

Scienze
giuridiche



ESPERIENZE GIURIDICHE IN DIALOGO

Il ruolo della comparazione

A CURA DI

Michele Graziadei e Alessandro Somma

University Press



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Collana Scienze Giuridiche 9

Esperienze giuridiche in dialogo

Il ruolo della comparazione

a cura di

Michele Graziadei e Alessandro Somma



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2024

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

Copyright © 2024

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

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

Pubblicato 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>Verfassungsidentität</i> e statualità in Germania	209
3.3. L'identità costituzionale alla Consulta: tradizione giuridica e stemperamento 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 evoluzionista 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

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

Mauro Grondona

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

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

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

zato, nei termini di una falsa coscienza intellettuale (quando non, pur in senso lato, politica)¹, perniciosa per quell'indispensabile confronto sulle idee, in vista della costruzione, sempre *in fieri*, di quegli spazi culturali, in costante movimento, che sono, o dovrebbero essere, la principale fonte di legittimazione di un ordine politico effettivamente liberal-democratico; che è poi quello nel quale, oggi, tutti ci riconosciamo, se non altro pensando al modello storicamente compiuto di Stato di diritto, una struttura istituzionale irrinunciabile², perché benefica alla realizzazione di sé e del "sé", e quindi della propria libertà, nella misura storicamente attuabile, s'intende.

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

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

Dicevo: primissimi ma netti segnali di reazione. Soprattutto per la forza d'urto che esprimono e per la chirurgicità dell'attacco, condotto non solo, e forse non tanto – almeno nei più agguerriti e consapevoli³ –, in chiave strettamente tecnico-giuridica, il che lo renderebbe più debole, ma soprattutto nei termini di una riflessione a largo raggio, e di cui il versante tecnico-giuridico è solo un affluente, sull'intero assetto istituzionale, e dunque di teoria generale della politica e del diritto, che è ben altra cosa rispetto alla funzione qualificatoria operata attraverso il linguaggio tecnico del diritto. E infatti, il problema che subito emerge attiene a ciò che facilmente possiamo chiamare ordine della convivenza, e dunque ordine socio-politico, che è il luogo nel quale necessariamente devono essere pensati i progetti di vita individuali, cioè la libertà dell'individuo⁴, in relazione al contesto storico-culturale in cui esso opera, altrimenti si rinuncia a quella capacità critica che è fondativa dell'intera dimensione esistenziale dell'essere umano, e che non può essere davvero tale, se non costantemente adeguata al presente, anche a costo di rinnegare, o comunque di ripensare, magari in termini

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

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

radicalmente oppositivi, tutto o molto di ciò che da una determinata tradizione derivi, anche, in via d'ipotesi, la più gloriosa o antica⁵.

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

Si può allora subito precisare: non c'è dubbio che, se non altro nell'Europa continentale, e certissimamente in Italia, siamo ancora all'interno dell'onda lunga di quell'*hermeneutic turn* che così potentemente – per taluno beneficamente, per talaltro perniciosamente – ha prodotto uno sconvolgimento delle fonti del diritto, non solo colpendo l'idea stessa di gerarchia delle fonti, ma producendo una riscrittura sostanziale di molti settori del diritto, soprattutto grazie alla moltiplicazione e alla flessibilizzazione di tali fonti; una riscrittura, com'è del resto ben noto, tutta protesa verso la costante decostruzione di una giuridicità (e io direi: in particolare codicistica, se non interamente codicistica) ormai non più in linea, perché troppo stabile e troppo assiologicamente connotata in senso monistico, con quella sensibilità prima individuale e poi sociale che non poteva attendere oltre il proprio rinnovamento⁶, aprendosi così lo spazio per una ricostruzione, non organica ma neppure frammentaria, dell'intero ordine giuridico della socialità, appunto in gran parte rifondato, o comunque ripensato, a partire dalle esigenze indivi-

