



### La transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile nella crisi istituzionale del diritto internazionale: quale evoluzione giuridica per una pace globale?\*



*Ilaria Pretelli*

Responsabile per il diritto internazionale privato presso l'Istituto Svizzero di Diritto Comparato

**SOMMARIO: I.** La transnazionalizzazione del diritto civile. – **A)** Il problema del diritto internazionale privato di fonte statale e le perniciose influenze di una eccessiva tendenza all'astrazione nello studio della disciplina. – **B)** Il rapporto tra diritto internazionale privato di fonte interna e le norme di coordinamento tra ordinamenti sovranazionali. – **C)** L'armonizzazione del diritto civile attraverso l'uniformizzazione del diritto internazionale privato perseguita dall'Unione Europea. – **D)** Il rispetto dei diritti fondamentali nell'economia di mercato. – **II.** Il problema della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. – **A)** La responsabilità delle imprese transnazionali per danni causati nella catena delle attività generatrici dei loro profitti. – **B)** I contratti conclusi dagli utenti delle piattaforme digitali per l'uso delle reti sociali. – **III.** La crisi istituzionale del diritto internazionale. – **A)** Il progresso giuridico tra differenze culturali e giustizia universale. – **B)** Una prospettiva diacronica dei diritti fondamentali per la ricerca di una pace sociale globale duratura.

Questo titolo merita alcune spiegazioni in relazioni ai due concetti che tiene insieme: si tratta, in un primo momento, di vedere come, negli ultimi decenni, il proliferare

---

\* L'intervento mantiene in larga parte lo stile orale originario della comunicazione presso l'Università di Pisa in occasione del convegno "Oltre i confini: l'internazionalizzazione del diritto privato" organizzato con la SIRD e l'Associazione civilisti italiani, il 17 novembre 2023. Ringrazio Elena Bargelli per aver promosso, in tale occasione, una riflessione collettiva, trasversale e di ampio respiro sul futuro del diritto.

di studi e progetti normativi elaborati da organismi transnazionali o sovranazionali influenzino, talvolta anche indipendentemente da un loro reale potere normativo, il diritto civile. Nell'ambito di questi studi particolare importanza riveste l'evoluzione impressa al diritto internazionale privato dall'Unione Europea, e le nuove potenzialità offerte dalla disciplina nell'evoluzione del diritto transnazionale. In questo contesto, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato impedisce di comprendere appieno fenomeni come la responsabilità sociale e ambientale delle imprese e la sovranità digitale. La perdita di coerenza di questa distinzione, alla luce delle interferenze private nella governance pubblica, è uno dei fattori all'origine dell'attuale crisi istituzionale del sistema internazionale. La profonda crisi del sistema internazionale, palesata dalle numerose guerre in corso, impone di demistificare gli interessi economici alla base di pretese modernizzazioni del diritto. Il legame tra diritto scritto e giustizia richiede di essere incessantemente verificato, anche nella sua massima espressione, che è data dalle carte sovranazionali sui diritti fondamentali della persona umana. Quella che si propone è una lettura dei diritti fondamentali in chiave dinamica ed evolutiva, non come un insieme di norme scritte e immutabili. Si sostiene che l'universalità dei diritti debba rispettare il principio di sussidiarietà per scongiurare i rischi di imperialismo culturale. Questo significa permettere alle diverse comunità nazionali, culturalmente orientate, di evolvere secondo i propri tempi e modi verso obiettivi razionali comuni a tutta l'umanità. La vera universalità dei diritti fondamentali si realizza allora senza il bisogno di imporre standard uniformi nel presente, ma riconoscendo una naturale tensione comune verso un futuro di pace e armonia sociale globale. I movimenti femministi, ad esempio, seppur con caratteristiche diverse in ogni paese – dalla lotta contro l'obbligo del velo in Iran alle leggi sulla prostituzione in Francia – condividono l'aspirazione a una maggiore libertà e dignità delle donne nella sfera pubblica. Cogliendo i tratti comuni dell'evoluzione giuridica interculturale, scevri da ideologie, si perviene a una comune concezione di progresso sociale, sulla cui base costruire una pace sociale globale duratura a vantaggio delle generazioni future.

## I. La transnazionalizzazione del diritto civile

La transnazionalizzazione del diritto civile deriva, in primo luogo, dalla progressiva erosione delle competenze legislative statali ad opera delle convenzioni internazionali, inclusa la *soft law*<sup>1</sup>. In Europa, questo fenomeno è accentuato dall'incessante adozione

---

<sup>1</sup> Si veda il rapporto del Consiglio Federale svizzero del 1° dicembre 2021 "*Participation du Parlement dans le domaine du droit souple*" in risposta al postulato "Consultazione e coinvolgimento del Parlamento nel settore della *soft law*" che evidenziava il problema del "ruolo crescente della *soft law*" nelle relazioni internazionali nonché gli ulteriori sviluppi internazionali dovuti alle connessioni globali e il conseguente *subdolo indebolimento dei diritti democratici dei Parlamenti* (... per prevenire il rischio che) queste ultime conducano a una procedura legislativa che in linea di principio non è stata decisa". Corsivo mio, si veda la pagina (consultata il 30.12.2024): <https://www.parlament.ch>

di direttive e regolamenti europei<sup>2</sup>. Anche gli studi e progetti normativi elaborati da organismi transnazionali o sovranazionali che non hanno la natura di fonti, ma sono elaborati da esperti nel quadro di enti di studio come lo European Law Institute di Vienna, Unidroit a Roma o il c.d. Gruppo europeo di diritto internazionale privato, influenzano lo sviluppo del diritto civile nazionale.

Sebbene non assurgano neppure a strumenti di soft law, restando esercizi puramente accademici, questi modelli di leggi o raccolte di principi giungono a permeare il diritto civile interno nella misura in cui la giurisprudenza nazionale e sovranazionale li prende in considerazione e li pone a fondamento delle proprie decisioni.

## **A) Il problema del diritto internazionale privato di fonte statale e le perniciose influenze di una eccessiva tendenza all'astrazione nello sviluppo della disciplina**

Un primo effetto positivo della transnazionalizzazione delle fonti del diritto civile consiste nel fornire un rimedio a quello che è il vizio originario del diritto internazionale privato nazionale, ossia il tentativo di coordinarsi in modo unilaterale – al buio, come anche è spesso detto – con il diritto privato e internazionale privato di altri Stati.

Il coordinamento unilaterale, anche quando operato con precisione svizzera<sup>3</sup>, resta pur sempre “monco” in quanto il rischio che gli altri ordinamenti giuridici con i quali la fattispecie è collegata pervengano a risultati sostanziali diversi resta intatto.

---

*ch/centers/documents/fr/BB\_BX\_Rapport\_CPA\_Soft%20Law\_FR.pdf*

<sup>2</sup> Dalla creazione dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” con il Trattato di Amsterdam nel 1997, l’Unione Europea (UE) è stata l’entità politica più dinamica nel perseguire l’obiettivo di garantire una maggiore certezza giuridica nelle relazioni transfrontaliere, attraverso la creazione di norme uniformi di diritto internazionale privato. L’iperattività della Commissione europea ha ispirato i parlamenti dei Paesi europei ed extraeuropei a trovare soluzioni utili per un migliore coordinamento dei loro sistemi di diritto internazionale privato con il sistema che l’UE sta creando. Una panoramica delle recenti codificazioni di diritto internazionale privato di tutto il mondo è fornita dalla sezione “Rapporti nazionali” dell’Annuario di diritto internazionale privato online qui: <http://www.e-collection.isdc.ch> (27.12.2017). Sulla necessità di mantenere un parallelismo tra il diritto internazionale privato europeo e quello svizzero: MARKUS, FURRER, PRETELLI, *Die Herausforderungen des Europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano-und Drittstaaten / Le sfide del diritto processuale civile europeo per Lugano e gli Stati terzi*, Zurigo, 2016.

<sup>3</sup> Si veda ad esempio l’art. 86, comma 2 della legge di diritto internazionale privato svizzera che riserva la competenza per procedimenti successori e controversie ereditarie allo “Stato che la rivendica a titolo esclusivo per i fondi situati sul suo territorio”. La norma mira a prevenire eventuali conflitti positivi di competenza che si avrebbero se l’autorità svizzera – competente per l’intera successione di un *de cuius* domiciliato in Svizzera al momento della morte – decidesse in merito al trasferimento di proprietà di beni situati nel Regno Unito, nella consapevolezza dell’attuale apertura di procedure successorie relative a beni immobili presenti nel Regno (e dunque di proprietà del Re (sic!) sebbene nel possesso – *estate* – del *de cuius* in questione, che ha il permesso di usarlo).

La ricerca di un sistema di coordinamento unilaterale soddisfacente ha condotto gli studiosi della disciplina a elaborare, nel corso degli ultimi due secoli, tecniche, metodi e teorie talmente sofisticati da rendere la materia tra le più inavvicinabili ai non-specialisti. Questa constatazione ha spinto uno dei più conosciuti autori italiani, Tito Ballarino, a descriverla come la più complessa disciplina umanistica dopo la teologia. Mi piace ricordare questa sua affermazione perché dà conto del carattere quasi esoterico di alcuni istituti del diritto internazionale privato, come il “doppio rinvio”, la “teoria della corte straniera”, la “seconda qualificazione”, il “rinvio di qualificazione”, “l’effetto riflesso delle competenze esclusive”, il “metodo del riconoscimento” o ancora “l’ordine pubblico di prossimità”.

Torna alla mente Egidio Romano che ci ha tramandato la sua sensazione che il desiderio di discettare tra di loro della *natura rerum* e dei *mores hominum* aveva portato gli esperti del diritto comune a inventarsi una lingua a proprio uso e consumo: “*invenerunt sibi quasi proprium idioma*”, “*per quod disputare volebant*”<sup>4</sup>. La significativa propensione all’astrazione degli studiosi si accentua particolarmente tra gli internazionalprivatisti – categoria alla quale appartengo – e pochi resistono alla ‘perniciosa’ tentazione di immergersi in esercizi di geometria, come si è osservato riguardo alla filosofia e alle scienze umanistiche in generale<sup>5</sup>. Del resto, le stesse parole “norma” e “diritto” si sono imposte proprio perché traducono, letteralmente, quelle latine di “squadra” e “righello” e confermano che la materia giuridica non può fare a meno di delimitare spazi geografici, le frontiere d’intervento dell’autorità pubblica, che sia legislativa, giudiziaria o amministrativa.

