ordinary Events of Everyday Life*, Oxford, Clarendon press, 1904).

²² F. TREGGIARI, *Le tecniche casistiche*, cit., p. 280.

²³ Come riporta E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, rist. anastatica con Lettura di F. TREGGIARI, Sala Bolognese, Arnaldo Forni ed., 1989, p. 14 (ed. or. Napoli, Salvati, 1884).

²⁴ F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, in E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, rist. anastatica, cit., p. XV.

vamente la didattica e la manualistica casistica tedesca ebbero uno sviluppo notevole, caratterizzandosi per un sempre più accentuato approccio pratico ed in certi casi anche per originalità creativa²⁵.

In Francia la lezione frontale in presenza²⁶ è affiancata dai *travaux dirigés*²⁷, momenti didattici in cui gli studenti applicano le conoscenze apprese svolgendo esercizi sotto la supervisione ed il coordinamento di un docente. Voci dottrinali recenti auspicano modalità didattiche più interattive rispetto alla tradizionale lezione frontale²⁸; si sperimentano traiettorie formative innovative²⁹.

In Italia orientamenti dottrinali minoritari da tempo sottolineano i limiti della lezione universitaria frontale volta a trasmettere dati³⁰, sostenendo che anche l'insegnamento universitario del diritto debba fornire al discente non solo un sapere ma anche un saper fare, insegnandogli ad applicare le regole che costituiscono il sapere³¹, in altri termini favorire anche lo sviluppo di abilità e competenze³²,

²⁵ F. TREGGIARI, *Le tecniche casistiche* cit., p. 280. Sul tema anche S. PATTI, *Sul metodo di insegnamento nelle Facoltà di giurisprudenza (a proposito di un saggio di Wolfgang Fikentscher)*, in *Giurisprudenza italiana*, 1979, IV, col. 185-192.

²⁶ J. DANET, *Sur la force d'inertie des Facultés de droit en France*, in M. VOGLIOTTI (Sous la direction de), *Pour une nouvelle éducation juridique*, cit., pp. 87-100.

²⁷ P. MALAURIE, *L'enseignement du droit en France*, in N. PICARDI, R. MARTINO (a cura di), *L'educazione giuridica*, cit., I, pp. 355-364.

²⁸ C. JAMIN, *La cuisine du droit. L'école de droit de Science Po: une expérience française*, Paris, Extensio, 2012, p. 202; R. SEFTON-GREEN, *Moins de droit. Propositions pédagogiques subversives à la lumière de la formation juridique en common law*, in M. VOGLIOTTI (Sous la direction de), *Pour une nouvelle éducation juridique*, cit., pp. 121-136.

²⁹ S. SOLEIL, *La licence parcours d'excellence de l'Université de Rennes 1. Retour sur 10 ans d'innovation pédagogiques*, in M. VOGLIOTTI (Sous la direction de), *Pour une nouvelle éducation juridique*, cit., pp. 101-120.

³⁰ P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, a cura di M. CAPPELLETTI, vol. II, Napoli, Morano, 1966, p. 65 (riedizione Roma, TrE-Press, 2019, p. 134); L. CAIANI, *Problemi dell'università italiana*, Milano, Edizioni di Comunità, 1955, p. 32; N. BOBBIO, *Il problema dell'insegnamento delle scienze sociali*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, p. 840; M. CAPPELLETTI, *L'educazione del giurista e la riforma dell'università*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 94; G. DE NOVA, *Appunti sul metodo casistico nell'insegnamento del diritto privato*, cit., p. 377; G. PASCUZZI, *Avvocati formano avvocati*, Bologna, il Mulino, 2015, p. 100.

³¹ F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1935, I, p. 169.

³² G. PASCUZZI, *Verso l'avvocatura e il notariato*, in B. PASCIUTA, L. LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista – Contributi a una riflessione*, Roma, TrE-PRESS, 2018, pp. 83-101.

auspicando³³ e ricorrendo a tal fine specifiche azioni formative di tipo partecipativo ed attivante, quali la presentazione di casi³⁴, processi simulati³⁵, cliniche legali³⁶. Nell'ambito di questi itinerari, una vicenda particolarmente interessante è andata dipanandosi con riferimento al metodo casistico. A partire dalla fine dell'Ottocento diversi docenti presero ad affiancare alle lezioni frontali esercitazioni casistiche³⁷. Una tappa fondamentale in questo percorso fu segnata da E. Gianturco³⁸ che, imitando espressamente il modello casistico di Jhering, ricorse alla presentazione di casi senza soluzione poi discussi con gli studenti allo scopo di rendere più interessante lo studio della materia ed agevolare la comprensione e la memorizzazione da parte degli studenti dei dati teorici, degli istituti e dei principi del diritto privato illustrati nelle lezioni frontali e nelle Istituzioni.

³³ G. GORLA, *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, I, pp. 320-334; G. PASCUZZI, *Cosa intendiamo per metodo casistico*, in *Il Foro it.*, 2016, fasc. 10, parte V, col. 334-338.

³⁴ E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, Napoli, Salvati, 1884; N. STOLFI, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, Salerno, Off. tip. Salernitana, 1911; A. TRABUCCHI, *Quid iuris? Casi proposti alle lezioni di diritto civile negli anni 1942-1977*, Padova, CLEUP, 1977; F. GALGANO, *Centoventicinque esercizi e 70 schemi di diritto privato*, Padova, Cedam, 2007; N. COSPITE, *Casi e soluzioni di diritto civile. I quid iuris? nella Scuola di Padova*, Pisa, Pacini Giuridica, 2020; R. CASO, *La società della mercificazione e della sorveglianza: dalla persona ai dati. Casi e problemi di diritto civile*, Ledizioni, Milano, 2021; A. GIANOLA, *Le ricadute del corso IRIDI per un giurista privatista (comparatista)*, in C. COGGI (a cura di), *Formare i docenti universitari alla didattica ed alla valutazione*, Milano, Franco Angeli, 2021, pp. 158-173.

³⁵ Sul punto occorre ricordare l'esperienza, nel periodo seconda metà Ottocento inizio Novecento, dei circoli giuridici, seguiti dalla creazione di istituti universitari di esercitazioni: su di essi F. TREGGIARI, *Scienza ed insegnamento del diritto tra due secoli: l'opera e la fortuna di Emanuele Gianturco*, in A. MAZZACANE (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 123 e ss.

³⁶ Nella clinica legale gli studenti, coordinati dal docente, analizzano vicende reali. Sul tema M.R. MARELLA, E. RIGO, *Le cliniche legali, i beni comuni e la globalizzazione dei modelli di accesso alla giustizia e di lawyering*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2015, pp. 537-556; G. SMORTO (a cura di), *Clinica legale - Un manuale operativo*, Palermo, 2015; M.G. BERNARDINI, *Le cliniche legali e l'identità del giurista: spunti per un inquadramento teorico*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2017, vol. XVII, n. 2, pp. 437-459.

³⁷ E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, rist. anastatica, cit., p. 15.

³⁸ E. GIANTURCO, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, cit.

Più di recente, P. Trimarchi ricorre ad una didattica per competenze attuata mediante modalità partecipative: ritenendo che l'apprendimento del diritto richieda un impegno attivo degli studenti nell'applicazione delle regole giuridiche, egli propone loro casi pratici, cimentandosi con i quali i discenti superano la difficoltà di collegare alla realtà dei fatti le regole generali, espresse mediante astratti concetti giuridici; il riferimento a situazioni concrete suscita interesse, agevolando la memorizzazione³⁹.

4. *Globalizzazione, ma non solo*

Oggi nell'ambito della formazione giuridica universitaria erogata nelle università continentali la didattica per conoscenze basata sulla lezione frontale, supportata dalla tradizione culturale e dall'abitudine, compete con la didattica per competenze, più idonea a rispondere ai bisogni generati dalla globalizzazione⁴⁰.

Altri fattori si aggiungono. Dilagano la trasformazione digitale e l'utilizzo di tecnologie innovative che rendono più facile e rapido il reperimento dei dati (si pensi per esempio alle banche dati legislative e giurisprudenziali). Si profilano cambiamenti da parte dei giuristi pratici nel modo di concepire le regole, le categorie ed i concetti giuridici e più in generale nei processi cognitivi umani rivolti al diritto⁴¹: cambiamenti che occorre analizzare per aumentare le conoscenze in ordine ad un fenomeno sociale e, nell'ambito di una formazione universitaria professionalizzante, per realizzare una migliore didattica per competenze, individuando i temi e le modalità formative a ciò più idonei.

³⁹ P. TRIMARCHI, *Esercizi di diritto privato casi pratici e soluzioni ragionate*, 2^a ed., Milano, Giuffrè, 2018, nella *Prefazione*.

⁴⁰ A. GIANOLA, *Evoluzione e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 413.

⁴¹ G. PASCUZZI, *Il diritto fra tomi e bit: generi letterari e ipertesti*, Padova, Cedam, 1997; R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 200.

5. La formazione del giurista nel sistema anglo-americano

Ogni discorso sull'insegnamento universitario nel sistema anglo-americano non può che prendere le mosse dal modello inglese, che, seppur relativamente giovane – la I cattedra di *Common Law of England* ad Oxford, come ben noto, fu ricoperta da William Blackstone⁴² soltanto nel 1758 – è caratterizzato da un così elevato e penetrante ruolo del formante dottrinale nell'intero sistema giuridico⁴³ da tenere il passo nel raffronto comparatistico con il prestigioso modello universitario continentale, di lunga data, risalente all'Alto Medioevo, culla di quel fenomeno di raffinata e insuperabile opera di elaborazione dottrinale qual è la *scientia iuris*⁴⁴.

Sicché se da un canto non può non rilevarsi che la formazione del giurista inglese sia ancor oggi prevalentemente professionale e pratica⁴⁵, non essendo obbligatoria la frequenza dei corsi universitari, dall'altro è sorprendente notare come nell'ordinamento inglese la coesistenza dei due livelli di formazione sia percepita come un elemento di coesione e non di divisione esprimendo quel particolare stretto rapporto – che avvalora ancor di più l'indiscusso riconoscimento della scientificità del diritto inglese⁴⁶ – tra due formanti sempre più legati dal comune obiettivo di approfondire la conoscenza e la migliore applicazione delle regole giuridiche inglesi, sia nell'am-

⁴² Autore dei *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, The Clarendon Press, 1765.

⁴³ M. SERIO, *Ruolo dell'Università e valore del formante dottrinario nella formazione dei giuristi inglesi*, in *Riv. di dir. civ.*, 1997, 2, pp. 621-626.

⁴⁴ Proprio a partire dall'Università di Bologna si iniziò ad analizzare in modo scientifico il *Corpus Iuris* giustiniano e a divulgare i risultati di tale analisi mediante il pubblico insegnamento, essenzialmente finalizzato alla formazione di un giurista dotto piuttosto che pratico: sul tema A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 182-184. Sulle antinomie strutturali tra lo *jus commune* e il *common law* inglese R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, trad. it. R. SACCO, Padova, 2004, pp. 36-37.

⁴⁵ Sull'indipendenza del mondo professionale inglese dalla dimensione accademica J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London, 1990, p. 177.

⁴⁶ M. SERIO, *L'apporto della comparazione nel rapporto tra scienza giuridica ed elaborazione giurisprudenziale*, in *Annuario di dir. comp. e di studi leg.*, 2011, vol. 1, pp. 433-463; *Id.*, *Nuove, condensate riflessioni sull'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, in *Compar. e dir. civ.*, 2020, vol. 1, pp. 1-22.

bito della ricerca giuridica sia nell'ambito – ad esso complementare – dell'insegnamento.

Ciò premesso, può essere utile uno sguardo al sistema anglo-americano nel momento in cui appare necessario riflettere sulla efficacia dei diversi modelli di formazione del giurista anche alla luce delle inevitabili trasformazioni per effetto della globalizzazione. E ciò nell'ottica di una vera e propria “rivoluzione” efficacemente definita silenziosa⁴⁷ che impone a noi giuristi una rimediazione dei metodi di insegnamento accademico in forza della complessità della vita sociale ed economica attuale con la quale il giurista deve confrontarsi, essendo chiamato ad operare in contesti diversi nei quali non può più contare su norme stabili e ben delineate, sicché un atteggiamento meramente descrittivo nell'insegnamento del diritto non è più pensabile⁴⁸.

Già Guido Calabresi ben quarant'anni fa prendeva atto dell'ingresso nel mondo del diritto dei vari movimenti quali *Law and Philosophy*, *Law and Economics*, *Law and Sociology*, *Law and Anthropology*. Il processo è stato più marcato negli USA dove l'autonomia della scienza giuridica – vuoi per diversità di tradizioni culturali vuoi per circostanze contingenti del secolo XX quali l'assenza di ideologie totalitarie – non è stata mai esaltata in modo analogo agli ordinamenti continentali, benché anche in questi ultimi il diritto abbia dovuto aprirsi, e per così dire concretizzarsi e specializzarsi, di fronte a nuove realtà sociali ed economiche quali l'ambiente, l'antitrust, la famiglia, ecc.⁴⁹.

Ed è merito della comparazione giuridica aver rimarcato anche negli ordinamenti continentali l'esigenza di affiancare all'esperienza giuridica quella antropologica, esperienza che insegna al giurista numerose verità di fondo rispetto al contesto nel quale indaga e, per così dire, lo immunizza contro errori e preconcetti “pericolo-

⁴⁷ M. GRAZIADEI, *Eppur si muove: la rivoluzione silenziosa in corso nell'educazione giuridica*, in *Dir. & Quest. Pubbl.*, 2021, vol. XXI, n. 1, pp. 67-75; *Id.*, *Navigare nel diritto incerto. La dottrina e le nuove frontiere dell'educazione del giurista in Europa*, in S. FARO, G. PERUGINELLI (a cura di), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 93 ss.

⁴⁸ M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali VI, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 371 ss.; *Id.*, *Pour une nouvelle éducation juridique*, cit.

⁴⁹ G. CALABRESI, *An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and to the Allocation of Body Parts*, in *Stanford Law Review*, 2003, pp. 2113 ss.

si” nella ricerca e nello studio delle regole giuridiche oltre che aiutarlo a svelare i c.d. *crittotipi*, decisivi in sede di applicazione del diritto⁵⁰.

Queste aperture sul piano dell’insegnamento universitario del diritto, oltre alle ricadute significative sul piano delle fonti di produzione, hanno significato una crescente rivalutazione del formante giurisprudenziale, di un diritto cioè che viene dal basso, dai conflitti sociali e più vicino ai bisogni che caratterizzano la nostra società.

Di questo cambiamento in Italia si era fatto già portavoce Gorla, che già a metà del XX secolo tra i primi sente il bisogno di abbandonare una prospettiva puramente nazionale nell’insegnamento del diritto, guardando al modello statunitense delle scuole di diritto nordamericane – il c.d. *case method* – come esempio di *law in the action*, cioè in grado di dare agli studenti questo senso del diritto come azione, sviluppo, svolgimento⁵¹.

Va premesso che nell’esperienza statunitense il metodo di insegnamento universitario ha subito profondi cambiamenti, avendo storicamente risentito del particolare successo riscosso dalla letteratura giuridica, a partire dall’opera inglese blackstoniana⁵² che rappresentò uno strumento essenziale ai fini della recezione negli USA del modello giuridico inglese e che risvegliò un vero e proprio entusiasmo verso le opere dottrinali – che anche in USA fiorirono numerose in quell’epoca⁵³ – aventi il grande pregio di facilitare l’apprendimento del diritto in un contesto ben diverso da quello raccolto e congeniale allo scambio di idee e discussioni tra giovani e meno giovani degli *Inns of Court*⁵⁴.

⁵⁰ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 1992, Torino, UTET, pp. 125-128.

⁵¹ G. GORLA, *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d’America*, in *Riv. di dir. comm.*, 1950, 1, pp. 320-334, per il quale il metodo casistico-giurisprudenziale rappresenta uno strumento di ricerca e verifica del *law in the action*, un ponte necessario per la comparazione giuridica. In tal senso anche G. GORLA, voce *Diritto Comparato*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1963, pp. 928 ss., §§ 8-11.

⁵² W. BLACKSTONE, *Commentaries on the laws of England*, cit. Sulla recezione del common law inglese in USA, R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 328-334.

⁵³ Quali: J. KENT, *Commentaries on American Law*, 1826-30 e J. STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 1834.

⁵⁴ Sul ruolo degli *Inns of Court* come scuole di diritto L. MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 168-174. J.H. BAKER,

Ciò determinò un ulteriore sviluppo dei metodi formativi del giurista americano e gradualmente comportò un vero e proprio declino dell'apprendistato negli studi legali cui ben presto seguì la creazione di vere e proprie scuole di preparazione alla professione forense. Inizialmente erano scuole serali annuali, nelle quali – come ben rilevato da Gorla – a parte l'orario delle lezioni, appunto serali, il metodo utilizzato era il *textbooks method*⁵⁵, cioè il metodo basato su testi dottrinali illustrati sapientemente dai professori (giudici o avvocati in pensione) attraverso l'esposizione dei principi generali in ciascuna materia, che senz'altro semplificava lo studio individuale – per un certo lasso di tempo previsto in sostituzione della pratica professionale – ma che non consentiva una adeguata preparazione per i giuristi chiamati ad operare in un sistema di *common law*!

6. Il case method di Langdell e i suoi sviluppi

Occorrerà attendere la c.d. rivoluzione langdelliana⁵⁶ del 1871 all'interno della Harvard Law School per l'introduzione dell'efficace *case method* che si affiancava all'adozione di nuovi criteri di selezio-

The Third University of England. The inns of court and the common law tradition, London, 1990; *Id.*, *English Law and the Renaissance*, *Cambridge Law Journal*, 1985, p. 51.

⁵⁵ G. GORLA, *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 320 e ss.

⁵⁶ Nella Prefazione al manuale, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, V-VII, Boston, 1871, lo stesso Langdell spiegava in modo chiaro come il *case method* fosse nato da due circostanze: in primo luogo, dalla propria esperienza di studente egli aveva maturato la convinzione che il modo migliore per apprendere il diritto fosse «by means of cases in some form»; in secondo luogo, dal compito che successivamente dovette affrontare come docente, rispetto al quale affermava: «I was expected to take a large class of pupils, meet them regularly from day to day, and give them systematic instruction in such branches of law as had been assigned to me». Come nota A. GIULIANI, *Sistematica e case method come metodi di istruzione giuridica*, in *Jus*, 1957, p. 320, «attraverso l'introduzione di un metodo di istruzione che poteva apparire l'esaltazione del precedente» in realtà veniva operata «una rivoluzione profonda, ossia proprio l'allontanamento dal principio del precedente».

ne dei docenti, reclutati non più tra giuristi pratici, bensì tra giovani brillanti dediti esclusivamente all'insegnamento e alla ricerca⁵⁷.

E così se da un canto la formazione professionale dei *common lawyers*, divenuta triennale, poteva beneficiare dell'approccio casistico e giurisprudenziale, dall'altro Langdell realizzava la scientificità dello studio giuridico attraverso la riproduzione di un modello di Accademia indubbiamente recepito dagli ordinamenti continentali, in particolare dalle università tedesche⁵⁸, che aveva avuto un ruolo primario nella rivalutazione del ruolo del formante giudiziario, ritenuto l'unico in grado di manifestare – a differenza del formante legislativo – lo sviluppo organico di un sistema giuridico⁵⁹. Tra l'altro, come ben noto, lo stesso *case method* nella *legal education*, ideato da Langdell per sistematizzare e semplificare la formazione del giurista, presentava un elevato carattere di scientificità nel momento in cui si concentrava sullo studio del *case law* che promuove principi o dottrine, focalizzandosi esclusivamente su quei casi idonei ad esprimere principi giuridici allo scopo di fornire gli strumenti per uno studio scientifico del diritto. E tale selezione, lungi dall'essere praticata dal giudice, è compito dello scienziato del diritto che coniuga il doppio ruolo di studioso e docente, con grandi benefici sotto il profilo didattico. Dal punto di vista didattico, in sintesi, gli studenti si preparavano individualmente sui casi giurisprudenziali selezionati dal docente per poi analizzarli in classe durante sessioni socratiche di domande e risposte⁶⁰. Così, una volta selezionati i casi, gli studenti sarebbero stati in grado di apprendere i principi giuridici in essi incorporati. Per Langdell, tuttavia, non era sufficiente che gli studenti si limitassero ad una meccanica operazione ermeneutica dal particolare al generale, ma

⁵⁷ L.M. FRIEDMAN, *A History of American Law*, 2005, III ed., pp. 466-472.

⁵⁸ Sulla continua dicotomia tra momento scientifico e momento pratico nelle esperienze di *civil law* A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 191-193.

⁵⁹ Sottolineano le forti affinità tra il modello universitario continentale e le *law schools* statunitensi A. GAMBARO, R. SACCO, *op.ult.cit.*, p. 183.

⁶⁰ J. HAMMOND, *Learning by Case Method*, in *Harvard Business School*, 2002, pp. 1-4; T.D. RAKOFF, M. MINOW, *A Case for Another Case Method*, in *Vand. L. Rev.*, 2007, vol. 60, pp. 597 ss.; E. RUBIN, *What's Wrong with Langdell's Method, and What to Do about It*, in *Vand. L. Rev.*, 2007, vol. 60, p. 609.

occorreva altresì che gli studenti si cimentassero nella successiva applicazione in senso inverso, cioè dal generale al particolare, in modo da acquisire una padronanza dei principi o dottrine tale da poterli applicare con costante facilità e certezza alla <matassa sempre ingarbugliata delle vicende umane>, ciò che per Langdell costituisce un vero avvocato; e, quindi, acquisire quella maestria dovrebbe essere l'obiettivo di ogni studente di diritto⁶¹.

In questa simbiosi tra luogo di formazione del giurista e luogo di elaborazione del sapere giuridico, oltre che più in generale di trasmissione della cultura generale della nazione, realizzata attraverso l'Università, si ravvisa la stella polare della riforma langdelliana⁶² e al contempo l'elemento di distacco dell'esperienza americana rispetto a quella inglese sotto il profilo della formazione del giurista, che nel Regno Unito ha tradizionalmente privilegiato il carattere professionale e pratico rispetto a quello accademico.

Pregio essenziale del *case method* è stato rinvenuto nello sforzo induttivo che impone allo studente nella individuazione della regola giuridica, impreziosita dalla varietà e dinamicità delle vicende umane attraverso la discussione dei casi giurisprudenziali, pur portando con sé il rischio di presentare ai giovani un diritto risultante da diverse decisioni o soluzioni pratiche non sempre coerenti tra loro e quindi non in grado di preparare il giovane sul piano dei principi generali⁶³.

Negli Usa passo ulteriore è stato poi il *case study method*⁶⁴ sviluppato dalla Harvard Business School, secondo il quale piuttosto che utilizzare la giurisprudenza consolidata, i professori scelgono

⁶¹ C.C. LANGDELL, *A Selection of Cases on the Law of Contracts*, cit., VI.

⁶² R. SACCO, A. GAMBARO, *Sistemi Giuridici Comparati*, cit., pp. 144-146.

⁶³ G. GORLA, *Le scuole di diritto degli Stati Uniti d'America*, cit., pp. 320-334.

⁶⁴ Il *case study method* rappresenta uno dei *problem-based methods*, su cui K.S. REBEIZ, *An Insider Perspective on Implementing the Harvard Case Study Method in Business Teaching*, in *US-China Education Review A*, 5, 2011, pp. 591-601; D.M. FERGUSON, *The Gamification of Legal Education: Why Games Transcend the Langdellian Model and How They Can Revolutionize Law School*, *Chap. L. Rev.*, 2016, vol. 19, pp. 629 ss.; M. MOSKOVITZ, *Beyond the Case Method: It's Time to Teach with Problems*, in *Journal of Legal Education*, 1992, vol. 42, n. 2, pp. 241-270.

esempi di vita reale tratti dal mondo degli affari: i casi di studio in stile Harvard Business School consistono tipicamente in una breve narrazione, raccontata dal punto di vista di un manager o di un leader aziendale di fronte ad una situazione problematica. A differenza del *case method*, il *case study method* usa una narrazione di un problema giuridico per esemplificare i principi del diritto stimolando la discussione e il lavoro di squadra tra i partecipanti e la messa a fuoco del problema, per stimolare lo sviluppo delle competenze. L'idea è che in questo modo gli studenti, anziché semplicemente ascoltare una lezione, affinano sia le capacità di comunicazione che di *leadership*.

Può essere interessante nel raffronto tra il sistema universitario inglese e quello statunitense evocare le parole di uno dei più celebrati giuristi inglesi, Winfield, che, scrivendo nel lontano 1924 nella rivista *Society of Public Teachers of Law* su *The Harvard Law School*⁶⁵, rilevava in senso critico come la formazione del giurista americano si esaurisse nella discussione del caso giurisprudenziale tra studenti e docente in classi molto numerose, esclusivamente durante le ore curricolari, non beneficiando di quell'attenzione riservata ai giovani universitari di Oxford e Cambridge, riuniti in classi più ristrette, che potevano contare sulla supervisione dei loro *lecturers*, in aggiunta alle lezioni curricolari, almeno una volta la settimana. Per Winfield il sistema collegiale delle Università inglesi rispetto alla Harvard Law School aveva inoltre il vantaggio di aprire, soprattutto i docenti, a contatti con studiosi di altre discipline: storici, economisti, medici e antropologi, a differenza della Harvard Law School che per la sua configurazione autonoma escludeva tale possibilità.

Di contro tuttavia il giovane laureato alla Harvard Law School beneficiava di una stretta connessione tra l'Università e gli studi legali, incontrando minori difficoltà a intraprendere la professione forense rispetto al giovane inglese, la cui carriera forense appariva incerta, più costosa e resa difficile anche dalla netta separazio-

⁶⁵ P.H. WINFIELD, *The Harvard Law School*, in *J. Soc'y Pub. Tchrs. L.*, vol. 1924, p. 30.

ne tra *barristers* e *solicitors*⁶⁶, ben amalgamati invece nel sistema americano.

Alla domanda se fosse possibile utilizzare il *case method* nell'insegnamento del diritto inglese, Winfield non soltanto rispondeva affermativamente – come noto, i *legal scholars* erano ben consapevoli della preminenza del formante giurisprudenziale e dell'esigenza che il dato di conoscenza da cui prendere le mosse per qualsiasi riflessione scientifica fosse il precedente giudiziario – ma altresì citava un esempio di applicazione fruttuosa del *case method* all'Università di Cambridge, seppur con molte limitazioni sconosciute alla Harvard Law School. In particolare gli studenti venivano divisi in gruppi ai quali venivano prospettate in anticipo alcune questioni attinenti ai principi generali. Per ogni questione ogni studente doveva vestire prima i panni dell'attore, poi del convenuto. Un lasso di tempo flessibile di circa cinque minuti gli veniva concesso per sviluppare il proprio ragionamento, dopo il quale si apriva la discussione. Al termine il docente illustrava sinteticamente la decisione giudiziaria e affrontava il caso successivo.

Interessante notare come Winfield, nell'elogiare i pregi del *case method* e i benefici in termini di insegnamento attraverso lo stesso raggiunti da sé e da numerosi Colleghi, si sentisse debitore non tanto nei confronti di Langdell e della Harvard Law School, bensì nei confronti degli *Inns of Court* e dell'intero sistema inglese di *legal education*, cui Winfield riconosceva un ruolo insostituibile nella formazione del *common lawyer*, trovando il suo coronamento nell'ingresso – seppur tardivo – dell'insegnamento della tradizione giuridica inglese nelle Università. Oggi sono sempre più stretti i rapporti tra mondo professionale e accademico inglese, benché l'oggetto dei vari insegnamenti sia rimasto invariato, con le sue fondamentali partizioni, mentre è risultato accresciuto il ruolo formativo dei *tutorials* condotti all'insegna dei *moot cases*.

Nessun punto di cesura o di antinomia quindi, bensì di perfezionamento e completamento della formazione del giurista inglese,

⁶⁶ Sull'origine storica della distinzione G. CRISCUOLI, M. SERIO, *Nuova Introduzione allo studio del diritto inglese. Le Fonti*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 280-283.

si riscontra nella integrazione del tradizionale apprendistato professionale con la formazione accademica, oggi più che mai compiuta, atteso che tra l'altro soltanto a partire da tempi relativamente recenti, dalla I metà del XX secolo, espressamente la giurisprudenza inglese⁶⁷ si riconosce debitrice nei confronti della dottrina per l'ausilio nella ricerca delle soluzioni dei casi concreti, recependo all'interno delle *rationes decidendi* l'opera di sistemazione di concetti fondamentali elaborati dalla dottrina civilistica, di cui Winfield è autorevole esponente, specie in materia di *torts*⁶⁸: in tal senso, allora, il *case method*⁶⁹ può fungere da anello di congiunzione tra due mondi oggi sempre più integrati nel sistema giuridico inglese, con una efficacia che varrebbe la pena sperimentare anche in ordinamenti come il nostro, tradizionalmente – e direi anacronisticamente – ritenuti distanti.

In questa prospettiva risuonano ancora attuali le parole di un altro celebre giurista inglese, Albert Venn Dicey⁷⁰, per il quale un approccio al diritto esclusivamente pratico e professionale fornisce una «conoscenza [che] è frammentaria, non sistematica. [...] Spetta allora alla dottrina il compito di enunciare il diritto come un insieme coerente, di analizzare e definire le concezioni giuridiche [...]».

Come già a Dicey appariva feconda l'integrazione delle diverse culture giuridiche, in particolare quella europea ed americana – l'una tradizionalmente più sistematica e orientata alla enucleazione dei principi giuridici, l'altra più pragmatica ed orientata al problema e

⁶⁷ Per tutti *Donoghue vs. Stevenson* [1932] AC 562 House of Lords, la cui *ratio decidendi* in tema di responsabilità per *negligence* si allinea alle celebri *Tagore Lectures* di Winfield del 1930, su cui G. CRISCUOLI, M. SERIO, *Nuova Introduzione allo studio del diritto inglese. Le fonti*, cit., p. 39.

⁶⁸ M. SERIO, *Ruolo dell'Università e valore del formante dottrinario nella formazione dei giuristi inglesi*, cit., pp. 621 ss.

⁶⁹ B. PETERSON JENNISON, *Beyond Langdell: Innovating In Legal Education*, in *Catholic University Law Review*, Spring 2013, vol. 62, n. 3, pp. 643-674; D.M. FERGUSON, *The Gamification of Legal Education: Why Games Transcend the Langdellian Model and How They Can Revolutionize Law School*, in *Chap. L. Rev.*, 2016, vol. 19, p. 629; G.J. MARSDEN, S. ATIENZA, *Doing Law School Wrong: Case Teaching and an Integrated Legal Practice Method*, in *St. Louis U. L.J.*, 2022, vol. 66, pp. 543 ss.

⁷⁰ A. VENN DICEY, *Can English Law be Taught at the Universities? An Inaugural Lecture, Delivered at All Souls College*, London, Macmillan & Co., 1883.

al caso concreto – oggi appare più che mai necessario tener conto di entrambi questi approcci⁷¹ in un'ottica di valorizzazione degli scopi e dei metodi della formazione del giurista, che in un contesto sovranazionale superi i limiti delle culture giuridiche locali e promuova lo studio e l'insegnamento dei sistemi giuridici attuali sempre più globalizzati⁷².

⁷¹ A. VENN DICEY, *op. ult. cit.*, p. 31. Sull'attualità del pensiero di Dicey S. CASSESE, *Legal Education under Fire*, in *European Review of Private Law*, 2017, vol. 25, n. 1, pp. 143-149.

⁷² L. FRIEDMAN, G. TEUBNER, *Legal Education and Legal Integration: European Hopes and American Experience*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER, *Integration Through Law Europe and the American Federal Experience*, vol. I, New York, De Gruyter, 1986, p. 345; R. SACCO, *L'internalisation de la formation juridique*, in *SIRD, Rapports nationaux italiens au XIX congrès international de droit comparé*, Vienne, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 67 ss.; C. JAMIN, W. VAN CAENEGEM, *The Internationalisation of Legal Education*, Springer, 2016; A.H. HUANG, C. GANE, *Legal Education in the Global Context: Opportunities and Challenges*, Akademia, 2016.

I NON-FUNGIBLE TOKENS (NFTs)
COME OGGETTO DI PROPRIETÀ DIGITALE (O DI POSSESSO?)

*Massimiliano Granieri**

*Roberto Pardolesi***

1. *Introduzione*

Attratti dalla pervasività e dinamicità illimitata delle tecnologie digitali (fra un po', la formula di controllo con cui ci è stato tante volte richiesto di dimostrare di non essere un robot potrebbe trovare nuova linfa, per autocertificare che scritti come quello che segue non sono stati prodotti da un *chatbot*), gli appassionati di risorse crittografiche inclinano a credere che i *non-fungibile tokens* (NFTs) siano destinati a rivoluzionare completamente Internet e il mondo digitale. Secondo le previsioni dei più informati, la “tokenizzazione” (ovvero l’associazione di un oggetto, sia fisico che digitale, con un token digitale tracciato sulla *blockchain*: processo definito, con cacofonico neologismo – che da solo basterebbe a segnare il destino, senza rimpianti –, “tokenizzazione”¹) finirà per sminuire il ruolo degli Stati nazionali nel coniare valute e tutelare i diritti di proprietà, sostituendo le strutture centralizzate del potere pubblico con un’infrastruttura decentralizzata di diritti votati all’autoapplicazione. Questa suggestione – che sarà presa provvisoriamente sul serio,

* Professore ordinario, Università degli Studi di Brescia.

** Professore emerito, LUISS Guido Carli.

¹ Da notare, per inciso, come tale neologismo sia ritenuto a tutti gli effetti di natura giuridica da J.M. MORINGIELLO, C.K. ODINEL, *The property law of tokens*, in *Fla. L. Rev.*, 2022, vol. 74, p. 607.

come fosse oro colato – appare estremamente interessante in una prospettiva comparatistica.

Indubbiamente, la proprietà è il campo del diritto con il più basso livello di convergenza tra le famiglie giuridiche; i cambiamenti sono lenti e macchinosi a causa delle tante implicazioni politiche (comprese quelle relative all'imposizione fiscale)². Dunque, gli NFTs promettono di risolvere il problema dell'armonizzazione creando una sovrastruttura digitale intesa a rendere superflui i sistemi nazionali; si profila, quindi, una inattesa convergenza giuridica *by technological disruption*. Se la profezia si dimostrerà vera, se la sovranità statale perderà presa rispetto alla proprietà e al potere di far rispettare i diritti dominicali, sia nel mondo reale che in quello digitale, allora l'intero ordine economico avrà bisogno di una ricostruzione completa alla luce dell'architettura decentralizzata della proprietà smaterializzata.

Partendo dal modo in cui gli NFTs funzionano nell'ambiente digitale, in questo scritto si cerca di sfidare alcune delle opinioni correnti sui *token*, non in generale, ma in una prospettiva puramente giuridica. In nessun modo l'obiettivo è quello di sminuire il potenziale degli NFTs dal punto di vista tecnologico; l'evoluzione non così lontana del mondo digitale dirà se gli NFTs eserciteranno la forza dirompente prevista. Ma, anche se ciò accadesse (e lo scetticismo potrebbe non essere ingiustificato), non vi è alcuna garanzia, né necessità intrinseca, che tale cambiamento radicale avvenga sovvertendo o minimizzando il ruolo delle leggi statali in generale e del diritto di proprietà nello specifico. Dopo tutto, anche gli NFTs si basano su una nozione di proprietà che è dettata/conformata dagli Stati; è plausibile ipotizzare che l'evoluzione di Internet avverrà all'interno delle, e non a prescindere dalle, norme sulla proprietà statale.

Nel ricostruire l'attuale dibattito sugli NFTs, questo lavoro mira anche a caratterizzarli da un punto di vista legale: cosa sono, qual è la relazione tra un NFT e il suo creatore, se e come possono essere tra-

² Sulla difficoltà di trattazione della proprietà in diritto comparato cfr. S. VAN ERP, *Comparative Property Law*, in M. REINMAN, R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, New York, Oxford University Press, 2006, pp. 1043 ss. Per una riflessione recente sul tema della proprietà e dei suoi fondamenti cfr. anche C. SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Catanzaro, 2017.

sferiti legalmente e quali sono le implicazioni della tokenizzazione di un bene (mobile o immobile), indipendentemente dal fatto che, una volta avvenuta la trasformazione in NFT, i legami giuridici sottostanti tra il proprietario e il bene tokenizzato vengano persi o trasformati. Rispondere a queste domande implica l'assunzione di una prospettiva di riferimento, poiché il diritto di proprietà può divergere da ordinamento a ordinamento, da famiglia a famiglia. Il punto di vista è necessariamente continentale – con un inevitabile grado di semplificazione –, ma, come si vedrà, è possibile che dalla corretta analisi del fenomeno si arrivi ad elaborare un costrutto che, se non universalmente valido, consente un accettabile livello di generalizzazione anche ai fini della soluzione di problemi giuridici di ordine pratico³.

Una legge sulla proprietà digitale, che non sia costruita sui poteri e sulla sovranità dello Stato, ma sia completamente decentralizzata e imperniata sull'infrastruttura digitale della *blockchain*, si candida come obiettivo all'apparenza allettante. Tuttavia, a veder bene, le premesse di tale nuovo ordine legale sono tutt'altro che facili da mettere insieme e alla fine un'analisi più equilibrata e rigorosa degli NFTs dovrebbe spiegare perché il tipo di entusiasmo deterministico che prevede la fine della proprietà statale è ingiustificato.

2. *L'ascesa della cripto-ricchezza e il rifiuto dell'istituto della proprietà statale*

Dal punto di vista tecnico, non c'è ragione di dubitare che un NFT è oggetto di creazione a titolo originario, nel senso che il bene digitale viene ad esistenza soltanto quando il creatore pone in essere le procedure tecniche necessarie per generare un codice informatico con certe caratteristiche. Il termine che esprime la relativa attività è la traduzione in italiano del verbo anglosassone "mint" (coniare), il che certamente denota una particolarità rispetto all'azione di "mining" (estrazione) con la quale si è soliti descrivere la creazione di criptovalute. Di là dalle non casuali differenze terminologiche (e

³ Si tratta di capire, per esempio, quale sia il diritto applicabile e la giurisdizione competente in caso di controversie sovranazionali.

dalle relative traduzioni), i primi contributi dottrinali e la stampa specialistica tendono a considerare gli NFTs alla stregua di criptovalute, perché la loro esistenza digitale, al pari di quelle, presuppone un sistema di registri distribuiti di tipo *blockchain*⁴.

A tutti gli effetti un NFT è un pezzo di codice informatico (un file digitale contenente alcune informazioni), generato attraverso uno *smart contract* per lo più su Ethereum, in base allo standard ERC-721 (Ethereum Request for Comments 721), secondo un processo di rarefazione artificiale che – a differenza di una comune criptovaluta – rende l’oggetto digitale “unico”, cioè, per l’appunto, non fungibile⁵. Sicché, associato a un file, a un’immagine, a un contenuto audio o video, a un documento dematerializzato, e persino all’equivalente digitale di un bene fisico (mobile o immobile che sia), il corrispondente NFT diviene un tutt’uno con (e rappresentativo della) entità sottostante e, come tale, parte di una vicenda circolatoria mediante la quale lo spostamento dell’NFT da un portafoglio digitale all’altro può corrispondere a diverse operazioni giuridiche (compravendita, dazione in garanzia, licenza, ecc.), eventualmente automatizzate per effetto delle istruzioni contenute nello *smart contract* utilizzato nella fase di conio. Non manca chi teorizza la possibilità di un pagamento automatizzato di canoni e relativa contabilizzazione, ogni volta che l’opera digitale viene fruita da terzi secondo il modello di servizio definito dal titolare⁶. Con il che si intuisce anche la potenzialità dello strumento in termini di riduzione dei costi di transazione connessi con la gestione della relazione contrattuale, ovvero delle singole vicende di acquisto e di godimento.

Nonostante le indubbie virtù tecniche e le enormi potenzialità di

⁴ Per una spiegazione accessibile ai giuristi cfr. A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, 2020, pp. 22 ss.

⁵ QI. WANG, R. LI, Q. WANG, S. CHEN, *Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges*, disponibile su <https://arxiv.org/abs/2105.07447>, pp. 7 ss. Come spiega A. GUADAMUZ, *The treachery of images: non-fungible tokens and copyright*, in *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2021, 16, pp. 1367, 1370, «the NFT is not the work itself: it is the metadata file that contains the unique combination of tokenID and contract address» (note omesse).

⁶ In effetti, da questo punto di vista, un NFT può funzionare anche come sistema di *digital right management*, soprattutto per gli oggetti nativamente digitali. Sul punto cfr. A. GUADAMUZ, *The treachery of images*, cit., pp. 1372 ss.

sfruttamento (che a taluno appaiono sopravvalutate, sino a lasciar intravedere i prodromi di una – quella veramente grande – bolla, come spesso succede quando nuove tecnologie si affacciano sul mercato e promettono significativa discontinuità rispetto alla realtà preesistente), occorre evitare di condurre il discorso giuridico in maniera pedissequa rispetto ai toni apocalittici o, alternativamente, apologetici del dominio tecnologico di provenienza, perdendo di rigore dogmatico e, quindi, di scientificità, giacché prima o poi anche la tecnologia più performante rivela, in connessione con le vicende umane, le sue vulnerabilità e i suoi difetti; e il conflitto derivante dagli aspetti disfunzionali richiede risposte sul piano giuridico, imponendo – a quel punto, sì, in maniera brusca – una riflessione più approfondita e disincantata sulla tecnologia.

L’inventario delle problematiche è già cospicuo e non è il proposito di questo contributo darne conto partitamente. Vi è però una questione giuridica indifferibile, preliminare ad ogni trattazione, e assorbente rispetto ad altre, che è necessario iniziare a dipanare, vale a dire quella della natura dei rapporti giuridici tra il creatore e l’NFT. Rapporti che descrittivamente vengono definiti di proprietà, ma che con buona probabilità potrebbero non essere tali⁷.

3. *Decostruire il concetto di proprietà digitale degli NFTs*

La comunità antiformalista e *no-global* degli internauti aveva salutato l’avvento delle criptovalute (e forse era stata persino partecipe della sua creazione) come un ritorno alle origini di Internet, in un mondo non più dominato da poteri centrali e intermediari, bensì organizzato secondo il principio della massima decentralizzazione e disintermediazione⁸.

⁷ Pare che almeno un giudice cinese abbia ritenuto gli NFT come beni digitali unici appartenenti alla categoria della proprietà virtuale e, come tali, protetti dal diritto cinese. La notizia è disponibile in lingua cinese alla seguente URL: <https://mp.weixin.qq.com/s/WWnZAxqiIVJ-dHO90eoBVw>.

⁸ Scettici, però, sul punto C. CATALINI, S. DUKE KOMINDERS, *Can Web3 Bring Back Competition to Digital Platforms?*, in *Competition Policy International*, 2022, p. 5.

La reazione, sul piano informatico, a una serie di guasti che, sul piano politico, erano stati generati da un Leviatano ormai incapace di controllare gli appetiti smodati dei grandi detentori di ricchezza aveva contribuito, tra altri effetti collaterali, a dar vita al sistema delle criptovalute e dei *cripto-assets* come momenti centrali di una proprietà digitale che avrebbe dovuto soppiantare quella di matrice statale e distribuire ricchezza sulla base di un paradigma diverso da quello ereditato dalla tradizione capitalistica, soprattutto in considerazione del fatto che questa nuova proprietà non sarebbe stata più semplicemente tralattizia, ma “creata” *ex novo*, liberata dal retaggio dell’ineguale distribuzione iniziale della ricchezza e finalmente sottratta all’iniqua logica dei meccanismi successivi⁹. Tutto, sia detto per inciso, meravigliosamente ingenuo; e tutto sommato innocuo, se non fosse spacciato per realtà dietro l’angolo.

Il vendicativo paradosso della storia è rappresentato dal fatto che gli interpreti di siffatta rivoluzione sono stati le prime vittime di un preconceito cognitivo perché, riferendosi ai beni digitali e ai rapporti tra questi e gli individui, hanno utilizzato, con diversi gradi di consapevolezza, il termine che più di ogni altro simboleggia l’istituto sul quale si regge l’impianto capitalistico, vale a dire quello di proprietà privata.

Affermare con certezza che un NFT sia oggetto di proprietà privata da parte del suo creatore è però conclusione difficilmente generalizzabile, anche perché la questione può essere anche posta in astratto, ma – come è stato osservato in dottrina – in concreto deve trovare una risposta sul piano del diritto positivo di ciascun ordinamento giuridico¹⁰. E si potrebbe persino prescindere da una risposta purchessia, se fosse vero che tutte le vicende relative agli NFT si consumano sul piano dell’essere digitale. L’illusione di una società

⁹ Come noto, l’avvento del Bitcoin risale al 2008, nel pieno fervore dei movimenti Occupy Wall Street. Satoshi Nakamoto, il presunto inventore della criptovaluta, nella celebre pubblicazione con la quale è stato rivelato pubblicamente il *consensus mechanisms* che governa il sistema di pagamenti basato sui Bitcoin, ha spiegato che ciascun nodo della rete vota semplicemente «with their CPU power». Cfr. S. NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, disponibile su <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (ultimo accesso: 13 febbraio 2023).

¹⁰ Cfr. A. VON APPEN, *NFTs: Paving the Way to the Digital Future?*, in *Osservatorio Diritto Civile e Commerciale*, 2021, p. 571.

senza Stato e senza istituzioni statali finisce quando occorre il potere statale per ripristinare una situazione che, pur potendo essere perseguita mediante un bene digitale e finanche nel metaverso, lede però interessi del mondo reale.

Ora, per poco che si prendano ad esame i vari possibili casi – senza nessuna pretesa di esaustività –, è dato osservare una serie di situazioni giuridiche nelle quali è quanto meno lecito dubitare che la forma di appartenenza che lega NFT e suo creatore sia qualificabile come proprietà¹¹. Vale la pena, quindi, valutarle singolarmente per cercare di comprendere quale alterativa giuridica sia praticabile alla conclusione che di proprietà privata a tutti gli effetti si tratta.

(i) La prima situazione, e quella che mediaticamente ha suscitato maggiore attenzione, ricorre quando l’NFT riproduce un oggetto digitale da collezione, necessariamente di valore idiosincratico, come nel caso ormai emblematico della collezione delle scimmie annoiate¹². La vicenda originaria di acquisto dell’oggetto è basata qui genuinamente sull’attività di “minting”. Se essa sia da considerarsi anche attributiva del diritto di proprietà dipende dalla sua riconducibilità – a seconda dell’ordinamento giuridico di riferimento – a uno dei modi di acquisto della proprietà. La conclusione può essere

¹¹ Decisamente critici sul punto J.M. MORINGIELLO, C.K. ODINEL, *The property law*, cit., p. 670: «traditional property concepts do not support the idea that the NFTs currently offered to the public are, in fact, true tokens – and nor should they be»; *contra*, nel senso che gli NFT sarebbero una forma di *personal property*, cfr. J.A.T. FAIRFIELD, *Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property*, in *Indiana L.J.*, 2022, 97, p. 1261.

¹² La percezione del “collectible” come oggetto nel quale riporre valore spiega forse l’andamento degli scambi che hanno avuto, nel recente passato, gli NFT, per volumi e valori estremamente significativi rispetto a quanto accade per le criptovalute. Le serie storiche sono state osservate da N. BORRI, Y. LIU, A. TSYVINSKI, *The Economics of Non-Fungible Tokens* (March 7, 2022), disponibile su SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4052045> (ultimo accesso: 9 marzo 2023). L’interesse per gli NFTs come oggetto di investimento ha fatto correttamente sorgere il problema della loro riconducibilità a strumenti finanziari, per esempio in relazione agli obblighi previsti dalla normativa MIFID. Sul punto, nel senso che non vi è nessuna pratica esigenza di estendere agli NFT la disciplina MIFID II, A. VON APPEN, *NFTs: Paving the Way*, cit., p. 585. Non sarà inutile ricordare che, sul punto, si sta ragionando dal punto di vista regolatorio nei termini di una proposta di Regolamento europeo relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica la direttiva (UE) 2019/1937 (COM/2020/593 final).

differente se si assume l’NFT come oggetto di una vicenda circolatoria successiva alla sua creazione, perché le regole sull’acquisto *a non domino* potrebbero trovare applicazione alla fattispecie e rendere proprietario l’avente causa di buona fede, indipendentemente dalla qualifica della situazione di appartenenza in capo al dante causa¹⁵.

Difficile argomentare, almeno in questo caso, che l’atto di acquisto in capo all’originario creatore si possa qualificare come atto creativo in senso giuridico, perché ciò postulerebbe che ricorra sempre un elemento di originalità dell’oggetto digitale, che, come tale, diverrebbe creazione intellettuale coperta da diritto d’autore. In realtà, l’oggetto digitale da collezione potrebbe avere qualunque sombianza, sufficiente a distinguerlo dagli altri della stessa serie. Il valore non è tanto nell’originalità, quanto nell’unicità che, come tale deriva dalle caratteristiche tecniche e non anche dalla sensibilità artistica del creatore, proprio come avviene per le figurine degli sportivi negli album da collezione.

Il contenzioso che si è sin qui registrato in materia di NFT ha riguardato il caso delle già citate scimmie annoiate, discusso di fronte a un giudice di Singapore. Il presunto proprietario aveva dato in garanzia un NFT in cambio di una somma di denaro. A fronte della mancata restituzione del denaro nei termini convenuti, il creditore aveva trasferito sul proprio portafoglio digitale l’NFT e lo aveva messo in vendita. Il debitore aveva agito chiedendo un’inibitoria in via urgente, nel presupposto che una vendita a terzi ne avrebbe compromesso il valore, data l’estrema volatilità del mercato. Il giudice aveva sommariamente affrontato la questione, ritenendo che sussistessero i presupposti per una tutela sommaria. La decisione è interessante perché, come risulta dagli atti di causa, il titolare dell’NFT faceva riferimento sistematicamente a una situazione di “possession”. Il giudice, invece, rifiuta l’idea semplice che l’NFT sia informazione e lo ricostruisce come particolare oggetto fatto di dati codificati e conservati in maniera sicura in blockchain; dunque, è

¹⁵ Contro il ricorso al principio del possesso vale titolo, pare si schieri A. VON APPEN, *NFTs: Paving the Way*, cit., pp. 588 ss., per carenza del requisito della tangibilità, che invece sembra più propendere per una regola di circolazione cartolare, facendo leva sulla rappresentatività dell’NFT. Sul tema si tornerà, *infra*, nel paragrafo 4.

importante il nesso con la rete che lo valida. Secondo il giudice: «[t]he real objection to treating information as property depends on the functions it is used for rather than on the plain fact that it is information». Dunque, un NFT non informa e non insegna: «[i]t provides instructions to the computer under a system whereby the “owner” of the NFT has exclusive control over its transfer from his wallet to any other wallet»¹⁴.

(ii) La seconda situazione ricorre quando l’NFT rappresenta esso stesso o contiene, per così dire, un’opera d’arte nativamente digitale (si parla già di cripto-arte) di cui è autore lo stesso creatore dell’NFT¹⁵. Si tratta quindi di un bene digitale di contenuto autoriale originale¹⁶. Qui il conio della terminologia è più problematico, perché concettualmente l’NFT come tale non è l’opera digitale, benché l’opera digitale sia resa unica attraverso l’NFT stesso, con la quale strutturalmente coincide¹⁷.

Non vi è dubbio, in questo caso, che l’atto creativo radica in capo all’artista il diritto d’autore sull’opera d’arte e che il manufatto digitale ha valore estetico «quale particolare espressione del lavoro intellettuale»¹⁸. Ma, ancora una volta, diviene fondamentale tenere distinta l’opera come tale dal supporto digitale in cui è rappresentata (una volta si sarebbe detto dal *corpus mechanicum*, ora inesorabilmente divenuto digitale), distinzione che appare opportuna anche dal punto di vista della determinazione della titolarità nel mo-

¹⁴ Cfr. High Court of the Republic of Singapore, General Division, [2022] SGHC 264, *Janesh s/o Rajkumar v. Unknown person (Chefpierre)*, p. 27 dell’originale.

¹⁵ L’esempio più eclatante è dato dall’opera digitale *Everydays: The First 5000 days*, dell’artista digitale statunitense Beeple (al secolo Mike Winkelmann). Cfr. R. CARROLL, *NFTs: The Latest Technology Challenging Copyright Law’s Relevance Within a Decentralized System*, in *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, 2022, vol. 32, n. 4, p. 980.

¹⁶ Ma sui rapporti tra opera originale e NFT conviene fare riferimento alle riflessioni di A. GUADAMUZ, *The treachery of images*, cit., p. 1377.

¹⁷ Per una più approfondita trattazione e una discussione della casistica di impiego, cfr. B. BODÓ, A. GIANNOPOULOU, J.P. QUINTAIS, P. MEZEI, *The Rise of NFTs: These Aren’t the Droids You’re Looking For*, in *European Intellectual Property Review*, 2022, vol. 44, p. 265.

¹⁸ Per prendere a prestito l’espressione utilizzata dall’art. 6 della legge italiana sul diritto d’autore.

mento genetico¹⁹, perché potrebbe benissimo accadere che l'opera digitale abbia un autore, mentre l'NFT (che di per sé, vale la pena di ripetere, è un pezzo di codice informatico) è creato da un terzo, eventualmente su commissione dell'autore stesso. Com'è evidente in quest'ultimo caso, la sua creazione non dà necessariamente titolo di proprietà sull'opera intellettuale a contenuto estetico, quanto meno non a favore del creatore.

Il tenere distinta la vicenda costitutiva del diritto d'autore sull'opera digitale da quella che riguarda l'NFT come codice informatico ha implicazioni importanti sia dal punto di vista della corretta identificazione della fattispecie costitutiva del diritto, sia dal punto di vista della comprensione delle conseguenze connesse con l'eventuale accertamento – successivo alla creazione – della carenza del requisito di opera originale del bene digitale.

Quanto al primo profilo, se è l'atto creativo a dar vita all'opera digitale, la successiva creazione dell'NFT presuppone il consenso dell'autore (a meno che non sia fatta direttamente da quest'ultimo o dietro sua richiesta), poiché la "tokenizzazione" comporta l'uso dell'opera protetta e ciò sia nel caso in cui la riproduzione venga considerata come pura copia dell'opera digitale (o sua comunicazione al pubblico), sia che la si intenda come un'opera derivata²⁰.

Quanto al secondo profilo, venendo meno *ab origine* l'elemento che radica la titolarità dell'opera in capo all'autore, resta soltanto la vicenda storica che, sul piano del fatto ha visto la creazione di un sostrato materiale (in questo caso, digitale) il quale riconnette – secondo forme che sarà necessario ricostruire – l'oggetto stesso a

¹⁹ Il legame concettuale tra creazione intellettuale e appartenenza a titolo originario risulta con particolare chiarezza nella spiegazione di M. BERTANI, *Nascita ed appartenenza dei diritti d'autore*, in L.C. UBERTAZZI (a cura di), *La proprietà intellettuale*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 253.

²⁰ Cfr. P. BECONCINI, *IP Protection of NFTs: A Comparative Look at the US and China*, in *The National Law Review*, 2023, vol. 13. Questo è uno dei profili più problematici dei rapporti tra NFT e diritto d'autore, come anche riportato da A. GUADAMUZ, *The treachery of images*, cit., p. 1377, che cita già una casistica rilevante. Come noto, la creazione di un NFT può anche comportare profili di violazione dei diritti di marchio, come le vicende recenti stanno mettendo in luce. Si veda, per esempio, il caso deciso da Trib. civ. Roma, sez. specializzata in materia di impresa, ord., 20 luglio 2022, in *Foro it.*, 2022, I, c. 3810, con nota di M. GRANIERI, *Alcune considerazioni preliminari circa le forme di appartenenza dei non-fungible tokens*.

chi abbia generato l’NFT. Può qui forse anticiparsi che, ricorrendo quest’ultima situazione, si ritorna ad una condizione simile a quella descritta nel caso precedente (cioè di generazione dell’NFT senza profili di originalità), sicché, una volta chiarito in quella sede di quale situazione si tratta, dovrebbe potersi dare risposta anche al caso qui in discussione, per lo meno relativamente all’ipotesi di NFT su opera digitale per la quale sia stata accertata la carenza del requisito di originalità. Naturalmente, tanto nel caso in cui l’opera consiste in (nel senso che esiste all’interno di) un NFT, quanto nell’ipotesi precedente in cui l’NFT sia esclusivamente un manufatto informatico, si pone il problema della tutela giuridica e del diritto applicabile alla fattispecie creativa.

(iii) Quando l’NFT riproduce e contiene tutte le informazioni di uno strumento negoziale (per esempio un contratto, un testamento, un biglietto ferroviario, un titolo di credito o qualunque altro titolo di legittimazione), di fatto diviene contemporaneamente un titolo di legittimazione e uno strumento di *digital right management*, perché, tra le altre possibilità, individua univocamente il documento, lo rende immodificabile, ne definisce le condizioni di trasferibilità e la validità²¹. La detenzione dell’NFT non implica in alcun modo la possibilità di modificare la vicenda sottostante che ha titolo nello strumento digitalizzato, ma consente la circolazione della posizione contrattuale in funzione delle regole stabilite tra le parti del rapporto o dall’emittente; dunque, se quella è cedibile, la cessione dell’NFT ha causa nel contratto e seguirà la volontà delle parti.

(iv) Quando l’NFT diviene rappresentativo di un bene che è nativamente fisico (per esempio, un carico di merci), può – per volontà delle parti – divenire strumento oggetto di autonome vicende circolatorie che, in quanto riferibili al bene fisico sottostante, possono facilitare gli scambi, analogamente a quanto accade per le polizze di carico o per i titoli rappresentativi di merci, ma anche risolvere in maniera radicale il problema della doppia alienazione posto dall’o-

²¹ Le parti stesse possono dichiarare, nel documento negoziale, la prevalenza della forma digitale unica rispetto a quella cartacea.

perare del principio del consenso traslativo. Non è un caso che nella proposta di *Model Law on Electronic Transferable Records* dell'Uncitral si parli sistematicamente di "possession" con riferimento a controllo e alla circolazione di uno strumento elettronico trasferibile²².

In questo caso, ancora una volta, occorre tenere distinta la vicenda che dà vita all'NFT e al relativo titolo di appartenenza, rispetto al bene fisico che viene reso oggetto di NFT e che, in ipotesi, potrebbe anche corrispondere ad un bene soggetto ad altri diritti di proprietà intellettuale, come è nel caso intuitivo di una NFT su opera di design²³.

4. Quali forme di appartenenza

La molteplicità dei casi d'uso degli NFTs (e la lista potrebbe espandersi in funzione della flessibilità dello strumento) rivela paradossalmente l'impossibilità giuridica, e talvolta l'inutilità pratica, di ricorrere all'istituto della proprietà per qualificare la relazione tra oggetto digitale e creatore/detentore dell'NFT. Se fosse quantomeno verosimile la premessa ideologica di una società decentrata senza diritto statale e basata su una convergente proprietà digitale²⁴, bisognerebbe rintracciare una forma di appartenenza che vada oltre la proprietà come costruito di matrice statale. E, così facendo, la soluzione al problema giuridico potrebbe persino prescindere da quale punto di vista concreto – e, quindi, quale ordinamento giuridico – assumere, perché sarebbe allora inverata la premessa di un legame che prescinde dalla sua qualificazione statale, ammesso che sia sempre e solo la statualità a dare rilievo giuridico ai fatti e non vi possa essere anche un diritto "dal basso", che nasce dalle cose, come pure in epoche lontane è avvenuto²⁵.

²² Cfr. la versione approvata nel 2018 su proposta del IV Working Group.

²³ È il caso dei NFTiffs, cioè gli NFT creati da Tiffany e corrispondenti a un gioiello, che l'acquirente dell'NFT ha diritto di riscattare a titolo di proprietà.

²⁴ Dunque, una società digitale primitiva, posto che, come ha scritto R. SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 100, «possono esistere, sono esistite, esistono tutt'ora società non statalizzate, e non dotate di un potere centralizzato».

²⁵ Per una ricostruzione dell'ordine giuridico medievale, in cui il fatto è normativo, dove il legislatore è "appartato", cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, Laterza, 2007, pp. 24 ss. Ora, come allora, il potere statale difetta. All'epoca per-

La maggior parte delle riflessioni giuridiche che si sono finora registrate hanno piuttosto fatto perno sulla ricostruzione delle caratteristiche presentate dalla relazione tra il creatore dell’NFT e questo oggetto digitale, per verificare la distanza o la coerenza con gli attributi tipici delle situazioni dominicali, secondo un minimo comun denominatore che discende dalle varie tradizioni giuridiche e che fa perno sui concetti di controllo ed esclusiva²⁶. Sulla scorta delle premesse, queste riflessioni lasciano però incompiuto il percorso logico antecedente, relativo alla fattispecie costitutiva del diritto rispetto al bene digitale.

Non c’è dubbio sul fatto che la relazione tra creatore e NFT sia esclusiva (non foss’altro per gli aspetti tecnici connessi con la presenza di chiavi crittografiche) e che il bene possa essere oggetto di vicende traslative a diverso titolo (vendite, donazioni, dazioni in garanzia e altro), ma ci si deve chiedere a che titolo il primo creatore acquisisce un diritto sull’NFT e la risposta a questo quesito torna ad essere necessariamente condizionata dall’ordinamento giuridico di riferimento, perché i modi di acquisto della proprietà sono storicamente determinati e giuridicamente tipizzati dagli stati. E per questa via, assumendo ancora una volta che la relazione sia da qualificarsi come di proprietà, non può escludersi che la medesima attività (di *minting*) possa configurarsi come di acquisto per un ordinamento e irrilevante per un altro, con l’ulteriore conseguenza di dover poi comprendere se la relazione proprietaria, riconosciuta nell’ordinamento di creazione, abbia tutela giuridica in altro stato una volta divenuta oggetto di circolazione giuridica sovranazionale.

Ora, anziché insistere necessariamente nello sforzo di rintracciare elementi che possano ricondurre direttamente l’NFT a proprietà privata digitale, bisogna piuttosto chiedersi a chi gioverebbe siffatta ricostruzione e se, per ipotesi, non possa argomentarsi per una differente situazione di appartenenza che prenda anche in considerazione, oltre all’atteggiamento psicologico del detentore dell’NFT, anche l’apparenza che quella relazione crea agli occhi dei terzi. Da questo punto di vi-

ché mancava del tutto lo stato in senso moderno; oggi, per via della crisi delle fonti connessa al fenomeno della globalizzazione.

²⁶ Così A. VON APPEN, *NFTs: Paving the Way*, cit., p. 586.

sta, in ciascuna delle quattro situazioni raffigurate nel paragrafo che precede, gli elementi costanti sono due e non hanno tanto a che fare con la fattispecie costitutiva (posto che l’NFT potrebbe essere stato oggetto, subito dopo la sua creazione, di una vicenda circolatoria), quanto piuttosto con la presunta (ché solo di presunzione può trattarsi) corrispondenza tra la titolarità del bene sottostante (per esempio, l’opera d’arte digitale, il video, la foto ecc.) e appartenenza dell’NFT²⁷.

Il detentore dell’NFT appare agli occhi di tutti come il proprietario, ossia il soggetto legittimato a disporre di esso, sia come tale, sia in quanto rappresentativo del bene sottostante. In effetti, agli occhi dei terzi quel soggetto si comporta come se fosse il proprietario, perché esercita sull’NFT – e, per il tramite di questo, sul bene digitale o digitalizzato che è stato reso unico dall’NFT – un potere di fatto sul bene digitale. Soltanto in un caso il titolare dell’NFT potrebbe ragionevolmente ritenersi a tutti gli effetti proprietario in senso tecnico (e cioè, nel caso di NFT corrispondente a opera creativa, per le ragioni di cui si è dato conto in precedenza). In tutti gli altri, esso si comporta come proprietario e presume di esserlo, anche se in maniera conclamata non lo è (come nell’ipotesi di *token* rappresentativo di un’opera d’arte altrui, oppure di un documento legale digitalizzato, per il quale è persino irrilevante chi sia il proprietario).

Mentre concludere con certezza che quella relazione sia di proprietà a tutti gli effetti è esercizio che presuppone crescente complessità, non si fa fatica a riconoscere in essa i tratti del possesso, che non è un diritto ma una situazione di fatto, giuridicamente tutelata, e che, per di più, gode di protezione in tutti gli ordinamenti semplicemente per quello che è, cioè appunto una situazione di fatto che normalmente corrisponde a quella proprietaria²⁸. Sotto ogni cielo, l’ordinamento giuridico non richiede l’accertamento della proprietà per accordare tutela a una situazione di appartenenza e questa circostanza spiega perché è del tutto superfluo ricorrere all’incerta nozione di proprietà digitale, quando il possesso si pone come forma di appartenenza cer-

²⁷ Come nota giustamente A. VON APPEN, *NFTs: Paving the Way*, cit., p. 585, «the holder of an NFTs is generally seen as the owner of the underlying asset».

²⁸ Non a caso viene considerata come il cardine della proprietà; così – ricostruttivamente – J. MARINOTTI, *Possessing Intangibles*, *Northwest. Univ. Law Rev.*, 2022, vol. 116, p. 1227.

tamente universale, come tale strumentale anche alla circolazione dei beni mobili digitali e della ricchezza dematerializzata²⁹.

Peraltro, l'utilizzo della categoria del possesso non risolve unitariamente soltanto il tema dell'appartenenza a titolo originario, ma anche quello della circolazione e persino dell'acquisto *a non domino*, basti por mente al trasferimento dell'NFT da un portafoglio ad un altro come passaggio del controllo e, quindi, del possesso³⁰. Anche ai fini dell'eventuale tutela giuridica, che il detentore sia possessore, anziché proprietario, non muta i profili di legittimazione, anche se occasionalmente alcuni ordinamenti giuridici possono richiedere che la forma di appartenenza sia almeno qualificata³¹.

Il fatto di teorizzare una situazione di possesso per beni digitali e, tra questi, per gli NFT, non esclude che questi ultimi siano un terreno sul quale ragionare anche dei modi di acquisto della proprietà, così come si è fatto in altri ordinamenti o in altre epoche per beni nuovi o inattesi. Il problema si pose per le riserve di greggio e gas nel Mare del Nord, per i nomi a dominio, e si pone ora, *mutatis mutandis*, per i beni digitali. Chi ne è titolare? In base a quale vicenda si determina un diritto prioritario di un soggetto rispetto ad un altro? E a quale condizione questa situazione di precedenza si trasforma in proprietà, tenuto conto della dimensione sovranazionale dei beni digitali? Non sarà inutile qui evocare le teorie di coloro che suggeriscono come nella determinazione delle modalità di attribuzione di un oggetto a una persona sia data una naturale preminenza alle situazioni che si basano su un qualche livello di relazione pre-esistente tra l'individuo e l'oggetto³². In questa prospettiva, in assenza di un'indicazione univoca circa una forma di appartenenza riconoscibile, il creatore di un NFT è anche considerato tendenzialmente il

²⁹ Così, tra i primi, J. MARINOTTI, *Possessing Intangibles*, cit., p. 1261, che affronta il tema dal punto di vista del diritto nordamericano.

