

GIUGNO 2026

d
q

XXVI. 2026/1

diritto & questioni pubbliche

LIBERALISMO,
ILLUMINISMO
E DIRITTO
POSITIVO

COMITATO EDITORIALE

Direzione

Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

REDAZIONE

Marco Brigaglia, Matija Žgur (coordinamento), Chiara Agnello, Jorge Baquerizo Minuche, Maria Giulia Bernardini, Paolo Capriati, Gaetano Carlizzi, Miguel Fernández Núñez, Giulia Falletti, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Alba Lojo Caride, Elena Marchese, Fabrizio Mastromartino, Flavio Scuderi Di Miceli, Paola Parolari, Attilio Pisanò, Giuseppe Rocché, Fernanda Serraino, Michele Ubertone, Adriano Zambon

COMITATO SCIENTIFICO

Manuel Atienza (Universidad de Alicante) – Mauro Barberis (Università di Trieste) – Juan Carlos Bayon (Universidad Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Università di Ferrara) – Bruno Celano (Università di Palermo) † – Pierluigi Chiassoni (Università di Genova) – Paolo Comanducci (Università di Genova) – Pasquale De Sena (Università di Palermo) – Enrico Diciotti (Università di Siena) – Jordi Ferrer (Universitat de Girona) – Riccardo Guastini (Università di Genova) – Mario Jori (Università di Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano) – Pierpaolo Marrone (Università di Trieste) – Tecla Mazzaresse (Università di Brescia) – Claudio Michelon (University of Edinburgh) – José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Pablo Navarro (Universidad de Córdoba) – Luca Nivarra (Università di Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Scuola Superiore S. Anna, Pisa) – Roberto Pardolessi (Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università di Cagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Università di Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Università di Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Universiteit Gent) – Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Vittorio Villa (Università di Palermo) – Francesco Viola (Università di Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Università di Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Università di Modena-Reggio Emilia)

© 2026, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoeququestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

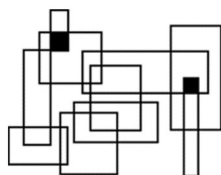
Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

LIBERALISMO, ILLUMINISMO E DIRITTO POSITIVO



Diritto & Questioni Pubbliche
XXVI 2026 / 1 (giugno)

indice

STUDI

FRANCESCO CALLARI

La chiamata in correità e la ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie del correo nel sistema processual penale..... 9-28

ENRICO CAMILLERI, EDOARDO ALONZO

L'azione rappresentativa quale strumento di co-regolazione nel diritto privato europeo del digitale..... 31-51

ANETA ŁAZARSKA, MACIEJ ROGALSKI

The European Electronic Communications Code – End-User Rights..... 53-67

NICOLA MUFFATO

Dalle origini illuministiche alla comunicazione commerciale online: un'analisi del concetto di trasparenza..... 69-90

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Liberalismo senza rottura. Il costituzionalismo del Brasile imperiale: progetti politici, cultura giuridica e cittadinanza in una società schiavista (1822-1889)..... 93-110

MICHELE UBERTONE

Let's Agree to Disagree. Celano's Struggle-for-the-Text Game as a Battle of the Sexes..... 113-133

STUDI

La chiamata in correità e la ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie del correo nel sistema processuale penale

The Accomplice's Testimony and the Retraction of His Hetero-accusatory Declarations in the Italian Criminal Procedural System

FRANCESCO CALLARI

Docente di diritto processuale penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo; Magistrato Onorario della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo; Magistrato Formatore della Scuola Superiore della Magistratura nella F.D. del Distretto della Corte di Appello di Palermo.

E-mail: francesco.callari@unipa.it | francesco.callari@giustizia.it

ABSTRACT

L'articolo mira ad approfondire le connotazioni fondamentali, il valore probatorio e l'operatività concreta delle dichiarazioni del chiamante in correità, alla luce, soprattutto, della lunga e articolata elaborazione dottrinale e della giurisprudenza. In particolare, l'Autore intende esaminare le principali problematiche, le criticità sistemiche e le prospettive applicative della chiamata in correità e della ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie del correo nell'ambito del giudizio penale, nonché nella dinamica procedimentale straordinaria della revisione del giudicato.

The article aims to deepen essential connotations, probative value and concrete operativeness of the accomplice's declarations, in the light, above all, of the long and complex elaboration of doctrine and case-law. In particular, the Author intends to examine main problems, critical issues and applicative prospects of the accomplice's testimony and of the retraction of his hetero-accusatory declarations in criminal proceedings, as well as in the extraordinary procedure of the *res judicata* review.

KEYWORDS

chiamata in correità, prove penali, procedura penale, giustizia penale, giusto processo

accomplice's testimony, criminal evidence, criminal procedure, criminal justice, fair trial

La chiamata in correità e la ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie del correo nel sistema processuale penale

FRANCESCO CALLARI

1. *La chiamata in correità: presupposti e limiti* – 2. *La ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie del correo: valore e criticità* – 3. *Le dichiarazioni del correo in sede di impugnazione straordinaria della decisione di condanna* – 4. *La ritrattazione del correo e il giudizio di revisione.*

1. *La chiamata in correità: presupposti e limiti*

Nell'ambito del processo penale, la prova dichiarativa assume, senza dubbio, un ruolo centrale, perché sovente costituisce la struttura cognitiva fondamentale della ricostruzione processuale dei fatti, sulla quale si innestano, in ragione di un riscontro *positivo* oppure *negativo*, altre acquisizioni probatorie di diversa natura e valenza, come, ad esempio, quelle documentali oppure di genere tecnico-scientifico.

Tuttavia, per quanto fondamentale debba ritenersi il contributo euristico offerto generalmente dalla prova dichiarativa nell'accertamento processuale dei fatti, non è possibile disconoscere come tale tipologia di prova mostri spesso un'intrinseca fallibilità, nonché ineliminabili criticità epistemologiche, dovute, soprattutto, alle connotazioni personali e processuali del dichiarante¹. Invero, se in via generale la veridicità del contributo narrativo può significativamente essere condizionata dallo sviluppo psicofisico ed emotivo della persona, dalla sua capacità di comprendere e ricordare, nonché dal suo grado culturale e comunicativo, rilevanti problematiche ed eventuali distorsioni discendono direttamente dal ruolo specifico che il processo penale assegna al singolo dichiarante e, segnatamente, nel caso della chiamata in correità.

Appare, infatti, evidente che, se nell'ipotesi del testimone "puro" le possibili criticità del contributo dichiarativo nella ricostruzione processuale dei fatti sono generalmente da riconnettere a fenomeni tanto "naturali" quanto inconsapevoli, nel caso di un dichiarante "interessato", come è appunto il chiamato in correità, le propalazioni si collocano in un contesto specifico e diverso, quantomeno teleologicamente "difensivo", in quanto possono essere volte ad ottenere benefici processuali oppure a dimostrare la propria innocenza. Ciò, certamente, non significa affatto che tali dichiarazioni siano necessariamente artefatte o (peggio) inattendibili, ma solo che la loro valutazione debba tenere conto della loro diversa natura e, pertanto, debba essere guidata e cadenzata da regole e criteri più stringenti e mirati.

Invero, se in generale l'"antidoto" epistemologico adottato dal sistema processuale contro fallacie e distorsioni in materia di prove penali, soprattutto di natura dichiarativa, si snoda tra il principio del contraddittorio nella formazione del dato probatorio e il principio del libero convincimento del giudice da esplicitarsi in una congrua e argomentata giustificazione delle decisioni formulate, ossia «dando conto nella motivazione dei risultati acquisiti e dei criteri adottati» (art. 192 comma 1 c.p.p.), nel caso di chiamata in correità, il legislatore italiano ha previsto che le dichiarazioni rese dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p., nonché le dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'art. 371 comma 2 lett. b c.p.p., siano

¹ In ordine a tale profilo v., in particolare, CAMPISI 2013, 607 s.; CAPITTA 2004, 609 s.; DE CATALDO NEUBURGER 1988, 40 s.; EAD. 2008, 73 s.; MAZZONI 2011, 17; MUSATTI 1931, 145; PISAPIA 1973, 379 s.; PROCACCIANTI 2005, 1649; VANNUCCI 2008, 47 s.

«valutate unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità» (art. 192 commi 3 e 4 c.p.p.)².

Quest'ultima disposizione prescrive, infatti, la necessità di valutare le dichiarazioni del chiamante in correità unitamente a “riscontri esterni”. In altri termini, si richiede che la valutazione di tali dichiarazioni non si fermi alla credibilità del propalante, nonché alla sua attendibilità intrinseca, così come richiesto, del resto, per qualsiasi testimone, ma che, in una prospettiva trifasica, si proceda, altresì, ad un confronto del contributo dichiarativo con elementi esterni al dichiarante stesso.