L’idea che istituti come “il rinvio” possano veramente risolvere l’intollerabile problema della contraddizione tra precetti normativi di fonte eterogenea resta purtroppo illusoria, benché continui ad essere esplorata, rappresentando un affascinante problema teorico. Questo aspetto del diritto internazionale privato aggrava il rischio di tecnicizzazione del diritto e le conseguenti derive verso una sua settorializzazione<sup>6</sup>. La c.d. “armonia internazionale delle soluzioni”, che la vulgata corrente presenta come l’obiettivo principale del diritto internazionale privato non va intesa come una formiula che racchiude l’unica funzione della disciplina. Oltre a essere riduttiva, la concezione che

<sup>4</sup> ROMANO, *De regimine principum libri III*, Roma, 1607, rist. anast. Aalen, Scientia Verlag, 1967, 2.2.7., 304.

<sup>5</sup> Si tratta di tentazioni comuni ad altre discipline umanistiche, come rilevato da ROTA, *The Pernicious Influence of Mathematics upon Philosophy Synthese*, in *New Directions in the Philosophy of Mathematics*, Aug., 1991, Vol. 88, No. 2, 165-178; KAC, ROTA, SCHWARTZ, *The Pernicious Influence of Mathematics on Science*, in *Discrete Thoughts*, Boston, 1992.

<sup>6</sup> È stato con l’art. 81 TFUE, introdotto come art. 65 TCE, che l’Unione ha ottenuto il potere, non senza difficoltà iniziali, di emanare le diverse centinaia di norme di diritto internazionale privato e di diritto processuale che i giudici europei utilizzano oggi. Queste norme sono molto più dettagliate delle norme nazionali degli Stati membri dell’UE. Basti pensare che il lavoro svolto da cinque articoli della legge italiana di diritto internazionale privato sulle successioni – gli articoli da 46 a 50 della legge n. 215/1995 – è stato affidato dall’UE a più di quaranta articoli del regolamento europeo sulle successioni (n. 650/2012).

confina il diritto internazionale a tecnica di coordinamento tra ordinamenti finisce per promuovere incautamente politiche liberistiche, come già evidenziato dalla dottrina francese<sup>7</sup>. Per contrastare questo fenomeno occorre prestare un'incessante attenzione ai principi, ai diritti e alle libertà fondamentali<sup>8</sup>. Frutto delle faticose conquiste dei secoli passati, i diritti fondamentali della persona rappresentano una barriera indispensabile nel rispondere alle sfide decisive della globalizzazione.

## **B) Il rapporto tra diritto internazionale privato di fonte interne e le norme di coordinamento tra ordinamenti sovranazionali**

Il diritto internazionale privato dell'Unione Europea non usa le categorie tipiche delle classiche regole nazionali, caratterizzate da fattispecie generali e sintetiche<sup>9</sup>. Diversamente dall'ordinamento giuridico nazionale, quello europeo non è ancora in grado di aspirare a realizzare una gestione completa degli interessi privati<sup>10</sup> e non può contare sulla sua "autorità e omogeneità"<sup>11</sup>. La formula sintetica della norma di conflitto nazionale contiene un patrimonio normativo ed è depositaria di valori culturali che consentono all'interprete di collocare il caso concreto, attraverso la norma di conflitto, in una concezione abbastanza precisa del proprio sistema giuridico.

Il legislatore nazionale quando decide dell'ambito entro il quale intende circoscrivere la competenza delle autorità nazionali, quello delle leggi che emana e l'importanza che vuole dare all'esigenza di coordinarsi con le autorità straniere al fine di prevenire "situazioni claudicanti" è chiamato a compiere un'attività di delimitazione. Ben diverso, e sicuramente da tenere distinto, è il problema del coordinamento ricercato da un legi-

---

<sup>7</sup> MUIR WATT, *The Relevance of Private International Law to the Global Governance Debate*, in MUIR WATT, FERNÁNDEZ ARROYO (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014, online edn, Oxford Academic, 19 Mar. 2015.

<sup>8</sup> Il rischio di ridurre la norma giuridica a regolamento burocratico lo si percepisce ogni volta che si resta bloccati da "sistemi" che affidano la gestione degli interessi pubblici e privati alla "compliance" verificata attraverso il corretto riempimento di formulari. Si veda la stringente critica di GRAEBER, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, (Melville House) publishing 2015.

<sup>9</sup> VITTA, *Diritto internazionale privato*, I, Torino, 1972, 304, trattando della qualificazione, collega la "sinteticità delle norme di conflitto" alla loro natura "formale e indiretta". Sulla funzione della sinteticità della norma di conflitto nel processo di qualificazione, in particolare nel facilitare la sussunzione, si veda ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1977, Id., "L'objet de la qualification", in *JDI*, 1980, 227 s. e "Qualification", *Rép. Dalloz*, 1998 (aggiornato 2009), n° 36 s. spec. n° 42.

<sup>10</sup> ANCEL, *Éléments d'histoire de droit international privé*, Paris, 2017, 515 ss. Si veda anche il moi "Le droit international privé entre Chartes des droits et droits «à la carte»", *Mélanges en l'honneur de Bertrand*, in *Ancel*, 2018, 1303-1322.

<sup>11</sup> NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations: relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, 2005, 82, sul principio di coesione dell'ordine interno.

slatore sovranazionale che ha l'autorità di distribuire la competenza giurisdizionale e legislativa tra gli stati membri.

Questa assenza di un *ubi consistam* della categoria usata nelle norme sovranazionali non è priva di vantaggi: l'espressione sintetica della categoria fornisce all'interprete sovranazionale l'ambiguità necessaria per coordinare norme provenienti da fonti eterogenee e la cui coerenza dipende dalla vicinanza culturale degli ordinamenti ai quali la relazione giuridica da regolare è collegata<sup>12</sup>. L'appartenenza della grande categoria "diritto penale" all'ambito del "diritto privato" e non a quello del "diritto pubblico" in Francia rappresenta un esempio delle difficoltà di incasellare norme provenienti da ordinamenti diversi in una stessa categoria usata da una convenzione internazionale. Proprio per questa ragione, i concetti usati dalle categorie delle norme contenute in convenzioni internazionali devono essere interpretati in modo "autonomo". In questo contesto lessicale, la parola "autonomia" conserva il suo significato originario<sup>13</sup> e indica l'autoreferenzialità delle convenzioni. Il diritto comparato – che permette di trovare i minimi comuni denominatori di istituzioni diffuse in tutto il mondo, anche se regolate da norme diverse – può indubbiamente aggiungere significato all'interpretazione delle espressioni utilizzate nelle convenzioni, quando queste parole perdono il significato tecnico che l'appartenenza a un ordinamento giuridico può conferire loro.

<sup>12</sup> BALLARINO, "Norme vaghe e diritto internazionale privato", *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, in *Jus*, 1999, 67 s., indica che l'indeterminatezza semantica dei segni linguistici utilizzati dal legislatore può essere al servizio della politica legislativa. Nel diritto internazionale privato, l'indeterminatezza è al servizio della flessibilità. Il collegamento "più stretto" non può essere sempre identificato *ex ante* con assoluta certezza e può rimanere un concetto "vago". In una prospettiva simmetrica, osserviamo che considerazioni ideologiche e di giustizia sostanziale possono intervenire per rendere "vaghe" norme che, di per sé, non lo sarebbero. In questi casi, l'indeterminatezza deriva dall'interpretazione, come sottolinea l'autore osservando che l'interprete, di fronte a conseguenze manifestamente irrazionali, si sottrae al comandamento legislativo dell'ambiguità per permettersi di perseguire la giustizia del caso concreto (pp. 68 s.). Ciò accade soprattutto quando "l'applicazione concreta della legge applicabile al caso porta alla negazione di un diritto riconosciuto da tutte le leggi in presenza" (p. 73). Si fa riferimento ai casi del debito imprescrittibile di Franz Kahn; al caso Bartholo; al testamento olografo degli olandesi all'estero; al caso citato da Martin Wolff relativo all'eredità della vedova che, durante il matrimonio e con il marito, aveva rinunciato alla nazionalità tedesca a favore di quella svedese, ecc.

<sup>13</sup> In filosofia, l'autonomia designa classicamente – a partire dall'uso che ne fa Kant – l'indipendenza della volontà da ogni desiderio, la capacità della persona di determinarsi secondo la propria legge – la legge della ragion pratica, cioè una legge universale (KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, II). Nel linguaggio comune, il termine viene utilizzato per indicare una norma che trova la sua fonte in se stessa. Tuttavia, il diritto positivo ha recuperato il principio trasformandolo in una norma giuridica eteronoma, in particolare per garantire l'attribuzione di effetti vincolanti all'"espressione della libera volontà" in ambiti particolari (ad esempio, la tutela degli adulti, ecc.). Il "trasformismo" del principio non è privo di ambiguità: PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginevra, 2013, 197 ss.; FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, Paris 2023.

Questo modo di interpretare le regole dei trattati è dunque funzionale al rispetto del c.d. “divieto di interpretazioni unilateralistiche” delle convenzioni internazionali<sup>14</sup>.

Sulla scorta della consapevolezza, che fu già di Mancini<sup>15</sup>, dell'impossibilità di risolvere il problema del coordinamento tra ordinamenti in modo unilaterale, Asser promosse la costituzione di una conferenza permanente, con sede all'Aja, con lo scopo di unificare il diritto internazionale privato a livello sovranazionale<sup>16</sup>.

Nel linguaggio dell'epoca, si trattava di garantire agli stranieri il « godimento dei diritti » attraverso l'applicazione delle leggi da cui tali diritti dipendono<sup>17</sup>. Era inoltre già chiaro che l'applicazione delle leggi straniere “*ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (comitas gentium), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les Etats doivent être considérés comme un devoir de justice internationale*”<sup>18</sup>.

### **C) L'armonizzazione del diritto civile attraverso l'uniformizzazione del diritto internazionale privato perseguita dall'Unione Europea**

Tre fattori differenziano le norme di diritto internazionale privato convenzionali da quelle dell'Unione Europea. In primo luogo, lo scopo dell'uniformizzazione. Diversamente dalla Conferenza dell'Aja, lo scopo perseguito dal legislatore dell'Unione Europea attraverso l'uniformizzazione del diritto internazionale privato trascende quello del “coordinamento tra ordinamenti” ed è considerato funzionale alla realizzazione degli obiettivi politico-economici dell'Unione Europea. Tra questi è menzionata l'armonizzazione del diritto privato<sup>19</sup>, in particolare quello dei contratti<sup>20</sup>, e in secondo luogo la necessità

---

<sup>14</sup> L'interpretazione unilateralistica mina il rispetto della regola *pacta sunt servanda*. Si veda SCOVAZZI, *Corso di diritto Internazionale. Parte II*, 2022, 54 che stigmatizza la pretesa di interpretare un trattato alla luce del significato proprio di norme del diritto interno come “interpretazione parrocchiale”.

<sup>15</sup> Si veda la risoluzione “*Utilité d'un accord commun des règles uniformes de droit international privé*” adottata dall'Institut de droit interantional fondato e presieduto da Mancini nel 1873 nel corso della sessione di Ginevra del 1874 ([https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1874\\_gen\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1874_gen_01_fr.pdf)).