³⁰ Invocare l'applicazione del possesso comporta, tra l'altro, la possibile applicazione della regola possesso vale titolo come criterio di soluzione dei conflitti nella circolazione degli NFTs.

³¹ Nel citato caso di Singapore, viene richiamato il precedente *Bouvier*, nel quale è richiesto un «proprietary interest».

³² Cfr. R. SUGDEN, *The Economics of Rights, Cooperation and Welfare*, come riprodotto in R.C. ELLICKSON, C.R. ROSE, B.A. ACKERMAN, *Perspectives on Property Law*, New York, Aspen Publishing, 2002, p. 174.

proprietario perché l'atto tecnico della creazione è ciò che mette costui in posizione di *precedenza* rispetto agli altri. Ma, giuridicamente parlando, questa situazione di preminenza è anche una situazione pre-giuridica, cioè appunto una situazione che è più rapportabile al possesso, inteso come relazione di fatto con il bene, che, in uno stadio non più pre-giuridico, l'ordinamento riconosce e protegge³³.

Come spesso succede con l'avvento di fenomeni nuovi, gli ordinamenti giuridici dispongono quasi sempre di risorse per far fronte alle eventuali lacune, inizialmente a livello giurisprudenziale. Il problema – anche della qualificazione giuridica delle situazioni giuridiche soggettive e delle forme di appartenenza – si pone (e si porrà anche in questo caso) di fronte all'esigenza di correggere eventuali aspetti disfunzionali e fallimenti di mercato (le vicende del collasso di FTX suonano come sintomatiche di problemi destinati ad acuirsi). A quel punto, soggetti, beni, fatti e relazioni saranno qualificati dai legislatori e, rispetto agli NFT, si capirà se l'istituto del possesso è funzionale anche agli obiettivi della regolazione o se, per mano del vituperato Leviatano, sarà inevitabile tornare alle categorie dominicali di matrice statale.

5. Conclusioni

Più ancora della proprietà privata, che risulta ancora legata alle singole epifanie nazionali, il possesso – in ragione della sua natura pre-giuridica – consente di gestire i conflitti di interessi tra individui che coniano gli NFT sia come forme originarie di ricchezza, sia come elementi rappresentativi di una realtà, anche fisica e tangibile, sottostante. Può suonare come un paradosso dei tempi moderni, ma un istituto che affonda le radici nella macro-storia dell'uomo appare in grado di dare risposta a una serie di problemi tipici di quello che viene definito il Web 3.0, cioè uno spazio di Internet nel quale si realizza la promessa originaria della completa disintermediazione e dell'affrancamento dal ruolo pervasivo degli stati.

³³ Generalmente si fa fatica a configurare un possesso di beni digitali, per il legame che corre tra possesso e cosa; per il superamento di siffatta prospettiva cfr. J. MARINOTTI, *Possessing Intangibles*, cit., p. 1276.

SOVRANITÀ E SICUREZZA NAZIONALE: LA ROTTURA DI UN'ENDIADI TRADIZIONALE?

Chiara Graziani*

1. Introduzione

La presente ricerca si propone di discutere lo stato dell'arte della complessa relazione fra il concetto di sovranità e quello di sicurezza nazionale.

Secondo le teorie classiche¹, vi sono alcuni settori che, più di altri, sono strettamente connessi con l'idea di sovranità. La sicurezza nazionale rientra certamente fra questi. In effetti, assicurare la sopravvivenza delle istituzioni statali e della comunità di cittadini è uno dei principali doveri dello Stato. In altre parole, la capacità di proteggere la sicurezza nazionale si pone come una componente essenziale della sovranità. Non è un caso che, storicamente, la nozione di sovranità sia legata, da una parte, alla "borsa", ma dall'altra alla

* Assegnista di ricerca presso il centro di ricerca Baffi-Carefin, Università Commerciale L. Bocconi, Milano. Si ringrazia il finanziamento del progetto PRIN 2020 *Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights [DeMa]* (prot. 2020M47T9C).

¹ Si pensi alle teorie schmittiane, secondo cui sovrano è colui che decide sullo stato di eccezione in caso di pericoli esterni per la sopravvivenza dello Stato. C. SCHMITT, *Political Theology. Four Chapters on the Concept of Sovereignty* (1922), G. SCHWAB (transl.), Chicago, Chicago University Press, 1985. Si veda anche A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1985.

“spada”², con cui ci si riferisce al potere/dovere del sovrano di proteggere la comunità dagli attacchi che potrebbero metterla in pericolo se non, addirittura, distruggerla³.

Questo paradigma, che vede uno stretto collegamento fra la sovranità e la sicurezza nazionale, pare essere messo “sotto stress” almeno a cominciare dal XXI secolo, quando la minaccia posta dal terrorismo internazionale è esplosa in tutta la sua gravità con gli attentati alle Torri Gemelle, i quali hanno segnato l’inizio di un’epoca, definita, in modo evocativo, la *post-9/11 era*⁴. Infatti, è ben noto che il terrorismo internazionale di matrice jihadista non può ancora oggi dirsi un pericolo appartenente al passato, poiché, sebbene in forme diverse e con un’intensità variabile⁵, rappresenta sempre una delle principali minacce alla sicurezza degli Stati, chiamati a prendere contromisure spesso assai controverse. È qui, dunque, proprio con la *post-9/11 era*, che l’endiadi “sovranità-sicurezza nazionale” inizia a vacillare. I fattori responsabili di questa dinamica sono vari, ciascuno con differenti caratteristiche. I paragrafi che seguono tentano di enuclearli e analizzarli. Alcune riflessioni conclusive, infine, mirano a discutere se e fino a che punto questi fattori “di rottura” scalfiscano l’endiadi prima menzionata e si interrogano sulle conseguenze giuridiche che potrebbero prodursi dal punto di vista giuridico, tanto sul piano teorico quanto su quello pratico.

² Così in A. HAMILTON, J. JAY, J. MADISON, *The Federalist*, New York, Jay McLean, 1788.

³ Si risale, in tal senso, alle teorie di T. HOBBS, *Leviatano* (1651), G. MICHELI (trad.), Milano, Rizzoli, 2011.

⁴ L’espressione è usata in A. VEDASCHI, *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La “data retention” al test di legittimità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, n. 3, pp. 224-245. Per ulteriori riferimenti in tema di terrorismo internazionale, si veda, tra l’amplessima letteratura, G. DE VERGOTTINI, *Terrorismo internazionale e sfide alla democrazia*, in *Lo Stato*, 2017, n. 8; P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Torino, Giappichelli, 2006; T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, Bonomo, 2008. In dottrina straniera, si veda, per tutti, B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 2004, vol. 113, pp. 1029-1091.

⁵ Sulle trasformazioni del terrorismo internazionale nel corso del tempo, si veda A. VEDASCHI, *Da al-Qā’ida all’IS: il terrorismo internazionale si è fatto Stato?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2016, vol. 66, pp. 1-41.

2. *Il primo fattore di stress: la governance multilivello delle misure antiterrorismo*

Il primo dei fattori di interesse per questa ricerca è il ruolo progressivamente più significativo e d'impatto degli organi internazionali e sovranazionali nella decisione delle *policy* antiterrorismo e, molto spesso, anche nel *drafting* della conseguente normativa. Si può parlare, quindi, di una *governance* multilivello in questo delicato settore⁶.

A tal proposito, sin dagli albori di quella che è stata definita la *war on terror*⁷, è stato chiaro che la dimensione interna non fosse sufficiente per rispondere in modo efficace ad un fenomeno così complesso. Pertanto, il livello internazionale e quello sovranazionale si sono fatti avanti in modo assai vigoroso, al punto tale che, in alcuni casi, si può parlare di una vera e propria "imposizione dall'alto", nei confronti degli Stati, circa le strategie da seguire e le misure da adottare. Di conseguenza, gli Stati si sono talvolta trovati a implementare quasi "sotto dettatura" i *desiderata* di organi a vocazio-

⁶ Per uno studio sulle complesse interazioni tra livelli nelle misure antiterrorismo, si vedano i diversi contributi pubblicati in A. VEDASCHI, K.L. SCHEPPELE (eds.), *9/11 and the Rise of Global Anti-Terrorism Law. How the UN Security Council Rules the World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021. Si veda, inoltre, per una riflessione su come la lotta contro il terrorismo internazionale sia un esempio di traslazione del "globale" nel "locale", M. GRAZIADEI, *What Does Globalisation Mean for the Comparative Study of Law?*, in *The Journal of Comparative Law*, 2021, vol. 16, pp. 511-536, spec. p. 518.

⁷ L'espressione è stata usata, all'indomani degli attacchi dell'11 settembre 2001, dall'allora Presidente degli Stati Uniti George W. Bush, dando vita ad una vera e propria "retorica della guerra" nella costruzione dell'approccio antiterrorismo statunitense. G.W. BUSH, *Address to a Joint Session of Congress and the American People*, 14 September 2001, disponibile in: <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>. Si veda D. COLE, *The New McCarthysm: Repeating History in the War in Terrorism*, Georgetown University Law Center, Research Paper Series in Public Law and Legal Theory, Research Paper No. 383660, 2003. Va detto che la "retorica bellica", pur essendo portata avanti in *primis* dagli Stati Uniti, non è stata disdegnata da altre democrazie avanzate, anche europee, le quali, oltre ad intervenire al fianco degli Stati Uniti nelle diverse operazioni di carattere militare, anche quando hanno agito con il proprio diritto interno hanno utilizzato un approccio fortemente improntato "al nemico". Sui diversi approcci, sia consentito il rinvio a C. GRAZIANI, *Sicurezza e diritti in tempi di terrorismo internazionale. Tra endiadi e antitesi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 27 ss.

ne internazionale o sovranazionale. Un chiaro esempio di questo *trend* si può identificare nelle diverse risoluzioni che il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ha approvato, a partire dal 2001, ai sensi del Capitolo 7 della Carta delle Nazioni Unite⁸. Come ampiamente rilevato in dottrina⁹, il Consiglio di Sicurezza è un organo la cui legittimazione democratica è spesso posta in dubbio, ma ciò non gli impedisce di adottare atti giuridicamente vincolanti, come le risoluzioni *ex* Capitolo 7. Questo approccio indebolisce la sovranità statale dal momento che le reazioni degli Stati membri delle Nazioni Unite (che ammontano a quasi 200) sono fortemente influenzate dalle decisioni del Consiglio di Sicurezza (composto dai rappresentanti di soli 15 Stati, di cui 5 permanenti). Sarebbe impossibile menzionare, in questa sede, tutte le risoluzioni che il Consiglio di Sicurezza ha adottato negli anni per orientare le politiche antiterrorismo interne¹⁰. Basti menzionare alcune di quelle considerate “chiave”, come la Risoluzione 1373/2001, approvata immediatamente dopo gli attentati dell’11 settembre 2001; la Risoluzione 1624/2005, che chiama gli Stati ad inasprire il proprio apparato sanzionatorio nei confronti del c.d. *terrorist speech*¹¹; più di recente, la Risoluzione 2396/2017, volta ad uniformare l’approccio statale all’uso dei dati PNR (Passenger Name Record) come strumento antiterrorismo¹². Va detto, peraltro, che le Risolu-

⁸ Il riferimento è, dunque, a risoluzioni di carattere giuridicamente vincolante.

⁹ Si veda, *ex multis*, C. DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2010. Si veda, in dottrina straniera, F. NÍ AOLÁIN, *The Limits of Law and the Value of Rights in Addressing Terrorism: A Study of the UN Counterterrorism Architecture*, in J.D. OHLIN *et al.* (eds.), *Between Crime and War: Hybrid Legal Frameworks for Asymmetric Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2022, pp. 45-62.

¹⁰ Sui rischi della c.d. legislazione universale, ossia quella che deriva dal ruolo pervasivo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, si veda K.L. SCHEPPELE, *Common Template, Diverse Agendas. The Futility (and Danger) of Legislating for the World*, in A. VEDASCHI, K.L. SCHEPPELE (eds.), *cit.*, pp. 56 ss.

¹¹ C. WALKER, *The War of Words with Terrorism. An Assessment of Three Approaches to Pursue and Prevent*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2017, vol. 22, pp. 523-551.

¹² Per un’analisi sull’uso di questa tipologia di dati in funzione antiterrorismo, si veda A. VEDASCHI, *L’Accordo internazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, vol. 62, pp. 1913-1940.

zioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite hanno un impatto non solo sul diritto interno degli Stati, ma anche sulle organizzazioni di carattere sovranazionale, come l'Unione europea, spesso chiamata a dare attuazione alle risoluzioni in parola. Si consideri, sempre a titolo esemplificativo, il c.d. *asset freezing regime*, ordinato dal Consiglio di Sicurezza per cercare di bloccare la circolazione di capitali volti a finanziare il terrorismo, implementato dall'Unione europea, e le cui conseguenze, anche in termini di garanzia dei diritti, sono ricadute sui singoli cittadini (a questo proposito, il noto caso *Kadi* è emblematico¹³).

In sintesi, le misure antiterrorismo si distinguono per un'inegabile vocazione "multilivello", al punto che sembra crearsi un sistema per cui nessun livello di governo "basta a se stesso", ma vi è anzi una necessaria e continua reciproca interazione. Questa dinamica comporta che la sovranità divenga oggetto di un complesso intreccio di rapporti, cosa che la rende frammentata e non chiaramente "allocata" all'uno o all'altro livello.

3. *Il secondo fattore di stress: alcune misure antiterrorismo che violano la sovranità statale*

Un secondo aspetto di rilievo è che vi sono alcune misure (*recitius*, pratiche) antiterrorismo le quali sono poste in essere da taluni Stati senza tenere in considerazione la sovranità di altri Stati. È il caso dei c.d. *targeted killings*, per lungo tempo vera e propria "punta di diamante" della strategia antiterrorismo degli Stati Uniti¹⁴ (e invero praticati ancora di recente, se si considerano i dati delle Ammi-

¹³ Sul caso *Kadi*, si vedano G.F. FERRARI, *Kadi: verso una Corte di giustizia costituzionale?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, n. 1, pp. 187-192; G. DELLA CANANEA, *Global Security and Procedural Due Process of Law Between the United Nations and the European Union: Yassin Abdullah Kadi & Al Barakat International Foundation v. Council*, in *Columbia Journal of European Law*, 2009, vol. 15, pp. 511-524.

¹⁴ Così A. VEDASCHI, *Osama Bin Laden: l'ultimo targeted killing. Gli Stati Uniti hanno dunque la licenza di uccidere?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n. 3, pp. 1196-1229.

nistrazioni Obama, Trump e Biden¹⁵). I *targeted killings* sono operazioni finalizzate all'uccisione mirata di "obiettivi" (ossia terroristi) designati come pericolosi per la sicurezza nazionale (e internazionale), spesso sul suolo di Stati che non hanno consentito allo svolgimento dell'operazione e al di fuori di un vero e proprio "conflitto" dal punto di vista formale. Il più noto *targeted killing* è sicuramente quello di Osama Bin Laden, ma viene facile menzionare anche la recente operazione portata a termine dagli Stati Uniti, nell'agosto 2022, contro Al-Zawahiri. Non vi sono dubbi che questa pratica, per come descritta, causi un serio *vulnus* al concetto stesso di sovranità statale, sebbene non siano mancati tentativi di giustificazione dal punto di vista del diritto internazionale¹⁶, ad esempio richiamando la dottrina della c.d. *anticipatory self-defence*.

Dalla prospettiva che qui interessa, va notato che le operazioni di *targeted killings* sembrano porre la sovranità statale in una sorta di "bilanciamento" con la sicurezza. Infatti, il *targeted killing* avviene, come è ovvio, per tutelare le ragioni della sicurezza; di conseguenza, si accetta una sorta di *deminutio* della sovranità in nome della sicurezza collettiva. A tal proposito, va osservato che, tradizionalmente, il bilanciamento avviene tra due o più diritti¹⁷. Pur volendo ammettere che la sicurezza possa essere considerata un diritto (ma si tratta di qualcosa di ampiamente dibattuto, soprattutto tra la dottrina italiana¹⁸), la sovranità non può certamente configurarsi

¹⁵ Per una ricognizione sulla situazione nell'ambito delle Amministrazioni citate, si veda A. VEDASCHI, C. GRAZIANI, *President Biden's Counter-Terrorism Strategy*, in *DPCE Online*, 2023, n. sp. 1, pp. 209-233.

¹⁶ Per una ricostruzione di queste teorie e una critica alle stesse, si veda M.E. O'CONNELL, *Targeted Killings*, in C. BINDER, M. NOWAK, J.A. HOFBAUER, P. JANIG (eds.), *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2022.

¹⁷ Si veda M. ROSENFELD, *Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror*, in *Cardozo Law Review*, 2006, vol. 27, pp. 2079-2151.

¹⁸ Sull'idea che la sicurezza possa essere configurabile come diritto, si veda G. DE VERGOTTINI, *La difficile convivenza fra libertà e sicurezza*, Relazione al Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Milano, 2003. Altri Autori, invece, la considerano addirittura come un valore di rilievo costituzionale. Si veda, sul punto, G. CERRINA FERONI, G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2008, n. 1, pp. 31-44. Vi è anche chi, in dottrina, afferma che, anche dopo l'11 settembre 2001, la sicurezza debba continuare ad esse-

come un diritto, essendo piuttosto uno dei caratteri essenziali dello Stato. Questo tipo di bilanciamento è dunque sicuramente “atipico”, giacché avviene fra un (ammesso che sia tale) diritto e un elemento che diritto non è, poiché si tratta di un concetto che è tradizionalmente pensato come fondamentale affinché lo Stato esista.

4. *Il terzo fattore di stress: il ruolo della tecnologia nelle misure antiterrorismo*

Il terzo aspetto che pone indubbiamente delle sfide alla sovranità come tradizionalmente concepita è l'importanza che la tecnologia è andata via via assumendo nella configurazione delle misure anti-terrorismo. In effetti, negli ultimi venti anni il crescente rischio per la sicurezza nazionale causato dall'imperversare del terrorismo internazionale di matrice jihadista si è inevitabilmente combinato con uno sviluppo senza precedenti dei *tools* tecnologici. La tecnologia, infatti, è ormai diventata qualcosa a disposizione di tutti, anche nelle sue forme più avanzate, perdendo quindi il suo carattere elitario.

I terroristi stessi hanno iniziato ad essere consapevoli del potenziale della tecnologia come potente alleato nelle loro strategie di distruzione, reclutamento e radicalizzazione. Allo stesso tempo, però, anche gli attori del *counter-terrorism* (dunque, i Legislatori, i Governi, i *policy-makers* in generale) hanno realizzato che la tecnologia può essere una potente arma *contro* i terroristi, specialmente per rispondere alle loro “offensive” basate sullo strumento digitale (si pensi ai tentativi di reclutamento e radicalizzazione di potenziali adepti *online*¹⁹, oppure alla pianificazione, spesso sul *dark web*, di attacchi a infrastrutture critiche). Sulla scorta di questa considerazione, si è assistito negli ultimi anni ad un massiccio sviluppo di misure antiterrorismo altamente basate sul fattore tecnologico. Tra

re ritenuta un interesse collettivo, riprendendo la concezione tipica del *pre-11* settembre. Si veda in questo senso A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in *Diritto e società*, 2013, n. 2, pp. 177-205.

¹⁹ Sul tema, si veda C. GRAZIANI, *Terrorismo internazionale, radicalizzazione e tecnologia*, in *Federalismi.it*, 2023, n. 12, pp. 56-78.

questi, si possono menzionare la c.d. sorveglianza algoritmica²⁰, i meccanismi di intelligenza artificiale capaci di indentificare i “messaggi terroristici” sul *web*²¹, l’uso dei *big data* per rilevare transazioni finanziarie sospette²².

Ebbene, per poter efficacemente usare la tecnologia a fini di contrasto del terrorismo, le autorità pubbliche devono necessariamente appoggiarsi (in modo rilevante) sui soggetti privati. Il riferimento è, *in primis*, alle c.d. *big tech*, ossia a quelle grandi aziende che svolgono servizi di *internet service providers*, mettono a disposizione le piattaforme *online* e i motori di ricerca, gestiscono i *social networks*. Queste aziende, in effetti, sono le uniche ad avere le capacità tecniche e finanziarie per sviluppare risorse tecnologiche (come gli algoritmi di intelligenza artificiale) utili all’azione antiterrorismo svolta dalle competenti autorità.

Questa dinamica, che potrebbe essere rapportata ad una forma di *public-private partnership*, fa sì che una parte significativa di attribuzioni di tradizionale competenza pubblicistica si spostino nelle mani dei soggetti privati. Infatti, il solo fatto che i privati cooperino con il pubblico nella definizione e gestione delle *security policies*, e che il loro apporto sia essenziale, significa che essi stanno prendendo parte all’azione di tutela della sicurezza. Essendo quest’ultima, come si è visto, assai legata alla sovranità, le ricadute sulla sovranità stessa sono evidenti. In altri termini, parte rilevante delle funzioni prima svolte interamente dal settore pubblico si sta spostando nelle mani del settore privato, con un controllo non sempre incisivo del primo sul secondo.

²⁰ Si tratta di tecniche basate sui c.d. *black boxes*, algoritmi “intelligenti” il cui funzionamento, a causa dell’alto livello di autonomia, finisce per non essere noto neppure a coloro che li hanno programmati. Per un’analisi, si veda P.-A. CHARDEL, R. HARVEY, H. VOLAT, *The French Intelligence Act: Resonances with the USA PATRIOT Act*, in *Technology Science*, 2016, pp. 1-21.

²¹ M. SCHEININ, T. GHERBAOUL, *A Dual Challenge to Human Rights Law: Online Terrorist Content and Governmental Orders to Remove it*, in *Journal européen des droits de l’homme - European Journal of Human Rights*, 2023, pp. 3-29.

²² A.I. CANHOTO, *Leveraging machine learning in the global fight against money laundering and terrorism financing: An affordances perspective*, in *Journal of Business Research*, 2021, vol. 131, pp. 441-452.

5. Riflessioni conclusive

In conclusione, sembra potersi dire che la sovranità nazionale, perlomeno nel campo della sicurezza nazionale, è giunta ad un punto di svolta, poiché la sua concettualizzazione ha subito significative modifiche.

In primo luogo, si è visto che la sovranità viene perlomeno “condivisa” dalle autorità nazionali con quelle internazionali e sovranazionali, secondo paradigmi non sempre chiari. Invero, il trasferimento di “porzioni” di sovranità non è un fatto nuovo, se si guarda alla storia che va dal secondo dopoguerra a oggi. Basti pensare al c.d. cammino comunitario, che si basa esattamente su tale dinamica. Tuttavia, nel caso del rapporto sovranità-sicurezza e dell’erosione della prima ad opera del carattere multilivello degli sforzi per tutelare la seconda, vi sono alcuni aspetti inediti. Il primo è che la sicurezza nazionale è uno di quegli ambiti in cui, storicamente, gli Stati sono sempre stati più restii a rinunciare alla propria sovranità (basti ricordare che la sicurezza nazionale è formalmente esclusa dalle competenze dell’Unione europea, sebbene quest’ultima abbia trovato modo di ingerirsi in aree che non riguardano direttamente il tema ma vi impattano fortemente). Il secondo elemento di differenziazione rispetto ai trasferimenti di sovranità sinora noti è che, trattandosi di una dinamica *de facto* e non *de iure*, sfugge ad eventuali regole e limiti.

In secondo luogo, nell’analizzare i *targeted killings*, si è visto che la decisione (un tempo propria del sovrano) di porre fine alla vita di una persona considerata pericolosa per la sicurezza può essere presa anche da un altro Stato che “scavalchi” la sovranità dello Stato che ha giurisdizione territoriale sul suolo su cui l’operazione si compie. Infatti, si è evidenziato come gli Stati non sempre prestino il consenso ad operazioni di *targeted killing* svolte sul proprio territorio, anzi, talvolta, non ne sono neanche informati *ex ante*. Perciò, mentre nel passato la sovranità si poteva definire come un concetto “uno-a-uno” (uno Stato, una sovranità, o, in altri termini, ogni Stato detiene la propria sovranità), al giorno d’oggi pare che la sovranità possa essere condivisa fra (almeno) due Stati, ossi quello che è “ter-

ritorialmente” sovrano sul territorio in cui l’uccisione mirata si svolge e quello che decide e pone in essere l’operazione.

In terzo luogo, il crescente affidamento fatto dalle autorità pubbliche sulla tecnologia (e sulle grandi aziende che la gestiscono) dimostra che la sovranità non appartiene più solo alla sfera pubblica. Anche in questo caso, non si è dinanzi a un fenomeno del tutto nuovo, poiché vi sono molti altri casi di “privatizzazione” e “partenariato” fra pubblico e privato. Ciononostante, nel caso della sicurezza, non solo si tratta di un settore molto delicato, ma tali forme di cooperazione sono ancora prive (o quasi) di regole e ciò comporta una tendenza del privato alla pervasività e, in alcune circostanze, un rischio di mancanza di trasparenza.

In generale, vi è una significativa trasformazione della nozione teorica di sovranità, la quale potrebbe comportare conseguenze pratiche non di poco conto. Solo per fare alcuni esempi, se organi internazionali di dubbia legittimazione democratica esercitano, almeno in parte, forme di sovranità, vi è un *vulnus* del principio democratico; se uno Stato è autorizzato ad esercitare la sovranità sul territorio di un altro Stato sovrano, potrebbero crearsi veri e propri conflitti fra due (o più) sovranità; se la sovranità è “trasferita” ai soggetti privati, vi è il pericolo che questi ultimi non siano sempre nelle migliori condizioni per esercitarla nel rispetto di una serie di principi tradizionalmente collegati all’idea di “bene pubblico” (come il principio di trasparenza e responsabilità dell’azione pubblica, proporzionalità nella limitazione dei diritti, possibilità di un ricorso giurisdizionale).

CLIMATE CHANGE LAW E CLIMATE CHANGE LITIGATION
TRA DIRITTO GLOBALE E DIRITTO LOCALE

*Valentina Jacometti**

1. *Introduzione: un quadro giuridico multilivello e frammentato*

Il cambiamento climatico costituisce una delle sfide più urgenti e rilevanti della nostra epoca e da diversi anni è oggetto di un intenso dibattito in ambito scientifico e politico, sia a livello nazionale che internazionale. Ormai si dà per assunto che tale fenomeno non possa essere fermato, ma possa solo essere affrontato, in particolare attraverso strategie di mitigazione e adattamento. Il diritto è quindi chiamato a utilizzare gli strumenti a sua disposizione per contribuire al raggiungimento di questi obiettivi.

Come è noto, i cambiamenti climatici sono stati oggetto di un complesso processo di regolazione a livello internazionale, partendo dalla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) del 1992, proseguendo con il Protocollo di Kyoto del 2005, l'Accordo di Parigi del 2015 e oltre¹.

L'attuale quadro giuridico in materia di cambiamenti climatici risulta multilivello e fortemente frammentato, derivando da numerosi strumenti giuridici sovranazionali e nazionali, non coordinati, con ambito di applicazione e forza vincolante diversi². Infatti, seb-

* Professoressa associata, Università degli Studi dell'Insubria.

¹ Cfr. <https://unfccc.int/>.

² Cfr. *inter alia* A. AVERCHENKOVA, S. FANKHAUSER, M. NACHMANY (eds.), *Trends in Climate Change Legislation*, Cheltenham, 2017; D.A. FARBER, M.

bene siano stati compiuti notevoli progressi a livello internazionale nello sviluppo di politiche comuni per contrastare i cambiamenti climatici, esistono ancora notevoli divergenze tra i vari sistemi giuridici per quanto riguarda le strategie da adottare per far fronte ai rischi derivanti dal cambiamento climatico e in molti paesi permane un notevole divario tra gli obiettivi definiti dagli accordi internazionali, da un lato, e la politica e la legislazione interne necessarie per tradurre in pratica tali obiettivi.

In particolare, la complessità del quadro giuridico in materia di cambiamenti climatici è determinata da diversi elementi.

In primo luogo, va ricordato che nell'ambito del diritto ambientale in generale negli ultimi decenni si è assistito a un progressivo sviluppo di un corpo di regole e principi comuni. Tra i fattori che hanno determinato l'emersione di questo diritto globale vi è in primo luogo il fatto che i problemi ambientali non conoscono confini e sono idonei a coinvolgere per loro stessa natura più Paesi contemporaneamente³. Questo è senz'altro il caso del cambiamento climatico, problema ambientale di scala globale per eccellenza alla luce del fatto che coinvolge l'intero pianeta e che l'aumento e la riduzione delle emissioni di gas serra hanno incidenza sul fenomeno a prescindere dal luogo in cui si verificano.

Peraltro, la globalizzazione delle regole e dei principi in questo ambito dipende anche dal fatto che il loro sviluppo è strettamente legato a quello delle conoscenze scientifiche e tecniche in materia di cambiamenti climatici. In effetti, la stretta connessione dei problemi da affrontare con le conoscenze scientifiche e la conseguente presenza di un certo grado di tecnicismo favoriscono l'emergere di nuove manifestazioni di circolazione di modelli giuridici⁴, che

PEETERS (eds.), *Climate Change Law*, Cheltenham, 2016; K.R. GRAY, R. TARASOFSKY, C. CINNAMON (eds.), *Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016; A. VAN HARRO, F. SINDICO, M. MEHLING, *Global Climate Change and the Fragmentation of International Law*, in *Law & Policy*, 2008, vol. 30, n. 4, pp. 423 ss.

³ Cfr. P.H. SAND, *The evolution of international environmental law*, in D. BODANSKY, J. BRUNNÉE, E. HEY (eds.), *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford.

⁴ Sul fenomeno della circolazione dei modelli si vedano *inter alia*, A. WATSON, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Edinburgh, 1974, non-

sono a loro volta influenzate dalla percezione globalizzata del fenomeno⁵.

Invero, di fronte a un problema globale come il cambiamento climatico si osserva la tendenza a sviluppare principi e regole comuni per affrontarli, sia attraverso l'adozione di convenzioni internazionali e regole armonizzate sovranazionali, sia attraverso l'"imitazione" di soluzioni adottate in altri contesti. Questi fenomeni di circolazione di modelli si muovono in diverse direzioni. Così, il diritto internazionale ha preso ispirazione da strumenti e principi sviluppati in singoli ordinamenti nazionali, per poi determinare un'ulteriore circolazione in altri contesti sovranazionali e nazionali, come nel caso dei meccanismi di mercato previsti dal Protocollo di Kyoto, che poi a loro volta sono stati introdotti nella normativa dell'Unione europea e di conseguenza degli Stati Membri, ma anche al di là dei confini dell'UE⁶. Ciò dipende anche dal fatto che in ambito ambientale, e in particolare nel settore dei cambiamenti climatici, l'Unione europea ha da tempo cercato, da un lato, di porsi all'avanguardia nelle sue politiche⁷ e, dall'altro, di utilizzare la propria forza di mercato, in modo da fungere da modello per la comunità internazionale, diventando così una sorta di produttore globale di norme, in grado di imporre la propria prospettiva e la propria regolamentazione su come affrontare la problematica del cambiamento climatico⁸.

Per altro verso va osservato che, sebbene il cambiamento clima-

ché J.A. SÁNCHEZ CORDERO (ed.), *Legal cultures and legal transplants, Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, in *Isaidat Law Review*, 2011, vol. 1.

⁵ Cfr. B. POZZO, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, in F. SINDICO, M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Geneva, 2021, pp. 47 ss.

⁶ Sul tema ci si permette di rinviare a V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁷ Cfr. L. VAN SCHAIK, S. SCHUNZ, *Explaining EU activism and impact in global climate politics: is the Union a norm-or interest-driven actor?*, in *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, pp. 169-186; G. MARÍN DURÁN, E. MORGERA, *Environmental Integration in the EU's external Relations, Beyond Multilateral Dimensions*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2012, pp. 12 ss.

⁸ Cfr. B. POZZO, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit.

tico sia un fenomeno globale, che richiede strategie globali concordate a livello sovranazionale, le norme giuridiche necessarie per dare attuazione alle strategie di mitigazione e adattamento sono inevitabilmente legate agli ordinamenti giuridici locali e la loro efficacia dipende fortemente dalle caratteristiche intrinseche di tali ordinamenti, ossia dal loro peculiare *legal process*. Ciò vale anche nel contesto europeo, dove non si può mancare di rimarcare come la maggior parte delle norme e dei principi in materia di cambiamenti climatici negli Stati membri derivi dal diritto dell'Unione europea. Tuttavia, senza dilungarmi su quanto è ben noto a tutti, ricordo che anche in questo ambito l'Unione europea ha operato principalmente tramite direttive, per cui ci troviamo di fronte ad un diritto, non ancora armonizzato, ma piuttosto "tendente all'armonizzazione"⁹, dove sussistono ancora profonde differenze a livello nazionale, non solo per il margine di discrezionalità che è lasciato agli Stati membri nell'attuazione delle direttive, ma anche in ragione di tutta una serie di fattori legati al *legal process* di ciascun ordinamento giuridico, dalle specificità dei sistemi giurisdizionali e amministrativi alla differente sensibilità della popolazione verso le problematiche ambientali.

Questa dialettica "globale/locale" si riflette anche sui diversi modelli di risposta istituzionale al cambiamento climatico che si possono individuare in una prospettiva comparatistica su larga scala – il modello regolatorio e il modello contenzioso – in quanto la scelta e la concreta modalità di attuazione dei modelli sono influenzate dalle variabili istituzionali del *legal process* dell'ordinamento giuridico di riferimento.

Da un lato, così, vi sono contesti, come quello dell'Unione europea, dove è prevalso a lungo un modello regolatorio basato su un esteso apparato regolamentare e amministrativo, con un'ampia applicazione dello schema *command and control*, ma altresì strutturato attraverso una complessa distribuzione di incentivi e disincentivi e il ricorso anche a strumenti economici, come la tassazione e lo

⁹ Al riguardo si veda B. Pozzo, *Modelli notevoli e circolazione dei modelli giuridici in campo ambientale: tra imitazione e innovazione*, in U. MATTEI, A. CANDIAN, B. POZZO, A. MONTI, C. MARCHETTI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Garbaro*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 335 ss.

scambio di quote di emissione¹⁰. Questo modello si integra anche con un quadro più informale che comprende sia iniziative volte a sensibilizzare i regolatori pubblici e privati sui temi del cambiamento climatico sia iniziative di tipo volontario da parte degli operatori privati, come gli accordi ambientali, dando così origine a un complesso insieme di norme e azioni amministrative e private che si intrecciano in una direzione (auspicabilmente) convergente. Questo quadro istituzionale caratterizzato da una sempre più ampia regolamentazione del settore, se può essere senz'altro ricondotto all'approccio che l'UE ha prevalentemente seguito in materia ambientale in generale, è anche da ricondursi al fatto che l'UE, come già osservato, si è posta da tempo come motore delle politiche in materia di cambiamento climatico, sia all'interno dei confini dell'Unione che a livello internazionale.

D'altro lato, vi sono altri contesti, come quello statunitense, dove praticamente nessuna azione legislativa o amministrativa è stata intrapresa a livello federale per affrontare il problema del cambiamento climatico fino al *Clean Power Plan* del 2015¹¹, il che ha determinato sia lo sviluppo di iniziative in ambito locale per sopperire alle lacune esistenti a livello nazionale sia un estensivo ricorso al contenzioso quale strumento principale per far fronte a tale problematica sia sotto il profilo della mitigazione che dell'adattamento¹².

¹⁰ Cfr. *inter alia* S. BOGOJEVIĆ, *Climate Change Law and Policy in the European Union*, in K.R. GRAY, R. TARASOFSKY, C.P. CARLARNE (eds.), *Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016; J. DELBEKE, P. VIS (eds.), *EU Climate Policy Explained*, Abingdon, Routledge, 2015.

¹¹ Cfr. M.B. GERRARD, *United States Climate Change Law*, in K.R. GRAY, R. TARASOFSKY, C. CARLARNE (eds.), cit.; C.P. CARLARNE, *Climate Change Law and Policy: EU and US Approaches*, Oxford University Press, 2010. Per contro in passato e per molti anni il modello statunitense, soprattutto nel formante legislativo, ha rappresentato un punto di riferimento per lo sviluppo del diritto ambientale a livello internazionale e in molti altri ordinamenti nazionali (cfr. P.H. SAND, *The Greening of International Law: Emerging Principles and Rules*, in *Ind. J. Global Legal Stud.*, 1994, p. 293).

¹² Cfr. B. POZZO, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit., al par. 2.1.

2. Lo sviluppo della climate change litigation

Gli Stati Uniti si collocano quindi al centro del fenomeno della *climate change litigation*¹³, non solo dal punto di vista quantitativo, dato l'enorme quantità di cause avviate, ma altresì sotto il profilo "qualitativo", nel proporre approcci innovativi che possono rappresentare una fonte di ispirazione per il contenzioso in altri sistemi giuridici¹⁴.

In effetti, se si esamina l'evoluzione del contenzioso climatico a livello globale si rileva subito come si sia sviluppato inizialmente negli Stati Uniti e in Australia, proprio come risposta alla mancanza di una sufficiente regolamentazione relativa ai cambiamenti climatici. Tale contenzioso si è poi diffuso a livello globale, dando origine a un significativo fenomeno di *legal transplants*¹⁵. In particolare, a fronte dell'insufficiente impegno pubblico e privato per contrastare il cambiamento climatico, è aumentato il ricorso al contenzioso climatico a diversi livelli – internazionale, amministrativo, privato e persino penale – con l'obiettivo di modificare gli approcci pubblici e privati alla lotta contro il cambiamento climatico. Attualmente, anche se nella maggior parte degli ordinamenti non vi sono ancora controversie, il contenzioso comprende ormai migliaia di cause in tutti i continenti¹⁶, che coinvolgono differenti attori e convenuti e abbracciano una vasta gamma di rivendicazioni che si fondano su una varietà di argomenti e motivazioni¹⁷.

¹³ La letteratura giuridica in materia di contenzioso climatico è ormai molto estesa; si vedano *inter alia* B. Pozzo, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit.; W. KAHL, M.-P. WELLER (eds.), *Climate Change Litigation. A Handbook*, Oxford/München, 2021; J. PEEL, H. OSOFSKY, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015; M. SPITZER, B. BURTSCHER, *Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts*, in *JETL*, 2017, pp. 137 ss.

¹⁴ Per una visione complessiva del contenzioso a livello globale si veda la banca dati *Climate Change Litigation Databases* del *Sabin Centre for Climate Change Law* (Columbia University) accessibile all'indirizzo <http://climatecasechart.com/>.

¹⁵ Cfr. B. Pozzo, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit.

¹⁶ Cfr. *Climate Change Litigation Databases* del *Sabin Centre for Climate Change Law* (Columbia University) accessibile all'indirizzo <http://climatecasechart.com/>.

¹⁷ Per una panoramica sulle diverse tipologie di controversie climatiche ci si permette di rinviare a V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation: Global Trends*

Innanzitutto, si possono identificare delle controversie più “tradizionali” che comprendono azioni avverso soggetti privati o enti pubblici riguardanti attività o progetti specifici, in cui ad esempio vengono contestate le emissioni di gas serra causate da un dato progetto oppure dove si domanda di tenere conto degli impatti climatici nella valutazione ambientale di un progetto¹⁸.

Accanto a queste, vi sono anche le azioni, sempre nei confronti di soggetti privati o enti pubblici, aventi ad oggetto danni materiali o altri pregiudizi determinati da eventi legati ai cambiamenti climatici e che mirano a ottenere il risarcimento del danno e/o provvedimenti ingiuntivi o inibitori, nonché a sanzionare così il comportamento dei soggetti “responsabili”¹⁹.

Last but not least, come già accennato, negli ultimi anni il contenzioso climatico si è andato sempre più indirizzando verso controversie che hanno l’obiettivo di influenzare la regolamentazione in materia di cambiamenti climatici, chiedendo che i *policy makers* diano adeguata attuazione alle normative esistenti oppure che le modifichino o ancora ne adottino di nuove qualora le disposizioni esistenti siano insufficienti, in particolare con riguardo agli impegni internazionali assunti²⁰.

Nonostante il contenzioso climatico sia ancora in evoluzione e presenti diverse difficoltà, alcuni casi sono già stati definiti “strate-

and Critical Issues in the Light of the Urgenda 2018 Decision and the IPCC Special Report “global Warming of 1.5 °C”, in *Global Jurist*, 2020 (pubblicato online nel 2019).

¹⁸ Per un esempio in tal senso si veda High Court of the Republic of South Africa, *Earthlife Africa Johannesburg and Another v Minister of Energy and Others*; su cui cfr. T.-L. HUMBY, *The Thabametsi Case: Case No 65662/16 Earthlife Africa Johannesburg v Minister of Environmental Affairs*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, vol. 30, n. 1, pp. 145 ss.

¹⁹ In proposito si veda ad esempio, accanto alla nota sentenza della Corte distrettuale dell’Aia, *Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell*, 26 maggio 2021, C/09/571932 / HA ZA 19-379, sulla quale ci soffermeremo *infra* al par. 3, anche la decisione del 13 novembre 2017 nel caso *Lliuya v. RWE AG*, con cui il Tribunale regionale d’appello di Hamm ha ammesso l’appello del ricorrente, su cui *inter alia* cfr. W. FRANK, C. BALS, J. GRIMM, *The Case of Huaraz: First Climate Lawsuit on Loss and Damage Against an Energy Company Before German Courts*, in R. MECHLER, L. BOUWER, T. SCHINKO, S. SURMINSKI, J. LINNERTHOOTH-BAYER (eds.), *Loss and Damage from Climate Change. Climate Risk Management, Policy and Governance*, Springer online, 2019, pp. 475 ss., reperibile all’indirizzo <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-319-72026-5>.

²⁰ Cfr. J. PEEL, H. OSOFSKY, *Climate Change Litigation*, cit.

gici” in quanto sono riusciti a influenzare gli approcci pubblici e privati alla mitigazione e all’adattamento al cambiamento climatico e possono fungere da fonte d’ispirazione per altre controversie attualmente in corso o che potrebbero emergere in futuro. Le controversie climatiche strategiche possono essere considerate importanti precedenti giurisprudenziali nei sistemi giuridici che riconoscono formalmente i precedenti, ma anche laddove non lo sono hanno il potenziale per influenzare le corti e altri soggetti. In effetti, alcuni di queste decisioni – come *Urgenda* o *Shell*²¹ – sono ora considerati precedenti “globali”, se ovviamente si va oltre una definizione giurisdizionale della parola “precedente”.

3. Alcuni “precedenti globali”

Per dar maggior concretezza al discorso sembra opportuno prendere in esame brevemente alcuni tra i casi più significativi.

In questa panoramica si prendono le mosse dalla sentenza del 2015 nel caso *Leghari c. Pakistan*²², in quanto, da un lato, rappresenta una delle prime decisioni che hanno riconosciuto le pretese degli attori, e, dall’altro, si contraddistingue per riguardare misure di adattamento, anziché di mitigazione, a differenza della maggior parte degli altri casi. In questa vicenda un agricoltore pakistano ha intentato un’azione contro il proprio governo affermando che la mancata attuazione delle politiche nazionali per contrastare il cambiamento climatico²³ per quanto riguarda l’adattamento costituiva una violazione di alcuni diritti costituzionali, quali il diritto alla vita, alla dignità umana, all’informazione, alla proprietà²⁴. La pretesa del sig. Leghari è stata riconosciuta dal *Lahore High Court Green*

²¹ Cfr. *infra* par. 3.

²² Lahore High Court Green Bench Pakistan, *Asghar Leghari v. Federation of Pakistan* [2015] W.P. No. 25501/2015.

²³ Costituite dalla *National Climate Change Policy* del 2012 e dal successivo *Framework for Implementation of Climate Change Policy 2014-2030*.

²⁴ Cfr. E. BARRITT, S. BOITUMELO, *The symbolic value of Leghari v Federation of Pakistan: climate change adjudication in the Global South*, in *King’s Law Journal*, 2019, vol. 30, n. 2, pp. 203 ss.

Bench che, nell'ordinare al governo l'adozione una serie di misure di adattamento, ha evidenziato la necessità di interpretare i diritti costituzionali in modo da soddisfare le nuove esigenze della giustizia climatica. Peraltro, va però sottolineato come la controversia ha potuto avere un esito positivo – non solo perché l'elevato grado di dettaglio del quadro giuridico pakistano in materia di cambiamento climatico era tale da permettere ai giudici di configurare la violazione di specifici obblighi – anche grazie alla possibilità di riconoscere al sig. Leghari la legittimazione ad agire in virtù dell'istituto della *Public Interest Litigation*, che nell'ordinamento pakistano consente ai singoli di agire in giudizio per questioni di interesse pubblico, quali l'inquinamento, le minacce terroristiche e, ora, anche i cambiamenti climatici²⁵.

Rimanendo nel contesto extraeuropeo, pare degna di menzione la peculiare prospettiva adottata nei Paesi del Sud America, dove anche le questioni del cambiamento climatico vengono affrontate riconoscendo elementi della natura come soggetti di diritto.

In particolare, si ricorda la sentenza della *Corte Suprema de Justicia* Colombiana del 2018 nel caso *Generaciones Futuras c. Minambiente*²⁶, che ha accolto l'azione di alcuni giovani ricorrenti che hanno lamentato la violazione dei loro diritti costituzionali a un ambiente sano, alla vita, alla salute, al cibo e all'acqua, in ragione dell'aggravarsi del cambiamento climatico a causa della mancata riduzione della deforestazione. La Corte, da un lato, ha stabilito che esiste un legame fra cambiamenti climatici e violazione dei diritti fondamentali e che la tutela effettiva della vita, della salute, della li-

²⁵ Sulla *public interest litigation* si vedano T. HESTER, *Private Claims for a Global Climate: US and Indian Litigation Approaches to Climate Change and Environmental Harm*, in *Journal of the Indian Law Institute*, 2013; J. RAZZAQUE, *Public interest environmental litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, London, 2004.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, *Demanda Generaciones Futuras v. Minambiente*, 5.4.2018, 11001-22-03-000-2018-00319-01; al riguardo si veda P.A. ACOSTA ALVARADO, D. RIVAS-RAMÍREZ, *A Milestone in Environmental and Future Generation's Rights Protection: Recent Legal Developments Before the Colombian Supreme Court*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, vol. 30, n. 3, pp. 519 ss.; nonché le interessanti osservazioni di S. BAGNI, *Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana*, in *DPCE online*, 2018, vol. 37, n. 4, pp. 989 ss.

bertà e della dignità umana dipende essenzialmente dalla conservazione dell'ambiente e degli ecosistemi, e dall'altro, ha affermato che lo Stato ha il dovere di proteggere l'integrità naturale dell'Amazzonia in quanto riconosciuta come un "soggetto di diritti". Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha dunque imposto al governo di adottare misure per contrastare la deforestazione in Amazzonia con l'obiettivo di contribuire a ridurre il riscaldamento globale, comprendendo anche la creazione di un "patto intergenerazionale" per tenere conto dei diritti delle generazioni future, che subiranno gli effetti dei cambiamenti climatici in modo più grave. Peraltro, anche in questo caso l'accesso alla giustizia è consentito attraverso l'*acción de tutela*, un istituto particolare del sistema giuridico della Colombia che permette di rivolgersi ai giudici per denunciare la violazione dei propri diritti umani da parte dell'autorità pubbliche o, in via eccezionale, anche di soggetti privati²⁷.

Passando infine all'ambito europeo, il caso più noto è certamente la causa *Urgenda*, nella quale i giudici olandesi hanno riconosciuto, in tutti i tre gradi di giudizio, che lo Stato olandese aveva il dovere di adottare misure di mitigazione più rigorose di quelle esistenti per prevenire il verificarsi di cambiamenti climatici pericolosi²⁸.

Anche se dati i limiti di spazio non è possibile in questa sede intraprendere un'analisi approfondita delle tre sentenze, vale la pena menzionare alcuni elementi interessanti delle decisioni, considerando l'influenza che hanno avuto e potrebbero avere al di fuori dei Paesi Bassi. Degno di nota è il fatto che i giudici olandesi abbiano fondato la loro decisione sulla base di una molteplici-

²⁷ Per un'illustrazione dell'istituto si veda L.C. SILVA, *La Acción de Tutela en Colombia*, in *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 2011, vol. 5, pp. 72 ss.

²⁸ Corte suprema olandese, *De Staat der Nederlanden tegen Stichting Urgenda*, 20 dicembre 2019, 19/00135, *ECLI:NL:HR:2019:2006*; Corte d'appello dell'Aia, *De Staat der Nederlanden tegen Stichting Urgenda*, 9 ottobre 2018, C/09/456689/ HA ZA 13-1396; Corte distrettuale dell'Aia, *Stichting Urgenda tegen de Staat der Nederlanden*, 24 giugno 2015, C/09/456689/ HA ZA 13-1396. La letteratura al riguardo è molto estesa; a seguito della decisione della Corte suprema tra i molti si richiamano C.W. BACKES, G.A. VAN DER VEEN, *Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court*, in *JEEPL*, 2020, pp. 307 ss.; M.F. CAVALCANTI, M.J. TERSTEGGE, *The Urgenda Case: The Dutch Path towards a new Climate Constitutionalism*, in *DPCE online*, 2020, vol. 43, n. 2, pp. 1371 ss.

cità di fonti, spaziando dalle norme costituzionali e di diritto privato olandesi al diritto dell'Unione europea alle convenzioni e ai principi internazionali in materia ambientale. Altro elemento interessante è che le corti abbiano rigettato il principale argomento avanzato dal governo olandese, ovvero la violazione del principio della separazione dei poteri, affermando che, quando sono in gioco i diritti umani, come in questo caso, è l'ordinamento a richiedere il controllo giudiziario su atti e scelte degli organi legislativi e di governo, anche se ciò potrebbe comportare delle conseguenze di natura politica.

Se anche qui l'esito giudiziario positivo è dipeso altresì dalle specificità del sistema giuridico olandese, tra le quali in particolare la possibilità per associazioni e fondazioni di intentare azioni per la tutela di interessi di portata generale o collettivi di un determinato gruppo di soggetti²⁹, come è noto le sentenze *Urgenda* hanno avuto un notevole impatto sia all'interno dell'ordinamento olandese, che al di fuori dei confini nazionali.

Infatti, di recente la Corte distrettuale dell'Aia, nell'accogliere l'azione dell'organizzazione ambientale Milieudefensie contro la multinazionale petrolifera Royal Dutch Shell, ha esteso a un soggetto privato l'applicabilità degli argomenti delle decisioni *Urgenda* riguardanti la protezione dei diritti umani³⁰. Più specificatamente, considerati gli obiettivi dell'Accordo di Parigi, gli articoli 2 e 8 della CEDU, gli *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* e le evidenze scientifiche riconosciute dalla comunità internazionale relative ai pericoli causati dai cambiamenti climatici, la Corte ha condannato per la prima volta un'impresa privata, la Royal Dutch Shell, a ridurre le proprie emissioni, configurando in capo alla stessa un dovere di diligenza nei confronti dei cittadini olandesi, i cui diritti umani sono messi seriamente in pericolo dalle eccessive

²⁹ Cfr. art. 3.305a Cod. civ. olandese. Sulle azioni collettive ambientali nei Paesi bassi cfr. B. VAN DEN BROEK, L. ENNEKING, *Public Interest Litigation in the Netherlands, A Multidimensional Take on the Promotion of Environmental Interests by Private Parties through the Courts*, in *Utrecht Law Review*, 2014, vol. 10, n. 3, pp. 77 ss.; O. VAN GEEL, *Urgenda and Beyond: The past, present and future of climate change public interest litigation*, in *Maastricht University Journal of Sustainability Studies*, 2017, pp. 56 ss, con particolare riguardo al caso *Urgenda*.

³⁰ Corte distrettuale dell'Aia, *Milieudefensie tegen Royal Dutch Shell*, cit.

emissioni di gas serra di cui può essere considerata responsabile la multinazionale³¹.

D'altro canto, come precedentemente menzionato, le decisioni Urgenda hanno già avuto un impatto significativo anche sul contenzioso climatico in altri sistemi giuridici, dove hanno assunto il ruolo di modello di riferimento per controversie simili riguardanti autorità pubbliche.

In particolare, per concludere mi sembra interessante ricordare la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco di marzo 2021 che ha accolto il ricorso di costituzionalità presentato da alcuni giovani ricorrenti, dichiarando parzialmente illegittima la legge federale sulla protezione del clima (*Bundes-Klimaschutzgesetz*, KSG) e imponendo al legislatore tedesco di disciplinare ulteriormente gli obiettivi di riduzione dei gas serra per il periodo dopo il 2030³².

Anche qui, senza voler entrare nei dettagli delle complesse argomentazioni del Tribunale tedesco, vorrei evidenziare come il *Bundesverfassungsgericht* abbia interpretato l'articolo 20a della *Grundgesetz* – che prevede che lo Stato abbia la responsabilità di proteggere gli elementi naturali della vita, ossia l'ambiente, per le generazioni future – alla luce dell'Accordo di Parigi, riconoscendo la protezione del sistema climatico come un dovere costituzionale, anche con riguardo alle generazioni future. Il Tribunale ha poi evidenziato come

³¹ Per un approfondimento si veda *inter alia* B. MAYER, *The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation: Milieudéfense v. Royal Dutch Shell*, in *Transnational Environmental Law*, 2022, vol. 11, pp. 407-418; e in lingua italiana S. NESPOR, *L'etica, il capitalismo e il cambiamento climatico*, in *RGAonline*, giugno 2021, n. 22, reperibile all'indirizzo: <http://rgaonline.it/article/letica-il-capitalismo-e-il-cambiamento-climatico/>.

³² Tribunale costituzionale tedesco, 24.3.2021, 1 BvR 2656/18, paras. 1-270, la cui traduzione in lingua inglese è disponibile all'indirizzo https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2021/03/rs20210324_1bvr265618en.html. Si veda *inter alia* A. BUSER, *Of Carbon Budgets, Factual Uncertainties, and Intergenerational Equity – The German Constitutional Court's Climate Decision*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, n. 8, pp. 1409-1422; nonché in lingua italiana S. FANETTI, *nota a Bundesverfassungsgericht – Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 (Tribunale Costituzionale Federale Tedesco – Sentenza del Primo Senato del 24 marzo 2021): - 1 BvR 2656/18 - 1 BvR 78/20 - 1 BvR 96/20 - 1 BvR 288/20, Politiche climatiche e tutela nel tempo delle libertà fondamentali: la Legge tedesca sui Cambiamenti Climatici al vaglio del Tribunale Costituzionale Federale*, in *Rivista dell'Agricoltura*, 2021, n. 2, pp. 187 ss.

l'inadeguatezza dell'azione del legislatore per raggiungere gli obiettivi dell'Accordo di Parigi dopo il 2030 avrebbe un impatto sui giovani e sulle generazioni future, limitando fortemente il loro diritto fondamentale alla libertà, dato che quasi tutti gli aspetti della vita umana sono fonti di emissioni di gas serra e potrebbero essere pregiudicati dalle drastiche misure che si dovranno adottare successivamente al 2030.

Se anche in questo caso è importante sottolineare che la sentenza è stata emessa in seguito ad un particolare tipo di ricorso previsto dall'ordinamento tedesco, ossia il ricorso di costituzionalità diretto (*Verfassungsbeschwerde*)³³, la sentenza del Tribunale costituzionale tedesco ha una portata significativa per il contenzioso climatico, sia per il fatto di interpretare i diritti fondamentali costituzionali alla luce degli obblighi di lotta al cambiamento climatico, che per il fatto di configurare la protezione del sistema climatico come dovere costituzionale anche rispetto ai diritti delle generazioni future.

4. *Brevi osservazioni sulla dialettica "globale/locale"*

Da questa sintetica panoramica emergono senz'altro degli elementi che possono ritenersi comuni al contenzioso climatico globale in via di sviluppo.

Infatti, in via generale, benché le controversie in materia di cambiamento climatico che si sono sviluppate nei diversi sistemi giuridici siano influenzate dalle peculiarità di ciascun contesto giuridico, politico, economico, sociale, culturale e, non ultimo, ambientale, è possibile individuare alcune tendenze che si stanno diffondendo a livello globale³⁴.

³³ Tale ricorso può essere intentato direttamente davanti al Tribunale costituzionale federale da parte di chiunque si ritenga leso dalla pubblica autorità in uno dei propri diritti fondamentali tutelati dalla costituzione (Art. 93 GG.). Per un approfondimento dell'istituto si veda *inter alia* P. HÄBERLE, *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, 2000; H. ZUCK, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, München, 2017.

³⁴ Cfr. V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation*, cit.; B. POZZO, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit.

In effetti, si potrebbe dire che le controversie più recenti stiano seguendo un modello “globale”: si fondano su dati scientifici, economici e sociali comuni sulle cause e sugli effetti del cambiamento climatico e impiegano argomenti simili per sostenere rivendicazioni analoghe da parte dei ricorrenti, tra cui in particolare la protezione dei diritti di coloro che subiscono o subiranno gli effetti del cambiamento climatico. Inoltre, queste controversie si scontrano spesso con ostacoli comuni, quali la difficoltà nel dimostrare un nesso causale tra le diverse attività che incidono sul cambiamento climatico e uno specifico evento dannoso, nella quantificazione dei danni, nell’identificazione dei soggetti responsabili³⁵.

Inoltre, forse in ragione della natura essenzialmente globale del loro oggetto – il cambiamento climatico – questi casi stanno creando una sorta di dialogo tra giudici appartenenti a ordinamenti differenti, conducendo a una certa convergenza e all’emersione di tendenze comuni. In aggiunta, va notato che tale dialogo non si limita ai soli giudici, ma interessa anche i ricorrenti, che sempre più frequentemente stabiliscono legami tra loro e con il mondo associativo e accademico, condividendo conoscenze e argomentazioni che possono essere utilizzate dinanzi alle corti. Questo contenzioso climatico in via di sviluppo rappresenta quindi un terreno fertile per la circolazione di concetti, principi e norme tra i sistemi giuridici³⁶.

Innanzitutto, mi pare degno di nota il riferimento alla tutela dei diritti fondamentali e dei diritti umani, che sembra essere ormai una costante di quasi tutte le controversie climatiche³⁷, sia quale espressione di un fenomeno più ampio che vede una sempre maggiore attenzione verso i diritti umani, ma anche per il fatto di permettere il superamento di alcuni ostacoli di diritto interno, come il principio

³⁵ Cfr. M. WILENSKY, *Climate change in the courts: an assessment of non-US climate litigation*, in *Duke Envtl. L. & Pol’y f.*, 2015, vol. 26, pp. 131 ss.

³⁶ Cfr. V. JACOMETTI, *Climate Change Litigation*, cit.; B. POZZO, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit.

³⁷ Sull’approccio fondato sui diritti umani si vedano *inter alia* M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, pp. 506 ss.; J. PEEL, H.M. OSOFSKY, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?*, in *Transnational Environmental Law* 2018, pp. 37 ss.; A. SAVARESI, J. AUZ, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries*, in *Climate Law*, 2019, pp. 244 ss.

della separazione dei poteri e la legittimazione ad agire, che hanno sovente impedito che le controversie climatiche avessero successo.

Per altro verso, queste controversie adottano impostazioni differenziate a seconda del sistema giuridico in cui si sono sviluppate. In particolare, negli ordinamenti che riconoscono il diritto a un ambiente pulito e salubre, i giudici nazionali hanno cominciato a considerare le implicazioni di questo diritto in relazione alle questioni climatiche. D'altra parte, dato che a livello internazionale è da tempo riconosciuto che condizioni ambientali inadeguate possono impedire l'effettivo godimento di altri diritti, quali il diritto alla vita, alla salute, all'acqua, al cibo, si è iniziato a riconoscere che gli effetti del cambiamento climatico e la mancata adozione di misure di mitigazione e adattamento costituiscono una violazione di tali diritti, anche laddove manchi il riconoscimento espresso di un diritto fondamentale all'ambiente.

In secondo luogo, vorrei anche richiamare l'affermarsi di nuove tipologie di attori, in parte proprio in ragione del riferimento ai diritti umani, con un conseguente impatto sia sulla questione della legittimazione ad agire che sulle pretese fatte valere e riconosciute in giudizio. Infatti, le controversie climatiche sono spesso promosse da associazioni per la tutela dei diritti umani e tra gli attori si annoverano sovente giovani individui i cui diritti saranno pregiudicati in futuro dai cambiamenti climatici e che agiscono anche per la tutela dei diritti delle generazioni future.

Tutti questi soggetti, per sostenere le proprie rivendicazioni, mettono in atto strategie innovative, facendo riferimento ad una varietà di fonti, di diversa origine e portata.

In primis, si segnalano i principi di diritto internazionale, specialmente il principio di precauzione e quello di equità intergenerazionale, il diritto internazionale pattizio e in particolare l'Accordo di Parigi, che vengono richiamati per interpretare il diritto interno, così da configurare obblighi di mitigazione e adattamento in capo ai soggetti – pubblici o privati – considerati responsabili³⁸.

³⁸ Cfr. anche E.P. ERMAKOVA, *Lawsuits against Governments and Private Companies of European Countries over Climate Protection under the Paris Agreement 2015 (UK, Netherlands, Germany and France)*, in *Perm U. Herald Jurid. Sci.*, 2020, n. 49, p. 616.

Interessante è anche il frequente richiamo a strumenti di *soft law*, come gli *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, che attesta come anche in questo ambito, laddove manchi una regolamentazione da parte dei soggetti pubblici, vi sia sempre più spazio per le regole create da attori privati.

Non da ultimo, va anche evidenziata l'importanza del richiamo alle più recenti evidenze scientifiche sulle cause e sulle conseguenze dei cambiamenti climatici e soprattutto ai rapporti dell'*Intergovernmental Panel on Climate Change*³⁹, che avendo avuto riconoscimento espresso da parte della Comunità internazionale con l'Accordo di Parigi, rappresentano il punto di riferimento fondamentale per sostanziare il riconoscimento di diritti e obblighi relativi al cambiamento climatico.

Cionondimeno, sebbene si riscontrino queste tendenze comuni, è difficile prevedere gli sviluppi futuri nei vari sistemi giuridici, in quanto le problematiche giuridiche da affrontare assumono forme diverse a seconda delle specificità di ciascun ordinamento; e anche quando le strategie contenziose sono analoghe è evidente come gli esiti giudiziari dipendano essenzialmente da variabili che differiscono nei singoli ordinamenti.

Pertanto, in una prospettiva di diritto comparato emerge chiaramente come, sebbene si osservi una tendenza a una crescente uniformazione delle norme di diritto ambientale a livello globale, specialmente con riguardo a problematiche globali come i cambiamenti climatici, la loro applicazione è pur sempre locale ed è strettamente legata al *legal process* in cui tali norme si collocano⁴⁰.

³⁹ Reperibili sul sito www.ipcc.ch

⁴⁰ B. Pozzo, *The climate change litigation in a comparative law perspective*, cit.

EDUCAZIONE FINANZIARIA E ACCESSO
AI SERVIZI FINANZIARI ED ASSICURATIVI DIGITALI
DA PARTE DI SOGGETTI E COLLETTIVITÀ SVANTAGGIATE

*Valentina Lunesu**

1. *Introduzione*

Come noto la cd. “inclusione finanziaria” è strumento indispensabile ai fini della riduzione delle ineguaglianze esistenti in e tra Paesi¹, ed esso costituisce uno degli obiettivi di sostenibilità sociale che, almeno sul piano declamato, tutti i governi del mondo sembrano voler perseguire.

Il tema di per sé non è del tutto nuovo. È ormai da diversi anni che è stato riconosciuto all’inclusione finanziaria il merito di migliorare il benessere finanziario degli individui, ridurre povertà e disuguaglianze e promuovere la crescita economica nazionale. Dal punto di vista macroeconomico, i Paesi con sistemi finanziari più sviluppati e con un maggior numero di soggetti finanziariamente inclusi godono di crescite economiche più elevate e riducono tassi di povertà e disuguaglianze di reddito². Si consideri inoltre che l’inclusione non si limita all’accessibilità materiale ai servizi, ma comprende altresì la conoscenza degli strumenti disponibili e quindi la competenza per richiederli e farne un utilizzo appropriato.

* Dottoranda di ricerca, Università degli Studi di Milano.

¹ La riduzione delle disuguaglianze all’interno dei e fra i Paesi costituisce il decimo obiettivo dell’Agenda ONU 2030.

² C. PAZARBASIOGLU *et al.*, *Digital financial services*, World Bank Group, April 2020.

In tale direzione l'apporto della tecnologia è parso sin da subito elemento di facilitazione di tali obiettivi, ed in effetti la diffusione dei servizi offerti dalla finanza digitale richiamano, come ovvio, l'attenzione dei giuristi, e ciò in particolare per le ragioni che seguono: i cd. Fintech e Insurtech³ sono fenomeni che si sviluppano fortemente anche in ambienti "normativamente lacunosi", il che genera nuovi rischi per il mercato, per la stabilità economica e per i consumatori stessi.

La Cina, passata in brevissimo tempo da un sistema finanziario tradizionale e inefficiente a uno dei sistemi finanziari più digitalizzati del mondo, ha registrato progressi significativi di inclusione proprio grazie allo sfruttamento del rapido sviluppo e applicazione dell'*Internet finance*, senza tuttavia mancare di incorrere nelle richiamate problematiche. Si ritiene pertanto che lo studio dell'esperienza giuridica cinese, dei relativi formanti ma anche delle politiche attuate, i risultati e le criticità sopravvenute possano fornire preziosi spunti di riflessione per *decision makers* e comunità scientifica.

2. *Inclusione finanziaria*

La disparità dei redditi nei diversi Paesi del mondo, nonché la disuguaglianza fra "ricchi e poveri" all'interno dei singoli Paesi, compromette garanzie fondamentali quali pari opportunità tra le persone, l'accesso ad un lavoro dignitoso, a servizi sanitari ed educativi⁴. In questi termini, i gruppi ed i soggetti più vulnerabili della società, quali ad esempio disoccupati, immigrati, senz'altro, diver-

³ Dai dati del Global Findex Database del 2021 emerge che anche nei paesi in via di sviluppo il numero di possessori di un conto bancario è in aumento grazie allo sviluppo dei pagamenti digitali e alle politiche dei governi che ne hanno incrementato l'uso anche per i versamenti di pensioni e sussidi statali. Tuttavia permangono numerose disuguaglianze: poveri, donne, disoccupati, anziani e persone non istruite, comparativamente, rappresentano in percentuale i soggetti con il minor numero di conti aperti. (C. MILANA, A. ASHTA, *Microfinance and financial inclusion: Challenges and opportunities*, in *Strategic Change*, 2020, vol. 29, pp. 257-266).