Secondo un orientamento prevalente³, invero, la validazione delle dichiarazioni del chiamante in correità deve procedere secondo un preciso ordine logico-giuridico, perché non si può procedere ad una valutazione unitaria della chiamata in correità e degli “altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità” se prima non si chiariscono gli eventuali dubbi che si addensino sulla chiamata in sé, indipendentemente dagli elementi di verifica esterni ad essa. In particolare, il giudice deve, anzitutto, esaminare il problema della “credibilità soggettiva” del dichiarante, da compiersi in relazione alla sua personalità, alle sue condizioni socio-economiche e familiari, al suo passato e ai suoi rapporti con i chiamati in correità, nonché alla genesi remota e prossima della sua risoluzione alla confessione e all'accusa dei coautori e complici, *id est* alle ragioni che ne hanno indotto la scelta eteroaccusatoria. Soltanto in secondo luogo, deve seguire o comunque accompagnarsi la verifica dell’“attendibilità oggettiva” delle dichiarazioni rese, nel senso che dovranno essere sottoposte a vaglio critico l'intrinseca consistenza, nonché le caratteristiche delle dichiarazioni del correo, alla luce dei criteri generali che – nel corso del tempo e, a volte, con approcci mutevoli – l'esperienza giurisprudenziale ha individuato, quali la precisione, la completezza, la coerenza, l'autonomia, la costanza e la spontaneità della chiamata. Dunque, il giudice, ancora prima di accertare l'esistenza di riscontri esterni, deve verificare la credibilità soggettiva del dichiarante e, poi, l'attendibilità oggettiva delle sue dichiarazioni, ma tale percorso valutativo non deve muoversi attraverso passaggi rigidamente separati, in quanto la credibilità del chiamante in correità e l'attendibilità del suo racconto devono essere vagliate senza alcuna soluzione di continuità⁴. In tal senso, ad esempio, l'attendibilità intrinseca del dichiarante non resta esclusa per il sol fatto che egli sia stato mosso da ragioni di astio o risentimento nei confronti dell'accusato, poiché queste ultime non eliminano la valenza probatoria delle accuse, ma fondano soltanto la necessità, per il giudice, di un accertamento particolarmente approfondito circa la veridicità del loro contenuto⁵.

Infine, soltanto dopo avere sciolto in senso positivo, alla stregua dei suddetti parametri, il giudizio sulla credibilità del dichiarante, nonché sull'attendibilità intrinseca delle sue propalazioni accusatorie, il giudice di merito è legittimato – *rectius*, tenuto – ad esaminare e verificare l'esistenza dei c.d. riscontri esterni di natura individualizzante.

Occorre precisare, inoltre, che l'elemento corroborante può essere di qualsiasi natura e provenire da qualunque fonte, potendo consistere, a determinate condizioni, anche in altra chiamata in correità, persino *de relato*. Invero, secondo un indirizzo consolidato, la chiamata in correità o in reità “*de relato*”, anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile,

² Sul tema generale dei riscontri della chiamata in correità v., in particolare, BARGI 1991, 679 s.; BEVERE 2001, 7 s.; CAPRIOLI 1993, 796; DEGANELLO 2005, 129 s.; GREVI 1991, 1173 s.; IACOVIELLO 2004, 3452 s.; RAFARACI 1994, 670 s.; TRANCHINA 1995, 644 s.

³ Sul punto v. segnatamente, Cass., Sez. Un., 21 ottobre 1992, n. 1653, in *C.E.D. Cass.*, n. 192465. Al riguardo, in dottrina, cfr. CASIRAGHI 2012; CASSIBBA 2002, 728 s.; DANIELE 2009, 126 s.; NOBILI 1990, 417 s.; RAFARACI 1994, 673 s.; VIVIANI 1991, 336 s.

⁴ Così Cass., sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413, in *C.E.D. Cass.*, n. 276676.

⁵ Sul punto v., segnatamente, Cass., sez. II, 21 giugno 2017, n. 33519, in *C.E.D. Cass.*, n. 270531; conf. Cass., sez. VI, 12 aprile 2022, n. 48320, in *C.E.D. Cass.*, n. 284074. Peraltro, in giurisprudenza, si è affermato che, in ordine alla valutazione probatoria della chiamata di correo, l'accertata falsità di uno specifico fatto narrato dal dichiarante non impedisce la valorizzazione delle parti ulteriori di un suo racconto più complesso, a condizione che queste siano supportate da precisi riscontri, anche non specifici, ma comunque idonei a compensare il difetto di attendibilità soggettiva (Cass., sez. I, 1° dicembre 2022, n. 26966, in *C.E.D. Cass.*, n. 284836).

può avere come unico riscontro, ai fini della prova della responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore, purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) risulti positivamente effettuata la valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) siano accertati i rapporti personali fra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) vi sia la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante, in relazione a circostanze rilevanti del "*thema probandum*"; d) vi sia l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) sussista, infine, l'autonomia genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti di informazione diverse⁶.

Di contro, non è necessario che l'elemento di riscontro costituisca autonoma prova, altrimenti verrebbe meno l'utilità stessa della chiamata in correità⁷. Invero, i giudici di legittimità hanno più volte affermato che, in tema di chiamata in correità, i riscontri dei quali necessita la narrazione, possono essere costituiti da qualsiasi elemento o dato probatorio, sia rappresentativo che logico, a condizione che sia indipendente e, quindi, anche da altre chiamate in correità, purché la conoscenza del fatto da provare sia autonoma e non appresa dalla fonte che occorre riscontrare, ed a condizione che abbia valenza "individualizzante", dovendo cioè riguardare non soltanto il fatto-reato, ma anche la riferibilità dello stesso all'imputato, mentre non è richiesto che i riscontri abbiano lo spessore di una prova "autosufficiente", perché, in caso contrario, la chiamata non avrebbe alcun rilievo, in quanto la prova si fonderebbe su tali elementi esterni e non sulla chiamata di correità⁸.

Dunque, nell'articolata elaborazione giurisprudenziale è possibile riscontrare un'accezione molto ampia della nozione di riscontro, estesa fino agli elementi indizianti o agli argomenti logici, anche se certamente, in tal caso, si impone, segnatamente, una valutazione rigorosa sia quanto alla fondatezza della massima d'esperienza ritenuta, sia al suo carattere individualizzante⁹. Di contro, un orientamento giurisprudenziale piuttosto costante tiene fermamente a precisare che, in ogni caso, è necessario che i riscontri siano individualizzanti, siano dotati cioè di un collegamento diretto tra i fatti oggetto di procedimento e il soggetto chiamato in correità. In altri termini, secondo la giurisprudenza prevalente, la chiamata in correità posta a fondamento di un'affermazione di responsabilità¹⁰ richiede che il giudice debba verificare i riscontri esterni, i quali sono realmente rafforzativi della chiamata in quanto siano individualizzanti e, quindi, inequivocabilmente idonei ad istituire un collegamento diretto con i fatti per cui si procede e con il soggetto contro il quale si procede¹¹.

Insomma, si tratta di accogliere un'accezione molto estesa della portata della norma in esame, ispirata fondamentalmente al principio della libertà dei riscontri¹², che impone al giudice di

⁶ Al riguardo cfr., in particolare, Cass., Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, in *C.E.D. Cass.*, n. 255145; conf. Cass., sez. I, 26 settembre 2024, n. 36065, in *C.E.D. Cass.*, n. 286948; Cass., sez. I, 12 settembre 2023, n. 17370, *ivi*, n. 286327; Cass., sez. I, 26 giugno 2019, n. 41238, *ivi*, n. 277134; Cass., sez. VI, 14 giugno 2018, n. 40899, *ivi*, n. 274149.

⁷ Così, segnatamente, Cass., sez. V, 15 ottobre 2025, n. 2066, in *C.E.D. Cass.*, n. 289314.

⁸ Così Cass., sez. III, 18 luglio 2014, n. 44882, in *C.E.D. Cass.*, n. 260607; Cass., sez. VI, 11 luglio 2018, n. 45733, *ivi*, n. 274151; Cass., sez. II, 11 luglio 2019, n. 35923, *ivi*, n. 276744; Cass., sez. VI, 8 ottobre 2019, n. 47108, *ivi*, n. 277393. In dottrina, sul tema v., segnatamente, DI MARTINO, PROCACCIANTI 2007, 7 s.; IACOVIELLO 2004, 3452 s.; VERRINA 2000, 99 s.

⁹ Al riguardo v., in particolare, Cass., sez. I, 13 marzo 1996, n. 1635, in *C.E.D. Cass.*, n. 204675; conf. Cass., sez. II, 8 luglio 2019, n. 29648, in *C.E.D. Cass.*, n. 277018.

¹⁰ Peraltro, di recente, in giurisprudenza si è affermato che, in ordine alla chiamata in correità, le dichiarazioni accusatorie che non costituiscono la prova principale della responsabilità penale degli accusati, bensì mera integrazione e conferma di altre prove di diversa ed autonoma natura, come ad esempio ai fini del giudizio di sussistenza delle esigenze cautelari, richiedono una verifica meno rigorosa e non esigono riscontri esterni ulteriori (Cass., sez. II, 23 dicembre 2025, n. 1709, in *C.E.D. Cass.*, n. 289277).

¹¹ Sul punto v., segnatamente, Cass., sez. V, 28 giugno 2006, n. 31442, in *C.E.D. Cass.*, n. 235212.

¹² Cass., Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit.

apprezzare la chiamata in correità seguendo un percorso valutativo e argomentativo *aggravato*, ma non delimitato in alcun modo con riferimento alla natura, né al valore probatorio, fatto salvo, ovviamente e in ogni caso, il divieto di utilizzabilità dei riscontri acquisiti in violazione di legge, analogamente a quanto prescritto per le prove *ex art.* 191 c.p.p.