<sup>16</sup> Le prime quattro “sessioni diplomatiche” della Conferenza si svolsero negli anni 1893-1904. Successivamente alla Seconda guerra mondiale la struttura della conferenza fu trasformata in un'organizzazione internazionale con l'adozione, nel 1955, di uno statuto. Lo scopo, enunciato dall'articolo 1 resta identico: “*The purpose of the Hague Conference is to work for the progressive unification of the rules of private international law*”.

<sup>17</sup> Si veda l'ultimo paragrafo della risoluzione dell'Institut del 1874, citata alla nota 16.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Si veda la «*Résolution sur un effort de rapprochement du droit privé des États membres*» del 1989 che chiede «*que soient entamés les travaux préparatoires nécessaires à l'élaboration d'un Code européen commun de droit privé*» (C158 du 26.6.1989, 400).

<sup>20</sup> Si veda la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio intitolata «*Droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre*» (COM 2004. 651).

di tutelare i consumatori e le piccole e medie imprese<sup>21</sup>. Un secondo fattore sono i principi del riconoscimento e della fiducia reciproci, che limitano la possibilità per uno Stato membro di rifiutare l'esecuzione di decisioni provenienti da un altro stato Membro anche quando tali decisioni lo espongono ad una violazione del proprio ordine pubblico<sup>22</sup>. Il terzo fattore è l'accentramento del controllo sull'interpretazione del diritto internazionale privato europeo in seno alla Corte di giustizia. Non va trascurato che la CGUE ha l'autorità per attuare la qualificazione secondo il diritto comparato un tempo suggerita da Ernst Rabel<sup>23</sup>. Partendo dall'idea che la norma di conflitto non si riferisce a un fenomeno della *lex fori* con cui confrontare gli istituti di diritto straniero ma, al contrario, direttamente a ciò che è comune a tutti quegli istituti, l'autore aveva trovato nel diritto comparato un "sostituto" del *Gemeines Recht*, suscettibile di permettere di riscoprire l'omogeneità di fondo dei sistemi di *civil law* europei. Tuttavia, al di fuori di una struttura gerarchica europea, la sua teoria rimaneva avvolta nelle aporie della qualificazione *lege causae*. Essa ritrova appieno il suo senso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

La Corte ricorre volentieri a espressioni e locuzioni latine – sintesi dei principi generali che costituiscono la *ratio* di istituti giuridici complessi<sup>24</sup>.

Per superare l'impossibilità di una caratterizzazione *lege fori* del caso, la Corte di giustizia individua e utilizza principi fondamentali di natura sostanziale per valutare i rispettivi meriti di tutela delle parti interessate e per scegliere il diritto internazionale

<sup>21</sup> Si veda la risoluzione del Parlamento europeo del 23 novembre 2010 «*Aspects relatifs au droit civil, au droit commercial, au droit de la famille et au droit international privé du plan d'action mettant en œuvre le programme de Stockholm*» (2010/2080(INI)), spec. I punti 32 («*insiste sur la nécessité d'adopter une approche cohérente au niveau international afin d'éviter que les consommateurs et les petites entreprises aient à pâtir de cette situation*») e 33.

<sup>22</sup> Si veda CGUE 28 Marzo 2000, *Dieter Krombach c André Bamberski*, C-7/98. ECLI: ECLI:EU:C:2000:164. In un caso commerciale, con decisione del 1 giugno 1999 *Eco Swiss China Time Ltd c Benetton International NV* C-126/97, la CGUE qualifica l'art. 81 del Trattato, ora divenuto art. 101 TFUE, che protegge la "fair competition", norma di ordine pubblico.

<sup>23</sup> RABEL, *The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2nd ed. by BERNSTEIN, University of Michigan, 1958 e "Das Problem der Qualifikation", in *RabelsZ*, 5, 1931, 241 e ss. Per una critica non insensibile al fascino della teoria di Rabel, cfr. VITTA, *Diritto internazionale privato*, t. I, Torino, 1972, 310.

<sup>24</sup> MARI, "Le fonti", CASTRONOVO, MAZZAMUTO (a cura di), *Diritto privato europeo*, t. I, 123: "La rilevazione e lo sviluppo [di principi generali del diritto affermati dalla Corte europea di giustizia, ai quali] fanno riferimento migliaia di pronunce – è avvenuta via che se ne presentava la necessità, ora per precisare il significato di alcune norme, ora per collegarle sistematicamente tra loro, talvolta anche per colmare evidenti lacune [...]". Nel caso dell'azione revocatoria ordinaria, ad esempio, la CGUE per compensare l'assenza di un ordinamento giuridico completo all'interno del quale trovare la disciplina di un'actio pauliana europaea la Corte fa riferimento ai principi di buona fede e certezza del diritto, come rilevo in *La bonne foi dans la pondération de la proximité et la fonction résiduelle du for spécial en «matière contractuelle» dans le règlement Bruxelles I – À propos de l'arrêt Feniks* (CJUE 4 oct. 2018, aff. C-337/17, *Feniks Sp. z o.o. c/ Azteca Products & Services SL*), *Revue critique de droit international privé*, 2020, 61-82. Sulla pauliana europea si veda il precedente *Garanzie del credito e conflitti di leggi*, Napoli, 2010 e LINNA, *Actio Pauliana – "Actio Europensis"? Some Cross-Border Insolvency Issues*. in *Journal of Private International Law*, 2014, 69-87.



privato applicabile. La scelta viene effettuata sulla base della coincidenza o meno dello scopo perseguito da una delle parti con gli obiettivi dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia europeo.

Così, la Corte di giustizia ha potuto usare la propria posizione per riempire il vuoto delle nozioni giuridiche impiegate nelle norme di diritto internazionale privato, delineando d'autorità i contorni delle nozioni autonome usate dalle regole di diritto internazionale privato; sia per supplire alla carenza di un diritto privato europeo, sia per costruire le fondamenta di un futuro diritto privato europeo.

In uno spazio costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici con tradizioni e linguaggi diversi, la Corte di Giustizia è nella posizione di sciogliere le esitazioni interpretative dovute alla particolarità della *forma mentis* dell'interprete nazionale, plasmata prevalentemente dallo studio dell'ordinamento giuridico nazionale a cui è legato. Elaborando nozioni autonome, la Corte evita che quest'ultimo distorca il funzionamento della norma sovranazionale.

Le norme europee hanno progressivamente abbandonato la categoria sintetica delle norme statali che hanno reso inoperanti per proporre una dettagliata regolamentazione dei problemi giuridici transfrontalieri. Per individuare il regime di diritto internazionale privato europeo applicabile a un caso specifico, è necessario approfondire l'elenco delle "materie escluse" che compare sempre all'inizio dei regolamenti di diritto internazionale privato europeo, per poi esaminare il capitolo finale sui "rapporti con altri strumenti" e verificare i possibili accostamenti e i mezzi di coordinamento prescritti. Il compito dell'interprete diventa quello di mettere insieme i dati estratti dai considerando, dall'elenco delle esclusioni e dalle clausole finali di coordinamento, un compito che richiede la gestione di una grande quantità di informazioni complesse<sup>25</sup>.

L'Unione europea ha usato il diritto internazionale privato per imprimere una significativa accelerazione alla – inevitabile – permeazione dei valori europei negli Stati membri, incontrando talvolta qualche resistenza. L'integrazione d'autorità, attraverso

---

<sup>25</sup> Un esempio riguarda il coordinamento tra la Convenzione di Lugano e il Regolamento europeo sulle obbligazioni alimentari (Regolamento (CE) n. 4/2009 del 18 dicembre 2008) effettuato dall'articolo 67 della prima e dal suo Protocollo n. 3 (RS 0.275.12). All'interno dello spazio europeo, il regolamento è applicato anche nei casi "extraeuropei" (vedi sopra) soggetti alla Convenzione di Lugano (poiché il Protocollo prevede che "Ai fini della Convenzione, le disposizioni che, in relazione a materie particolari, disciplinano la competenza giurisdizionale o il riconoscimento o l'esecuzione delle decisioni e che sono o saranno contenute in atti delle istituzioni delle Comunità europee sono equiparate alle convenzioni di cui all'articolo 67, paragrafo 1"). C'è il rischio che lo stesso caso venga valutato in base al regolamento sulle obbligazioni alimentari da un giudice europeo e in base all'art. 5-2 della Convenzione di Lugano in Svizzera, con il rischio di creare conflitti di giurisdizione. Le autorità svizzere avevano espresso l'intenzione di evitare il problema concludendo un protocollo aggiuntivo: cfr. il Messaggio relativo al decreto federale che approva e applica la Convenzione di Lugano riveduta concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, del 18 febbraio 2009, (FF 2009 1497), 1515-1516, nota 30.

l'imposizione di una cieca “fiducia reciproca”<sup>26</sup> – e la conseguente ricercata burocratizzazione del metodo del riconoscimento – è stata respinta nella materia delicata del diritto di famiglia. Con l’avallo della Corte EDU<sup>27</sup>, le autorità giurisdizionali degli Stati Membri hanno chiaramente segnalato<sup>28</sup> di voler “guardare prima di saltare”. La necessità di una riflessione più approfondita sui diritti fondamentali è diventata evidente e riempie tutti i campi del diritto internazionale privato contemporaneo.

## D) Il rispetto dei diritti fondamentali nell'economia del libero mercato

L'esistenza, all'interno dello stesso ordinamento giuridico, di un sistema di diritto internazionale privato non limitato da un sistema di diritto civile sta dando luogo a un fenomeno opposto a quello registrato da Etienne Bartin al momento della scoperta “dell'impossibilità di giungere a una soluzione definitiva dei conflitti di leggi”<sup>29</sup>. Lungi dall'essere influenzato da un diritto civile uniforme, il diritto internazionale privato funge da base per la sua creazione.

La formulazione sempre più analitica delle norme di diritto internazionale privato europeo impone agli interpreti di confrontare gli istituti giuridici degli ordinamenti stranieri con il proprio. Questo confronto stimola la riflessione giuridica, se non l'emulazione, e facilita la standardizzazione perseguita dall'Unione europea.

L'Unione europea è un ordinamento giuridico autosufficiente – *iurisdictionem habens* – che mantiene l'autorità necessaria per gestire il coordinamento tra particolari sistemi di diritto internazionale privato in modo verticale, attraverso una distribuzione delle competenze accompagnata dall'obbligo di riconoscimento. Questo metodo di gestione non si limita all'aggiudicazione razionale delle competenze distribuite dai regolamenti all'interno dei confini europei. La giurisdizione della CGUE sulle questioni interpretative diventa un'opportunità per trasporre il controllo sulla competenza giurisdizionale e legislativa al livello sostanziale e per identificare i principi sostanziali di

<sup>26</sup> Si veda per un esempio concreto MORGESE, “Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri”, in *Studi sull'integrazione europea*, VII (2012), 147-162, 155.