⁴ È importante sottolineare che sfide dell'inclusione finanziaria non si limitano ai paesi in via di sviluppo. Cfr. S. CHEN *et al.*, *Virtual banking and beyond*, Bank for International Settlements, Monetary and Economic Department, 2022.

samente abili, ma anche donne e anziani, tendono a vivere una condizione di marginalizzazione dalla vita sociale e politica della comunità/stato⁵, e, nel contesto europeo in particolare, questo fenomeno, cd. di esclusione sociale, parrebbe rappresentare un vero e proprio sinonimo – politicamente più accettabile – del termine “povertà”⁶.

L’esclusione sociale viene oggi associata all’“esclusione finanziaria”⁷. Tale locuzione, che volutamente evoca l’estraneità di un soggetto al sistema finanziario, si contrappone all’inclusione finanziaria, volta a descrivere la situazione socio-economica in cui gli individui hanno accesso, o hanno accesso a condizioni notevolmente più agevoli, a servizi che sono difficilmente disponibili per i cittadini esclusi (conti corrente, carte di credito, polizze assicurative)⁸. La dicotomia esclusione finanziaria-esclusione sociale ha preso sostanzialmente piede nel momento in cui la circolazione degli strumenti forniti dai mercati finanziari e assicurativi, sostenuta e accelerata dalla globalizzazione e dall’utilizzo della tecnologia, ha comportato un sempre maggiore sfruttamento degli stessi nella vita quotidiana.

In uno studio del 2008 per la Commissione europea⁹, l’esclusione finanziaria è stata definita quale processo in cui le persone incontrano difficoltà ad accedere e/o utilizzare servizi e prodotti finanziari nel mercato tradizionale adeguati ai propri bisogni e che permetterebbero loro di condurre una vita sociale normale nella società a

⁵ G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen: Social and Financial Inclusion through European Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2018, pp. 58-87.

⁶ *Ibidem*, p. 17.

⁷ P.K. OZILI, *Social Inclusion and Financial Inclusion: International Evidence*, in *International journal of development issues*, 2020, vol. IX, n. 2, pp. 169-186.

⁸ A. DEMIRGUC-KUNT *et al.*, *Financial Inclusion and Inclusive Growth: A Review of Recent Empirical Evidence*, Policy Research Working Paper, Washington, D.C., World Bank Group, 2017; A. BARAJAS *et al.*, *Financial Inclusion: What have we learned so far? What do we have to learn?*, IMF Working Paper, 2020; P.K. PETERSON K., *Theories of Financial Inclusion*, IDEAS Working Paper Series from RePEc, 2020.

⁹ Dal testo: «a process whereby people encounter difficulties accessing and/or using financial services and products in the mainstream market that are appropriate to their needs and enable them to lead a normal social life in the society in which they belong». L. ANDERLONI *et al.*, *Financial services provision and prevention of financial exclusion*, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, March 2008, p. 4.

cui appartengono. Ovviantemente tale definizione ha una portata essenzialmente descrittiva, tenuto conto che essa non può avere un contenuto univoco sul piano internazionale dovendosi considerare che i livelli di inclusione ed esclusione sono strettamente correlati al livello di sviluppo economico, finanziario e digitale delle diverse regioni del mondo e che pertanto, sebbene una descrizione del fenomeno in astratto possa apparire semplice, la misurazione dello stesso in concreto è assai più complessa¹⁰.

Pare opportuno sottolineare che negli ultimi anni si è altresì diffusa la locuzione “inclusione finanziaria digitale”¹¹, che più precisamente descrive la possibilità di accesso agli strumenti innovativi creati dalla digitalizzazione dei mercati finanziari e assicurativi, nonché di poter usufruire di soluzioni tecnologiche, trasparenti, a basso costo e semplici da utilizzare, riconosciute quale mezzo migliore per il raggiungimento degli obiettivi (nazionali e internazionali) di inclusione, così da avvicinare comunità e consumatori, in particolare quelli che versano in condizioni di maggiore povertà, esclusi o scarsamente serviti da infrastrutture di servizi finanziari tradizionali¹². Si pensi ad esempio agli strumenti di micro-finanza e micro-assicurazione, notoriamente nati con lo scopo di rendere la finanza più inclusiva, i quali garantiscono un facile ed economico accesso a innu-

¹⁰ G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen: Social and Financial Inclusion through European Private Law*, cit., la misurazione in concreto richiederebbe, ad esempio, di prendere in considerazione il numero di prodotti finanziari che dovrebbe possedere una persona per essere considerata inclusa finanziariamente e di valutare se l'esclusione finanziaria debba essere considerata in termini assoluti o relativi, analogamente alla tradizionale distinzione tra povertà assoluta e relativa. Ancora, la definizione di inclusione finanziaria dipenderebbe altresì dall'ambito dell'analisi e la disponibilità di dati per misurarla (A. BARAJAS *et al.*, *Financial Inclusion: What have we learned so far? What do we have to learn?*, cit. p. 3; v. anche M. BIANCO *et al.*, *Challenges for financial inclusion: the role for financial education and new directions*, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 723, Roma, Banca d'Italia, 2022).

¹¹ Secondo la definizione promossa dalla World Bank, si caratterizza per il «deployment of the cost-saving digital means to reach currently financially excluded and underserved populations with a range of formal financial services suited to their needs that are responsibly delivered at a cost affordable to customers and sustainable for provider».

¹² D.W. ARNER *et al.*, *Sustainability, Fintech and Financial Inclusion*, in *European business organization law review*, 2020, vol. XXI, n. 1, pp. 7-35.

merevoli beni e servizi nel breve termine e consentono una migliore gestione di risorse nel lungo termine¹³.

La sempre maggiore diffusione di questi prodotti e servizi finanziari appropriati, equi e sicuri, fa sì che l'impossibilità di accedere a tali soluzioni, paradossalmente, inclusive, comporti una crescente divaricazione della forbice sociale e delle disuguaglianze esistenti in e tra Paesi¹⁴. Gli attuali servizi finanziari contribuiscono difatti ad aumentare l'efficienza quotidiana e ad incrementare la capacità di guadagno, consentendo di investire in istruzione, salute, abitazione e imprese, di regolare i consumi e di rafforzare la capacità di fronteggiare particolari rischi, quali malattia o perdita del lavoro, attraverso prodotti di risparmio, di prestito e assicurativi di base¹⁵. Lo sviluppo tecnologico consente poi la massima targettizzazione dei prodotti rispetto alle esigenze del consumatore mediante l'utilizzo da parte dei fornitori di servizi dei dati inerenti le abitudini di spesa e di vita dei fruitori. Si noti da ultimo come le piattaforme Fintech possono facilitare le transazioni finanziarie quotidiane, quali l'invio di denaro, il pagamento di un canone o la ricezione dello stipendio, eliminando l'utilizzo di denaro contante, meno efficiente, più rischioso e che, richiedendo un'interazione personale, comporta una maggiore spesa in termini di tempo e mezzi per il raggiungimento del luogo dell'affare¹⁶.

¹³ I. CHASTON, *The father of micro-finance*, London, SAGE Publications Ltd., 2009; C. MILANA, A. ASHTA, *Microfinance and financial inclusion: Challenges and opportunities*, in *Strategic Change*, 2020, vol. XXIX, pp. 257-266.

¹⁴ OECD, *Policy Guidance on Digitalisation and Financial Literacy*, G20/OECD INFE, 2018.

¹⁵ I sondaggi proposti dal Global Findex Database 2021 hanno riportato che nelle economie in via di sviluppo solo circa la metà degli adulti nelle sarebbe in grado di accedere a fondi "extra" entro 30 giorni se dovesse affrontare una spesa imprevista, e circa la metà degli adulti si dice molto preoccupata per almeno un'area di stress finanziario, tra cui spese sanitarie in caso di malattia o incidente grave, spese scolastiche e il continuo impatto economico della pandemia COVID-19. Secondo i medesimi sondaggi, donne e poveri risultano avere meno probabilità degli uomini e delle persone più ricche di riuscire a raccogliere denaro per le emergenze e più probabilità di affidarsi ad amici e parenti come fonte primaria (World Bank Group, *The Global Findex Database 2021: Financial Inclusion, Digital Payments, and Resilience in the Age of COVID-19*, The World Bank, 2021).

¹⁶ Secondo le statistiche del Global Findex Database 2021, i pagamenti tramite cellulare sono diventati un importante fattore di inclusione finanziaria nell'A-

3. Educazione finanziaria

I servizi finanziari digitali costituiscono strumento di inclusione se conosciuti e consapevolmente utilizzati, contrariamente, generano nuovi rischi di esclusione cui rimangono esposti – più degli altri – i soggetti più deboli¹⁷. I benefici dei prodotti finanziari digitali negli ultimi anni hanno facilitato e velocizzato l'inclusione finanziaria con maggiore diffusione in Paesi dotati di infrastrutture digitali idonee a sostenere la domanda crescente, nonché composti da una platea di soggetti con competenze digitali e finanziarie adeguate¹⁸. Tali competenze costituiscono in effetti strumento primario per garantire l'inclusione¹⁹, in quanto mitigano il pericolo di incorrere in frodi, di fare un utilizzo pregiudizievole dei servizi acquistati e di investire in prodotti rischiosi senza esserne consapevoli. Oltre a ciò, limitate competenze digitali e finanziarie comportano l'ulteriore rischio di autoesclusione,

frica subsahariana, soprattutto per le donne, funzionando quale incentivo all'apertura di un conto corrente al fine del suo utilizzo per inviare pagamenti, raccogliere risparmi e richiedere prestiti. I risultati di sondaggi proposti a 1,4 miliardi di soggetti adulti finanziariamente esclusi mostrano altresì che nelle economie in via di sviluppo le barriere geografiche, da intendersi quale distanza dall'istituto finanziario, costituiscono uno dei principali ostacoli al possesso di un conto corrente, insieme a mancanza di denaro e documentazione insufficiente. Si sostiene che fornitori di servizi, comprese in particolare le Fintech, potrebbero supportare l'inclusione fornendo sistemi di identificazione innovativi e account mobili che non richiedano di recarsi fisicamente presso agenzie e filiali (*ibidem*).

¹⁷ T. PHILIPPON, *On Fintech and Financial Inclusion*, Working Paper n. 841, Bank for International Settlements, 2020. Per completezza si precisa che debbono aggiungersi tutti i nuovi rischi, ormai noti, nati con la tecnologia stessa, quali rischi legati alla privacy e cyber attack, nonché bias derivanti dall'uso crescente di algoritmi, che possono influenzare le decisioni in materia di credito o assicurazione e possono portare a negare l'accesso a determinati servizi o ad addebiti inappropriati sulla base di correlazioni imprecise o errate effettuate senza l'interpretazione umana (v. *infra* par. 4).

¹⁸ S. LAMBOGLIA, M. STACCHINI, *Financial literacy, numeracy and schooling: evidence from developed countries*, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), n. 722, Roma, Banca d'Italia, 2022. Sulle principali barriere all'inclusione v. anche S. AGGARWAL, L.F. KLAPPER, *Designing Government Policies to Expand Financial Inclusion: Evidence from Around the World*, 2013; S. AGGARWAL, *Barriers of Financial Inclusion With Reference to Literature*, in *Think India Journal*, 2019, vol. XXII, pp. 14731-14734.

¹⁹ M. BIANCO *et al.*, *Challenges for financial inclusion: the role for financial education and new directions*, cit. p. 3.

ossia di esclusione su base volontaria, pericolo accresciuto il più delle volte da una mancanza di fiducia nelle controparti fornitrici²⁰. Si rende dunque necessario affiancare alla crescente digitalizzazione della vita odierna e delle decisioni finanziarie strumenti idonei a garantire un proporzionale aumento dei livelli di alfabetizzazione digitale e finanziaria²¹, altrimenti si rischierebbe che le soluzioni Fintech, lungi dal democratizzare l'accesso ai servizi finanziari, producano, all'opposto, un incremento delle ineguaglianze.

Alla luce di quanto sopra, si sottolinea che i progetti di educazione finanziaria non possono prescindere dall'includere profili di educazione digitale, poiché i benefici e i rischi derivanti dall'applicazione dell'innovazione digitale all'industria finanziaria «indicano che le competenze digitali e quelle di alfabetizzazione finanziaria sono motori complementari del benessere finanziario personale nell'era digitale. Infatti, mentre l'accelerazione digitale ha indubbiamente il potere di arricchire l'offerta di servizi finanziari e il numero di potenziali consumatori, sul lato della domanda potrebbero sorgere nuovi vincoli se le competenze digitali e finanziarie fossero considerate in modo isolato, anziché complementare»²².

4. *Inclusione e alfabetizzazione finanziaria-digitale: il caso cinese*

Nella Repubblica Popolare Cinese (di seguito RPC) l'ampliamento dell'accesso ai servizi bancari di base era già stata posta come

²⁰ L'esclusione finanziaria può essere volontaria laddove sussistano ragioni soggettive – religiose, culturali economiche e non – che determinano la volontà del soggetto di autoescludersi dal sistema finanziario. A. DEMIRGUC-KUNT, L. KLAPPER, *Measuring Financial Inclusion: The Global Findex Database, Policy Research Working Paper*, Washington, D.C., World Bank Group, 2012; A. DEMIRGUC-KUNT, L. KLAPPER, L. ZINGALES, *Trust in Banks*, Policy Research Working Paper, Washington, D.C., World Bank Group, 2012.

²¹ Per una rassegna della letteratura sui benefici dell'educazione finanziaria v. R. DE BONIS *et al.*, *Educazione finanziaria: presupposti, politiche ed esperienza della Banca d'Italia*, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), n. 726, Roma, Banca d'Italia, 2022.

²² Traduzione mia, da M. BIANCO *et al.*, *Challenges for financial inclusion: the role for financial education and new directions*, cit. p. 3.

C. PAZARBASIOGLU *et al.*, *Digital Financial Services*, World Bank Group, 2020.

priorità politica a partire dagli anni Novanta, nel periodo storico in cui sono state introdotte le prime misure per la diffusione dei micro-crediti²³. I migliori risultati in termini di risposta del mercato e innalzamento dei livelli di penetrazione finanziaria sono stati raggiunti con l'avvento delle tecnologie degli anni Duemila, allorché fornitori innovativi, caratterizzati da modelli di business basati su finanza digitale e *Internet finance*, hanno introdotto prodotti caratterizzati da interfacce semplici e rendimenti immediati²⁴. Nel momento in cui gli imprenditori finanziari si sono rivolti alle nuove tecnologie per soddisfare la domanda finanziaria dei consumatori tradizionalmente esclusi, la diffusione delle soluzioni Fintech, quali pagamenti mobili, i trasferimenti di denaro e i prestiti online, il *crowdfunding*, ma anche di tecnologia applicata alle assicurazioni (cd. "Insurtech")²⁵ ha preso rapidamente piede, portando oggi la RPC a essere riconosciuta tra i paesi leader nella finanza inclusiva digitale²⁶.

Nel contesto descritto, a dicembre 2015 l'inclusione finanziaria è stata formalmente riconosciuta come obiettivo strategico nazionale ed è stato avviato il "Piano per l'avanzamento dello svilup-

²³ La RPC ha introdotto tali soluzioni già nel 1993 prendendo ad esempio il modello ideato dal Prof. Muhammad Yunus in Bangladesh, inventore del micro-credito, che ha con i suoi prestiti di ridotto valore ai più poveri ha portato al successo la Grameen Bank, oggi nota come prima banca dei poveri (v. I. CHASTON, *The father of micro-finance*, cit. p. 3).

²⁴ H. CHENG, *Chinese Experience of Advancing Financial Inclusion in Light of Foster's Three Limiting Conditions in Institutional Change*, in *Journal of Economic Issues*, vol. LIV, n. 2, 2020, pp. 480-85.

²⁵ Negli ultimi anni, la distribuzione di prodotti assicurativi online nella RPC è cresciuta esponenzialmente, in particolare per la capacità di superare le barriere geografiche e permettere l'accesso ai servizi assicurativi anche ai residenti delle aree rurali. Inoltre, le soluzioni Insurtech, tramite lo sfruttamento degli strumenti digitali ad essi abbinati, hanno permesso la creazione prodotti sempre più tailorizzati e a prezzi sempre più ridotti, incredibilmente innovativi e accessibili anche ai segmenti più poveri della popolazione (cfr. V. LUNESU, *Insurtech: Il Modello Cinese*, in *Assicurazioni*, fasc. III, 2021 pp. 467-489).

²⁶ Secondo i dati ufficiali diffusi dal China Internet Network Information Centre, alla fine del 2016 la Cina contava un totale di più di 730 milioni di utenti internet, un numero superiore a quello degli Stati Uniti e dell'Europa messi insieme. Il tasso di penetrazione online in Cina ha raggiunto il 53,2%, superando il tasso medio globale del 3,1% e quello asiatico del 7,6%. Cfr. *Statistical Report on Internet Development in China*, Beijing, China Internet Network Information Centre, 2017, p. 39.

po dell'inclusione finanziaria 2016-2020" del Consiglio di Stato (di seguito, il Piano)²⁷, che delinea una strategia nazionale per migliorare la disponibilità, l'adozione e la qualità dei servizi e dei prodotti finanziari, con una forte enfasi sui servizi finanziari digitali, e con particolare riguardo alle micro e piccole imprese, individuando quali destinatari delle misure i residenti rurali, i cittadini urbani a basso reddito, i poveri, i disabili e gli anziani. Dal punto di vista dello sviluppo normativo, il Piano afferma l'esigenza della produzione di norme che siano in grado di sostenere e seguire l'innovazione tecnologica, e sistemi di supervisione del settore finanziario efficaci e idonei a mitigare i nuovi rischi. Per quanto concerne l'innovazione dei prodotti e dei servizi, in estrema sintesi, viene confermata l'urgenza di sfruttare la tecnologia per ridurre i costi delle transazioni finanziarie ed estendere il numero e il raggio dei servizi inclusivi. In particolare si propone di introdurre prestiti di basso valore rivolti a specifiche categorie di soggetti (quali piccole e micro imprese, giovani laureati, agricoltori), di sviluppare prodotti finanziari adatti alle esigenze di persone con disabilità, nonché di rafforzare la promozione di *online* e *mobile banking* e perfezionare i metodi di pagamento elettronico. Si prevede inoltre l'introduzione di policy che incentivino banche, compagnie di assicurazioni e altri istituti finanziari (e non) a collaborare ed adottare soluzioni più inclusive, oltre che un generale innalzamento dei livelli di sfruttamento e applicazione della tecnologia all'intero business degli stessi. Infine, è di sicuro interesse la particolare attenzione che il Piano pone al rafforzamento dell'educazione finanziaria quale veicolo per l'inclusione e la protezione dei diritti e degli interessi dei consumatori. Più precisamente, esso sostiene che gli obiettivi di alfabetizzazione possano essere raggiunti attraverso la diffusione informativa utilizzando trasmissioni televisive, libri, riviste, media digitali e altri canali di comunicazione di massa, nonché incontri nelle scuole e nelle università. L'obiettivo è quello di una divulgazione efficace nel lungo termine e multilivello delle conoscenze finanziarie di base, con particolare attenzione alla diffusione delle informazioni sui rischi che il sistema finanziario

²⁷ 国务院关于印发推进普惠金融发展规划（2016-2020年）的通知，国发2015，74号（2016-2020）.

(digitale) comporta, così da guidare i consumatori all'investimento consapevole in base alla propria tolleranza al rischio e alle caratteristiche dei prodotti finanziari prescelti.

Tuttavia, pare determinante evidenziare che la crescita esponenziale del Fintech, soprattutto nei primi anni del suo sviluppo, è stata determinata tanto da un appoggio politico in tal senso quanto dall'assenza di normativa adeguata specificamente diretta ai nuovi servizi, strumenti e operatori²⁸. Questa iniziale politica di *lassaiz-faire* ha stimolato l'ingresso nel mercato anche di operatori fraudolenti, e, di conseguenza, la rivelazione di numerosi scandali connessi alle piattaforme Fintech (diffusione di pratiche fraudolente come lo "schema Ponzi" e i prestiti usurari su piattaforme di prestito online), generando sfiducia nei consumatori e facendo luce sui rischi – e soprattutto sui possibili danni patrimoniali e reputazionali – che l'*Internet finance* può generare, anzitutto nei confronti dei soggetti svantaggiati, più inclini ad esporsi agli stessi²⁹.

A titolo di esempio, può richiamarsi il famoso scandalo dei "naked loans" (luotiao jiedai – 裸條借貸), in cui numerosissimi prestiti predatori³⁰ sono stati concessi a studentesse universitarie attraverso diverse piattaforme di prestito *peer to peer* (di seguito P2P)³¹. Nel 2016, l'emergere dello scandalo tra i media nazionali e internazionali ha rivelato che queste piattaforme, intercettando le esigenze di prestiti di basso valore delle citate studentesse, permettevano alle stesse di accedere a sistemi di micro-finanziamento ponendo a garanzia del credito proprie foto senza veli³², che sarebbero poi state rese pubbliche in caso di ritardi nel rimborso delle relative rate. Solo

²⁸ D. CHEN, *et al.*, *Too Much Technology and Too Little Regulation? The Spectacular Demise of P2P Lending in China*, in *Accounting, Economics, and Law: A Convivium*, 2021.

²⁹ C. DING, *et al.*, *Lessons from the Rise and Fall of Chinese Peer-to-Peer Lending*, in *Journal of Banking Regulation*, vol. XXII, n. 2, 2021, pp. 133-143.

³⁰ Si intende prestito predatorio qualsiasi pratica di prestito che impone termini di prestito ingiusti e abusivi ai mutuatari.

³¹ Si tratta di piattaforme digitali che permettono la concessione di prestiti cd. "tra pari" a individui e a imprese da parte di investitori privati senza dover passare per il tramite di intermediari finanziari tradizionali.

³² <http://edu.people.com.cn/BIG5/n1/2016/1206/c1053-28926999.html>; <https://www.theguardian.com/world/2016/jun/15/chinas-naked-loans-force-female-students-to-bare-all-in-return-for-more-cash>.

allora, la Vigilanza cinese (China Banking Regulatory Commission) ha vietato alle istituzioni finanziarie non autorizzate di concedere prestiti agli studenti, mentre la China Construction Bank e la Bank of China hanno iniziato a introdurre prestiti al consumo nei campus universitari.

In risposta ai continui scandali concernenti le piattaforme Fintech, i regolatori cinesi hanno da ultimo introdotto un regime normativo molto rigido, caratterizzato da stringenti requisiti in termini di capitale, di adempimenti e competenze per la registrazione degli operatori, completato da un sistema sanzionatorio particolarmente disincentivante rispetto a pratiche illegali e ai crimini finanziari³³. Alla stretta normativa è seguita una fortissima contrazione del mercato delle piattaforme Fintech cinesi, e in particolare quelle finalizzate al prestito, la cui quota di mercato nel panorama mondiale è passata dal 70,7% nel 2018, al solo l'1% nel 2020³⁴.

5. *L'impatto della regolazione*

La regolazione costituisce uno dei principali fattori di successo anche nello sviluppo degli ecosistemi Fintech e per il raggiungimento degli obiettivi di inclusione finanziaria e protezione dei consumatori.

³³ Con riferimento alle piattaforme P2P, le *Interim Measures on Online Lending* del 2016 costituiscono il regime regolatorio principale, composto da 47 articoli che regolano gli aspetti più rilevanti del settore dei prestiti online, la violazione delle cui regole può comportare sia sanzioni amministrative che penali. Alle suddette misure si affiancano linee guida attuative di maggiore dettaglio (*Guideline on the Administration of Recordation and Registration of Online Lending Information Intermediary Institutions; Guideline on Custodian Business for Online Lending Funds; Guideline on Information Disclosure by Online Lending Information Intermediary Institutions*), nonché le normative primarie come, ad esempio, quelle in materia di antiriciclaggio, tutela dei consumatori e concorrenza. V. anche R.H. HUANG, *Online P2P Lending and Regulatory Responses in China: Opportunities and Challenges*, in *European Business Organization Law Review*, vol. IX, n. 1, 2018, pp. 63-92.

³⁴ S. CARDILLO *et al.*, *Le piattaforme Fintech di prestito e di raccolta di finanziamenti nel mondo e in Italia*, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, n. 702, Roma, Banca d'Italia, 2022, p. 7.

L'intervento dei regolatori è vitale per sviluppare quadri normativi che incentivino la creazione e la diffusione di beni e servizi innovativi e forniscano un maggiore raggio d'azione ai nuovi operatori non bancari³⁵. D'altro canto, la normativa non può mancare di tutelare la qualità e l'affidabilità dei servizi al fine di limitare le minacce sottese alla diffusione della finanza digitale e al coinvolgimento di nuovi agenti, quali rischi legati a una *mala gestio* dei dati personali e del denaro, frodi, furti, violazioni della normativa antiriciclaggio e antiterrorismo, ma anche rischi derivanti dalla scarsa trasparenza nell'informativa e la messa in atto di pratiche commerciali scorrette.

Ciò detto, sembra di poter affermare che la regolazione dovrebbe perseguire determinati obiettivi ed evitare altresì che si verificino distorsioni. La stessa regolamentazione non dovrebbe infatti provocare l'incentivazione di discriminazioni dirette e/o indirette e i livelli di protezione e accessibilità dovrebbero essere omogenei sia all'interno dei Paesi (ad. es. medesimi meccanismi di divulgazione dell'informativa, coordinamento tra le varie autorità e pari possibilità di accesso alla giustizia), nonché tra Paesi, garantendo un *level playing field* in termini di adeguatezza dei fornitori, controllo delle attività transfrontaliere ed eliminazione di arbitraggi normativi³⁶.

Più elevati livelli di inclusione potrebbero essere altresì garantiti tramite sistemi e politiche di incentivazione diretti tanto alle micro e piccole imprese (finanziamenti, sgravi fiscali), quanto ai singoli individui. Per quanto riguarda questi ultimi, alcuni studi ritengono particolarmente favorevole l'introduzione di requisiti di *consumer due diligence* differenziati sulla base del livello di rischio dei clienti, in particolare se caratterizzati dalla possibilità di sot-

³⁵ L'Unione europea, con questa finalità, ha adottato la Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE. L'obiettivo è di aprire il mercato europeo dei pagamenti al dettaglio alle società Fintech emergenti e di migliorare la protezione dei consumatori, così da «generare efficienze nel sistema dei pagamenti nel suo complesso e tradursi in una maggiore scelta e una maggiore trasparenza dei servizi di pagamento, rafforzando nel contempo la fiducia dei consumatori in un mercato dei pagamenti armonizzato» (Considerando 6).

³⁶ OECD, *Policy Guidance on Digitalisation and Financial Literacy*, cit., p. 3.

trarsi ai controlli di verifica dell'identità laddove il rischio sia particolarmente basso³⁷.

Ancora, alla luce di quanto esposto nei paragrafi precedenti, i regolatori dovrebbero attuare politiche efficaci di educazione finanziaria e digitale, in quanto lo sviluppo dell'alfabetizzazione finanziaria e delle competenze tecnologiche appaiono oggi – soprattutto nel periodo post pandemico da COVID-19 – essenziali per partecipare tanto alla vita economico-finanziaria quanto sociale del Paese³⁸. Come visto (*supra*, par. 2) l'educazione finanziaria costituisce uno strumento fondamentale per i cittadini, aiutandoli a gestire meglio le proprie finanze, riducendo il rischio di indebitamento, permettendogli di compiere scelte più consapevoli anche dal punto di vista previdenziale e di formazione di fondi di risparmio in vista dell'età anziana. Tali politiche rappresentano un'importante fonte di prevenzione dei rischi finanziari, in quanto le possibili norme di tutela succitate potrebbero non essere sufficienti o non altrettanto efficaci quando il consumatore non è in grado di comprenderle. Come anticipato, favorire una maggiore consapevolezza e protezione del singolo, nonché l'inclusione e la riduzione delle disuguaglianze, conduce ad effetti positivi anche per la comunità e lo Stato nel suo complesso, creando maggiore fiducia nel mercato da un lato, generando maggiore ricchezza e più ampia partecipazione alle scelte politico-economiche dei governi³⁹, dall'altro. Oltre ai mezzi tradizionali di educazione, quali possono essere l'inserimento di apposite lezioni nelle scuole di diverso ordine e grado o corsi *ad hoc* previsti per la popolazione adulta, i regolatori potrebbero altresì incentivare le stesse Fintech o compagnie Bigtech a provvedere alla predisposizione di piattaforme o network per promuovere l'alfabetizzazione finanziaria e digi-

³⁷ È quanto accaduto in Messico, dove tali misure hanno consentito l'apertura di conti da remoto per portafogli elettronici collegati a carte di debito di scarso valore. Per contro, sono stati rafforzati i sistemi di controllo antiriciclaggio e antiterrorismo mediante la creazione di una banca dati nazionale pubblica che fornisce alle banche un quadro complessivo delle transazioni finanziarie internazionali dei clienti (*ibidem*).

³⁸ M. BIANCO *et al.*, *Challenges for financial inclusion: the role for financial education and new directions*, cit., p. 3.

³⁹ R. DE BONIS *et al.*, *Educazione finanziaria: presupposti, politiche ed esperienza della Banca d'Italia*, cit., p. 4.

tale tra i propri consumatori. Si consideri infatti che queste aziende possono contare su un grande numero di dati (relativi a età, sesso, educazione) che permetterebbe loro di creare strumenti di apprendimento su misura e interattivi meglio rispondenti alle esigenze degli utenti⁴⁰.

Da tutto quanto sopra emerge altresì chiaramente che gli strumenti per l'inclusione riposti in mano al regolatore non possono che costituire corollario dei più ampi obiettivi di sostenibilità, in particolare cd. sociale, spesso dimenticata all'ombra dal favore che i *policy maker* ripongono per la sostenibilità di tipo ambientale⁴¹. Una finanza più inclusiva rispecchia inevitabilmente una finanza più sostenibile⁴², e di ciò bisogna tenere conto alla luce del fatto che sostenibilità e responsabilità sociale di impresa rappresentano oggi una tendenza mondiale, dove i valori istituzionali sono sempre più valutati sulla base di *rating* ESG⁴³. Sostiene l'inclusione finanziaria significa avvicinarsi al raggiungimento di più d'uno dei diciassette *goals* per un futuro sostenibile individuati dall'Onu, tra cui, come d'altronde già citati, riduzione della povertà e della fame, promozione della salute e dell'educazione paritaria ed inclusiva, parità di genere e riduzione delle ineguaglianze. Pertanto l'incentivazione delle imprese a investire in tal senso, nonché a tenere un comportamento responsabile

⁴⁰ S. RAY, P. MORGAN, V. THAKUR, *Digital Financial Inclusion and Literacy from a G20 Perspective*, cit., p. 5.

⁴¹ I recenti regolamenti europei in materia ESG si concentrano sul raggiungimento di obiettivi *green*, il che è certamente dettato dall'urgenza del panorama temporale del cambiamento climatico e dalla più semplice modalità "misurazione" di ciò che può essere valutato ecosostenibile. D'altro canto, c'è ancora incertezza intorno al significato di sostenibilità sociale e gli interventi in merito sono di scarsa rilevanza (v. ad es. *Final Report on Social Taxonomy*, Platform on Sustainable Finance della Commissione Europea, febbraio 2022). Cfr. anche F. URBANI, *Rassegna dei principali interventi legislativi, istituzionali e di policy a livello europeo in ambito societario, bancario e dei mercati finanziari*, in *Rivista delle Società*, 2021, vol. I; C. LUISON, G. PACQUOLA, *La Tassonomia Europea*, in *Amministrazione & Finanza*, 2022, vol. VIII-IX.

⁴² A.M. PACCES, *Sustainable Corporate Governance: The Role of the Law*, European Corporate Governance Institute Working Paper, 2020, vol. V.

⁴³ Responsabilità sociale delle imprese (RSI) e relativa attuazione nel diritto societario dell'UE, Studio per la Commissione Juri, Unione Europea 2020; M. ORLANDI, *Strategie ESG e impatti sul Modello di business per un investitore istituzionale*, in *Amministrazione & Finanza*, 2022, vol. I.

e rispettoso dei diritti umani in senso ampio, anche attraverso strumenti normativi vincolanti, costituisce un ulteriore ruolo che i legislatori inevitabilmente ricoprono.

In conclusione, come messo in luce dal caso cinese, leggi e regolamenti sono in grado di determinare la direzione dell'espansione della finanza digitale inclusiva, anche verso un futuro più sostenibile: se da un lato una regolazione troppo allentata pone gravi pericoli per i consumatori e il mercato, una regolamentazione eccessivamente severa può dissuadere le piccole imprese e start-up dall'intraprendere questo tipo di business. Fine ultimo del regolatore dovrebbe dunque essere quello di trovare un giusto equilibrio tra la promozione dell'innovazione e la protezione dei consumatori sempre tenendo in considerazione i sopra ricordati obiettivi di sostenibilità.

6. *Conclusioni*

Le esperienze cinesi possono essere utili ai regolatori internazionali. L'innovazione finanziaria, grazie alle sue caratteristiche intrinseche, è considerata come un mezzo essenziale per aggirare le difficoltà di accesso agli strumenti finanziari e assicurativi tradizionali, promuovendo altresì la crescita economica statale. L'esperienza del settore P2P cinese ha tuttavia mostrato anche un'altra faccia della finanza digitale, presentando i pericoli portati dalla stessa quando sostenuta da una regolazione debole, se non del tutto assente.

Appare oggi pacifica la dimensione globale delle problematiche legate alla necessità di maggiore inclusione finanziaria e sociale, nonché ai rischi che digitalizzazione e mancanza di competenze comportano. La complessità degli strumenti Fintech, che si pongono quale soluzione di tali questioni, richiedono l'adozione di politiche universali che siano capaci di soddisfare i bisogni delle popolazioni svantaggiate e emarginate, proteggerle dai rischi e garantire uguaglianza in e tra Paesi. Sono necessari sistemi di incentivazione, nuove tutele e azioni di promozione dell'educazione finanziaria. Le conoscenze finanziarie, insieme a un solido quadro di protezione dei consumatori, sono fondamentali per consentire a individui e impre-

se di utilizzare in modo equo, tempestivo ed efficace l'ampia gamma di prodotti e servizi finanziari, i quali, a loro volta, dovranno essere regolamentati.

Pare infine opportuno sottolineare che i regolatori dovrebbero pensare alle questioni di sostenibilità (sociale, ma non solo), Fintech e inclusione finanziaria nel loro complesso e non separatamente e quali problematiche a sé stanti, in quanto né la Fintech né l'inclusione finanziaria sono obiettivi fini a sé stessi, piuttosto, entrambi sono strumenti necessari per costruire un futuro sostenibile.

LE DONNE NEL CONTENZIOSO CLIMATICO:
È POSSIBILE INDIVIDUARE UN FILONE DI CASI GIUDIZIARI
BASATI SULLA DISUGUAGLIANZA DI GENERE?

*Elena Nalato**

1. *Introduzione*

Il lavoro di ricerca alla base di questo contributo prende le mosse da un'osservazione. Negli ultimi anni, ed in particolare a partire dalla seconda metà del 2018, si è assistito alla mobilitazione del movimento dei giovani per il clima, che ha portato migliaia di persone di ogni età a scioperare e occupare strade ed altri spazi pubblici per avanzare istanze di giustizia intergenerazionale ed ottenere dalle autorità statali misure più ambiziose di mitigazione e adattamento ai cambiamenti climatici. Queste istanze sono espresse anche mediante un discreto numero di azioni legali intraprese da giovani ricorrenti, oppure per loro conto, o nel loro interesse. Tali azioni ed i conseguenti procedimenti giudiziari rappresentano una minima parte del contenzioso climatico o *climate change litigation*. Se una definizione comunemente accettata in letteratura non esiste¹, è opportuno ai fini del presente contributo adottare la definizione su cui si basa il report annuale *Global Trends in Climate Change Litigation* nonché il principale database globale disponibile a cura del Sabin Center for Cli-

* Dottoranda nel programma di interesse nazionale in “Sustainable Development and Climate Change”, IUSS Pavia e Università degli Studi dell’Insubria.

¹ J. SETZER, L.C. VANHALA, *Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance*, in *WIRE’s Climate Change*, 2019, X, p. 4.

mate Change Law presso la Columbia University di New York²: rientrano nel novero del contenzioso climatico i casi instaurati dinanzi a organi giudiziari o paragiudiziari che includano questioni materiali relative alla scienza, alla politica o al diritto dei cambiamenti climatici³. Una ricerca nel database sopra menzionato, al netto delle limitazioni di tale metodo di indagine di cui si darà conto oltre nel presente contributo, restituisce 81 casi che coinvolgono persone di giovane età a diverso titolo⁴, su un totale di 2.113 casi⁵. Il coinvolgimento di persone di giovane o minore età nell'azione legale può essere strategico in termini di legittimazione attiva: i più giovani sono più vulnerabili agli impatti dei cambiamenti climatici nel presente e vi saranno esposti per un maggior tempo in futuro, e ciò costituisce un interesse specifico alle misure di mitigazione e adattamento che si richiede i convenuti, enti pubblici o privati, siano ordinati di adottare. Seguendo un ragionamento analogo, a fronte della mobilitazione internazionale del movimento per la giustizia climatica femminista e della fiorente letteratura multidisciplinare dedicata alle correlazioni tra cambiamenti climatici e disuguaglianza di genere, ci si pone il seguente quesito di ricerca: è possibile individuare casi di contenzioso climatico, come sopra definito, basati su una o più correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici?

Nel prosieguo si affrontano i temi sopra evocati: in un primo paragrafo si illustrano le correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici, mentre in un secondo paragrafo si dà conto dell'e-

² Sabin Center for Climate Change Law, Columbia University, Climate Change Litigation databases: U.S. Climate Litigation database raccoglie le azioni legali instaurate negli Stati Uniti, Global Climate Change Litigation database per le restanti aree del mondo, <http://climatecasechart.com/> (ultimo accesso: 27 aprile 2023).

³ J. SETZER, C. HIGHAM, *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*, London, Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, 2022, p. 6.

⁴ Al 28/09/2022, la ricerca per parole chiave "youth" e "young" ha restituito 59 casi nel Global Climate Change Litigation database, 22 casi nel U.S. Climate Litigation database. Una ricerca più approfondita in data 16/03/2023 con ulteriori parole chiave ("child", "children", "teen", "student", "students") ha restituito 63 casi nel Global Climate Change Litigation database, 28 casi nel U.S. Climate Litigation database.

⁵ Al 28/09/2022 sono presenti 626 casi nel Global Climate Change Litigation database, 1487 casi nel U.S. Climate Litigation database.

voluzione del movimento per la giustizia climatica femminista. Infine, un terzo paragrafo è dedicato agli esiti della ricerca dei casi e della loro comparazione. Si rende necessario sin d'ora un chiarimento rispetto al concetto di "genere" adottato nel seguente contributo. Pur riconoscendo che l'opposizione donna-uomo e delle elaborazioni concettuali di femminilità e mascolinità⁶ non esauriscono la rappresentazione delle identità, nella conduzione della ricerca e nella redazione del contributo è stato impiegato un concetto binario di genere, in assenza di sufficienti informazioni riferite alle soggettività non binarie nel contesto della crisi climatica. Chi scrive auspica che il focus sulle donne, concetto che evoca già da sé una straordinaria complessità, possa essere un primo passo, un «gesto temporaneo»⁷, verso una migliore comprensione delle correlazioni tra cambiamenti climatici e disuguaglianze di ogni tipo, e degli strumenti giuridici per porvi rimedio.

2. *Concetti chiave*

2.1. *Le donne nella crisi climatica*

Le correlazioni tra genere e ambiente, ed in particolare tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici, sono molteplici. Nel corso del 2022 sono stati raggiunti importanti risultati nell'affermazione e nella descrizione della disuguaglianza di genere nella crisi climatica. La sessantaseiesima sessione della UN Commission on the Status of Women (CSW) è stata la prima dedicata al tema del raggiungimento dell'uguaglianza di genere nel contesto delle politiche e dei programmi su cambiamenti climatici e riduzione dei rischi ambientali e di disastro⁸. La Commissione ha riconosciuto che

⁶ S. BUCKINGHAM, V. LE MASSON, *Introduction*, in S. BUCKINGHAM, V. LE MASSON (eds.), *Understanding Climate Change through Gender Relations*, London, Routledge, 2017, pp. 2-3.

⁷ A. CAVARERO, *Il pensiero femminista. Un approccio teoretico*, in A. CAVARERO, F. RESTAINO, *Le Filosofie Femministe*, Milano, Mondadori Bruno, 2002, pp. 83-85.

⁸ Achieving gender equality and the empowerment of all women and girls in the context of climate change, environmental and disaster risk reduction policies

la disuguaglianza di genere, combinata con i cambiamenti climatici, la degradazione ambientale e i disastri, rappresenta una sfida per la realizzazione dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile con un impatto molto maggiore su donne e bambine, specialmente quelle in situazioni di vulnerabilità e marginalizzazione o in contesti di conflitto, così come quelle che affrontano più forme di discriminazione⁹. In ambito scientifico, è rilevante quanto statuito dal secondo gruppo di lavoro del Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) nel report dedicato a impatti, adattamento e vulnerabilità ai cambiamenti climatici: la pubblicazione, adottando il linguaggio calibrato che caratterizza i testi del Panel, afferma con un alto grado di affidabilità che il genere e altri fattori di disuguaglianza sociale si combinano alla vulnerabilità ai cambiamenti climatici, e che gli esempi positivi di integrazione di tali fattori nelle politiche climatiche, per affrontare al contempo sia la vulnerabilità sia le questioni di giustizia sociale, sono pochi¹⁰.

Le molteplici correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici sono descritte in diversi ambiti disciplinari. Le diverse questioni elaborate in letteratura possono essere raggruppate secondo due approcci, tra loro complementari. Il primo approccio, primo nel tempo e prevalente in letteratura¹¹, è quello che analizza la maggiore vulnerabilità delle donne agli impatti dei cambiamenti climatici, dovuta solo in parte a caratteristiche del corpo femmi-

and programmes, 14-25 marzo 2022, New York, USA. La Commissione è un organo funzionale del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, ed è il principale organo intergovernativo esclusivamente dedicato alla promozione dell'uguaglianza di genere; è composta da rappresentanti degli Stati e delle organizzazioni della società civile, e si riunisce annualmente per discutere l'implementazione della Dichiarazione di Pechino.

⁹ Commission on the Status of Women, sixty-sixth session, *Agreed Conclusions*, 25, p. 6.

¹⁰ H.-O. PÖRTNER *et al.*, *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 2700.

¹¹ A.J. FLETCHER, M.G. REED, *Different Experiences, Diverse Knowledges: Gender, Intersectionality, and Climate Change in Rural and Resource Contexts Introduction*, in A.J. FLETCHER, M.G. REED (eds.), *Gender and the Social Dimensions of Climate Change Rural and Resource Contexts of the Global North*, London, Routledge, 2022, pp. 7-9.

nile – posto che si accetti una distinzione sessuale binaria dei corpi –, e prevalentemente a fenomeni sociali e culturali quali: un livello di educazione inferiore, posizioni di svantaggio economico, minore mobilità, ruoli sociali di genere, il carico derivante dal lavoro di cura¹². Una manifestazione dei cambiamenti climatici è l'aumento dell'intensità e della frequenza di eventi meteorologici estremi, come ad esempio alluvioni, siccità, ondate di calore¹³. Gli impatti di questi eventi sulle comunità sono rilevanti, anche nel lungo periodo: danni alle infrastrutture, interruzione dei servizi, danni ai sistemi produttivi e alla filiera agroalimentare, settore di impiego principale per le donne nei paesi a reddito medio-basso e basso¹⁴. Queste condizioni aggravano gli squilibri di potere preesistenti, così accentuando i fattori di rischio della violenza di genere¹⁵. Tali condizioni possono anche condurre alla migrazione forzata: se da un lato le donne che restano nel luogo di origine subiscono un aggravio del carico di lavoro di responsabilità rispetto al mantenimento del nucleo familiare¹⁶, le donne che affrontano lo spostamento sono esposte ad un più elevato rischio di violenza¹⁷ ed hanno limitato accesso ai servizi sanitari, in particolare per la salute sessuale e riproduttiva¹⁸. La realizzazione dei diritti sessuali e riproduttivi dipende dall'accesso ai relativi servizi, come i servizi di prevenzione e risposta alla violen-

¹² P.E. PERKINS, *Climate justice, gender and intersectionality*, in T. JAFRY (ed.), *Routledge Handbook of Climate Justice*, London, Routledge, 2019, pp. 349-351.

¹³ V. MASSON-DELMOTTE *et al.*, *Summary for Policymakers*, in V. MASSON-DELMOTTE *et al.*, *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 8.

¹⁴ Commission on the Status of Women, sixty-sixth session, *Report of the Secretary-General*, p. 4.

¹⁵ C. OWREN, *Understanding and addressing gender-based violence as part of the climate emergency*, Expert Paper, UN Women Expert Group Meeting, 2021, pp. 3-5.

¹⁶ H.-O. PÖRTNER *et al.*, *IPCC, 2022: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, cit., p. 2701.

¹⁷ I.C. CAMEY *et al.*, *Gender-based violence and environment linkages. The violence of inequality*, Gland, IUCN, 2020, pp. 146-148.

¹⁸ A.M. STARRS *et al.*, *Accelerate progress. Sexual and reproductive health and rights for all: report of the Guttmacher-Lancet Commission*, in *The Lancet*, 2018, vol. 391, p. 2648.

za di genere, prevenzione e cura dell'AIDS e di altre malattie sessualmente trasmissibili, accesso alla contraccezione e all'aborto, servizi per la gravidanza e per la cura dei neonati, servizi per l'infertilità e di prevenzione dei tumori dell'apparato riproduttivo. Se da un lato la compromissione della salute sessuale e riproduttiva rende le persone, in particolare le donne, più vulnerabili, anche agli impatti dei cambiamenti climatici, dall'altro lato sono proprio quest'ultimi a rendere più difficoltoso l'accesso ai servizi necessari. Un'altra questione correlata sia a salute e diritti riproduttivi, sia alla crisi climatica, è la sovrappopolazione: poiché ciascun individuo contribuisce, in diversa misura a seconda dello stile di vita, alle emissioni climalteranti, pianificazione familiare e politiche di controllo delle nascite sono talvolta auspicate come misure di mitigazione dei cambiamenti climatici, ovvero di contenimento delle emissioni¹⁹. Tuttavia, in passato tali misure hanno condotto a violazioni dei diritti umani e del diritto all'autodeterminazione²⁰ – si pensi, a titolo di esempio, alla “politica del figlio unico” in Cina²¹ – e nel presente simili narrative diffondono stereotipi degradanti relativi alle donne che vivono nei paesi ad alto tasso di natalità²² e promuovono l'imputazione della responsabilità per la riduzione delle emissioni climalteranti a soggetti che vi contribuiscono solo in minima parte²³. Una delle manifestazioni dei cambiamenti climatici che interessano maggiormente il continente europeo è l'aumento della durata e della frequenza delle ondate di calore²⁴. Alcuni studi che

¹⁹ A.M. STARRS *et al.*, *Accelerate progress. Sexual and reproductive health and rights for all: report of the Guttmacher-Lancet Commission*, cit., p. 2649.

²⁰ *Ex multis*: A. FAÚNDES, E. HARDY, *From birth control to reproductive health*, in *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 1995, vol. 49, pp. 55-62; A. DAVIS, *Racism, birth control and reproductive rights*, in R. LEWIS, S. MILLS (eds.), *Feminist postcolonial theory: A reader*, Edinburg, Edinburgh University Press, 2003, pp. 353-367.

²¹ *Ex multis*: W. FENG, C. YONG, G. BAOCHANG, *Population, Policy, and Politics: How Will History Judge China's One-Child Policy?*, in *Population and Development Review*, 2013, vol. 38, pp. 115-129.

²² C. TALPADE MOHANTY, *Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses*, in R. LEWIS, S. MILLS (eds.), *Feminist postcolonial theory: A reader*, Edinburg, Edinburgh University Press, 2003, pp. 49-74.

²³ Cfr. nota 19.

²⁴ H.-O. PÖRTNER *et al.*, *IPCC, 2022: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, cit., p. 1824.

analizzano i dati relativi alla mortalità seguente alle ondate di calore secondo una distinzione tra i sessi mostrano come il rischio sia maggiore per il sesso femminile rispetto a quello maschile, sebbene ulteriori ricerche siano necessarie per validare questi risultati²⁵.

Se l'individuazione di tali fattori di amplificazione della disuguaglianza di genere e delle misure per farvi fronte è fondamentale, è altrettanto importante non limitarsi all'analisi della vulnerabilità²⁶, ma prendere in considerazione ulteriori questioni, come quelle individuate da MacGregor²⁷. Quanto alla dimensione culturale e discorsiva dei cambiamenti climatici, il surriscaldamento globale appare concettualizzato in un modo che riflette le strutture di potere dominanti: un problema definito in termini scientifici che minaccia la sopravvivenza dell'umanità da affrontare con provvedimenti dall'alto e nuove tecnologie, senza mettere in discussione il sistema capitalistico neoliberale e riconoscere ingiustizie e disuguaglianze²⁸. Ciò si proietta nell'immaginario futuro, con strategie per la transizione ecologica nel medio-lungo periodo che raramente prendono in considerazione un'ampia inclusione della popolazione e bisogni diversificati²⁹. La sottorappresentazione delle donne nei processi decisionali ad ogni livello è collegata da alcuni studi alla qualità delle politiche ambientali e climatiche adottate³⁰, mentre il divario di genere

²⁵ Y. VAN STEEN *et al.*, *Sex differences in mortality after heat waves: are elderly women at higher risk?*, in *International Archives of Occupational and Environmental Health*, 2019, vol. 92, pp. 37-48; M. WINDISCH, *Denaturalising heatwaves: gendered social vulnerability in urban heatwaves, a review*, Melbourne, Australian Institute for Disaster Resilience, 2020.

²⁶ S. ARORA-JONSSON, *Virtue and vulnerability: discourses on women, gender and climate change*, in *Global Environmental Change*, 2011, vol. 21, pp. 744-751.

²⁷ S. MACGREGOR, *Zooming in, calling out: (M) Anthropogenic climate change through the lens of gender*, in K. BHAVNANI *et al.* (eds.), *Climate futures: Reimagining global climate justice*, London, Bloomsbury Publishing, 2019, pp. 57-63; S. MACGREGOR, *Moving beyond impacts. More answers to the 'gender and climate change' question*, in S. BUCKINGHAM, V. LE MASSON (eds.), *Understanding Climate Change through Gender Relations*, London, Routledge, 2017, pp. 15-17.

²⁸ S. MACGREGOR, *Moving beyond impacts. More answers to the 'gender and climate change' question*, cit., pp. 17-20.

²⁹ S. MACGREGOR, *Moving beyond impacts. More answers to the 'gender and climate change' question*, cit., pp. 22-24.

³⁰ S. MACGREGOR, *Moving beyond impacts. More answers to the 'gender and climate change' question*, cit., pp. 20-22; A. MAVISAKALYAN, Y. TARVERDI, *Gender*

nelle discipline STEM comporta un minore contributo delle donne alla scienza del clima³¹, così come sono minori per le donne le possibilità di accesso ai c.d. *green jobs*³².

2.2. *Il movimento per la giustizia climatica femminista*

L'espressione "giustizia climatica", comparsa in letteratura alla fine degli anni '80 del secolo scorso³³, non ha un significato univoco³⁴. Secondo un'indagine condotta dal Glasgow Caledonian University Centre for Climate Justice, le diverse concettualizzazioni condividono il riconoscimento di una responsabilità per gli impatti delle emissioni climalteranti sui soggetti più poveri e vulnerabili nella società, un approccio critico rispetto alle disuguaglianze, e la promozione di approcci trasformativi³⁵. Il discorso sulla giustizia climatica trae origine anche dalle elaborazioni relative alla giustizia ambientale, il cui movimento nacque negli anni Ottanta del secolo scorso dall'incontro tra istanze per la sostenibilità ambientale e istanze per la giustizia sociale e i diritti civili³⁶. Dall'ulteriore incontro con le istanze per l'uguaglianza di genere deriva il movimento per la giustizia climatica femminista. Secondo Perkins, adottare una

and climate change: Do female parliamentarians make difference?, in *European Journal of Political Economy*, 2019, vol. 56, pp. 151-164.

³¹ IPCC ha registrato un aumento minimo nella proporzione di autrici, dal 5% nel 1990 al 20% nel 2017. M. GAY-ANTAKI, D. LIVERMAN, *Climate for women in climate science: Women scientists and the Intergovernmental Panel on Climate Change*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2018, vol. 115, pp. 2060-2065.

³² B. LITIG, *Good Green Jobs for Whom? A feminist critique of the green economy*, in S. MACGREGOR (ed.), *Routledge Handbook of Gender and Environment*, London, Routledge, 2017, pp. 318-330.

³³ E.B. WEISS, *Climate change, intergenerational equity and international law. An introductory note*, in *Climatic Change*, 1989, vol. 15, pp. 327-335.

³⁴ T.M. THORP, *Climate justice: A voice for the future*, Berlin, Springer, 2014, p. 127.

³⁵ M. MEIKLE, J. WILSON, T. JAFRY, *Climate justice: between Mammon and Mother Earth*, in *International Journal of Climate Change Strategies and Management*, 2016, 8, p. 497.

³⁶ D. SCHLOSBERG, L.B. COLLINS, *From environmental to climate justice: climate change and the discourse of environmental justice*, in *WIRE's Climate Change*, 2014, vol. 5, pp. 359-374.

prospettiva di genere rispetto alla giustizia climatica significa prendere in considerazione le dinamiche di potere e gli effetti di marginalizzazione che hanno³⁷, mentre Stephens considera l'approccio femminista nell'affrontare la crisi climatica indispensabile per il superamento di un sistema di sfruttamento ed estrattivista³⁸. Robinson sintetizza efficacemente la descrizione dell'ingiustizia climatica come un problema causato dall'uomo con una soluzione femminista³⁹. Il movimento per la giustizia climatica femminista è rappresentato nei fori internazionali da Women & Gender Constituency (WGC), uno dei nove gruppi di portatori di interesse presso la Segreteria della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici (UNFCCC), che consentono alla società civile e alle ONG di contribuire al dibattito attorno all'implementazione della Convenzione. WGC, in particolare, vigila sulla partecipazione e sulla rappresentanza femminile all'interno dei periodici negoziati internazionali, e in tale ruolo ha promosso l'adozione del primo programma di lavoro sul genere nel 2014⁴⁰ e del primo piano per affrontare il divario di genere nel 2017⁴¹, successivamente aggiornati. WGC presenta annualmente una sintesi delle istanze chiave in occasione della Conferenza delle Parti; analizzando le richieste presentate durante COP26 a Glasgow, che spaziavano dalla parità di genere nei negoziati alla finanza sostenibile, dal diritto alla proprietà della terra nelle aree rurali ai diritti sessuali e riproduttivi⁴², si ritrovano le correlazioni sinteticamente illustrate nel paragrafo precedente.

³⁷ P.E. PERKINS, *Climate justice, gender and intersectionality*, cit., pp. 351-352.

³⁸ J.C. STEPHENS, *Feminist, antiracist values for climate justice. Moving beyond Climate Isolationism*, in J. ENGLE, J. AGYEMAN, T. CHUNG-TIAM-FOOK (eds.), *Sacred Civics. Building Seven Generation Cities*, London, Routledge, 2022, pp. 177-189.

³⁹ M. ROBINSON, *Climate Justice: A Man-Made Problem with a Feminist Solution*, London, Bloomsbury Publishing, 2019.

⁴⁰ *Lima Work Programme on Gender*, COP 20, Decisione 18/CP.20, Lima, 2014. Aggiornato con Decisione 3/CP.25, Madrid, 2019.

⁴¹ *Gender Action Plan*, COP 23, Decisione 3/CP.23, Bonn, 2017. Aggiornato con Decisione 3/CP.25, Madrid, 2019.

⁴² Women and Gender Constituency, *Key demands for COP26*, 2021; Women and Gender Constituency, *COP27: Demands for a Gender and Climate Just World. Collective Demands from the Women and Gender Constituency to the UNFCCC*, 2022.

3. *Analisi comparata dei casi giudiziari*

3.1. *La ricerca dei casi di contenzioso climatico basati su correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici*

Occorre anzitutto stabilire i criteri per l'individuazione dei casi da analizzare. A tale scopo si propone una distinzione tra azioni legali che vedono persone fisiche che si identificano come donne, o persone giuridiche loro rappresentanti, come parte attrice o ricorrente, e azioni legali in cui l'interesse ad agire e/o una questione di merito si basa su una o più correlazioni tra cambiamenti climatici e disuguaglianza di genere. La ricerca è stata condotta all'interno del principale database dedicato al contenzioso climatico in area statunitense e non⁴³, mediante parole chiave, ed ha restituito un totale di un numero esiguo di casi, in parte coincidenti con quelli risultanti dalla ricerca relativa alle azioni che coinvolgono i giovani (*supra*)⁴⁴. Si ritiene doveroso precisare quali limiti si incontrino nell'impiego dei database, pur riconoscendo come tali strumenti siano estremamente preziosi per chi esplora il fenomeno del contenzioso climatico, in continua espansione. I database disponibili, ed in particolare quello impiegato nella preparazione del presente contributo, non consentono una ricerca sulla base di elementi che caratterizzano le parti (es: identità di genere), e gli esiti della ricerca mediante parole chiave dipendono da come ciascun caso è sintetizzato e classificato da chi contribuisce alla piattaforma. Pertanto, è impossibile quantificare con precisione i casi del primo tipo – che vedono donne attrici –, ed è probabile che alcuni casi del secondo tipo – disuguaglianza di genere tra le argomentazioni – non siano individuati. Inoltre, anche il database più completo non è esaustivo delle azioni legali realmente avviate, con particolare riferimento ad aree geografiche meno interessate dalle analisi degli studiosi o ancora non raggiunte dai

⁴³ Cfr. nota 2.

⁴⁴ Al 08/10/2022, la ricerca per parole chiave “woman”, “women” e “gender” ha restituito 10 casi nel Global Climate Change Litigation database, 7 casi nel U.S. Climate Litigation database. Una ricerca più approfondita in data 16/03/2023 con ulteriori parole chiave (“girl”, “girls”) ha restituito 11 casi nel Global Climate Change Litigation database, 7 casi nel U.S. Climate Litigation database.

network accademici internazionali. Ciò premesso, a fronte degli esiti della ricerca condotta, si ritengono di particolare interesse due casi che presentano entrambe le caratteristiche di cui sopra: il primo è il caso *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et al. v. DETEC et al.* (Svizzera, dal 2016), e il secondo è *Maria Khan et al. v. Repubblica Islamica del Pakistan et al.* (Pakistan, dal 2019).

3.2. Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. DETEC et al.

La prima azione legale individuata ha avuto avvio nel 2016, quando un'associazione di circa 800 donne svizzere di età superiore a 64 anni ed ad altre cinque attrici presentarono un ricorso contro l'esecutivo svizzero – il Consiglio federale – e alcune agenzie federali con competenze negli ambiti dei trasporti, dell'ambiente e dell'energia, sostenendo che questi non fossero adempienti rispetto alle obbligazioni derivanti dalla Costituzione federale – artt. 10, 73 e 74⁴⁵ – e dalla CEDU – artt. 2 e 8⁴⁶ – poiché la traiettoria di riduzione delle emissioni climalteranti non era coerente con l'obiettivo concordato a livello internazionale di mantenere il surriscaldamento globale ben al di sotto di 2°C rispetto al periodo preindustriale, come dettato dall'Accordo di Parigi, art. 2 lett. a)⁴⁷. In particolare, le ricorrenti sostenevano di essere portatrici di una vulnerabilità specifica alle ondate di calore, eventi la cui intensità e durata è in aumento in Europa per effetto dei cambiamenti climatici, in quanto donne nella terza età (*supra*). Nel 2017 il Dipartimento federale dell'ambiente, dei trasporti, dell'energia e delle comunicazioni (DETEC), nel ruolo di autorità di prima istanza, rigettò il ricorso su basi procedurali, non riconoscendo alcuna lesione di situazioni giuridiche soggettive

⁴⁵ Dedicati rispettivamente a: diritto alla vita e alla libertà personale, diritto alla libertà di movimento, proibizione della tortura e della pena di morte (art. 10 Cost. svizzera), principio dello sviluppo sostenibile (art. 73 Cost. svizzera), protezione dell'ambiente (art. 74 Cost. svizzera).

⁴⁶ Dedicati rispettivamente a: diritto alla vita (art. 2 CEDU), diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU).

⁴⁷ Atto di ricorso: http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2016/20161025_No.-A-29922017_petition-2.pdf (ultimo accesso: 27 aprile 2023).

ed opponendosi ad una *actio popularis*, a tutela di interessi collettivi, inammissibile nell'ordinamento svizzero federale⁴⁸. Le ricorrenti hanno quindi presentato appello al Tribunale amministrativo federale, che nel 2018 rigettò nuovamente il ricorso su basi procedurali, considerando l'impatto dei cambiamenti climatici sulle appellanti non distinguibile da quello sperimentato dalla totalità dei cittadini⁴⁹. Il Tribunale federale, adito in qualità di ultima istanza, ha ulteriormente confermato le decisioni delle corti inferiori nel 2020⁵⁰. L'associazione, giunta a contare più di 2000 socie e centinaia di sostenitori⁵¹, ha proseguito nell'azione legale presentando un ricorso contro lo Stato svizzero alla Corte europea dei diritti dell'uomo, invocando gli artt. 2, 6, 8 e 13⁵² CEDU. La Corte di Strasburgo ha riconosciuto stato di priorità al caso e affermato, ad aprile 2022, la giurisdizione della Grande Camera, dinanzi cui è tuttora pendente⁵³.

3.3. *Maria Khan et al. v. Federazione del Pakistan et al.*

La seconda azione legale individuata ha avuto avvio nel 2019, quando un gruppo di cinque donne presentò un ricorso contro il Governo della Federazione del Pakistan, i Ministeri dell'Energia e dei Cambiamenti Climatici, e altre autorità competenti in materia di energia dinanzi all'Alta Corte di Lahore, nella provincia del

⁴⁸ Decisione dell'autorità di prima istanza: https://ainees-climat.ch/wp-content/uploads//2019/01/Verfu%CC%88gung_UVEK_KlimaSeniorinnen.pdf (ultimo accesso: 27 aprile 2023).

⁴⁹ Sentenza di appello: http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2018/20181127_No.-A-29922017_decision-1.pdf (ultimo accesso: 27 aprile 2023).

⁵⁰ Bundesgerichtsentscheid 146 I 145.

⁵¹ Si veda: <https://www.klimasenioren.ch/> (ultimo accesso: 27 aprile 2023).

⁵² Dedicati rispettivamente a: diritto alla vita (art. 2 CEDU), diritto ad un processo equo (art. 6 CEDU), diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), diritto a un ricorso effettivo (art. 13 CEDU).

⁵³ ECtHR, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, n. 53600/20. L'udienza si è tenuta il 29/03/2023, la prima relativa ad un caso di contenzioso climatico nella storia della Corte. I casi di contenzioso climatico pendenti dinanzi alla Corte sono nove; la Corte ha deciso di aggiornare sei di questi fino a quando avrà deciso il caso svizzero in questione, *Carême v. France*, e *Duarte Agostinho et al. v. Austria et al.*

Punjab⁵⁴. Secondo le ricorrenti, l'azione non sufficientemente ambiziosa dei convenuti rispetto ai cambiamenti climatici avrebbe violato i loro diritti fondamentali: l'esecutivo e le altre autorità non avrebbero adempiuto alle obbligazioni di ridurre, evitare, mitigare e rimediare agli impatti negativi dei cambiamenti climatici, violando il diritto alla vita e alla dignità delle ricorrenti, oltre al diritto ad un ambiente pulito e sano e ad un clima che sostenga la vita umana⁵⁵. In particolare, le ricorrenti invocavano gli artt. 4, 9, 14, e 25 della Costituzione pakistana⁵⁶ e la c.d. *Public Trust Doctrine*⁵⁷, e sostenevano di essere in una posizione particolarmente svantaggiata rispetto agli impatti della crisi climatica in quanto donne e madri delle future generazioni⁵⁸. Il caso è tuttora pendente. L'ultima udienza nota si è tenuta nel 2021. Nel frattempo, premesso che nessuna correlazione è nota, nel mese di luglio 2022, il Governo del Pakistan ha adottato, con il supporto di IUCN e Green Climate Fund, un piano intitolato *Climate Change Gender Action Plan of the Government and People of Pakistan*, la cui implementazione potrebbe rappresentare, nel medio-lungo periodo, un rimedio alla posizione di svantaggio asserita⁵⁹.

3.4. Alcune prime considerazioni sugli esiti della comparazione

Lo svolgimento dei due procedimenti giudiziari sopra sintetizzati avviene in regioni del mondo diverse sia dal punto di vista fattuale, per impatti dei cambiamenti climatici e per qualità e misura

⁵⁴ Lahore High Court, Misc. Writ. 8960/19. Atto di ricorso: http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20190214_No.-8960-of-2019_application-1.pdf (ultimo accesso: 27 aprile 2023).

⁵⁵ Lahore High Court, Misc. Writ. 8960/19, cit., p. 13.

⁵⁶ Dedicati rispettivamente a: diritti individuali inalienabili (art. 4 Cost. pakistana), diritto alla vita (art. 9 Cost. pakistana), principio di inviolabilità della dignità umana, diritto alla riservatezza e proibizione della tortura (art. 14 Cost. pakistana), principio di uguaglianza dei cittadini e di non discriminazione sulla base del genere (art. 25 Cost. pakistana).

⁵⁷ *Ex multis*: M.C. BLUMM, R.D. GUTHRIE, *Internationalizing the public trust doctrine: natural law and constitutional and statutory approaches to fulfilling the Saxion vision*, in *UC Davis Law Review*, 2011, vol. 45, pp. 741-808.

⁵⁸ Lahore High Court, Misc. Writ. 8960/19, cit., p. 3.

⁵⁹ IUCN Pakistan, *Climate Change Gender Action Plan of the Government and People of Pakistan*, 2022.

dell'esposizione delle donne, sia dal punto di vista giuridico, per istituti che garantiscono accesso ai procedimenti giudiziari e per precedenti elaborazioni giurisprudenziali in materia ambientale e climatica. Poiché lo svolgimento del procedimento pakistano è ancora parziale, l'analisi comparativa è limitata agli atti di ricorso dinanzi all'autorità di prima istanza; di questi si analizza in particolare come la correlazione tra cambiamenti climatici e disuguaglianza di genere sia inserita nel ragionamento giuridico.

In entrambi i casi le ricorrenti si identificano come donne, ma gli atti evocano diversi elementi comunemente associati con la femminilità o l'essere donna. Mentre in *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. DETEC et al.* il focus è posto sulle caratteristiche del corpo di sesso femminile, in particolare la maggiore vulnerabilità durante le ondate di calore, in *Maria Khan et al. v. Federazione del Pakistan et al.* è evidenziata l'esperienza, in senso ampio, della maternità, con un originale collegamento alla giustizia intergenerazionale, e le donne sono descritte come una classe all'interno della società, inquadramento che evoca il femminismo marxista⁶⁰.