Senza dubbio, la chiamata in correità costituisce uno strumento processuale e investigativo irrinunciabile in tutti i contesti criminali, capace, soprattutto, di esplicitare i suoi effetti più significativi nel contrasto alle mafie, ma che certamente si offre ad alcune considerazioni critiche in ordine al suo valore probatorio, nonché al canone valutativo prescritto dai commi 2 e 3 dell'art. 192 c.p.p.

In particolare, appare piuttosto discutibile la pretesa sufficienza di un criterio unico di valutazione giudiziale, quale quello descritto dalla norma in esame, per regolare un fenomeno vastissimo e assai mutevole. Sarebbe, invece, più opportuno distinguere il criterio valutativo del giudice a seconda della natura del chiamante, differenziando, ad esempio, tra il chiamante in reità e il chiamante in correità, oppure in base alla fase procedimentale in cui le dichiarazioni sono state acquisite. *De iure condendo*, potrebbe, infine, essere più congruo differenziare il canone valutativo sulla chiamata in correità previsto all'art. 192 c.p.p., distinguendo nettamente, altresì, il coimputato nel medesimo reato rispetto all'imputato in un reato collegato quando la prova di un reato o di una sua circostanza influisce sulla prova di un altro reato o di un'altra circostanza.

Concludendo, occorre sottolineare come, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, non esista alcun divieto specifico, per un tribunale penale statale, di basarsi, per la propria decisione, sulla dichiarazione incriminante resa da un correo, perché, sebbene l'art. 6 CEDU garantisca il diritto ad un "equo processo", esso non stabilisce alcuna norma sull'ammissibilità delle prove in quanto tali, che è principalmente una questione disciplinata dal diritto nazionale¹³. Ciò nondimeno, il ricorso alla testimonianza di un complice può rendere "iniquo" un processo, perché tale testimonianza, per sua stessa natura, è soggetta a manipolazione e può essere resa esclusivamente per ottenere un vantaggio o per vendetta personale¹⁴. I giudici di Strasburgo, pertanto, ritengono che, in casi del genere, occorra valutare l'equità complessiva del processo penale, esaminando, segnatamente, il procedimento "*as a whole*", compreso il modo in cui sono state ottenute le prove, nonché tenendo conto dei diritti procedurali della difesa, ma anche degli interessi della gente e delle vittime nel vedere il reato adeguatamente perseguito¹⁵.

2. La ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie del correo: valore e criticità

Storicamente, la formulazione attuale dell'art. 192 commi 3 e 4 c.p.p. sembra davvero abbia posto fine ad un serrato dibattito della cultura giuridica, che nasceva dalla ritenuta impossibilità di fondare la decisione di condanna sulla base delle sole dichiarazioni rese dal chiamante in correità, e che aveva impegnato a lungo dottrina e giurisprudenza sulla natura stessa della chiamata in correità. Nel codice Rocco, infatti, la mancanza di una disciplina specifica aveva fatto dubitare del valore di piena prova della chiamata in correità, ritenuta da alcuni mero indizio, mentre secondo altri solo una *notitia criminis*¹⁶.

Il nuovo codice di rito ha, quindi, dissipato ogni dubbio sulla natura probatoria della chiamata in correità, sebbene introducendo regole valutative più stringenti e, soprattutto, la necessità dei "riscontri esterni" nei termini descritti.

¹³ In tal senso v. Corte edu, 12 luglio 1988, *Schenk c. Svizzera*, § 46; Corte edu, [GC], 11 luglio 2006, *Jalloh c. Germania*, §§ 94-96; Corte edu, [GC], 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), § 83.

¹⁴ Così Corte edu, 25 ottobre 2022, *Xenofontos e altri c. Cipro*, §§ 76-78.

¹⁵ In tal senso v. Corte edu, 26 novembre 2024, *Souroullas Kay and Zannettos v. Cipro*, § 62 s.; Corte edu, 1° giugno 2023, *Erik Adamčo v. Slovacchia*, § 54 s.; Corte edu, 29 marzo 2016, *Pačić c. Croazia*, § 27; Corte edu, [GC], 13 settembre 2016, *Ibrahim c. Regno Unito*, §§ 250-251; Corte edu, [GC], 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118.

¹⁶ Sul tema cfr., in particolare, BOSCHI 1989, 526; DI CHIARA 1987, 233; ID. 1989, 894 s.; FIANDACA 1986, 530 s.; MAGGIO 1998, 3480 s.; PANSINI 2015, 31 s.

Non trova, invece, una specifica disciplina legislativa nel tessuto codicistico il fenomeno, assai delicato ma molto comune, della ritrattazione delle dichiarazioni eteroaccusatorie da parte del chiamante in correità, un tema che, però, ha suscitato l'attenzione della dottrina più attenta, nonché una particolare implementazione interpretativa ad opera della giurisprudenza. Si verifica non di rado, infatti, che, dopo l'acquisizione di tali dichiarazioni eteroaccusatorie, il dichiarante operi la ritrattazione delle precedenti accuse, ponendo il problema della rilevanza da attribuire alle originarie propalazioni e alla successiva ritrattazione processuale.

Per risolvere tale problematica occorre richiamare, in particolare, la giurisprudenza di legittimità, che ha più volte affrontato la questione specifica della valenza probatoria di una ritrattazione di cui sia accertata l'inattendibilità e l'incoerenza con gli altri dati processuali, soprattutto, relativi alla credibilità intrinseca del dichiarante.

In passato, la "costanza" della chiamata di correo era richiamata dalla Cassazione come requisito indefettibile di credibilità intrinseca¹⁷. Da tempo, però, un consolidato orientamento giurisprudenziale ritiene che la chiamata di correo può conservare la sua credibilità anche se ritrattata, respingendo l'idea che la stessa, per essere attendibile, debba restare ferma ed irriterattabile per tutto l'arco del processo penale, nonché affidando al giudice il compito di stabilire se le successive modificazioni della narrazione dei fatti e dell'indicazione dei loro protagonisti siano state determinate da genuini ripensamenti e/o naturali evoluzioni rievocative, connessi ad approfondimenti mnemonici, oppure se esse siano state causate da sopravvenute offerte o minacce, ovvero ancora da mere nuove scelte strategiche personali.

Anzitutto, secondo i giudici di legittimità, la ritrattazione, in quanto tale, non costituisce *sic et simpliciter* elemento in grado di escludere l'attendibilità intrinseca del chiamante in correità, purché il giudice di merito, con congrua motivazione, dia conto delle ragioni del mutamento della posizione del dichiarante, ovvero ponga in rilievo l'assoluta inattendibilità delle "contro-dichiarazioni"¹⁸.

In sostanza, allorquando la chiamata di correo sia seguita da ritrattazione, il giudice del merito è tenuto a sottoporre ciascuna dichiarazione a rigorosa analisi critica in modo da comprendere le ragioni che hanno dato luogo all'una e, poi, all'altra, al fine, soprattutto, di esplicitare i motivi per i quali ritenga di attribuire prevalenza alla seconda dichiarazione (perché, ad esempio, potrebbe essere conseguenza diretta delle intimidazioni subite dal medesimo chiamante); solo all'esito di tale indagine, ove il contrasto permanga ed appaia insanabile, legittimamente il giudice del merito può rifiutare di attribuire ogni rilievo probatorio al complesso delle contrastanti dichiarazioni¹⁹. Pertanto, una chiamata di correo, anche se ritrattata, può assumere efficacia probatoria piena ai fini dell'affermazione di colpevolezza per un determinato reato, ove il giudice, sulla base di un ragionamento logico ed adeguato che rispecchia la realtà processuale, si convinca di doverle attribuire valore decisivo²⁰.

Di contro, sempre in tema di chiamata in correità, secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, non solo una ritrattazione inattendibile può non essere in grado di infirmare le precedenti asserzioni accusatorie²¹, ma, anzi, una ritrattazione inattendibile, o addirittura falsa, si traduce *tout court*, proprio perché tale, in un ulteriore elemento di conferma delle originarie dichiarazioni accusatorie²².

¹⁷ Così Cass., sez. I, 25 giugno 1990, n. 13279, in *C.E.D. Cass.*, n. 185493. Sul punto v., inoltre, DEGANELLO 2005, 169, nt. 106.

¹⁸ Cass., sez. I, 20 giugno 2017, n. 41585, in *C.E.D. Cass.*, n. 271252; Cass., sez. VI, 31 gennaio 1996, n. 7627, *ivi*, n. 206583. In dottrina, sul punto v., in particolare, CAVALLI 2006, 117 s.

¹⁹ Cass., sez. I, 21 dicembre 1994, n. 1699, in *C.E.D. Cass.*, n. 201417. Al riguardo v., inoltre, FALDATI 2012, 86.

²⁰ Così Cass., sez. I, 5 novembre 1970, Salvatore, in *Giust. pen.*, 1971, II, 582. In ordine a tale profilo v., inoltre, DOSI 1974, 368.

²¹ Cass., sez. VI, 2 luglio 1990, n. 15413, in *C.E.D. Cass.*, n. 185822.

²² Così Cass., sez. I, 15 aprile 1991, n. 5536, in *C.E.D. Cass.*, n. 187596. Sul punto v., inoltre, APRILE 2006, 164.