<sup>27</sup> Corte dei diritti dell'uomo, *Pellegrini c. Italia*, Req. n. 30882/96, 20 luglio 2001.

<sup>28</sup> Il tentativo di garantire la validità transfrontaliera della decisione emessa dall'autorità competente al di fuori di un controllo di conformità esperito nel Regolamento Bruxelles II bis con riferimento al diritto di visita e alla sottrazione di minori da parte dei genitori può dirsi fallito alla luce della rifusione di tale Regolamento che contempla importanti eccezioni al precedente “automatismo” del riconoscimento. Questo metodo di gestione – che implica la preventiva individuazione di un sistema giuridico esclusivamente competente (Picone) – ha dato luogo a difficoltà per quanto riguarda il rapporto di queste disposizioni con la giurisprudenza *Pellegrini* della Corte europea dei diritti dell'uomo cit. alla nota precedente.

<sup>29</sup> BARTIN, *De l'impossibilité d'arriver à la solution définitive des conflits de lois*, in *JDI* 1897, 225, 466 e 720, e *Études de droit international privé*, 1899, 1.

giustizia che possono essere accettati nello spazio europeo. Questi servono sia per individuare il diritto applicabile sia per ispirare la soluzione nel merito del caso.

Con l'assunzione progressiva di un ruolo politico di garante dei valori democratici e di giustizia, che è valso all'Unione il Nobel per la pace nell'anno 2012, la CGUE ha finito per affiancare la Corte europea dei diritti dell'uomo. Attraverso un'interpretazione sempre più analitica dei diritti e delle libertà fondamentali, le due Corti finiscono per armonizzare il diritto sostanziale degli Stati soggetti alla loro giurisdizione. L'evoluzione del diritto delle coppie omosessuali è direttamente collegata a queste decisioni e alla necessità di risolvere conflitti di diritto che la giustizia geografica si è dimostrata incapace di risolvere in molti paesi europei<sup>30</sup>. Muovendo da un'approfondita riflessione su alcuni diritti fondamentali – diritti all'identità, diritto al rispetto della propria vita familiare e privata – le Corti sovranazionali hanno messo in discussione lo status tradizionale della famiglia creando discrasie nell'ambito dei diritti privati di fonte nazionale e rendendo dunque necessaria una loro evoluzione convergente<sup>31</sup>.

La tendenza all'astrazione, alla specializzazione e alla giustificazione delle soluzioni sul piano esclusivamente tecnico, anassiologico, ha reso il diritto internazionale privato uno strumento strategico per la promozione di politiche legislative inesprese o addirittura inconsapevoli. Questa circostanza ha agevolato l'uso strategico del diritto internazionale privato da parte del legislatore europeo e da parte degli organismi internazionali anche consentendo di superare comprensibili resistenze opposte, a livello nazionale, a pressioni derivanti da esigenze economiche marcatamente neoliberali<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> La concorrenza tra Corti non ha mancato di creare delle discrasie spiegabili con il diverso orientamento espresso dai diritti fondamentali ai quali ciascuna corte fa riferimento. Si veda LOWE, *A supra-national approach to interpreting the 1980 Hague Child Abduction Convention - a tale of two European courts: Part 2: the substantive impact of the two European Courts' rulings upon the application of the 1980 Convention*, in *International Family Law 2012*, 170-179 e il mio *Three Patterns, One Law - Plea for a Reinterpretation of the Hague Child Abduction Convention to Protect Children from Exposure to Sexism, Misogyny and Violence against Women* in PFEIFFER a kol. (eds), *Liber Amicorum Monika Pauknerova*, Praha, 2021, 363-393.

<sup>31</sup> Un'ampia riflessione sul tema dell'impatto dei casi transfrontalieri sul diritto di famiglia nazionale è contenuta nella sezione curata da BARGELLI e PRETELLI, *Family Status, Identities and Private International Law*, in *Yearbook of Private International Law*, Volume 25 (2023/2024), 105-273.

<sup>32</sup> CALDERAI, *La nottola di minerva. osservazioni sui fondamenti etico-politici dei modelli regolatori della surrogazione di maternità tra teoria e ideologia*, in *Studi Urbinati*, 2024, in corso di pubblicazione.

## **II. Il problema della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato alla luce dell'interferenza socio-ambientale delle grandi società commerciali**

L'ordinamento giuridico di una comunità locale non è determinato esclusivamente dalle autorità pubbliche dello Stato che la governa o dalle norme sovranazionali di cui abbiamo detto. L'impatto delle attività imprenditoriali, soprattutto delle grandi società commerciali, non è neutro né dal punto di vista sociale né da quello ambientale. Le interferenze della sfera privata in quella pubblica stanno provocando un ripensamento della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

### **A) La responsabilità delle imprese transnazionali per danni causati nella catena delle attività generatrici dei loro profitti**

Le crescenti dimensioni delle aziende commerciali hanno reso irrealistico continuare a confinare tutte le decisioni aziendali nella sfera del diritto privato, come se non avessero alcun impatto sulla società e sull'ambiente<sup>33</sup>.

È esperienza comune che la decisione di un'azienda, presa da un numero molto ristretto di persone, può cambiare radicalmente l'ambiente di vita di un numero molto elevato di altre persone. Agendo all'interno di strutture impermeabili al potere democratico, una o due persone possono cambiare radicalmente le condizioni di vita di almeno quattro gruppi di persone, direttamente e da un giorno all'altro. A lungo termine, e indirettamente, le stesse decisioni monocratiche possono cambiare il tessuto sociale in cui si svolge la vita del gruppo preso di mira.

Il primo gruppo è costituito dai dipendenti dell'azienda e dalle loro famiglie. Diversi studi evidenziano il forte aumento del tasso di suicidi tra le persone in età lavorativa nei

---

<sup>33</sup> CARROLL, *Corporate Social Responsibility, Evolution of a definitional construct*, in *Business & Society* 1999, 268 ss. e il mio "Conduite responsable des entreprises, droits fondamentaux et durabilité sociale. Une comparaison critique de tendances législatives contemporaines", in *Revue suisse de jurisprudence*, 2024, 63-74.

principali gruppi industriali statunitensi<sup>34</sup>. In Francia<sup>35</sup> e in Giappone<sup>36</sup> tribunali hanno riconosciuto l'esistenza di "molestie morali istituzionali" da parte di dirigenti e amministratori.

Il secondo gruppo, molto più ampio, è costituito dai clienti delle multinazionali, che comprendono i consumatori ma anche i clienti professionali, che stipulano contratti con l'azienda per i loro scopi professionali.

La vulnerabilità del terzo gruppo deriva dalla situazione geografica delle imprese – o dei loro partner commerciali nella catena di attività – e dall'insufficienza delle leggi locali e della consapevolezza delle ricadute ambientali della produzione aziendale.

Infine, il quarto gruppo è costituito dagli azionisti della società, che potrebbero non avere il necessario grado di controllo sulle decisioni della direzione aziendale.

Bowen aveva già sostenuto che le autorità pubbliche dovevano rendere le imprese consapevoli degli obiettivi e dei valori della società in cui operano, in modo che adottassero politiche e prendessero decisioni che riflettessero tali obiettivi e valori<sup>37</sup>. Secondo il suo punto di vista, tuttora influente, l'obbligo di rispettare i valori fondanti della società era originariamente concepito come un dovere morale, obbedendo a principi etici o addirittura religiosi.

Seguendo l'argomentazione di Bowen, le aziende sarebbero – almeno moralmente – obbligate ad adattare la loro struttura, il loro funzionamento e le loro attività in modo da corrispondere ai bisogni sociali.

Al contrario, stiamo assistendo al fenomeno inverso, in cui le comunità mondiali hanno dovuto adattarsi alle esigenze delle imprese. Spesso le imprese cercano attivamente di superare i limiti del quadro legislativo esistente, di influenzarne lo sviluppo e di costruire una legislazione *pro domo*<sup>38</sup>. Tra i loro dipendenti, assumono lobbysti a tem-

---

<sup>34</sup> SUSSELL, PETERSON, LI, MINIÑO, SCOTT, STONE, *Suicide rates by industry and occupation*, *MMWR Morb Mortal Wkly Rep*, 2023;72:1346-1350.

<sup>35</sup> Gli ex amministratori delegati di France Télécom Didier Lombard e Louis-Pierre Wenès sono stati condannati in Francia dalla Corte d'appello di Parigi il 30 settembre 2022 a una pena detentiva di un anno con sospensione condizionale e a una multa di 15.000 euro per la politica di ridimensionamento "sfrenato" attuata in France Télécom tra il 2007 e il 2008, che ha portato all'uscita di 22.000 dipendenti e alla messa in mobilità di altri 10.000 (su circa 120.000 dipendenti) e ha causato un'ondata di 35 suicidi. Le misure sono state definite "molestie istituzionali" o "*harcèlement moral institutionnel*". Il ricorso alla Corte di Cassazione è ancora pendente. Cfr. SAADA, *Du service public au harcèlement moral, ou comment une politique d'entreprise peut devenir un délit*, in *Travailler* 2021, 75-86; DEBOUT, DELGÈNES, *De plus en plus de suicides sont causés par le harcèlement moral*, in *Idées reçues sur le suicide*, 2024, 101-110.

<sup>36</sup> SALA, *Activisme judiciaire et transformations de l'action publique au Japon. Le cas de la mort et du suicide par surmenage (karôshi-karôjisatsu)*, in *Gouvernement et action publique*, 2024, 5-28.

<sup>37</sup> BOWEN, *Social Responsibilities of the Businessman*, Iowa City, 1953, 6.

<sup>38</sup> FRÉCHET, *Entre contraintes et ressources: la stratégie juridique de l'entreprise*, in: LIARTE (ed.), *Les grands courants en management stratégique*, Caen 2019, 43 ss; POLLICINO, BASSINI, DE GREGORIO, *Diritto di Internet e tutela dei diritti fondamentali*, Milano 2022, *passim*; ZUBOFF, MAXMIN, *The Support Economy, Why Corporations Are Failing Individuals and the Next Episode of Capitalism*, New York, 2004,

po pieno, che posizionano strategicamente dove possono influenzare i politici, sia che si tratti di autorità nazionali o di funzionari o politici dell'UE a Bruxelles. Possono anche influenzare l'esito di controversie strategiche e, impiegando "plotoni" di avvocati, eludere le responsabilità e ottenere l'impunità per le loro azioni.