In entrambi i casi, l'asserita discriminazione – seppur nel caso svizzero non sia formulata espressamente in questi termini – deriverebbe dalla combinazione di più fattori, oltre alla crisi climatica: il sesso femminile con l'età; il genere con la condizione socioeconomica. Una simile lettura, sulla scorta di una nutrita letteratura cui si può solo rinviare in questa sede, può essere definita *intersezionale*⁶¹. Ciò si riverbera nelle diverse correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici strategicamente evidenziate dalle ricorrenti: una questione di salute nel caso svizzero; una questione di ingiustizia sociale nel caso pakistano. Quanto alla soddisfazione dell'onere probatorio, le ricorrenti svizzere hanno corredato l'atto di ricorso di studi scientifici che proverebbero la peculiare vulnerabilità delle donne nella terza età alle ondate di calore⁶², mentre nell'atto di ricorso pakistano la correlazione tra disuguaglianza di genere e cambiamenti cli-

⁶⁰ *Ex multis*: C.D. STEFANO, *Marxist feminism*, in *The encyclopedia of political thought*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2014, pp. 2305-2310.

⁶¹ *Ex multis*: B.G. BELLO, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano, Franco Angeli, 2020.

⁶² Cfr. nota 47.

matici è descritta come un fatto notorio, con rinvii non puntuali alla letteratura prodotta dalle agenzie delle Nazioni Unite al riguardo⁶³.

Le strategie legali analizzate sono state diversamente influenzate dall'evoluzione del contenzioso climatico, anche in ragione della differenza cronologica. L'azione svizzera è un prodotto dell'entusiasmo generato dal successo del caso "Urgenda"⁶⁴. Come le stesse consulenti legali spiegano, Greenpeace Schweiz si propose di avviare un procedimento analogo, ma in mancanza di una disposizione simile a quella del codice civile olandese sul c.d. *duty of care*⁶⁵, si optò per una diversa impostazione e si scelse strategicamente un particolare gruppo di ricorrenti per soddisfare il requisito dettato dall'art. 48(1)(b) della Legge federale sulla procedura amministrativa⁶⁶. L'associazione Klimaseniorinnen Schweiz fu infatti creata ad hoc per la presentazione del ricorso. Nello stesso articolo, le consulenti legali propongono un parallelismo con il caso *Juliana v. U.S.*, che vede un tentativo di ancorare la legittimazione ad agire dei giovani ricorrenti alla particolare vulnerabilità degli stessi agli impatti dei cambiamenti climatici⁶⁷. Anche dal ricorso pakistano, di tre anni successivo, appare evidente l'assorbimento di quanto emerso dallo sviluppo a livello domestico e globale del contenzioso climatico. Nell'atto si fa espressamente riferimento al riconoscimento da parte di numerose corti in tutto il mondo del diritto umano ad un clima stabile e del dovere dei governi di protezione dell'ambiente e del clima a tutela dei cittadini⁶⁸. La stessa corte adita dalle donne pakistane aveva riconosciuto tale diritto nel giudizio relativo al caso, differente per argomentazione, *Leghari v. Pakistan*⁶⁹.

⁶³ Cfr. nota 54.

⁶⁴ *Ex multis*: J. LIN, *The First Successful Climate Negligence Case: A Comment on Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment)*, in *Climate Law*, 2015, vol. 5, p. 65.

⁶⁵ Codice civile olandese, libro VI, art. 162.

⁶⁶ C. BAHR *et al.*, *KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2018, vol. 9, pp. 202-204.

⁶⁷ C. BAHR *et al.*, *KlimaSeniorinnen: lessons from the Swiss senior women's case for future climate litigation*, cit., p. 214.

⁶⁸ Cfr. nota 54.

⁶⁹ *Ex multis*: M. HARSH, G. SHUBI, *Asghar Leghari and environmental justice: Transformative climate change litigation judgements one step at a time*, in *Chanakya Law Review*, 2021, vol. 1, pp. 124-129.

Se le influenze reciproche dimostrano come la diffusione transnazionale di determinate narrative rispetto ai cambiamenti climatici consenta la diffusione di strategie legali modello⁷⁰, è possibile verificarne l'esito con solo riferimento al caso svizzero, che ha visto uno svolgimento completo rispetto ai rimedi domestici. Anzitutto, l'espedito strategico della scelta di un gruppo particolare di ricorrenti pare non aver garantito l'accesso al giudizio nel merito: l'autorità di prima istanza, il Tribunale amministrativo federale, ed infine il Tribunale federale hanno ribadito l'assenza di un interesse individuale ad agire – seppur applicando criteri di precedente elaborazione giurisprudenziale riferiti ai rischi ambientali⁷¹, che si potrebbero considerare inopportuni rispetto ad un fenomeno di diversa portata e complessità. Un altro elemento mutuato dalla maggioranza dei casi “strategici”⁷² è il focus sulla mitigazione dei cambiamenti climatici – ovvero sulla riduzione delle emissioni climalteranti –, che, tuttavia, potrebbe aver reso più ardua la dimostrazione del nesso causale tra le omissioni delle autorità convenute e la violazione, attuale e potenziale, dei diritti delle ricorrenti, oltre alla coerenza del rimedio richiesto. A causa dell'inerzia del sistema climatico, infatti, anche qualora fosse possibile azzerare le emissioni climalteranti oggi, si assisterebbe ad ulteriori cambiamenti climatici e se ne subirebbero le conseguenze per anni⁷³. Risulta inoltre ancora complessa, per quanto i progressi siano promettenti nel campo della c.d. *attribution science*, l'individuazione del contributo di un singolo Stato al cambiamento climatico⁷⁴. Ci si chiede, quindi, se discostarsi dal “modello” e concentrare l'azione sull'adattamento ai cambiamenti climatici, ovve-

⁷⁰ P. PAIEMENT, *Urgent agenda: how climate litigation builds transnational narratives*, in *Transnational Legal Theory*, 2020, vol. 11, p. 124.

⁷¹ Cfr. nota 49.

⁷² J. PEEL, R. MARKEY-TOWLER, *Recipe for Success?: Lessons for Strategic Climate Litigation from the Sharma, Neubauer, and Shell Cases*, in *German Law Journal*, 2021, vol. 22, pp. 1484-1498.

⁷³ C. TEBALDI, P. FRIEDLINGSTEIN, *Delayed detection of climate mitigation benefits due to climate inertia and variability*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2013, vol. 110, pp. 17229-17234.

⁷⁴ *Ex multis*: M. KLOEPFER, R.D. NEUGÄRTNER, *Liability for climate damages, sustainability and environmental justice*, in W. KAHL, M. WELLER, *Climate Change Litigation. A Handbook*, London, Bloomsbury Publishing, 2021, pp. 21-43.

ro su misure che possono avere effetti immediati sulla salute delle persone esposte, avrebbe sortito un diverso esito. Seppur in una disposizione non vincolante, l'Accordo di Parigi menziona la necessità di misure di adattamento che rispondano ad esigenze differenziate per genere⁷⁵.

4. Conclusioni

Premesso che, come sopra illustrato, non è possibile attualmente avere un quadro completo dei casi di contenzioso climatico che incorporano strategicamente una o più correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici, il numero di casi individuati, tra loro apparentemente non collegati, è tanto esiguo da non poter né delineare un *trend* né attendersene con discreta certezza uno sviluppo, come diversamente accaduto per altri modelli nelle c.d. ondate⁷⁶ – si pensi, ad esempio, alle azioni contro le società multinazionali, alle azioni per il contrasto del *greenwashing* oppure alle azioni fondate su asserite violazioni dei diritti umani. Argomenti relativi alla disuguaglianza di genere potrebbero, tuttavia, trovare spazio nelle azioni finalizzate alla “giusta” transizione socio-ecologica, di cui si è recentemente proposta in letteratura la definizione di *just transition litigation*.

Allo stato dell'arte, l'analisi dei due casi individuati non restituisce esiti che consentano di valutare l'opportunità strategica di basare il contenzioso climatico su una o più correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici, né di soppesare quale tra i fattori di discriminazione sopra illustrati abbia più possibilità di trovare riconoscimento e rimedio in giudizio. La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel procedimento *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. v. Switzerland* potrebbe rappresentare una pietra miliare, ma non è scontato il superamento del vaglio di ammissibilità. Nell'attesa, la ricerca metodologica rispetto ai limiti dei data-

⁷⁵ Accordo di Parigi, art. 7.5, 12/12/2015.

⁷⁶ M. GOLNARAGHI *et al.*, *Climate Change Litigation. Insights into the evolving global landscape*, Zurich, The Geneva Association, 2021, pp. 14-15.

base potrebbe permettere l'individuazione di ulteriori casi, mentre uno studio interdisciplinare più approfondito delle correlazioni tra disuguaglianza di genere e cambiamenti climatici e dei rimedi legali disponibili nei diversi ordinamenti giuridici potrebbe condurre a tracciare una strategia ideale, che ispiri le azioni a venire.

LA CONDIVISIONE DEI DATI DELLA RICERCA IN AMBITO MEDICO:
TRA PROCESSI GLOBALIZZATI ED ESIGENZE DI TUTELA*

*Alessandro Palmieri***

*Paolo Guarda****

1. *Ricerca scientifica in ambito medico e dati*

La ricerca rappresenta un presupposto ineludibile per assicurare lo sviluppo della conoscenza e, più in generale, il progresso della scienza. Essa è anche il motore primo dei cambiamenti sociali con dirette ricadute sulla collettività, sulla qualità della nostra vita, sui processi formativi delle nuove generazioni. La rilevanza degli interessi di cui è portatrice è spesso oggetto di bilanciamento con i diritti e i principi riconosciuti dall'ordinamento, trovando diretti riferimenti e riconoscimenti anche a livello di carte costituzionali¹.

In ambito medico è necessario enfatizzare il rapporto tra gli interessi individuali e quelli collettivi. L'evidente vantaggio in termini di cura dei singoli deve essere bilanciato con la più generale esigenza di tutelare la salute pubblica². È, quindi, essenziale individuare

* Paolo Guarda è autore dei paragrafi: 1, 2.1 e 3; Alessandro Palmieri, invece, dei paragrafi: 2.2 e 4. Gli autori hanno scritto assieme il par. 5.

** Professore ordinario, Università di Siena.

*** Professore associato, Università di Trento.

¹ Cfr. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, pp. 39-43.

² Cfr. F. DI CIOMMO, *Il trattamento dei dati sanitari tra interessi individuali e collettivi*, in *Danno e responsabilità*, 2002, 2, p. 121. Sul bilanciamento dei diritti a livello costituzionale si veda, *ex plurimis*, A. VON BOGDANDY, J. BAST, *Principles of*

alcuni criteri volti a determinare il corretto punto di contatto tra tali necessità³.

Dati che vengono da fonti differenti possono essere assemblati, analizzati, inferiti seguendo traiettorie sempre nuove ed inesplorate (Big Data)⁴. L'innovazione diventa così "dato-centrica"⁵: è essenziale avervi accesso per poterli processare al fine di realizzare nuove scoperte, migliorare i processi computazionali, individuare innovativi percorsi di ricerca.

Visioni più distopiche introducono l'evocativa espressione "religione dei dati"⁶. I processi di accentramento del controllo dell'informazione corrispondono all'idea di sostituire alla decisione umana, presa volta per volta, l'incorporazione delle scelte in algoritmi e software. Ci troveremmo a dover considerare una nuova concezione del mondo: «il datismo sostiene che l'universo consiste di flussi di dati e che il valore di ciascun fenomeno o entità è determinato dal suo contributo all'elaborazione dei dati»⁷.

Una dicotomia frequente nel contesto della ricerca scientifica, all'interno della quale le parole chiave dovrebbero essere "collaborazione e condivisione del sapere", purtroppo, è quella volta a tratteggiare il confine concettuale tra chiusura e apertura⁸. Con il primo termine ci si riferisce alla presenza di barriere alla fruizione del dato, che possono essere di tipo giuridico, economico o tecnologico. Questo approccio vive dell'interazione tra controllo privato dell'informazione⁹ e norme di

European Constitutional law, Oxford, 2020; R. ALEXY, *A theory of constitutional rights*, Oxford, 2010.

³ Cfr. M. MOSTERT, A.L. BRENDENOORD, B. VAN DER SLOOT, J.J.M. VAN DELDEN, *From Privacy to Data Protection in the EU: Implications for Big Data Health Research*, in *European Journal of Health Law*, 2017, vol. 25, n. 1, p. 44.

⁴ Cfr. M. PALMIRANI, *Big data e conoscenza*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2020, fasc. 1, pp. 77-78.

⁵ Cfr. S. LEONELLI, *La ricerca scientifica nell'era dei Big Data*, Milano, Meltemi, 2018, p. 11.

⁶ Y.N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro* [trad. it. dall'orig. *Homo deus. A brief History of Tomorrow*, 2015], Firenze-Milano, 2017, pp. 449-485.

⁷ *Ivi*, p. 449.

⁸ R. CASO, *La rivoluzione incompiuta. La scienza aperta tra diritto d'autore e proprietà intellettuale*, Milano, 2020, pp. 149-155.

⁹ J.H. REICHMAN, R. OKEDIJI, *When Copyright Law and Science Collide: Empowering Digitally Integrated Research Methods on a Global Scale*, in *Minnesota Law Review*, 2012, 96, pp. 1362-1480.

valutazione della scienza che sono sempre più fondate sull'anonimato del processo di revisione e sull'uso della bibliometria¹⁰. Per apertura si intende, invece, un sistema di comunicazione dei risultati della ricerca scientifica (siano essi dati, pubblicazioni, ecc.) che garantisce all'utente l'accesso gratuito tramite la Rete (Gratis Open Access) o, nella forma più evoluta, anche i diritti di riuso (Libre Open Access)¹¹.

Inoltre, l'accentramento di potere sulle informazioni e sui dati fa sì che poche piattaforme private divengano le dominatrici incontrastate (e purtroppo sempre più incontrastabili) del loro controllo; i processi vengono governati da algoritmi tenuti segreti; il potere computazionale in capo alle piattaforme diventa, perciò, enorme¹².

L'effettività del diritto è, così, talvolta fortemente messa in discussione dalla regola tecnica. Piattaforme digitali, architetture informatiche, misure di sicurezza, standard vincolano ben più di quanto possa fare la norma giuridica diventando di fatto essi stessi la fonte regolativa primaria dell'agire dei singoli ed un rigido limite alla loro iniziativa. Il vero problema diviene, allora, il controllo dell'infrastruttura stessa atta a gestire i dati. Lo scontro in atto tra i grandi attori del mercato che sono dotati di vastissime capacità computazionali e detengono enormi quantità di dati e informazioni condiziona qualsiasi disciplina tesa ad incentivare la condivisione dei dati della ricerca scientifica.

I fornitori di servizi di intermediazione online tendono ad espandere la loro influenza anche in ambito sanitario. In tale contesto, spesso le regole relative alla protezione dei dati personali si dimostrano insufficienti e si rende evidente la necessità di individuare nuovi approcci che non siano basati solo sulla disciplina antitrust o su interventi sul piano contrattuale o di rapporti di mercato¹³.

¹⁰ R. CASO, *La rivoluzione incompiuta*, cit., pp. 89-123.

¹¹ *Ivi*, pp. 152-155 e pp. 23 ss.

¹² Si veda F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019, pp. 66-67.

¹³ Si veda *Bundeskartellamt*, 6 febbraio 2019, B6-22/16 (https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html). Il *Bundeskartellamt* tedesco ha deciso di valutare la richiesta di FB all'utente di autorizzare l'integrazione dei dati personali del suo account con i dati ricavabili da WhatsApp per poter accedere al social network dalla prospettiva dell'abuso di sfruttamento per imposizione di condizioni inique, considerando la

Il tema della condivisione dei dati della ricerca in ambito medico determina, dunque, l'incontro tra diversi fenomeni e problematiche. Anzitutto, si tratta di processi globalizzati che possono essere correttamente compresi e affrontati solo ad un livello sovranazionale. Abbiamo, poi, la convergenza di diversi regimi giuridici, dalla proprietà intellettuale alla protezione dei dati personali al diritto dei contratti: questo rende quantomai complessa la gestione di processi che riguardano regole e discipline non del tutto coincidenti in termini di *ratio* sottesa e di obiettivi perseguiti. Infine, come anticipato, giocano un ruolo relevantissimo le piattaforme informatiche e le architetture digitali che governano tali fenomeni e che pongono nelle mani di poche grosse multinazionali il controllo di fatto di enormi flussi di dati e informazioni.

2. *Protezione dei dati personali e ricerca scientifica*

2.1. *La disciplina europea*

Il trattamento dei dati personali per scopi di ricerca medica, biomedica ed epidemiologica è assoggettato, nel contesto europeo, al Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati (Regolamento generale sulla protezione dei dati; di seguito: GDPR), il quale conferma il *favor* del legislatore europeo per il trattamento di dati a fini di ricerca, già previsto nella precedente Direttiva 95/46/CE¹⁴.

Disciplina di favore che si dimostra, però, in grado di bilanciare l'attenzione ai diritti fondamentali degli individui con le legittime

sussistenza di una posizione dominante nel mercato dei servizi di social network e valutando la limitazione della libertà di scelta imposta come abusiva, alla luce anche della normativa in materia di protezione dei dati personali.

¹⁴ Cfr. P. GUARDA, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, cit., pp. 134-172; R. DUCATO, *Data protection, scientific research and the role of information*, in *Computer Law and Security Review*, 2020, vol. 37, in rete: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105412>.

aspettative della società nei confronti di un miglioramento delle conoscenze (cons. 113). Nel caso in cui siano adottate le specifiche garanzie previste all'art. 89, par. 1, allora scatterà un regime che consiste in una serie di deroghe ad alcuni principi del trattamento dei dati personali (artt. 5, par. 1, lett. b) ed e), e 9, par. 2, lett. j)) ed all'esercizio di diversi diritti dell'interessato (artt. 14, 15, 16, 18, 21: diritto di ottenere informazioni, diritto di accesso, diritto di rettifica, diritto di limitazione e diritto di opposizione al trattamento)¹⁵.

In particolare, ad esempio, si sancisce una deroga al principio di limitazione delle finalità per scopi di ricerca. L'art. 5, par. 1, lett. b), prevede che i dati personali possano essere utilizzati esclusivamente per le finalità specifiche, esplicite e legittime per cui sono stati ottenuti, non potendo essere ulteriormente trattati per finalità incompatibili con lo scopo originario della raccolta¹⁶. Ebbene, si stabilisce anche che: «un ulteriore trattamento dei dati personali a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici non è, conformemente all'articolo 89, paragrafo 1, considerato incompatibile con le finalità iniziali ("limitazione della finalità")»¹⁷. Questa previsione semplifica le regole dedicate alla ricerca e permette il riuso di dati personali che siano già stati legittimamente raccolti. L'European Data Protection Supervisor (EDPS) propende per un'interpretazione restrittiva: suggerisce di non assimilare le condizioni di legittimità del trattamento con la determinazione della finalità, ma di effettuare, anche in caso di riuso dei dati per scopi di ricerca, il test di compatibilità di cui all'art. 6, par. 4¹⁸.

¹⁵ Cfr. R. DUCATO, *Data protection, scientific research...*, cit., pp. 5 ss.; A.M. DUGUET, J. HERVEG, *Safeguards and derogations relating to processing for scientific purposes: Article 89 analysis for biobank research*, in S. SLOKENBERGA et al. (eds.), *GDPR and biobanking*, Springer, 2020, pp. 105-120.

¹⁶ Vedi anche WP29, *Opinion 3/2013 on purpose limitation*, 2 aprile 2013, in rete: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf.

¹⁷ Cfr. anche cons. 50.

¹⁸ Cfr. EDPS, *Preliminary opinion on data protection and scientific research*, 6 gennaio 2020, p. 23. Opzione auspicabile soprattutto nel caso in cui le informazioni vengano utilizzate a fini di ricerca medica. Sul punto, è atteso un chiarimento da parte dell'EDPB (come annunciato in EDPB, *Guidelines 3/2020 on the processing of data concerning health for the purpose of scientific research in the context of the COVID-19 outbreak*).

Tale presunzione di compatibilità dipenderebbe, pertanto, dalla valutazione di alcuni aspetti specifici, indicati dall'art. 6, par. 4.

Inoltre, si dispone una limitazione al principio della conservazione (art. 5, par. 1, lett. e)). I dati trattati per le finalità di cui all'art. 89 possono, così, essere conservati in una forma che consenta l'identificazione degli interessati anche oltre il periodo strettamente necessario per il conseguimento dello scopo per cui sono stati originariamente raccolti¹⁹.

Con riferimento ai dati relativi alla salute, l'art. 4, pt. 15 li definisce come «i dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute». Essi sono inseriti nell'elenco delle categorie particolari di cui all'art. 9 e sono, pertanto, soggetti al divieto generale di trattamento previsto al primo paragrafo²⁰. Vi sono, tuttavia, alcune eccezioni a tale divieto che possono essere suddivise in tre gruppi²¹: 1) l'interessato ha prestato il consenso al trattamento ai sensi dell'articolo 9, par. 2, lett. a), o, strettamente connesso a ciò, vi è la necessità di tutelare un interesse vitale dell'interessato (lett. c)) o i dati personali sono stati manifestamente resi pubblici dall'interessato (lett. e)); 2) il trattamento risulta necessario per motivi di rilevante interesse pubblico (lett. g)), a fini di prevenzione o medicina del lavoro, diagnosi medica, prestazione di assistenza sanitaria o sociale o gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali (lett. h)), e per motivi di interesse pubblico nel settore della sanità pubblica ai sensi dell'articolo 9, par. 2, lett. i); 3) il trattamento è necessario a fini di ricerca scientifica o storica o a fini statistici ai sensi dell'articolo 9, par. 2, lett. j) («eccezione di ricerca»). Questa disciplina è complementare ai requisiti generali per il trattamento dei dati previsti all'art. 6.

¹⁹ Si veda EDPS, *Preliminary opinion on data protection and scientific research*, cit., p. 23.

²⁰ Cfr. L. GEORGIEVA, C. KUNER, *Art. 9 processing of special categories of personal data*, in C. KUNER et al. (eds.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2020, pp. 365-384.

²¹ Cfr. G. SCHNEIDER, *Health data pools under European policy and data protection law: Research as a new efficiency defence*, in *JIPITEC*, 2020, vol. 11, pp. 49-67.

Alcuni profili di criticità relativi alla “mancata armonizzazione” possono emergere dalle disposizioni dell’art. 9, par. 4, GDPR, che consente agli Stati membri di decidere se mantenere o meno le basi giuridiche previste dal regolamento UE o introdurre ulteriori condizioni e limitazioni in materia di trattamento di dati particolarmente sensibili, come quelli biometrici, genetici o relativi alla salute. Deroghe e regimi nazionali diversi possono creare ostacoli alle attività di ricerca²².

2.2. *Intermezzo: la disciplina statunitense*

Dando uno sguardo al di là dell’Atlantico, ci si accorge immediatamente che il sistema giuridico statunitense nei confronti della data protection – concetto che peraltro in quell’area fa fatica a trovare una propria dimensione autonoma rispetto a quello di privacy²³ – è tuttora caratterizzato da quello che è stato efficacemente etichettato come approccio “patchwork”²⁴. Si tratta di una divergenza macroscopica rispetto al cammino imboccato dal legislatore eurounitario. Ma l’analisi comparatistica non può (e non deve) fermarsi a un raffronto a livello epidermico, accontentandosi di questa pur significativa constatazione, occorrendo integrare l’indagine con le ricadute operative di siffatta strategia. Al riguardo, sulla scia di William McGeeveran²⁵, va notato che il *modus operandi* nordamericano conduce a un maggior lassismo nei confronti dei data controllers, nella misura in cui la protezione dei dati personali appare per certi versi ancillare a quella predisposta per il consumatore quale parte vulnerabile nelle relazioni di mercato.

Ne viene fuori un quadro disciplinare frammentato, privo di una visione d’insieme. E questa frammentarietà la si rinviene anche in

²² Cfr. TIPIK Legal, *Report on the implementation of specific provisions of the Regulation (EU) 2016/679*, January 2021, in rete: <https://www.dataguidance.com/sites/default/files/1609930170392.pdf>.

²³ Cfr. F. GILBERT, *Privacy v. Data Protection. What is the Difference?*, in rete: <https://francoisegilbert.com/?p=937>.

²⁴ L’espressione è utilizzata da W. HARTZOG & N. RICHARDS, *Privacy’s Constitutional Moment and the Limits of Data Protection*, in *Boston College Law Rev.*, 2020, 61, pp. 1687, 1690.

²⁵ W. McGEVERAN, *Privacy and Data Protection Law*, St. Paul, West Academic, 2016, pp. 257 ss.

seno al settore della *health data protection*, come pure nell'ambito dei relativi sottosettori²⁶.

Non mancano, sia nell'ordinamento federale che in quello dei singoli Stati, corpi di regole dedicati al trattamento dei dati relativi alla salute. Focalizzando l'attenzione sullo *statutory federal law*, non si può non menzionare lo *Health Insurance Portability and Accountability Act* (HIPAA) e le relative norme di esecuzione, nel cui ambito spicca la c.d. *HIPAA Privacy Rule*, adottata dal Department of Health & Human Services. Disposizioni che non sono certo antiquate, ma che scontano una serie di difficoltà di adattamento alle problematiche insorte di pari passo con l'affermarsi di modalità di trattamento dell'informazione sempre più sofisticate; problematiche, ad esempio legate ai Big Data²⁷ o all'intelligenza artificiale (IA) e al *machine learning*²⁸. Con questi brandelli di regolamentazione settoriale è chiamata a fare i conti anche la ricerca in ambito medico²⁹. E se di primo acchito si potrebbe essere indotti a pensare che una situazione all'insegna della *under-regulation* sia in fondo propizia per la raccolta e la circolazione dei dati dei pazienti, a fini di investigazione scientifica, non bisogna sottovalutare la spinta in senso contrario che discende dalla scarsa chiarezza/latitanza di garanzie per gli interessati, cui si accompagna un elevato livello di diffidenza che disincentiva la collaborazione con i ricercatori.

Invero, si registra una maggiore consapevolezza circa l'esigenza di migliorare e ammodernare la legislazione concernente i dati sanitari. Emblematico è un passaggio della proposta di legge presentata in Senato nel mese di febbraio del 2022³⁰, che si prefiggeva di crea-

²⁶ Per interessanti spunti riguardanti il campo delle *health research consumer-facing technologies*, si veda N.P. TERRY, *Assessing the Thin Regulation of Consumer-Facing Health Technologies*, in *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2020, 48(S1), pp. 94-102.

²⁷ Cfr. R. MUELLER, *Big Data, Big Gap: Working towards a HIPAA Framework That Covers Big Data*, in *Indiana Law J.*, 2022, 97, p. 1505.

²⁸ Cfr. B.J. EVANS, *The HIPAA Privacy Rule at Age 25: Privacy for Equitable AI*, *FSU Law Review*, 2023 (forthcoming), 50.

²⁹ Se ne avvedevano già due decenni orsono J. KULYNYCH, D. KORN, *The New HIPAA (Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996) Medical Privacy Rule, Help or Hindrance for Clinical Research?*, *Circulation*, 2003, 108:912-914. Cfr. altresì R.B. NESS, *Influence of the HIPAA Privacy Rule on Health Research*, in *JAMA*, 2007, vol. 298, n. 18: pp. 2164-2170.

³⁰ Bill S. 3620.

re una Commissione con il precipuo compito di elaborare un *Comprehensive Study of Health Data Use and Privacy Protection*. Nella section 2(9), si legge quanto segue: «Given the extensive proliferation of laws and proposals concerning the privacy of health information in light of recent changes in technology, applications, social media, and other platforms, and the increasing generation, collection, use, sharing, and selling of personal health information, a coordinated and comprehensive review is necessary to evaluate the effectiveness of existing protections of personal health information compiled by the health care, insurance, financial services, consumer electronics, advertising, technology, and other industries». Ma ciò che potrebbe dare una scossa all'intero sistema sono i venti che soffiano dalla costa occidentale. Invero, nel 2018 è stato varato il *California Consumer Privacy Act* che, quantunque non si possa equiparare al GDPR³¹, rappresenta nondimeno un tentativo di forgiare un testo legislativo ad ampio raggio. Fatto sta che, con gli emendamenti entrati in vigore all'inizio del 2023, anche per allentare le tensioni tra diritto statale e federale, si sono esplicitamente individuate alcune esenzioni proprio per i *providers of health care* presi in considerazione dalla summenzionata *HIPAA Privacy Rule*. Si tratta di vedere se il seme californiano germoglierà a livello federale. Ma, se è vero che è in rampa di lancio l'*American Data Privacy and Protection Act*³², l'impressione è che il cammino sia ancora lungo e impervio.

3. *Condivisione dei dati e Scienza Aperta: pandemia un'occasione mancata?*

La ricerca scientifica nel settore sanitario è caratterizzata da un elevato livello di complessità. Condivisione e ricerca collaborativa sono diventati imperativi nella scienza contemporanea il cui sviluppo dipende indissolubilmente dalle opportunità di accesso e utilizzo

³¹ Cfr. W.G. Voss, *The CCPA and the GDPR Are Not the Same: Why You Should Understand Both*, in *CPI Antitrust Chronicle*, Jan. 2021, vol. 1, n. 1, pp. 7-12.

³² Bill H.R. 8152.

dei dati, dalle possibilità di condivisione di pratiche e metodi e dal controllo incrociato delle informazioni in diversi settori disciplinari. Se opportunamente gestita, questa condivisione consente di ridurre i costi della ricerca scientifica ed evitare inutili duplicazioni.

La Scienza Aperta mira ad ottimizzare la comunicazione esponendo il processo scientifico ed i suoi risultati alla comunità di riferimento ed al pubblico più ampio. Questa aspirazione è attuata concretamente attraverso una serie di pratiche: l'Open Access, l'Open Source, l'Open Data, ecc.

La pandemia è servita da catalizzatore nell'adozione di alcuni principi di Open Science³⁵. Ad esempio, importanti editori hanno reso gli articoli relativi al COVID-19 liberamente accessibili³⁴, molti autori hanno iniziato a condividere i loro "preprint" in modo più sistematico e sono, infine, emerse iniziative specifiche, al fine di condividere i dati in ambito medico a disposizione dei ricercatori³⁵.

Tuttavia, ci sono stati molti casi in cui questi principi sono stati ignorati. Non sono, purtroppo, mancati esempi di scarsa trasparenza e condivisione o di adozione impropria dei principi che ispirano la Scienza Aperta³⁶.

È certo innegabile che la situazione di emergenza abbia evidenziato l'importanza di un cambio di passo rispetto alle usuali pratiche di condivisione (o, più spesso, di non condivisione) dei dati³⁷. Gli

³⁵ Cfr. R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa. Più condivisione, cooperazione e solidarietà dopo il Covid-19?*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2020, Special issue n. 1, in rete: <https://teseo.unitn.it/biolaw/article/view/1492>, 617-622. Cfr. anche K. WALSH, A. WALLACE, M. PAVIS, N. OLSZOWY, J. GRIFFIN, N. HAWKINS, *Intellectual Property Rights and Access in Crisis*, in *IIC*, 2021, vol. 52, pp. 379-416.

³⁴ Si veda il caso di Elsevier e di Springer Nature. Queste iniziative sono anche in risposta a richieste che vengono da alcuni Paesi (spesso quelli meno ricchi) e da enti finanziatori: cfr. R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa*, cit., p. 619; X. XU, *The hunt for a coronavirus cure is showing how science can change for the better*, in *The Conversation*, Feb. 24, 2020.

³⁵ <https://opensafely.org/>.

³⁶ In L. BESANÇON, N. PEIFFER-SMADJA, C. SEGALAS *et al.*, *Open Sciences Saves Lives: Lessons from COVID-19 Pandemic*, in *bioRxiv preprint*, 2020, in rete: <https://doi.org/10.1101/2020.08.13.249847>.

³⁷ Cfr. D. LESLIES, *Tackling COVID-19 through responsible AI innovation: Five steps in the right direction*, in *HDSR*, 2020, special issue 1-COVID-19, in rete: <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/as1p81um/release/3>.

avvenimenti storici di grande portata producono sempre ricadute a livello sociale. Uno dei mali che affligge la scienza attuale è quello relativo alla confusione tra profitto e ricerca, che riguarda le istituzioni come i singoli ricercatori³⁸. Purtroppo questo tipo di approccio è (indirettamente?) indotto dalle stesse dinamiche che caratterizzano le regole della ricerca stessa. *In primis*, la spinta a dover gareggiare in gruppi di studiosi a formazione variabile per poter aver accesso a finanziamenti pubblici e privati che, in un'epoca di drastica riduzione dell'intervento statale, diventano essenziali (o essenziali per chi non li riceve). Invece di incentivare la cooperazione il sistema pare favorire e, ancor peggio, premiare la competizione.

Sul piano giuridico, le regole che disciplinano i diritti di proprietà intellettuale, ideate principalmente per il mercato, spingono i ricercatori a competere in questa gara cercando di primeggiare e, quindi, ottenere l'esclusiva sul risultato della loro attività scientifica.

Gli effetti perversi di tutto questo si realizzano in modo più tragicamente diretto nel settore biomedico. Poche grosse industrie a livello globale controllano beni strategici quali vaccini, farmaci, banche dati. Per quanto si possa sperare in un approccio di tipo filantropico, rimane il fatto che questi soggetti sono per natura orientati al profitto prima che al progresso della conoscenza. Quando, come nel caso in oggetto, viene trovato un vaccino che potrebbe essere risolutivo per la pandemia, i diritti di esclusiva (che in termini economici possono essere definiti come monopoli intrinsecamente imperfetti) non permettono di sfruttare in modo efficace la nuova scoperta.

Esistono esperienze dove la corretta condivisione di dati ed informazioni, e una minor enfasi posta sui presunti effetti incentivanti in questo settore della proprietà intellettuale, ha portato a rilevanti risultati ed a vantaggi diretti per la società.

Tra questi merita di essere citato la Global Influenza Surveillance and Response Network (GISRS)³⁹: una rete globale di laboratori, istituita nel 1952, per condurre la sorveglianza globale dell'influenza e coordinata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità. La cre-

³⁸ Cfr. R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa*, cit., pp. 618-619.

³⁹ <https://www.who.int/initiatives/global-influenza-surveillance-and-response-system>.

azione di un sistema di condivisione sul virus dell'influenza rappresenta da anni uno strumento completo nel fornire un preallarme nei confronti dei possibili cambiamenti nei virus influenzali circolanti nella popolazione globale e nell'aiutare a mitigare le conseguenze di una pandemia mantenendo l'efficacia dei vaccini contro l'influenza stagionale. Il tutto senza ricorrere alle privative di cui ai diritti di proprietà intellettuale⁴⁰. La Scienza Aperta, dunque, come antidoto per epidemie e pandemie⁴¹.

Altro esempio paradigmatico è quello rappresentato dal Montreal Neurological Institute and Hospital (MNI) in Canada (conosciuto anche come "Neuro")⁴². Nella primavera del 2016 giovandosi di una cospicua donazione da parte della famiglia Tanenbaum, è stato creato il Tanenbaum Open Science Institute (TOSI) con l'obiettivo di accelerare i progressi della ricerca, reinventare il suo ruolo nella comunità e facilitare la diffusione delle scoperte neuroscientifiche in tutto il mondo⁴³. Apertura e condivisione hanno interessato i dati sperimentali, i campioni biologici, i materiali da laboratorio, le tecniche ed i modelli di business. Tale approccio enfatizza la c.d. "terza missione" dell'università.

Sul piano normativo, il legislatore europeo ha dimostrato l'intenzione di muovere alcuni importanti passi verso l'apertura di dati ed informazioni. L'intento dichiarato è quello di offrire un modello alternativo alla pratica di trattamento dei dati delle principali piattaforme tecnologiche.

La "Strategia europea per i dati" è un programma dell'Unione volto alla creazione di un mercato unico che consentirà ai dati di circolare liberamente e in tutti i settori a vantaggio delle imprese,

⁴⁰ Sul punto cfr. A. KAPCZYNSKI, *Order without intellectual property law: open science in influenza*, in *Cornell Law Rev.*, 2017, vol. 102, p. 1539.

⁴¹ In R. CASO, *La scienza non sarà più la stessa*, cit., p. 621.

⁴² Montreal Neurological Institute and Hospital, in rete: <https://www.mcgill.ca/neuro/>. Cfr. C. RISDALE, *Open Science, Open Data: Lessons from the Montreal Neurological Institute*, in *Research Data Canada*, 2016, in rete: <https://www.rdc-drc.ca/open-science-open-data-lessonsfrom-the-montreal-neurological-institute/>.

⁴³ E.R. GOLD, *Accelerating Translational Research through Open Science: The Neuro Experiment*, in *PLoS Biol.*, 2016, vol. 14, n. 12, e2001259, in rete: <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.2001259>; B. OWENS, *Montreal institute going «open» to accelerate science*, in *Science*, 2016, vol. 351, n. 6271, p. 329, in rete: <http://science.sciencemag.org/content/351/6271/329>.

dei ricercatori e delle pubbliche amministrazioni⁴⁴. Per realizzare questo ambizioso obiettivo sarà necessario definire norme chiare ed eque circa l'accesso ai dati ed il loro riutilizzo e occorrerà investire in strumenti ed infrastrutture per l'archiviazione e l'elaborazione. Sarà, inoltre, essenziale favorire la condivisione in settori chiave, predisponendo appositi "spazi" di dati interoperabili. Senza alcuna pretesa di esaustività di seguito una schematica carrellata di alcuni tra i più rilevanti interventi normativi proposti.

Anzitutto va menzionata la Direttiva (UE) 2019/1024 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 relativa all'apertura dei dati e al riutilizzo dell'informazione del settore pubblico (*Open Data Directive*). Essa è volta a fornire un quadro giuridico comune per un mercato europeo dei dati posseduti dalle pubbliche amministrazioni. Ha sostituito la Direttiva sull'informazione del settore pubblico, nota come "Direttiva PSI" (Direttiva 2003/98/CE) che risale al 2003⁴⁵. La nuova disciplina è costruita attorno a due pilastri fondamentali del mercato interno: la trasparenza e la concorrenza leale.

Abbiamo, poi, il Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla governance dei dati, conosciuto come *Data Governance Act*). Esso si propone di mettere a disposizione i dati del settore pubblico per il riutilizzo qualora questi siano oggetto di diritti di terzi. Cerca inoltre di incentivare la condivisione tra le imprese, dietro compenso in qualsiasi forma; prevede, infine, una nuova forma di consenso all'utilizzo dei dati per scopi altruistici (*data altruism*).

La Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati, nota come *Data Act*) del 23 febbraio 2022 si prefigge l'obiettivo di sbloccare il valore dei dati di so-

⁴⁴ *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020), 66 final.

⁴⁵ Successivamente modificata dalla Direttiva 2013/37/UE. Cfr. F. FAINI, *Data society*, cit., pp. 141-144.

cietà private in situazioni “eccezionali” di elevato interesse pubblico, in considerazione di meccanismi di accesso ai dati in momenti di emergenza pubblica: una volta introdotte le nuove regole, fornire dati diverrà obbligatorio, a condizioni prefissate e gratuitamente se correlati ad una pubblica emergenza (agevole cogliere l’eco dell’emergenza sanitaria da COVID-19).

Infine, in linea con l’obiettivo di creare uno spazio europeo per i dati (industriali, sulla mobilità, finanziari, ecc.), va citata la Proposta di Regolamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari del 3 maggio 2022⁴⁶.

Questo pacchetto di interventi normativi è sicuramente ispirato a nobili principi ed è volto a definire il contesto giuridico all’interno del quale sia possibile creare un vero e proprio mercato unico relativo alla circolazione ed al riutilizzo dei dati. Esso presenta, però, criticità di non poco momento. In primo luogo, l’articolato stesso delle diverse disposizioni citate appare particolarmente complesso (per non dire a tratti contorto) e di non diretta comprensione, rendendo quantomai difficile l’applicazione concreta di quanto in esse previsto. Non del tutto chiara risulta, poi, l’interazione e l’integrazione tra questi strumenti, determinando situazioni di sovrapposizione o di apparente contrasto normativo tutte da risolvere. Infine, il coordinamento con la disciplina prevista dal GDPR, cui i testi normativi citati fanno riferimento, appare tutto tranne che scontata.

4. Cenni all’apporto delle Medical Humanities

Nel contesto del dibattito sull’utilizzazione dei dati clinici dei pazienti a fini di ricerca, è interessante prendere in esame anche il contributo che stanno provando ad apportare i cultori di un sapere interdisciplinare che va sotto il nome di *Medical Humanities* (MH). Si è al riguardo parlato di un “dispositivo pedagogico” utile a «mettere in dialogo le scienze mediche e le scienze umane, queste ultime

⁴⁶ Sul punto si veda anche EDPB-EDPS, *Joint Opinion 05/2022 on the Proposal for a Regulation on the European Health Data Space* che ha evidenziato una serie di criticità della proposta di regolamento.

intese come l'insieme delle discipline che indagano l'unicità dell'individuo attraverso un paradigma narrativo»⁴⁷. Il percorso delle *Medical Humanities*, per come le conosciamo oggi, parte dagli Stati Uniti tra la fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 del secolo scorso⁴⁸. Ivi ha trovato terreno fertile e ha conosciuto significativi sviluppi. Per converso, l'atteggiamento in Europa è stato molto più cauto, ma si registra negli ultimi anni un interesse vieppiù crescente. A titolo esemplificativo, anche in Italia, come altrove, sono stati attivati diversi master universitari dedicati a esplorare la tematica.

Alcuni cultori delle MH⁴⁹ si sono accostati alle problematiche inerenti alla condivisione dei dati clinici muovendo dalla constatazione che, malgrado le potenzialità insite in questa pratica⁵⁰ e i tentativi di promuoverla a livello globale, i frutti raccolti sono stati a dir poco modesti. In questa prospettiva, il terreno su cui lavorare è quello del c.d. *societal trust*. Importando dalla sociologia il suggestivo concetto della licenza sociale e applicandolo alla ricerca medica, gli studiosi in questione hanno evidenziato che i pazienti (e più in generale, la pubblica opinione) non hanno nel complesso un atteggiamento pregiudizialmente contrario a che siano messi al servizio della scienza – e, dunque, costituiscono la linfa vitale dei progetti cooperativi tra gli scienziati – i dati clinici; nondimeno, sussistono dei fattori che frenano queste buone intenzioni. In estrema sintesi, gli aspetti su cui occorre provare a lavorare per rendere effettiva la licenza sociale cui

⁴⁷ Così N. SUTER, *Narrazione e scrittura nella formazione di base delle professioni sanitarie. La medicina e il paradigma narrativo*, in M. BONGIOVANNI, P. TRAVAGLIANTE (a cura di), *La medicina narrativa strumento trasversale di azione, compliance e empowerment*, Milano, 2017, p. 116.

⁴⁸ Cfr. T.R. COLE, N.S. CARLIN, R.A. CARSON, *Medical Humanities: An Introduction*, New York, NY, Cambridge University Press, 2014, p. 5.

⁴⁹ Si fa riferimento, in particolare, allo studio di S. KALKMAN, J. VAN DELDEN, A. BANERJEE *et al.*, *Patients' and public views and attitudes towards the sharing of health data for research: a narrative review of the empirical evidence*, in *J. Med. Ethics*, 2022, vol. 48, pp. 3-13.

⁵⁰ La pratica del *data sharing* è alla base della c.d. *Big Data health research*, che pone le premesse per un salto di qualità della medicina di precisione consentendo un «increased understanding of disease aetiology and phenotypes, treatment effects, disease management and healthcare expenditure» (così S. KALKMAN, J. VAN DELDEN, A. BANERJEE *et al.*, cit., p. 3).

si accennava poc'anzi sono i seguenti⁵¹: 1) «the research as a result of data sharing should be in the public's interest and should reflect participants' values»; 2) «patients only support studies that offer value and minimise security risks»; 3) i pazienti preferirebbero «to be involved in the data sharing process, to be notified when their data are (re)used and to be informed of the results of studies using their data»; 4) i pazienti andrebbero informati circa «the fact that individuals' data could potentially be shared, the objectives of data sharing and (biobank) research, the study's data sharing plans, governance structure, logistics and accountability»; 5) sarebbe utile che i ricercatori che hanno condotto per primi gli studi basati sui dati dei pazienti monitorassero l'utilizzo di tali dati da parte degli altri ricercatori. Questa logica non è molto distante da quanto si osservava *supra* nell'analisi del sistema statunitense, allorché si ipotizzava che un maggior livello di protezione dei dati avrebbe ricadute positive sulla disponibilità dei pazienti a collaborare con i ricercatori.

Ulteriori spunti di riflessione sono offerti dai lavori che si occupano, in chiave di MH, dell'impatto dell'intelligenza artificiale sulla tematica in esame⁵². Una delle nuove frontiere è rappresentata dalla messa a punto di *biomarkers* digitali i quali costituiscono l'output di un processo di interpretazione da parte di dispositivi di IA di una serie di dati, che tradizionalmente si faceva fatica a ricondurre alla sfera della salute (si pensi alla registrazione – anche con l'impiego di un comune modello di smartphone e di una specifica app – e archiviazioni di suoni, i quali potrebbero servire a istruire strumenti basati sul machine learning a riconoscere colpi di tosse sintomatici di malattie respiratorie). Si profila dunque la necessità di rivedere il quadro regolamentare, anche eventualmente alla luce di un ripensamento della nozione di health data.

⁵¹ S. KALKMAN, J. VAN DELDEN, A. BANERJEE *et al.*, *Patients' and public views...*, cit., p. 11.

⁵² Di particolare interesse il lavoro di K. OSTHERR, *Artificial Intelligence and Medical Humanities*, in *Journal of Medical Humanities*, 2022, vol. 43, pp. 211-232.

5. Conclusioni

Le ultime battute del paragrafo precedente non fanno che porre l'accento su una dimensione che innerva l'intero lavoro: il fattore tecnologico diviene determinante non solo per gli operatori sanitari, ma anche per il giurista. Tecnologia che, in prima battuta, sembrerebbe possedere una doppia anima: i vantaggi che offrono le accresciute capacità di archiviazione, elaborazione e comunicazione dei dati sanitari rischiano di essere neutralizzati dalle preoccupazioni suscitate sul versante della privacy. Questa ambivalenza non è così netta come appare. Invero, si stanno progettando dispositivi tecnologici che promettono di diminuire esponenzialmente i rischi di abusi dei dati personali anche nel quadro di sistemi informativi improntati a una logica di condivisione su larga scala. Non a caso si parla di *privacy-enhancing technologies*. E uno dei loro campi di applicazione si presta a essere quello del "medical data sharing"⁵³. Va da sé che il giurista deve fare la sua parte, escogitando strumenti regolatori che incentivino l'impiego (e lo sviluppo armonico rispetto al quadro di principi) di siffatti accorgimenti tecnologici.

Ma il giurista non può limitarsi a svolgere con scrupolo questo pur importante compito e a giocare di rimessa, inseguendo affannosamente le tecnologie e cercando di tappare le falle che il loro cattivo uso può provocare. In una visione più ampia del suo ruolo, è probabilmente lecito attendersi che le sue capacità di analisi procedano di pari passo con lo sviluppo delle tecniche di trattamento delle informazioni, in modo da cercare, senza accumulare ritardi macroscopici, di incanalare le inevitabili e rapide mutazioni in sentieri non troppo scoscesi.

Certo, per far sì che gli scenari testé abbozzati non rimangano soltanto l'oggetto di un auspicio, si richiede al giurista dell'era digitale uno sforzo di aprirsi a ciò che è altro da sé, senza abdicare alle proprie specificità che da secoli lo hanno reso ben distinguibile da altri attori sociali. Altrimenti detto, non sembra si possa evitare di

⁵³ J. SCHEIBNER, J.L. RAISARO, J.R. TRONCOSO-PASTORIZA *et al.*, *Revolutionizing Medical Data Sharing Using Advanced Privacy-Enhancing Technologies: Technical, Legal, and Ethical Synthesis*, in *J. Med. Internet Res.*, 2021, vol. 23, n. 2, e25120.

procedere con rinnovato slancio in una direzione che valorizzi approcci euristici interdisciplinari, se l'obiettivo è quello di dare risposte, sul piano delle regole, che siano efficaci e gestibili sul piano operativo, agli interrogativi che pone la ricerca scientifica in ambito medico al tempo della autostrade telematiche, delle sconfinata capacità computazionali delle macchine e dell'intelligenza artificiale, in una realtà sociale che tende, a dire il vero più in Europa che altrove, a metter in esponente il valore del controllo sui propri dati personali. In questa temperie, non può eclissarsi la comparazione giuridica. Non solo perché i problemi di cui siamo occupati nelle pagine che precedono hanno per loro natura una vocazione a trascendere i confini nazionali. Vero è che il comparatista, ben prima dei giuristi municipali attenti alle discipline positive, ha mostrato la fecondità delle "contaminazioni" con altre branche del sapere umanistico, delle scienze sciali e persino delle "scienze dure". Del resto, com'è stato autorevolmente evidenziato, «la comparazione giuridica sembra sempre più chiamata a mettere in discussione la possibilità di studiare e conoscere il diritto alla luce delle realtà dinamiche di cambiamento e innovazione che interessano la vita collettiva e individuale, in una "rete" di interdipendenze»⁵⁴.

⁵⁴ Così L. MOCCIA, *La comparazione 'oltre' i sistemi di diritto. L'esempio della tutela ambientale*, in *La cittadinanza europea*, 2021, n. 1, p. 128.

RECIPROCHE AUTONOMIE, BILANCIATE SINERGIE.
UNA RIFLESSIONE EPISTEMOLOGICA A PARTIRE
DALL'INTERAZIONE FRA SAPERI NELLA PROSPETTIVA
DELLE CORTI AMMINISTRATIVE SUPREME

*Daniela Piana**
*Luca Verzelloni***

1. *Introduzione*

Le riflessioni proposte nelle pagine che seguono hanno come obiettivo quello di inquadrare sul piano analitico la controversa, e pur tuttavia ineludibile questione, che si pone oggi ormai in modo ricorrente dinnanzi alle alte giurisdizioni, del rapporto fra diritto, scienza e portato conoscitivo della tecnologia, in particolare laddove quest'ultima si incontra con la disponibilità di dati in misura incommensurabilmente più elevata di quanto non sia mai accaduto in passato nella storia della modernità¹.

* Professoressa ordinaria, Università di Bologna.

** Ricercatore, Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ La letteratura sul tema della trasformazione digitale e dell'impatto sulla normatività giuridica è ormai amplissima. Ci limitiamo a richiamare alcune (e strettamente esemplificative, non esaustive) fra le più recenti pubblicazioni dove il riferimento è specifico alla giurisdizione: S. PENASA, *Intelligenza artificiale e giustizia: il delicato equilibrio tra affidabilità tecnologica e sostenibilità costituzionale in prospettiva comparata*, in *DPCE Online*, 2022, vol. 51, n. 1, pp. 297-310; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, 2020, vol. 44, n. 3, pp. 3369-3389; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020; M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons. Potentialities and Risks Deriving from the Interaction between Artificial Intelligence and Preventive Justice*, in *European Journal of Crime, Criminal Law & Criminal Justice*, 2021, vol. 29, pp. 1-23. Vale la pena ricordare poi il lavoro in corso trasversalmente alle diverse sedi giurisdizionali italiane in materia di ricerca sulle applicazioni di strumenti di IA applicati all'analisi preliminare della

Non troverà quindi il lettore nelle considerazioni proposte dagli autori una disamina di carattere giurisprudenziale della ormai vasta, corposa e lungi dall'essere consensuale, letteratura giuridica e filosofica attinente agli orientamenti del giudice delle alte corti quando debba trovarsi nella situazione decisionale di stabilire un principio, ovvero di potere fare evolvere la norma primaria nella direzione di meglio incontrare i bisogni e i cambiamenti della società.

Non si tratta di negare che vi sia stata, in particolare a valle della esperienza dirompente dettata dalla reazione che i sistemi giuridici e sociopolitici nazionali hanno elaborato dinnanzi alla pandemia, una necessaria elaborazione giurisprudenziale derivata dalle istanze arrivate dinnanzi alle alte corti per via della contrazione dell'esercizio delle libertà individuali connessa con l'attuazione in via emergenziale della regolazione di urgenza².

L'oggetto dell'analisi in questo breve saggio non è, tuttavia, questo. Quanto accaduto sul piano sistemico durante il lungo periodo di emergenza viene considerato alla stregua di una premessa, la quale apporta al ragionamento che si vuole tratteggiare un elemento rafforzativo, in termini di salienza e di pertinenza istituzionale. Non è, tuttavia, il solo ambito nel quale l'incontrarsi di diritto, scienza e tecnica costituisce oggi la cifra caratterizzante della decisione giurisdizionale, in particolare di quella specifica giurisdizione che, per ragioni succintamente rievocate nel prossimo paragrafo, è divenuta comparativamente più sollecitata di altre nell'interazione fra cittadino e potere: l'alta corte amministrativa. Il lettore avvertirà che le considerazioni offerte in queste pagine sono ispirate da due angolature di sguardo. La prima è propriamente multidisciplinare. Non si tratta di una scelta

giurisprudenza. Si rimanda qui a European Commission, *2050 Digital Decade Report on the Digital Decade*, Bruxelles, EU, 2021, nonché ai lavori che regolarmente sono elaborati sul tema dell'utilizzo dell'IA ad ausilio del funzionamento della giustizia da parte della CEPEJ. Un caveat si impone. Esula completamente dallo scopo di questa nota la presentazione critica degli approcci di metodo e di merito – settore penale, civile, ecc. – che comunque si trovano affrontati nella letteratura internazionale e nazionale. Sono una fonte in continua evoluzione le ricerche del Cyberjustice Lab e dell'affiliato progetto internazionale ACT presso l'Université de Montreal.

² Meritano di essere qui ricordati i seguenti lavori comparati: E.H. HONDIUS *et al.* (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2021; C. ZILLER, M. HELBLING, *Public support for state surveillance*, in *European Journal of Political Research*, 2021, vol. 60, pp. 994-1006.

di campo, ma di una scelta rispondente alla natura dell'oggetto trattato. La seconda è fermamente comparativa, nella misura in cui gli autori sono convinti che sul piano funzionale tutti i sistemi istituzionali demo-costituzionali oggi si stiano confrontando con una domanda di riaffermazione e di ripensamento delle garanzie e delle qualità, che la modalità con cui cittadino e potere si interfacciano deve potere annoverare fra i suoi elementi fondativi e giustificativi.

L'analisi tratteggiata va intesa come una proposta di inquadramento di un percorso intellettuale che, per potere essere appieno compiuto, necessita della partecipazione di istanze scientifico accademiche e di istanze istituzionali, in particolare in quelle sedi di alto livello dove le giurisdizioni stesse si possono vedere riflesse nelle loro decisioni e nei principi che affermano, pur in un mondo molto trasformato, una funzione nomofilattica necessaria alla tutela effettiva di un'eguale capacità di esercitare le libertà fondamentali.

Occuparsi di questo sul piano comparato e in un'ottica di ricerca ed elaborazione scientifica in materia di effettività dello Stato di diritto appare quantomai pertinente oggi, e saliente per il futuro delle garanzie ordinamentali e funzionali delle democrazie costituzionali. Questo ha un significato diverso a tre livelli. A livello di elaborazione del ragionamento del giudice, ragionamento che non può ridursi a una forma di naturalizzazione della normatività all'essere fotografato dalla scienza né può essere ridotto al calcolo ancorché potenziato da straordinarie razionalità tecniche scaturite dall'applicazione dell'intelligenza artificiale. A livello di procedura, ovvero di costruzione della decisione giurisdizionale non solo nel confronto delle parti, ma anche nell'acquisizione di quelle razionalità tecniche, che contribuiscono alla definizione dell'evidenza processuale e della costruzione del fatto. A livello sistemico, ovvero nei rapporti fra i poteri.

2. *Bilanciamento, contro il riduzionismo*

Il principio costituzionale che vede nella limitazione dell'esercizio del potere – di qualsiasi forma di potere – una caratteristica fondativa e distintiva, propria del *genus* delle democrazie liberali, assu-

me significato sia prescrittivo sia euristico. Si dice “prescrittivo” in quanto da esso derivano linee guida e standard in materia di scelte di ingegneristica istituzionale – queste ultime potendo in quel principio trovare un metodo di verifica “in negativo”. Nella vasta varietà di modelli di organizzazione del potere ve ne sono di non accettabili in una democrazia liberale, in quanto in contraddizione con il principio costituzionale. In tal senso, si può parlare di selezione in negativo. Si dice “euristico”, in quanto esso permette, mantenendo quel grado di astrattezza che è proprio dei punti archimedei da cui si può immaginare l’architettura di un *cosmos*, di identificare forme organizzative nuove, entro cui cercare di declinare non solo forme nuove di controllo e bilanciamento, ma anche fattori di carattere facilitante o ostacolante l’effettività della tutela dello Stato di diritto.

L’accento che si vuole suggerire in questa breve riflessione di apertura non va tanto sull’aspetto organizzativo, consapevoli della molteplicità dei modelli che sono da un lato esistenti nella letteratura, e dall’altro lato sperimentati nella prassi istituzionale – storicamente situata. Si tratta piuttosto di mettere l’accento sulla dinamica del bilanciamento che appare essere la vera essenziale fonte della certezza dell’evoluitività dei sistemi costituzionali, nella misura in cui a nessuna istanza di potere è conferita la prerogativa di essere ancor prima che *legibus solutus*, al di sopra della necessità di sottoporsi a una continua verifica, anche in senso orizzontale. Non si chiamerà, allora, questa dinamica solo controllo dell’errore. Essa avrà piuttosto a che fare con la dialettica fra *ratio decidendi*, dalla quale emerge in modo certo nel metodo, ma aperto nell’esito, la possibilità di migliorare, compendiare, adattare, integrare.

Se queste note astratte e generali vengono calate nel contesto specifico dell’esercizio della giurisdizione nel tempo post pandemico, alcuni elementi di immediata attualità conseguono. Il primo riguarda la combinazione all’interno del ragionamento giurisdizionale – individuale o collegiale esso possa essere – della razionalità terza (quella del giudice) con la razionalità – diversamente, ma non in modo meno cogente, terza – della scienza e della tecnica. Se, infatti, una delle caratteristiche che abbiamo dinnanzi è quella di una decisione pubblica “aumentata” dall’integrazione di intelligenze che scaturiscono dai dati e dall’analisi di questi, ancora suffragata da *expertise* di carattere scien-

tifico avanzato – pensiamo alla scienza medica, all'epidemiologia, ma anche alla valutazione dei rischi in materia idrogeologica, sismologica o vulcanologica – la tutela dei diritti e della legalità in un contesto dove l'istanza terza giudicante interviene su un terreno già arato da razionalità diversamente terze mette in questione come le terzietà scaturenti da diversi metodi di garanzia – quello dell'indipendenza della governance giudiziaria e quello del metodo scientifico – si possano contemperare senza essere l'una lesiva o andare a detrimento dell'altra.

Quanto appena affermato va coniugato con la constatazione secondo la quale il sistema politico – inteso come insieme interdipendente di istanze di esercizio del potere – sta attraversando una stagione particolarmente ardua e, al contempo, gravida di potenziali miglioramenti. Le regole che sono incardinate all'interno delle forme organizzative del potere appaiono in tensione rispetto ai bisogni funzionali del sistema. I controlli diffusi sono insufficienti per dare risposta ai bisogni e ciò che di fatto accade nelle maglie della discrezionalità che le regole permettono sembra essere divenuto elemento importante – come un effetto del cigno nero.

Si è chiesto, in tempo pandemico, alla scienza di fare molto. Anzi. Di fare troppo. Si è chiesto di rispondere – *answerability* appare parola chiave – anche di quelle forme di esercizio del potere che non possono che essere l'esito dell'esercizio di una razionalità politica. La posizione della giustizia amministrativa e del Consiglio di Stato appare, dunque, di particolare rilevanza per l'effettività dello Stato di diritto e della legalità, in un'ottica di carattere evolutivo. Proprio per le recenti esperienze istituzionali, socio-giuridiche e culturali, la giurisdizione amministrativa si trova oggi ad avere nella capacità di bilanciare prospettive diverse, ma egualmente importanti nella funzionalità e nella crescita del paese, da valorizzare anche nella pubblicistica, mettendo in relazione l'esercizio della giurisdizione con il sacro valore insito nella terzietà – sia come postura epistemologica sia come garanzia ordinamentale.

Nelle considerazioni sviluppate in queste pagine il lettore troverà dunque una prospettiva e una puntualizzazione dei profili decisionali che si associano al molto più ampio insieme di fenomenologie comportamentali e funzionali relative alla crescente significatività assunta dalle argomentazioni scientifiche all'interno della decisione del giudice amministrativo e della Corte amministrativa suprema,

quando negli ordinamenti le viene affidato il ruolo altresì consultivo. Fino a che punto la scienza può determinare, ovvero sotto determinare, la decisione?

3. *La decisione vista dal lato degli attori*

Alla fine degli anni '50, Everett Hughes, uno degli esponenti di punta della Scuola di Chicago, ha coniato un motto, poi ripreso e fatto proprio, più di recente, dall'Actor Network Theory³: "follow the actors"⁴. Richiamando il pensiero di Max Weber, l'autore propone di spostare il focus dell'analisi sugli attori sociali e sulle loro azioni socialmente rilevanti. Questo cambiamento di prospettiva si configura come la chiave, da un lato, per indagare ciò che in seguito l'Etnometodologia ha descritto come quegli specifici "ordini locali", che caratterizzano ogni contesto di interazione sociale⁵ e, dall'altro, per interrogarsi sulla capacità degli attori di agire e di poter formulare delle scelte indipendenti – ossia sulla loro *agency*.

Adottare il "paradigma dell'azione", piuttosto che quello della struttura, significa concentrarsi sul processo di *decision making* e sulla costruzione di significati, su cui si fonda la razionalità decisionale degli attori sociali. Come messo in luce da Boudon, per comprendere le azioni socialmente rilevanti delle persone occorre ricostruire le "buone ragioni" che sottendono le loro scelte⁶. Questa ricostruzione non può che fondarsi su quell'insieme complesso di conoscenze e competenze, anche tacite, intuitive e sensoriali⁷, che caratterizza ogni singolo individuo.

³ J. LAW (ed.), *Power, action, and belief: A new sociology of knowledge?*, London, Routledge & Kegan Paul, 1986. B. LATOUR, *Reassembling the social: an introduction to Actor-Network Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

⁴ E.C. HUGHES, *Men and their work*, Glencoe, Free Press, 1958.

⁵ H. GARFINKEL, *Studies in ethnomethodology*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1967.

⁶ R. BOUDON, *Effetti perversi dell'azione sociale*, Milano, Feltrinelli, 1981; R. BOUDON, *Trattato di Sociologia*, Bologna, il Mulino, 1996; E. DI NUOSCIO, *Ragioni e razionalità. Alcune considerazioni sull'epistemologia di Raymond Boudon*, in *Quaderni di Sociologia*, 2015, vol. LIX, n. 68, pp. 61-77.

⁷ M. POLANYI, *The Tacit Dimension*, New York, Anchor Books, 1966.

Nel caso di un sapere di natura professionale, il passaggio da novizio a esperto⁸, fa sì che un professionista diventi capace di gestire le situazioni che è chiamato ad affrontare, combinando e filtrando le diverse conoscenze astratte e pratiche acquisite nel corso del suo percorso di carriera⁹. L'esperto è, infatti, colui che coglie in modo completo e articolato le situazioni che incontra, anche se di natura estremamente complessa. Le conoscenze e competenze che ha interiorizzato – tanto da diventare, con il tempo, parte dell'occhio, dell'orecchio e della mano di un professionista¹⁰ – lo fanno agire in modo pertinente e appropriato, anche attraverso il ricorso all'intuito¹¹.

L'aumento della complessità dei processi sociali ed economici rischia però di rimettere in discussione questo modello. Ciò risulta particolarmente evidente nel mondo del diritto.

Come è stato segnalato da diversi autori¹², il quadro giuridico-legale risulta sempre più complesso e di difficile interpretazione. Tra i fattori alla base di questi processi occorre ricordare, in particolare: la proliferazione delle relazioni economiche e commerciali che travalicano i confini nazionali, l'apertura dei mercati azionari e obbligazionari su scala mondiale, l'applicazione di strumenti basati su forme di intelligenza artificiale e l'emergere della *lex mercatoria*.

Le conoscenze e competenze che caratterizzavano il bagaglio di ogni giurista rischiano di non essere più sufficienti. Di fronte all'aumento della complessità sociale ed economica delle nostre società, si avverte la necessità di nuovi saperi, anche non strettamente giuridici. I giuristi – al pari di altri professionisti – sono portati, pertanto, a creare delle occasioni di dialogo permanente con altre “comunità epistemiche”¹³, por-

⁸ H. DREYFUS, S.E. DREYFUS, *Mind over machine*, Oxford, Blackwell, 1986.

⁹ C. GOODWIN, *Il senso del vedere*, Roma, Meltemi Editore, 2003.

¹⁰ E. FREIDSON, *Professionalism, the third logic*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001.

¹¹ H. DREYFUS, S.E. DREYFUS, *Mind over machine*, cit.

¹² Tra cui, in particolare: R.D. SCHWARTZ, J.C. MILLER, *Legal Evolution and Societal Complexity*, in *American Journal of Sociology*, 1964, vol. 70, n. 2, pp. 159-169; L.M. FRIEDMAN, *The Legal System. A Social Science Perspective*, New York, Sage, 1975; R.A. EPSTEIN, *Simple rules for a complex world*, Cambridge, Harvard University Press, 1995; S. CASSESE, *The Globalization of Law*, in *Journal of International Law and Politics*, 2005, vol. 37, n. 4, pp. 973-993.

¹³ P.M. HAAS, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, in *International Organization*, 1992, vol. 46, n. 1, pp. 1-35.

tatrici di saperi diversi, e tra queste ultime e le “comunità di pratica”¹⁴, che sorgono in modo spontaneo, dal basso, nelle diverse arene di interazione sociale¹⁵.

In funzione degli obiettivi del presente capitolo, prenderemo in considerazione due corti amministrative supreme: il Consiglio di Stato francese e quello italiano. Tale scelta si fonda su tre ragioni, tra loro collegate. In primo luogo, le due corti risultano comparabili tra loro, sia con riferimento alle caratteristiche strutturali e al sistema di governance, sia in funzione dell’evoluzione nel tempo dei loro assetti organizzativi. In secondo luogo, nel corso degli ultimi anni, entrambe le corti hanno assunto un ruolo sempre più rilevante come organi consultivi del potere esecutivo e delle agenzie, nella fase precedente alla promulgazione di leggi, ordinanze, regolamenti e altre fonti normative. Infine, entrambi i paesi sono, ormai da tempo, teatro di confronto e, in molti casi, di scontro, anche di natura ideologica, sui rapporti tra diritto, scienza e tecnica. Nel corso della pandemia da COVID-19, tale discorso ha influenzato il dibattito pubblico, finendo per rimettere in discussione la credibilità stessa del giudizio degli esperti¹⁶.