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

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

duali, che hanno profondamente rinnovato l'intero orizzonte giuridico tradizionale e che si sono mosse all'interno di una generale esigenza di modernizzazione dell'idea stessa di diritto, cioè della giuridicità "occidentale" nel suo complesso: fenomeno, questo sì, di portata ampia e trasversale, e rispetto al quale, allora, le risorse della comparazione, soprattutto quando maggiormente orientata sul versante socio-antropologico, più che giuridico, sono, effettivamente, e ancora saranno, ottimamente impiegate quali indispensabili strumenti euristici, da cui il diritto – inteso come unità di misura dell'ordine sociale e dello spazio sociale dell'agire individuale – non potrà che trarre benefici conoscitivi⁷, così peraltro rafforzandosi quell'esigenza metodologica tutta nel segno dell'ibridazione⁸ – che va oltre un'interdisciplinarietà spesso di facciata, quando non troppo prudente, e comunque, ormai, «parola... così usurata che non la si può più usare seriamente» –, che è la cifra esistenziale della contemporaneità, perché trova il proprio punto di appoggio sociale nella complessiva condizione umana; un'ibridazione che viene allora recepita dalle varie discipline quale approccio metodologico finalizzato alla comprensione di una realtà che è davvero tale, appunto in prospettiva ermeneutica, solo nel momento in cui ci si volga ad essa per comprenderla, ricostruendola: una comprensione che in questo senso è sempre produttiva di significati, se non nuovi o inattesi, ulteriori e diversi rispetto a quelli discendenti da una comprensione della realtà ridotta a una apparentemente lineare ricognizione di dati, come tali sempre pre-esistenti al giudizio – ipotesi, però, non realistica fino in fondo, anche se, in certa misura, da assumere come plausibile – quando non indispensabile –, o, se non altro, da accettare *prima facie*, purché vi sia poi piena consapevolezza circa la rilevanza e il peso dello sguardo dell'osservatore, rispetto a quanto osservato.

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

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

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

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

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

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

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

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

In questa linea, la consapevolezza della rilevanza del sé è consapevolezza di potere incidere all'esterno del sé, e dunque di poter operare in chiave di trasformazione sociale: che è esattamente ciò che, ormai da tempo, e sempre più velocemente, sta accadendo, ed è ovvio che, considerando l'apparato giuridico alla luce della sua principale funzione di apparato ordinatore, e, appunto oggi, di conciliazione pluralistica, l'idea stessa di fonte del diritto, così come l'approccio al ragionamento giuridico, non potrà non essere incisa da queste profonde novità, che come tali richiederebbero un altrettanto profondo sforzo teorico, per dar vita a quei nuovi paradigma di cui la scienza giuridica è ormai da qualche tempo alla ricerca⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Di più. Se pensiamo alla società aperta quale paradigma politico, e dunque quale ordine politico-sociale, oggi disponiamo di una teoria filosofico-politica che si è di molto rafforzata grazie a quella ibridazione a cui facevo prima riferimento: penso, in particolare, e limitandomi a un cenno, a quell'idea alla base della fisica quantistica (o meglio, di una certa concezione della fisica quantistica), e sulla quale insiste molto Carlo Rovelli¹², che il mondo, e dunque potremmo dire la realtà, la fenomenologia, la stessa ontologia sociale, sulle quali il diritto si esercita, primariamente in chiave qualificatoria, non sono fatte di sostanze con qualità, ma di una rete di influenze reciproche – e noi giuristi ben potremmo dire di relazioni e di rapporti, così rinnovando una classica categoria dogmatica, oggi, se non da riscoprire, certo da meglio utilizzare e da rivitalizzare¹³, appunto in chiave trasformativa –, la cui forza qualificatoria in questo senso è necessariamente instabile e adattativa, così dovendosi necessariamente ribaltare l'idea di fattispecie come strumento di qualificazione di un fatto che logicamente lo precede: la stessa fattispecie va immaginata nella prospettiva della relazione reciproca, e dunque il fatto è parte di questa relazione (rievocando la nota formula, potremmo dire: non ci sono fatti, ma solo relazioni).

¹² Il riferimento, ovviamente, al notissimo C. Rovelli, *Helgoland*, Milano, 2020.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ciò, appunto perché un ordinamento aperto (aperto non solo dal punto di vista politico, e quindi assiologico, ma dal punto di vista delle tecniche argomentative impiegate, perché è ovvio che lo stesso impiego in funzione ermeneutica della comparazione¹⁴ da parte della giurisprudenza – così unendosi le due tendenze sopra richiamate –, è un fattore direttamente incidente sul grado di apertura e sul tasso di mobilità dell'ordinamento) può risultare financo troppo... aperto: può cioè essere un ordinamento caratterizzato da un cambiamento troppo veloce, non solo rispetto alla struttura istituzionale, ma anche rispetto alla stessa cultura giuridica presente al suo interno, nonché rispetto a quella frazione della società che non condivide quei cambiamenti attuati per via giurisdizionale, e dunque avvertiti come non legittimati democraticamente.