In effetti, in via generale, appare più opportuno non riconoscere alla ritrattazione alcun automatico effetto pregiudizievole sulla chiamata di correo, lasciando al giudice di merito la possibilità non solo di mantenere inalterato il proprio giudizio in ordine a quest'ultima, ma persino di considerare proprio l'eventuale successivo mendacio come fattore determinante per elevare la ritrattazione a nuovo e ulteriore elemento di accusa²³. Invero, come si è detto, la valutazione degli elementi processuali di verifica esterni alla chiamata deve riguardare determinati elementi, certi anche se pochi, non congetturali, nonché di contenuto idoneo ad esplicare la funzione di controllo dell'attendibilità della chiamata; pertanto, in tale prospettiva la chiamata di correo può costituire legittima fonte di prova della colpevolezza del chiamato in correità anche quando sia stata in qualche modo ritrattata, purché fatta oggetto di più penetrante e attenta valutazione²⁴.

Ebbene, l'eventuale ritrattazione, che può verificarsi in ogni momento dell'iter processuale, non toglie al giudice il potere di mantenere immutato il valore attribuito alla chiamata in correità in termini decisivi e determinanti, condizionando semmai la vulnerabilità della sua efficacia ad un approfondimento valutativo proiettato sulle altre risultanze processuali e ad un'adeguata spiegazione della inattendibilità della narrazione.

Infatti, si tratta di una semplice dichiarazione contraria, proveniente dalla stessa fonte di accusa; di conseguenza, gli effetti della valutazione della ritrattazione consentono anche al giudice, qualora constati l'evidente mendacio o l'interesse a scagionare una o più persone accusate o, comunque, l'illogicità e incoerenza delle nuove asserzioni o di ogni altro profilo pertinente e sintomatico, di elevare la ritrattazione stessa a nuovo ulteriore elemento di accusa e a definitiva convalida del contenuto veritiero delle originarie e già controllate dichiarazioni del correo²⁵.

In sintesi, la chiamata in correità, seppure ritrattata in qualche modo e, quindi, "negata", può ugualmente rappresentare una legittima fonte di prova, ma resta pur sempre meritevole di corroborazione da parte di riscontri sia interni che esterni. Nondimeno, la stessa ritrattazione, se "maldestra" e, di conseguenza, *in re ipsa* inattendibile, potrebbe essere proprio l'elemento che attribuisce attendibilità alle originarie dichiarazioni rese, nel senso che si può riconoscere valore di riscontro anche ad una dichiarazione inattendibile di tal genere²⁶. Peraltro, qualora il chiamante in correità abbia assunto la veste di c.d. testimone assistito, il suo esame sarà sottoposto al regime delle contestazioni ex art. 500 c.p.p. e, nello specifico, se la sua ritrattazione avviene in dibattimento e vi è una provata condotta illecita che lo spinge a deporre il falso o a non deporre affatto, si potrà procedere all'acquisizione *tout court* nel fascicolo dibattimentale, ai fini dell'utilizzazione, delle dichiarazioni precedentemente rese e contenute nel fascicolo del pubblico ministero.

Pertanto, non solo la ritrattazione delle precedenti dichiarazioni del chiamante in correità non è indefettibilmente idonea a svalutare le accuse anteriormente rese, non potendo attribuirsi a tale scelta processuale alcuna connotazione presuntiva che non sia superabile *aliunde*, grazie soprattutto ad un controllo incisivo del giudice, possibilmente esteso ai motivi della loro variazione, ma è, altresì, ben possibile che la ritrattazione inattendibile o mendace si traduca, in quanto tale, in un ulteriore elemento di conferma delle accuse originarie.

3. Le dichiarazioni del correo in sede di impugnazione straordinaria della decisione di condanna

Come si è detto, non si può dubitare che, nel sistema processuale penale, la chiamata in correità costituisca un elemento di prova sul quale il giudice possa fondare il proprio convincimento e la

²³ Cass., sez. VI, 16 maggio 1989, n. 14044, in C.E.D. Cass., n. 182316.

²⁴ Così Cass., sez. I, 23 gennaio 1991, n. 8756, in C.E.D. Cass., n. 188117. Al riguardo v., inoltre, TONINI, CONTI 2025, 312 s.; ZAVAGLIA 2007, 226 s.

²⁵ Cass., sez. II, 15 aprile 1985, n. 7866, in C.E.D. Cass., n. 170287. Sul tema v., inoltre, SANNA 2000, 273 s.

²⁶ Così Cass., sez. VI, 18 febbraio 1994, n. 6422, in C.E.D. Cass., n. 197857.

pronuncia di condanna, ma che la stessa sia utilizzabile soltanto quando ne sia pienamente accertata la credibilità e l'attendibilità, nonché qualora essa sia corroborata da riscontri esterni alla medesima.

Se, soprattutto nell'ambito della repressione giudiziaria della criminalità organizzata, fondamentale è il ruolo che tali dichiarazioni eteroaccusatorie possono assumere per l'emissione di decisioni di condanna da eseguire, una volta divenute irrevocabili, occorre parimenti indagare e approfondire, in una dimensione teleologica speculare di *favor innocentiae*, l'operatività concreta, ai fini della revisione del giudicato penale, delle dichiarazioni liberatorie del correo, nonché delle vere e proprie ritrattazioni rese dallo stesso.

Ebbene, nell'evoluzione dell'ordinamento processuale penale è possibile cogliere come le varie espressioni testuali del codice di rito impegnate a rappresentare il dato ontologico dell'ipotesi revocatoria connessa alla c.d. novità probatoria si siano progressivamente rarefatte, fino a confluire ed identificarsi nell'endiadi «nuove prove» ex art. 630 lett. c c.p.p. 1988: dalla locuzione «indizi sufficienti sull'esistenza della persona la cui supposta morte avesse dato luogo alla condanna» di cui all'art. 689 del codice di procedura penale del 1865, alla formula «fatti, o nuovi elementi di prova» dell'art. 538 n. 2 del codice di procedura penale del 1913 e della stesura originaria dell'art. 554 n. 3 del codice di rito del 1930, sino a giungere alla sola indicazione «nuovi elementi di prova» della novella legislativa del 1965, ed infine alla formulazione attuale – ancora differente – della disposizione definitiva *de qua*, ove «l'assestamento morfologico dei concetti ha esaurito il suo percorso»²⁷.

Dunque, attualmente, il dato codicistico offre un'espressione linguistica essenziale ed immediata, ma l'apparente semplicità lessicale dischiude, in realtà, rilevanti questioni interpretative in ordine all'esatta individuazione del significato e della portata operativa della stessa²⁸.

Per sottolineare la notevole insidiosità del terreno ermeneutico delimitato dalla lettera legislativa è sufficiente rammentare come sia la Relazione al Progetto preliminare del 1988, sia quella al Progetto preliminare del 1978 (dove il mutamento terminologico a favore dell'espressione «nuove prove» era già stato previsto nell'art. 594 n. 3)²⁹, tacciano completamente sul senso da attribuire alla locuzione normativa. Parimenti eloquente è, del resto, il fatto che il legislatore del 1988 abbia “sapientemente” eluso le corali e precise richieste – avanzate anche nel parere della Corte di cassazione³⁰ – di chiarire se l'innovazione letterale nella formulazione codicistica comporti anche una valenza semantica differente rispetto al passato.

Con riguardo al corretto inquadramento concettuale del termine «prove», contenuto nell'art. 630 lett. c c.p.p., si può osservare, preliminarmente, che l'uso di tale espressione linguistica intende, anzitutto, evidenziare «l'esigenza di non tipicizzare troppo la natura degli elementi che possono essere forniti nella richiesta», rimandando la scelta del mezzo tecnico attraverso il quale introdurre il *novum* nel processo «ad un momento successivo nel contesto costruttivo della dialettica processuale»³¹. Rispetto alla dizione prevista nel codice di rito abrogato, l'attuale espressione – senz'altro più generica – mira, infatti, ad evitare di prendere una posizione rigida e netta sul meccanismo euristico-dimostrativo attraverso il quale le nuove allegazioni sono in grado di minare la tenuta del materiale probatorio fondante la sentenza irrevocabile di condanna e così rimettere in discussione la certezza giuridica cristallizzata nel giudicato.

Invero, sul significato proprio della locuzione in esame, che sostanzia il connotato ontologico fondamentale del caso di revisione previsto dall'art. 630 lett. c c.p.p., sono emersi, in dottrina e nella giurisprudenza, orientamenti diversi e contrastanti, da imputarsi anche alla fatale sovrapp-

²⁷ JANNELLI 1991a, 352. Sul punto v., inoltre, ALESSANDRUCCI 2008, 3178.

²⁸ In ordine al profilo semantico del concetto di prova v., in particolare, BENTHAM 1825, 8 s.; BONNIER 1843, 3 s.; CORDERO 2006, 572 s.; DE LALLA 1973, 3 s.; DE LUCA 1965, 35 s.; FERRARI 1927, 7 s.; FLORIAN 1921, 6 s.; GIULIANI 1961, *passim*; MITTERMAIER 1858, 8 s.; UBERTIS 1995a, 297 s.; ID. 1979, 52 s.; ID. 1995b, 4 s.

²⁹ Sul punto v. CONSO, GREVI, NEPI MODONA 1989, 1343.