In chiave funzionale e sistemica, occorre interrogarsi, in primo luogo, sull’attività consultiva del Consiglio di Stato francese e italiano, ossia sulla loro incidenza sul processo di *policy making*. Le tabelle seguenti (Tab. 1 e 2) riportano un’analisi dei flussi di pareri emessi nell’ultimo quadriennio (2019-2022), ossia dal periodo precedente a quello successivo all’emergenza pandemica. Posto che, date le differenze ordinamentali, i dati relativi ai due paesi non sono comparabili tra loro, vi sono una serie di tratti comuni, da sottolineare. In primo luogo, sia in Francia sia in Italia, il numero di pareri risulta in aumento. Questo incremento risulta più significativo nel caso francese: nel triennio 2019-2021, i pareri sono aumentati del 16,7%. In Italia, in-

¹⁴ E. WENGER, *Communities of practice: Learning, meaning, and identity*, New York, Cambridge University Press, 1998.

¹⁵ D. PIANA, L. VERZELLONI, *Epistemic communities meet communities of practices*, in *Rivista di Digital Politics*, 2022, vol. II, n. 1-2, pp. 221-246.

¹⁶ L. VERZELLONI, *La vana ricerca della neutralità: razionalità ibride e bilanciamento di poteri, in tempi di crisi e non*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 28, pp. 197-211; L. VERZELLONI, *La parola agli esperti. Da oracoli ad attori responsabili?*, in M. Malvicini (a cura di), *Il governo dell’emergenza. Politica, scienza e diritto al cospetto della pandemia COVID-19*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 1-16.

vece, dopo la flessione del 2021, i pareri sono tornati in linea con i livelli registrati nel 2019 (+18,9% nel biennio 2021-2022). In secondo luogo, il numero delle istituzioni che richiede dei pareri ai due Consigli di Stato si mantiene molto elevato. Alla luce del quadro ordinamentale vigente in Francia, le articolazioni ministeriali dialogano molto di frequente con il Consiglio di Stato: nel 2020, 28 su 30 ministeri (compresi i ministeri delegati) hanno chiesto almeno un parere all'organismo. In Italia, invece, il numero delle istituzioni coinvolte, comprese le agenzie, risulta in continuo aumento. In terzo luogo, al di là del dato strettamente numerico, come si può evincere dalla variabilità delle articolazioni ministeriali che richiedono più pareri, i due Consigli di Stato sono chiamati a occuparsi di una pluralità di materie, che spaziano dall'economia alla giustizia e dalla sanità alle infrastrutture.

Posto che, al pari di tutti gli altri professionisti del diritto e non solo, i consiglieri di Stato non sono e non possono essere dei "tuttologi", viene da chiedersi come riescano a compiere delle valutazioni e a emettere delle decisioni, in qualità di esperti, su materie così diversificate, perlopiù a poca distanza l'una dall'altra, ossia con una frequenza così elevata.

Per provare a rispondere a questo interrogativo, prenderemo in considerazione due aspetti: da un lato, l'organizzazione interna dei due Consigli e la presenza di forme di specializzazione e, dall'altro, le occasioni formative, che coinvolgono, in particolare, altri saperi non strettamente giuridici.

La tabella sottostante (Tab. 3) propone una comparazione della struttura organizzativa dei due Consigli di Stato. Il Consiglio di Stato italiano è un'organizzazione molto più piccola e non prevede forme di specializzazione: vi è, infatti, un'unica sezione consultiva per gli atti normativi. I dodici consiglieri, compresi due presidenti, sono chiamati, pertanto, a esprimere pareri su ogni possibile questione e materia. In Francia, invece, vi sono cinque sezioni dedicate, con altrettanti presidenti, ossia è prevista una specializzazione, ancorché per macro-materie.

Per ciò che attiene le occasioni formative, le differenze tra le due istituzioni non sono, invece, così marcate (Tab. 4). Entrambi i Consigli organizzano o patrocinano numerosi convegni e iniziative, ma solo una quota limitata di questi comprende relatori e docenti non giuristi, ossia facenti parte di altre comunità epistemiche – ossia «network di professionisti di provata esperienza e competenza in un certo settore e

dotati di autorevolezza nel campo di una specifica politica pubblica»¹⁷. Nel caso francese, anche per effetto delle specializzazioni interne, è più frequente che vengano invitati professionisti che incarnano altri saperi, come, in particolare, economisti ed esperti di finanza.

	Pareri su leggi ¹⁸	Pareri su ordinanze	Pareri su décrets réglementaires	Totale pareri	Istituzioni coinvolte	Articolazioni ministeriali con più pareri (leggi, ordinanze e décrets réglementaires)
2019	96	57	619	772	23	Économie finances (11, 12, 70) Intérieur (4, 1, 56) Justice (5, 6, 67)
2020	113	127	652	892	28	Santé (8, 10, 102) Intérieur (10, 5, 69) Économie finances (17, 26, 66) Justice (7, 18, 60)
2021	124	92	685	901	22	Santé (7, 12, 123) Économie, finances, budget (18, 16, 84) Travail/emploi (6, 6, 64)
2022	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.

Tab. 1. Pareri del Consiglio di Stato francese su atti di provenienza governativa (loi, ordonnances e décrets réglementaires). Periodo 2019-2022. Nostra elaborazione su dati ufficiali, pubblicati nel sito web del Consiglio di Stato francese: <https://www.conseil-etat.fr>.

¹⁷ P.M. HAAS, *Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination*, cit., p. 3.

¹⁸ Sono stati compresi, al contempo, *projets de loi* e *propositions de loi*.

	Totale pareri	Istituzioni coinvolte	Articolazioni ministeriali e autorità con più pareri
2019	91	14	Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (11) Ministero dell'interno (10) Ministero dello sviluppo economico (9) Ministero dell'istruzione (9)
2020	99	16	Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (12) Ministero dell'economia e delle finanze (12) Ministero dell'interno (11)
2021	74	17	Ministero dell'economia e delle finanze (14) Presidenza del Consiglio dei ministri (7) Ministero della giustizia (7) Ministero dell'interno (7) Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (7)
2022	88	21	Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (12) Ministero dell'interno (11) Ministero della salute (10)

Tab. 2. Pareri della Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato italiano. Pareri definitivi e interlocutori. Periodo 2019-2022. Nostra elaborazione su dati ufficiali, pubblicati nel sito web del Consiglio di Stato italiano (<https://www.giustizia-amministrativa.it>).

	ITALIA	FRANCIA
Sezioni dedicate ai pareri consultivi	1	5
Competenza	Generale	Intérieur, Finances, Travaux Publics, Sociale, Administration
Numero di magistrati (presidenti)	12 totali (2)	234 totali (5)

Tab. 3. Organizzazione e forme di specializzazione del Consiglio di Stato francese e in quello italiano. Nostra elaborazione su dati e fonti ufficiali.

	ITALIA	FRANCIA
Frequenza di convegni ed eventi formativi	Elevata	Elevata
Convegni ed eventi formativi con relatori e docenti non giuristi	Scarsa	Più frequente, ma comunque limitata

Tab. 4. Corsi di formazione organizzati o patrocinati dal Consiglio di Stato francese e da quello italiano. Nostra elaborazione su dati e fonti ufficiali.

4. *Reciproche autonomie, bilanciate sinergie*

Occuparsi oggi del connubio fra diritto e scienza significa affrontare uno dei più complessi aspetti della normazione, eppur ineludibile. La cogenza del tema e la necessità di doverne affrontare i diversi aspetti si collega all'osservazione dell'intero ciclo della normazione, dalla sua costruzione alla sua attuazione in via astratta e in via concreta. È evidente che alla costruzione della norma, quando incorpora categorie scientifiche, co-partecipano sia la legittimazione dello strumento giuridico – quando la società assegna al “diritto” l'onere di regolare i comportamenti – sia la legittimazione della scienza. Per entrambi i profili le qualità deontologiche e la leggibilità, ovvero l'*accountability* delle professionalità, hanno un ruolo di primo rango. Tuttavia, la norma si inverte compiutamente quando è suscettibile di essere tutelata in via giurisdizionale, ossia quando il cittadino può ragionevolmente aspettarsi di vedere i propri diritti tutelati in caso di violazione – o di presunta violazione – all'interno dello spazio che è costituito dalla triade giudiziaria. Nell'elaborazione del ragionamento del giudice e nella costruzione del contraddittorio che si dispiegherà prima di quello, le categorie della scienza interverranno dunque a contribuire a legittimare, ma in una chiave intermediata dagli attori della giurisdizione. I casi che segnano la storia più o meno recente sono numerosi e non è questa la sede per darne estesa trattazione. A valle dell'esperienza del contrasto alla pandemia e oggi nel pieno di una trasformazione duplice, di tipo ecologico e di tipo digitale, la scienza viene chiamata in causa per suffragare decisioni e per consolidare categorie

entro cui comportamenti individuali e collettivi sono promossi, disincentivati, non permessi.

Vi sono alcuni profili che interessano. Il primo riguarda l'autonomia della *ratio* ancor prima che *decidendi*, di quella *cogendi*. Come correttamente richiamato dal Presidente della Corte costituzionale, sia il diritto sia la scienza necessitano di quella effettiva e percepita terzietà che li mettono al sicuro da catture di posizione e al contempo li pongono nella condizione di operare come volano di fiducia fra cittadino e istituzioni. Ma vi è un altro aspetto di altrettanto rilievo. Esso attiene al posizionamento degli esperti nella costruzione e nella revisione della norma. La co-progettazione normativa sarà tanto più equilibrata quanto più entrambi i mondi godano di quelle caratteristiche necessarie che derivano da una postura epistemologica di distanza e di autonomia del giudizio. Questa caratteristica è strettamente legata alla modalità con la quale funziona il sistema istituzionale democratico. Quanto più erosa sarà la legittimità delle istanze decisionali non terze, tanto più il ricorso a razionalità decisionali terze, come giurisdizione e ricerca scientifica, sarà invocato. Non è detto che l'equilibrio sistemico ne sia beneficiato.

È implicita la convinzione che i riflessi siano da vedersi anche nell'interazione fra diritto e scienza, non tanto nella misura in cui la norma giuridica regola l'attività scientifica rendendola *accountable* a standard e principi giuridici, quanto nella misura in cui razionalità tecnica e razionalità giuridica si combinino lungo tutto il ciclo di vita della norma, dalla sua creazione alla sua attuazione in via giurisdizionale.

I due anni circa trascorsi, immersi nella gestione della crisi sanitaria e delle sue conseguenze, stanno costringendo ad affrontare un tema nodale per la qualità della vita civica, ossia il rapporto che intercorre oggi e che, soprattutto, ci si può attendere intercorrerà, fra cittadino e nuove forme di intelligenza. Se il tema è così complesso da indurre ad astenersi di affrontarlo nella sua interezza, la visuale offerta dall'inedita accelerazione dell'interlocuzione fra giurisdizione e scienza – certamente della scienza medica, ma anche oggi giorno delle scienze che riguardano l'ambiente – lo rende suscettibile di essere discusso da un'angolatura particolare, che è quella della garanzia di un ambito di reciproca autonomia. Il punto, per quanto

di vasta trattazione e di profondo eco, può tuttavia essere espresso in modo semplice: a partire dagli inizi degli anni 2000, e ancor più nello scorcio dell'ultimo decennio, l'incontro fra forme di diverse di razionalità, quelle professionali mediche e infermieristiche, quelle gestionali e organizzative, quelle statistiche e matematiche, quelle automatizzate e computazionali ha reso possibile un avanzamento nelle prassi e nelle capacità di risposta alle domande di diritti, che sarebbe stato inimmaginabile nel trentennio precedente.

Come si pone il giurista e il giudice – e, in particolare, il giudice amministrativo – in questo snodo? Si noti che l'incontro fra scienza e diritto non è un elemento di novità della nostra epoca contemporanea. Se si proietta indietro di un trentennio, l'ancoraggio della presente proposta scientifica e, in particolare, si connette quanto vissuto negli anni '90 del XX secolo nel continente europeo con quanto sperimentato e consolidato negli Stati Uniti in materia di agenzie di regolazione e di controllo della qualità di servizi e beni pubblici – si pensi all'ambiente – si nota come la conoscenza scientifica sia inestricabilmente in relazione dialogica con il diritto da molto tempo.

Quello che oggi, invece, ci troviamo a dovere affrontare è un nuovo insieme di problematicità e di complessità che nasce dall'interazione fra norma del diritto e normatività, che scaturisce dalla scienza e dalla tecnologia. In particolare, nel campo della sanità, ci troviamo oggi dinnanzi a una frontiera che chiede di essere normata: quella che attiene al connubio fra diverse forme di "intelligenze" – esse stesse connotate in senso normativo. Un'intelligenza artificiale che scaturisce dall'uso di processi di *machine learning* o di *deep learning* ha, al suo interno, riferimenti normativi, nella misura in cui risponde a criteri e principi cogenti di qualità tecnica e matematica. Un'intelligenza che scaturisce da processi di automazione orientati allo svolgimento di interventi di precisione nasce da un processo di progettazione e di messa in uso di conoscenze organizzate e connesse a supporti meccanici secondo norme e standard ben precisi.

Ma il punto non è questo. Il punto, invece, è che da queste intelligenze derivano oggi parti importanti della normativa giuridica, ovvero discendono conseguenze che hanno un forte impatto sulla tenuta della norma giuridica, quando essa è orientata a tutelare interessi generali nel rispetto dei diritti fondamentali incompressibili.

L'incontro tra la tecnologia e le forme della vita collettiva rappresenta una caratteristica dominante delle nostre società. Le istituzioni (economiche, sociali, giuridiche, politiche e amministrative), che sono emerse nel corso della storia recente e post-moderna, sono, infatti, profondamente segnate dal portato teorico e pratico delle scienze e della ricerca scientifica. In particolare, sullo scorcio della fine del XX secolo, i processi di costruzione, i metodi di verifica, di validazione, di utilizzo e di revisione delle conoscenze ritenute e accettate come legittime e pertinenti dagli individui, rappresentano, nel loro insieme, segmenti di un intero ciclo epistemico, che ha risentito in modo profondo del potenziale trasformativo delle tecnologie digitali.

Non si tratta soltanto di riconoscere il rilievo, per quanto indiscusso, delle forme di intelligenza computazionale che oggi hanno pervaso il nostro decidere e la nostra modalità di cercare soluzioni a problemi suscettibili di essere trattati all'interno dello spettro di tipologie situazionali o di casistiche più o meno consolidate nella memoria storica delle organizzazioni¹⁹. Si tratta (anche e soprattutto) di osservare, prima, e regolare poi, quello spazio di *novum*, che si genera nel momento in cui processi di costruzione di conoscenza, che obbediscono a criteri di validazione matematica, entrano nel più ampio processo di elaborazione di quadri di azione, esperti o non esperti, che hanno a loro volta un impatto su cosa viene considerato saliente, legittimo, autorevole, in contesti dove il nesso conoscenza-azione-qualità della vita viene messo sotto tensione e completamente trasformato.

Le esemplificazioni di questa descrizione sono innumerevoli e spaziano dal settore della giustizia a quello della *corporate responsibility* e dalla sanità alla sicurezza. Se si osserva la narrativa con la quale è stato tematizzato questo cambio di paradigma, che mette

¹⁹ Ha correttamente osservato Hubert Dreyfus, come attraverso l'esperienza vengano costruite delle librerie di casi situazionali cui l'esperto riconduce il caso specifico, senza purtuttavia rimanerne intrappolato, se mobilita tutte le forme di intelligenza – H. DREYFUS, *Dal principiante all'esperto*, Roma, Mangano, 2021, p. 56. Sulla fondante relazione che intercorre fra la classificazione e la strutturazione di tipologie situazionali e la modalità con la quale le "istituzioni pensano", si deve ricordare: M. DOUGLAS, *Come pensano le istituzioni*, Bologna, il Mulino, 1990.

al centro della macchina produttrice e validatrice di saperi l'interconnessione fra dati-informazione-conoscenza, si nota come essa sia stata fortemente influenzata da una modalità precisa di intendere l'intelligenza umana, sia essa individuale o collettiva. L'arrivo della tecnologia digitale e dei progressi straordinari delle scienze informatiche e delle razionalità computazionali è stato concettualizzato – e di conseguenza così regolato – come un catalizzatore di meccanismi di riduzione di tre delta negativi, caratterizzanti le situazioni tipizzate nelle quali agiscono le persone:

- la fase di ricerca delle informazioni suscettibili di entrare nel processo cognitivo sotteso alla presa di decisione;
- la fase di ricerca di informazioni suscettibili di essere utilizzate per giustificare e comprovare la decisione presa;
- la fase di coordinamento fra decisioni prese da istanze agenti diverse – sovente situate in punti spazio-temporali diversi – e comunque diversamente orientate per interessi, valori e idee.

In altri e più generali termini, la tecnologia digitale e la razionalità computazionale metterebbero a disposizione basi dati massive capaci di ridurre, se analizzate con sofisticate strumentazioni matematiche, i gap di accesso alle informazioni rilevanti, di ridurre il rumore nella selezione delle informazioni su cui giustificare le scelte fatte, di ridurre i margini di distorsione nei processi decisionali collettivi e le asincronie nel coordinamento fra attori che, pur appartenenti allo stesso sistema, fanno l'esperienza di situazioni spazio-temporalmente diverse, ovvero sono diversamente orientati per visioni del mondo o per interessi.

Alla base di questa visione resta un'idea, riteniamo, molto riduttiva – e certamente riduzionista – della natura dell'intelligenza umana e della razionalità. Anche ammesso che a queste due categorie – ossia l'intelligenza e la razionalità – si possa imputare la più ampia e quasi esaustiva capacità di spiegare e rendere conto dell'agire umano, resta che, verosimilmente, la razionalità orientata in senso strumentale, o più strettamente la razionalità, manca totalmente di rendere conto di parti che, tuttavia, entrano fortemente nell'agi-

re sociale e nell'agire situato. Questa razionalità ambisce alla forma olimpica e non riuscendovi si posiziona sulla forma adattiva, compensando con strumenti eteronomi, ma simili per *genus* categoriale – informazioni, information processing – a quelli che sono alla base della cognizione umana in senso proprio. Un giurista che opera nel settore della giustizia agisce sulla base di un complesso combinato di fattori, fra qui le informazioni e le conoscenze hanno parte dominante, ma esse si coniugano con la capacità di: generare un senso nelle interazioni che seguono riti e forme deontologiche; costruire un rapporto fiduciario di riconoscimento reciproco fra attori che partecipano in una stessa “arena” o “situazione di azione”; interpretare con margine di dubbio e di creatività quanto osserva; interpretare un ruolo i cui confini possono essere formalmente definiti, ma la cui sostanza spesso si modella sulla base di contesti e interazioni con l'altrui razionalità.

Lo stesso si può dire dello scienziato. L'esperto di scienza si trova a essere riconosciuto come “esperto”, ma non è soltanto in virtù di questa *expertise* che viene costruita la sua autorevolezza, la legittimazione, la capacità di agire e di interagire con l'altrui intelligenza.

In altri e più generali termini, immaginare che la qualità del decidere collettivo dipenda “solo” dalla qualità del processo di elaborazione delle conoscenze, dalla qualità e dalla quantità delle informazioni processate e dalla rapidità/sincronia con cui diverse istanze agenti nello stesso sistema si coordinano, significa trascurare una parte dei fattori che intervengono nello strutturare e nel destrutturare la relazione fra esperti, le cui validazioni e le cui legittimazioni rispetto ai gruppi professionali di riferimento passano attraverso metodologie distinte.

Le conseguenze di questa trasformazione sulle forme di azione sociale, organizzativa, istituzionale e sulle forme di razionalità applicate alle decisioni di esperti e cittadini aprono uno spazio che deve essere esplorato in modo interdisciplinare. In questo spazio intervengono quelle che chiamiamo intelligenze sociali, che nel contesto qui preso in considerazione hanno a che vedere con il modo con cui opera – ed è organizzativamente coadiuvato a operare – il decisore della e nella giurisdizione. Le intelligenze sociali sono forme che emergono a livello meso-interazionale, che caratterizzano settori e/o

sottosistemi e che combinano forme di orientamento valoriale e deontologico a competenze di merito e di metodo sul “saper fare” e forme di consapevolezza, ovvero di capacità di creazione di un agire che ha un significato non solo per sé, ma anche per gli altri e, in particolare, gli “altri” che non sono nello stesso spazio/tempo in cui viene compiuta l’azione. Una cura o un protocollo di cura integrano al loro interno forme di intelligenza multiple, che si consolidano in una forma di intelligenza sociale, dove per “sociale” si intende il fatto che siano in esse integrate forme di razionalità normativa – le regole cui si ottempera per realizzare una cura o un protocollo e validarle – forme di razionalità empatica – le capacità relazionali con cui sono stati adattati i metodi di cura alle persone – forme di razionalità strumentale e *evidence-oriented* – ossia le capacità di verificare in modo oggettivo funzionalità ed efficacia – forme di razionalità collettiva – attinenti a costi, tempi, preferenze e routine di contesti di cura specifici e quindi anche le forme di possibile transfer in altri contesti.

Parlare di “intelligenze in sinergia nel rispetto della reciproca autonomia” presuppone, quindi, una postura epistemologica pluralistica che si dia i mezzi per seguire il ciclo di vita della conoscenza e delle istituzioni che la incorporano. Proprio come altre fonti di innovazione, la trasformazione digitale e l’intelligenza artificiale ci dimostrano ogni giorno che le forme ibride di intelligenza possono produrre cambiamenti di paradigma e, di conseguenza, nuovi modi di produrre, convalidare e testare la conoscenza. Il cambiamento di paradigma attraverso il quale si regolano le forme collettive di azione – siano esse orientate o meno verso gli stessi fini o dagli stessi interessi, pur ispirandosi agli stessi valori – ci impone di tornare al grado di importanza che diamo al saper fare.

Questo stato di cose, che sembra caratterizzare il nostro mondo attuale e ancor più il nostro futuro, implica che, attraverso la ricerca su questo spazio ibrido di conoscenza e know-how, dobbiamo conoscere le soluzioni che possono essere implementate per soddisfare le esigenze e le applicazioni degli standard nei più svariati campi come la salute globale, la governance delle città sostenibili, la risoluzione delle controversie o la gestione di processi complessi di organizzazione del lavoro.

Quali garanzie dunque? L'implicito assunto da cui muovono queste pagine è che: se sul piano sistemico, l'effettività dello Stato di diritto, in un'epoca che vede un'espansione esponenziale della "domanda funzionale" di saperi fondati sul fatto più che sulla norma – e che dal fatto tendono a derivare la norma – le garanzie restano nell'autonomia ordinamentale delle istanze istituzionali cui sono affidate le funzioni di tutela dei diritti. Sul piano dell'attore, ossia dell'*agency*, il fondamento micro-sociologico di quelle garanzie è legato alla formazione e alla socializzazione del giurista e dell'esperto di diritto. Tale formazione dovrebbe assicurare la consapevolezza della pluralità metodologica caratterizzata dal ventaglio di saperi che entrano in giurisdizione, la ferma autonomia e la postura epistemologica del giudice di distanziamento, seppur nel dialogo costante, con le intelligenze tecniche in senso ampio – in cui sono incluse anche quelle *data-driven*.

LA SOCIETÀ IN HOUSE IN ITALIA E IN FRANCIA:
COMPARAZIONE TRA DIVERSI GRADI DI SCOSTAMENTO
DAL MODELLO DELLA SOCIETÀ DI CAPITALI

*Pier Paolo Picarelli**

1. *Introduzione: l'impresa che resiste alla globalizzazione*

Nel presentare e descrivere la globalizzazione, l'accento è spesso posto sui profili economici del fenomeno. L'integrazione dei mercati, l'intenso scambio di beni e servizi e la crescente mobilità sono considerati tra i cardini del sistema¹.

La globalizzazione di cui si è fatta esperienza nel XX e XXI secolo fa proprio il modello del capitalismo liberista, nel quale si ritiene che concedendo la maggior libertà possibile ai soggetti privati questi perseguiranno il proprio benessere, realizzando allo stesso tempo l'interesse della collettività². Tuttavia, anche in ordinamenti di Paesi aderenti al modello di libero mercato globalizzato, emergono forme di protezionismo, ovvero di intervento pubblico dell'economia che, quantomeno sul piano ideale, appaiono cozzare con i principi di piena libertà economica, potendo

* Dottorando di ricerca, Università degli Studi del Molise, corso di Innovazione e Gestione delle Risorse Pubbliche, curriculum giuridico, XXXVI ciclo.

¹ Della sterminata bibliografia sulle molteplici interpretazioni del fenomeno della globalizzazione, si segnala la lettura critica di Z. BAUMAN, *Globalizzazione e glocalizzazione*, Roma, 2005, pp. 336-350, nonché S. FISCHER, *Globalization and Its Challenges*, in *The American Economic Review*, 2003, vol. 93, n. 2, pp. 3-6.

² J.A. SCHOLTE, *What Is Globalization? The Definitional Issue – Again*, in *University of Warwick CSGR Working Paper*, 2002, n. 109/02, pp. 10-13.

dunque essere qualificate come forme di resistenza alla globalizzazione³.

Sin dalle sue origini, l'Unione Europea si è posta come spazio di libertà economica, ponendo al centro della propria attività il mercato e la promozione degli scambi tra gli Stati Membri, nel tentativo sia di creare al proprio interno un modello di integrazione fra diversi centri di interesse, sia di porsi verso l'esterno – e in particolare sul mercato globale – come soggetto quanto più possibile unitario⁴.

L'articolo 2 del Trattato che istituisce la Comunità Europea (c.d. Trattato di Roma del 1957) è chiaro nel palesare già all'art. 2 che «La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità». I successivi articoli precisano che le caratteristiche del mercato comune di livello europeo sono quelle di carattere liberista, concentrandosi sulla rimozione di tariffe doganali, sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali e sullo sforzo per la creazione di un sistema concorrenziale⁵.

L'approccio europeo è rimasto costante, tanto che nel Trattato sull'Unione Europea (TUE) ora in vigore all'art. 3, paragrafo 3, è ribadito: «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per

³ A menzionare il nuovo protezionismo è J.E. STIGLITZ, *The overselling of globalization*, in *Business Economics*, 2017, vol. 52, pp. 129-137.

⁴ Per una riflessione di carattere politologico si veda F. GONZÁLEZ, S. HOFFMANN, *European Union and Globalization*, in *Foreign Policy*, 1999, n. 115, pp. 38-42, mentre sul piano dell'analisi dei provvedimenti legislativi si rimanda a M.C. MALAGUTI, *I valori della concorrenza e del mercato nell'Unione Europea: da Roma, a Maastricht, a Lisbona*, in *Moneta e Credito*, 2015, vol. 68 n. 272, pp. 40-409 e N. FLIGSTEIN, I. MARA-DRITA, *How to Make a Market: Reflections on the Attempt to Create a Single Market in the European Union*, in *American journal of sociology*, 1996, vol. 102, n. 1.

⁵ L'art. 3 del Trattato di Roma enumera singolarmente questi obiettivi, tra i quali vale la pena citare: «a) l'abolizione fra gli Stati membri dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci, come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente b) l'istituzione di una tariffa doganale comune e di una politica commerciale comune nei confronti degli Stati terzi, c) l'eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, [...] f) la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune, [...] h) il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune».

lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», riaffermando la fiducia negli effetti della libera concorrenza, quantomeno su scala europea⁶.

Nelle dichiarazioni di intenti, l'UE si pone come istituzione volta a tutelare il mercato, fornendo regole univoche e universali per coloro che vi partecipano, lasciando ai soggetti privati quanto più spazio di manovra possibile, nel rispetto dei principi enunciati nelle carte fondamentali.

L'UE, dunque, si presenta come soggetto che intende inserirsi a pieno titolo nel contesto della globalizzazione, ed anzi punta a primeggiare in esso, facendosi promotrice dei suoi principali caratteri, anzitutto quelli relativi all'economia di mercato⁷.

Nel panorama appena delineato, il presente contributo intende evidenziare come nell'UE dedica a promuovere un approccio globale e liberista, nonostante lo sforzo del legislatore di applicare norme uniformi di stampo privatistico a tutti i soggetti, esistono sacche di resistenza a tale spinta, non tanto per ragioni ideali, quanto piuttosto per l'intrinseca impossibilità di ricondurre ai principi di mercato taluni fenomeni. Il riferimento è a quei casi in cui le istituzioni pubbliche ritengono opportuno, anche nell'interesse collettivo, provvedere autonomamente alla produzione di beni e servizi, senza commissionarli a soggetti operanti sul mercato in condizioni di concorrenza⁸.

È questo il caso, si ritiene, dell'istituto della società in house. Nonostante a livello europeo si sia tentato di instaurare un meccanismo di affidamento delle commesse e dei servizi pubblici rivolto a soggetti privati in competizione fra loro, nel tempo si è assistito – in alcuni ambiti – all'aggiudicazione degli stessi ad enti formalmente

⁶ P. DE PASQUALE *et al.*, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 2, pp. 275-274.

⁷ M.C. MALAGUTI, *supra*.

⁸ Cristallino in tal senso il disposto dell'art. 4, co. 2 lett. d, TUSPP che indica quale finalità della partecipazione pubblica nelle società quella di provvedere all'«autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento».

di natura privatistica, ma nella sostanza di carattere pubblicistico. Così sono emerse le società in house: società di capitali private controllate in maniera determinante da soggetti pubblici, fondate perlopiù dagli enti locali stessi per gestire l'erogazione dei servizi ai propri cittadini⁹.

L'articolo ripercorre dapprima la nascita del fenomeno in house nel contesto dell'UE, che ne ha in un primo momento ammesso l'esistenza con una serie di pronunce giurisprudenziali, per poi sancirne la definitiva accettazione attraverso l'inserimento nelle norme europee. In seguito, si vuole compiere un'analisi dei principali caratteri delle società in house in Italia e in Francia, verificando fino a che grado queste si discostino dai rispettivi modelli di società di capitali privatistiche.

2. *La nascita del modello europeo di società in house*

È stato anticipato che l'affidamento in house rappresenta una creazione giurisprudenziale delle corti europee. Ciò appare vero per quanto attiene agli specifici caratteri della fattispecie, tuttavia questa si è posta all'attenzione delle istituzioni eurounitarie già con il Libro bianco dal titolo *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*¹⁰, dove l'affidamento in house era definito come quella modalità di aggiudicazione dell'appalto tutta interna alla pubblica amministrazione, fornendo gli esempi di affidamento tra un'amministrazione centrale e una locale, ovvero tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata¹¹.

A breve distanza, la sentenza Teckal pronunciata dall'allora Corte di Giustizia della Comunità Economica Europea ha tratteg-

⁹ C. IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012.

¹⁰ Libro bianco Com(98) 143 def., 11 marzo 1998, punto 2.1.3, p. 11, n. 10, accessibile all'indirizzo <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1998:0143:FIN:IT:PDF> (ultimo accesso: 29 aprile 2023) riferito – tra gli altri – in M. COPPOLA, *In house providing. La Corte dei conti conferma, anche alla luce del Tusp, l'inderogabilità del requisito dell'attività prevalente nella sua definizione quantitativa*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2019, n. 2, parte III, p. 156.

¹¹ S. MONZANI, *Controllo "analogo" e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, p. 87.

giato le principali caratteristiche della fattispecie dell'affidamento in house¹².

I giudici della Corte hanno infatti stabilito che un'amministrazione aggiudicatrice può fare a meno di ricorrere a una procedura competitiva per l'affidamento di un appalto pubblico solo nel caso in cui il contratto sia stipulato tra la stessa amministrazione e una persona giuridica distinta, sulla quale tuttavia l'amministrazione aggiudicatrice esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici¹³. In aggiunta, la distinta persona giuridica contraente deve svolgere la maggior parte della propria attività in favore dell'amministrazione aggiudicatrice controllante, sia quest'ultima rappresentata da un unico ente o da una molteplicità di enti.

Le successive sentenze della Corte hanno confermato l'orientamento avviato dalla pronuncia Teckal e lo hanno arricchito di ulteriori aspetti mutuati dalle esperienze degli enti controllanti le società¹⁴.

La Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici ha recepito dalla giurisprudenza l'istituto della società in house. L'art. 12 della direttiva, infatti, sancisce l'esclusione dall'ambito di applicabilità della direttiva e delle procedure da essa previste a quegli appalti che l'amministrazione affida a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato al ricorrere di tre ben precise condizioni¹⁵. La prima di esse è la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto affidatario un «controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi»; la seconda condizione – di carattere quantitativo – impone che il soggetto affidatario debba svolgere oltre l'80% delle proprie attività in favore dell'amministrazione ag-

¹² Sentenza CGCE del 18 novembre 1999, nella causa C-107/98, c.d. "sentenza Teckal" in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, pp. 1461 ss., con nota di GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*.

¹³ V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, pp. 1044-1045.

¹⁴ Il riferimento è a C-26/03, 11 gennaio 2005, "Stadt Halle"; causa C-573/07, 10 settembre 2009, "Sea s.r.l."; nonché alla sentenza della Grande Sezione nella causa C 480/06 del 9 giugno 2009 "Commissione c. Germania", cfr. V. DONATIVI, *infra*, p. 1046.

¹⁵ La previsione dell'art. 12 è anticipata dal considerando 32 della stessa direttiva.

giudicatrice¹⁶; infine, la terza condizione richiede l'assenza di partecipazioni private nell'ente affidatario, ad eccezione di quelle forme che non influenzano il controllo pubblico e che sono espressamente previste dalla legge. La direttiva, art. 12 paragrafo 3, si premura anche di includere la fattispecie del controllo analogo esercitato da più amministrazioni aggiudicatrici (c.d. controllo analogo congiunto).

Nel panorama europeo si è realizzata, così, una deroga rispetto al principio di concorrenzialità nell'individuazione degli affidatari di contratti pubblici, poiché la legislazione consente esplicitamente di evitare la procedura competitiva di selezione del soggetto contraente con la pubblica amministrazione. La Direttiva 2014/24/UE ha positivizzato la definizione di controllo analogo elaborata dalla giurisprudenza europea, trasferendo nel testo normativo la definizione in precedenza contenuta nelle sentenze della CGUE.

Il testo della direttiva si concentra sul rapporto giuridico di controllo analogo, descrivendone i presupposti della sua esistenza, senza soffermarsi sulla natura dei soggetti in esso coinvolti, anzi mostrandosi indifferente alla loro natura pubblica, ovvero privata, nonostante le sentenze della Corte siano perlopiù scaturite da fattispecie di affidamento diretto di un'amministrazione aggiudicatrice in favore di un soggetto privato costituito nella forma di società di capitali¹⁷.

Nel prosieguo del contributo saranno esaminate le caratteristiche delle società di capitali sottoposte a controllo analogo da parte di una pubblica amministrazione. L'analisi prenderà in considerazione l'ordinamento italiano e quello francese, che hanno elaborato specifiche previsioni normative per le società in house al fine di individuare la relazione di controllo analogo e farne derivare conseguenze sul governo della società e sui suoi rapporti con l'amministrazione di riferimento e i terzi.

¹⁶ Lo stesso art. 12, paragrafo 5, precisa che il parametro da considerarsi per determinare il quantitativo di attività svolta da un soggetto per l'amministrazione aggiudicatrice deve essere calcolato prendendo in considerazione il fatturato totale medio.

¹⁷ G. CARULLO, *Appalti pubblici (in house providing): Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. V, sentenza 19 giugno 2014, causa C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal e Such*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, vol. 24, n. 6, pp. 1369-1371.

A partire dalla giurisprudenza e dalla legislazione europea, che descrive il controllo analogo come situazione di fatto, senza imporre particolari strumenti derogatori al diritto societario, i legislatori italiano e francese hanno tuttavia implementato delle norme specifiche per le rispettive società in house, realizzando uno scostamento tra i modelli di società di capitali private di ciascun ordinamento e la disciplina riservata alle società in house.

In aggiunta, mentre nell'ordinamento italiano la società in house può essere indifferentemente costituita, facendo ricorso ai medesimi modelli societari ed applicando le medesime previsioni legislative, da un soggetto pubblico di livello statale o locale, in Francia vi sono differenze a seconda di quale sia l'amministrazione che costituisce la società¹⁸. Per questa ragione l'analisi che segue è circoscritta per l'ordinamento italiano alla fattispecie di società in house controllata da un ente locale, mentre per l'ordinamento francese alla *Société Publique Locale* (SPL), in quanto questi due tipi di società sono sovrapponibili tra loro per natura e funzione e può essere utile effettuare una comparazione tra loro.

Le norme derogatorie dell'ordinamento italiano e francese rispetto al modello della società di capitali rappresentano una forma di resistenza a uno dei tratti del mercato globalizzato, nel quale – in linea di principio – le istituzioni pubbliche dovrebbero ricevere il medesimo trattamento dei soggetti privati, senza privilegi derivanti dalla loro particolare natura e dai poteri sovrani che esercitano in altre circostanze.

Scopo del presente lavoro è determinare quanto la legislazione speciale adottata dall'ordinamento italiano e da quello francese per la fattispecie della società in house abbia determinato uno scostamento rispetto al generale modello di società di capitali presente in ciascun ordinamento, superando così la pretesa parificazione ai soggetti a tutti gli effetti privati.

¹⁸ A. ALAIMO, *Affidamenti diretti e "in house": l'esperienza della Francia*, in *Amministrare*, 2006, a. 36, n. 3, pp. 433-438.

3. *La società in house in Italia*

In Italia la legislazione in materia di società a partecipazione pubblica è stata raccolta e sistematizzata, con l'inserimento di profili di novità rispetto al passato¹⁹, all'interno del Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico in materia di Società a Partecipazione Pubblica - TUSPP), ove trovano spazio anche norme relative alla società in house²⁰.

Rifacendosi alla definizione contenuta nella direttiva 2014/24/UE l'art. 2, lett. c, TUSPP offre la definizione secondo il diritto interno del controllo analogo, senza tuttavia soffermarsi sui tre requisiti della fonte europea, ma concentrandosi sull'influenza dell'amministrazione sugli indirizzi e gli obiettivi strategici della società, trattata al pari di un'articolazione interna²¹. Il medesimo articolo, alla successiva lett. o, definisce il concetto di società in house richiamando la precedente nozione di controllo analogo e rimandando poi all'art. 16, commi 1 e 3, TUSPP. In queste ultime previsioni sono contenuti i requisiti fissati dalla direttiva, ossia l'assenza, salvo eccezioni, di capitali privati (art. 16, co. 1, TUSPP) e la necessità di svolgere oltre l'80% della propria attività in favore della pubblica amministrazione che esercita il controllo (art. 16, co. 3, TUSPP). Elemento, quello da ultimo menzionato, che il TUSPP impone di inserire nello statuto della società, specificando che

¹⁹ L'istituto della società in house ha fatto la propria comparsa nella legislazione italiana nel 2003, quando il testo dell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 è stato modificato al comma 5. Un'approfondita ricostruzione dell'evoluzione legislativa almeno sino al 2009 è offerta da G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il modello "a mosaico" della società in house*, in *Le Regioni*, 2009, pp. 651-663, successivamente al 2009 si veda V. DONATIVI, *supra*, pp. 1040-1043.

²⁰ S. TRANQUILLI, *La disciplina dell'in house providing alla luce dei "correttivi" al codice dei contratti e al t.u.s.p.p.*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, vol. 2, Milano, 2017, pp. 457-474.

²¹ La definizione richiama la giurisprudenza formatasi in Italia e il comma 5 dell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 successivo alla novella del 2003, piuttosto che la Direttiva. Sulla portata del termine "articolazione interna" e a quello di "uffici", talvolta utilizzati in maniera intercambiabile, si veda A. VALZER, *Controllo analogo, governance e responsabilità nelle società in house*, in *Riv. soc.*, 2020, n. 4, pp. 1035-1036.

il criterio quantitativo deve essere soddisfatto considerando il fatturato della società.

Il legislatore è partito dal testo dell'art. 12 della direttiva per meglio definire due istituti: quello del controllo analogo e quello della società in house, aprendo alla possibilità che soggetti sottoposti al primo, seppur costituiti in forma societaria, possano non qualificarsi come società in house²².

Prima di esaminarne le caratteristiche sul piano del governo d'impresa, occorre premettere che ai sensi dell'art. 3 TUSPP anche la società in house, come tutte le altre società a partecipazione pubblica, devono essere costituite secondo il modello della s.p.a. oppure della s.r.l., eventualmente anche in forma cooperativa. Lo stesso articolo precisa, quanto alla s.p.a., la necessità che la revisione sia comunque affidata a un soggetto terzo e, quanto alla s.r.l., l'obbligo di prevedere la presenza di un organo di controllo o del revisore, a prescindere dal raggiungimento delle soglie di cui all'art. 2477 c.c.²³.

Entrando nel vivo dei profili di organizzazione della società, l'art. 6, co. 3, TUSPP contiene una raccomandazione, non vincolante, circa l'opportunità di predisporre regolamenti interni, nominare uffici di controllo aggiuntivi, redigere programmi di sostenibilità e aderire a codici di condotta, con l'obiettivo di incrementare il livello qualitativo della gestione societaria, in considerazione della presenza del socio pubblico²⁴.

Proprio la natura pubblica del socio (o dei soci), che salvo eccezioni nella società in house rappresenta la totalità del capitale, e la conseguente assimilazione del patrimonio sociale al patrimonio

²² Considerando che l'affidamento diretto è menzionato all'art. 16, co. 1, TUSPP, dedicato alla società in house, la suddivisione implica la possibile esistenza di soggetti sottoposti al controllo analogo (art. 2, lett. c, TUSPP) che, non essendo società in house, potrebbero non ricevere affidamenti diretti.

²³ Si noti che il Codice della crisi, D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha comunque rivisto le soglie superate le quali nella s.r.l. è necessario nominare un organo di controllo o incaricare un revisore, poi ancora modificate dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito con modificazioni dalla L. 14 giugno 2019, n. 55.

²⁴ Non sfugge un certo grado di sovrapposibilità con la raccomandazione alle società quotate di aderire al Codice di Corporate Governance elaborato dal Comitato per la Corporate Governance, costituito da associazioni di impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), Borsa Italiana S.p.A. e l'Associazione degli investitori professionali (Assogestioni).

dell'ente controllante²⁵, giustifica la previsione dell'art. 12 TUSPP che qualifica come danno erariale quello che consegue alla condotta gravemente colposa o dolosa degli amministratori o dei rappresentanti dell'amministrazione controllante, dalla quale derivi un pregiudizio al valore della partecipazione sociale. Avendo qualificato tale danno, sia esso patrimoniale o non patrimoniale, come erariale; il medesimo articolo attribuisce la competenza giurisdizionale sul punto alla Corte dei Conti, ponendo fine a un lungo filone giurisprudenziale che si era formato sul punto²⁶.

Nonostante la qualificazione pubblicistica del patrimonio della società in house, che si ricaverebbe dalla scelta di ritenere erariale il danno ad esso arrecato, questa non è esclusa dall'applicazione del codice della crisi e dell'insolvenza, come chiarito dall'art. 14 TUSPP, rivolto a tutte le società a partecipazione pubblica e rispetto al quale non sono state rinvenute ragioni per considerare esclusa la società in house. Una simile conclusione non è sempre stata così ovvia, in quanto il dibattito sulla fallibilità delle società in house ha visto alternarsi posizioni di ammissibilità e norme di diritto positivo che ne determinavano la non applicabilità²⁷.

Nonostante le rilevanti specificità della società in house, il legislatore ha deciso di dedicarle il solo art. 16 TUSPP, disseminando nel resto del testo altre previsioni speciali. L'art. 16 TUSPP, oltre a quanto già riferito in precedenza, si apre ribadendo come il principale tratto distintivo della società in house sia costituito dalla possibilità di ricevere affidamenti diretti da parte delle amministrazioni

²⁵ La peculiare situazione di un patrimonio dell'ente pubblico costituito sotto forma di società e a volte condiviso con altre amministrazioni pone particolari problemi di gestione del veicolo societario, come riporta M. ANTONIOLI, *L'In House Providing tra Funzione e Struttura: Controllo Analogo Congiunto, Partecipazione «Pulviscolare» ed Eterodirezione della Società*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2020, fasc. 5, pp. 599 ss.

²⁶ Dopo una cospicua serie di pronunce, il principio è stato affermato da SS. UU. 25 novembre 2013 n. 26283 e da ultimo ribadito da Cass., Sez. U., 28 giugno 2022, n. 20632. Tutte le sentenze muovono dal presupposto che il patrimonio della società in house sia di titolarità del socio e pertanto, trattandosi di un soggetto pubblico, anche il patrimonio avrebbe tale qualificazione, con i conseguenti risvolti in tema di responsabilità.

²⁷ F. FIMMANÒ, *Le Società In House tra Giurisdizione, Responsabilità ed Insolvenza*, in *Crisi d'Impresa e Fallimento*, in *ilcaso.it*, 2014, pp. 37-41.

che partecipano al suo capitale²⁸. Il comma 2 dell'articolo in questione riveste particolare interesse, poiché enumera una serie di deroghe esplicite alle norme generali in materia di società di capitali. La più rilevante, specie a seguito delle norme introdotte in materia di adeguati assetti, è la possibilità di inserire nello statuto deroghe agli artt. 2380-bis e 2409-novies c.c., che rispettivamente per le s.p.a. e le s.r.l. attribuiscono agli amministratori poteri gestori sull'impresa in via esclusiva. La disposizione è coerente con la sussistenza del controllo analogo, che conferisce al socio – e non all'organo amministrativo – il potere di determinare gli indirizzi di gestione dell'impresa²⁹. Lo stesso art. 16 TUSPP dispone regimi eccezionali: per la s.r.l., in tema di particolari diritti da attribuire al socio attraverso apposite clausole statutarie ai sensi dell'art. 2468, co. 3, c.c.; nonché in materia di patti parasociali, derogando al limite di durata massima di cinque anni qualora siano finalizzati ad attribuire al socio poteri tali da consentirgli l'esercizio del controllo analogo.

Alla posizione del socio fa da contraltare quella dell'organo amministrativo, che l'art. 11, co. 2, TUSPP descrive come composto – di norma – da un unico membro, manifestando un'attenzione al contenimento della spesa pubblica, ma lasciando intravedere anche una scarsa considerazione per il ruolo e l'incisività che è destinato ad avere³⁰.

²⁸ La speciale facoltà è, tuttavia, subordinata al rispetto di una specifica procedura. Infatti, ai sensi dell'art. 7, co. 2, Codice appalti, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 per affidare direttamente a una società in house un contratto pubblico l'amministrazione aggiudicatrice deve adottare un provvedimento motivato nel quale sono esplicitati «vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche». Della circostanza che è stato effettuato un affidamento diretto a una società in house deve essere data notizia, come prescritto dall'art. 23, co. 5, Codice dei contratti pubblici, all'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), che tiene una banca dati nazionale dei contratti pubblici.

²⁹ Ciò si riflette in modo non sempre chiaro sul regime giuridico della responsabilità del socio, in proposito sia consentita la citazione di P.P. PICARELLI, *Società in house: configurabilità dell'attività di direzione e coordinamento e responsabilità del socio pubblico*, in *Annali del Dipartimento Giuridico dell'Università degli Studi del Molise*, 2022, vol. 23, p. 313.

³⁰ La giurisprudenza formatasi sul punto è arrivata ad affermare che tra l'amministratore e il socio pubblica amministrazione vi sia un rapporto qualificabile co-

Come evidenziato sin dal principio, l'intera disciplina della società in house rappresenta una deroga rispetto modello privatistico previsto dall'ordinamento per le società di capitali. In maniera esplicita e già in apertura del testo normativo, l'art. 1, comma 3, TUSPP fa rimando al codice civile come fonte generale e residuale per tutto quanto non previsto dalle norme speciali, che secondo l'impostazione del legislatore italiano incidono in maniera profonda sul regime responsabilità e sugli strumenti di governo d'impresa attraverso i quali si concretizza il controllo analogo.

4. *La società in house in Francia*

Uno dei modi nei quali si manifesta il fenomeno dell'in house providing nell'ordinamento francese è quello della SPL, che per natura e funzioni può essere accostata alla società in house costituita dagli enti locali nell'ordinamento italiano. Nell'ordinamento francese, la SPL fa parte della categoria delle *Entreprises Publiques Locales* (EPL), di cui fa parte la *Société d'Economie Mixte Locale* (SEML), la *Société Publique Locale l'Aménagement* (SPLA) e per l'appunto la SPL³¹.

La SPL è stata introdotta dal legislatore francese con la legge 28 maggio 2010, n. 559 attraverso una modifica del Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT), il cui novellato art. L 1531-1 descrive le SPL come società costituita dalle collettività territoriali (almeno due)³², che ne detengono la totalità del capitale.

I tratti principali della SPL sono descritti dallo stesso art. L 1531-1 CGCT, che prescrive come questa debba essere costituita nella forma della *société anonyme*³³ e possa svolgere attività d'im-

me di "delegazione intraorganica", cfr. Cons. St., 11 febbraio 2013, n. 762, in *Foro Amm. e C.d.S.*, 2013, p. 516.

³¹ J.F. BIZET, *Entreprises publiques locales - SEM, SPLA, SPL*, 2011, Paris, 2^e éd., pp. 15-16.

³² Ai sensi dell'art. 72 della costituzione francese del 4 ottobre 1958, le collettività territoriali sono i comuni, i dipartimenti, le regioni, le collettività a statuto particolare e le collettività d'oltremare.

³³ Il testo della norma ancora riporta che il numero minimo dei soci è fissato in due, in deroga alle previsioni di cui all'art. L. 225-1 del *code de commerce*, che fino al 31 dicembre 2020 indicava in sette in numero di soci richiesto per costitui-

presa solo in favore delle collettività territoriali che partecipano al capitale.

Quanto al tipo di attività che possono essere svolte da una SPL, ancora l'art. L 1531-1 CGCT, rimanda all'art. L. 300-1 del *code de l'urbanisme*, che riguarda attività di sviluppo e riqualificazione urbana, e a seguire menziona la prestazione di servizi pubblici di carattere commerciale e industriale, chiudendo poi con una formula molto ampia nella quale si fa riferimento a tutte le attività di interesse generale³⁴.

Come accade per la società in house in Italia, anche nell'ordinamento francese la SPL beneficia di affidamenti diretti in quanto soggetto sottoposto al controllo analogo (*quasi-régie*) della pubblica amministrazione, come sancito dall'art. L. 1411-12 CGCT, che prevede una deroga all'ordinario regime di affidamenti. L'applicazione della norma speciale è condizionata all'esercizio sulla SPL di un controllo comparabile a quello che l'amministrazione aggiudicatrice esercitata sui suoi propri servizi e alla circostanza che la società realizzi la maggior parte della sua attività per la stessa amministrazione o, se del caso, per gli altri enti pubblici che la controllano la società, purché l'attività delegata figuri esplicitamente nello statuto della società³⁵. Avendo rilevato i caratteri di controllo analogo e la speciale

re una société anonyme. Il numero minimo è stato poi ridotto a due soci anche per l'ordinaria *société anonyme* dall'ordinanza del 16 settembre 2020 n. 1142, in vigore dal 1 gennaio 2021.

³⁴ Nella Circulaire n. COT/B/11/08052/C diffusa dal ministero dell'interno francese e datata 29 aprile 2011 si riconosce il campo d'azione particolarmente ampio riservato alle SPL, richiamando tuttavia l'attenzione sulla circostanza che ogni intervento effettuato da una simile società debba essere giustificato dalla presenza di un interesse pubblico locale. Il ministero individua la presenza nell'interesse pubblico in tutte le materie attribuite dalla legge alla competenza degli enti locali, mentre mette in guardia dalla possibilità di utilizzare la clausola generale dell'interesse pubblico per impegnare le SPL in settori economici che dovrebbero restare appannaggio dell'iniziativa privata in un contesto improntato al principio della concorrenza.

³⁵ Si riporta il testo dell'art. L. 1411-12, lett. B, CGCT per apprezzarne la sovrapposizione con quello emergente dalla giurisprudenza e dalla legislazione dell'UE, nonché dall'esperienza dell'ordinamento italiano «lorsque ce service est confié à un établissement public ou à une société publique locale sur lesquels la personne publique exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalisent l'essentiel de leurs activités pour elle ou, le cas échéant, les

previsione dell'affidamento diretto di contratti pubblici³⁶, non vi sono pertanto, dubbi sulla circostanza che la SPL rappresenti per l'ordinamento francese il veicolo per valersi della giurisprudenza e della normativa europea in materia di *in house providing*³⁷.

Sul piano del governo d'impresa e dei profili di specialità derivanti dalla partecipazione al capitale di enti pubblici che esercitano il potere di controllo analogo, si segnala anzitutto che – fatte salve le specificità di cui all'art. L 1531-1 CGCT e quelle contenute in poche altre disposizioni – la SPL è regolamentata attraverso il rimando all'applicazione della disciplina delle SEML³⁸.

Nella nomina dell'organo di amministrazione della SPL, come avviene per la SEML, ciascun socio ha diritto ad esprimere almeno un membro del consiglio di amministrazione, scegliendolo tra i propri eletti³⁹. Ognuno degli amministratori così designato è considerato a tutti gli effetti come mandatario del socio, in favore del quale deve produrre almeno annualmente un resoconto scritto sull'andamento della società, sul quale si pronuncia l'assemblea che lo ha eletto. È evidente come si sia in presenza di un particolare rapporto tra il socio e l'amministratore, con una forte influenza del primo sull'attività del secondo, in un contesto che privilegia la rappresentatività del socio in seno all'organo amministrativo rispetto alla delega di funzioni gestorie cui si assiste nelle società di capitali ordinarie⁴⁰.

In ragione dell'alterazione nell'assetto degli organi sociali rispetto a una comune società di capitali, e allo speciale rapporto tra

autres personnes publiques qui contrôlent la société, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement ou de la société».

³⁶ B. GAGLIARDI, *Le sociétés publiques locales e l'in house providing alla francese*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, vol. 17, fasc. 6, pp. 697-698.

³⁷ S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, 2021, pp. 494-497, si vedano anche J. FERSTENBERT, F. PRIET, P. QUILICHINI, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, 2016, pp. 543-546.

³⁸ Così è da intendersi l'ultimo comma dell'art. L1531-1 CGCT, che rinvia per la disciplina delle SPL al titolo secondo dello stesso CGCT, per l'appunto dedicato alle SEML, artt. 1521-1 à L1525-3.

³⁹ Qualora il numero dei soci ecceda quello dei seggi disponibili, due o più di essi si riuniscono in assemblea speciale per eleggere tra tutti gli eletti il proprio rappresentante nell'organo amministrativo, come previsto dall'art. L. 1524-5, comma 3, CGCT.

⁴⁰ J.F. BIZET, *supra*, pp. 50-51.

il socio e il rappresentante da esso designato nell'organo amministrativo, ai sensi dell'art. 1524-5, comma 8, CGCT la responsabilità civile non ricade sull'amministratore, ma sulla pubblica amministrazione che lo ha nominato. Si riconosce così che il vero soggetto incaricato della gestione, quantomeno strategica, della SPL è l'ente pubblico socio e non vi è ragione per conferire a questo uno schermo di protezione nei confronti dei terzi che entrano a contatto con la SPL.

Sul piano dei controlli, questi avvengono sia internamente, sia esternamente. Nel primo caso l'art. 1524-8 CGCT prescrive che la SPL debba sempre nominare un *commissaire aux comptes* in deroga all'art. L. 1524-8 CGCT del Code de commerce applicabile alle società ordinarie, che invece prevede tale designazione solo per le società che superano alcuni limiti fissati dalla legge.

In relazione ai controlli esterni, deve segnalarsi come ai sensi degli artt. 1524-1 e L.1524-2 CGCT le decisioni dell'organo amministrativo di una SPL debbano essere trasmesse a pena di nullità ai rappresentanti locali dello stato, e in particolare al prefetto territorialmente competente⁴¹. Nel caso di riscontro di criticità nella gestione dell'impresa da parte del prefetto, questa può inoltrare una segnalazione alla corte dei conti regionale, che interviene avviando un procedimento giurisdizionale⁴².

Da ultimo, nel tratteggiare brevemente la disciplina della SPL, occorre segnalare che anche a questa si applica la disciplina delle società in difficoltà⁴³.

5. Conclusioni

Dalla ricognizione della disciplina del fenomeno in house sopra offerta emerge come gli ordinamenti italiano e francese abbiano seguito percorsi non dissimili, declinando nella forma delle società di capitali la disciplina degli enti soggetti a controllo analogo, differen-

⁴¹ B. GAGLIARDI, *supra*, p. 697.

⁴² S. NICINSKI, *supra*, pp. 488-489.

⁴³ C. DEVÈS, *Sociétés publiques locales (SPL) et Sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA)*, in *JurisClasseur Administratif*, 2019, fasc. 163, p. 15.

do tuttavia quanto al grado di distanziamento della normativa speciale introdotta rispetto al diritto societario comune.

Il legislatore italiano ha istituito un modello unitario e generale di società in house, a disposizione tanto dello stato centrale quanto degli enti locali. Sul piano dell'assetto proprietario, è stata mantenuta – quantomeno a livello formale – la possibilità per i privati di partecipare al capitale sociale. Anche con riferimento all'esercizio del controllo analogo, l'ordinamento italiano ha conferito ampia libertà ai soggetti interessati per utilizzare gli strumenti privatistici al fine di istituire un sistema di esercizio dei poteri speciali (patto parasociale, clausola statutaria, comitati speciali). In tema di governo dell'impresa, l'esperienza italiana si segnala per non avere in modo diretto ridimensionato il ruolo dell'amministratore⁴⁴, salvo prevedere la possibilità di derogare alle norme che affidano in via esclusiva a questo la gestione dell'impresa⁴⁵. L'amministratore, anzi, sembrerebbe gravato di maggiori responsabilità, considerando che il possibile danno arrecato al patrimonio sociale è considerato di natura erariale, con giurisdizione affidata alla Corte dei Conti. Le previsioni in parola mal si conciliano, però, con il diritto dell'amministrazione controllante di determinare gli indirizzi strategici della società, senza che tale potere sia bilanciato da una previsione in materia di responsabilità della stessa pubblica amministrazione, generando così un apparente squilibrio tra l'amministratore, ridimensionato nelle attribuzioni ma responsabile di fronte alla giurisdizione contabile, e il socio pubblico controllante investito di penetranti poteri.

D'altro canto l'ordinamento francese appare più deciso nell'imprimere una connotazione pubblicistica alle società in house. In primo luogo è stato scelto di predisporre modelli differenziati di società, sebbene avendo come origine la *société anonyme*, fornendo strumenti diversi allo stato centrale e agli enti locali e creando distinzioni anche in base al genere di attività svolta⁴⁶. In ogni caso, le attività – come visto per la SPL – possono essere svolte esclusivamente in

⁴⁴ G. CAIA, *Le società in house: persone giuridiche private sottoposte a peculiare vigilanza e tutela amministrativa*, in *Giur comm*, 2020, fasc. 3, pp. 469-470.

⁴⁵ Cfr. art. 16, comma 2, TUSPP.

⁴⁶ Proprio per questa ragione, dovendo comparare la società in house italiana di carattere unitario e generalista con una possibile omologa nell'ordinamento

favore dell'amministrazione che riveste la qualità di socio e all'interno di un sistema di controlli pubblicistici ben più pregnante di quello istituito in Italia. Infatti il prefetto esercita per conto dell'amministrazione un'intensa attività di supervisione sulle SPL, che culmina nell'attività giurisdizionale della corte dei conti, elemento che accomuna l'esperienza italiana e quella francese. Dove i due ordinamenti sembrano distanziarsi in maniera sostanziale è sugli aspetti legati alla gestione d'impresa, poiché mentre l'ordinamento italiano introduce deroghe molto circoscritte, la disciplina francese rende evidente il ruolo subalterno dell'amministratore rispetto al socio, a cominciare dal momento della nomina, ove si crea un rapporto esplicito di mandato tra l'ente locale e il soggetto designato ad amministrare la SPL, che peraltro è membro dell'assemblea elettiva e dunque diretta emanazione del socio, verso il quale ha specifici obblighi di informativa e rendicontazione periodica. Sebbene il complessivo assetto francese sia alquanto peculiare se calato nel contesto della società di capitali, sembra comunque coerente con il modello in house di derivazione europea, in quanto l'amministrazione assume un ruolo preminente nella gestione della società e allo stesso tempo risponde del proprio operato in forza di norme che ne sanciscono la responsabilità verso terzi, esonerando gli amministratori.

In un'immaginaria linea che ha alle due estremità il modello privatistico di società di capitali e dall'altra l'ente pubblico economico sottoposto alla normativa pubblicistica, potrebbe dirsi che la SPL francese si colloca in un punto più prossimo all'ente pubblico, mentre la società in house italiana conserva tratti derivanti dal diritto societario che la fanno discostare in minor misura dal modello privatistico, o comunque non al di là della posizione mediana.

francese, è stata scelta la SPL in quanto avente maggior raggio d'azione tra le società in house in Francia.

SOSTENIBILITÀ NELLA RICERCA E NELLO SVILUPPO
DEI MEDICINALI PER LA CURA DELLE MALATTIE RARE:
I FARMACI ORFANI

*Giuseppe Ragucci**

1. *Introduzione*

Sono denominati “farmaci orfani”¹ i medicinali per uso umano² destinati al trattamento e alla cura di malattie rare. Quando si affronta il tema delle malattie rare in ambito scientifico ci si riferisce ad un insieme eterogeneo di patologie che sono principalmente sviluppate sin dall’età pediatrica e affliggono una percentuale residuale della popolazione in un determinato territorio. È per tale ragione che il criterio mediante il quale una malattia è definita “rara” è

* Dottorando di ricerca, Università degli Studi dell’Insubria.

¹ La dicitura “orfani” dice ben poco di questi farmaci. Il termine ha origine negli Stati Uniti e sembra sia stato coniato da Harry C. Shirkey, presidente del *Committee on Drug Dosage of the American Academy of Pediatrics*, il quale parlò, in un intervento del 1963, di *pharmaceutical orphans* per indicare quei medicinali il cui uso era stato approvato per gli adulti ma non per i pazienti in età pediatrica, lasciando questi ultimi privi di alternative terapeutiche. K. MIKAMI, *Orphans in the Market: The History of Orphan Drug Policy*, in *Social History of Medicine*, 2019, vol. 32, n. 3, pp. 609-630. G.P. PROVOST, “Homeless” or “Orphan” Drugs, in *American Journal of Hospital Pharmacy*, 1968, vol. 25, n. 11, p. 609.

² L’articolo 1, n. 2 della 2001/83/CE (attuata in Italia con il decreto legislativo n. 219/2006) definisce medicinale: «a) ogni sostanza o associazione di sostanze presentata come avente proprietà curative o profilattiche delle malattie umane; o b) ogni sostanza o associazione di sostanze che possa essere utilizzata sull’uomo o somministrata all’uomo allo scopo di ripristinare, correggere o modificare funzioni fisiologiche, esercitando un’azione farmacologica, immunologica o metabolica, ovvero di stabilire una diagnosi medica».

esclusivamente epidemiologico; ci si riferisce, infatti, a patologie con un'incidenza non superiore a 5 individui su 10.000 all'interno dell'Unione europea. Adottando tale criterio, si stima che nei medesimi confini le malattie rare siano da comprendersi in un numero tra i 6.000 e gli 8.000, su di un numero di pazienti pari a circa 30 milioni³. Sono quantità non trascurabili, alle quali deve essere aggiunta una considerazione non di immediata evidenza: spesso i farmaci orfani coincidono con le terapie avanzate e sono nella quasi totalità medicinali "salva vita". Essi rappresentano quindi i confini estremi della ricerca scientifica, tanto che una mancata o inadeguata tutela di questi prodotti comporta sia un disincentivo alla ricerca e sviluppo dei medicinali, sia un rallentamento nell'accesso a terapie avanzate necessarie alla sopravvivenza dei pazienti. I due fenomeni sono tra loro reciprocamente connessi, e originano dalla medesima criticità così riassumibile: la ricerca e sviluppo di medicinali (soprattutto se innovativi e altamente tecnologici) impone costi elevati; a fronte di un *cluster* ridotto di pazienti, quindi di possibili consumatori (o acquirenti) dei medicinali, laddove non sussistessero adeguati incentivi, le aziende farmaceutiche desisterebbero dallo sviluppo di farmaci per malattie rare.

La questione non è nuova, ma risale alla prima regolazione della materia dei farmaci orfani negli Stati Uniti, che il legislatore europeo ha fatto propria disciplinando la materia con appositi regolamenti⁴. Tale disciplina ha, di recente, catturato l'attenzione della comunità scientifica che prova ad interpretare i cascami di norme, per gli statunitensi, ormai quarantennali, secondo il crisma della sostenibilità. Una sostenibilità *prima facie* economico-finanziaria, ma soprattutto etica e ambientale, in quanto parlare di farmaci "orfani" equivale oggi ad affrontare sia il tema dell'accessibilità dei pazienti alle terapie (sostenibilità etica), sia la valutazione del rapporto rischio/beneficio in materia di impatto ambientale nella produzione dei medicina-

³ Il dato è reperibile sul sito ufficiale della Commissione Europea sotto la voce *Rare diseases*. COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al consiglio, al Comitato economico sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Le malattie rare: una sfida per l'Europa*, 11 novembre 2008.

⁴ Regolamento (CE) n. 141/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 1999 concernente i medicinali orfani.

li (sostenibilità ambientale)⁵. Quest'ultima ha assunto solo oggi un ruolo cardine ed è uno dei principi a cui i *policy maker* si informano. Il ciclo di vita dei farmaci ha, infatti, un immediato impatto sull'ambiente: principia dalla fase di ricerca e sviluppo, passa per la produzione, e si conclude con lo smaltimento. E ciò perché tanto la produzione di massa quanto quella dei farmaci innovativi impone un dispendio non trascurabile di materia ed energie⁶. È vero allora che la sostenibilità rappresenta il futuro della legislazione farmaceutica⁷.

2. *Le origini dei farmaci orfani: una storia americana*

I primi a regolare la materia furono gli Stati Uniti con l'*Orphan Drug Act* del 1983, seguiti dal Giappone nel 1993, dall'Australia nel 1998⁸ e dall'Unione europea nel 2000.

Henry A. Waxman, membro di lungo corso del partito democratico e della *House of Representatives*, nonché principale autore e promotore dell'*Orphan Drug Act*, lo descrisse come «an example of government at its finest»⁹, nella misura in cui gli Stati Uniti potevano vantare una legge che rappresentasse una speranza concreta per i soggetti più fragili. In tempi più recenti Waxman cambierà opinione, ma all'epoca la riforma fu rivoluzionaria ed ebbe una risonanza mondiale.

Le vicende che portarono all'adozione dell'*Orphan Drug Act* risalgono agli anni '60 e all'esigenza di regolare il settore farmaceuti-

⁵ S. MUDGAL *et al.*, *Study on the environmental risks of medicinal products*, Diss. BIO Intelligence Service, European Commission, 2013.

