

Scienze
giuridiche



ESPERIENZE GIURIDICHE IN DIALOGO

Il ruolo della comparazione

A CURA DI

Michele Graziadei e Alessandro Somma

Esperienze giuridiche in dialogo

Il ruolo della comparazione

a cura di

Michele Graziadei e Alessandro Somma



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2024

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

Copyright © 2024

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

Registry of Communication Workers registration n. 11420

ISBN 978-88-9377-310-2

DOI 10.13133/9788893773102

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



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

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

Indice

INTRODUZIONE

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

Alessandro Somma

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

IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Mauro Grondona

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

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

Roberta Peleggi

1. Considerazioni introduttive 47

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

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

IL PUNTO DI VISTA DEL DIRITTO PUBBLICO

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

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

Introduzione

Dialogo tra esperienze giuridiche e comparazione: verso nuovi paradigmi?

Alessandro Somma

1. Modalità e canali del dialogo tra esperienze giuridiche

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

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

Altrimenti detto, non vi è solamente un ricorso dovuto alla comparazione, come quello prescritto dalle disposizioni volte a disciplinare la soluzione di controversie che presentano elementi di internazionalità. Esso ricorre invero con crescente intensità in situazioni nelle quali se ne sottolinea la rilevanza quale espediente retorico, ovvero complementare rispetto al catalogo delle argomentazioni formalmente ammesse come fondamento per le soluzioni individuate entro il circuito del diritto. Il tutto secondo schemi cui le corti ricorrono in modo più o meno occulto, stante la difficoltà di tracciarle², e tuttavia non certo da ieri. Tanto da consentire di ritenerli il frutto di una prassi consolidata, tradizionalmente studiata con riferimento alle materie privatistiche³, ma non certo trascurata dai comparatisti di formazione pubblicistica⁴.

Detto questo, riflettere sul dialogo tra esperienze giuridiche e sul ruolo rivestito nel merito dalla comparazione, significa chiamare in causa concetti che i suoi cultori hanno coniato da tempo e da tempo utilizzano per descrivere i fenomeni cui dedicano la loro attenzione. Tutti sono più o meno legati al modo di concepire la mutazione giuridica sviluppatosi come reazione ai paradigmi evuzionisti, tipici degli anni in cui nasce la moderna comparazione giuridica⁵. È oramai pacifico che il diritto cambia in virtù di un processo imitativo, e non anche in omaggio a una sorta di meccanismo determinista: quello per cui esso è naturalmente destinato a svilupparsi secondo uno schema nel quale il progresso rappresenta un valore universale. Si fonda su questa considerazione una risalente letteratura sulla «circolazione dei modelli», ricavata in ultima analisi dalla constatazione che «la nascita di un modello è un fenomeno più raro di quanto lo sia l'imitazione»⁶.

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

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

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

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

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

⁶ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 127.

prestigio o al contrario dall'imposizione⁷. Strettamente connesso il tema della relazione tra diritto e società, a ben vedere risalente almeno tanto quanto la riflessione sul diritto nella sua essenza di sovrastruttura alle dipendenze dell'economia nella sua essenza di struttura⁸.

La trattazione di questi aspetti si deve tradizionalmente ai comparatisti di formazione privatistica⁹. Sono maturate in quel contesto le riflessioni sui «trapianti giuridici», locuzione notoriamente utilizzata per ricostruire la mutazione giuridica nel corso dei secoli come catena di imitazioni più o meno fedeli di regole e istituzioni, tutte in massima parte modellate sul diritto romano, oltre che sul *common law* inglese¹⁰. E soprattutto i privatisti hanno sottoposto a vaglio critico una simile lettura, in ultima analisi valorizzando le «teorie del diritto come specchio»¹¹, le quali alimentano l'idea secondo cui le regole e le istituzioni di una società riflettono il suo assetto politico ed economico.