Allo stato attuale, qualsiasi comportamento eticamente orientato da parte dei dirigenti delle multinazionali rimane nella sfera della loro coscienza personale e può essere addirittura limitato dall'obbligo legale di perseguire il profitto. Scelte intime, personali, etiche o religiose possono spingere i manager delle multinazionali a cercare di neutralizzare i rischi socio-ambientali generati dalle attività dell'azienda lungo tutta la sua catena del valore, ma dovranno comunque giustificare l'interesse economico delle loro scelte agli azionisti. L'attuale struttura del diritto societario "vivente" – cioè le leggi nazionali applicate dai tribunali nazionali – porta i manager a sfruttare i vantaggi economici che possono derivare da lacune o carenze legislative nella protezione dell'ambiente o dei gruppi sociali (lavoratori, clienti, residenti) in alcuni Paesi, prestando esclusiva attenzione ai limiti fissati, che attualmente non includono l'attenzione alle questioni socio-ambientali.

Il rischio che le filiali e i subappaltatori della catena di approvvigionamento possano causare danni alla salute dei lavoratori, dei consumatori o dell'ambiente è quindi spesso accettato o almeno tollerato in loco, in assenza di norme giuridiche efficaci<sup>39</sup>. L'apparente legittimità di questo doppio standard di protezione dei diritti fondamentali deriva dall'uso – forse immorale, ma indubbiamente ammissibile – del pluralismo giuridico e delle lacune presenti in varia misura nei sistemi giuridici di alcuni Paesi.

La ricerca di leggi più liberali, tra quelle disponibili, può essere effettuata sia ricorrendo al dumping sociale, sia attraverso il diritto internazionale privato, e in particolare attraverso tecniche che consentono alle MNC di scegliere la legge applicabile e il foro competente<sup>40</sup>.

Anche il manager più coscienzioso dal punto di vista etico avrebbe difficoltà a giustificare i costi aggiuntivi necessari per proteggere questi tre gruppi, a meno che non abbia una disposizione che lo esoneri dal dovere di massimizzare i profitti.

È quindi dubbio che la ricerca del profitto e del potere aziendale sia "patologica" come spesso è osservato<sup>41</sup>. Sembra piuttosto essere il risultato della struttura del diritto vigente e dell'assenza di regole che rendano necessaria la valutazione preventiva dei rischi e la neutralizzazione, con cognizione di causa, di ogni possibile danno sociale o am-

*passim*.

<sup>39</sup> Più di 70 ONG hanno firmato una lettera aperta alle istituzioni europee con l'obiettivo dichiarato di "proteggere i nostri diritti riconosciuti a livello internazionale nella CSDDD" [*Corporate Sustainability Duty of Care Directive*] dell'ottobre 2023, <<https://www.forestpeoples.org/sites/default/files/documents/FR%20-%20Open%20Letter%20CSDDD.pdf>> (ultima consultazione 9.11.2023).

<sup>40</sup> IZZI, *Lavoro negli appalti e dumping salariale*, Torino, 2018, *passim*.

<sup>41</sup> Si veda, ad esempio, BAKAN, *The Corporation, The Pathological Pursuit of Profit and Power*, New York, 2004.

bientale che potrebbe essere causato come effetto secondario delle attività dell'impresa, indipendentemente dagli ordinamenti giuridici in cui queste attività vengono svolte.

Gli Stati e le entità sovranazionali come l'ONU e l'UE stanno reagendo alle politiche aziendali che mettono in pericolo le risorse socio-ambientali adottando una serie di riforme legislative, che non sempre perseguono gli stessi obiettivi in modo coerente.

Il riconoscimento della responsabilità socio-ambientale delle imprese va di pari passo con il riconoscimento della natura vincolante dei diritti fondamentali, in virtù della loro appartenenza al diritto positivo e allo *ius cogens*<sup>42</sup>.

## **B) I contratti conclusi dagli utenti delle piattaforme digitali per l'uso delle reti sociali**

L'insufficienza della legislazione a tutela dei consumatori per controbilanciare la disparità di potere contrattuale tra questi ultimi e le multinazionali è stata pienamente riconosciuta con la rivoluzione digitale.<sup>43</sup> Le autorità pubbliche nazionali e la Corte di giustizia dell'Unione europea hanno inizialmente reagito al "significativo squilibrio" osservato, concedendo agli utenti di piattaforme professionali la stessa protezione di cui beneficiano i consumatori<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Si veda la decisione della Corte Suprema del Canada 2020 SCC 5, 28.2.2020, *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, N 124-129): "Le norme di diritto internazionale consuetudinario, come quelle che i lavoratori eritrei sostengono siano state violate, sono intrinsecamente diverse dagli illeciti nazionali esistenti. Il loro carattere è più pubblico rispetto agli illeciti privati nazionali esistenti, poiché la violazione di queste norme "sconvolge la coscienza dell'umanità" [...]. Rifiutare di riconoscere le differenze tra gli illeciti domestici esistenti e il lavoro forzato, la schiavitù, i trattamenti crudeli, inumani o degradanti e i crimini contro l'umanità può compromettere la capacità del tribunale di affrontare adeguatamente la natura atroce del danno causato da questa condotta. [...] Gli obiettivi associati alla prevenzione delle violazioni dello *jus cogens* e delle norme di diritto internazionale consuetudinario sono unici. Si può sostenere che per rimediare adeguatamente a queste violazioni siano necessarie risposte diverse e più incisive rispetto alle tipiche richieste di risarcimento per illecito civile, data la natura pubblica e l'importanza dei diritti violati, la gravità della loro violazione, l'impatto sugli obiettivi nazionali e globali in materia di diritti e la necessità di scoraggiare successive violazioni". Un precedente, seppur timido, riconoscimento del carattere vincolante di alcune disposizioni del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, concluso il 16 dicembre 1966 (RS 0.103.1; cit. Patto I) e di quelle del Patto internazionale sui diritti civili e politici, concluso il 16 dicembre 1966 (RS 0.103.2; cit. Patto II) è stato affermato dal Tribunale federale svizzero nel caso (ATF 121 V 229, 232) in cui si afferma che alcune norme "ad esempio l'art. 8 al. 1 let. A, riguardante il diritto di formare sindacati e di aderire al sindacato di propria scelta" hanno il carattere di norme direttamente applicabili".

<sup>43</sup> Cfr. ALPA, *On Contractual Power of Digital Platforms*, in *European Business Law Review*, 2023, 377-390; IDOT, *La distinction entre la "matière contractuelle" et la "matière délictuelle" revisitée par les actions en droit de la concurrence*, in *Revue critique de droit international privé*, 2021, 440-460, nota 82; *A Humanist Approach to Private International Law and the Internet*, in *Yearbook of Private International Law*, 2020/2021, 201-244, a 224.

<sup>44</sup> CGUE, 24 novembre 2020, *Wikingerhof GmbH & Co. KG contro Booking.com BV*, C-59/19,

Il ricorso alle tecnologie digitali ha rinnovato l'aspirazione francescana di uscire dal sistema monetario<sup>45</sup> grazie alle esperienze di economia collaborativa. Inoltre, le applicazioni degli smartphone e le piattaforme che utilizziamo quotidianamente hanno aumentato l'effettivo godimento di molti diritti fondamentali sanciti dalle nostre costituzioni e dichiarazioni universali. Queste ultime sono state redatte per garantire una più equa distribuzione dei benefici del progresso umano tra la popolazione. Contemporaneamente, tuttavia, un numero limitato di piattaforme digitali ha acquisito un potere tale, in termini di sorveglianza e governance di massa, da essere considerato funzionalmente sovrano<sup>46</sup>. Le grandi piattaforme digitali sono in grado di stabilire regole sociali, controllarne l'applicazione e farle rispettare: esercitano un controllo completo sulla partecipazione degli utenti alla comunità digitale, autorizzandone l'accesso, bloccando ed escludendo i membri. Sono certamente governate dalle leggi di un certo numero di Stati, ma si avvantaggiano anche dell'immaterialità del loro software e dell'efficacia del loro potere e controllo sugli utenti. A causa di queste circostanze particolari, le piattaforme digitali sono in grado di minimizzare l'impatto delle normative statali sul loro funzionamento, di adottare politiche di dumping, e di negoziare su un piano di parità con gli Stati nazionali.

Ai manager delle grandi multinazionali e a quelli dei *Tech giants* non è richiesta alcuna consapevolezza o preparazione etica o politica sebbene prendano decisioni che hanno un impatto sul pubblico in generale, determinando indirettamente il destino delle comunità sociali in cui ciascuno di questi gruppi vive.

Gli utenti delle piattaforme digitali online rappresentano una nuova categoria di parti deboli che richiedono considerazione giuridica e protezione speciale, in particolare attraverso le norme di diritto internazionale privato. La maggior parte delle norme di diritto internazionale privato dell'UE esistenti può essere facilmente adattata alle esigenze degli utenti delle piattaforme online, con alcune precisazioni. Questi possono essere ricavati dalla giurisprudenza – che sta portando sempre più all'attenzione dell'opinione pubblica le categorie più vulnerabili di utenti di piattaforme online – ma anche dalle recenti iniziative legislative volte a definire e regolamentare le piattaforme online. L'obiettivo è quello di correggere l'asimmetria significativamente squilibrata tra l'utente medio e la piattaforma online che utilizza e che può essere un'arena significativa per l'espressione della sua personalità. Un'asimmetria può esistere anche nelle relazioni digitali tra

---

ECLI:EU:C:2020:950. In Italia, le pratiche delle piattaforme digitali sono state oggetto di sanzioni amministrative, si veda ad esempio *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, 23 marzo 2016, n. 25940 (I/779) Boll. n. 11/2016. In Francia, la legge “*Sécuriser et réguler l'espace numérique*” del 21 maggio 2024 mira a stabilire l'equità commerciale vietando alle piattaforme digitali di favorire i propri servizi e a ridurre la dipendenza delle imprese dai fornitori di *cloud*.

<sup>45</sup> AGAMBen in *Altissima povertà* illustra il sogno irrealizzato di Francesco d'Assisi di vivere senza essere titolare di diritti, ma semplicemente attraverso l'“uso” della natura.

<sup>46</sup> POLLICINO, “*What Are We Talking about When We Talk about Digital Constitutionalism?*”, in *Quaderni costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto costituzionale*, 3/2023, 569-594.



gli utenti di una determinata piattaforma, e il diritto internazionale privato può offrire strumenti altrettanto rilevanti per porvi rimedio e ottenere soluzioni eque.

### III. La crisi istituzionale del diritto internazionale

A fronte di questi tentativi di armonizzazione dall'alto verso il basso, le resistenze di segno opposto sembrano aumentare e mettere a rischio le aspirazioni universalistiche. Assistiamo a un susseguirsi di rifiuti di rispettare gli obblighi derivanti dall'appartenenza a comunità sovranazionali, segno che alcuni Stati non riescono più a identificarsi con le entità sovranazionali di cui sono membri<sup>47</sup>. Le tante guerre attualmente in corso testimoniano l'assenza di una vera alleanza globale per una giustizia universale e la profondità della crisi istituzionale che la comunità internazionale sta attraversando.