⁶ B. POZZO, *Sustainable development*, in S. BALDIN, S. DE VIDO (eds.), *Environmental Sustainability in the European Union: Socio-Legal Perspectives*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2020, pp. 11 ss.

⁷ Tra le varie, si consideri, a livello europeo, la consultazione pubblica *Strategic approach to pharmaceuticals in the environment* ad iniziativa della Commissione europea.

⁸ S. SHORTHORSE, *Guide to EU and UK Pharmaceutical Regulatory Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International BV, 2023. Per un inquadramento delle discipline applicabili in Giappone e Australia: D.L. SCOTT, S. ALDER, U. USUI, L. KAROLYN, *Orphan Drug Programs/Policies in Australia, Japan, and Canada*, in *Drug Information Journal*, 2001.

⁹ H.A. WAXMAN, *The Waxman Report: How Congress Really Works*, New York, Twelve, 2009, p. 73.

co. Esigenza originata da un caso di cronaca: lo scandalo del Talidomide (*Thalidomide scandal*). Il Talidomide, oggi usato come farmaco chemioterapico, era a suo tempo venduto come sedativo, ansiolitico e anti-nausea, e le donne che lo assumevano davano alla luce neonati con gravi malformazioni congenite (e.g. focomelia). Gli effetti si produssero su scala globale e il farmaco fu ritirato nel 1961.

L'episodio stimolò un vasto dibattito negli Stati Uniti che si risolse nell'adozione nel 1962, sotto la presidenza di J.F. Kennedy, del *Kefauver-Harris Amendment*, una legge modificativa del *Federal Food, Drug and Cosmetic Act*, che disciplinava l'immissione in commercio dei farmaci. La legge del 1962 introduceva requisiti più stringenti per la commercializzazione dei farmaci sul suolo statunitense, sotto forma di controlli in fase di sperimentazione clinica sulla sicurezza ed efficacia dei farmaci^{10 11}. L'obiettivo della nuova disciplina era di ridurre a statistiche non significative il verificarsi di reazioni avverse a terapie farmacologiche mediante un controllo accentrato e diffuso dell'ente federale FDA (*Food and Drug Administration*), al quale vennero attribuiti poteri di controllo e vigilanza su tutta la catena produttiva dei farmaci, dall'autorizzazione all'immissione in commercio sino alla vigilanza post-commercializzazione.

Il *Kefauver-Harris Amendment* ebbe un riscontro immediato sul mercato farmaceutico: la sua entrata in vigore determinò una drastica riduzione del numero di medicinali per i quali si formulava richiesta per l'autorizzazione all'immissione in commercio. Le aziende farmaceutiche cominciarono infatti a prediligere progetti che garantissero un risultato fausto (l'autorizzazione all'immissione in commercio), e un profitto subitaneo che consentisse in breve tempo

¹⁰ J.A. GREENE, S.H. PODOLSKY, *Reform, regulation, and pharmaceuticals- the Kefauver-Harris Amendments at 50*, in *N. Engl. J. Med.*, 2012, pp. 1481-1483. S. PELTZMAN, *An Evaluation of Consumer Protection Legislation: The 1962 Drug Amendments*, in *Journal of Political Economy*, 1973, vol. 81, n. 5.

¹¹ *The Kefauver-Harris Amendments to the Food, Drug and Cosmetic Act*: Public Law 87-781-Oct. 10, 1962: «Sec. 102. (a) (1) Section 201 (p) (1) of the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (21 U.S.C. 321 (p) (1)), defining the term "new drug", is amended by (A) inserting therein, immediately after the words "to evaluate the safety", the words "and effectiveness", and (B) inserting therein, immediately after the words "as safe", the words "and effective". (2) Section 201 (p) (2) of such Act (21 U.S.C. 321 (p) (2)) is amended by inserting therein, immediately after the word "safety", the words "and effectiveness" [...].».

un recupero degli investimenti nella ricerca e sviluppo del prodotto farmaceutico. Tale dinamica di mercato comportò l'abbandono dei progetti destinati a platee ridotte o che richiedessero tecnologie innovative; progetti che rimasero dunque "orfani" come i pazienti affetti dalle malattie rare¹².

Nel 1980 Elizabeth Holtzman, anch'essa, come Waxman, membro della *House of Representatives*, propose un pacchetto di incentivi per le aziende farmaceutiche affinché queste sviluppassero medicinali per il trattamento delle malattie rare. La proposta di legge non fu accolta dalla *House of Representatives* e alla mancata approvazione del *bill* fu data scarsa importanza, relegandola ad un trafiletto del *Los Angeles Times*. Nonostante la scarsa risonanza, la notizia giunse all'attenzione di Maurice Klugman, fratello del più celebre attore Jack Klugman, al tempo attore protagonista della serie televisiva *Quincy M.E.*

Unica nota di colore di questa cronistoria e una delle prime prove di come i *media* possano incidere positivamente sui processi decisionali e legislativi, i due fratelli scrissero un episodio della serie dedicato ad un ragazzo affetto dalla sindrome di Tourette, dal titolo significativo *Seldom Silent, Never Heard* sensibilizzando il pubblico sulle condizioni di abbandono delle persone affette da malattie rare. La mobilitazione pubblica rafforzata dal fenomeno associativo portò all'adozione nel 1983 di una legge non dissimile da quella originariamente proposta da Holtzman: l'*Orphan Drug Act*.

3. L'Orphan Drug Act

In un'ottica di comparazione con la disciplina vigente nell'Unione europea, sono tre i profili dell'*Orphan Drug Act* meritevoli, in questa sede, di analisi: (i) l'ambito di applicazione; (ii) le condizioni e i requisiti per accedere agli incentivi; e (iii) gli incentivi.

Anche dalla sintetica analisi che qui si avrà cura di esporre, sarà comunque sufficiente a provare come il legislatore europeo si sia

¹² D.A. TOBBELL, *Pills, Power, and Policy: The Struggle for Drug Reform in Cold War America and its Consequences*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 2011.

limitato, salvo alcuni accorgimenti aventi carattere marginale, a fare proprie, se non a trascrivere, le previsioni originariamente formulate oltreoceano.

3.1. *Profili definatori*

L'*Orphan Drug Act* vuole che i farmaci orfani siano quei medicinali destinati alla cura di malattie rare, ossia di quelle patologie che affliggono un numero di persone inferiore a 200.000 su tutto il territorio degli Stati Uniti (ciò significando che tale criterio può essere rispettato anche laddove vi sia un'alta incidenza in un confine circoscritto) (il criterio epidemiologico), o che affligga un numero superiore a 200.000 individui, ma non vi sia un'aspettativa ragionevole tale per cui il profitto derivante dalla vendita di un farmaco per il trattamento di detta malattia permetta il recupero dei costi di ricerca e sviluppo (la cosiddetta "commercial viability")¹³.

Nonostante la lettera della norma, che offre un ampio spazio di discrezionalità alla pubblica amministrazione (FDA) nel valutare la fondatezza del rapporto costo/profitto, il criterio della *commercial viability* ha trovato applicazione minore rispetto al criterio epidemiologico¹⁴. E ciò principalmente per due ordini di ragioni. Il primo, reso esplicito dalle aziende farmaceutiche richiedenti la designazione di farmaco orfano (altrimenti definite "sponsor"), è l'impossibilità di determinare a priori i costi effettivi e i profitti derivanti dalla commercializzazione del farmaco. Il secondo invece è coincidente con la potenziale contestabilità del criterio: infatti non solo alla FDA è attribuito un potere discrezionale tale da impedire qualsiasi previ-

¹³ *Federal Drug and Cosmetic Act*: Sec. 526, (B), (2): «[...] the term rare disease or condition means any disease or condition which (A) affects less than 200,000 persons in the United States, or (B) affects more than 200,000 in the United States and for which there is no reasonable expectation that the cost of developing and making available in the United States a drug for such disease or condition will be recovered from sales in the United States of such drug».

¹⁴ M. HERDER, *What is the purpose of the orphan drug act?*, in *PLoS medicine*, 2017. S. SIMOENS, *Pricing and reimbursement of orphan drugs: the need for more transparency*, in *Orphanet J. Rare Dis.*, 2011. O. WELLMAN-LABADIE, Y. ZHOU, *The US Orphan Drug Act: Rare disease research stimulator or commercial research opportunity?*, in *Health Policy*, 2010.

sione sulla concessione della designazione del farmaco come “orfano”, ma altresì l’assenza di un automatismo della procedura potrebbe essere foriera di obiezioni delle imprese concorrenti specializzate nel medesimo campo terapeutico.

Infatti, come si avrà modo di approfondire, la tempestività nell’ottenimento della designazione di “orfano” garantisce all’azienda farmaceutica di beneficiare di un monopolio nella vendita del farmaco. Non è un caso, infatti, che entrambi i criteri, epidemiologico e *commerciali viability*, siano finalizzati alla registrazione del farmaco (ivi intendendosi l’ottenimento della autorizzazione al commercio), in quanto almeno uno dei due criteri deve essere rispettato alla data di richiesta di ottenimento della designazione.

3.2. *Condizioni e requisiti per l’ottenimento della designazione di farmaco orfano*

Ai fini dell’ottenimento della designazione di farmaco orfano l’azienda farmaceutica (sponsor) deve presentare adeguata documentazione che provi il rispetto di almeno uno dei già menzionati criteri e che descriva dettagliatamente la composizione del farmaco, nonché le relative indicazioni terapeutiche e le destinazioni d’uso¹⁵. Tali dati sono necessari al compimento di valutazioni comparative con altri farmaci utilizzati per il trattamento della medesima tipologia. Gli scenari prospettabili all’atto della domanda per l’ottenimento della designazione sono infatti essenzialmente tre, ossia che la patologia per il trattamento della quale il farmaco è destinato: (i) non abbia alternative terapeutiche; (ii) sia trattata con farmaci aspecifici; (iii) sia trattata con altro farmaco avente la designazione di “orfa-

¹⁵ *Orphan Drug Act*, sec. 316.20 (b) (4): «A description of the drug, to include the identity of the active moiety if it is a drug composed of small molecules, or of the principal molecular structural features if it is composed of macromolecules; its physical and chemical properties, if these characteristics can be determined; and a discussion of the scientific rationale to establish a medically plausible basis for the use of the drug for the rare disease or condition, including all relevant data from in vitro laboratory studies, preclinical efficacy studies conducted in an animal model for the human disease or condition, and clinical experience with the drug in the rare disease or condition that are available to the sponsor, whether positive, negative, or inconclusive».

no”. Nel secondo e terzo scenario, che sono invero i più frequenti, lo sponsor deve provare la superiorità clinica dei farmaci utilizzati per la medesima patologia¹⁶, ossia deve fornire dati scientifici sufficienti a permettere alla FDA di apprezzare l’efficacia terapeutica del farmaco in comparazione con le terapie sul mercato.

È chiaro allora come questa condizione incrementi la competitività nel settore farmaceutico (soprattutto nell’ottica dell’ottenimento degli incentivi riconosciuti dall’*Orphan Drug Act*), e ciò è tanto vero che gli sponsor, al fine di non sollevare censure e sottrarsi alla valutazione comparativa, presentano richieste per il trattamento di sottocategorie della medesima patologia (il cosiddetto fenomeno del *salami slicing*)¹⁷. La strategia ha indubbi vantaggi per lo sponsor in sede di designazione ma effetti distorsivi del mercato. Infatti, nulla vieta all’azienda farmaceutica, una volta decorso il tempo di validità dei benefici derivanti dalla designazione di farmaco “orfano”, di ripresentare altra domanda per la designazione del medesimo farmaco per una patologia simile, ma differente.

3.3. *Gli incentivi: la market exclusivity*

Dalla designazione di farmaco orfano derivano numerosi incentivi. Uno di questi, di certo il più rilevante, è l’esclusiva di mercato (la cosiddetta “market exclusivity”)¹⁸. Si tratta di una forma di monopolio legale che attribuisce al titolare dell’autorizzazione all’immissione in commercio di un farmaco designato orfano una finestra

¹⁶ *Orphan Drug Act*, sec. 316.20 (b) (5).

¹⁷ S. GIBSON, B. VON TIGERSTROM, *Orphan drug incentives in the pharmacogenic context: policy responses in the US and Canada*, in *Journal of Law and the Biosciences*, July 2015, vol. 2, n. 2, pp. 263-291. D. LOUGHNOT, *Potential Interactions of the Orphan Drug Act and Pharmacogenomics: A Flood of Orphan Drugs and Abuses?*, in *American Journal of Law and Medicine*, 2005, vol. 31, pp. 365-380.

¹⁸ *Orphan Drug Act*, sec. 316.3 (12): «Orphan-drug exclusive approval or exclusive approval means that, effective on the date of FDA approval as stated in the approval letter of a marketing application for a sponsor of a designated orphan drug, no approval will be given to a subsequent sponsor of the same drug for the same use or indication for 7 years, except as otherwise provided by law or in this part. A designated drug will receive orphan-drug exclusive approval only if the same drug has not already been approved for the same use or indication».

di tempo di sette anni durante la quale la FDA si impegna a non rilasciare autorizzazioni per farmaci aventi la medesima composizione (e.g. il medesimo principio attivo)¹⁹ e per la medesima indicazione terapeutica. L'istituto va inquadrato nella macro-categoria delle protezioni regolatorie (tra le quali, a titolo esemplificativo, rientra anche la tutela, ossia "non diffusione", dei dati clinici), finalizzate a regolare la competizione tra le aziende farmaceutiche. Invero, la *market exclusivity*, benché differentemente declinata, è propria di tutti i farmaci aventi un carattere di innovatività (cosiddetta "new drug product exclusivity")²⁰. Il principio è il seguente: al fine di garantire all'azienda farmaceutica (sponsor) un profitto tale da poter recuperare i costi di ricerca e sviluppo dei farmaci, essa può beneficiare di un periodo durante il quale l'autorità regolatoria si impegna a non rilasciare autorizzazioni per prodotti copia.

Il medesimo istituto ha tuttavia, per quanto concerne la disciplina dei farmaci orfani, alcune peculiarità. Una di queste è la seguente: è possibile beneficiare del periodo di monopolio, in presenza di un altro farmaco orfano per la medesima indicazione terapeutica, solo laddove si provi la superiorità clinica, in termini di efficacia e sicurezza, rispetto al farmaco in commercio²¹. È proprio a tale previsione che sarebbe da ricondurre il fenomeno del *salami slicing*, ossia quella strategia spesso adottata dalle aziende farmaceutiche, mediante la quale è possibile per lo *sponsor* eludere l'analisi comparata con prodotti similari e ottenere serie continue di designazioni a farmaco orfano per il medesimo prodotto, sfruttando le differenze minime intercorrenti tra patologie similari, per valorizzare indicazioni terapeutiche differenti, determinando *de facto* l'impossibilità per soggetti terzi di competere nel medesimo mercato²².

¹⁹ Si veda la definizione di "same drug" *Orphan Drug Act*, sec. 316.3 (14).

²⁰ Code of Federal Regulations, sec. 314.108.

²¹ *Orphan Drug Act*, sec. 316.34 (c): «If a drug is otherwise the same drug as a previously approved drug for the same use or indication, FDA will not recognize orphan-drug exclusive approval if the sponsor fails to demonstrate upon approval that the drug is clinically superior to the previously approved drug».

²² R. FELDMAN, *Regulatory property: the new IP*, in *Colum. J Law & Arts*, 2016, 40, pp. 53 ss. C. DENNIS, *A Comparison of the Pre-Market Orphan Drug Legal Frameworks in the United States and the European Union*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2017, vol. 35, pp. 138 ss.

4. *La disciplina europea*

In Unione europea la commercializzazione dei farmaci orfani è disciplinata con regolamenti (il Regolamento CE 141/2000 e il Regolamento CE 847/2000). Le ragioni sottese alla scelta politica di disciplinare la materia hanno una matrice meramente utilitaristica²³. La disciplina dell'*Orphan Drug Act* negli anni successivi alla sua adozione ebbe un successo, in termini di efficienza, tale da rendere gli Stati Uniti centro operativo delle principali aziende del settore farmaceutico. I profitti garantiti dalla *market exclusivity*, e dall'assenza di norme che calmierassero il prezzo dei medicinali orfani, hanno permesso alle aziende farmaceutiche statunitensi di investire nella ricerca e sviluppo di tecnologie innovative, così come nei centri di produzione mediante il reinvestimento dei profitti generati.

Invero solo grazie a margini di profitto elevati e, soprattutto, certi, fu possibile la produzione su larga scala di medicinali. Un effetto domino virtuoso ma incontrollato. Per annullare il divario competitivo per le imprese farmaceutiche europee il legislatore continentale si limitò a fare proprie, mediante un'operazione di *legal transplant*²⁴, le previsioni dell'*Orphan Drug Act*, apportando poche e marginali modifiche.

I requisiti per la designazione di farmaco orfano sono essenzialmente tre: (i) che la malattia trattata dal farmaco abbia un'incidenza inferiore a 5 individui su 10.000 sul territorio dell'Unione europea

²³ È lo stesso legislatore europeo a fare menzione delle esperienze statunitensi e giapponesi nelle premesse del Regolamento CE 141/2000: «l'esperienza acquisita negli Stati Uniti e in Giappone dimostra che l'incentivo più efficace per indurre l'industria ad investire nello sviluppo e nella commercializzazione dei medicinali orfani è la prospettiva di ottenere un'esclusiva di mercato per un determinato numero di anni, durante i quali parte degli investimenti possa essere recuperata [...]».

²⁴ Si usa il termine *legal transplants* nella sua accezione più semplice, ossia di "copia" o "imitazione". M. SIEMS, *Comparative law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, pp. 287 ss. M. GRAZIADEI, *Legal Transplants and the Frontiers of Legal Knowledge*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2009, pp. 722 ss. P. LEGRAND, *What 'Legal Transplants'?*, in D. NELKEN, J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Culture*, Oxford, Hart, 2001. Similmente si consideri anche R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, in *The American Journal of Comparative Law*, pp. 1-34 e 343-401.

(cosiddetto “prevalence criterion”); (ii) che sia destinato alla cura di una malattia altamente debilitante e la cui commercializzazione è poco probabile che generi un profitto tale da giustificare i costi di investimento (cosiddetto “insufficient return on investment criterion”); e (iii) che non esistano altre terapie per la medesima patologia oppure, ove esistenti, che il farmaco offra benefici significativi ai pazienti (cosiddetta “medical plausibility”)²⁵.

Soddisfatti tali requisiti, lo *sponsor*, all’atto della presentazione della domanda per la designazione di farmaco orfano, deve offrire documentazione che provi: (i) l’assenza di metodi di diagnosi o profilassi, o terapie alternative per il trattamento della patologia per la quale il farmaco è destinato (*existing satisfactory method*); e (ii) che la patologia in parola sia seriamente debilitante e il farmaco sia clinicamente superiore, in termini di efficacia e sicurezza, rispetto ad altri già in commercio e destinati al trattamento della medesima affezione (*significant benefit*)²⁶.

Una volta ottenuta la designazione di farmaco orfano, l’azienda farmaceutica può fare domanda per l’ottenimento dell’autorizzazione all’immissione in commercio. A far data dal rilascio dell’autorizzazione il titolare beneficia di un periodo di dieci anni di esclusiva di mercato durante il quale le autorità competenti si impegnano a non rilasciare autorizzazioni per la commercializzazione di prodotti analoghi con le stesse indicazioni terapeutiche (*similar medicinal products*)^{27 28}.

²⁵ Articolo 3, para. 1 del Regolamento CE 141/2000.

²⁶ Articolo 2 del Regolamento CE 847/2000.

²⁷ Articolo 8, para. 1 del Regolamento CE 141/2000. M. MINN, *Development of Orphan Drugs under European Regulatory Incentives and Patent Protection*, in *Eur. J. Health Law*, 2017, pp. 239 ss.

²⁸ J. LIDDICOAT, K. LIDDELL, M. ABOY *et al.*, *Has the EU Incentive for Drug Repositioning Been Effective? An Empirical Analysis of the “+1” Regulatory Exclusivity*, in *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2021, pp. 825 ss. G. SENA, *Farmaci “orfani” e medicinali per uso pediatrico. Note critiche*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2016, pp. 173 ss. G. BIANCHETTI, *Altre riflessioni sul brevetto farmaceutico (con particolare riferimento alla attività inventiva)*, in *Rivista di Diritto Industriale*, 2011, pp. 67 ss.

5. Conclusioni

La circolazione del modello statunitense in Europa, che si è concretizzato nel *legal transplant* delle previsioni dell'*Orphan Drug Act* nella disciplina dell'Unione europea ha avuto l'effetto, desiderato, di rendere gli Stati membri competitivi in termini di ricerca e sviluppo nel settore delle tecnologie innovative nell'ambito farmaceutico. Lo sviluppo tecnologico ha poi permesso a pazienti affetti da malattie rare di accedere a cure salva vita.

Ciononostante, decorso il primo ventennio dall'entrata in vigore dei regolamenti europei sui farmaci orfani, l'operazione non può dirsi pienamente riuscita²⁹. E ciò è vero in quanto, nonostante si ritenga che i principi che informano la materia dei farmaci orfani debbano essere preservati, la comparazione dei due ordinamenti, statunitense ed europeo, fa emergere criticità della disciplina tali da comprometterne la funzionalità³⁰. Il legislatore europeo ha infatti importato un modello, quello statunitense, omettendo di valorizzare le differenze intercorrenti nelle strutture dei sistemi sanitari nazionali. Riflettendo sull'ordinamento italiano, è sufficiente pensare all'impronta prettamente pubblicistica del nostro sistema sanitario diametralmente opposto a quello statunitense, di impostazione privatistica. Differenza che si riflette, nella sua dimensione più evidente, nell'origine delle modalità di finanziamento della ricerca scientifica.

Calando questa considerazione nella questione in analisi, in Italia (come in altri Stati membri dell'Unione europea aventi strutture sanitarie simili) i costi derivanti dall'acquisto dei farmaci salva vita sono da ascrivere al bilancio statale, e più specificamente alla spesa farmaceutica, il cui tetto massimo, non a caso, viene ritoccato per eccesso di anno in anno. Quale conseguenza dell'indebitamento crescente, lo Stato è costretto ad operare scelte, in merito alla copertura delle spese di acquisto di farmaci orfani, seguendo un criterio bilancistico: seleziona i farmaci oggetto di rimborso in ragione delle

²⁹ D. NELKEN, *Towards a Sociology of Legal Adaptation*, in D. NELKEN, J. FEEST (eds.), *Adapting Legal Culture*, Oxford, Hart, 2001, pp. 7-54.

³⁰ Prova della interconnessione delle discipline statunitense e europea è l'armonizzazione e la standardizzazione, a far data dall'anno 2007, delle due procedure per l'ottenimento della designazione di farmaco orfano.

disponibilità di risorse economiche. Si generano allora due effetti: i pazienti non hanno accesso a terapie salva vita³¹ e gli *sponsor*, non avendo la certezza di coprire i costi di sviluppo dei farmaci orfani, sono disincentivati nella ricerca e sviluppo di terapie altamente tecnologiche. Sono così *de facto* annullati gli effetti virtuosi del *legal transplant* dell'*Orphan Drug Act*.

Occorre allora un ripensamento della disciplina dei farmaci orfani a livello europeo che ammetta una selezione dei campi di azione in termini di individuazione delle nuove tecnologie affinché non vi siano dispersioni di risorse (monetarie e materiali) nella fase di ricerca e sviluppo, e si possa al contempo garantire una selezione dei farmaci classificabili come orfani in una fase precedente a quella prodromica all'immissione in commercio.

³¹ Si pensi in particolar modo ai pazienti affetti da malattie ultra-rare (cosiddette "ultra-orphan") aventi un'incidenza pari a 1 individuo su 50.000. Y. SCHULLER, C.E.M. HOLLAK, M. BIEGSTRATEN, *The quality of economic evaluations of ultra-orphan drugs in Europe – a systematic review*, in *Orphanet J. Rare Dis.*, 2015.

A NASCENT COMMON LAW?
IL CASO DELLA GIUSTIZIA CIVILE CLIMATICA
TRA ANTROPOCENE E GLOBALIZZAZIONE GIURIDICA

*Lorenzo Serafinelli**

1. *Antropocene e contenzioso civile climatico: un altro modo di risarcire?*

L'antropocene, quale epoca in cui l'impatto dell'uomo sull'ecosistema terrestre è pervasivo, si caratterizza anche per la progressiva crescita della sensibilità dell'opinione pubblica rispetto ai cambiamenti climatici, tradottasi talvolta, come in Italia¹, nel riconoscimento del valore costituzionale della tutela ambientale, pure nell'interesse delle future generazioni, finanche facendola assurgere a vincolo conformativo dell'iniziativa economica dei privati². A tali postulati, tuttavia, di rado è seguita la predisposizione di meccanismi attuativi.

Siffatto *modus operandi* si innesta perfettamente nel solco della tendenziale rinuncia da parte dello Stato contemporaneo ad occuparsi della composizione politica dei conflitti sociali ed economici, inclusi i climatici. Sicché l'analisi del contenzioso civile climatico è utile a valutare proprio le nuove forme di canalizzazione delle istanze popolari attraverso strumenti di natura privatistica per saggiarne

* Visiting researcher, Humboldt-Universität zu Berlin, Dottore di ricerca, Sapienza Università di Roma.

¹ In argomento, R. BIN, *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti*, in *Diritti comparati*, 2022, pp. 1 ss., spec. pp. 5 ss.; G. ALPA, *Note sulla riforma della costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contr. impr.*, 2022, pp. 361 ss.

² Cfr. *ex plurimis* M. NICOLINI, *Methodological Rebellions: How to Do Global Comparative Law in a Time of Climate Change*, in *J. Comp. L.*, 2021, vol. 16, pp. 487 ss.

l' idoneità a promuovere forme di integrazione efficaci del singolo e delle formazioni sociali nella comunità politica³.

Al contempo, l'indagine, assumendo una prospettiva comparatistica, mira a porre in rilievo come la globalizzazione giuridica faccia sperimentare, pure sul clima, un assottigliamento tra lo Stato di legislazione e lo Stato di giurisdizione, a tutto beneficio del secondo. In questo contesto, l'impiego del contenzioso civile diviene funzionale a ottenere tutele in forma specifica. Da qui, una traslazione dal legislativo al giudiziario del baricentro della produzione normativa, come nei casi olandesi *Urgenda* e *Milieudefensie*, dove sono stati i giudici a confezionare delle vere e proprie politiche ambientali. Un *pattern* questo in ampia diffusione in oltre quaranta giurisdizioni e che, per come si vedrà, coinvolge anche l'Italia.

La mappatura delle più rilevanti pronunce è altresì volta a verificare criticamente se si assista, riprendendosi l'interrogativo del titolo, all'affermazione di una *common law* nascente, cioè all'emersione di un corpus di regole giurisprudenziali che: (i) valgono a concretizzare in norme i principi a presidio del clima; (ii) sono serventi all'attuazione, dal basso e al di là delle sovranità nazionali, di politiche globali di contrasto ai cambiamenti climatici. A tal fine, si riflette sulle implicazioni che il sempre maggior ricorso alla giustizia civile produrrà sulla stessa natura degli Stati contemporanei, andandosi a verificare se il Leviatano climatico ipotizzato da Geoff Mann e Joel Wainwright⁴, cioè uno Stato globale sovrano e regolatore guidato dalle élite (dei giudici in questo caso) sia davvero in procinto di sorgere per via della creazione di un vasto reticolato di soluzioni internazionalmente uniformi sul clima veicolato esclusivamente dalle corti e fatalmente sottratto alle forme classicamente intese di partecipazione democratica.

Per far ciò, lo studio muove dall'esperienza primigenia dell'interferenza tra regole sulla responsabilità civile e cambiamento climatico, ovverosia gli Stati Uniti, dove nello scorso decennio si è assistito

³ Sul punto, M. RENNER, *Private Ordering*, in S. GRUNDMANN, H.-W. MICKLITZ, M. RENNER (eds.), *New Private Law Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, pp. 484 ss.

⁴ G. MANN, J. WAINWRIGHT, *Climatic Leviathan - A Political Theory of Our Planetary Future*, London, Verso, 2018.

a una sequenza di azioni incardinate con il fine manifesto di sostituirsi all'inerzia volontaria della sfera parlamentare e governativa⁵. Avanzando richieste di rimedi in forma specifica, gli attori hanno inteso perseguire, surrettiziamente e tramite i *torts*, obiettivi di regolamentazione⁶. Come è stato correttamente puntualizzato da Joni Hersch e da W. Kip Viscusi, «l'utilizzo del contenzioso per affrontare le conseguenze del cambiamento climatico può essere visto come inserito nel più generale ambito del movimento di *regulation through litigation*»⁷. Donde la considerazione sul fatto che il contenzioso climatico si presenta come una reazione all'assenza dall'arena climatica delle autorità pubbliche deputate all'esercizio dei poteri legislativi e regolatori⁸.

Prima di alcune cause proposte all'indomani della vittoria presidenziale di Donald Trump nel 2016⁹, quattro sono state le controversie più rilevanti: *Comer v. Murphy Oil USA*¹⁰; *American Electric Power v. Connecticut*¹¹; *California v. General Motors Corp.*¹²; e, infine, *Native Village of Kivalina v. Exxon Mobil*¹³.

⁵ B. POZZO, *Climate Change Litigation in a Comparative Law Perspective*, in F. SINDICO, M.M. MBENGUE (eds.), *Comparative Climate Change Litigation: Beyond the Usual Suspects*, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law 47, London, Springer Nature, 2021, pp. 597 ss.

⁶ J. ZASLOFF, *The Judicial Carbon Tax: Reconstructing Public Nuisance and Climate Change*, in *UCLA L. Rev.*, 2008, vol. 55, pp. 1827 ss.

⁷ J. HERSCH, W.K. VISCUSI, *Allocating Responsibilities for the Failure of Global Warming Policies*, in *Univ. Pa. L. Rev.*, 2006, vol. 155, pp. 1657 ss.

⁸ R.F. BLOMQUIST, *Comparative Climate Change Torts*, in *Val. Univ. Law Rev.*, 2012, vol. 46, pp. 1053 ss.

⁹ D. KYSAR, R.H. WEAVER, *Courting Disaster: Climate Change and The Adjudication of Catastrophe*, in *Notre Dame Law Rev.*, 2016, vol. 93, pp. 296 ss., spec. p. 322, nota 182.

¹⁰ *Comer v. Murphy Oil USA*, No. 1:05-CV-436, 2007 WL 6942285 (S.D. Miss. Aug. 30, 2007), *rev'd*, 585 F.3d 855(5th Cir. 2009), *vacated and reh'g en banc granted*, 598 F.3d 208 (5th Cir. 2010), *appeal dismissed*, 607 F.3d 1049 (5th Cir. 2010) (*en banc*).

¹¹ *Connecticut v. Am. Elec. Power Co.*, 406, F. Supp. 2d 565 (S.D.N.Y. 2005), *vacated*, 582 F.3d 309 (2d Cir. 2009), *rev'd sub nom. Am. Elec. Power Co. v. Connecticut*, 564 U.S. 410 (2011).

¹² *California v. Gen. Motors Corp.*, No. C06-05755, 2007 WL 2726871 (N.D. Cal. Sept. 17, 2007).

¹³ *Native Vill. of Kivalina v. ExxonMobil Corp.*, 663 F. Supp. 2d 863 (N.D. Cal. 2009), *aff'd*, 696 F.3d 849, (9th Cir. 2012).

2. *La prima ondata delle climate change tort suits: segnali di vita dagli Stati Uniti*

In tutti e quattro i casi le cause intentate hanno dovuto affrontare molteplici difficoltà, in particolare relative a: a) l'accertamento dell'esistenza di un *duty of care* climatico; b) l'accertamento del nesso causale tra condotta e danno climatico; c) l'individuazione di rimedi adeguati, prima di tutto la quantificazione e la distinzione dei danni di provenienza antropica rispetto a quelli dovuti a cause naturali¹⁴.

Il caso *Comer* è un esempio particolarmente calzante del *self-restraint*¹⁵ adottato dalle corti statunitensi per non affrontare il tema della responsabilità civile climatica¹⁶. Esso è altresì rilevante dal momento che costituisce la prima volta in cui i *torts* sono stati invocati in una controversia climatica¹⁷, essendo l'azione concernente doglianze fondate sulla disciplina di *tort law* dello Stato del Mississippi. In dettaglio, alcuni proprietari terrieri avevano invocato la responsabilità di alcune società petrolifere, lamentandosi di come le loro condotte inquinanti avessero esasperato la violenza dell'uragano Katrina¹⁸, da cui la maggiore severità dei danni patiti dagli attori con riguardo ai beni interessati¹⁹. La corte ha respinto la richiesta sia in primo grado che in appello. In effetti, gli attori nel caso *Comer* hanno dovuto percorrere una strada impervia, dal momento che le loro richieste di risarcimento riposavano principalmente sull'affermazione dell'esistenza di un nesso causale tra le attività dei convenuti, il riscaldamento globale e la distruzione delle loro proprietà a causa dell'innalzamento del livello del mare e della maggiore ferocia dell'uragano Katrina²⁰. Anche se gli studi scientifici prevedono un

¹⁴ T. PFROMMER *et al.*, *Establishing Causation in Climate Change Litigation: Admissibility and Reliability*, in *Clim. Chang.*, 2019, vol. 152, pp. 67 ss.; M. HINTEREGGER, *Civil Liability and the Challenges of Climate Change: A Functional Analysis*, in *J. Eur. Tort Law*, 2017, pp. 238 ss.

¹⁵ D.A. KYSAR, R.H. WEAVER, *Courting Disaster*, cit., p. 323.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ B. POZZO, *Climate Change Litigation*, cit., p. 601.

¹⁸ *Comer*, 585 F.3d, § 859.

¹⁹ *Ivi*, §§ 859-60. *Amplius*, D.A. KYSAR, R.H. WEAVER, *Courting Disaster*, cit., p. 323.

²⁰ *Comer*, 585 F.3d, § 863.

aumento sostanziale della gravità e dei danni degli uragani atlantici a causa dell'innalzamento della temperatura e del livello del mare, rimane comunque complesso stabilire un nesso causale con un'analisi *ex post facto* delle attività umane²¹. Il giudice di prime cure ha rilevato un difetto di legittimazione ad agire²². In appello, la Corte del quinto circuito ha riformato la sentenza, reputando che gli attori avessero la legittimazione con riferimento alle richieste di *public* e *private nuisance*. Ciononostante, anch'essa ha respinto le domande attoree poiché ponevano una *non-justiciable political question*²³. Dopo la riapertura del caso a séguito di una richiesta di *rehearing en banc*, i giudici hanno deciso di astenersi in tale modo provocando il venir meno del quorum e dunque il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado. La decisione in *Comer* è esemplificativa di ciò che è stato definito l'approccio nichilista assunto dai tribunali verso il cambiamento climatico: una evasività che ha contraddistinto la maggioranza delle risposte giudiziarie agli illeciti legati al cambiamento climatico²⁴. Almeno, come vedremo, sino ai casi olandesi di *Urgenda* e *Milieudefensie*.

Un altro esempio di approccio giudiziale nichilista è rappresentato da *Connecticut v. AEP*, considerato il più influente caso di illecito civile sul cambiamento climatico sinora portato dinanzi a una giudice negli Stati Uniti²⁵. Diversi Stati, la città di New York e un gruppo di enti no-profit hanno citato in giudizio cinque grandi aziende erogatrici di servizi pubblici e la Tennessee Valley Authority, denunciando violazioni della *common law* sia statale che federale. Gli attori chiedevano la cessazione delle condotte di *public nuisance* per il riscaldamento globale di cui ritenevano responsabili i convenuti. Le centrali elettriche gestite da questi ultimi sono state indicate negli atti processuali come le cinque maggiori emittenti di CO₂ negli Stati Uniti responsabili di circa un quarto delle emissioni di anidride

²¹ T.R. KNUTSON *et al.*, *Tropical Cyclones and Climate Change*, in *Nature Geosciences*, 2010, vol. 3, pp. 157 ss.

²² *Comer*, 585 F.3d, § 859 s.

²³ *Ivi*, § 872 ove si cita l'*opinion* resa da Chief Justice Marshall's in *Cohens v. Virginia*, 19 U.S. (6 Wheat.) 264 (1821), § 404.

²⁴ D.A. KYSAR, R.H. WEAVER, *Courting Disaster*, cit., p. 324.

²⁵ *Connecticut v. AEP*, 406, F. Supp. 2d, § 268.

carbonica del settore elettrico statunitense²⁶. In *Connecticut v. AEP*, la questione del nesso di causalità era meno problematica rispetto a *Comer*, dato che le attività dei convenuti rappresentavano il 2,5% delle emissioni annuali globali di CO₂. Rimaneva tuttavia da doverci assolvere l'onere di provare l'illiceità dei comportamenti. La circostanza che le domande fossero fondate sulla fattispecie delittuale di *public nuisance* mirava strumentalmente al superamento di tale ostacolo. Essendo, difatti, incentrato sui danni all'interesse pubblico, questo *tort* è in grado di ovviare ad alcune criticità sottese alle richieste di danni climatici, come ad esempio quelle della possibile assenza di prossimità tra la condotta e il danno e dell'attenuazione tra quest'ultimo e la prima per via di fattori concausali idonei a incidere sul nesso diretto.

Inoltre, il *public nuisance* richiede che l'illecito riguardi un diritto comune alla collettività dei consociati. Così, a differenza del *private nuisance*, che impone la prova dell'esistenza di un danno individuale e circostanziato, rispondendo allo schema inter-proprietario classico della responsabilità civile, il *public nuisance* si rivolge al pubblico in generale. In altri termini, questa *cause of action* consente di sottrarsi dalla dinamica tipica per cui A danneggia B, accrescendo l'operatività di segno e senso normativo della *tort law*. Più di tutto, il caso *Connecticut v. AEP* assume rilevanza sotto il profilo delle tutele rimediale, avendo gli attori presentato una richiesta di provvedimento ingiuntivo strutturata in modo tale, ove accolta, da imporre ai convenuti l'obbligo di ridurre le emissioni di gas serra. Questa strategia ha suscitato critiche perché, data la sua innovatività e carica sovversiva, sembrava quasi volesse indurre la corte a rigettare il caso schermandosi dietro la presenza di questioni politiche: e, in effetti, i giudici hanno respinto le domande ritenendo proprio che si trattasse di *non-justiciable political question*²⁷.

Gli esiti fallimentari degli attori in *Connecticut v. AEP* non hanno impedito ad altri soggetti di richiedere rimedi di natura ingiuntiva di analogo tenore. In *California v. General Motors Corp.*²⁸, il pro-

²⁶ D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, in *Env. L.*, 2011, vol. 41, pp. 1 ss., spec. p. 23.

²⁷ *Connecticut*, 406, F. Supp. 2d, § 272.

²⁸ *California v. Gen. Motors Corp.*, No. C06-05755, 2007 WL 2726871.

curatore generale della California ha intentato una causa contro la General Motors e altre cinque grandi case automobilistiche invocando il *public nuisance*, poiché, in base alle prove allegare, le emissioni di CO₂ dei convenuti ammontavano al 9% delle emissioni totali a livello mondiale. Come in *Connecticut v. AEP*, il giudice ha respinto la domanda di risarcimento qualificandola come *non-justiciable political question*, e ritenendo che il giudizio, ove reso, avrebbe imposto di condurre una valutazione politica *tout court*²⁹. In alcuni passaggi della decisione, traspare l'adesione al cosiddetto alibi consequenzialista³⁰, ben descritto da Eric A. Posner e Cass R. Sunstein: «it is not negligent to fail to contribute to a public good if not enough others are doing similarly, so that the public good would not be created even if one did contribute»³¹.

L'ultima controversia da ascrivere alla prima ondata di contenzioso in materia di clima *tort-related* è il caso che ha visto coinvolto gli abitanti del villaggio di Kivalina. Il 26 febbraio 2008, circa quattrocento residenti hanno citato in giudizio ventiquattro grandi società energetiche, chiedendo di sostenere i costi associati al trasferimento del proprio villaggio, minacciato dall'innalzamento dei mari, dalla riduzione dei ghiacci e dallo scioglimento del permafrost³². Le richieste erano ancora una volta fondate sul *public nuisance*, e un aspetto interessante della controversia in questione è che le domande erano basate su una *cause of action* tradizionale, ovvero la rivendicazione dell'uso e del godimento esclusivo della proprietà, così rivitalizzando una concezione classica della responsabilità per *nuisance*, e della *tort law* più in generale, a scapito di quanto era accaduto nei precedenti casi³³. Malgrado gli sforzi di arretramento, in un certo modo imposti dagli esiti infausti delle altre controversie, i quali hanno fatto ripiegare gli attori su richieste "tradizionali", il 30

²⁹ *Ivi*, § 8.

³⁰ Per le implicazioni filosofiche del *consequentialist alibi*, J. GLOVER, M.J. SCOTT-TAGGART, *It Makes No Difference Whether or Not I Do It*, in *Proc. of the Aristotelian Soc'y, Supplementary Volumes*, 1975, vol. 49, pp. 171 ss.

³¹ E.A. POSNER, C.R. SUNSTEIN, *Global Warming and Social Justice*, Regulation, Spring 2008, 19, in <http://www.ericposner.com/GWSJ.pdf>.

³² *Kivalina*, 663 F. Supp. 2d, *Complaint*, §§ 1-4.

³³ Cfr. J.H. ADLER, *Taking Property Rights Seriously: The Case of Climate Change*, in *Soc. Phil. & Pol'y*, Summer 2009, vol. 26, pp. 296 e 306.

settembre 2009, la Corte per il distretto settentrionale della California ha respinto le richieste di risarcimento qualificandole come *non-justiciable political question*³⁴.

Nonostante le sorti fallimentari, i quattro casi analizzati sono stati fonte di ispirazione per altre simili iniziative a latitudini affatto diverse. Vi sono segnali importanti, infatti, che fanno ben sperare nella possibilità che la r.c. sia pronta ad accogliere nel suo campo applicativo le catastrofi e i disastri. Il riferimento è, segnatamente, alle pronunce olandesi *Urgenda*³⁵ e *Milieudefensie*³⁶, dove si è innovato significativamente in questa branca con riferimento al cambiamento climatico. Sebbene le loro implicazioni rimangano incerte, anche in termini di potenziale diffusione nelle diverse esperienze giuridiche, esse dimostrano una linea di sviluppo più dinamica e adattabile in un'era di danni potenzialmente illimitati³⁷.

3. *La seconda ondata del contenzioso climatico in materia di responsabilità civile: Urgenda e Milieudefensie*

La nuova ondata che certifica l'emergere di una tendenza guidata dai giudici nell'affrontare il cambiamento climatico ha avuto inizio con la decisione olandese *Urgenda*³⁸. La Fondazione Urgenda e un gruppo di novecento cittadini hanno citato in giudizio il Governo per obbligarlo a ridurre in modo più deciso le emissioni di gas serra, *in primis* di CO₂. La circostanza che rende unica la controversia in analisi è che le pretese si fondavano su una norma di diritto privato, più precisamente l'articolo 6:162 c.c. olandese, null'altro che la clausola generale della legge dei Paesi Bassi sulla responsabilità civile (dal tenore letterale e operativo assai simile all'art. 2043 c.c. italiano)³⁹. È degno di nota che la decisione *Urgenda* va con corag-

³⁴ *Kivalina*, 663 F. Supp. 2d, § 880 s.

³⁵ *Urgenda*, [2015] HAZA C/09/00456689.

³⁶ *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, file no. 90046903.

³⁷ D.A. KYSAR, R.H. WEAVER, *Courting Disaster*, cit., p. 330.

³⁸ *Ivi*, p. 331.

³⁹ Art. 6:162 c.c. olandese.

gio oltre le precedenti sentenze statunitensi in materia di cause per danni da cambiamento climatico⁴⁰, fornendo ai privati un poderoso supporto per superare le difficoltà incontrate nelle precedenti cause. Il Tribunale distrettuale dell’Aia ha stabilito l’esistenza di un dovere di diligenza da parte dei poteri pubblici per prevenire le minacce del cambiamento climatico e ha ancorato il suo ragionamento, tra l’altro, a: *a.* la possibilità che si verifichino cambiamenti climatici; *b.* la natura e l’entità dei danni derivanti da questi; *c.* l’onerosità dell’adozione di misure precauzionali. L’iter argomentativo si è concluso con l’affermazione della responsabilità dell’Olanda nei confronti della Fondazione Urgenda e degli altri attori dal momento che ha agito con negligenza limitandosi a prevedere un obiettivo per il 2020 di riduzione dei gas inquinanti inferiore solo al 25% rispetto ai livelli registrati nel 1990⁴¹. Il requisito della prevedibilità del danno è stato ritenuto soddisfatto in ragione degli accordi e gli obblighi internazionali assunti dal governo olandese nel corso degli anni, stabilendo come questi indicassero la piena consapevolezza del cambiamento climatico e delle sue conseguenze complessive. Il tutto rendeva la condotta omissiva imputabile allo Stato.

Con il richiamo operato agli obblighi e gli impegni internazionali assunti dai Paesi Bassi, il tribunale ha considerato il *climate change* come prevedibile nell’*an*, ma non anche nel *quomodo*: in altri termini, vi è la certezza che il cambiamento climatico ci sarà, benché non se ne conoscano con certezza i tempi, le modalità concrete di sua manifestazione, la consistenza, etc. Una sorta di *foreseeable unforeseeability*. È di tutta evidenza come un approccio siffatto agevoli l’affermarsi di doveri dinamici, ma anche più incerti⁴². Con l’impianto argomentativo adottato, i giudici hanno finito con l’ampliare notevolmente le maglie della nozione di prevedibilità, a tutto beneficio del contenzioso climatico, certamente, ma con implicazioni la cui portata è difficile stabilire al momento in ordine alla certezza del diritto. Peraltro, sempre dal punto di vista delle categorie della responsabilità civile, è interessante notare come i giudici in *Urgenda* non

⁴⁰ C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation Through Litigation?*, in *Dir. e proc.*, 2021, pp. 361 ss., spec. p. 379.

⁴¹ *Urgenda*, §§ 4.63, (i), (ii) e (iii) e 4.93.

⁴² D.A. KYSAR, *What Climate Change Can Do about Tort Law*, cit., pp. 56 ss.

si siano concentrati sulla colpa, bensì esclusivamente sui rischi per il clima scaturenti da tali condotte. Così facendo, hanno messo in discussione uno dei presupposti delle società industriali, ovverosia che le attività produttive realizzano esternalità positive, invertendo di fatto il rapporto tra regola ed eccezione⁴³. Come si è riportato in precedenza, uno dei principali ostacoli incontrati dagli attori era stato la prova del nesso di causalità tra danno e condotta. Stabilire, del resto, il contributo della singola impresa al cambiamento climatico e al riscaldamento globale potrebbe rivelarsi una *probatio diaboli-ca*. In *Urgenda*, lo Stato convenuto ha sostenuto che le sue emissioni ammontavano allo 0,5% di quelle mondiali, sicché la causa avrebbe dovuto essere respinta in quanto un suo eventuale accoglimento non avrebbe generato una contrazione sensibile dell'inquinamento. È palese la coincidenza di questi argomenti con il *consequentialist alibi* di cui si è trattato nell'analisi della prima andata di casi nordamericani. Tuttavia, i giudici hanno disatteso questa opzione interpretativa, stabilendo – al contrario – come le modeste quantità di emissioni olandesi non potesse tradursi in un annullamento dell'obbligo in capo all'Olanda di adottare comunque misure precauzionali di contrasto ai cambiamenti climatici. Essendo dopo tutto oramai assodato come qualsiasi emissione antropica di gas a effetto serra, per quanto minima, contribuisca a un aumento dei livelli di CO₂ nell'atmosfera⁴⁴.

Nell'affermare l'obbligo dei Paesi Bassi a dover adempiere ai propri impegni sul clima, indipendentemente dal contributo di altri Stati e ritenendo ciascuno di responsabile per la propria parte, *Urgenda* ha mostrato un interessante schema per superare la tradizionale *conditio sine qua non* per stabilire il nesso causale nel contesto della responsabilità civile. In dettaglio, nel metter in atto tale superamento, il Tribunale distrettuale dell'Aia ha combinato il principio della responsabilità oggettiva con quello della *market share liability*. Da un punto di vista strategico, è chiaro come riconoscere in capo al convenuto una responsabilità *pro quota parte* favorisca sensibilmente gli attori. Questi ultimi, infatti, possono limitarsi a quantificare il

⁴³ *Ivi*, p. 59.

⁴⁴ *Urgenda*, § 4.79.

contributo proporzionale attraverso la sola verifica delle emissioni di gas serra della danneggiante. Al contrario, la prova attraverso la *conditio sine qua non* o con le regole probabilistico-scientifiche incontrerebbe certamente maggiori difficoltà⁴⁵. Del resto, non va sottovalutato come la stessa scienza del cambiamento climatico non ha stabilito gli esatti meccanismi del contributo antropico al riscaldamento globale. Gli esperti non hanno ancora elaborato un modello descrittivo di tali effetti, di modo che sarebbe impossibile utilizzare la scienza per collegare particolari danni alle emissioni di gas serra⁴⁶. Insomma, la *market share responsibility* alleggerisce significativamente l'onere della prova degli attori, imponendo loro la sola quantificazione della quota di inquinamento.

Ci sono due ulteriori aspetti che rafforzano l'idea per cui *Urgenda* costituisca un cambio di paradigma nel contenzioso civile climatico. In primo luogo, perché ha offerto una tutela anche per un danno futuro, categoria relegata tradizionalmente a eccezione, che potrebbe solo ipoteticamente concretizzarsi tra decenni, rendendo possibile l'uso del diritto della responsabilità civile come misura precauzionale per la prevenzione di pregiudizi di là da venire. In secondo luogo, *Urgenda* ha innovato sulle tutele rimediali, imponendo ai Paesi Bassi – quale strumento risarcitorio per il *duty of care* violato – di ridurre i gas serra. È evidente come la legge sulla responsabilità civile finisca così per atteggiarsi a strumento di *regulation*, ben lontano dallo schema di risarcimento per equivalente dei codici liberali ottocenteschi. L'art. 6:162 c.c. olandese ha assunto il ruolo di dispositivo attraverso cui fare politica climatica nel vuoto dell'azione del potere legislativo, rivelando appieno la sua natura pubblicistica senza più doversi nascondere dietro formule quali «il diritto della responsabilità civile è diritto pubblico sotto mentite spoglie»⁴⁷.

⁴⁵ Sul punto, C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation*, cit., p. 380.

⁴⁶ S.V. SENEVIRATNE *et al.*, *Change in Climate Extremes and Their Impacts on the Natural Physical Environment*, in C.B. FIELD *et al.* (eds.), *Managing the Risks of Extreme Events and Disasters to Advance Climate Change Adaptation: Special Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change 109*, 2012, in https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/srex/SREX_Full_Report.pdf, p. 127.

⁴⁷ L. GREEN, *Tort Law Public Law in Disguise*, in *Texas L. Rev.*, 1959, vol. 38, pp. 1 ss.

Le innovazioni introdotte da *Urgenda* hanno ispirato un'iniziativa giudiziale contro la società petrolifera Shell⁴⁸. L'azione in questione è stata la prima (almeno in primo grado, e in attesa della decisione in appello) in cui istanze relative al cambiamento climatico sono state efficacemente canalizzate attraverso il diritto privato e tra privati. Gli attori, l'organizzazione non governativa olandese Milieudefensie insieme ad altre associazioni e a 17.379 cittadini, hanno citato in giudizio la società madre del Gruppo Shell, Royal Dutch Shell plc, con sede all'Aia. Le richieste di risarcimento denunciavano la responsabilità del gruppo nella contribuzione al cambiamento climatico e al riscaldamento globale. Milieudefensie e gli altri attori hanno chiesto al Tribunale distrettuale dell'Aia di pronunciarsi sul dovere del convenuto di ridurre significativamente il suo contributo al cambiamento climatico. Le richieste, alla stregua di quanto visto in *Urgenda*, ma anche nei casi nordamericani in materia, riposavano sulla r.c. Il giudice si è concentrato in particolare sull'accertamento di un obbligo di diligenza, e quindi di una responsabilità, in capo a Shell, di dover ridurre le proprie emissioni di gas serra al fine di contribuire in maniera sensibile al *climate change*. Su questo punto, la corte ha esteso l'ambito applicativo del *duty of care* stabilito in *Urgenda* anche alle entità private e agli individui.

Sul nesso di causalità, la sentenza ha condiviso l'approccio *Urgenda*: si è fatto riferimento al rapporto dell'IPCC e all'Istituto Meteorologico Reale dei Paesi Bassi, entrambi recanti lo stato del cambiamento climatico a livello globale. Tuttavia, va notato come sia *Milieudefensie* che *Urgenda* abbiano riguardato richieste anche per danni futuri, essendo quindi stato più agevole per la corte adottare uno standard più largheggiante. Forse, nell'accertamento esclusivo di un danno attuale e concreto, la scelta dei giudici sarebbe stata di segno diverso. Ad ogni modo, nel caso *Shell* è stato sufficiente affermare l'esistenza di un nesso di causalità tra le emissioni di gas serra dei convenuti e il cambiamento climatico in generale, con ciò, e in linea con *Urgenda*, rifuggendo le tesi della convenuta sull'alibi consequenzialista.

⁴⁸ M.-P. WELLER, M.-L. TRAN, *Climate Change Litigation against Companies*, in *Climate Action*, 2022, vol. 14, pp. 2 ss., spec. p. 3.

I giudici hanno quindi ordinato a Shell di ridurre le emissioni del 45% entro il 2030 rispetto al tasso di emissioni del 2019. Shell ha impugnato la decisione, ma – essendo questa dotata di provvisoria esecutività – è comunque tenuta a darvi séguito. Non può dubitarsi di come la pronuncia rappresenti un ulteriore passo verso l’espansione della responsabilità civile in nuovi territori realizzato attraverso una svolta spettacolare impressa dall’accoglimento delle pretese concernenti la conformazione in senso ambientale dell’intera politica industriale del Gruppo Shell.

4. A nascent common law?

Significativo è che la prima ondata di contenzioso climatico *tort-related*, pur essendo stata un vero e proprio fallimento, sia riuscita a diffondersi nelle diverse esperienze giuridiche: oltre ai casi olandesi ve ne sono infatti altri ascrivibili alla nuova ondata di contenzioso civile climatico. Degni di nota sono i procedimenti attualmente pendenti in Germania (il caso dell’agricoltore peruviano Lliuya⁴⁹), in Francia (*Notre Affaire à Tous*⁵⁰) e – infine – in Italia. Con riguardo a quest’ultimo, il 5 giugno 2021, l’ONG *A Sud* ha, assieme a più di duecento cittadini, denunciato l’inazione dello Stato italiano per il clima invocando la responsabilità civile a mente degli artt. 2043 e 2051 c.c. italiano, e richiedendo un provvedimento ingiuntivo di riduzione delle emissioni di gas climalteranti.

È indiscutibile che il contrasto al cambiamento climatico attraverso i tribunali in luogo della legislazione abbia il grande svantaggio di creare una sovrapposizione tra il potere legislativo e quello giudiziario⁵¹. La fuoriuscita dal processo legislativo, dall’arena democratica *par excellence*, che il contenzioso climatico realizza è davvero uno dei maggiori rischi ad esso sottesi. È difficile però sostenere che il sempre più frequente uso della giustizia climatica contribui-

⁴⁹ *Luciano Lliuya v. RWE AG*, Case No. 2 O 285/15.

⁵⁰ *Notre Affaire à Tous and Others v. Total*, 2019.

⁵¹ J. HERSCH, W.K. VISCUSI, *Allocating Responsibilities for the Failure of Global Warming Policies*, cit., p. 1663.

sca realmente all'ascesa del Leviatano Climatico come forma di Stato regolatore sovrano globale guidato dai giudici e dagli scienziati. Invero, si tratta di uno scenario, distopico, grandemente esagerato.

Non è un mistero, del resto, che nelle nostre società esiste una dimensione pre-costituzionale, quasi ontologica, dei diritti fondamentali⁵². I diritti sono sempre in conflitto e il punto in cui duellano non è predeterminabile. Trasfuso nelle controversie climatiche, ciò significa che i conflitti hanno trovato espressione nei tribunali piuttosto che nelle assemblee legislative a causa della mancanza di interventi da parte di queste ultime nell'affrontare le catastrofi che stanno colpendo la Terra.

A tal proposito, la responsabilità civile è ben equipaggiata a strumentare giuridicamente nuovi interessi, istanze sociali e diritti, essendosi negli anni sviluppata come veicolo per offrire all'individuo una protezione integrale contro le avversità e per far fronte ai danni derivanti dalla vita associata nelle nostre società, delineando così un "piano" di quella parte di rapporti sociali che si traducono in conflitti produttivi di danni, secondo una logica complessivamente redistributiva⁵³ e da tempo invalsa nella disciplina statunitense dei *torts*⁵⁴, superando la precedente propensione a considerare ogni conflitto tra responsabili e vittime come un segmento isolato. L'illecito civile diventa così un meccanismo di attuazione di politiche sociali ed economiche⁵⁵. Del resto, ha da sempre contemplato processi normo-poietici cui hanno preso parte più attori: organi legislativi, tribunali, esperti, studiosi, etc. con il supporto di formule generali, elastiche e ampie dei testi delle disposizioni di legge o negli arresti dei giudici.

Non vi sono ragioni per escludere il cambiamento climatico dalla tendenza evolutiva e anticonservativa di queste regole, oggi strumento di ingegneria sociale esteso a un novero di diritti non più solo

⁵² R. BIN, *Diritti: cioè? Dietro i diritti, oltre le corti*, cit., p. 3.

⁵³ S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, pp. 595 ss., spec. pp. 599 ss.

⁵⁴ See T. KEREN-PAZ, *An Inquiry into the Merits of Redistribution Through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, in *Canad. J. L. & Jur.*, 2003, vol. 16, pp. 91 ss.

⁵⁵ S. RODOTÀ, *Modelli e funzioni della responsabilità civile*, cit., p. 600.

individuali, ma pure collettivi, e finanche adespoti. Possiamo dunque concludere che tale fenomeno è idoneo a generare un significativo ripensamento del ruolo della responsabilità civile, e delle sue categorie fondamentali, nel senso di configurare un regime non più solo inter-proprietario e infra-generazionale, ma finanche intergenerazionale. In altri termini, l'illecito civile diventa funzionale alla protezione dei diritti climatici, tanto per le generazioni presenti quanto per le future: un'autentica compensazione assiologica con strumenti privatistici per contrastare l'inerzia degli enti sovrani.

Il tutto attraverso la *regulation through litigation*. Ed è proprio questo che intendiamo con la formula *Nascent Common Law*, ossia l'emersione, dal basso, di un corpo di regole climatiche confezionate dai giudici al grido di «*Flectere si nequo Superos, Acheronta movebo*».

SINTETICHE CONSIDERAZIONI SULLA *RULE OF LAW*
NELL'ESPERIENZA GIURIDICA INGLESE

*Mario Serio**

Se il compito cui i partecipanti a questa Tavola Rotonda sono chiamati ad assolvere è quello di scrivere la loro parte di contributi nell'ideale dizionario che tassonomicamente qualifichi e definisca la *rule of law*, il mio contributo sarà modesto. Addirittura, cerco una via elusiva per assolvere questo compito perché esso, riferito all'esperienza giuridica inglese, si può rivelare o improbo, ai limiti dell'impossibilità, o superfluo nel senso che il compito stesso viene assorbito dalla esperienza quale si è andata manifestando nel tempo.

È vero che già l'espressione stessa, largamente popolare ma priva di quella acribia che invece si impone, rivela non soltanto la sua molteplicità semantica ma anche la diversa declinazione nelle varie esperienze giuridiche; ed è altrettanto vero che la matrice dell'accreditamento dell'espressione stessa nel *Common Law* inglese è riferibile all'opera ed all'intuizione di Dicey progressivamente sviluppatesi nel tempo, dagli ultimi decenni del XIX secolo fino agli esordi di quello successivo. Ed è egualmente vero che l'idea di Dicey di dar luogo ad una teoria della *rule of law* nascondeva probabilmente due carenze cui cercava di ovviare attraverso una nuova architettura concettuale del diritto pubblico inglese e del diritto costituzionale in particolare.

* Professore ordinario, Università degli Studi di Palermo.

In primo luogo, l'aporia di un documento formalmente definibile come Costituzione e, quindi, capace di fungere da coronamento del percorso di perfezionamento delle leve fondamentali di un sistema giuridico organizzato attorno a diritti fondamentali.

In secondo luogo, (e forse la questione, sul piano della gerarchia degli intendimenti di Dicey, potrebbe aspirare al primo posto), va considerato il sempre presente timore della esondazione dei poteri degli altri apparati dello Stato, in particolare di quello esecutivo, dai propri confini, per invadere quelli, da tutelare rigorosamente in un sistema di *judge made law*, del potere giudiziario. Si tratta di anomalia che con preoccupazione ricorre anche nei giorni presenti in cui si assiste al progressivo tentativo di erodere dalla vita dell'UE fondamenti della autonomia del potere giudiziario, come dimostra, in particolare, l'infelice stagione polacca con la sostanziale privazione di quel ruolo centrale che l'equivalente del CSM tradizionalmente assume. Ora, questa seconda preoccupazione di Dicey, destata dalla prassi, in certi momenti della vita storica inglese perpetrata, di esercitare poteri dell'esecutivo *ultra vires*, lo convinse che solide barriere sul piano concettuale ma destinate poi a tradursi in orientamenti giurisprudenziali, dovessero essere erette.

E allora, nell'approssimarci, se non a un tentativo definitorio almeno, ad un approccio euristico della nozione di cui parliamo, si può ben dire che la *rule of law* incarna, attraverso un'espressione forse ingannevole, una concezione rivolta al riconoscimento della tripartizione dei poteri dello Stato. Ecco perché ha trovato meritatamente fortuna la locuzione "Stato di diritto" come traduzione dell'espressione *rule of law*, e ciò nella misura in cui lo Stato di diritto contempra con chiarezza la linea divisoria nell'esercizio dei poteri dello Stato e implicitamente predichi il principio di invalicabilità delle relative attribuzioni.

Tuttavia, molto altro era racchiuso nella concezione diceyana. Il *quid pluris* che è certamente riferibile al pensiero di Dicey concorre a rafforzare l'idea che, in fondo, il pensiero retrostante, anche se inespresso, nella sua opera fosse rivolto a dare ai Paesi continentali (dove la critica più o meno fondata circa il sistema amministrativo francese) la rassicurazione che il *Common Law* inglese non fosse affatto alieno, lontano o ostile ad una costruzione del proprio tessu-

to ordinamentale in termini rigorosamente costituzionali. Cospira in questo senso, ad esempio, l'affermazione secondo la quale la *rule of law* trascina con sé la conseguenza fondamentale della eguaglianza dei cittadini davanti alla legge. Una concezione accidentalmente nata in un terreno più orientato alla prassi giudiziale che non alla costruzione teorica, alla fine dipinge un quadro corrispondente effettivamente a quello del nostro art. 3 Cost.

Ed ancora, proprio ad attribuire al pensiero di Dicey, poi trasmigrato anche fino ai giorni nostri, una matrice genuinamente costituzionale, concorre la chiara postulazione della supremazia del provvedimento legislativo, proteggendolo dal rischio di interpretazioni giurisprudenziali dirette a svuotarne il fine ma, soprattutto, la lettera. Lo stesso precedente innovativo del 1992 della House of Lords in *Pepper v. Hart* non smentisce ma irrobustisce questo atteggiamento di tutela della primazia del Legislatore, negli evidenti limiti in cui conferisce alle Corti inglesi la possibilità di avvalersi, nell'avvicinarsi nel modo più fedele possibile alla volontà legislativa, anche dei lavori preparatori.

Ed allora, la individuazione della cornice nella quale va inscritto il concetto di *rule of law* nell'esperienza odierna, a decorrere dalla formulazione di questo articolato pensiero sin dai giorni di Dicey, si rivela un risultato ineliminabile nella presente analisi.

Una conferma addirittura esplicita, si può trarre da due momenti qualificanti l'attuale stato del diritto inglese. L'uno di marca legislativa, l'altro, ancora più recente, di origine giurisprudenziale.

Il *Constitutional Reform Act del 2005*, sorprendentemente rispetto alla tradizione legislativa inglese di muoversi con grande cautela nell'arena dei concetti giuridici, sostanzialmente ispira la pluralità delle proprie disposizioni alla sublimazione della *rule of law*. Questo è perfettamente evidente nei due paragrafi della sezione 1 dedicati non già alla definizione di tale concetto, compito ritenuto già interamente e con successo assolto sul piano della prassi applicativa. La mira legislativa era, piuttosto, quella di difendere da possibili attacchi o da eventuali distorsioni interpretative o applicative il principio della *rule of law*, elevandolo dichiaratamente al rango costituzionale. Ed ancor di più, e ritorna il secondo dei motivi ispiratori dell'opera di Dicey, nel paragrafo b) della sezione 1, si indi-

ca chiaramente la necessità che la protezione generica della *rule of law* trovi un'incarnazione specifica nella difesa delle prerogative del Lord Chancellor in quanto presidio fondamentale della autonomia e indipendenza del potere giudiziario. Si è, pertanto, avuta una promozione al livello di criterio fondativo di una riforma costituzionale, quale è dichiaratamente quella del 2005, di un principio immanente in quel sistema giuridico, declinato nella concretezza delle sue manifestazioni ma fino ad allora privo di una dignità formale. E non è, a questa stregua, casuale che nel corpo legislativo intitolato *Constitutional Reform* l'impalcatura sorreggente il complesso delle disposizioni sia proprio la *rule of law*.

Non dissimile, anzi perfettamente coerente con il registro ricostruttivo della *rule of law*, è la vicenda della *prorogation* parlamentare dell'estate del 2019 quando l'allora Primo Ministro Boris Johnson, sostanzialmente in previsione della maggiore efficacia della propria campagna per le elezioni generali che si sarebbero tenute a metà dicembre dello stesso anno, si arrogò la pretesa di sospendere i lavori parlamentari per un non breve periodo. La coraggiosa ed unanime pronuncia della *Supreme Court* del settembre di quell'anno a ranghi estesi, ossia con 11 partecipanti, sotto la regia e la redazione del testo definitivo da parte della presidente Lady Hale che sancì la illegittimità del tentativo del Primo Ministro, fu molto netta. Quel che principalmente va colto di quella pronuncia, evidentemente volta alla difesa delle prerogative parlamentari, fu la chiara affermazione (sebbene il tema non costituisse direttamente oggetto di scrutinio da parte della *Supreme Court*) della esistenza e della piena vitalità nell'ordinamento inglese di una Costituzione, sostanzialmente intesa nel senso continentale di legge suprema e deposito dei fondamentali principi ispiratori dell'ordinamento. E non è difficile rintracciare la base fondativa di una simile, forte affermazione che sembra ormai spazzare via ogni dubbio circa la consistenza costituzionale del *Common Law* inglese, vale a dire l'esistenza di una *rule of law* nelle molteplici declinazioni consegnateci, in primo luogo dall'analisi teorica di Dicey e, in via successiva, dall'esperienza giurisprudenziale.