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

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

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

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

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

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

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

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

Il tutto costituisce un evidente riscontro di come l'imposizione, assai più del prestigio, abbia oramai acquisito un peso preponderante nel determinare la mutazione giuridica. Tanto da mettere in luce un definitivo mutamento di paradigma relativo a questo specifico aspetto, il quale non può evidentemente non avere ricadute sulla metodologia comparatistica. Se cioè il dialogo tra esperienze giuridiche produce effetti *ratione imperii*, esso richiede di utilizzare strumenti di analisi diversi da quelli concepiti per il caso in cui questi si producano *imperio rationis*: primi fra tutti gli strumenti utilizzati dalla geopolitica, peraltro già richiamata nella riflessione sistemologica¹².

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

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

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

anche lo studio dei canali utilizzati nel dialogo tra esperienze giuridiche, ulteriori rispetto a quelli tipici dei tradizionali processi imitativi¹³. Canali sovente poco intellegibili per lo studioso, e che tuttavia vanno acquisendo una rilevanza crescente nello sviluppo del dialogo tra esperienze giuridiche: in particolare di quello in cui si prescinde dall'interlocuzione con i legislatori e che tuttavia conserva un collegamento con la dimensione istituzionale, assente invece nelle ipotesi in cui il dialogo è affidato alla sola scienza giuridica.

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

Questi approfondimenti consentono di sottolineare come discutere di esperienze giuridiche in dialogo costituisca una semplificazione funzionale all'economia del discorso, ma non anche capace di descrivere le dinamiche cui la locuzione rinvia. Essa non deve cioè mettere in ombra la circostanza per cui l'interlocuzione è un meccanismo particolarmente complesso che evidentemente non riguarda le esperienze giuridiche nel loro complesso, bensì i diversi operatori che le animano: primi fra tutti i legislatori, i dottori e i giudici¹⁴.

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

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

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

¹⁵ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 3.

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

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

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

Non è questa la sede idonea a discutere di uso ermeneutico del diritto comparato, tema sul quale il dibattito è risalente e tuttavia ancora capace di appassionare e ispirare contributi raffinati¹⁷. Si può peraltro segnalare che, come abbiamo appena detto, appare quantomeno difficoltoso differenziare ciò che costituisce creazione di nuovo diritto e quanto invece trasformazione rispettosa dell'ordine. Soprattutto se si considera che la comparazione caratterizza il dialogo tra esperienze giuridiche in particolare laddove sono chiamati in causa temi nuovi o che concernono vicende non costringibili entro i confini nazionali: temi nei quali il richiamo all'ordine evidenzia contorni particolarmente sfuocati, se non direttamente privi di punti di riferimento. È quanto emerge in modo esemplare in materia di sovranità digitale, dove il ricorso alla comparazione emerge in tutta la sua essenza di «strumento fondamentale nella contesa» (Smorto), ovvero di dispositivo squisitamente politico e con ciò privo dei punti fermi cui rinvia il riferimento all'ordine. Lo stesso dicasi per la disciplina del lavoro nell'ambito del cosiddetto capitalismo delle piattaforme, e in particolare per l'inquadramento della relazione tra questa e coloro i quali instaurano con essa

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

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

Ciò detto, non è scontato che nei contesti in cui la comparazione costituisce un imprescindibile punto di riferimento per la disciplina di uno specifico ambito, essa sia poi effettivamente valorizzata dai consociati. È quanto si ricava dalle vicende che hanno interessato il diritto uniforme del commercio internazionale, ovvero un ambito nel quale la comparazione costituisce il fondamento degli articolati più iconici: primo fra tutti i celeberrimi Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali¹⁸.

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

Se così stanno le cose, i Principi Unidroit non riproducono la tradizionale relazione tra dimensione economica e dimensione giuridica, ovvero non costituiscono l'esito di un dialogo tra esperienze giuridiche fortemente condizionato dalla prima. Forse è questa la ragione per cui il loro utilizzo come legge del contratto è relativamente limitato, sovente su iniziativa di arbitri o «in combinazione con il diritto statale dalle corti statuali ma in funzione suppletiva» (Peleggi). Il tutto secondo uno schema noto con riferimento all'uso giurisprudenziale del diritto comparato, limitato e in massima parte ridondante, se non rilevante alla stregua di un mero sfoggio di erudizione¹⁹.