In questo contesto di crisi, non è sufficiente demistificare i percorsi di ricerca guidati dalla volontà di conseguire interessi economici attraverso il diritto internazionale privato e portare l'attenzione sulle vere sfide attuali della governance globale<sup>48</sup>.

Un impulso decisivo a questo processo è stato dato proprio dalle istituzioni sovranazionali, grazie alla loro visione d'insieme dell'impatto delle strategie aziendali sulla sostenibilità sociale e ambientale del pianeta.

Quasi cinquant'anni fa, nel 1976, l'OCSE ha adottato i Principi di condotta responsabile delle imprese<sup>49</sup>.

Nel 2002, Tony Blair ha presentato l'Iniziativa per la trasparenza delle industrie estrattive (EITI) al Vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile di Johannesburg<sup>50</sup>.

Nell'ottobre 2008, l'ex presidente degli Stati Uniti Bill Clinton ha affermato che le politiche del Fondo Monetario Internazionale (FMI) e della Banca Mondiale sono state all'origine dei danni subiti da diverse popolazioni del mondo e il Fondo ha espresso il pro-

---

<sup>47</sup> La *Brexit* è stato il primo segnale di una crisi dell'Unione Europea. Si pensi poi alle decisioni delle Corti costituzionali italiana e russa. La prima ha stabilito che la decisione della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 che afferma l'immunità della Germania è contraria alla Costituzione italiana. La sentenza n. 238 del 2014 afferma che l'armonia e la coerenza dell'ordinamento giuridico internazionale non possono prevalere sulla tutela dei diritti umani garantita dalla Costituzione italiana. La Corte costituzionale russa ha rifiutato di dare effetto alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 dicembre 2014, n. 14902/04 nella sentenza *Yukos* (19 gennaio 2017, n. 1-/2017).

<sup>48</sup> MUIR WATT, FERNÁNDEZ ARROYO (eds), *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2014; online edn, Oxford Academic, 19 Mar. 2015.

<sup>49</sup> Linee guida dell'OCSE per le imprese multinazionali sulla condotta responsabile delle imprese, Parigi 2023.

<sup>50</sup> Fondata a Londra il 17 giugno 2003 con l'adozione di dodici principi di trasparenza, l'EITI è sostenuta dalla Banca Mondiale attraverso il suo *fondo fiduciario multi-donatori (MDTF)*.

prio rammarico per la decisione di dare priorità alle richieste degli investitori stranieri rispetto a quelle dei produttori locali<sup>51</sup>.

Nel 2010, lo stesso fondo ha riconosciuto che era paradossale costringere i Paesi indebitati ad accettare investimenti non sostenibili, distruttivi per l'ambiente e quindi fonte di carestia per la popolazione locale. È stato quindi adottato un meccanismo che obbliga le imprese a contribuire finanziariamente alla tutela dell'ambiente<sup>52</sup>.

Nello stesso anno è stata istituita la norma internazionale ISO 26 000 sulla responsabilità sociale<sup>53</sup>.

Nel 2011, il Consiglio per i diritti umani dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha adottato la risoluzione 17/4 "Diritti umani e imprese transnazionali e altre imprese commerciali"<sup>54</sup>.

L'introduzione di limiti alla libertà imprenditoriale sembra dunque giustificata anche dai rischi sistemici che derivano dalla concentrazione del potere economico in poche mani e che minacciano l'equilibrio del sistema economico globale.

La recente Direttiva (UE) 2024/1760 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 sulla due diligence di sostenibilità delle imprese afferma chiaramente che "Tutte le imprese hanno la responsabilità di rispettare i diritti umani, che sono universali, indivisibili, interdipendenti e interconnessi" (Considerando 7). L'adozione di standard internazionali contribuisce a tutelare la salute delle generazioni future nei Paesi più esposti al potere economico degli attori privati<sup>55</sup>.

La crescente consapevolezza dell'esigenza di conciliare le esigenze economiche delle imprese con l'interesse pubblico a contenere i costi sociali e ambientali rafforza l'ob-

---

<sup>51</sup> LONGLEY, *The International Monetary Fund*, ThoughtCo, 26.8.2022, <<https://www.thoughtco.com/international-monetary-fund-6300-881>> (ultimo accesso 9.11.2023). Dieci anni prima, anche Bill Clinton si era rammaricato del fatto che gli aiuti statunitensi all'Africa dipendessero più dalle esigenze politiche della Guerra Fredda che dalle richieste locali della popolazione (John F. Harris, Clinton Says U.S. Wronged Africa, *Washington Post* del 25.3.1998, <<https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1998/03/25/clinton-says-us-wronged-africa/ca090cd0-bdb8-4e33-9dfc-e66fdc2e59b6/>> [ultimo accesso 9.11.2023]).

<sup>52</sup> Si veda il programma *Green Finance* del Fondo Monetario Internazionale (FMI), <<https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09/28/04/53/sonew013010a>> (consultato l'ultima volta il 9.11.2023).

<sup>53</sup> *International Organization for Standardization (ISO)*, ISO 26 000 "Guidelines for social responsibility" del novembre 2010 (cit. ISO 26 000), <<https://www.iso.org/fr/standard/42546.html>> (ultima consultazione 9.11.2023).

<sup>54</sup> *Consiglio dei diritti umani dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite*, Risoluzione 17/4 "Human rights and transnational corporations and other business enterprises" del 16 giugno 2011 (A/HRC/RES/17/4), <[https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/72/PDF/G114\\_472.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/144/72/PDF/G114_472.pdf?OpenElement)> (ultima consultazione 9.11.2023).

<sup>55</sup> LABONTE, SCHRECKER, "Globalization and Social Determinants of Health: The Role of the Global Marketplace", in *Global Health*, 19.6.2007, <<https://globalizationandhealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1744-8603-3-5>> (ultimo accesso 9.11.2023); Freeman Engstrom, Rabin, "Pursuing Public Health through Litigation", in *Stanford Law Review*, 2021, 285 ss.

bligo giuridico di tutelare i diritti fondamentali in risposta a una richiesta di solidarietà con il Sud globale<sup>56</sup>. Le imprese transnazionali devono oggi andare oltre le tradizionali verifiche su solvibilità e qualità dei fornitori esteri con cui contrattano, assicurandosi anche che i loro processi produttivi rispettino gli standard di sostenibilità sociale e ambientale.

Il diritto internazionale privato, utilizzato, in passato, per garantire una sostanziale impunità ad imprese multinazionali responsabili di catastrofi socio-ambientali<sup>57</sup>, sta oggi cambiando ruolo. Attraverso l'adozione di criteri di collegamento adeguati, come l'articolo 7 del Regolamento c.d. "Roma II"<sup>58</sup>, diventa possibile far valere la responsabilità delle imprese con sede in Europa quando le decisioni assunte nelle proprie sedi – in piena consapevolezza dei rischi socio-ambientali – si ripercuotono sulla società e sull'ambiente dei Paesi del Sud globale in cui operano attraverso filiali o subappaltanti locali. L'applicazione di norme del diritto della sede europea dell'impresa – luogo in cui le decisioni che causano il danno sono assunte – consente di evitare che le comunità locali subiscano interamente le conseguenze dell'inadeguatezza del diritto sostanziale del Paese del Sud globale in cui l'attività è esternalizzata o subappaltata. Lungi dal garantire una giustizia puramente geografica, tale diritto, se applicato dall'autorità giudiziaria del Paese della sede europea<sup>59</sup> assicurerà una migliore valutazione della responsabilità dell'impresa nell'assunzione dei rischi socio-ambientali.

Chiarita l'illusorietà della presunta neutralità della disciplina e abbandonata l'idea del carattere squisitamente geografico della giustizia che essa cerca di assicurare, sfuma l'originaria presentazione del diritto internazionale privato come avulso dal diritto sostanziale di cui traccia i confini.

In questa concezione, il diritto internazionale privato può essere descritto come il mediatore di un inevitabile e proficuo dialogo tra gli ordinamenti giuridici, un linguaggio che deve darsi come obiettivo quello di facilitare la comunicazione transnazionale. Gli

---

<sup>56</sup> Si vedano le analisi dell'*Istituto di diritto europeo (ELI)* e in particolare i rapporti di *Robert Bray/Fausto Pocar*, *Ecocide*; *Yuri Biondi/Colin Haslam/Corrado Malberti*, *ELI Guidance on Company Capital and Financial Accounting contabilità finanziaria per la sostenibilità aziendale*; *GRIMHEDEN, WALLIS*, *Business and Human Rights: Access to Justice and Effective Remedies* (con il contributo dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, FRA).

<sup>57</sup> La dottrina del *forum non conveniens* è stata ad esempio invocata per ottenere una declinatoria di competenza giurisdizionale da parte del giudice del domicilio del convenuto, l'impresa *Union Carbide*. In *Re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster*, 634 F. Supp. 842 (S.D.N.Y. 1986).

<sup>58</sup> Regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell' 11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II): "La legge applicabile all'obbligazione extracontrattuale che deriva da danno ambientale o da danni arrecati alle persone o ai beni per effetto di un tale danno è quella [del paese in cui il danno si verifica], a meno che la persona che chiede il risarcimento dei danni scelga di fondare le sue pretese sulla legge del paese in cui il fatto che ha determinato il danno si è verificato."

<sup>59</sup> Per effetto dell'art. 7, comma 2, Regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

ordinamenti giuridici devono potersi affidare ai suoi strumenti per comunicare, scambiare informazioni, convalidare valori comuni e concepire le regole più efficaci per organizzare i conflitti privati e pubblici<sup>60</sup>.

## A) Il progresso giuridico tra differenze culturali e giustizia universale

Sebbene funzionale all'esercizio del potere d'imperio e della sovranità territoriale, l'idea che è "diritto" ciò che si trova espresso dall'autorità in un dato momento e luogo riduce il piano giuridico a uno dei tanti strumenti della politica di governo di un territorio. L'apologia delle leggi di Norimberga da parte di Carl Schmitt aveva già rivelato tutti i limiti di queste visioni superate<sup>61</sup> e rappresenta, paradossalmente, una conferma dell'universalità del sentimento di giustizia. L'antica intuizione secondo cui "*la verité doit avoir un visage pareil et universel*"<sup>62</sup> è un invito a nutrire il diritto, nell'attuale concezione positivista, di giusnaturalismo. La norma scritta mantiene la propria validità attraverso il confronto costante con il risultato sociale che produce. Il legame con l'esigenza di giustizia che il diritto è chiamato ad esprimere è una imprescindibile garanzia della pace sociale<sup>63</sup>. D'altra parte, il giusnaturalismo ha bisogno del positivismo, con le sue esigenze di certezza e stabilità della *norma agendi*, per svelare questo suo volto. Intendiamo per giusnaturalismo l'attenzione costante ai principi universali che la norma scritta esprime<sup>64</sup>.