³⁰ *Parere della Corte di cassazione sull'art. 622 lett. c) Prog. prel. del codice*, in CONSO, GREVI, NEPI MODONA 1989, 1358.

³¹ JANNELLI 1991b, 366.

posizione concettuale delle nozioni di “prova” ed “elemento di prova”; di conseguenza, di fronte al laconico dato testuale, oggi come allora, non è possibile sottrarsi dal tentare di intraprendere «una approfondita ed esauriente indagine diretta a precisarne con esattezza il significato ed il valore»³².

Secondo una posizione ermeneutica, l'introduzione nell'attuale tessuto codicistico dell'espressione linguistica «nuove prove» – rispetto a «nuovi elementi di prova» – è tesa a limitare la rilevanza, ai fini della revisione, ai soli “mezzi di prova” mai assunti; di conseguenza, in base a tale accezione, dovrebbero considerarsi “nuovi” quegli strumenti processuali di verifica del tema di prova che non siano stati già utilizzati nel *cursus* del processo penale “ordinario”. Tale orientamento fu, peraltro, già formulato in seguito alla modifica dell'art. 554 n. 3 c.p.p. 1930 per opera della legge n. 481 del 1965, quando dall'omologa fattispecie revocatoria fu eliminato il riferimento esplicito ai «fatti» e si conservò esclusivamente l'espressione «nuovi elementi di prova»³³.

In senso contrario, si è eccepito come l'idea di identificare le «prove», cui fa riferimento l'art. 630 lett. c c.p.p., nel mezzo tecnico di verifica del tema di prova, oltre a non palesare un sicuro riscontro testuale, non abbia un saldo fondamento logico-giuridico. Invero, si fa osservare che se la novità rilevante in via straordinaria ricadesse effettivamente sui mezzi di prova, sarebbe ammissibile poi ritenere che, qualora non sia riuscita la dimostrazione di un fatto attraverso, ad esempio, una testimonianza, tale accertamento, in sede di revisione, possa essere surrogato da un documento, mai acquisito, il quale rechi contributi comunque già emersi ed esaminati nel precedente giudizio mediante la predetta prova orale. Si obietta, quindi, che procedendo in tale direzione, ossia misurando la “novità” semplicemente con gli strumenti formali di verifica adottati nelle fasi ordinarie del processo, sarebbe fatalmente agevole «trasformare la revisione in una quarta istanza»³⁴.

D'altro canto, occorre essere bene attenti ad evitare che una troppo generica quanto superficiale svalutazione del “mezzo di prova” come centro d'imputazione della “novità” ex art. 630 lett. c c.p.p. possa condurre a confondere, in un'assurda commistione, il “congegno tecnico” e l'“oggetto materiale” di cognizione giudiziale o, peggio ancora, ad escludere *tout court* il connotato del *novum* con riguardo all'eventuale coincidenza con un tema di prova già preso in esame nei precedenti gradi di giudizio.

Posto che il mezzo di prova è lo strumento di cui ci si serve per ottenere la dimostrazione dell'enunciato fattuale integrativo del *thema probandum*, il requisito della “novità”, così come l'oggetto della conoscenza del giudice della revisione, non può che riguardare direttamente gli elementi dimostrativi addotti, prescindendo dal loro veicolo tecnico-formale. Invero, due mezzi di prova, pur rivelandosi apparentemente strumentali a veicolare il medesimo dato descrittivo, possono concretamente manifestare una differente valenza dimostrativa in ordine alla conoscenza del fatto: in altri termini, «il momento contenutistico assume rilievo assolutamente decisivo, ai fini dell'ammissibilità del giudizio di revisione, a prescindere dalle tipologie conformative della conoscenza del fatto»³⁵. Inoltre, in ultima analisi, oltre a dover mettere nel giusto rilievo come la ricostruzione – immediata o indiretta³⁶ – di tutti i fatti compresi nell'imputazione dia corpo ad un *thema probandum* dalle più ampie dimensioni e sfaccettature, occorre sottolineare che la novità del tema di prova costituisce comunque «elemento del tutto estraneo all'istituto della revisione penale, posto che esso impone che proprio lo stesso tema venga rivisitato in base a nuove prove»³⁷.

Al di là del mero dato letterale³⁸, non sembra, però, sussistere alcuna fondata ragione logico-giuridica neanche per potere intendere il termine «prove» contenuto nell'art. 630 lett. c c.p.p. nel

³² FOSCHINI 1948, 56.

³³ In tal senso cfr. LEONE 1961, 267; CERVADORO 1987, 1513.

³⁴ SCALFATI 1995, 209.

³⁵ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, in «Foro it.», II, 2002, 461.

³⁶ Sul punto v., in particolare, GALATI, ZAPPALÀ 2011, 331.

³⁷ Cass., sez. VI, 16 dicembre 2002, n. 1811, in C.E.D. Cass., n. 223333. Al riguardo v., inoltre, Cass., sez. VI, 30 ottobre 2006, n. 40685, in C.E.D. Cass., n. 235437.

³⁸ Sul punto cfr., segnatamente, JANNELLI 2005, 708.

senso di “risultati” di attività istruttoria. Non è, infatti, difficile notare che il termine adoperato nel dato codicistico non va inteso ed interpretato nella maniera più rigorosa con la quale si indica la proposizione fattuale esito del meccanismo valutativo degli elementi probatori, né tanto meno nell’accezione ancor più compiuta di “conclusione probatoria”, come epilogo conoscitivo della ricostruzione giudiziale del fatto³⁹. Invero, posto che l’art. 630 lett. c c.p.p. è da tenere presente, anzitutto, nella fase preliminare, caratterizzata dall’assenza di qualsivoglia autentica attività probatoria, ciò «determina l’impossibilità di riferire il vocabolo ad un fenomeno che interviene propriamente solo durante il giudizio di merito»⁴⁰. È ovvio, infatti, che nella fase procedimentale in cui si presenta la domanda di revisione per «nuove prove» non vi siano, in realtà, ancora vere e proprie “prove”, sia perché queste vanno – di regola – formate in contraddittorio nella successiva fase di merito del processo di revisione, sia perché si è comunque in un momento, geneticamente interlocutorio, nel quale ci si limita ad indicare solo degli elementi probatori da acquisire, “rielaborare” ed apprezzare appieno nell’eventuale giudizio.

Ciò nonostante, un orientamento giurisprudenziale ha voluto sottolineare la diversa espressione usata dall’art. 630 lett. c c.p.p. – «nuove prove» – rispetto a «nuovi elementi di prova» di cui alla corrispondente norma del codice di rito del 1930 (art. 554 n. 3), al fine di farne discendere che per l’ammissibilità della revisione occorra fare riferimento ad un apparato fattuale e concettuale esaustivo⁴¹.

Secondo tale impostazione, ai sensi dell’art. 630 lett. c c.p.p., gli elementi che consentono l’esperimento della revisione devono rientrare nella categoria delle “prove”, e non tanto in quella degli “elementi di prova”, nel senso che il dato fattuale richiamato nell’impugnazione *post rem iudicatam*, una volta introdotto nel giudizio straordinario, dovrà *sic et simpliciter* – senza ulteriori condizionamenti – essere utilizzato in funzione del risultato conclusivo del procedimento decisorio.

In tale prospettiva, con riferimento alle singole fattispecie di “novità probatoria”, proprio *in subiecta materia* si è ritenuto che non assumano il rango di «nuove prove», ai fini dell’impugnazione straordinaria, le dichiarazioni liberatorie di un coimputato, atteso che tali dichiarazioni soggiacciono alle limitazioni dettate dall’art. 192 comma 3 c.p.p., il quale attribuisce ad esse la natura di semplici elementi di prova non suscettibili di valutazione autonoma, potendo le stesse essere prese in considerazione solo unitamente ad altri elementi di prova che ne confermino l’attendibilità⁴².

Pertanto, secondo tale orientamento giurisprudenziale, ai sensi dell’art. 630 lett. c c.p.p., gli strumenti cognitivi in base ai quali si può pervenire ad un giudizio di revisione della sentenza di condanna irrevocabile devono rientrare nella categoria delle “prove”, quali risultati di attività istruttoria, e non tanto in quella degli elementi probatori. In particolare, in diverse sentenze, viene parimenti ad emergere la tendenza interpretativa secondo cui sarebbe comunque impedito al giudice della revisione di riconsiderare il passaggio logico, effettuato dal primo giudice, fra elemento e risultato di prova con riferimento ai fatti che furono già alla base del processo ordinario, in quanto le nuove risultanze probatorie finirebbero per riguardare una questione già fatta oggetto di considerazione nel precedente giudizio⁴³.

³⁹ Sull’argomento cfr. UBERTIS 1991, 2.

⁴⁰ SCALFATI 1995, 211.

⁴¹ Così Cass., sez. I, 1° marzo 2002, n. 14216, in *C.E.D. Cass.*, n. 221851; in senso analogo Cass., sez. I, 6 aprile 1994, n. 6214, in «*Cass. pen.*», 1996, 261.