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

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

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

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

L'affermazione adesiva, di Paolo Grossi, suona così: la legittimazione democratica dei giudici (appunto rispetto al ruolo costruttivo e trasformativo) sta tutta nella loro preparazione tecnica¹⁵.

Qui, la legittimazione tecnica si fa legittimazione politica.

L'affermazione critica, o comunque cauta, è di Guido Calabresi: se, come studioso, egli è al limite portato a estremizzare una tesi (anche per quel senso di ebrezza intellettuale connessa all'atto creativo del pensare), come giudice segue invece la linea di quella prudenza che ha appunto lo scopo di evitare cambiamenti troppo repentini o troppo radicali¹⁶.

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

Ora, se pensiamo a un prudente e cauto, tutto nel segno della continuità, uso ermeneutico del diritto comparato, o comunque del diritto straniero, la memoria va subito a un giurista italiano che al diritto comparato e alla comparazione ha sempre guardato con particolare attenzione, anche per ragioni personali. Alludo ovviamente a Tullio Ascarelli¹⁷.

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

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

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

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

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

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

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

Sempre dal punto di vista teorico, un altro elemento critico, rispetto all'uso massiccio di una comparazione in funzione ermeneutica, è, o può essere, il seguente: il ruolo attivo della giurisdizione, e dunque l'attitudine delle giurisdizioni degli ordinamenti liberal-democratici ad attingere in modo costante alle esperienze giuridiche altrui, oggi deve comunque tener conto di un certo rallentamento di quello che è stato chiamato liberalismo espansionista, o aperturista¹⁸, e che, nella prospettiva della teoria giuridica, ha messo a frutto e in certa misura anche radicalizzato quella espansione della libertà individuale in gran parte attuata grazie al ruolo trainante svolto dalla giurisprudenza. Sotto questo punto di vista, la giurisprudenza rappresenta il formante del diritto che, in quanto più vicino alle pretese fatte valere in giudizio, è, o può essere, maggiormente sensibile al cambiamento, e anzi primario fattore di cambiamento.

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

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

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

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

Evocavo prima il tema dell'attuale fase recessiva del liberalismo aperturista e della parallela affermazione di un liberalismo regolatorio¹⁹, che a noi giuristi ricorda non poco quel fenomeno del diritto privato regolatorio e che qui richiamo ancora nella prospettiva di una giurisprudenza trasformativa, e dunque di una giurisprudenza che, proprio nella prospettiva del diritto comparato, può svolgere fino in fondo il ruolo di fonte del diritto, se sia però sostenuta da una teoria della comparazione adeguata. In altri termini, occorre una teoria della comparazione che, nella chiave della politica del diritto, orienti la giurisprudenza che procede al ritmo del cambiamento sociale: è quindi necessaria una giurisprudenza regolatoria che assicuri, in primo luogo, la costante sopravvivenza di un ordine entro il quale la libertà individuale possa compiutamente svolgersi, ma sempre operando dall'interno di quell'ordine, e cioè assicurando quell'indispensabile misura di continuità, e dunque di stabilità del sistema, a garanzia della stessa libertà individuale.

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

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

¹⁹ *Ivi*, spec. p. 158 ss.

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

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

Direi allora che, se non tutti, molti di questi aspetti emergono dalla notissima pronuncia, resa a sezioni unite, nel 2017, in cui la Corte di cassazione italiana è tornata sul tema dei *punitive damages*, ma in particolare sul tema dei risarcimenti punitivi, nonché su quello delle funzioni della responsabilità civile²⁰.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da questo punto di vista, un'argomentazione fondata su una tale concezione dell'ordine pubblico non solo ha una portata *naturaliter* espansiva, ma universalizzante, nella chiave del rafforzamento, come detto, dei rimedi e delle tutele (rimedi e tutele nei limiti del possibile individualizzati); e l'approccio in chiave universalizzante, proprio nella prospettiva di un diritto transnazionale che ha al suo interno l'esigenza di consolidare una dimensione giuridica comune, è oggi al centro anche della comparazione, oltretutto della teoria giuridica come tale²¹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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