Dando per scontato il *non liquet* della *disputatio* sull'opposizione tra diritto positivo e diritto naturale, o addirittura divino<sup>65</sup>, riprendiamo la dicotomia tra cultura giuridica – che può essere geograficamente circoscritta – e il sentimento di giustizia – che ha lo stesso carattere universale di ogni emozione umana – nel suo valore puramente descrittivo.

Da un lato, va notato che lo *ius proprium* è qualcosa che la persona *che appartiene alla comunità che ha emanato questa legge* "usa" nella sua vita quotidiana. Esso ordina la sua vita e i rituali che ne segnano i passaggi più significativi secondo le tradizioni e le abi-

<sup>60</sup> GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de culture*, in *Adipoche*, 2013, 351, esprime la speranza che il conflitto delle culture giuridiche possa essere risolto intorno ai diritti umani. Pur riconoscendo la fragilità su cui poggia questa speranza, l'autrice incoraggia a continuare a lavorare, instancabilmente e nonostante tutto, per raggiungere un ordine giuridico che rispetti la società umana.

<sup>61</sup> Per un commento alla descrizione delle leggi di Norimberga del 1935 come "*Die Verfassung der Freiheit*", in 40 *Deutsche Juristen-Zeitung* 1133 (1935) si vedano BLASIUŠ, "*Carl Schmitt: Preussischer Staatsrat In Hitlers Reich*", 10–14, 2001, 105 e GORDON and MITCHELL, "*Carl Schmitt and Ossip Flechtheim at Nuremberg: A Crossroads for International Justice and Intellectual History*" in *German Law Journal*, 2024, 597-634.

<sup>62</sup> DE MONTAIGNE, *Essais*, Livre II, 137-343v, (*exemplaire de Bordeaux*, 1595) Paris, 2008, 245.

<sup>63</sup> MASER, *Nuremberg: A Nation on Trial*, London, 1979, 177 riporta una considerazione di Hitler secondo cui il ruolo dei giudici consiste in "*serving the purposes of the State and not some more lofty concept of legality and justice*".

<sup>64</sup> FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, Bari, 1998.

<sup>65</sup> MANCINI, *L'ethos dell'Occidente*, Genova, 1990.

tudini della società in cui vive<sup>66</sup>. D'altra parte, la legge prodotta dall'intelligenza umana è quella che permette di discernere il comportamento umano in base alla sua capacità di garantire relazioni pacifiche tra tutti gli uomini, indipendentemente dalla loro cultura. È l'idea di Celso della legge come *ars boni et aequi*<sup>67</sup>. È anche l'idea che ogni uomo, dentro di sé, coltiva un senso di giustizia che gli permette di valutare le proprie azioni e quelle degli altri<sup>68</sup>.

Il principio del *neminem laedere*, per venire a un esempio concreto, è metastorico e meta-geografico. Un bambino di qualsiasi cultura, di fronte a un'azione volontaria che provoca dolore fisico o psicologico ad altri, mostrerà empatia verso la vittima e vorrà vedere punito l'autore del comportamento antisociale, anche laddove la punizione del reo lo privi di un beneficio che altrimenti avrebbe<sup>69</sup>.

## **B) Una prospettiva diacronica dei diritti fondamentali per la ricerca di una pace sociale globale duratura**

Già alla fine del secolo scorso, si constatava l'“esplosione legislativa” di “tutti gli ordinamenti giuridici” contemporanei<sup>70</sup>. Questo fenomeno, tutt'ora in corso, comporta diversi rischi. In primo luogo, vi è una relazione inversa tra quantità e qualità della produzione normativa: non solo la meticolosità della normazione aumenta il rischio di errori nella qualità del testo normativo, ma accresce anche le possibilità di generare incoerenze e contraddizioni. Il progressivo allontanamento del diritto dai principi di giustizia cui dovrebbe restare legato, finisce per ridurlo a “sostanza normativa *sui generis* infusa in tutte le organizzazioni private e pubbliche da giuristi il cui numero e le cui specializzazioni sono in continuo aumento”<sup>71</sup>. Tra queste specializzazioni va segnalata quella dei giuristi impiegati da organizzazioni lobbistiche al fine di promuovere azioni giudiziarie strategiche che impongono una lettura ideologicamente orientata dei diritti fondamentali.

<sup>66</sup> ANCEL, *Éléments d'histoire de droit international privé*, Paris, 2017, 476.

<sup>67</sup> GALLO, “La ridefinizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente”, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 631 s.

<sup>68</sup> Commentando la lettera di SENECA a LUCILIO n. 53 (*Epistulae morales ad Lucilium*) e in particolare la frase “*Perché nessun uomo confessa i suoi vizi? Perché è ancora schiavo di essi. Bisogna essere svegli per raccontare i propri sogni*”, DE MONTAIGNE (*Essais*, Libro III, capitolo 5, *exemplaire* 1595 di DE PERNON, Paris, 2008, 81) ci invita a cercare la giustizia in noi stessi piuttosto che nelle leggi umane – che possono essere scritte da “sciocchi”.

<sup>69</sup> Si veda, ad esempio, lo studio condotto da MENDES, STEINBEIS, BUENO-GUERRA, CALL, SINGER, “*Pre-school children and chimpanzees incur costs to watch punishment of antisocial others*”, in *Nature Human Behaviour*, 2, 2018, 45 s.

<sup>70</sup> RODOTÀ, “*Verso lo Stato costituzionale*”, in *L'indice*, 1993, 4, recensione del libro di ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>71</sup> BELLEY, “*Droit et non-droit du gouvernement de soi: une conjonction démocratique?*”, in *Droit et société*, 1/2016 (n. 92), 245-252.

Questo tipo di evoluzione rischia di orientare l'attività giuridica verso un furbo "cavillare"<sup>72</sup> tra norme regolamentari, essenzialmente burocratiche anziché giuridiche. Nel momento in cui cercare il diritto equivale a "cacciare le mani in un caos di carte... come se si rimestasse grano in uno stajo"<sup>73</sup> occorre ripensare il sistema nel suo complesso. La proliferazione normativa può paradossalmente indebolire, anziché rafforzare, l'efficacia del sistema giuridico. Le grandi razionalizzazioni normative, la consolidazione giustiniana prima e la codificazione napoleonica, hanno rappresentato una risposta all'incertezza giuridica provocata dalla proliferazione di norme delle epoche che le hanno precedute.

Oggi, l'intrusività del diritto nelle vite quotidiane del corpo sociale fa pensare a una "inversione del rapporto tra morale e diritto"<sup>74</sup>. La ricerca di un'unità di valori attraverso azioni giudiziarie che mirino, sin dal primo grado di giudizio, ad attivare le Corti di Strasburgo o Lussemburgo, è una testimonianza della profonda crisi che il diritto internazionale e i diritti fondamentali della persona stanno attraversando.

Si pensi al fenomeno della surrogazione di maternità, pratica sanzionata in Italia da norme penali, recentemente potenziate<sup>75</sup>, e permessa in altri paesi europei come la Grecia o il Regno Unito. In questi ultimi paesi, l'uso di donne gestanti o donatrici di ovuli è rimesso alla libera disposizione delle persone che lo regolamentano attraverso la conclusione di un contratto, mentre nei primi è inibito a tutela della dignità della donna e dei figli nati da lei<sup>76</sup>.

In questo ambito, il diritto internazionale privato è al centro del dibattito, poiché questa disciplina offre la possibilità di utilizzare il diritto sviluppato da altri Stati per creare situazioni giuridiche che non esistono nel foro. Tuttavia, il ricorso al diritto straniero per aggirare il divieto di surrogazione di maternità pone l'utente del diritto in una situazione delicata perché rende difficile rispondere alla domanda: *qua lege vivis?* Que-

---

<sup>72</sup> JORI, PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, 336: «Esiste per tutti i partecipanti alla vita giuridica un interesse predominante a "piegare" quanto più possibile le norme giuridiche a sostegno delle proprie posizioni se non proprio sempre dei propri interessi; questo atteggiamento tipicamente giuridico si chiama cavillare. In altre parole, a livello pragmatico il discorso giuridico è parte di un'impresa intrinsecamente conflittuale, gli interessi in conflitto prevalgono sull'interesse alla comunicazione». Si veda anche il monito di CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris 1996, 124 e segg. contro la proliferazione dei diritti soggettivi.

<sup>73</sup> Il testo evoca la descrizione dell'intervento del dottor Azzecagarbugli che offre Manzoni nel capitolo III dei Promessi Sposi.

<sup>74</sup> PERRIN, *Le droit de choisir, Essai sur l'avènement du principe d'autonomie*, Ginevra, 2013, 211.

<sup>75</sup> Legge 4 novembre 2024, n. 169, Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano, il cui articolo 1 recita: «Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana».

<sup>76</sup> Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272 in fine.

sta domanda traduce l'esigenza di stabilire, nei rapporti transnazionali, a quale società una persona appartiene, e quale legge è giusto che regoli la relazione che ha con le altre persone.

Se l'accesso alla società straniera è solo temporaneo e strumentale al riconoscimento di un diritto – come nel caso del *law shopping* del diritto “permissivo” in materia di surrogazione di maternità – non vi è una reale integrazione sociale da tutelare. Il rifiuto della proibizione giuridica stabilito da una norma che la società di appartenenza considera fondamentale ha generato odiose forme di ostracismo, come la condanna penale per il reato di alterazione di status, il non riconoscimento del figlio, o addirittura il suo collocamento<sup>77</sup>.

I dubbi sulla natura culturale (*ius proprium*) o razionale (*idem apud omnes*) delle norme che dovrebbero disciplinare la surrogazione di maternità rendono problematico il suo trattamento a livello internazionale senza cadere nell'ideologia. Proprio dell'ideologia sembra del resto essere vittima la nozione di “interesse superiore del minore” a fronte delle diverse conclusioni a cui pervengono coloro che hanno cercato di applicare il principio a bambini e bambine nate da maternità surrogata<sup>78</sup>. Questa discrasia genera un conflitto di leggi che il diritto internazionale privato non può risolvere prima che si sia compresa l'evoluzione giuridica in atto. Invocando la necessità di tutelare l'ordine pubblico internazionale – ossia la necessità di proteggere il tessuto sociale interno – paesi come l'Italia e la Spagna si sono rifiutati di trascrivere nei propri registri di stato civile la certificazione dello stato di figlio o figlia per bambini fatti nascere dando esecuzione a contratti con donatori di gameti e madri surrogate<sup>79</sup>.

Queste reazioni alla creazione di un sistema giuridico globalmente coerente dimostrano che la costruzione di una società cosmopolita e armonica non può essere il risultato della sola pressione delle norme sovranazionali sulle norme nazionali<sup>80</sup>. Valorizzan-

---

<sup>77</sup> Comp. BOLLÉE, “*La gestation pour autrui en droit international privé*”, in *Trav. Com. fr. DIP*, 2012-2014, 215 s. ritiene che il ricorso a strumenti dissuasivi tuteli la coerenza dell'ordinamento giuridico interno. THOMALE, *Mietmuttertschaft Eine international-privatrechtliche Kritik*, 2015, 124 evidenzia il problema del rispetto del principio democratico.