⁴² Cass., sez. VI, 20 settembre 2021, n. 36804, in *C.E.D. Cass.*, n. 281992; Cass., sez. II, 20 gennaio 2015, n. 4150, *ivi*, n. 263417; Cass., sez. I, 10 marzo 2004, n. 15059, in *C.E.D. Cass.*, n. 228899; Cass., sez. II, 28 ottobre 2003, n. 47831, in «*Cass. pen.*», 2005, 908; Cass., sez. I, 1° marzo 2002, n. 14216, *cit.*; Cass., sez. VI, 1° dicembre 1999, n. 2943, in «*Riv. pen.*», 2001, 421; Cass., sez. I, 2 maggio 1996, n. 2927, in *C.E.D. Cass.*, n. 205135; Cass., sez. I, 8 aprile 1994, n. 1590, *ivi*, n. 197680.

⁴³ In tal senso cfr. Cass., sez. I, 8 maggio 1996, n. 3086, in «*Arch. nuova proc. pen.*», 1996, 933; Cass., sez. VI, 27 maggio 1995, n. 1760, in *C.E.D. Cass.*, n. 201832; Cass., sez. I, 6 ottobre 1993, n. 3924, *ivi*, n. 195592.

Tale articolata posizione giurisprudenziale si rivela, però, eccessivamente restrittiva e rischia di frustrare, se non di annichilire, le esigenze euristiche poste a fondamento della revisione.

Nell'ipotesi di revisione di cui all'art. 630 lett. c c.p.p. il termine «prove» non fa riferimento al mero strumento-fonte, né tanto meno indica i risultati probatori da sottoporre ad immediata valutazione giudiziale; nonostante l'uso di una nomenclatura tipica, tale locuzione deve essere riferita agli «elementi di prova». Sotto questo profilo, l'espressione linguistica del codice di procedura penale del 1930 era, quindi, più precisa di quella attuale. Pertanto, il connotato di «novità», previsto dall'art. 630 lett. c c.p.p., interessa gli «elementi di prova», ossia quei dati potenzialmente dimostrativi di un fatto in grado, se accertato, di infrangere il giudicato⁴⁴.

In tal senso, già in passato, l'interpretazione dell'espressione linguistica «prove», prevista dall'art. 630 lett. c c.p.p., nel senso di «elementi di prova», ha ricevuto l'autorevole avallo anche dalle Sezioni Unite⁴⁵, le quali – oltre a definire l'attributo di qualificazione della prova, ossia il requisito della «novità» – hanno precisato il sostrato ontologico della fattispecie revocatoria in esame, identificandolo, in generale, in quel «dato che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento per la successiva attività inferenziale».

La conferma di tale linea interpretativa si rinviene, proprio secondo le Sezioni Unite, sia nella specifica soppressione del potere d'acquisizione dei «nuovi elementi di prova» da parte del giudice dell'esecuzione⁴⁶ – prevista dal codice di rito abrogato (art. 557 comma 3) «in un contesto normativo certamente meno informato al principio del *favor revisionis*» – sia nell'«imprescindibile necessità di utilizzare, soprattutto in caso di prove *noviter productae*, appunto, le indagini difensive»⁴⁷. Sul punto è, del resto, chiaro il tenore letterale dell'art. 327-bis commi 1 e 2 c.p.p., laddove – senza soluzione di continuità con la disciplina di cui all'art. 38 comma 2-bis disp. att. c.p.p.⁴⁸ – stabilisce che il difensore può svolgere investigazioni per ricercare ed individuare «elementi di prova» a favore del proprio assistito, e ciò anche «per promuovere il giudizio di revisione»⁴⁹. D'altronde, il giudizio di revisione rappresenta, forse, il «momento di massima esplicazione del contributo conoscitivo delle indagini difensive», le quali, se espletate con correttezza e professionalità, laddove il caso sia effettivamente meritevole di rivisitazione, possono risultare davvero determinanti⁵⁰.

Dunque, al fine di potere esperire l'impugnazione straordinaria ai sensi dell'art. 630 lett. c c.p.p., sono sufficienti nuovi elementi di prova, i quali vanno poi trasformati in «prove» nel giudizio rescissorio. Di conseguenza, dato che ciò che l'istanza di revisione tende a promuovere è proprio una rivalutazione del complessivo materiale probatorio del procedimento ordinario, è agevole ritenere che possano rappresentare «prova nuova», non solo le dichiarazioni liberatorie del correo, ma anche gli elementi idonei a minare l'attendibilità soggettiva ed oggettiva, intrinseca ed estrinseca, del chiamante in correità ex art. 192 comma 3 c.p.p., così come pure – più in generale – gli elementi suscettibili di fare vacillare il quadro indiziario posto a fondamento del giudizio di condanna, incrinando la prova critica nei suoi caratteri di gravità, precisione e concordanza⁵¹. Del resto, di recente, i giudici di legittimità hanno affermato che è ammissibile l'istanza di revisione conseguente ad una nuova prova che mette in discussione l'attendibilità di una chiamata di correo, quando si contesta la reale esistenza di un fatto storico che ha rappresentato il riscontro esterno alle dichiarazioni del chiamante⁵².

⁴⁴ Cass., sez. VI, 13 febbraio 1998, 509, in C.E.D. Cass., n. 211059; Cass., sez. V, 22 aprile 1997, n. 1976, in «Cass. pen.», 1998, 901.

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, cit.

⁴⁶ Sul punto cfr. Cass., sez. I, 21 marzo 2024, n. 22615, in C.E.D. Cass., n. 286591.

⁴⁷ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, cit. Al riguardo v., in particolare, IMPOSIMATO 2009, 86.

⁴⁸ Sul punto v. ASTARITA 2005, 1368; FIORIO 2008, 237.

⁴⁹ Così DI SALVO 2002, 159; SCALFATI 2002, 495.

⁵⁰ STEFANI 2011, 562.

⁵¹ Così MARCHETTI 2009, 962.

⁵² Cass., sez. V, 20 settembre 2018, n. 53236, in C.E.D. Cass., n. 274185.

È da respingersi, pertanto, la linea interpretativa secondo cui il giudizio di revisione può essere richiesto esclusivamente sulla base di dati che rientrano nella categoria della “prova piena”, escludendo così gli “elementi probatori”, che necessitano del sostegno di altri elementi che ne confermino l’attendibilità. In materia di revisione del giudicato, «è un determinato fatto che occorre dimostrare attraverso elementi di prova, derivanti da fonti di prova, così da consentire di verificare la capacità di resistenza degli accertamenti compiuti con la sentenza irrevocabile»⁵³.

Se, in generale, il centro d’imputazione della novità concerne direttamente i fatti che s’intendono adoperare nella rappresentazione probatoria durante la fase del giudizio, tale rilevante connotato logico-temporale può, però, riguardare benissimo anche quei dati capaci di incrinare una precedente inferenza probatoria. Ciò che è necessario e sufficiente, ai fini dell’esperibilità della revisione, è che, comunque, nel prisma dei meccanismi e delle valutazioni necessari all’accertamento probatorio sussista ed agisca un *quid novi*, diverso ed ulteriore rispetto alla precedente attività cognitiva del giudice.

Per identificare le «prove» idonee ad instaurare il giudizio di revisione, diviene, allora, provvido il richiamo – operato sempre dalle stesse Sezioni Unite – al concetto di “sequenza probatoria”, concepita come «l’insieme delle componenti, analizzate nella prospettiva della “staticità” che, nella loro successione, intervengono a costituire il fenomeno probatorio»⁵⁴. La prova non può, invero, essere intesa alla stregua di un mero *fatto*, esterno ed indipendente da qualsiasi attività intellettuale di elaborazione; sembra più consono rappresentarla come un *ragionamento*, che comprende un’articolata gamma d’operazioni dell’intelletto nella ricerca e nella comunicazione della verità, attraverso cui il giudice perviene a desumere, dagli elementi di prova acquisiti, la dimostrazione degli enunciati fattuali integranti il *thema probandum* (risultato di prova).

Ebbene, ciò che consente di riconnettere l’elemento di prova al risultato probatorio è il complesso dei criteri d’inferenza che stanno alla base di ogni ragionamento⁵⁵. Pertanto, nel procedimento probatorio, elementi di prova e regole d’inferenza paiono inscindibilmente connessi in un’unica realtà gnoseologica: proprio sulla base dell’interazione tra elementi di prova (che rappresentano il contenuto informativo scaturente dalla fonte di prova e veicolato dal mezzo di prova) e regole d’inferenza (leggi scientifiche o statistiche, massime di esperienza, o addirittura semplici generalizzazioni) si svolge il procedimento intellettuale di conoscenza, il cui esito consentirà di affermare se un determinato enunciato fattuale sia *vero* oppure *falso*. Di conseguenza, la “novità” della regola d’inferenza applicata, come parte di un tutto su cui è destinata a fondarsi la conoscenza del fatto oggetto di dimostrazione processuale, non può che riverberarsi necessariamente sull’intera allegazione probatoria indirizzata a vincere la forza di resistenza del giudicato penale.

In tale prospettiva, sotto il profilo oggettivo, il concetto di “prova nuova” assume contenuto assai eterogeneo, che sfugge ad ogni sforzo di ferrea tipizzazione, ben potendo consistere in qualunque elemento cognitivo potenzialmente idoneo ad incidere sulla tenuta del pregresso convincimento giudiziale, cristallizzato nella sentenza irrevocabile.