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

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

3. Segue: gli scopi della comparazione

Come si sa, allo scopo della comparazione giuridica i suoi cultori hanno dedicato numerosi e appassionati dibattiti, in ogni caso più di quanto sia avvenuto in altri ambiti giuridici e non. Probabilmente questa situazione si può riscontrare in tutti i campi del sapere di recente individuazione, i cui studiosi sono particolarmente attivi nell'elencare le ragioni per cui occorre procedere in tal senso²⁰. Ciò non toglie che i cultori del diritto comparato si siano spinti a produrre elencazioni decisamente fantasiose nel tentativo di legittimare l'identificazione del loro campo del sapere quale scienza autonoma.

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

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

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

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

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

A ben vedere, tra le molte finalità della comparazione elencate dai suoi cultori, ve ne sono alcune che sembrano riscuotere un consenso maggiore di altre. Spiccano infatti quelle concernenti la promozione di una convergenza degli ordinamenti giuridici nazionali, per molti aspetti costitutive della materia come campo autonomo del sapere giuridico: come si sa, in occasione del mitico congresso parigino di inizio Novecento²⁴, si volle attribuirle il compito di identificare «il diritto comune dell'umanità civilizzata»²⁵.

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

In particolare i cultori del diritto processuale civile sottolineano il profilo degli scopi pratici della comparazione, e anzi rimarcano che il riferimento al mero scopo conoscitivo finisce per alimentare approcci scienziati alla materia. In questo ambito si è contestata con veemenza la possibilità di una comparazione «fredda» nel senso di «politicamente neutrale» cui rinvia l'approccio criticato, che si reputa condannato ad alimentare un punto di vista «di stampo neopositivistico» perché teso a sviluppare una «teoria pura del diritto»²⁶. Di qui la sottolineatura che la comparazione giuridica costituisce uno strumento volto in particolare a promuovere riforme legislative, il che equivale a dire che il dialogo tra esperienze giuridiche deve mirare al loro miglioramento²⁷.

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

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

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

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

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

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

la matrice politico normativa. Il tutto ricorrendo in particolare ai raffronti tra esperienze giuridiche, i quali si sono pertanto fin da subito legittimati attraverso lo specifico risultato perseguito dai loro autori, ovvero alla luce degli orientamenti di volta privilegiati nell'ambito della disciplina²⁸.

Come si diceva, per molto tempo questi ultimi hanno avuto come punto di riferimento la volontà di sottrarre la relazione di lavoro alle dinamiche tipiche di una relazione di mercato qualsiasi, quella a cui guardano tradizionalmente i cultori del diritto civile. Nel tempo le cose si sono però modificate: quel particolare dialogo tra esperienze giuridiche alimentato entro la costruzione europea ha riportato in auge proprio il paradigma per differenziarsi dal quale il diritto del lavoro era sorto²⁹. Con il risultato che la comparazione si è trovata a promuovere riforme in linea con la tendenza a riaffermare l'antica riduzione della relazione di lavoro a relazione di mercato qualsiasi³⁰.

Quest'ultima tendenza sembra caratterizzare le evoluzioni della disciplina in ambiti capaci di identificarne le tendenze di fondo. È il caso, emblematico, del licenziamento illegittimo o del demansionamento, in ordine ai quali negli ultimi anni si sono introdotti elementi di flessibilità sconosciuti al diritto del lavoro così come esso si era edificato nel corso del tempo³¹, comunque assenti dallo schema fatto proprio dallo Statuto dei lavoratori (Delfino).