Sempre proseguendo, questa volta a ritroso, sulla via dell'interazione tra *rule of law* e sua recezione giurisprudenziale, ci si può

avvalere di un paradosso, al fine di ottenere la più felice descrizione del contenuto e degli effetti della *rule of law*: essa si può ricavare da una *dissenting opinion* (ed in ciò risiede il paradosso) del 1942 di Lord Atkin nel controverso caso *Liversidge v. Anderson* discusso davanti la *House of Lords*. In esso si dibatteva della sindacabilità in sede giurisdizionale di provvedimenti dell'autorità amministrativa, emanati in conformità ad una fonte di rango sub-primario, che autorizzavano le autorità di polizia e, verticalmente, il Ministero dell'Interno, a disporre la detenzione di persone sospettate di crimini riferibili a possibili intelligenze con il nemico tedesco nel periodo bellico, pur senza addurre elementi dimostrativi della fondatezza del sospetto. A maggioranza la *House of Lords* ritenne svincolata da qualsiasi onere probatorio modellato sul paradigma propriamente penalistico l'autorità governativa. Tuttavia, Lord Atkin, in una robustissima e anche in certi passaggi salace, opinione dissenziente non circa l'esito del giudizio quanto sull'appropriata *ratio decidendi* reputò che quella forma di impenetrabile ermetismo dell'autorità amministrativa, gravemente incidente sulla libertà personale, recasse una grave ferita al principio della *rule of law* proprio perché la legittimazione di una simile prassi si sarebbe in sostanza risolta in un attentato al diritto fondamentale della libertà personale, per di più non collegato ad una tutela giurisdizionale di intensità tale da assicurare il disvelamento delle ragioni di provvedimenti privativi di quel bene fondamentale. L'opinione di Lord Atkin, che va più utilmente classificata tra gli studi relativi alla rilevanza e ai limiti di esplicazione del potere di esprimere *dissenting opinions*, risulta il presidio più solido a difesa della lettura costituzionalmente orientata (così esportando il felice concetto italiano) della *rule of law*, attribuendovi una latitudine sul piano concreto della difesa dei diritti fondamentali, ossia alla stregua, appunto, di una lettura costituzionale, e costituisce una lezione molto brillante per l'esplicitazione dei giacimenti racchiusi nel concetto stesso. È questo un pensiero condiviso, tanto che pur nella giostra delle varie impostazioni relative alla *dissenting opinion*, quella in parola è considerata un ribaltamento sul piano prolettico della giurisprudenza della *House of Lords*, sicché è più facile guardare in quel caso alla *dissenting opinion* come *lead judgment* malgrado la prevalenza numerica di un differente ordine argomentativo.

In conclusione, è forse preferibile non cercare di incasellare in un futuribile dizionario giuridico le grandi potenzialità racchiuse nella nozione e nell'espressione *rule of law* ma limitarsi a constatare la plausibilità di un risultato dogmaticamente più soddisfacente, diretto a definire la *rule of law* come l'elemento identificativo dell'esistenza di un profondo tessuto costituzionale all'interno del *Common Law*. Affermazione questa, come ricordato, corroborata dall'importante passaggio della pronuncia di Lady Hale, nella pronuncia della Supreme Court del 2019.

GLI STABLECOINS COME MEZZI DI PAGAMENTO? TENDENZE GLOBALI E RISPOSTE DEGLI ORDINAMENTI

Giulia Terranova*

1. *Gli stablecoins*

Stablecoin è una criptovaluta¹ il cui valore è ancorato a un bene o a un paniere di beni (si parla a tal proposito di beni riserva o *reserve assets*) costituiti da denaro (in una o più valute²), strumenti finanziari ovvero altri beni, come ad esempio, l'oro o altre criptovalute, ovvero ancora una combinazione dei predetti *assets*³: in

* Assegnista di ricerca, Università degli Studi di Milano.

¹ Una criptovaluta (*crypto-asset*) può essere definita come «an asset that a. depends primarily on cryptography and distributed ledger technology (DLT) or similar technology as part of its perceived or inherent value; b. is neither issued nor guaranteed by a central bank or public authority, and c. can be used as a means of exchange and/or for investment purposes and/or to access a good or service»: EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Report with advice for the European Commission. On crypto-assets*, Jan. 9, 2019, p. 10; R. HOUBEN, A. SNYERS, *Crypto-assets. Key developments, regulatory concerns and responses*, European Parliament Study, 2020, p. 17, consultabile all'indirizzo [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU\(2020\)648779_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/648779/IPOL_STU(2020)648779_EN.pdf).

² D. AWREY, *Bad Money*, in *Cornell Law Review*, 2020, vol. 106, p. 43, definisce questa categoria di *stablecoins* come «financial instruments the value of which is contractually pegged to the value of another currency».

³ Solo una minoranza degli *stablecoins* in circolazione (circa il 17%) sono definiti *algorithmic stablecoins* e non utilizzano alcun bene riserva ma calcolano il proprio valore attraverso dei meccanismi volti a mantenerlo stabile, riferendosi ad esempio alle aspettative degli utilizzatori della criptovaluta circa il suo futuro potere d'acquisto. D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*, European Central Bank, Occasional Paper

tutti i casi il valore di *stablecoin* è determinato sulla base di un parametro esterno, con la finalità di ridurre la volatilità che è tipica di altri *cryptoassets*, come ad esempio *bitcoin*⁴. Gli *stablecoins*, essendo criptovalute, circolano sempre attraverso *distributed ledger technologies* (DLT)⁵; qualora la riserva sia costituita da denaro⁶ ovvero da strumenti finanziari o altri beni, sono definiti *off-chain collateralized stablecoins* e si caratterizzano per la presenza di due soggetti terzi che rispettivamente custodiscono i beni riserva ed emettono gli *stablecoins*; questi ultimi sono assenti nel caso in cui la riserva sia composta da altre criptovalute, registrate a loro volta attraverso DLT⁷: si parla in tal caso di *on-chain collateralized stablecoins*⁸.

Series, n. 230, p. 3; G. HILEMAN, *State of Stablecoins*, reperibile all'indirizzo www.ssrn.com, p. 14.

⁴ Stabilità alla quale il termine *stable* vorrebbe alludere. D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*, European Central Bank, Occasional Paper Series, n. 230; A. FERREIRA, *The Curious Case of Stablecoins-Balancing Risks and Rewards?*, in *Journal of International Economic Law*, 2021, p. 760.

⁵ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Report with advice for the European Commission. On crypto-assets*, Jan. 9, 2019, p. 8: «A distributed ledger can be described as a record of information or database, shared across a network, without the need for a central validation process»; BANK OF INTERNATIONAL SETTLEMENTS, COMMITTEE ON PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES, *Distributed ledger technology in payment, clearing and settlement. An analytical framework*, reperibile all'indirizzo <https://www.bis.org/cpmi/publ/d157.pdf>.

⁶ Questi *stablecoins* sono chiamati anche *fiat-backed stablecoins*: Tether ne è il più famoso esempio: D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*, cit., p. 12.

⁷ Come ad esempio Dai: la sua riserva è composta da Ether, una criptovaluta che circola sulla blockchain Ethereum. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Stablecoins: no coins, but are they stable?*, p. 3.

⁸ Gli studiosi che si sono occupati di *stablecoins* hanno proposto diverse classificazioni della criptovaluta: G. HILEMAN, *State of Stablecoins*, 2019, cit., p. 14, distingue tra *assets backed* e *algorithmic stablecoins*; M. MITA, K. ITO, S. OHSAWA, H. TANAKA, *What is Stablecoin? A Survey on Price Stabilization Mechanisms for Decentralized Payment Systems*, 2019 8th International Congress on Advanced Applied Informatics (IIAI-AAI), Toyama, Japan, 2019, p. 49, consultabile all'indirizzo <https://arxiv.org/pdf/1906.06037.pdf>, individua quattro categorie di *stablecoins*, a seconda del tipo di bene riserva utilizzato: *fiat stablecoins* (con beni riserva costituiti da una o più valute), *crypto stablecoins* (con beni riserva costituiti da altre criptovalute), *commodity* (con beni riserva costituiti da altri beni) e *non-collateralized* (nel caso di *algorithmic stablecoins*).

Gli *stablecoins* si differenziano tra loro inoltre per il relativo procedimento di emissione e di riscatto⁹: lo stesso dipende ancora una volta dal bene riserva utilizzato. Qualora quest'ultimo sia costituito da fondi espressi in una o più valute, *stablecoin* è emesso a seguito del trasferimento dei predetti fondi da parte dell'utilizzatore su un conto predisposto dall'emittente e sottoposto alla custodia di un terzo; il riscatto avviene, al contrario, attraverso la restituzione degli *stablecoins* all'emittente e dei fondi riserva all'utilizzatore¹⁰. Nei casi in cui la riserva sia costituita da beni diversi dal denaro, l'emissione della criptovaluta avviene solo dopo il trasferimento all'emittente dei fondi necessari per l'acquisto del bene riserva, che sarà custodito da un terzo; il riscatto è invece successivo alla consegna degli *stablecoins* emessi, alla quale segue a sua volta la restituzione dei fondi trasferiti per l'acquisto del bene riserva ovvero il bene riserva stesso¹¹. Gli *on chain collateralized stablecoins*, al contrario, sono gestiti interamente in modo decentralizzato attraverso la tecnologia *blockchain*: per la loro emissione e il loro riscatto è sufficiente rispettivamente trasferire i beni riserva e gli *stablecoins* attraverso nodi della rete e *smart contracts* che non prevedono la presenza di terzi intermediari (né emittenti, né custodi)¹².

Delineate le caratteristiche fondamentali degli *stablecoins*, è utile sottolineare come gli stessi abbiano suscitato l'interesse degli studiosi sotto diversi profili che riguardano anzitutto le spiccate differenze che li distinguono da altre note categorie di criptovalute. In molti casi si prevede infatti la presenza di soggetti terzi centralizzati (come gli emittenti e i custodi): figure queste ultime dalle quali le altre criptovalute, ambendo ad utilizzare

⁹ K. GROBYS, J. JUNTILA, W. KOLARI, N. SAPKOTA, *On the stability of stablecoins*, in *Journal of Empirical Finance*, 2021, vol. 64, p. 209; M. MITA, K. ITO, S. OHSAWA, H. TANAKA, *What is Stablecoin? A Survey on Price Stabilization Mechanisms for Decentralized Payment Systems*, cit., p. 52; R. HOUBEN, A. SNYERS, *Cryptoassets. Key developments, regulatory concerns and responses*, cit., p. 35.

¹⁰ D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*, cit., p. 12.

¹¹ D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*, cit., p. 17.

¹² D. BULLMANN, J. KLEMM, A. PINNA, *In Search for Stability in Crypto-Assets: Are Stablecoins the Solution?*, cit., p. 20.

esclusivamente la tecnologia *blockchain*, totalmente decentralizzata, vorrebbero rifuggire; in secondo luogo, il valore di *stablecoin* può essere ancorato a valute aventi corso legale, mentre al contrario la tendenza dei *criptoassets* è proprio quella di allontanarsi dal mondo delle valute tradizionali. La seconda peculiarità che caratterizza gli *stablecoins* deriva proprio dalla volontà, già resa esplicita nella denominazione, di rendere stabile il loro valore, ancorandolo a beni riserva differenti e dalla conseguente ambizione dei suoi emittenti ad utilizzarli come mezzo di pagamento, come “moneta stabile”, a livello globale¹³. L’esempio più famoso di questa tendenza è rappresentato da Diem, lo *stablecoin* che *Libra Association*, costituita da Facebook, ha annunciato nel 2019 e che avrebbe voluto funzionare come un mezzo di pagamento globale, utilizzabile da tutti gli utenti di *Facebook*, veloce, economico e senza la necessità di intermediari¹⁴.

Sebbene l’utilizzo di *stablecoin* come mezzo di pagamento potrebbe comportare molti vantaggi¹⁵, è tuttavia importante comprendere se esso porti con sé anche dei rischi e se sia quindi opportuno che i sistemi legali consentano o meno – ovvero entro quali limiti – l’utilizzo degli *stablecoins* come mezzi di pagamento.

Nei successivi paragrafi si cercherà di fornire una risposta ai predetti quesiti, soffermandosi dapprima sul concetto di mezzo ufficiale di pagamento alla luce della disciplina europea e statunitense e in seguito sulle proposte avanzate dall’Unione Europea e dagli Stati Uniti per la regolamentazione del fenomeno in esame.

¹³ G. HILEMAN, *State of Stablecoins*, cit., p. 18, che sottolinea: «their stabilization tool holds the potential to unlock their use for day-to-day payments as price stability is a key missing element for the adoption of cryptocurrencies by merchants and retailers all over the world».

¹⁴ D.A. ZETSCHE, R.P. BUCKLEY, D.W. ARNER, *Regulating Libra*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2021, vol. 41, n. 1, p. 80. *Libra* è uno *stablecoin* il cui valore è ancorato a più monete aventi corso legale in diversi paesi.

¹⁵ Come ad esempio la possibilità di una maggiore inclusione finanziaria, specialmente nei paesi in via di sviluppo, nonché risparmio di costi.

2. Quando la moneta diviene mezzo ufficiale di pagamento: il concetto di *good money*

Secondo gli approdi della scienza economica e finanziaria, solo gli strumenti qualificabili come *good money* possono essere utilizzati come mezzi di pagamento ufficiali e sono quindi dotati della c.d. *moneyness*. Il concetto di *good money* è attribuito in particolare solo agli strumenti che garantiscano il c.d. diritto di rimborso alla pari (*right of redemption at par value*) che consiste a sua volta nel diritto di essere convertito in moneta avente corso legale, alla pari e a semplice domanda del suo titolare¹⁶. Il rispetto del predetto requisito è richiesto principalmente per garantire la protezione dei consumatori, intesi in senso lato come tutti i soggetti che per concludere una transazione di pagamento necessitano appunto di strumenti che assicurino il mantenimento del loro valore nominale, senza dover verificare di volta in volta il predetto valore e senza incorrere nel rischio della fluttuazione dello stesso¹⁷.

Gli strumenti che i sistemi giuridici tradizionalmente riconoscono come *good money* comprendono la moneta pubblica (*public money*), la moneta cioè emessa dalle banche centrali e alcune forme di moneta privata (*private money*), quest'ultima emessa da istituti privati, come ad esempio le banche commerciali¹⁸. Mentre la prima è conside-

¹⁶ T. ADRIAN, T. MANCINI-GRIFFOLI, *Public and Private Money Can Coexist in the Digital Age*, in *International Monetary Fund Blog*, 2021, reperibile all'indirizzo <https://blogs.imf.org/2021/02/18/public-and-private-money-can-coexist-in-the-digital-age/>; J. CHENG, J. TORREGROSSA, *What is Money? A Lawyer's Perspective on U.S. Payment System Evolution and Dollars in the Digital Age*, cit., p. 3.

¹⁷ T. ADRIAN, T. MANCINI-GRIFFOLI, *Public and Private Money Can Coexist in the Digital Age*, in *International Monetary Fund Blog*, 2021, consultabile all'indirizzo <https://blogs.imf.org/2021/02/18/public-and-private-money-can-coexist-in-the-digital-age/>, osservano che «Redeemability at par value is needed to ensure the stability of monetary liabilities nominal value and the possibility for users to exit the payment scheme and obtaining an equal amount of legal tender in any time. Users should not have to question the value of the monetary liability or the soundness of the issuing entity; they should always be able to use the monetary liabilities as a mean of payment for its original nominal value and to exit the payment scheme receiving an equal amount of fiat currencies. To this purpose, under private money, holders should not bear the risk of value fluctuations and related losses».

¹⁸ A. NUSSBAUM, *Money in the Law National and International: a Comparative Study in the Borderline of Law and Economics*, Brooklyn, 1950, *passim*; B.

rata *good money* per definizione perché la legge garantisce il suo valore nominale e ne assicura l'accettazione come unica forma di valuta avente corso legale nell'ordinamento¹⁹, la seconda lo è esclusivamente se è in grado di garantire il diritto di rimborso alla pari²⁰.

3. *Quando la moneta privata diviene good money? Le soluzioni degli ordinamenti europeo e statunitense*

Soffermando dunque l'attenzione sulla moneta privata, è utile sottolineare che l'ordinamento europeo considera *good money* e quindi ammette che siano utilizzati come mezzi ufficiali di pagamento solo i depositi bancari (o moneta scritturale) e la moneta elettronica²¹, come definiti dalla *Second Payment Services Directive* (PSD2)²²; nell'ordinamento statunitense la forma più importante di moneta privata alla quale può essere riconosciuta la qualifica di *good money* è rappresentata dai depositi bancari²³.

INZITARI, *Moneta e valuta. La moneta*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, *passim*, 1983; C.A.E. GOODHART, *The Development of Monetary Theory*, in D.T. LLEWELLYN (ed.), *Reflections on Money*, London, 1989, pp. 25 ss.; A. RAHMATIAN, *Credit and Creed. A Critical Legal Theory of Money*, London, 2021, *passim*.

¹⁹ C.P. GILLETTE, *American Legal Tender Rules and Risk Allocation*, in R. FREITAG, S. OMLOR (eds.), *The Euro as Legal Tender. A Comparative Approach to a Uniform Concept*, Berlin/Boston, 2020, p. 103; J. CHENG, J. TORREGROSSA, *What is Money? A Lawyer's Perspective on U.S. Payment System Evolution and Dollars in the Digital Age*, 2020, p. 4, consultabile all'indirizzo https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3885031.

²⁰ T. ADRIAN, T. MANCINI-GRIFFOLI, *Public and Private Money Can Coexist in the Digital Age*, in *International Monetary Fund Blog*, 2021, reperibile all'indirizzo <https://blogs.imf.org/2021/02/18/public-and-private-money-can-coexist-in-the-digital-age/>; J. CHENG, J. TORREGROSSA, *What is Money? A Lawyer's Perspective on U.S. Payment System Evolution and Dollars in the Digital Age*, cit., p. 3; D. GABOR, J. VESTERGAARD, *Chasing Unicorns: the European single safe asset project*, in *Competition and Change*, 2018, p. 143: «Full moneyness captures the ability to convert an asset into higher money at par and on demand throughout financial cycles».

²¹ Come definite dall'art. 2(2) Direttiva 2009/110/EC (*Second Electronic Money Directive* – EMD2).

²² Art. 4, par. 1, n. 25, Direttiva 2015/2366 (PSD2).

²³ D. AWREY, *Bad Money*, cit., p. 3; Y. MERSCH, *Virtual or virtueless? The evolution of money in the digital age*, *Lecture at the Monetary and Financial Institu-*

Al fine di assicurare la *moneyness* dei predetti strumenti di pagamento e quindi, in ultima analisi, il relativo diritto di rimborso alla pari, gli ordinamenti europeo e statunitense adottano soluzioni giuridiche analoghe, volte, da un lato, a scongiurare situazioni di stress finanziario e, dall'altro, ad evitare una gestione degli emittenti eccessivamente rischiosa: entrambi questi fattori potrebbero compromettere l'effettività del predetto diritto.

Con riferimento ai depositi bancari, si prevede anzitutto la possibilità che gli istituti bancari privati accedano alle banche centrali come prestatori di ultima istanza (*lenders of last resort*)²⁴, qualora si verificano condizioni particolari che non consentano agli istituti da soli di soddisfare richieste di prelievo eccezionali da parte dei depositanti: nel caso, ad esempio, di "corsa agli sportelli" (*bank runs*)²⁵. Mentre in condizioni normali solo una percentuale minoritaria dei depositanti effettua dei prelievi dai propri depositi bancari e gli istituti di credito sono quindi in grado di fronteggiare tali richieste grazie al *fractional reserve system*²⁷, nei casi di corsa agli sportelli da

tions Forum, London, 8 February 2018, consultabile all'indirizzo <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2018/html/ecb.sp180208.en.html>, p. 3, sottolinea che «The implicit promise underlying bank deposits is that customers can redeem them whenever they wish and one to one with public sector cash, if they need a safe refuge in a time of crisis».

²⁴ A. STEINBACH, *Lender of Last Resort in the Eurozone*, in *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 361; S.E. DIETZ, *The ECB as Lender of Last Resort in the Eurozone? An analysis of an optimal institutional design of Emergency Liquidity Assistance competence within the context of the Banking Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, vol. 26, n. 5, p. 628; R.M. LASTRA, *Legal Foundations of International Monetary Stability*, Oxford, 2006, p. 116; A. CAMPBELL, R.M. LASTRA, *Revisiting the lender of last resort*, in *Banking & Finance Law Review*, 2009, vol. 24, p. 468.

²⁵ Il fenomeno della corsa agli sportelli (*bank run*) «occurs when depositors "run" to withdraw their savings in the fear of an insolvency of their own financial institution»: G. HOGGART, P. JACKSON, E. NIER, *Banking Crises and the Design of Safety Nets*, in *Journal of Banking and Finance*, 2005, vol. 29, p. 145.

²⁶ Gli istituti bancari in situazioni ordinarie hanno la capacità infatti di soddisfare solo i prelievi effettuati da una piccola percentuale dei depositanti, investendo in altre attività la restante (e maggiore) parte dei depositi; qualora le richieste di restituzione dei depositi non siano più sostenibili dalle banche, si prevede la possibilità di ricorrere alle banche centrali per reperire la liquidità necessaria per soddisfare i depositanti.

²⁷ Si tratta del sistema in base al quale gli istituti bancari riservano solo una parte dei depositi alle richieste di ritiro da parte dei depositanti, utilizzando la re-

parte di un numero molto maggiore di correntisti gli istituti di credito non sarebbero in grado invece di fronteggiare le richieste di questi ultimi. In tali occasioni le banche centrali intervengono nel loro ruolo appunto di prestatori di ultima istanza, facendo credito agli istituti bancari solventi. Nell'euro zona il ruolo di *lender of last resort* è svolto dalle banche centrali nazionali, sotto la supervisione della Banca Centrale Europea, negli Stati Uniti dalla Federal Reserve²⁸. Un ulteriore meccanismo di salvaguardia è rappresentato dalla garanzia di tutti i depositi entro un certo ammontare²⁹, in caso di insolvenza della banca³⁰. La garanzia sui depositi fa sì che un'eventuale crisi di un istituto bancario non produca un impatto macroprudenziale nell'ambito economico nel quale la banca stessa opera e limita inoltre fenomeni di corsa agli sportelli, causati dalla paura dei correntisti di perdere i propri depositi bancari. Entrambi i sistemi, infine, prevedono delle procedure speciali di gestione della crisi che si applicano alle banche in situazione di stress finanziario: l'ordinamento europeo ha emanato la *Bank Recovery and Resolution Directive* (BRRD)³¹, che persegue l'obiettivo di assicurare continuità alle funzioni cruciali degli istituti di credito, evitando effetti avversi al sistema finanziario³²; l'ordinamento statunitense, con il *Banking Act*

stante parte delle somme depositate in altre attività di investimento (principalmente per effettuare prestiti).

²⁸ D. DOMANSKI, R. MOESSNER, W. NELSON, *Central banks as lender of last resort: experiences during the 2007-2010 crisis and lessons for the future*, in *Finance and Economics Discussion Series Divisions of Research & Statistics and Monetary Affairs, Federal Reserve Board*, 2014.

²⁹ Il limite previsto dalla *Deposit Guarantee Scheme Directive* (2014/49/EU) è di 100.000 euro per depositante, per banca; negli Stati Uniti lo stesso ammonta a 250.000 dollari ed è stato introdotto dal *Banking Act* del 1933 che ha costituito la *Federal Deposit Insurance Corporation* (*Federal Deposit Insurance Act*, Pub. L. No. 73-66, 48 Stat. 873 (FDIA)).

³⁰ La possibilità di accedere alle banche centrali ovvero alla Federal Reserve come *lenders of last resort* è invece prevista nei casi in cui le banche siano solventi.

³¹ Direttiva 2014/59/EU. R. LOCATELLI, C. SCHENA, E. COLETTI, F. DABBENE, *Gestione e costi delle crisi bancarie dopo la BRRD*, in *Banca imp. soc.*, 2018, p. 27.

³² G. RINGE, *Bail-in between liquidity and solvency*, in *University of Oxford Legal Research Paper Series*, n. 33, 2016, p. 3; L. PANCOTTO, O. AP GWILIM, J. WILLIAMS, *The European Bank Recovery and Resolution Directive: A market assess-*

del 1933³⁵, che ha introdotto l'istituto della garanzia dei depositi, ha altresì previsto un regime speciale di risoluzione delle banche, affidando alla Federal Deposit Insurance Corporation l'obbligo di massimizzarne il valore degli *assets*³⁴.

Completano il quadro giuridico le disposizioni regolamentari e di supervisione disposte da entrambi gli ordinamenti volte ad evitare che gli istituti bancari siano gestiti in modo eccessivamente rischioso: uno degli effetti negativi che i menzionati meccanismi di salvaguardia potrebbero comportare è l'adozione di scelte gestorie meno prudenti da parte del *management* degli istituti di credito che appunto si sentirebbero "protetti" dalle conseguenze negative delle loro scelte gestorie (si parla a tal proposito di *moral hazard*³⁵). Sono previste in particolare, da un lato, disposizioni che assicurano che le banche abbiano riserve sufficienti³⁶ e rispettino requisiti minimi di capitale³⁷ e, dall'altro, forme di supervisione prudenziale su tutti gli istituti di credito privati³⁸.

Anche con riferimento alla seconda forma di moneta privata a cui si è fatto cenno, la moneta elettronica, sono previsti alcuni meccanismi di salvaguardia, differenti da quelli disposti per i depositi bancari³⁹, volti a garantire l'effettività del diritto di rimbor-

ment, in *Journal of Financial Stability*, 2019, p. 2; M. BODELLINI, *To Bail-In, or to Bail-Out, that is the Question*, cit., p. 369.

³³ Vedi *supra* n. 29.

³⁴ D. AWREY, *Bad Money*, cit., p. 29. Cfr. FDIA, § 8, 11.

³⁵ A. DEMIRGÜC-KUNT, E.J. KANE, *Deposit Insurance Around the Globe: Where Does It Work?*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2002, vol. 16, n. 2, p. 176; C. GORTSOS, *The role of deposit guarantee schemes (DGSs) in resolution financing*, *EBI working paper series*, 37, 2019, p. 5; P. GARONNA, S. CROSETTI, A. MARCELL, *Deposit insurance in the European Union: in search of a third way*, *Working Paper Series*, Luiss, 2021.

³⁶ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Principles of Financial Regulation*, Oxford, 2016, p. 316.

³⁷ J. ARMOUR, D. AWREY, P. DAVIES, L. ENRIQUES, J.N. GORDON, C. MAYER, J. PAYNE, *Principles of Financial Regulation*, cit., p. 290.

³⁸ D. AWREY, *Bad Money*, cit., p. 31.

³⁹ Perché differente è l'attività svolta dagli emittenti moneta elettronica e dalle banche: mentre queste ultime, attraverso i depositi bancari, "creano" moneta, i primi determinano semplicemente la circolazione di fondi già esistenti. La moneta elettronica può essere emessa infatti solo in seguito al trasferimento di una somma di denaro equivalente e l'istituto può emettere moneta elettronica solo una volta ricevuta la predetta somma di denaro. Le banche, al contrario, attra-

so alla pari. L'ordinamento europeo⁴⁰, ad esempio, ha anzitutto posto dei limiti stringenti agli istituti privati autorizzati ad emettere tale forma di moneta privata: si tratta degli istituti di credito, della Banca Centrale Europea, delle banche centrali nazionali e degli uffici postali autorizzati⁴¹. In secondo luogo, i fondi dei depositanti non sono aggredibili da altri creditori degli emittenti⁴², devono essere investiti in attività a basso rischio⁴³ e devono essere assicurati⁴⁴.

L'analisi sin qui condotta consente quindi di concludere come entrambi gli ordinamenti europeo e statunitense qualificino uno strumento come *good money*, ammettendone dunque l'impiego come mezzo ufficiale di pagamento, qualora il diritto di rimborso alla pari sia non solo dichiarato ma anche reso effettivo, prevedendo una specifica disciplina giuridica "di garanzia". Per comprendere dunque se gli *stablecoins* possano essere utilizzati come mezzi ufficiali di pagamento, assecondando il desiderio manifestato dai suoi emittenti a livello globale, è necessario applicare i principi giuridici tracciati con riferimento alle forme di moneta privata già riconosciuta come *good money* e valutare quindi se la criptovaluta qui in esame sia in grado di assicurare il predetto diritto di rimborso alla pari.

verso i depositi bancari, come efficacemente messo in luce da M. MCLEAY, A. RADIA, R. THOMAS, *Money creation in the modern economy Commercial*, in *Quarterly Bulletin*, 1, 2014, p. 16: «create money, in the form of bank deposits, by making new loans. When a bank makes a loan, for example to someone taking out a mortgage to buy a house, it does not typically do so by giving them thousands of pounds worth of banknotes. Instead, it credits their bank account with a bank deposit of the size of the mortgage. At that moment, new money is created»; v. anche: R.H. WEBER, *Legal issues in mobile banking*, in *Journal of Banking Regulation*, 2010, vol. 11, p. 135.

⁴⁰ Direttiva 2009/110/EC (EMD2). N. VANDEZANDE, *Virtual currencies. A legal framework*, Cambridge, 2018, p. 171.

⁴¹ Art. 1, EMD2.

⁴² Essendo depositati in conti separati.

⁴³ Art. 10, par. 1, lett. a) Direttiva 2015/2366: «national competent authority must identify the secure, liquid and low-risk assets in which electronic money institutions can invest client funds».

⁴⁴ Art. 10, par. 1, lett. b) Direttiva 2015/2366.

4. *Gli stablecoins possono essere qualificati come nuove forme di good money? Le – diverse – risposte degli Stati Uniti e dell'Unione Europea*

Sulla base dei principi esposti, è possibile provare a dare una risposta al quesito posto all'inizio della presente analisi e cioè se gli *stablecoins* possano essere utilizzati come mezzi ufficiali di pagamento: la soluzione preferibile pare essere differente a seconda del tipo di *stablecoin* considerato e in particolare dei beni che costituiscono la sua riserva. Qualora quest'ultima sia composta esclusivamente da una singola valuta avente corso legale, è possibile concludere che il diritto di rimborso alla pari sia potenzialmente garantito e che quindi lo stesso possa essere considerato come un nuovo strumento dotato di *moneyness*⁴⁵. *Stablecoin* in questa ipotesi non è altro che una rappresentazione di un valore monetario (al pari ad esempio della moneta elettronica): è emesso esclusivamente in seguito alla ricezione di tale valore e, in caso di riscatto, può assicurare la restituzione del valore monetario inizialmente trasferito.

Le altre categorie di *stablecoins*, con beni riserva diversi da una singola valuta avente corso legale, al contrario, non possono garantire il diritto di rimborso alla pari perché il valore dei *reserve assets* utilizzato è per definizione volatile: di conseguenza, gli stessi non dovrebbero essere considerati *good money*. L'utilizzo di questi *stablecoins* come mezzi ufficiali di pagamento, oltre a presentare il rischio di fenomeni analoghi a quello menzionato di *bank runs*, renderebbe le transazioni e, in generale, le contrattazioni instabili e quindi da ultimo il sistema economico inefficiente, non essendo possibile conoscere il valore della criptovaluta *ex ante*, ma dovendolo al contrario accertare ogni volta che si volesse concludere una transazione.

Individuata la soluzione che pare essere preferibile, occorre quindi esaminare se e come gli ordinamenti presi in considerazione si siano pronunciati sul problema in esame, senza dimenticare del

⁴⁵ M. SOKOLOV, *Are Libra, Tether, MakerDAO and Paxos Issuing E-Money? Analysis of 9 Stablecoin Types Under the EU and UK E-Money Frameworks*, 2020, p. 33, reperibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3746250>.

resto come tale scelta regolatoria presenti molte complessità, coinvolgendo differenti e contrastanti interessi: il divieto di utilizzo della criptovaluta, ad esempio, se, da un lato, come già sottolineato, garantirebbe il sistema economico dal rischio di instabilità finanziaria, dall'altro lato, potrebbe comportare la fuga degli enormi capitali già investiti in questo settore verso altri ordinamenti propensi ad adottare normative meno severe.

Esaminando dapprima l'ordinamento statunitense, è utile osservare che lo stesso, sebbene non abbia ancora adottato una regolamentazione definitiva del problema, si è pronunciato sulla questione in un *report*⁴⁶, redatto il primo novembre 2021 congiuntamente dal President's Working Group on Financial Markets (PWG), dalla Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) e dall'Office of the Comptroller of the Currency (OCC), optando per una soluzione piuttosto conservativa – e in linea con quella qui avallata –. Il documento prende in considerazione solo gli *stablecoins* che hanno beni riserva rappresentati esclusivamente da una moneta avente corso legale e che garantiscono il diritto di rimborso alla pari, concludendo che gli stessi hanno le caratteristiche potenziali per essere utilizzati come mezzi ufficiali di pagamento, purché sia previsto che i loro emittenti siano sottoposti a una normativa regolamentare e prudenziale analoga a quella prevista per le banche private e per i depositi bancari, al fine di evitare fenomeni come quello delle *bank runs* e in generale di instabilità finanziaria⁴⁷.

La risposta fornita dall'Unione Europea nel Regolamento sui mercati delle crypto attività (Regolamento “MiCa”: *Regulation on*

⁴⁶ PRESIDENT'S WORKING GROUP ON FINANCIAL MARKETS (PWG), THE FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC) AND THE OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY (OCC), *Report on Stablecoins*, November 2021, reperibile all'indirizzo https://home.treasury.gov/system/files/136/StableCoinReport_Nov1_508.pdf.

⁴⁷ PRESIDENT'S WORKING GROUP ON FINANCIAL MARKETS (PWG), THE FEDERAL DEPOSIT INSURANCE CORPORATION (FDIC) AND THE OFFICE OF THE COMPTROLLER OF THE CURRENCY (OCC), *Report on Stablecoins*, cit., p. 16. Il *report* raccomanda in particolare che la legislazione limiti l'emissione di *stablecoins* da parte di soggetti privati che siano “insured deposit institutions”, al pari delle banche commerciali; che siano destinatari di una regolamentazione di supervisione da parte della Federal Reserve; che siano sottoposti a regimi di risoluzione speciali; che abbiano accesso alla Federal Reserve come prestatore di ultima istanza e che possano beneficiare della garanzia prevista per i depositi bancari.

markets in Crypto-Assets), in corso di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale⁴⁸, è decisamente meno conservatrice, consentendo, seppur entro certi limiti, l'utilizzo come mezzo ufficiale di pagamento degli *stablecoins* la cui riserva sia costituita da diverse monete avente corso legale o da beni differenti dal denaro (definiti "asset reference tokens"⁴⁹)⁵⁰. L'art. 19b della Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio dispone in particolare che «if the estimated quarterly average number and value of transactions per day associated to uses as means of exchange is higher than 1.000.000 transactions and euro 200 million respectively» the issuer shall «(i) stop issuing the asset referenced token and (ii) must present a plan to the competent authority to ensure that the number and value of transactions per day associated to uses as means of exchange within a single currency area is kept below that threshold». La possibilità di utilizzare gli *stablecoins* come mezzo di pagamento non è seguita tuttavia dall'obbligo di garantire il diritto di rimborso alla pari⁵¹; non sono disposte inoltre le tradizionali "garanzie" previste per gli emittenti di altre forme di moneta privata (come ad esempio, la garanzia per i depositi e il ruolo della banca centrale come prestatore di ultima istanza). Sebbene i menzionati limiti quantitativi all'utilizzo degli *asset-reference tokens* possano comportare una severa limitazione nell'utilizzo degli *stablecoins* come mezzi ufficiali di pagamento, tuttavia la possibilità di impiegarli come tali rende attuale il rischio di situazioni di instabilità sistemiche.

⁴⁸ La proposta del Parlamento europeo e del Consiglio è reperibile all'indirizzo <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13198-2022-INIT/en/pdf>.

⁴⁹ Art. 3(1) (3), Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio.

⁵⁰ Con riferimento agli *stablecoins* con beni riserva costituiti da un'unica moneta avente corso legale, la soluzione del Regolamento europeo (art. 44, Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio) è analoga a quella del *report* statunitense: gli stessi possono essere utilizzati come mezzo ufficiale di pagamento, sono sottoposti alla disciplina prevista per la moneta elettronica (EMD2) e devono garantire il diritto di rimborso alla pari.

⁵¹ L'art. 35, Proposta del Parlamento europeo e del Consiglio, prevede esclusivamente che il titolare dell'*asset reference token* ha il diritto di chiedere la restituzione del suo valore di mercato (che, per definizione, è appunto variabile): «Upon request by the holder of asset-referenced tokens, the respective issuer must redeem at any moment by paying in funds the market value of the asset-referenced tokens held or by delivering the referenced assets».

Mentre l'ordinamento statunitense, diversamente dal suo approccio tradizionalmente più aperto rispetto al mondo delle cripto attività, nel bilanciamento tra i diversi interessi coinvolti, si è mostrato favorevole ad un approccio più conservatore, l'Unione Europea ha voluto aprirsi maggiormente al mercato dei *crypto assets*, sacrificando tuttavia in modo eccessivo, a parere di chi scrive, la necessità di garantire la stabilità del sistema finanziario.

THE EXTRATERRITORIAL REACH OF NATIONAL
SUSTAINABILITY REGULATIONS AND THEIR IMPACT
ON INTERNATIONAL SUPPLY CHAINS

*Marco Torsello**

1. *Introduction*

On February 8th, 2022, the Italian parliament approved some much-awaited amendments to Articles 9 and 41 of the Italian Constitution. With a view to protecting fundamental rights, including those of future generations, the amendments introduced the protection of the environment, biodiversity, and ecosystems among the fundamental principles of the Constitutional Charter.

Only a few weeks later, on February 23rd, 2022, the European Commission adopted a proposal for a Corporate Sustainability Due Diligence Directive (the *Proposed Due Diligence Directive* or “PDDD”)¹, laying down new obligations for large businesses to ensure that their activities and those of subcontractors in their supply chains comply with human rights and environmental sustainability criteria. The PDDD was submitted to the European Parliament, which on June 1st, 2023 released its proposed Amendments (the “Amendments”)², thus referring the matter for institutional negotiations to the committee responsible.

* Full Professor, University of Verona.

¹ European Commission, Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, 2022/0051(COD).

² European Parliament, Amendments adopted by the European Parliament on 1 June 2023 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive

In today's globalized world, international supply chains involve the movement of goods and services across borders, often presupposing multiple parties and complex networks. They thus play a crucial role in the functioning of economies and the efficient delivery of goods and services. However, the sustainability of these supply chains has become a pressing concern in most legal systems due to their potential negative externalities and the growing fears concerning their ability to operate in an environmentally, socially, and economically responsible manner³. Indeed, achieving Environmental, Social, and Governance ("ESG") sustainability requires adherence to legal frameworks that promote ethical practices, protect workers' rights, and minimize environmental impact⁴.

One of the key legal aspects of international supply chain sustainability is the promotion of ethical practices and related standards of compliance⁵. This includes ensuring fair labor standards, preventing child labor, and eliminating forced labor⁶.

Protecting workers' rights is another crucial aspect of supply chain sustainability. Legal frameworks, such as the ILO's core labor standards, aim to ensure decent working conditions, fair wages, and the right to collective bargaining. Companies must comply with these standards to maintain sustainable supply chains⁷.

Moreover, international supply chains have a significant environmental impact, including greenhouse gas emissions, deforesta-

(EU) 2019/1937 (Com(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)), P9_TA(2023)0209.

³ Cf. J. SALMINEN, M. RAJAVUORI, *Private International Law, Global Value Chains and the Externalities of Transnational Production: Towards Alignment?*, in *Transnational Legal Theory*, 2021, pp. 230-248.

⁴ For the origin of the debate on sustainability, see H.R. BOWEN, *Social responsibilities of the businessman*, New York, Harper, 1953.

⁵ Cf. H. KRIEGER, A. PETERS, L. KREUZER (eds.), *Due diligence in the International Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2020.

⁶ Many countries have enacted laws and regulations to address these issues, such as the International Labor Organization's (ILO) conventions and national labor laws. For example, the Modern Slavery Act in the United Kingdom requires companies to disclose their efforts in combating slavery and human trafficking in their supply chains.

⁷ For instance, the "Fair Trade" certification ensures that workers receive fair wages and work in safe conditions, promoting social sustainability.

tion, and pollution. Legal measures are necessary to mitigate these impacts and promote environmental responsibility. The Paris Agreement⁸, an international treaty on climate change, sets targets for reducing greenhouse gas emissions. Governments can enforce regulations on emissions, waste management, and sustainable sourcing to ensure supply chain sustainability⁹.

It is safe to affirm that the legal aspects of international supply chain sustainability are crucial for promoting ethical practices, protecting workers' rights, and minimizing environmental impact. Governments, international organizations, and businesses are all relevant actors, whose actions must be monitored and nudged (if not guided) with a view to ensuring sustainable supply chains.

At the European level, should the current legislative process be completed and the new rules implemented as they are in the PDDD, possibly with the European Parliament's Amendments, businesses would have a «corporate duty to identify, prevent, mitigate and account for external harm resulting from adverse [...] environmental impacts» of their operations, as well as those of their business partners and their supply chains¹⁰.

In fact, the PDDD lays down rules (i) on «obligations for companies regarding actual and potential [...] environmental adverse impacts, with respect to their own operations, the operations of their subsidiaries, and the value chain operation carried out by entities with whom the company has an established business relationship», and (ii) on «liability for violations of the obligations mentioned above»¹¹.

⁸ The Paris Agreement is a legally binding international treaty on climate change adopted by 196 Parties at the UN Climate Change Conference (COP21) in Paris, France, on 12 December 2015. It entered into force on 4 November 2016.

⁹ For example, the European Union's Timber Regulation prohibits the import of illegally harvested timber, promoting sustainable forestry practices.

¹⁰ See PDDD's Explanatory Memorandum, p. 4.

¹¹ PDDD, Article 1. For a comment on the PDDD, see B. BRUNK, *A step in the right direction, but nothing more – A critical note on the Draft Directive on Mandatory Human Rights Due Diligence*, available at: <https://conflictoflaws.net/2020/a-step-in-the-right-direction-but-nothing-more-a-critical-note-on-the-draft-directive-on-mandatory-human-rights-due-diligence/>.

This paper aims to explore the legal solutions that legislatures are envisaging to ensure ethical practices and environmental responsibility, highlighting the challenges and potential consequences of adopting an approach based on attributing extraterritorial reach to national regulation addressing international supply chains.

2. *Structure and externalities of international supply chains*

International supply chains are complex networks that include multiple stages of production and distribution across different countries¹². They are characterized by the interdependence of various actors, including suppliers, manufacturers, distributors, and retailers. While these supply chains have contributed to economic growth and increased trade, they also keep giving rise to negative externalities that can have adverse social, economic, and environmental impacts.

The success of international supply chains is largely based on organizational fragmentation created through corporate and contractual tools, which are utilized to control liabilities and externalize social and environmental costs. As a result, international supply chains often maximize profit by externalizing the costs of unsustainable conduct¹³.

That said, in recent years, one of the key concerns associated with international supply chains has been their structure and the negative externalities they can generate.

One of the significant concerns associated with international supply chains is the exploitation of labor in developing countries. In pursuit of cost reduction, multinational corporations often outsource production to countries with lower labor costs. This can lead

¹² For an institutional analysis of international supply chains, see L. VENTURA, *Supply chain management and sustainability: the new boundaries of the firm*, in *Uniform Law Review*, 2021, pp. 599-634.

¹³ For a comprehensive overview of the issue, see N. BOSCHIERO, *Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù – Una valutazione alla luce del diritto internazionale consuetudinario, del diritto internazionale privato europeo e dell'agenda delle nazioni unite 2030*, Torino, Giappichelli, 2021.

to poor working conditions, low wages, and long working hours for workers in these countries¹⁴.

International supply chains can also contribute to environmental degradation. The long-distance transportation of goods results in increased carbon emissions, contributing to climate change. Additionally, the extraction of raw materials and the disposal of waste generated during production can have detrimental effects on ecosystems¹⁵.

Moreover, the structure of international supply chains can make countries economically vulnerable¹⁶. Reliance on a single country or region for a particular product or component can disrupt the entire supply chain if there are disruptions in that country. This was evident during the COVID-19 pandemic when countries faced shortages of essential medical supplies due to disruptions in the global supply chain. Such vulnerabilities can have severe economic consequences, affecting industries and livelihoods.

The production of negative externalities in international supply chains is exacerbated by the regulatory inefficiencies of many of the countries where the production activity of the supply chain is conducted. By outsourcing production in countries with less efficient or strict ESG criteria, businesses can benefit from a reduction of production costs, which are, however, proportional to the increase of negative externalities. On the other hand, any type of intervention in this area should be conducted with the awareness that increasing costs (by internalizing the externalities produced by businesses) may have the side-effect of disincentivizing businesses thus, ultimately, causing harm to the economic development of the country in question¹⁷.

For these reasons, the debate about the pros and cons of regu-

¹⁴ For example, the garment industry in Bangladesh has faced criticism for its low wages and unsafe working conditions, which have led to humanitarian catastrophes.

¹⁵ For instance, the palm oil industry has been linked to deforestation in Southeast Asia, leading to habitat loss for endangered species and contributing to greenhouse gas emissions.

¹⁶ Cf. A.B. CARROLL, *The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders*, in *Business Horizons*, 1991.

¹⁷ See J. WITKOWSKA, *Corporate Social Responsibility: Selected Theoretical and Empirical Aspects*, in *Comparative Economic Research*, 2016, pp. 27-43.

lating ESG sustainability in international supply chains is still open. The ideal outcome would be to identify legal (or reputational) mechanisms suitable to operate as incentives to internalize the ESG sustainability costs without disincentivizing the economic development of the country of production. Supporters of such a change predicate that it requires a change of paradigm as to the notion of “best-value” in procurement. The traditional approach based on the assessment of costs (pure price-based approach) and quality (assessment of the product/service’s fitness for purpose) should be supplemented by a third requirement for the “best-value” assessment, namely the product/service’s sustainability¹⁸.

Several international legal instruments have addressed the issue at hand from different perspectives and with different legal methodologies. In particular, several soft law instruments have been adopted in the last two decades, mostly intended to offer some guidance to businesses willing to carry out their activity in a sustainable manner and to map out what a sustainable way to carry out business actually requires¹⁹.

The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights²⁰, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises²¹, and ILO Tripartite Declaration of Principles concerning Mul-

¹⁸ Accord, M.E. PORTER, M.R. KRAMMER, *Corporate social responsibility – Creating Shared Value – How to Reinvent Capitalism and Unleash a Wave of Innovation and Growth*, in *Harvard Business Review*, 2011, pp. 4-17.

¹⁹ Among the first instruments that played an explicit and relevant role in this respect is the UN Global Compact (2000), which introduced ten non-binding principles to support (a) human rights, (b) labour, (c) the environment, and (d) anti-corruption. See United Nations, *One Global Compact. Accelerating and Scaling Global Collective Impact*, available at: <https://dsxx4t8pjznr.cloudfront.net/wp-content/uploads/2022/08/24164324/value-proposition-global-compact.pdf>.

²⁰ United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, *Guiding principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, 2011, available at: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf.

²¹ OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 updated edition, available at: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.

tinational Enterprises and Social Policy²² may all provide relevant examples of the type of instruments under consideration. More recently, the UN 2030 Agenda for Sustainable Development²³ adopted in 2015 requires a «global partnership» of the private sector, pledging the integration of Corporate Social Responsibility (“CSR”) into organizational strategies, and management of supply chains²⁴.

3. *The constitutional dimension of ESG sustainability and the limits of domestic regulations of international supply chains*

The recent change introduced to the Italian Constitution²⁵ is a relevant step forward in the protection of ESG sustainability in Italy. It is not, however, a *première* in the international arena²⁶. One of the first constitutions to incorporate forms of protection of what we now describe as ESG sustainability was the Spanish one in 1978. Others followed while several pre-existing Constitutions were amended before the Italian one with a view to include reference to the environment or other sustainability issues²⁷.

²² International Labour Organisation (“ILO”), *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, 204th Session (Geneva, November 1977) as amended at its 279th (November 2000), 295th (March 2006) and 329th (March 2017) Sessions (“ILO MNE Declaration”).

²³ UNITED NATIONS, *Transforming our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015, A/RES/70/1, available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>.

²⁴ Interestingly, both Recitals 5, 6, 12, 16, 22, 26 and 44 of the PDDD and the preparatory work of the recent French and German legislation on international supply chains emphasize that one of the main drivers for the adoption of new rules was the need to implement the United Nations Guiding principles on business and human rights and the OECD’s Guidelines for multinational corporations.

²⁵ See *supra*, paragraph 1.

²⁶ Cf. Senato della Repubblica e Camera dei Deputati, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell’ambiente* (Dossier 7 febbraio 2022), A.C. 3156-B.

²⁷ Amendments to the Constitution along the lines indicated in the text include those introduced in the Netherlands (1983), Germany (1994 and 2002), France (2005), and elsewhere.

All in all, it is clear that the concept of ESG sustainability has gained significant attention from policymakers, as reflected by the increasing reference to ESG values in Constitutions. Different approaches, however, emerge from a closer look into the constitutional endorsement of ESG sustainability.

Pursuant to a minimalist approach, reference to ESG goals in the Constitution is understood as the mere inclusion of a general guiding principle for governmental action, setting goals that should inform the action of public entities, with limited (or no) implications for individuals and private entities.

Undeniably, introducing a reference to ESG goals in the Constitution is of utmost importance as it provides legal recognition and protection for sustainable practices. By enshrining these principles in the highest legal document of a nation, governments are obligated to prioritize ESG considerations in their policies and decision-making processes. This creates a more sustainable and responsible framework for governance, ensuring that the long-term interests of society and the environment are safeguarded.

It is apparent, however, that this is a minimalist approach, largely unsatisfactory and unsuitable to favor the active participation of individuals and businesses in making international supply chains more ESG-sustainable.

Under a second approach, constitutionalizing ESG sustainability bears the consequence of granting citizens individual rights to a healthy environment. Unlike the previous one, this approach may give rise to individual rights suitable as such to receive judicial protection.

A third, similar yet more articulated and nuanced approach can be found in some recent (or recently amended) Constitutions, which clearly recognize the existence of a fundamental right to the environment²⁸, possibly combined with the principle “polluter pays”²⁹. Under this approach, ESG sustainability is fully integrated into the Constitution and may provide a legal foundation not only for governmental action but also for the assessment of rights as well as duties of individuals and businesses.

²⁸ See, for instance, the Constitution of Estonia and Belgium.

²⁹ See the reformed French Constitution.

In light of the pivotal role that businesses play in international supply chains, this consideration is of utmost relevance, as the effective pursuance of ESG sustainability goals requires the active participation of businesses.

In other words, the integration of ESG sustainability into constitutional frameworks may provide a legal foundation for promoting and protecting businesses' sustainable practices. By recognizing the importance of environmental conservation, social responsibility, and good governance, a constitutional dimension for ESG sustainability may ensure that these principles are upheld and prioritized not only by governments but also by corporations.

A constitutional dimension for ESG sustainability positions a nation as a global leader in sustainable development. By demonstrating a commitment to ESG principles at the highest level of governance, a country can inspire other nations to follow. This would foster international collaboration and cooperation in addressing global challenges such as climate change, inequality, and corruption. By integrating ESG sustainability into constitutional frameworks, countries can work together towards a more sustainable future.

Furthermore, incorporating ESG sustainability into constitutional frameworks enhances investor confidence and promotes economic stability. Investors are increasingly considering ESG factors when making investment decisions, as they recognize the long-term risks associated with unsustainable practices. By providing a constitutional guarantee for ESG sustainability, governments can attract responsible investments, leading to economic growth and stability. This, in turn, encourages businesses to adopt sustainable practices, creating a positive cycle of economic and environmental progress³⁰.

³⁰ To illustrate the legal aspects of international supply chain sustainability, consider the case of Nike. In the 1990s, Nike faced severe criticism for labor abuses in its supply chain, including low wages and poor working conditions. In response, the company implemented a code of conduct and established auditing mechanisms to ensure compliance with labor standards. This example highlights the importance of legal frameworks in holding companies accountable and driving positive change in supply chains. Another example is the electronics industry's efforts to address the issue of conflict minerals. These minerals, such as tantalum, tin, tungsten, and gold, are often sourced from conflict-affected regions, contributing to human rights abuses and funding armed conflicts. The Dodd-Frank Act in the United States re-

In several jurisdictions initiatives aimed at protecting ESG sustainability have taken a different regulatory approach, with less (or no) emphasis on the constitutional aspects and more attention paid to creating incentives to conduct businesses in a sustainable manner.

In the common law world, in particular, several initiatives are worth mentioning here. These include the 2010 Transparency in Supply Chains Act in California³¹, the 2015 UK Modern Slavery Act³², which contains a provision in Section 54 specifically devoted to “Transparency in Supply Chains”, the 2018 Australian Modern Slavery Act³³.

At the European level, the French and German legislatures have taken the lead as frontrunners in enacting legislation aimed at enhancing the sustainability of international supply chains.

In 2017 the French legislature adopted the *Loi de la Vigilance*³⁴. The German legislature followed in 2021 by enacting the *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)*³⁵.

quires companies to disclose their use of conflict minerals and take steps to ensure responsible sourcing. This legislation has led to increased transparency and accountability in the electronics supply chain.

³¹ See the official guide by the current Vice-President (at the time Attorney General at the California Department of Justice, K.D. HARRIS, *The California Transparency in Supply Chains Act. A Resource Guide*, California, 2015, available at: <https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf>.

³² Available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>. For a comment on the Act, see V. MANTOUVALOU, *The UK Modern Slavery Act Three Years On*, in *Modern Law Review*, 2018, vol. 81, pp. 1017-1045.

³³ See the text of the bill at: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=r6148. On 24 May 2023, the Australian Government tabled a report outlining recommendations for reform of the *Modern Slavery Act 2018*. The report is the output of a statutory review following public consultation on the effectiveness of the first three years of the Act. The Report makes thirty recommendations for the Government’s consideration, many of which seek to align the Act with overseas regulatory trends, including the enhancement of supply chain transparency.

³⁴ Loi n. 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte>.

³⁵ The *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG)* was adopted on March 3rd, 2021, and it is in force since January 1st, 2023. For a comment on the legislation, see B. BRAUN, S. DADUSH, D. SCHÖNFELDER, *Complying with Mandatory Human Rights Due Diligence Legislation through Shared-Responsibility Contracting: The Exam-*

Both the French and German new regulations impose on “parent companies” as well as on “ordering companies” a duty of care consisting of overlooking the operation of businesses throughout the global supply chain that they rely on by virtue of corporate control or contractual arrangements. This solution is explicitly aimed at avoiding violations of human rights or environmental standards downstream the chain.

In particular, by amending Articles L. 225-102-4 and L. 225-102-5 of the French Commercial Code, the French solution imposes on large businesses a duty of «*vigilance*» on (i) subsidiaries, (ii) subcontractors, and (iii) any other businesses participating in the supply chain by virtue of an “established commercial relationship”. Failure to abide by the duty of care so imposed may result in liability in tort.

In June 2021, the German legislature passed the Supply Chain Act³⁶. The Act imposes significant obligations on companies that source their products and services through supply chains from developing and emerging countries and sell them in Germany to comply with human rights and environmental standards. Furthermore, the Act exposes companies to potentially serious liability in the event of violations. Although not as clear as in the French legislation, it seems like also under German law businesses breaching the duties imposed by the Supply Chain Act may be subject to tortious liability.

Arguably, the same type of liability in tort can be invoked by injured parties in Italy under the new formulation of articles 9 and 41 of the Constitution, applied in conjunction with the general civil liability rules in the civil code. A similar conclusion would seem to hold true also in other civil law jurisdictions that have comparable

ple of Germany's Supply Chain Act (LkSG), (March 3, 2023), in *Contracts for Responsible and Sustainable Supply Chains: Model Contract Clauses, Legal Analysis, and Practical Perspectives*, ABA Business Law Section, 2023, Rutgers Law School Research Paper, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4389817>.

³⁶ See G. RÜHL, *Cross-border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act*, in J. BORG-BARTHET, K. TRIMMINGS, B. YÜKSEL RIPLEY, P. ZIVKOVIC (eds.), *From Theory to Practice in Private International Law. Gedächtnisschrift for Professor Jonathan Fitchen*, London, Bloomsbury (forthcoming, 2024), paper available on SSRN, at: <https://ssrn.com/abstract=4024604>.

constitutional provisions (including, among others, Spain, the Netherlands, Belgium, Poland, Finland, all the Baltic States, and others).

However, the foregoing sets the scene for a possible risk of intra-European patchwork of legal solutions concerning an issue as important as the liability of entities controlling and operating through international supply chains. The result would seem to jeopardize the European single market, and it is of no surprise that the EU legislator soon took over the matter with a view to implementing uniform legal solutions at the European level.

4. *European initiatives addressing international supply chains and their ESG sustainability*

The matter was taken over by European policymakers as early as the dawn of the Millennium. In particular, soft law instruments were adopted in 2001, including a Green Paper on *Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility*³⁷, and a Commission Communication on *A Sustainable Europe for a Better World: A EU Strategy for Sustainable Development*³⁸.

However, it took the European institutions more than ten years to effectively turn the goals expressed in the soft law instruments into hard law.

A first instrument that deserves attention in this respect is the 2014 Directive on *Non-Financial Reporting*³⁹. However, the most recent and significant development in this area is the 2022 PDDD, as amended by the European Parliament's 2023 Amendments.

³⁷ COMMISSION, *Green Paper: Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility*, 18 July 2001, DOC/01/9.

³⁸ COMMISSION, *Communication from the Commission A Sustainable Europe for a Better World: A European Union Strategy for Sustainable Development (Commission's proposal to the Gothenburg European Council)*, COM/2001/0264 final.

³⁹ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups Text with EEA relevance, OJ L 330, 15.11.2014, pp. 1-9.

The PDDD will be applicable *ratione personae* to the businesses that meet the requirements of its Article 2, that is, businesses established under the law of a Member State provided the business has more than 500 employees and a net worldwide turnover of more than 150 million Euros in the previous financial year. Lower thresholds are set for businesses operating in one of the “high impact” sectors listed in Article 2(1)(b) (i) through (iii) of the Directive.

Notably, the PDDD also applies to businesses formed under the law of a third country, provided the business generated in the European Union a net turnover comparable to the one established for EU-based businesses⁴⁰.

Businesses subject to the PDDD will need to integrate due diligence into their policies⁴¹, identify actual or potential adverse human rights and environmental impacts⁴², prevent or mitigate potential impacts⁴³, bring to an end or minimize actual impacts⁴⁴, establish and maintain a complaints procedure⁴⁵, monitor the effectiveness of the due diligence policy measures⁴⁶, and publicly report on due diligence⁴⁷.

Pursuant to Article 22 of the PDDD, failure to comply with the obligations summarized above and resulting in an adverse environmental or human rights impact (as defined under Article 3 of the PDDD) will result in the business’s civil liability, without prejudice to other Union or national rules on civil liability. More specifically, liability will arise in the event that (a) the business fails to comply with the obligations laid down in Articles 7 and 8 concerning actions to prevent and mitigate potential impacts and duties to bring to an end or minimize actual impacts, and (b) as a result of this failure, «an adverse impact that should have been identified, prevented, mitigated, brought to an end or its extent minimised through the ap-

⁴⁰ See the PDDD’s Explanatory Memorandum, under Article 2(2)(a) and (b).

⁴¹ PDDD, Article 5.

⁴² PDDD, Article 6.

⁴³ PDDD, Article 7.

⁴⁴ PDDD, Article 8.

⁴⁵ PDDD, Article 9.

⁴⁶ PDDD, Article 10.

⁴⁷ PDDD, Article 11.

propriate measures laid down in Articles 7 and 8 occurred and led to damage»⁴⁸.

This solution leaves a relevant policy question open, in that it seems like the mere adoption of ESG-compliant procedures may prevent the risk for businesses of being held accountable for adverse environmental or human rights impacts, even when it could be argued that the business could have prevented the event.

However, this solution seems consistent with the PDDD's goal to establish a standardized framework for companies to adopt sustainable practices and report on their ESG performance. Ultimately, the purpose of the new regime is not to introduce a burdensome regime for businesses but rather to integrate sustainability into business strategies, promote responsible supply chains, and foster stakeholder engagement. The PDDD primarily aims to enhance transparency and accountability by requiring companies to disclose relevant ESG information and undergo independent audits.

The PDDD requires companies to integrate sustainability into their core business strategies. This involves setting clear sustainability goals, developing action plans, and allocating resources to achieve these objectives. By aligning sustainability with business objectives, companies can drive innovation, reduce risks, and create long-term value. For example, companies can adopt circular economy principles, invest in renewable energy, or implement sustainable sourcing practices.

The PDDD emphasizes the importance of responsible supply chains. Businesses will be required to conduct due diligence to identify and address potential environmental and social risks throughout their supply chains, and they are expected to implement supplier codes of conduct, conduct regular audits, and provide training and capacity-building support to suppliers.

Having identified the goals of the PDDD, the rule on civil liability may be characterized based on its goals and the values it protects. In particular, the civil liability rule under Article 22 PDDD is not primarily intended to operate as a compensatory mechanism in the event of adverse environmental or human rights impact. Instead,

⁴⁸ PDDD, Article 22(1)(b).

it is meant to enforce the adoption of sustainable practices by businesses, with a view to internalizing the negative ESG externalities produced in international supply chains.

Thus, the PDDD encourages businesses to engage with stakeholders, including employees, customers, communities, and investors. Businesses will be required to establish mechanisms for stakeholder consultation and feedback, ensuring that their sustainability efforts are aligned with stakeholder expectations. This can be achieved through regular dialogue, surveys, and the establishment of advisory boards or sustainability committees. By involving stakeholders, businesses can gain valuable insights, build trust, and enhance their social license to operate.

With regard to the disclosure of relevant ESG information, the PDDD mandates businesses to disclose such information in a standardized and comparable manner. This includes reporting on environmental impacts, social performance, governance practices, and progress toward sustainability goals. Businesses will also be required to undergo independent audits to verify the accuracy and reliability of their sustainability reporting. This will enhance transparency, enable benchmarking, and facilitate informed decision-making by stakeholders.

In this context, the possibility of establishing a business's liability based on the adverse impacts caused by the supply chain operation carried out by entities with whom the company has an "established business relationship" plays a crucial role in the internalization of ESG negative externalities. In the context of globalized trade, value and supply chains extend cross-border across multiple jurisdictions. International corporations that do not voluntarily comply with human rights and environmental standards along their supply chains have been criticized for several decades for profiting from weak and poorly enforced national regulations in emerging and developing countries, especially in the Global South.

This cross-jurisdictional aspect also explains the EU legislator's choice to qualify the liability rule at hand as an overriding mandatory provision⁴⁹. In fact, pursuant to Article 22(5) PDDD, «Mem-

⁴⁹ The notion and legal implications of characterizing a rule as an overriding mandatory provision in the EU legal system stem from Article 9 of Regulation (EC)

ber States shall ensure that the liability provided for in provisions of national law transposing this Article is of overriding mandatory application in cases where the law applicable to claims to that effect is not the law of a Member State»⁵⁰.

The choice made by the European legislator clearly supports the conclusion that parties will not be entitled to operate a strategic choice of the applicable law with a view to avoiding the application of the European legislation. Moreover, the extra-territorial reach of the European legislation might also be used by some courts of European Member States to retain jurisdiction on the basis of an *effect utile* argument, based on the consideration that foreign courts might not apply the European overriding mandatory provisions.

This approach, however, emphasizes a legal paradox in the policy underpinning the European legislation. Seen from the perspective of the stakeholders in third countries who are most likely the ones who might suffer from adverse environmental or human rights impacts, the possibility of invoking the application of the laws of EU Member States based on the PDDD might be of little or no use if that requires the claimants to file their claim for damages in Europe. What the PDDD does not provide and, in fact, could not be expected to provide, is effective access to justice in their own jurisdictions to those weak individuals and entities that are most likely to suffer harm resulting from ESG externalities of international supply chains. By adopting a realistic approach, one must acknowledge

No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), under which: «1. Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation. // 2. Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. // 3. Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application».

⁵⁰ PDDD, Article 22(5).

that in most cases individuals and entities harmed by breaches of the PDDD's obligations will file their claim in their home jurisdiction, and in most cases, courts outside the EU will not feel bound by the overriding mandatory rules of EU Member States. To be sure, that might be the case in third countries even if one assumes that the third country's conflict of laws system mirrors the European one. In fact, not only does the rule under Article 9(3) Rome I Regulation⁵¹ establish a mere possibility for a court to give effect to the overriding mandatory provisions of a third State, but in most cases, the obligation the breach of which could be invoked by the claimant is unlikely to be of a contractual nature, and Article 16 of Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations⁵² does not contain a provision similar to Article 9(3) Rome I Regulation concerning the applicability of foreign overriding mandatory provisions⁵³.

5. *Final remarks*

The PDDD aims to provide a comprehensive framework for businesses to integrate sustainability into their operations. By emphasizing the integration of sustainability into business strategies,

⁵¹ «Effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. In considering whether to give effect to those provisions, regard shall be had to their nature and purpose and to the consequences of their application or non-application».

⁵² Regulation (EC) 864/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II). Article 16 of Rome II Regulation states the following: «Nothing in this Regulation shall restrict the application of the provisions of the law of the forum in a situation where they are mandatory irrespective of the law otherwise applicable to the non-contractual obligation».

⁵³ For an overview of possible amendments to Rome I Regulation and Brussels I-bis Regulation with a view to enhance the effectiveness of protection of human rights and the environment, see G. VAN CALSTER, *First analysis of the European Parliament's draft proposal to amend Brussels Ia and Rome II with a view to corporate human rights due diligence*, available at: <https://gavclaw.com/2020/10/02/first-analysis-of-the-european-parliaments-draft-proposal-to-amend-brussels-ia-and-rome-ii-with-a-view-to-corporate-human-rights-due-diligence/>.

promoting responsible supply chains, fostering stakeholder engagement, and enhancing transparency and accountability, the directive can drive meaningful change and contribute to a more sustainable and responsible business environment.

With a view to offering more effective protection to the weak individuals and entities who are most exposed to the adverse impact of negative ESG externalities, the European legislator is considering the possibility of labeling the liability rules in the PDDD as overriding mandatory rules. This solution, however, will be effective only before the courts of Member States. Conversely, the weak individuals and entities that the PDDD purportedly intends to protect will in most cases be unable to afford to file a lawsuit in a European Member State. Instead, they will be left with the sole option of accessing justice in their home jurisdiction, where the PDDD is unlikely to play any direct role.