In presenza di questo *novum*, non vi è ostacolo alcuno ad un’eventuale opera di riconsiderazione critica di una pregressa relazione inferenziale fra elemento e risultato di prova, in modo tale da condurre a rimettere in discussione la certezza formulata nella sentenza irrevocabile. Invero, in questo caso non si può affermare che si stia violando il divieto di riesame previsto dall’art. 637 del codice di rito. Tale disposizione, infatti, adopera, non a caso, un’espressione generica, quasi laconica, com’è appunto la locuzione “prove”, la quale consente che abbiano ingresso nella fase di verifica straordinaria della pronuncia penale anche elementi – purché ovviamente nuovi – in grado di intaccare e compromettere la correttezza dell’inferenza operata dal primo giudice: «in ciò, non vi è un mero riesame, cioè una diversa valutazione delle prove del primo giudizio,

⁵³ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, cit.

⁵⁴ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, cit.

⁵⁵ Al riguardo, segnatamente, UBERTIS 1997, 56.

come sarebbe se non vi fosse alcunché di nuovo»⁵⁶. Dunque, nella sua genericità, l'art. 637 comma 3 c.p.p. consente di includere anche dati che incrinino una precedente inferenza compiuta dall'organo giudicante nell'ambito del processo di cognizione ordinaria.

In tal senso, accogliendo l'essenza stessa di tale prospettiva epistemologica (che, peraltro, da ultimo, è stata recepita anche in materia di nuove prove scientifiche nel giudizio di revisione⁵⁷), non hanno alcuna ragione d'essere quelle posizioni giurisprudenziali che vengono ad escludere – meramente sul piano della loro astratta struttura tipologica – l'idoneità dimostrativa, per l'esplorabilità della revisione ai sensi dell'art. 630 lett. c c.p.p., alla dichiarazione liberatoria di un coimputato, oppure alla ritrattazione del correo (come, peraltro, pure del testimone o del collaboratore di giustizia), il quale, dopo avere reso dichiarazioni eteroaccusatorie, ne modifichi il contenuto o la portata ed escluda così la responsabilità del soggetto condannato con sentenza irrevocabile. Sul piano logico, si deve, infatti, ritenere astrattamente possibile un'impugnazione straordinaria per «nuove prove» anche in tali ipotesi, giacché costituiscono «tutte fonti legittime dimostrative di nuovi fatti»⁵⁸, essendo la prova di un fatto secondario pur sempre un *novum* in grado di potere intaccare la precedente valutazione probatoria, senza risolversi in un mero riesame. In tal senso, anche in giurisprudenza, sostenendo che la valutazione della prova «è un fatto unitario, che risente di ogni elemento oggettivamente pertinente al tema di accusa», si è affermato che la dichiarazione liberatoria di un coimputato, pur se assoggettata alla speciale regola di cui all'art. 192 comma 3 c.p.p., può determinare – considerata unitamente alle prove poste a fondamento del giudicato di condanna – una decisiva incrinatura del quadro probatorio complessivo e portare all'assoluzione del condannato a seguito del giudizio di revisione⁵⁹.

Concludendo, sarà, invece, il profilo della concreta inefficienza dimostrativa a potere condurre legittimamente ad escludere l'ammissibilità dell'impugnazione straordinaria nelle citate ipotesi, qualora esse non risultino affidabili, conferenti e persuasive. In altri termini, come sostengono le richiamate Sezioni Unite⁶⁰, ai sensi dell'art. 630 lett. c c.p.p., si deve allegare un dato che, introdotto nel procedimento, «può essere utilizzato dal giudice come fondamento per la successiva attività inferenziale», essendo sufficienti nuovi elementi di prova che vanno poi trasformati in prove nel giudizio di revisione; di conseguenza, questi dati potenzialmente dimostrativi di un fatto in grado, se accertato, di infrangere il giudicato, possono consistere anche in dichiarazioni liberatorie del correo, nonché in ritrattazioni, destinate ad essere rigorosamente vagliate, sotto il profilo dell'attendibilità, in sede rescissoria. La rivalutazione critica della sentenza irrevocabile di condanna può, infatti, giustificarsi anche mediante una ricostruzione degli accadimenti che prenda le mosse direttamente da siffatti nuovi elementi cognitivi.

Peraltro, i giudici di legittimità, più in generale, hanno riconosciuto *expressis verbis* che non può essere pronunciata l'inammissibilità di una richiesta di revisione per «prove nuove», solo sulla base dell'assunto che le dichiarazioni addotte, pur avendo ad oggetto circostanze significative ai fini dell'affermazione di responsabilità, devono ancora essere sottoposte all'ordinario vaglio di credibilità e alla necessaria verifica con opportuni elementi di riscontro in autonomo procedimento penale⁶¹.

⁵⁶ D'ORAZI 2003, 443. In ordine alla procedura della revisione v., in particolare, ASTARITA 2005, 1373 s.; BELLANTONI 2000, 82 s.; CALLARI 2012, 401 s.; DEAN 2008, 89, nt. 59; LONATI 2003, 229; MARCHETTI 2009, 972 s.; SPAGNOLO 2000, 874 s.

⁵⁷ Sul tema v., in particolare, APRILE 2011, 1187 s.; CALLARI 2016, 497 s.; CANZIO 2008, 495 s.; ID. 2009, 286 s.; CONTI 2010b, 173 s.; EAD. 2010a, 1204 s.; FAMIGLIETTI 2011, 134; FELICIONI 2016, 33 s.; FIANDACA 2005, 7 s.; PAZIENZA 2018, 554 s.; VENTURA 2010, 170 s.

⁵⁸ JANNELLI 2005, 709.

⁵⁹ Cass., sez. VI, 13 gennaio 2010, n. 13474, in C.E.D. Cass., n. 247021.

⁶⁰ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, cit.

⁶¹ Cass., sez. I, 9 giugno 2009, n. 26476, in C.E.D. Cass., n. 244036. Al riguardo v., inoltre, CALLARI 2012, 164 s.; DELL'ANNO 2003, 856.

4. La ritrattazione del correo e il giudizio di revisione

Nel corso del tempo, i giudici di legittimità hanno specificatamente affermato, in diverse pronunce, che, con particolare riguardo ai casi di ritrattazione o, comunque, di modifica delle dichiarazioni già rese dal correo (come, peraltro, pure da un testimone) ed utilizzate nel giudizio conclusosi con la condanna, la revisione debba essere introdotta solo dopo l'accertamento definitivo del reato condizionante ed ai sensi dell'ipotesi revocatoria di cui all'art. 630 lett. d c.p.p.⁶². In altri termini, secondo tale orientamento giurisprudenziale, sarebbe inammissibile l'istanza di revisione avanzata sotto il profilo dell'esigenza di riesaminare il contenuto della chiamata in correità sulla base della quale è stata pronunciata la sentenza di condanna dell'imputato, qualora la falsità delle dichiarazioni accusatorie non risulti già precedentemente accertata con sentenza irrevocabile⁶³.

Più in generale, si è sostenuto che, in tema di revisione, la sola indicazione di una nuova posizione – assunta come rilevante – da parte di una persona che aveva già reso delle dichiarazioni, utilizzate per la pregressa affermazione della responsabilità e poi ritrattate, impone al giudice di stabilire, in primo luogo, se l'elemento così prospettato sia sussumibile o meno nella previsione della lett. d dell'art. 630 c.p.p., relativa al caso di condanna pronunciata a causa di falsità. Ne consegue che, solo se il reato in cui si concreta tale falsità sia estinto per qualsiasi causa, oppure se per caso le stesse dichiarazioni, pur presentandosi come non vere, non costituiscano né mendacio né calunnia, sarebbe demandato direttamente al giudice della revisione ogni accertamento relativo, superandosi la necessità del preventivo giudicato⁶⁴. In altri termini, secondo tale indirizzo ermeneutico nell'ipotesi di istanza di revisione fondata su una ritrattazione implicante il carattere calunnioso delle precedenti dichiarazioni rese nel processo definito con sentenza irrevocabile di condanna, non spetta al giudice della revisione accertare incidentalmente la calunnia, quando questa può essere ancora oggetto di verifica *pleno iure* in esito ad autonomo processo⁶⁵.

Anche nell'ambito dell'esperienza giuridica del codice di rito del 1930, si riteneva che, nel caso di condanna, determinata da una chiamata di correità, la ritrattazione di per sé non può essere considerata come nuovo elemento di prova ai fini della revisione, posto che soltanto una condanna definitiva per il reato di calunnia, ponendosi in contrasto con la condanna di colui che fu chiamato in correità, può dare luogo, in presenza di tutte le altre condizioni di legge, alla revisione della sentenza⁶⁶.

Tale indirizzo giurisprudenziale svela chiaramente «una tendenza improntata a valori funzionali a restringere lo spazio operativo proprio della revisione, per vincolarla alla funzione della restaurazione dell'armonia dei giudicati»⁶⁷. Ciò, tuttavia, non solo è inaccettabile perché sacrificata, senza alcuna ragione credibile, un'esigenza d'immediata giustizia ad uno sterile formalismo giuridico che non ha niente a che fare con il valore fondamentale della salvaguardia della certezza del diritto, ma non pare neanche plausibile per una serie di argomenti logico-giuridici.

Anzitutto, questa posizione interpretativa condurrebbe al paradosso per cui nuove prove non rappresentanti reati potrebbero essere fatte valere immediatamente, mentre nelle ipotesi – ben più gravi – di nuovi dati storici che possano integrare crimini e condurre così a condanne si dovrebbero attendere gli esiti del processo nel quale si accerta il reato⁶⁸.