La stessa tendenza trova però ostacoli ad affermarsi nella trattazione di tematiche recentemente impostesi all'attenzione dei cultori del diritto del lavoro, come in particolare quello prestatato attraverso piattaforme. Lì si moltiplicano i tentativi di rappresentarlo come privo del requisito della subordinazione, e con esso delle forme di tutela individuale e collettiva tipiche di un simile inquadramento³². La comparazione ben può aiutare a comprendere come una simile tendenza rispecchi modalità diffuse nei Paesi di *common law*, come pertanto il diverso contesto che caratterizza i Paesi di *civil law* dovrebbe indurre a contra-

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

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

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

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

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

starla. A meno che non si intenda promuovere la diffusione del modo neoliberale di concepire la relazione di lavoro, ovvero assecondare il «trend di costante declino della sindacalizzazione e di indebolimento della contrattazione collettiva presente negli Stati Uniti e nel Regno Unito» (Menegatti). È del resto noto che il *common law* è il diritto del capitalismo neoamericano e dunque di matrice neoliberale, laddove il *civil law* offre tradizionalmente strumenti con cui sostenere un modello di capitalismo alternativo come è quello di matrice keynesiana³³.

Si ricava dalla breve rassegna ora abbozzata, che i cultori del diritto positivo fanno un ricorso crescente alla comparazione, e che questo ha in qualche modo influito sul modo di concepire i raffronti: sempre più legati a finalità specifiche e sempre meno riconducibili al mero proposito di incrementare le conoscenze circa le coordinate delle esperienze giuridiche di volta in volta prese in considerazione. Ciò non deve peraltro preoccupare, se non altro perché costituisce l'indizio di una definitiva affermazione del diritto comparato come campo del sapere giuridico. Certo, si tratta di un campo rispetto al quale i cultori del diritto comparato possono rivendicare una primogenitura ma non anche una esclusiva: è in un certo senso il prezzo da pagare per il successo della disciplina, come del resto si ricava in ambiti diversi da quello giuridico³⁴. È peraltro un prezzo accettabile, se non addirittura uno stimolo a ridefinire le competenze specifiche dei cultori del diritto comparato, e in particolare a identificarle in vicende relative soprattutto alla sistemologia e alla metodologia: la cassetta degli attrezzi di chi opera raffronti, rispetto alla cui composizione si può ancora invocare una sorta di esclusiva senza apparire anacronistici³⁵. È anche questo un nuovo paradigma che sembra emerge con decisione dalle più recenti tendenze in tema di dialogo tra esperienze giuridiche.

4. Comparazione che unisce e comparazione che divide

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

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

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

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

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

Altrimenti detto, possiamo distinguere una comparazione che unisce o costruttiva, e una comparazione che divide o distruttiva³⁶. Il tutto in funzione delle finalità di volta in volta perseguite dall'autore dei raffronti, che a tal fine si svilupperanno secondo metodologie più o meno idonee, rispettivamente, a far emergere le comunanze o le differenze. La comparazione costituisce invero un «confronto degli stati di due oggetti su una proprietà»³⁷, che produce unità nel momento in cui ci si concentra sul profilo delle proprietà e divisioni se invece l'enfasi è sugli oggetti e dunque sul contesto in cui sono immersi³⁸.

Come abbiamo detto, la moderna comparazione giuridica nasce con finalità unificanti, che hanno accompagnato la sua evoluzione e non l'hanno certo abbandonata fino ai tempi più recenti, come del resto documentato con riferimento all'attualità del diritto uniforme (Pelleggi). Le medesime finalità hanno del resto accompagnato la globalizzazione in quanto fenomeno per molti aspetti riassuntivo dei caratteri della nostra epoca, sia con riferimento all'assetto delle relazioni tra individui, e dunque al modo di stare insieme come società, sia riguardo alle relazioni tra corpi politici e con ciò al contesto internazionale e sovranazionale³⁹.

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

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

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

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

Certo, la globalizzazione vive per molti aspetti una fase discendente, che alcuni reputano opportunamente introduttiva di un vero e proprio mutamento di paradigma: tanto da evocare il concetto di de-globalizzazione. O almeno da mettere in luce i crescenti moti di differenziazione dai paradigmi veicolati dall'occidente, come avviene in particolare con riferimento alla contestuale formazione di un profilo autonomo del cosiddetto sud globale (Nicolini): tema il cui approfondimento mette nuovamente in luce la riflessione presso i cultori del diritto comparato di sensibilità pubblicistica⁴⁰.