LA DIMENSIONE PRIVATA E PUBBLICA
DELLA TUTELA DELLE INFORMAZIONI PERSONALI IN CINA

*Enrico Toti**

1. *Premessa*

La relazione ha l'intento di illustrare alcuni principali temi attinenti alla Legge sulla tutela delle informazioni personali (*Personal Information Protection Law*, PIPL, 中华人民共和国个人信息保护法) promulgata il 20 agosto 2021 ed in vigore dal 1° novembre 2021, i quali necessitano di tenere conto del ruolo della Cina nell'economia globale, nella raccolta e nella gestione dei dati, nell'ambito dell'incessante progresso tecnologico del Paese, nonché del numero limitato di operatori che controlla e domina ampi segmenti del mercato cinese, del controllo politico quale fattore centrale per la stabilità dell'economia e per la protezione della sicurezza nazionale. Anche tale Legge, pertanto, come più volte ribadito, deve essere compresa in una situazione di complessità e nel contesto, anche temporale, in cui si inserisce.

Riguardo alla struttura della relazione, alla premessa, con cui cercherò di fornire, seppur brevemente, delle prime informazioni volte a fissare il quadro normativo e la situazione fattuale in cui la Legge si innesta, seguirà la trattazione dell'oggetto di tutela della normativa. Sono molte le omissioni, ma si è preferito privilegiare

* Professore a contratto, Università degli Studi Roma Tre.

un singolo aspetto anche a fronte della ricca bibliografia in continuo accrescimento¹.

Illuminante la Spiegazione della Bozza della Legge pronunciata da Liu Junchen (刘俊臣) Vicedirettore della Commissione per gli Affari Legislativi del Comitato Permanente dell'Assemblea Popolare Nazionale, il 13 ottobre 2020 nel corso della Ventiduesima Sessione del Comitato permanente della Dodicesima Assemblea Popolare Nazionale, in cui sono riportate notizie e considerazioni di notevole rilievo². Riporto, di seguito, solo alcuni passi della Spiegazione la cui traduzione dal cinese all'italiano è a mia cura:

«Con la continua e profonda integrazione dell'informatizzazione e della società economica, la rete è diventata un nuovo spazio di produzione e di vita, un nuovo motore per lo sviluppo economico e un nuovo strumento per la comunicazione e la cooperazione. A marzo 2020, gli utenti internet del mio paese hanno raggiunto i 900 milioni, ci sono più di 4 milioni di siti internet e più di 3 milioni di applicazioni. [...] Nell'era dell'informazione, la protezione delle informazioni personali è diventata uno degli interessi più diretti e pratici del grande pubblico. [...] Il Comitato centrale del Partito attribuisce grande importanza alla costruzione dello stato di diritto nel cibernazio [...] Il segretario generale Xi Jinping ha ripetutamente sottolineato che dobbiamo aderire al principio della sicurezza della rete per le persone, garantire la sicurezza delle informazioni personali e salvaguardare i diritti e gli interessi legittimi dei cittadini nel cibernazio, proporre requisiti chiari per rafforzare la protezione delle informazioni personali [...]. In primo luogo, la promulgazione della Legge è un requisito per rafforzare ulteriormente la protezione giuridica delle informazioni personali. Dal 18° Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese, l'Assemblea Popolare Nazionale e il suo Comitato Permanente hanno stabilito le regole principali per la protezione delle informazioni personali [...]. Il sistema normativo di protezione delle informazioni personali del

¹ Riguardo ad altri diversi temi sull'argomento, v. E. TOTI, *Dalla Decisione per il rafforzamento della protezione delle informazioni su internet alla Legge sulla tutela delle informazioni personali della RPC*, in *MediaLaws*, 2023, n. 1, pp. 207-252.

² Per il testo in lingua cinese: <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202108/fbc9ba044c2449c9bc6b6317b94694be.shtml>.

mio Paese è stato gradualmente implementato, ma è ancora difficile adeguarlo alla realtà del rapido sviluppo dell'informaticizzazione e alle crescenti esigenze delle persone per una vita migliore. Pertanto, le leggi speciali dovrebbero essere formulate e promulgate sulla base delle leggi esistenti per migliorare la sistematicità, la pertinenza e l'operatività delle disposizioni [...].

Il cibernazio è la casa comune di centinaia di milioni di persone e deve operare sul binario dello stato di diritto. La raccolta e l'uso illegale di informazioni personali e altre attività non solo danneggiano gli interessi vitali delle persone, ma mettono anche in pericolo la sicurezza delle transazioni, interrompono la concorrenza di mercato e turbano l'ordine del cibernazio. Pertanto, dovrebbero essere formulate leggi speciali per regolamentare le attività di elaborazione delle informazioni personali con sistemi rigorosi, standard rigorosi e responsabilità rigorose, fissare obblighi e responsabilità dei responsabili del trattamento delle informazioni personali.

La formulazione di una Legge sulla protezione delle informazioni personali è una misura importante per promuovere il sano sviluppo dell'economia digitale. [...] Il rapporto del 19° Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese ha indicato i requisiti per costruire un paese forte nella rete, una Cina digitale e una società intelligente. La protezione e l'utilizzo delle informazioni personali devono essere coordinate a livello di sistema. [...] Il lavoro di redazione della Legge combina le condizioni nazionali e attinge all'esperienza internazionale».

Nonostante i progressi, sono numerose in Cina le questioni irrisolte riguardo alla privacy. Ponendo a confronto i modelli di protezione delle informazioni personali dell'Unione europea, degli Stati Uniti e della Cina, vengono in rilievo le caratteristiche specifiche del contesto cinese e l'elaborazione graduale della normativa. Negli ultimi anni, infatti, è stata sviluppata una serie di leggi volte a garantire la sicurezza del trattamento delle informazioni personali e promuovere lo sviluppo dell'informaticizzazione dell'economia e della società. Nello specifico: la Legge sulla sicurezza della rete (*Cyber security Law*, CSL, 中华人民共和国网络安全法) promulgata il 7 novembre 2016, in vigore dal 1° giugno 2017, la Legge sulla sicurezza dei dati,

(*Data security Law*, DSL, 中华人民共和国数据安全法) promulgata il 10 giugno 2021, in vigore dal 1° settembre 2021 ed infine la Legge sulla tutela delle informazioni personali. Le leggi sono state emanate con il comune fine di proteggere la sicurezza nazionale, i diritti e gli interessi dei cittadini e delle organizzazioni, regolamentare l'elaborazione e l'utilizzo dei dati. L'ecosistema normativo, tuttavia, è stato implementato nel contesto dell'autoritarismo digitale caratterizzato da organi di sorveglianza e strumenti di controllo governativi come il Great Firewall, modello esportato attraverso la Via della Seta digitale nei paesi del Nord Africa e del Medio Oriente che aspirano a seguire il medesimo modello cinese³.

2. *Un imprescindibile fattore: l'autoritarismo digitale*

Tale ecosistema deve essere compreso alla luce del principio dell'autoritarismo digitale⁴ esercitato dalla Cina attraverso la progressiva costituzione di un elevato numero di strumenti e organi di sorveglianza sottoposti al superiore controllo ed alla supervisione dell'Amministrazione per la sicurezza del ciber spazio (*Cyberspace Administration of China*, CAC)⁵. Il controllo governativo della rete ha previsto, inoltre, la creazione del *Great Firewall*⁶, ossia una strut-

³ X. QIANG, *Chinese Digital Authoritarianism and Its Global Impact*, in *Digital Activism and Authoritarian Adaptation in the Middle East*, 2021, pp. 35 ss.; J. RUDOLPH, *Sharper Eyes: Surveilling the Surveillers (Part 1)*, in *China Digital Times*, 2019; WOON CHIH YUAN, *Provincialising' the Belt and Road Initiative: Theorising with Chinese Narratives of the 'Digital Silk Road'* (数字丝绸之路), in *Asia Pacific Viewpoint*, 2021, vol. 62, n. 3, pp. 286-290.

⁴ Sul tema, A. POLYAKOVA, C. MESEROLE, *Exporting digital authoritarianism*, in *Brookings Institute Foreign Policy Reports*, 2019. Sul tema Qiang X., *Chinese Digital Authoritarianism and Its Global Impact*, in *Digital Activism and Authoritarian Adaptation in the Middle East*; A.N. LIAROPOULOS, *Digital Authoritarianism "Made in China": Installing a Digital Dystopia*, in *National Security and the Future*, 2022, vol. 23, n. 1, pp. 124 ss.

⁵ W. MIAO, W. Lei, *Policy review: The Cyberspace Administration of China*, in *Global Media and Communication*, 2016, vol. 12, pp. 337 ss.

⁶ S. CHANDEL, Z. JINGJI, Y. YUNNAN, S. JINGYAO, Z. ZHIPENG, *The Golden Shield Project of China: A Decade Later - An In Depth Study of the Great Firewall*, in Conference proceeding of 2019 International Conference on Cyber-Enabled Dis-

tura di leggi, software e forme di controllo realizzata allo scopo di sorvegliare, intercettare e bloccare le trasmissioni di dati che risultino in contrasto con le direttive governative, gestendo in tal modo la circolazione dei dati in generale e la loro fuoriuscita dai confini nazionali. Sotto la guida politica del Presidente Xi l'attività di controllo del governo cinese sulle persone è stata ulteriormente estesa, implementando meccanismi informatici di valutazione dell'affidabilità dei cittadini attraverso il sistema di credito sociale (*social credit system*, 社会信用体系, *shèhuì xìnyòng tìxì*) ed attivando programmi quali *Made in China 2025* e *China Standards 2035* (中国标准 *zhōngguó biāozhǔn 2035*).

3. *Evoluzione della normativa della privacy nella Repubblica Popolare Cinese: tra legge e Codice*

Si è intenzionalmente scelto, quale punto di inizio della ricognizione della materia, il periodo della riforma economica cinese in funzione dell'apertura della Cina al resto del mondo, tramite la Politica della porta aperta varata da Deng Xiaoping sotto l'attento controllo del Partito Comunista Cinese⁷. Le riforme si sono, quindi, concentrate sull'incentivazione degli individui a partecipare in modo attivo alla costruzione economica, valorizzando la crescita del benessere individuale accanto a quello della collettività⁸, contestuale ad una progressiva protezione dei diritti dei singoli, incluso quello alla riservatezza. A tale cambiamento ha contribuito, non solo per far fronte alle istanze dei governi esteri, l'adesione della Cina alla

tributed Computing and Knowledge Discovery (CyberC), Guilin, China, 2019, pp. 111 ss.

⁷ Sull'emersione del quadro normativo della protezione dei dati in Cina e per indicazioni bibliografiche R. CREEMERS, *China's emerging data protection framework*, in *Journal of Cybersecurity*, 2022, vol. 8, n. 1, <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyac011>.

⁸ S.L. NAH, J. WONG, *China's Emerging New Economy: The Internet and E-Commerce*, Singapore, 2000, pp. 1 ss.; I. CLAUS, L. OXLEY, *China's Economy: A Collection of Surveys*, New Jersey, 2015, pp. 1 ss.; J.A.G. ROBERTS, *Storia della Cina. La politica, la realtà sociale, la cultura, l'economia dall'antichità ai nostri giorni*, Roma, 2002, pp. 590 ss.

WTO⁹, ad altre organizzazioni internazionali ed una crescente interazione con l'Occidente¹⁰.

Nel 2015 il IX emendamento alla Legge Penale della Repubblica Popolare Cinese (*Ninth Amendment to the People's Republic of China's Criminal Law*, 中华人民共和国刑法 修正案-九) ha stabilito che chiunque venda o fornisca informazioni personali a terze parti, in violazione della legge, è soggetto a responsabilità penale. Sono seguiti altri e diversi interventi di carattere normativo e giurisprudenziale¹¹.

La Cina, gradualmente, ha ritenuto opportuno dotarsi di un apparato normativo efficace e moderno, collegandolo ad alcuni riferimenti normativi preesistenti, primi fra tutti, l'art. 40 della Costituzione del 1982¹², l'art. 252 del Codice penale¹³, l'art. 101 dei Principi generali del diritto civile, questi ultimi abrogati con l'entrata in vigore del Codice civile nel 2021, ed istituendo una pluralità di autorità deputate al funzionamento dell'intero sistema. Su questo complesso quadro regolamentare poggiano le basi delle tre leggi, precedentemente menzionate, che ne costituiscono i pilastri, integrate da fonti ulteriori che lo completano e ne consentono la concreta attua-

⁹ T. CHEEK, *Vivere le riforme. La Cina dal 1989*, Torino, 2008, p. 119: «L'esperienza della riforma non è affatto uniforme, né nella Cina nel suo complesso, né all'interno di una singola comunità. In larga misura, le reazioni ai suoi effetti si possono suddividere, semplicemente, in risposte dei vincitori e risposte dei perdenti».

¹⁰ S. CHIARLONE, A. AMIGHINI, *L'economia della Cina*, Roma, 2007, pp. 71 ss.

¹¹ Interpretazione della Corte Suprema del Popolo e della Procura Suprema del Popolo su diverse questioni riguardanti l'applicazione della legge nella gestione di casi penali di violazione delle informazioni personali dei cittadini (最高人民法院 最高人民检察院关于办理侵犯 公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释), 2017.

¹² Art. 40: «La libertà e la riservatezza relativa alla corrispondenza dei cittadini della Repubblica Popolare Cinese sono protette dalla legge. Nessuna organizzazione o individuo può, per nessun motivo, violare la libertà e la riservatezza della corrispondenza dei cittadini, salvo nei casi in cui, per soddisfare le esigenze della sicurezza dello Stato o delle indagini penali, gli organi di pubblica sicurezza o i procuratori sono autorizzati a censurare la corrispondenza secondo le procedure previste dalla legge».

¹³ Art. 252: «Chiunque nasconde, distrugge o apre illecitamente una corrispondenza altrui, violando così il diritto del cittadino alla libertà di corrispondenza, se le circostanze sono gravi, è condannato alla reclusione a tempo determinato non superiore a un anno o alla detenzione penale».

zione¹⁴. La normativa si combina con quella del Codice civile cinese, in cui nel libro quarto *Dei diritti della personalità*, titolo sesto *Dei diritti alla riservatezza e alla protezione delle informazioni personali*, artt. 1032-1039, sono presenti disposizioni specifiche in materia di tutela delle informazioni personali.

4. *Le diverse dimensioni del diritto alla tutela delle informazioni personali. La dimensione costituzionale*

La Legge sulla protezione delle informazioni personali è composta da 74 articoli raccolti in otto capitoli, i cui punti salienti includono: l'ambito di applicazione, che mira a proteggere i diritti e gli interessi delle informazioni personali; il principio di ragionevolezza nel trattamento delle informazioni; l'extraterritorialità della legge e la definizione di informazioni personali e del relativo trattamento. Altre disposizioni si concentrano sul tema della limitazione della raccolta e dell'uso delle informazioni personali, sul tema dei principi di apertura e trasparenza, sul tema della qualità delle informazioni personali, sul ruolo dello Stato nella protezione delle informazioni personali e sulle idonee modalità di trattamento e consenso che devono essere osservate.

Gli interessi sottesi alle informazioni personali non sono statici ma dinamici e diffusi, a causa della loro portata e dell'estensione dei rischi connessi al trattamento delle informazioni. Ad esempio,

¹⁴ A capo delle autorità garanti del corretto funzionamento del quadro normativo rinveniamo l'Amministrazione per la Sicurezza del Cyberspazio (*Cyberspace Administration of China*, CAC, 国家互联网信息办公室) a cui si affiancano il Ministero della Pubblica Sicurezza (*Ministry of Public Security*, MPS, 公安部), il Ministero per l'Industria e l'Informazione Tecnologica (*Ministry of Industry and Information Technology*, MIIT, 国家市场监督管理总局), l'Amministrazione Statale per la Regolamentazione del Mercato (*State Administration for Market Regulation*, SAMR, 国家市场监督管理总局), l'Amministrazione della Cina per la Standardizzazione (*Standardisation Administration of China*, SAC, 国家标准化管理委员会), il Comitato tecnico nazionale per la standardizzazione della sicurezza delle informazioni (*National Information Security Standardisation Technical Committee*, TC 260, 全国信息安全标准化技术委员会) i quali pubblicano linee guida e standard nazionali non vincolanti volti o a colmare le lacune o funzionali alla predisposizione di una normativa sperimentale da convertire successivamente in disciplina cogente.

la discriminazione e il trattamento ingiusto derivanti dal trattamento delle informazioni personali sono riconducibili dall'art. 32 della Cost.; la violazione delle informazioni personali biometriche e di localizzazione è protetta dall'art. 37 della Cost. sulla libertà personale e dall'art. 39 sulla libertà del domicilio; il diritto all'autonomia personale e alla tranquillità, art. 38 della Cost., sono coinvolti nella profilazione delle persone; le informazioni personali utilizzate per scopi di comunicazione sono tutelate dall'art 40 della Cost. In una visione d'insieme la protezione dei diritti e degli interessi sottesi alla protezione delle informazioni personali può essere oggetto di una lettura unitaria attraverso il diritto costituzionale¹⁵, art. 38 della Cost. incentrato sulla dignità umana al pari di altri diritti quali quello all'uguaglianza, la libertà personale, il diritto alla casa¹⁶. In questo senso, il diritto alla protezione delle informazioni personali è connesso ad una gamma di diritti costituzionali ampia e non riconducibile a un'unica categoria.

4.1. *La dimensione civilistica: i diritti e gli interessi sostanziali corrispondenti ad un danno reale*

Per chiarire la composizione e lo sviluppo multidimensionale dei diritti ed interessi sottesi alle informazioni personali è necessario analizzarne il contenuto anche dal punto di vista delle conseguenze del danno. Qualora il rischio di violazione nel trattamento delle informazioni personali diventi un pericolo reale con un conseguente danno, questo costituisce una perdita certa rispetto ai diritti e agli interessi del singolo. In altre parole, la tutela costituzionale dei diritti fondamentali incentrata sulla dignità attiva direttamente il meccanismo di regolazione del rischio e si proietta anche nelle pertinenti disposizioni del diritto civile, ossia attiva il meccanismo di rimedio per i diritti e gli interessi sostanziali civili pertinenti *ex post*.

¹⁵ WANG XIXIN (王锡锌), HUN PENGCHUN (婚彭鏞), *La base costituzionale per la protezione delle informazioni personali*, in *Tsinghua Law*, 2021, n. 3, pp. 22-24.

¹⁶ WANG XIXIN (王锡锌), *Il dovere statale di protezione delle informazioni personali*, in *Chinese Jurisprudence*, 2021, n. 1, p. 153.

Nello specifico, gli interessi sostanziali civili in relazione alle informazioni personali e alle relative attività possono essere suddivisi nelle seguenti categorie: (i) attraverso l'elaborazione delle informazioni è possibile tracciare il profilo della personalità di un individuo e automatizzare l'invio di informazioni attraverso messaggi, pubblicità mirata e notizie, tutte manifestazioni di intrusione nella sfera privata di un individuo. Alcune informazioni personali private e sensibili, come le informazioni sanitarie e mediche, che sono altamente personali, direttamente in grado di identificare l'individuo, o che potrebbero avere un effetto negativo sull'individuo, se divulgate impropriamente, possono anche violare il diritto alla riservatezza. (ii) Attraverso una discriminazione sistematica che generi una percezione errata; quando gli individui vengono etichettati, categorizzati artificialmente o in modo inappropriato dopo che le informazioni sono state elaborate, questo può portare ad un danno alla reputazione, alla credibilità ed ai relativi diritti della personalità. Se le informazioni su un individuo sono imprecise o qualora vengano elaborate in modo non corretto da chi tratta le informazioni queste possono danneggiare la reputazione di un individuo ed anche se tale attività non raggiunge il livello di una violazione vera e propria della reputazione, ciò può spesso danneggiare l'immagine sociale dell'individuo e le sue interazioni sociali. Può, da ultimo, giungersi anche alla perdita di beni personali. (iii) Attraverso una cattiva conservazione delle informazioni da parte del singolo, conservazione che può determinare la diffusione delle informazioni e facilitare la commissione di frodi nei confronti del singolo, con conseguenti danni alla sicurezza della proprietà dovuti al furto di identità; in rari casi, a causa dell'inadeguatezza della protezione delle informazioni, possono verificarsi anche danni alla persona, come ad esempio stalking, intercettazioni telefoniche e conseguenti reati personali¹⁷. La perdita di sicurezza personale derivante da queste attività criminali può sia attivare sanzioni penali sia dare luogo a responsabilità civile per i danni subiti.

¹⁷ O. LYNSEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, spec. cap. 7.

4.2. *La dimensione del diritto amministrativo*

I diritti e gli interessi delle persone in relazione alle informazioni personali comprendono non solo i diritti propri della dimensione costituzionale e del diritto civile, ma anche un insieme di diritti volti a rafforzare la partecipazione dei singoli alla collettività rappresentando una sorta di contrappeso alle azioni dei responsabili del trattamento delle informazioni in modo che questi ultimi utilizzino le informazioni in modo sostenibile ed etico al fine di salvaguardare la dignità dell'individuo¹⁸ anche all'interno della collettività e della società. Certo è che per la loro natura l'insieme di questi diritti pur essendo strumentali alla protezione, derivano dalla regolamentazione a livello statale. Si tratta, quindi, di diritti di ambito amministrativo in cui l'insieme di disposizioni che disciplinano il trattamento delle informazioni personali sono di fatto un "ordine giuridico" predisposto dallo Stato piuttosto che una derivazione dai diritti della personalità. È opportuno rilevare che dal punto di vista dell'ordine pubblico, la enucleazione di un *corpus* di diritti relativi alle informazioni personali rientra in una importante strategia normativa dello Stato volta a tutelare gli interessi costituzionali protetti attraverso l'attuazione di un meccanismo normativo pubblico per la regolamentazione dei rischi in corso. In altre parole, il rischio di violazione degli interessi costituzionali viene attivato dal meccanismo di regolamentazione attraverso il diritto amministrativo, e l'autorità di regolamentazione deve tenere conto dei diritti fondamentali della Costituzione, dove la dignità del singolo è posta al centro quale fattore di interesse giuridico nel processo di protezione ivi compresi i diritti per prevenire il rischio di violazione delle informazioni personali e promuovere e salvaguardare la realizzazione degli interessi costituzionali. Al medesimo tempo ciò contribuirà anche a evitare il verificarsi di danni reali e a proteggere indirettamente i diritti e gli interessi civili che si basano sulle informazioni personali.

¹⁸ WANG XIXIN (王锡铤), PENG QUN (彭鐔), *Le basi costituzionali del sistema giuridico per la protezione delle informazioni personali*, in *Tsinghua Law*, 2021, vol. 3, pp. 16-17.

Nella protezione dei diritti e degli interessi delle informazioni personali, la regolamentazione del rischio *ex ante*, continua sempre la dottrina, è il compito principale della protezione delle informazioni personali, e la pianificazione del rischio viene effettuata principalmente dallo Stato attraverso strategie di regolamentazione, laddove la logica e la protezione del diritto civile sono inadeguate. I diritti e gli interessi in materia di informazioni personali non sono solo diritti e interessi civili, ma un insieme multiforme e multistrato di diritti ed interessi in cui è dovere dello Stato – e della sua scelta politica – realizzare una protezione delle informazioni personali anche attraverso il diritto amministrativo.

5. *Strumenti per la tutela dei diritti e degli interessi*

A fronte delle diverse dimensioni in cui i diritti e gli interessi alle informazioni personali vengono in rilievo, numerosi sono gli strumenti di tutela a disposizione ed è contestualmente di interesse comprendere come, dal punto di vista del dovere dello Stato di proteggere le informazioni personali, le diverse autorità statali e i tribunali civili possano procedere alla protezione e utilizzare i diversi strumenti di tutela per meglio coordinarsi e cooperare tra loro. In primo luogo, in base al significato e al tipo di diritti e interessi alla tutela delle informazioni personali, gli strumenti di protezione corrispondenti alla prevenzione del rischio o alla riparazione del danno devono essere collegati, in secondo luogo, in termini di interpretazione e applicazione della legge, le diverse – numerose – disposizioni relative alla protezione delle informazioni personali devono essere applicate secondo una logica corrispondenza alle singole funzioni. Questione centrale è il funzionamento e coordinamento dei diversi strumenti di tutela civile, penale, amministrativa. Si tratta, quindi, essenzialmente di una questione di coordinamento a livello sistemico interno tra il profilo privato ed il profilo pubblico. Per i danni concreti che si verificano dopo il fatto, in quanto corrispondono alla violazione di diritti e interessi sostanziali di diritto civile individuati e definiti, questi danni alla riservatezza, alla reputazione, alla proprietà com-

portano il possibile attivarsi del contenzioso civile e, a seconda della specifica caratterizzazione dei diritti e degli interessi lesi, diversi sono gli strumenti da attivare ai sensi del Codice civile¹⁹. Logicamente questo approccio rimane circoscritto ai diritti della personalità e riguarda la lesione, la perdita e il danno ai diritti sostanziali civili ma le norme sul trattamento delle informazioni personali sono essenzialmente anche di diritto pubblico con una conseguente regolamentazione ed applicazione.

Nella società contemporanea, il trattamento delle informazioni personali è un'attività svolta su larga scala, sistematica e continua. Pertanto, in termini di logica normativa, le regole sul trattamento delle informazioni personali sono un insieme di norme imperative il cui obiettivo è di salvaguardare la dignità del singolo a livello costituzionale, quale valore fondamentale della comunità. La previsione delle norme sul trattamento delle informazioni personali, la cui violazione può rappresentare un rischio sistemico per i diritti e gli interessi di molti individui, è volta al mantenimento dell'ordine legale stabilito dallo Stato. Tuttavia, l'applicazione in ambito privatistico ed i rimedi di diritto civile sono meccanismi concepiti in via preferenziale ed immediata difficilmente compatibili con l'obiettivo sistemico di mantenere l'ordine pubblico nel trattamento delle informazioni personali quindi a scapito del profilo pubblicistico della tutela. Ciò è confermato dall'esperienza del diritto comparato sul trattamento delle informazioni personali. Nella disciplina europea, ad esempio, la regolamentazione e l'applicazione delle attività di trattamento delle informazioni personali non richiedono necessariamente la prova di una violazione della sfera privata del singolo da parte del responsabile del trattamento, ma sono incentrate sull'obiettivo di preservare l'ordine generale e non si basano sulla previsione di un illecito civile²⁰.

Il regime di responsabilità civile non è, quindi, un meccanismo efficace di controllo del rischio se non quando il rischio di violazio-

¹⁹ WANG LIMING, *Sulla protezione giuridica del diritto all'informazione personale e contiguità con il diritto alla riservatezza*, in *Modern Law*, 2013, n. 4, pp. 62-64.

²⁰ *Handbook on European data protection law*, Luxembourg, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, p. 20.

ne si è concretizzato e le conseguenze del danno si sono verificate. I meccanismi di responsabilità civile e di rivendicazione dei diritti e degli interessi civili possono essere efficaci solo quando le conseguenze del danno sono imminenti o quando si è verificato un danno effettivo per cui è possibile attivare strumenti e meccanismi di difesa quali, ad esempio, ordini di cessazione della violazione, risarcimento del danno, eliminazione degli effetti del danno patrimoniale subito dall'interessato. Al medesimo tempo, di fronte alla difficoltà di provare il danno effettivo, lo Stato può fornire protezione agli individui, ad esempio adottando un meccanismo di spostamento dell'onere della prova e rendendo meno rigida la determinazione del danno all'interesse²¹.

In conclusione, la regolamentazione del rischio di violazione nel trattamento delle informazioni personali e la protezione della dignità a livello costituzionale dovrebbero essere effettuate tenendo conto di questa tutela pubblicistica; quando il danno si verifica successivamente, il meccanismo di responsabilità civile sarà attivato di conseguenza e sarà efficace ma solo successivamente ed in presenza di tutte le condizioni.

6. Conclusioni

Il sistema normativo cinese sulla tutela delle informazioni personali si trova in una fase di evoluzione, assestamento e miglioramento. Se il complesso dei diritti alla protezione delle informazioni personali viene trattato esclusivamente come un diritto della personalità individuale e le violazioni delle norme sul trattamento vengono equiparate agli illeciti civili, ponendo quindi il contenzioso civile al centro degli strumenti di protezione, ciò inibirà e comprimerà il sistema di regolamentazione che a livello sistemico si sta costruendo. È necessario, in ultimo, chiarire il rapporto tra le sanzioni penali ed i rimedi civili. Riguardo al diritto penale la dottrina rileva che una volta accertata la viola-

²¹ *Handbook on European data protection law*, cit., p. 198.

zione, deve applicarsi una pena adeguata secondo il principio di proporzionalità²².

Torniamo all'inizio del discorso. L'art. 1 della Legge sulla protezione delle informazioni personali fissa quale obiettivo la «protezione dei diritti e degli interessi alla tutela delle informazioni personali». L'approccio della Legge è quello di proteggere sistematicamente gli interessi all'autonomia personale, alla tranquillità, all'equità di trattamento e alla sicurezza delle informazioni stabilendo regole di base per il trattamento delle informazioni personali, garantendo alle persone i diritti nel trattamento delle informazioni personali, istituendo meccanismi di supervisione e responsabilità amministrativa. La protezione delle informazioni personali piuttosto che consistere nella tutela di diritti personali degli individui al controllo che la loro raccolta e gestione avvenga in modo corretto, si rinviene nel regolamentare i rischi connessi al trattamento delle informazioni personali e nel prevenire e porre rimedio alle possibili conseguenze delle violazioni derivanti dal trattamento e dall'utilizzo delle informazioni. L'idea che gli interessi giuridici a cui si riferiscono le norme sul trattamento delle informazioni siano considerati come diritti e interessi della personalità è da sola inadeguata, in termini di logica normativa e a livello sistemico e non può soddisfare tutte le esigenze ed istanze – assai più ampie – di un adeguato sistema per la protezione delle informazioni personali.

In termini di contenuto, i diritti e gli interessi alla tutela delle informazioni personali sono strutturati su tre dimensioni: in primo luogo, la dimensione costituzionale, laddove in base ai diversi tipi di rischio di violazione, i diritti e gli interessi alla tutela delle informazioni personali comprendono quello all'autonomia personale, alla tranquillità della vita, all'equo trattamento e alla sicurezza delle informazioni, che si basano sul diritto fondamentale alla dignità; in secondo luogo, la dimensione del diritto civile, laddove i diritti e gli interessi alla tutela delle informazioni personali comprendono quello alla riservatezza e alla reputazione; in terzo luogo, la dimensione del diritto amministrativo, in cui i diritti delle persone al corretto tratta-

²² ZHANG MINGKAI (张明楷), *Protezione degli interessi legali e principio di proporzionalità*, in *Social science in China*, 2017, n. 7, p. 94.

mento delle informazioni personali sono gli elementi costitutivi dell'ordine giuridico costruito dallo Stato. La struttura multistrato dei diritti e degli interessi impone anche requisiti normativi per l'armonizzazione ed il coordinamento di più strumenti di protezione.

Il chiarire la connotazione dei diritti e degli interessi alla tutela delle informazioni personali e l'abbinamento degli strumenti di protezione corrispondenti ai diversi ambiti di protezione contribuiranno a migliorare la natura scientifica del sistema giuridico di protezione delle informazioni personali e a migliorare l'ordine e la logica di applicazione della legge sulla protezione delle informazioni personali, del diritto penale, del codice civile, della Legge sulla sicurezza delle reti, della Legge sulla sicurezza dei dati, della Legge sulla protezione dei diritti dei consumatori e di altre disposizioni pertinenti, in modo da formare infine un apparato normativo che copra l'intero ecosistema di questa complessa materia.

LA LOTTA AL CAMBIAMENTO CLIMATICO NEL CONTESTO
DELL'EU-CHINA COMPREHENSIVE AGREEMENT ON INVESTMENT

*Barbara Verri**

1. *Il nuovo accordo globale in materia di investimenti tra l'Unione Europea e la Cina*

Negli ultimi decenni le relazioni tra Unione Europea e Cina in ambito di investimenti hanno conosciuto un notevole incremento: prendendo a riferimento l'ultimo ventennio, i flussi cumulativi degli investimenti diretti esteri dall'UE alla Cina hanno raggiunto la soglia di oltre 140 miliardi di euro, mentre quelli degli investimenti cinesi verso l'UE quasi i 120 miliardi di euro¹. Il progressivo rafforzamento delle relazioni economiche tra l'UE e la Cina è stato incoraggiato anche dalla proficua attività di cooperazione e dialogo che a partire dal 1985 ha visto, con la firma dell'Accordo di cooperazione commerciale ed economica tra la Comunità Economica Europea e la Repubblica Popolare Cinese, un crescente impegno tra le due parti ad

* Ricercatrice junior a tempo determinato, Università di Bologna. La pubblicazione è stata realizzata da ricercatrice con contratto di ricerca cofinanziato dall'Unione europea - PON Ricerca e Innovazione 2014-2020 ai sensi dell'art. 24, comma 3, lett. a), della Legge 30 dicembre 2010, n. 240 e s.m.i. e del D.M. 10 agosto 2021 n. 1062.

¹ Sono i dati richiamati dalla Commissione europea proprio nel comunicato stampa del 30 dicembre 2020 in cui si illustravano le principali caratteristiche dell'EU-China Comprehensive Agreement on Investment (v. COMMISSIONE EUROPEA, *Key elements of the EU-China Comprehensive Agreement on Investment*, 2020, disponibile all'indirizzo https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_2542).

adottare politiche e misure congiunte in tale ambito. In questo contesto di fitte relazioni economiche e diplomatiche, nel 2012 all'esito del Quattordicesimo *EU-China Summit* è stata annunciata l'intenzione di aprire le negoziazioni per definire un nuovo accordo bilaterale diretto a promuovere e facilitare gli investimenti². Dopo sette anni di complesse trattative e 35 *round* di negoziati³, il 30 dicembre 2020 l'UE e la Cina hanno concluso, in linea di principio, un accordo globale in materia di investimenti denominato *EU-China Comprehensive Agreement on Investment* (CAI).

Secondo quanto proclamato dall'art. 1, il CAI ha il preciso obiettivo di delineare le disposizioni necessarie per la liberalizzazione degli investimenti. Il fine ultimo che si intende raggiungere è, infatti, la realizzazione di un quadro giuridico comune⁴ in grado di garantire un migliore accesso al mercato e condizioni di parità tra investitori europei e cinesi. Da un punto di vista del contenuto, il CAI adotta un approccio molto ampio, andando oltre gli aspetti che tradizionalmente sono oggetto dei trattati sugli investimenti e abbracciando tematiche di largo respiro che rendono l'accordo del tutto peculiare rispetto ad altri trattati del medesimo genere⁵. Infatti, nelle sei sezioni (e i due allegati finali) che compongono l'accordo globale vengono incluse sia disposizioni che usualmente si trovano in accordi in ambito di scambi commerciali, come l'accesso al mercato per i servizi, sia disposizioni che riguardano aspetti solitamente non oggetto diretto dei trattati economici, come lo sviluppo sostenibile. Il CAI, dunque, rappresenta non solo un'importante tappa nelle relazioni di investimento tra l'UE e la Cina, ma anche un'interessante novità nel più generale panorama

² V. CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Joint Press Communiqué of the 14th EU-China Summit*, 2012, disponibile all'indirizzo www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_Data/docs/pressdata/EN/foraff/127967.pdf.

³ Per una ricostruzione sui negoziati v. S. ABGARYAN, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment in the Context of Chinese Bilateral Investment Treaty Program with the EU Countries*, in *Indian Journal of International Law*, 2018, pp. 172-173.

⁴ Il CAI, infatti, quando entrerà in vigore sostituirà tutti i trattati di investimento bilaterali conclusi tra la Cina e i singoli Stati Membri dell'UE.

⁵ Sul punto v. G.M. VACCARO-INCISA, W. GIEMZA, *Economic Integration via Novel Investment Agreements: CAI's Focus on Market Access vis-à-vis the Current Bilateral Investment Treaties Between China and European Union Member States*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2022, pp. 521-544.

dei trattati economici internazionali⁶. Nonostante i negoziati si siano conclusi già da tempo, il CAI non è ancora definitivo⁷ poiché l'accordo dovrà essere sottoposto da entrambe le parti al necessario processo di approvazione e ratifica. Tuttavia, tale processo, a causa degli attuali rapporti diplomatici complessi e le emergenti tensioni nel contesto geopolitico, ha subito una significativa battuta di arresto⁸ e, conseguentemente, il futuro del CAI è oggi alquanto incerto.

2. Investimenti e sostenibilità ambientale nel CAI

Tra gli aspetti più innovativi che caratterizzano l'accordo globale vi è la marcata attenzione posta al tema della sostenibilità negli investimenti. Nel corso dei negoziati il Parlamento europeo aveva, infatti, espressamente indicato quale condizione preliminare per la conclusione dell'accordo con la Cina la necessità di includere un risoluto impegno a promuovere lo sviluppo sostenibile e inclusivo nelle sue dimensioni economica, sociale e ambientale⁹. Dal punto di vista dell'UE, l'inserimento di previsioni sulla sostenibilità nei trattati economici rappresenta ormai una costante¹⁰. Dal punto di vista della

⁶ V. J. CHAISSE, M. BURNAY, *CAI's Contribution to International Investment Law: European, Chinese, and Global Perspectives*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2022, p. 500, in cui il CAI viene definito come un accordo "spartiacque" rispetto sia alle relazioni bilaterali di investimento tra l'UE e la Cina, sia al diritto internazionale degli investimenti.

⁷ Il testo dell'accordo, nella sua formulazione ancora provvisoria, è stato pubblicato dalla Commissione europea il 22 gennaio 2021 ed è disponibile all'indirizzo https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/china/eu-china-agreement/eu-china-agreement-principle_en.

⁸ V. Risoluzione del Parlamento europeo del 20 maggio 2021 sulle contro-sanzioni cinesi nei confronti di entità dell'UE, di deputati al Parlamento europeo e di deputati nazionali (2021/2644(RSP)), con la quale il Parlamento europeo ha dichiarato «la sospensione di qualsiasi valutazione riguardo all'accordo globale UE-Cina in materia di investimenti».

⁹ V. Risoluzione del Parlamento europeo del 9 ottobre 2013 sui negoziati UE-Cina in vista di un accordo bilaterale in materia di investimenti (2013/2674(RSP)), par. 22.

¹⁰ Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'UE ha intensificato la promozione dei propri valori anche nelle sue azioni esterne e, conseguentemente,

Cina, invece, questa circostanza costituisce una significativa novità essendo il CAI il primo accordo economico di cui è parte la Repubblica popolare nel quale lo sviluppo sostenibile trova una sua autonoma collocazione e formulazione¹¹.

Il CAI si occupa di sostenibilità degli investimenti già nel preambolo, sancendo la necessità di un impegno non solo da parte dell'UE e della Cina a rafforzare le loro relazioni economiche, commerciali e di investimento perseguendo l'obiettivo dello sviluppo sostenibile, ma anche delle imprese e degli investitori a rispettare la responsabilità sociale d'impresa e assumere condotte imprenditoriali responsabili.

Il fulcro della disciplina in materia di sviluppo sostenibile è contenuto nella Sezione IV dell'accordo (denominata *Investment and sustainable development*) che ha la precisa finalità di dettare regole rivolte, da una parte, a definire il ruolo di Stati e investitori nell'attuazione dello sviluppo sostenibile e, dall'altra parte, a precisare le misure da adottare a tal fine. La Sezione IV si apre richiamando i più rilevanti documenti internazionali in materia di sostenibilità¹² che, pertanto, costituiscono le fondamenta su cui costruire lo sviluppo sostenibile delineato nel CAI. È, tuttavia, opportuno precisare che l'accordo globale, pur richiamando il generale concetto di sviluppo sostenibile, circoscrive le sue priorità unicamente a due aspetti, ossia la protezione ambientale e il lavoro. Infatti, la Sezione IV è suddivisa in quattro sottosezioni¹³ di cui le due centrali sono dedicate, ri-

negli ultimi decenni gli accordi economici siglati includono spesso anche disposizioni relative ai c.d. *Non-Trade Policy Objectives* (su tale aspetto si rinvia a I. BORCHERT, P. CONCONI, M. DI UBALDO, C. HERGHELEGIU, *The Pursuit of Non-Trade Policy Objectives in EU Trade Policy*, in *World Trade Review*, 2021, pp. 623-647).

¹¹ È però opportuno ricordare che negli ultimi anni la Cina ha iniziato ad adottare politiche e iniziative in ambito di investimenti anche all'estero sempre più attente alla sostenibilità (come, ad esempio, promovendo la c.d. *Green Belt and Road*) e inserendo il richiamo allo sviluppo sostenibile in alcuni accordi economici (come, ad esempio, l'accordo di libero scambio siglato con la Cambogia).

¹² Sono, ad esempio, richiamati l'Agenda 21 su ambiente e sviluppo del 1992, il Piano di attuazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile del 2002, il documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile *The Future We Want* del 2012 e l'Agenda 2030 delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile e i suoi obiettivi di sviluppo sostenibile.

¹³ Nello specifico, la prima sottosezione è rivolta a delimitare il contesto e gli obiettivi, la seconda a investimenti e ambiente, la terza a investimenti e lavoro,

spettivamente, a investimenti e ambiente (Sottosezione 2) e a investimenti e lavoro (Sottosezione 3). Con riferimento alla parte dedicata all'ambiente, dal punto di vista del contenuto troviamo disposizioni dirette a garantire il diritto di ciascuna parte a regolamentare in modo autonomo i livelli di protezione in campo ambientale¹⁴, a imporre obblighi per assicurare elevati livelli di protezione e far rispettare efficacemente le leggi domestiche in materia¹⁵, a promuovere il dialogo e la cooperazione¹⁶, ad attuare efficacemente gli accordi multilaterali ratificati da ciascuna parte nel settore ambientale¹⁷, e, da ultimo, a promuovere gli investimenti a favore della crescita verde¹⁸.

Un'ultima previsione a chiusura dei meccanismi in ambito di sostenibilità del CAI è contenuta nelle disposizioni finali, precisamente nella Sezione VI, in cui si prevede l'istituzione di un organismo *ad hoc*, il *Working Group on Sustainable Development*, che ha il compito di monitorare e favorire il confronto tra le parti circa l'attuazione delle disposizioni dell'accordo sullo sviluppo sostenibile. Rispetto ad altri accordi internazionali che includono disposizioni in materia di sostenibilità, il CAI pertanto non si limita prevedere norme rivolte agli investitori per promuovere lo sviluppo sostenibile, ma ha una portata più ampia poiché aggiunge a tale disciplina meccanismi complementari diretti a risolvere eventuali contrasti secondo procedure trasparenti¹⁹ e a monitorare l'attuazione attraverso la cooperazione e il dialogo tra le parti²⁰.

mentre l'ultima al meccanismo di risoluzione in caso di disaccordo sulle questioni trattate nella Sezione IV.

¹⁴ Art. 1, Sottosezione 2.

¹⁵ Art. 2, Sottosezione 2.

¹⁶ Art. 3, Sottosezione 2.

¹⁷ Art. 4, Sottosezione 2.

¹⁸ Art. 5, Sottosezione 2.

¹⁹ V. X. QIAN, *Scoping the impact of the Comprehensive Agreement on investment: liberalization, protection, and dispute resolution in the next era of EU-China relations*, in *Asia Pacific Law Review*, 2022, p. 106.

²⁰ V. J. CHAISSE, *FDI and sustainable development in the EU-China investment treaty: Neither high nor low, just realistic expectations*, in *Columbia FDI Perspectives*, 2022, n. 323, p. 2.

3. *Il CAI e la questione dell'emergenza climatica*

Nel preambolo (settimo paragrafo) e nella Sezione IV (art. 6) il CAI compie un espresso riferimento alla necessità di promuovere gli investimenti anche al fine di contrastare il cambiamento climatico. Accanto a ciò, nella Sezione I, all'art. 1, viene riconosciuto il diritto delle parti di regolare e definire all'interno dei rispettivi territori i propri obiettivi politici legittimi, tra i quali viene menzionata anche la lotta al surriscaldamento globale. Le ragioni che hanno determinato l'inserimento dei molteplici richiami al cambiamento climatico nel testo del CAI possono essere facilmente percepite. È, infatti, ormai pacifico che per ridurre le emissioni ed evitare danni irreversibili al pianeta sono necessarie azioni immediate da parte di tutti gli Stati – sia a livello locale, sia a livello internazionale – rivolte anche all'adozione di politiche e misure congiunte²¹. L'urgenza di dare un'efficace risposta alla questione del cambiamento climatico è stata quindi chiaramente avvertita anche nel corso dei negoziati del CAI. Infatti, nel disciplinare le relazioni di investimento tra l'UE e la Cina è stato ritenuto opportuno inserire un'autonoma disposizione nella Sezione sullo sviluppo sostenibile dedicata al cambiamento climatico al fine di coniugare la promozione degli investimenti alla lotta al surriscaldamento globale.

L'art. 6 si compone di due parti: una prima parte in cui viene ribadita l'importanza degli obiettivi fissati nella Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici e nell'Accordo di Parigi; una seconda in cui sono fissati tre diversi impegni al fine di potenziare il contributo degli investimenti alla mitigazione e all'adattamento ai cambiamenti climatici.

Rispetto a questa seconda parte, il primo impegno previsto è quello di attuare in modo efficace la Convenzione quadro delle Nazioni Unite e il successivo Accordo di Parigi, anche con riferimento

²¹ V. l'ultimo rapporto predisposto dall'Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) secondo cui sono necessarie transizioni rapide e di ampia portata in tutti i settori e i sistemi per ottenere riduzioni significative e durature delle emissioni e garantire così un futuro vivibile e sostenibile per tutti (IPCC, *Synthesis Report of the IPCC Sixth Assessment Report, 2023*, disponibile all'indirizzo www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf).

agli specifici obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni: dunque, quanto all'UE di ridurre entro il 2030 le emissioni di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990²², mentre quanto alla Cina di raggiungere, tra i vari obiettivi nazionali fissati, la neutralità carbonica prima del 2060²³. Il secondo impegno riguarda la promozione degli investimenti idonei a favorire la mitigazione e l'adattamento ai cambiamenti climatici. Tale promozione deve avere ad oggetto non solo investimenti in beni e servizi in grado di rispettare il clima (come, ad esempio, energie rinnovabili, tecnologie a basse emissioni, ecc.), ma anche l'adozione di politiche favorevoli alla diffusione di tecnologie in grado di rispondere all'emergenza climatica. L'ultimo impegno è dedicato alla cooperazione tra l'UE e la Cina rispetto alle tematiche che legano, da una parte, gli investimenti e, dall'altra parte, le politiche e le misure sui cambiamenti climatici. È interessante notare che la norma precisa che tale impegno deve essere rivolto a rafforzare la cooperazione sia nella dimensione multilaterale sia in quella bilaterale. Con riferimento a tale aspetto, nel contesto multilaterale l'UE e la Cina sono già da tempo protagoniste indiscusse della *governance* climatica. La Cina, in particolare dopo l'Accordo di Parigi, è particolarmente attiva a livello internazionale e ha notevolmente incrementato le proprie azioni a difesa del clima. Questo impegno a livello multilaterale si è riprodotto anche nel contesto della cooperazione bilaterale dove il dialogo tra l'UE e la Cina in materia climatica ha radici lontane in vari programmi e iniziative quali, ad esempio, l'*EU-China Partnership on Climate Change* che dal 2005 ha fornito il quadro politico ad alto livello per la cooperazione e il dialogo in materia climatica²⁴.

²² V. *Update of the NDC of the European Union and its Member States*, disponibile all'indirizzo https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/EU_NDC_Submission_December%202020.pdf.

²³ V. *China's Achievements, New Goals and New Measures for Nationally Determined Contributions*, disponibile all'indirizzo <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/China's%20Achievements%20New%20Goals%20and%20New%20Measures%20for%20Nationally%20Determined%20Contributions.pdf>.

²⁴ Sulle relazioni climatiche tra l'UE e la Cina nei contesti bilaterali e multilaterali v. M. LOCATELLI, *The EU, China and Climate Action: Time to "Turn Up the Heat" on Climate Cooperation*, in *Briefing Paper*, 2020, disponibile all'indirizzo

Dal punto di vista della natura degli impegni definiti nell'art. 6 è opportuno, tuttavia, fare alcune considerazioni. Infatti, nonostante la formulazione della norma utilizzi il verbo modale “*shall*” per introdurre i tre impegni descritti, occorre compiere una distinzione. Costituisce di certo obbligo vincolante quello di attuare la Convenzione quadro delle Nazioni Unite e l'Accordo di Parigi, ivi inclusi gli specifici obiettivi nazionali di riduzione delle emissioni²⁵. Ciò in quanto la norma richiama, di fatto, doveri già assunti dalle parti in altri accordi internazionali. Gli ulteriori impegni, invece, nella loro sostanza sono del tutto generici e non impongono precisi obiettivi da raggiungere, né tantomeno conseguenze in caso di mancata realizzazione. Sono, infatti, previsioni dirette a “promuovere” o “facilitare” gli investimenti sostenibili per contrastare il cambiamento climatico ovvero a sviluppare iniziative e politiche climatiche comuni. L'approccio adottato dal CAI può essere, dunque, definito come “massimo impegno” delle parti per raggiungere i risultati fissati. È di tutta evidenza che questo rende molto più complessa l'attuazione concreta del contenuto previsto dall'art. 6²⁶ poiché viene lasciata ampia discrezione sia sulle modalità di attuazione di tali impegni, sia sul livello di protezione del clima da raggiungere.

Alla luce di ciò è possibile, pertanto, osservare che il CAI, da una parte, potrebbe rappresentare un valido strumento per rafforzare la lotta al cambiamento climatico anche come fonte integrativa a supporto dei già esistenti obblighi assunti dell'UE e della Cina in altri accordi internazionali²⁷; dall'altra parte, l'attuazione concreta

<https://eias.org/publications/briefing-paper/the-eu-china-and-climate-action-time-to-turn-up-the-heat-on-climate-cooperation/>.

²⁵ Così, infatti, recita la norma «[...] each party shall: effectively implement the UNFCCC and the Paris Agreement adopted thereunder, including its commitments with regard to its Nationally Determined Contributions».

²⁶ Per una riflessione sulla difficoltà di attuazione degli impegni contenuti nella Sezione IV del CAI, v. L. COTULA, *EU-China Comprehensive Agreement on Investment: An Appraisal of its Sustainable Development Section*, in *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 363 ss.

²⁷ Su questi aspetti v. H. ANDERSEN, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) and Climate Protection: A Brief Descriptive Overview of CAI Climate Regulation and its Legal Context*, in *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 21-13*, 2021, pp. 5 ss., disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=3979107>.

delle misure previste dall'accordo globale a tutela del clima dipenderà largamente dalle specifiche azioni intraprese a livello domestico dai singoli Stati, con la conseguenza che un importante ruolo sarà rivestito anche dal quadro normativo interno in materia di lotta al cambiamento climatico.

4. Cina e lotta al cambiamento climatico: uno sguardo d'insieme

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto se si rivolge l'attenzione alla situazione presente in Cina – la nazione con il livello più elevato di emissioni di gas serra al mondo – è possibile osservare che negli ultimi anni il Paese di mezzo ha mostrato una crescente attenzione alla tematica del cambiamento climatico e, più in generale, della protezione ambientale²⁸. Ciò in quanto dopo oltre mezzo secolo in cui l'approccio seguito è stato “*pollute first, control later*”, la Cina è stata posta di fronte a un'emergenza ambientale senza precedenti che ha comportato costi enormi non solo da un punto di vista strettamente ambientale ma anche economico. Con riferimento al cambiamento climatico ogni anno si registrano danni incommensurabili causati da condizioni meteorologiche estreme come inondazioni e siccità. Questa maggiore attenzione all'ambiente e al clima si è tradotta nel sistema giuridico cinese nell'adozione di una serie di politiche e misure, anche sul piano normativo, al fine di dare una decisa risposta a tale emergenza e tanto non solo sul piano interno, ma anche sul piano internazionale nel cui conteso la Cina è sempre più determinata ad affermare il suo ruolo guida come attore di maggior spicco nella *governance* climatica globale²⁹.

²⁸ La necessità di modificare il tradizionale modello di sviluppo – fortemente basato su industrie con un elevato consumo di risorse e di energia (in particolare di origine fossile, come il carbone) – è stata rafforzata con l'introduzione della civiltà ecologica che costituisce la più recente strategia nazionale di riferimento indirizzata a coniugare la crescita economica con la salvaguardia dell'ambiente.

²⁹ Su questa evoluzione v. J. YANG, *Understanding China's changing engagement in global climate governance: a struggle for identity*, in *Asia Europe Journal*, 2022, pp. 357-376.

Un primo passo in questa direzione è stato realizzato nel 2007 con la pubblicazione da parte della Commissione Nazionale per lo Sviluppo e le Riforme del *China's National Program on Climate Change* in cui, pur riconoscendo l'impegno della Cina nella lotta al cambiamento climatico secondo il principio delle responsabilità comuni ma differenziate, sono state delineate le prime politiche e misure (anche economiche) per affrontare l'emergenza climatica³⁰. Due anni dopo la diffusione di questo programma, una risoluzione adottata dal Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo ha posto le basi per rafforzare il quadro giuridico attraverso sia una revisione della normativa esistente, sia l'introduzione di nuove leggi in materia climatica³¹. A seguito della risoluzione, nel 2010 è stata così annunciata l'iniziativa di elaborare una specifica legge per contrastare i cambiamenti climatici. Nel 2012 è stata, quindi, pubblicata una prima bozza che, tuttavia, non è stata mai successivamente discussa³². Con riferimento alle fonti che si occupano di emergenza climatica, pertanto, ad oggi non vi è una legge specifica avente ad oggetto il cambiamento climatico. Il quadro giuridico in materia climatica è, quindi, frammentato in diverse normative³³.

³⁰ A partire dal Dodicesimo Piano Quinquennale (2011-2015) il cambiamento climatico è stato altresì incluso tra gli obiettivi di sviluppo economico da raggiungere. Su questo aspetto e sulla ricostruzione delle politiche e misure in ambito di clima, v. Y. ZHAO, *Climate Change Mitigation – Law and Policy Development in China*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2015, pp. 309 ss.

³¹ Risoluzione del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo sull'adozione di risposte attive al cambiamento climatico, adottata alla decima sessione del Comitato Permanente dell'undicesima Assemblea Nazionale del Popolo il 27 agosto 2009.

³² Nel 2016 è stata, invece, inclusa nell'agenda legislativa la formulazione di una Legge sulla risposta ai cambiamenti climatici (sul punto v. J. LI, *Climate Change Litigation: A Promising Pathway to Climate Justice in China?*, in J. LIN, D. KY SAR (eds.), *Climate Change Litigation in the Asia Pacific*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 332).

³³ Per una ricostruzione dettagliata sulle fonti che compongono la legislazione climatica nel sistema cinese v. A. LIU, *China's Legal System: Sources of Law and Institutions Related to Climate Change*, in X. HE, H. ZHANG, A. ZAHAR (eds.), *Climate Change Law in China in Global Context*, Londra-New York, Routledge, 2020. Tuttavia, un'altra importante componente per contrastare la lotta al cambiamento climatico è rappresentata dal contenzioso climatico: su tale aspetto v. J. LI, cit., pp. 331-364.

Tra queste vi sono, innanzitutto, le leggi in materia di protezione ambientale in cui troviamo disposizioni dirette a ridurre le emissioni ovvero stabilire misure per l'adattamento, come la Legge sulla prevenzione e il controllo dell'inquinamento atmosferico (emendata nel 2015 proprio al fine di inserire disposizioni specifiche dirette al controllo degli agenti atmosferici inquinanti e dei gas a effetto serra, nonché dirette alla riduzione dell'inquinamento e delle emissioni di carbonio), la Legge sull'economia circolare e la Legge sulla promozione di una produzione più pulita. Vi sono poi le leggi in materia di energia³⁴ che contengono disposizioni rivolte ad aumentare l'uso di energie rinnovabili e l'efficienza energetica, come, ad esempio, la Legge sulla conservazione dell'energia e la Legge sulle energie rinnovabili.

Accanto alle leggi si trovano numerosi regolamenti e misure amministrative, tra i quali si ricordano i regolamenti adottati per realizzare i programmi pilota per istituire sistemi locali di scambio di emissioni di carbonio, i quali rappresentano certamente un importante strumento basato sul mercato per contrastare l'emergenza climatica. Nel 2013 sono stati, infatti, avviati sette programmi pilota in due province (Hubei e Guangdong) e cinque città (Pechino, Shanghai, Tianjin, Chongqing e Shenzhen), destinati a porre le basi per istituire il futuro sistema di scambio di emissioni a livello nazionale. Tale sistema a livello nazionale, che oggi è tra i più grandi mercati di carbonio a livello mondiale, ha iniziato a prendere forma nel 2017³⁵ e nel febbraio 2021 sono entrate in vigore le *National Carbon Emissions Trading Management (Trial) Measures*.

Il quadro normativo sul clima è, infine, completato da diversi regolamenti adottati a livello provinciale quali, nello specifico, le misure di risposta ai cambiamenti climatici promulgate dalla provin-

³⁴ V. X. HE, *Legal and Policy Pathways of Climate Change Adaptation: Comparative Analysis of the Adaptation Practices in the United States, Australia and China*, in *Transnational Environmental Law*, 2018, pp. 354 ss., il quale afferma proprio che le azioni della Cina per affrontare il cambiamento climatico si sono concentrate principalmente sulla produzione di energia e sull'efficienza energetica.

³⁵ Sulla creazione del sistema di scambio di emissioni in Cina dai progetti pilota locali al sistema nazionale v. J. LI, Y. YAO, X. WANG, *The First Compliance Cycle of China's National Emissions Trading Scheme: Insights and Implications*, in *Carbon Neutrality*, 2022.

cia di Qinghai nel 2010 e dalla provincia di Shanxi nel 2011. Tali misure hanno il pregio di affrontare l'emergenza climatica nella sua dimensione locale attraverso l'adozione di misure *ad hoc* modellate per il contesto specifico³⁶.

Da questa breve ricostruzione delle fonti in ambito cambiamento climatico è possibile osservare che, pur in assenza di una legge organica, la normativa cinese è alquanto articolata e ricopre diversi aspetti. Tuttavia, sono ancora presenti molte lacune nel sistema, *in primis* da un punto di vista dell'attuazione concreta delle norme. Infatti, non si può non ricordare che una delle principali criticità riscontrate, in generale, nella legislazione cinese in ambito ambientale è la carenza di una effettiva applicazione della stessa³⁷. Nonostante i tentativi di far fronte a queste note insufficienze applicative, la situazione è ancora oggi in fase di assestamento. Gli stessi rapporti sullo stato dell'ecologia e dell'ambiente pubblicati annualmente dal Ministero dell'ecologia e dell'ambiente cinese continuano a rilevare una situazione ambientale generale che rimane critica³⁸. L'efficace implementazione delle norme ambientali costituisce, pertanto, ancora oggi una sfida aperta per il sistema giuridico cinese.

³⁶ Così la provincia di Qinghai per proteggere il suo ecosistema particolarmente vulnerabile ha incentrato le misure sulla valutazione del rischio climatico e sul miglioramento della stabilità ecologica, mentre la provincia di Shanxi per fronteggiare la scarsità d'acqua ha focalizzato le azioni sullo sviluppo di tecnologie indirizzate al risparmio idrico e ad aumentare la capacità dell'agricoltura di resistere agli eventi climatici (v. X. HE, cit., pp. 354 ss.).

³⁷ Su questo aspetto la letteratura è molto ampia; tra i tanti si rinvia a M. LU, M. FAURE, *Does the tiger have teeth? A critical examination of the toolbox approach of environmental law enforcement in China*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2022, pp. 89-102, D. CARPENTER-GOLD, *Castles Made of Sand: Public-Interest Litigation and China's New Environmental Protection Law*, in *Harvard Environmental Law Review*, 2015, pp. 241-274, e R. STERN, *Environmental litigation in China: A study in political ambivalence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. Sulla efficacia, specialmente da un punto di vista sanzionatorio, delle misure nazionali sul sistema di scambio di emissioni di carbonio, v. S. GERDE, H. ZHANG, *Legal Enforcement of the National Emissions Trading Scheme and the Environmental Protection Tax in China: Heavy Hand or Light Touch?*, in *The Chinese Journal of Comparative Law*, 2022, pp. 246-273.

³⁸ V. M. LU, M. FAURE, cit., pp. 89 ss.

5. Osservazioni finali

Alla luce di quanto sopra illustrato è possibile trarre alcune osservazioni, di carattere preliminare, sul CAI e sul suo possibile contributo alla lotta al cambiamento climatico.

Da una parte, il CAI riveste una valenza significativa poiché ha introdotto in un accordo in materia di investimenti con la Cina una sezione interamente dedicata alla sostenibilità al cui interno è contenuta una specifica disposizione sul cambiamento climatico. Questa circostanza costituisce un importante segnale circa la condivisione in questo ambito di medesimi valori e medesime prospettive tra l'UE e la Cina³⁹. Inoltre, il CAI, attraverso gli impegni in esso fissati, potrebbe contribuire all'adozione di nuove misure per ridurre l'impatto dell'uomo sul clima; e tanto anche in assenza di una stretta vincolatività di tali impegni. Infatti, occorre ricordare che importanti strumenti per affrontare il problema del surriscaldamento globale sono spesso contenuti in misure di *soft law*. Parimenti, anche da un punto di vista degli strumenti di *hard law* il nuovo accordo globale potrebbe giocare un ruolo importante. Infatti, richiamando le parti al rispetto della Convenzione quadro delle Nazioni Unite e dell'Accordo di Parigi, il CAI – grazie anche ai suoi meccanismi per risolvere le controversie in ambito di sostenibilità – potrebbe costituire un valido strumento per rafforzare l'implementazione di tali accordi ovvero integrare il contenuto di altri trattati che non si occupano direttamente della questione⁴⁰.

Dall'altra parte, l'art. 6 del CAI è innegabilmente una disposizione molto generica, dal contenuto per certi aspetti vago e sprov-

³⁹ V. X. QIAN, *Investment for Green Growth: An Analysis of the CAI Environmental Provisions*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2022, p. 631.

⁴⁰ V. H. ANDERSEN, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) and Climate Protection: When, Where, and How?*, in *Copenhagen Business School, CBS LAW Research Paper No. 22-07*, 2022, disponibile all'indirizzo <https://ssrn.com/abstract=4096000>. Come è stato osservato dall'autore nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio non esiste un accordo specifico in materia di protezione ambientale poiché l'ambiente, in tale contesto, costituisce una mera eccezione alle regole commerciali generali (v. H. ANDERSEN, *The EU-China Comprehensive Agreement on Investment (CAI) and Climate Protection*, cit., p. 8).

vista di meccanismi coercitivi per realizzare o far rispettare gli impegni ivi contenuti⁴¹. Pertanto, il CAI, oltre a ribadire e rafforzare la realizzazione di vincoli già assunti con la Convenzione quadro delle Nazioni Unite e l'Accordo di Parigi, in realtà finisce per non imporre alle parti alcun specifico obbligo ulteriore per combattere il cambiamento climatico. Questo ovviamente condiziona l'effettiva incidenza dell'art. 6 del CAI la cui attuazione dipenderà largamente dall'iniziativa delle parti stesse, nonché dalla capacità del quadro giuridico domestico di rispondere agli impegni previsti dall'accordo. Quest'ultima capacità dovrà poi essere valutata non solo sul piano strettamente formale ma anche (e soprattutto) sul piano sostanziale al fine di evitare – come visto per l'ordinamento cinese – inadeguatezze dal punto di vista dell'effettiva applicazione delle norme a tutela del clima.

In conclusione, pur essendo il futuro del CAI ad oggi ancora molto incerto, è possibile ritenere che la sua attuazione potrebbe rappresentare un'importante occasione sia per unire gli sforzi dell'UE e della Cina nella lotta al cambiamento climatico e rafforzare i loro impegni assunti a livello internazionale, sia per dare un impulso a migliorare il quadro normativo interno al fine di ottemperare agli impegni previsti nell'accordo. Tuttavia, una valutazione ponderata dell'impatto del CAI potrà essere svolta solo quando (e se) tale accordo globale entrerà effettivamente in vigore.

⁴¹ È stato, infatti, osservato che l'assenza di obblighi vincolanti per gli investitori comporta, di fatto, un ostacolo alla realizzazione di investimenti sostenibili (su tale aspetto v. D.N. DAGBANJA, *The CAI and Sustainable Development*, in *Journal of World Investment & Trade*, 2022, pp. 578 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, 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, Collana “Le lingue del diritto”, 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, pp. 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, Collana “Diritto privato comparato”, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 240.

Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, special issue, Italian National Reports – International Academy of Comparative Law – XXth International Congress, Fukuoka 2018, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, pp. 504.

Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2019 – Parte I, Nuovi percorsi di diritto comparato, a cura di Katia FIORENZA, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019, pp. 585.

Il diritto oltre lo Stato. Atti del VI Convegno Nazionale SIRD. Firenze, 25-27 ottobre 2018, a cura di Michele GRAZIADEI e Vittoria BARSOTTI, Collana “Comparazione e cultura giuridica”, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 240.

Rapports Nationaux Italiens au XXI^e Congrès International de Droit Comparé - Asunción 2022/Italian National Reports to the XXI International Congress of Comparative Law - Asunción 2022, a cura di Michele GRAZIADEI e Marco TORSSELLO, Collana del Dipartimento di studi giuridici dell’Università di Verona, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022, pp. X-838.

Sostenibilità globale e culture giuridiche comparate Atti del Convegno SIRD – Milano, 22 aprile 2022, a cura di Sabrina LANNI, Collana del Dipartimento di Studi giuridici e storico-politici dell’Università Statale di Milano, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 560.

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGOLZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.

47. MENGGOZZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGGOZZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI E., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggjo*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI E., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini. I. Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore, I*, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni Parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEO M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA E., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione. Ristampa*, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiussoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. GIUSTIZIA senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO E., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI E., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI E., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'omo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., «Proxenetes est in tractando». *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multa scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrare. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI F., *Giustiniano, gli argentari e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granital Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstita in età tardoantica e giustiniana*, 2022.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Έχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCCHEGIANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.

315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. CAVINA M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. PACILLI M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. MENGOSI P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, 2022.
321. TOMER A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. MULAZZANI G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. VISCONTI A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. PEDULLÀ A., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'ANGELO G. (edited by), *Aspects of customs control practices in selected EU member states*, 2023.
327. DE PETRIS A.L., *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.
328. MEDICO F., *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, 2023.
329. SANTANGELO A., *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, 2023.
330. ALBANESE A., *Quod nullum est nullum producit effectum? I vizi del contratto e la forza del fatto*, 2023.
331. PONTORIERO I., VEGLIA M. (a cura di), *«E sarai meco senza fine cive». Temi, personaggi e fortuna della cultura politica e giuridica di Dante*, 2023.
332. GUSTAPANE A., *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali tra insindacabilità legislativa, imparzialità giudiziaria e discrezionalità amministrativa*, 2023.
333. GRAZIADEI M., TIMOTEO M., CARPI A. (a cura di), *Chi resiste alla globalizzazione? Globalismi, regionalismi, nazionalismi nel diritto del XXI secolo*, 2023.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2023
per i tipi di Bologna University Press