<sup>78</sup> Secondo Corte costituzionale, 22 novembre 2017, n. 272: “la verità biologica della procreazione costituisce, infatti, una componente essenziale dell'interesse del medesimo minore, dovendo essergli garantito il diritto alla propria identità e all'affermazione di un rapporto di filiazione veridico”. Si vedano, ad esempio, le conclusioni di ROTABI, MAPP, CHENEY, *et al.*, *Regulating Commercial Global Surrogacy: The Best Interests of the Child*, in *J. Hum. Rights Soc. Work*, 2017, 64-73; ZAMPERINI, *Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle*, in *Family & Law*, 2024.

<sup>79</sup> Corte di cassazione, 30 dicembre 2022, n. 38162: “L'operazione che tende a cancellare il rapporto tra la donna e il bambino che porta in grembo, ignorando i legami biologici e psicologici che si stabiliscono tra madre e figlio nel lungo periodo della gestazione e così smarrendo il senso umano della gravidanza e del parto, riducendo la prima a mero servizio gestazionale e il secondo ad atto conclusivo di tale prestazione servente, costituisce una ferita alla dignità della donna” e del bambino. Si veda ora Cass. 3 gennaio 2024, n. 85 e Tribunale Supremo, 9 dicembre 2024.

<sup>80</sup> LEQUETTE, “*Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*”,

do l'idea che sta alla base del principio di sussidiarietà, si può cercare un altro equilibrio tra il piano sovranazionale e quello nazionale.

Nella sua versione originaria, il principio di sussidiarietà stabilisce che la società che si trova in posizione superiore deve astenersi dall'esercitare il proprio potere su questioni che possono essere risolte a un livello sociale inferiore. In luogo di approfittare della sua posizione di dominio per limitare i poteri della società inferiore, privandola delle sue competenze, la società di ordine superiore può sostenerla in caso di necessità, per aiutarla a coordinare la sua azione con quella di altre società dello stesso ordine, in vista del raggiungimento del bene comune<sup>81</sup>. Il punto di partenza non è l'incapacità

---

in *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1994, vol. 246, 231, dubita che le comunità nazionali riescano a fondersi nella società internazionale grazie alla costruzione giuridica di una società cosmopolita sotto la pressione delle convenzioni internazionali. Sul rapporto tra diritto uniforme europeo e diritto internazionale privato europeo, si veda anche GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato", PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, 61 e ss. Il rischio percepito è quello di nuove forme di guerre religiose, come anticipato da HUNTINGTON, "The clash of civilizations?", in *Foreign Affairs*, vol. 72, n. 3, 1993, 22 s. e online: <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/1993-06-01/clash-civilizations> (27.12.2016). Il numero 4/2015 di *Questione Giustizia* è dedicato all'importanza del pluralismo, nel pensiero e nel diritto, con contributi di RORDORF, NATALE, VILLONE, ROMAGNOLI, PELISSERO, GRANDE, NICCOLAI, PIANA, MORLINO, PALOMBARINI, VIGLIETTA sul "valore di pluralismo" e sul "valore del dissenso". Per una critica alla distinzione tra diritto internazionale privato e pubblico si veda ROMANO, *Droit international dit « privé » et droit international dit « public » : Plaidoyer pour une théorie unitaire, et humanisée, du droit international*, Conférence inaugurale du cycle de conférences des Ami-e-s de l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne, Lausanne, 4 février 2021, p. 1-11.

<sup>81</sup> Il principio di sussidiarietà trae origine da un principio della dottrina sociale della Chiesa cattolica, espresso nell'enciclica *Quadragesimo anno* di Pio XI (15 maggio 1931): " 80. È vero certamente e ben dimostrato dalla storia, che, per la mutazione delle circostanze, molte cose non si possono più compiere se non da grandi associazioni, laddove prima si eseguivano anche delle piccole. Ma deve tuttavia restare saldo il principio importantissimo nella filosofia sociale: che siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle. Perciò è necessario che l'autorità suprema dello stato, rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta; e allora essa potrà eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei solo spettano, perché essa sola può compierle; di direzione cioè, di vigilanza di incitamento, di repressione, a seconda dei casi e delle necessità. Si persuadano dunque fermamente gli uomini di governo, che quanto più perfettamente sarà mantenuto l'ordine gerarchico tra le diverse associazioni, conforme al principio della funzione suppletiva dell'attività sociale, tanto più forte riuscirà l'autorità e la potenza sociale, e perciò anche più felice e più prospera la condizione dello Stato stesso". Questo principio era già stato stabilito nella enciclica *Rerum Novarum* (15 maggio 1891), che mirava a proteggere l'autodeterminazione delle famiglie dalle interferenze dello Stato, come baluardo contro le concezioni ideologiche diffuse dal movimento comunista.



delle società inferiori, come sembra invece apparire dai considerando che giustificano l'adozione dei regolamenti europei di diritto internazionale privato<sup>82</sup>. Si tratta piuttosto di riconoscere che spetta all'autorità più vicina ai cittadini garantire la pace sociale nella comunità che essi formano, e che anche i cittadini stessi dovrebbero essere in grado di organizzare la propria *forma di vita* se ne sono capaci.

Trasposto al nostro campo, questo principio indica che l'equilibrio tra la coesione dell'ordine interno e l'armonia internazionale è in continua tensione ed evoluzione.

Ogni società reclama un progresso culturale per il proprio ordinamento. Dal momento che le diversità culturali non sono scolpite nella pietra ma sono in piena evoluzione, occorre allora valorizzare questo potenziale evolutivo ed evidenziarne le caratteristiche universali. I movimenti femministi, sia pure nelle diversità culturali che li caratterizzano, testimoniano di questa comune tensione – transnazionale – verso un progresso giuridico che garantisca maggiori spazi all'azione pubblica ed economica delle donne. In Iran il progresso giuridico ricercato risponde oggi alla richiesta corale di abolizione giuridica dell'obbligo di portare il velo: una lotta che ha causato ingenti perdite umane al movimento “Donna, vita, libertà”<sup>83</sup>. Altri paesi, come la Francia, hanno accolto l'istanza di una parte del movimento femminista e si sono dotate di norme che hanno l'obiettivo di eradicare la prostituzione confinandola a epoche passate. Si comprende anche alla luce del principio evocato la decisione della Corte di Strasburgo di non usare la posizione di supremazia che le attribuisce il protocollo n. 11 per limitare l'evoluzione giuridica ricercata dalla Francia<sup>84</sup>. In luogo di prendere posizione a favore dei movimenti – pure femministi – che avevano provocato la decisione quale parte di un piano dichiaratamente strategico<sup>85</sup>, la Corte resta in una posizione di attesa dei futuri sviluppi.

---

<sup>82</sup> Ad esempio il considerando 80 del regolamento UE 650/2012 sulle successioni, sulla scorta dei precedenti, recita: “Poiché gli obiettivi del presente regolamento, vale a dire la libera circolazione delle persone, l'organizzazione anticipata da parte dei cittadini europei della loro successione in un contesto europeo, e la protezione dei diritti degli eredi e dei legatari, e delle persone vicine al defunto nonché dei creditori della successione, non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni e degli effetti del regolamento, essere conseguiti meglio a livello di Unione, quest'ultima può intervenire, in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del trattato sull'Unione europea. Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo”.

<sup>83</sup> Secondo quanto riportato dall'ISPI “6 grafici per capire le proteste in Iran” il 6 marzo 2023, sarebbero “530 i morti fra i manifestanti – di cui 71 bambini– mentre più di 19 mila sarebbero stati arrestati”. <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/5-grafici-capire-le-proteste-iran-36790>. Sul tema dell'evoluzione giuridica dei diritti delle donne sia lecito rinviare al saggio “*The Consequences of Violence against Women and Children in Armed Conflicts for their Intangible Cultural Heritage*” in MASTANDREA BONAVIRI, SADOWSKI (eds.) *Heritage in War and Peace II Spaces of Conflict, Spaces of Justice, Between Natural Landscapes and Cityscapes*, Springer, 2024, 471-490.

<sup>84</sup> CEDU, 25 luglio 2024, *M.A. et autres c/ France*, n° 63664/19.

<sup>85</sup> Si tratta di 56 associazioni, tra cui *Planning Familial*, *Inter-LGBT* e *Open Society* che promuovono l'inquadramento della prostituzione come “lavoro”.

Il rispetto del principio di sussidiarietà, così inteso, consente di scongiurare i rischi di imperialismo culturale e di adottare una concezione realmente universalista dei diritti fondamentali delle persone<sup>86</sup>. Donne e uomini si sono immolati in Iran nella speranza che le future generazioni di donne iraniane potessero vivere obbedendo a norme giuridiche diverse da quelle che le hanno oppresse. Se le future generazioni in Francia considereranno l'abolizione della prostituzione allo stesso modo in cui oggi pensiamo l'abolizione della tortura, la generazione attuale avrà fatto la sua parte.

Questo significa leggere il passato e il presente, nelle sue varie declinazioni culturali, in funzione di auspicabili obiettivi futuri, per quanto irrealizzabili essi ci appaiano oggi.

Il discernimento è oggi reso problematico dalla complessità delle richieste sociali, unita alla inevitabile incoerenza della corposa normazione di fonte eterogenea con cui il giurista si deve confrontare. Ciò premesso, al di là dei piani ideologico e tecnico, vale la pena ricordare che la scienza del diritto “opera in mezzo alla storia, tra emozioni e sentimenti, slanci generosi e ripiegamenti egoistici, competizioni e interessi contrapposti”<sup>87</sup>, restando comunque fedele all'obiettivo di cavare la razionalità dall'esistente.

Interpretando il carattere universale dei diritti fondamentali in chiave diacronica, in luogo di fissarli in un presente inafferrabile, si può cercare di cogliere il progresso giuridico in questa comune tensione verso una pace e armonia sociale globali. L'universalità dei diritti fondamentali per l'umanità nel suo complesso si costruisce rispettando il delicato equilibrio tra il piano superiore e quelli locali, riconoscendo a ogni comunità lo spazio di evoluzione necessario per una pace internazionale duratura. Nel fosco contesto attuale, la sfida del giurista è quella di saper cogliere, e discernere, valori comuni che liberino l'orizzonte per alleggerire le generazioni future.

---

<sup>86</sup> ESPOSITO, “*La sentenza Labita era inevitabile? Riflessioni sulla titolarità delle garanzie dei diritti dell'uomo*”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2001, 227: “*La giurisprudenza elaborata dagli organi di tutela di Strasburgo ha, invero, creato un patrimonio giuridico comune che costituisce un preciso diritto della libertà*”.

<sup>87</sup> CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962.