Il tema è particolarmente controverso e caricato di significati forti, primi fra tutti quelli riassunti entro il concetto particolarmente vago e ambiguo di «sovranoismo»⁴¹. E tuttavia le ripercussioni sul dialogo tra esperienze giuridiche sono evidenti, innanzi tutto presso coloro i quali promuovono una interlocuzione al fine di incentivare convergenze. Questi non rinunciano a invocare un uso della comparazione capace di contribuire alla edificazione di «ordine post-statuale e post-nazionale». E tuttavia completano i loro propositi con indicazioni inevitabilmente destinate a limitare la carica universalistica o cosmopolitica delle loro proposte, in particolare quelle concernenti lo sviluppo di «nuove forme di attuazione piena dei diritti e dei doveri e nuove tutele e rimedi contro le disuguaglianze, e la violazione della identità e della dignità di ogni persona» (Vettori): un simile programma non è attuabile senza coinvolgere il livello nazionale⁴², o comunque puntando sul solo globalismo costituzionale⁴³.

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

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

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

⁴¹ A. Somma, *Sovranismi. Stato popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

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

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

ta distinzione rispetto al passato. Fino a pochi anni or sono si celebrava la convergenza tra esperienze giuridiche come orizzonte immobile e indiscutibile, tanto da poter sorvolare senza problemi su differenze radicate nel tempo come quelle tra *common law* e *civil law*⁴⁴. Questa prospettiva è stata prima criticata dal punto di vista della sua incapacità di fare i conti con le peculiarità della cultura giuridica, se non con la sua incommensurabilità⁴⁵. Poi sono emerse le critiche di chi ha condannato la convergenza imposta dall'alto e celebrato quella incentivata dal basso: espressioni suggestive che però nascondono uno scontro tra fonti di produzione del diritto, rispettivamente tra legislatore e scienza giuridica⁴⁶.

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

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

Simile quanto si registra a proposito della tendenza a contenere l'«universalismo costituzionale» e a favorire in sua vece l'«identità costituzionale» come argine all'invadenza della costruzione europea, o se si preferisce del vincolo esterno che ne costituisce l'essenza⁴⁷. Una

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

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

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

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

tendenza che non caratterizza l'esperienza italiana⁴⁸, ma che si è oramai delineata negli ordinamenti francese e tedesco con finalità concernenti la tutela della sovranità popolare e del suo utilizzo per promuovere l'emancipazione sociale e individuale. Diversamente da quanto avviene in Paesi come la Polonia e l'Ungheria, dove l'identità costituzionale ha invece valenza regressiva: è scollegata dalle «idee di limitazione e ordinamento del potere» e da «quelle di legittimazione democratica del potere e di partecipazione» (Di Martino).

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

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

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

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

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

Sempre però nel solco di dinamiche descrivibili in termini di dialogo: l'apertura non è sinonimo di convergenza, esattamente come la rivendicazione di identità non implica la chiusura. Come del resto emerge dalla riflessione dei cultori del diritto civile che, se per un verso limitano i compiti della comparazione precisando come il suo utilizzo non debba mettere a rischio la stabilità dell'ordine, per un altro verso le intimano di contribuire al presidio e allo sviluppo di «un ordine politico effettivamente liberal democratico... nel quale oggi tutti ci riconosciamo». Ora, è opinabile che l'ordine liberal democratico sia effettivamente un orizzonte condiviso, almeno nel contesto italiano nel quale il costituzionalismo si definisce in termini di democratico sociale⁵⁰. E tuttavia non è certo opinabile che quell'orizzonte presupponga una interazione tra ordinamenti nazionali refrattari a chiusure in ultima analisi repute incompatibili con il «consolidamento della stessa liberaldemocrazia» (Grondona).

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