⁶² Cass., sez. I, 17 febbraio 1998, n. 968, in C.E.D. Cass., n. 210018; Cass., sez. I, 31 marzo 1993, n. 1368, *ivi*, n. 193978; Cass., sez. I, 30 settembre 1991, n. 3442, in «Cass. pen.», 1993, 398.

⁶³ Cass., sez. VI, 30 luglio 1997, n. 2345, in C.E.D. Cass., n. 208552.

⁶⁴ Cass., sez. V, 14 luglio 1993, n. 8237, in C.E.D. Cass., n. 196153.

⁶⁵ Cass., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5122, in C.E.D. Cass., n. 258834; conf. Cass., sez. IV, 14 ottobre 2020, n. 29952, in C.E.D. Cass., n. 279714.

⁶⁶ Cass., sez. II, 25 maggio 1984, n. 2111, in C.E.D. Cass., n. 165336; Cass., sez. V, 5 agosto 1975, *ivi*, n. 130701.

⁶⁷ JANNELLI 2005, 708.

⁶⁸ Così D'ORAZI 2003, 445.

In secondo luogo, in dottrina si è eccepito il profilo dell'irragionevolezza della disparità di trattamento dei diversi condannati, con riguardo al meccanismo della sospensione dell'esecuzione della pena ex art. 635 c.p.p., che una simile soluzione determinerebbe. Al riguardo, invero, si è notato che escludere l'ammissibilità della revisione per le ipotesi predette non consente di potere beneficiare del meccanismo sospensivo, atteso che una decisione in tal senso può, presumibilmente, intervenire solo dopo la positiva delibazione preliminare; seguendo il suddetto orientamento, difatti, «la valutazione sul merito viene ostacolata da parametri formali non codificati, cosicché la preclusione ad adottare l'art. 635 c.p.p. ha effetto automatico»⁶⁹.

Infine, tale orientamento giurisprudenziale, non solo mal si concilia con la nuova disciplina codicistica della pregiudizialità, improntata ad una chiara volontà di dare massima autonomia ai poteri valutativi e decisionali del giudice penale, ma soprattutto porterebbe a ridurre drasticamente la portata normativa dell'art. 630 lett. c del codice di rito.

In tal senso, più in generale, si sostiene che, «a ben vedere, la soluzione prescelta dalla giurisprudenza finisce per contrastare fin troppo platealmente con la *ratio* di garanzia propria della revisione, tanto da arbitrariamente amputare il contenuto precettivo dei casi di revisione, restringendo, senza alcuna giustificazione, drasticamente il contenuto dell'art. 630 lett. c c.p.p., per far confluire la parte così espulsa dalla norma nelle disposizioni di cui alle lett. a e d dello stesso articolo»⁷⁰.

Sia pure in via soltanto incidentale, in passato, già le Sezioni Unite⁷¹ hanno cercato di correggere tale orientamento giurisprudenziale, sostenendo che, ai fini dell'impugnazione straordinaria, occorre distinguere se la «prova nuova», addotta nell'istanza di revisione, sia rivolta a «contrastare direttamente l'accusa» accolta nella condanna irrevocabile, «negando i medesimi fatti che essa afferma», ovvero se sia «intesa a negarla solo indirettamente mediante l'affermazione di un fatto con essa incompatibile». Si ritiene, infatti, che, mentre nella prima ipotesi è possibile agire contro il giudicato ricorrendo alla previsione revocatoria di cui all'art. 630 lett. c c.p.p., nella seconda situazione, invece, il giudizio di revisione andrà introdotto, secondo la fattispecie concreta, ai sensi ed alle condizioni dell'art. 630 lett. a o d del codice di rito. Tale distinzione concettuale non fa altro che riprendere una soluzione interpretativa, già tratteggiata in precedenza⁷², secondo cui è possibile promuovere la revisione ex art. 630 lett. c c.p.p. – anziché dovere ricorrere all'ipotesi di conflitto teorico dei giudicati, prevista dalla lettera a del medesimo articolo – quando i nuovi dati storici dedotti, oltre a sostenere un'ipotesi d'accusa alternativa, siano anche indipendentemente idonei ad inficiare l'accusa posta a fondamento della sentenza definitiva impugnata.

In realtà, tale posizione generale assunta dalle Sezioni Unite – seppur di gran lunga apprezzabile nel tentativo di correggere un orientamento giurisprudenziale eccessivamente restrittivo – non coglie la circostanza ermeneutica specifica e immediata per cui non sussistono rilevanti ostacoli normativi o logici ad includere *tout court* nel concetto di «nuove prove» ex art. 630 lett. c c.p.p. le ipotesi in cui il risultato dimostrativo sia costituito semplicemente dalla responsabilità penale di un terzo in ordine al fatto per il quale l'istante è stato condannato, oppure da un fatto di reato, causa efficiente della sentenza di condanna. Al fine dell'impugnazione straordinaria, infatti, non è per nulla necessario che tali situazioni divengano l'oggetto di un giudicato penale da contrapporre, alla stregua dell'art. 630 lett. a o d c.p.p., a quello di cui si chiede la revisione, in quanto l'indagine sul fatto costitutivo del reato, in sede di revisione, non è tesa all'accertamento della responsabilità penale di un soggetto distinto, bensì dell'innocenza del già condannato, di modo che il giudizio «non muta certo di natura e funzione, ove sia potenzialmente possibile o meno la declaratoria di responsabilità in ordine al reato configurato»⁷³.

⁶⁹ SCALFATI 1995, 230. Sul tema v., inoltre, CASSIBBA 2000, 608; DEAN 1999, 103; SCALFATI 1997, 52.

⁷⁰ JANNELLI 2005, 709.

⁷¹ Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, n. 624, cit.

⁷² Cass., sez. V, 27 novembre 1995, n. 12446, in *C.E.D. Cass.*, n. 203525; così pure, da ultimo, Cass., sez. V, 25 marzo 2010, n. 16588, in *C.E.D. Cass.*, n. 246958.

⁷³ JANNELLI 2005, 710.

In via generale, l'art. 630 lett. c c.p.p. contiene un generico riferimento ad una “prova nuova”, ed è palese come tale contenuta tipizzazione renda possibile la presentazione di qualsiasi dato in grado di dimostrare in giudizio la doverosità di una sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 631 c.p.p. Codesta circostanza conduce facilmente a ritenere che, nei casi in cui il legislatore non prevedesse alcunché in tema di inconciliabilità logica tra giudicati e di condanna irrevocabile inquinata dalla commissione di un reato condizionante, l'ipotesi di cui alla lett. c dell'art. 630 c.p.p. sarebbe in grado – ove, in concreto, possibile – di assorbire sotto la propria sfera applicativa anche simili situazioni specifiche.

Invero, i casi di revisione previsti dalle lettere *a* e *d* dell'art. 630 c.p.p. possiedono dei connotati specializzanti, che le differenziano rispetto all'ipotesi generale basata sulle «nuove prove» di cui alla lett. c del medesimo articolo, comportando al contempo possibili fenomeni di “sovrapposizione” laddove un determinato motivo, in base al quale si intende chiedere la revisione, sia sussumibile astrattamente in più ipotesi tipiche. Ciò non significa, però, che vengano a configurarsi problemi di “cumulabilità” tra le ipotesi di revisione, determinanti la tacita abrogazione di ogni altro caso di revoca del giudicato penale diverso dalla “prova nuova”. Un simile rischio è facilmente escluso se soltanto si considera che, storicamente, il legislatore non ha introdotto simili fattispecie maggiormente specifiche al fine di restringere l'ambito di operatività della più generica ipotesi basata sulla novità probatoria⁷⁴, bensì ha codificato quest'ultimo caso per estendere la portata applicativa dell'impugnazione straordinaria mediante una sorta di clausola generale di sicurezza del sistema; di conseguenza, quando si è al di fuori delle ipotesi specifiche di revisione contemplate dalle lett. *a* e *d* dell'art. 630 c.p.p., non vi possono essere impedimenti a ricorrere, in via residuale e sussistendone i presupposti concreti, al caso della “prova nuova” di cui alla lett. c del medesimo articolo.

Infine, un ultimo interessante profilo, significativamente diverso ma sempre correlativo al tema dell'impugnazione straordinaria del *decisum* penale, concerne le ipotesi in cui, dopo il passaggio in giudicato, si scopra che le dichiarazioni eteroaccusatorie rese dal correo sono, in realtà, false e abbiano avuto lo scopo fondamentale di potere fruire della legislazione premiale e, in particolare, dei benefici di pena previsti per la collaborazione processuale in materia di determinati gravi reati.

Invero, l'art. 10 della legge 29 maggio 1982, n. 304, recante “*Misure per la difesa dell'ordinamento costituzionale*”, ha disciplinato, per la prima volta nell'ordinamento repubblicano, una forma di revisione *in peius*, consentendo il ricorso a tale rimedio quando le cause di non punibilità o le circostanze attenuanti riconosciute a soggetti resisi responsabili di reati commessi per finalità eversive o di terrorismo siano state applicate «per effetto di false o reticenti dichiarazioni»⁷⁵.

Invero, al fine di smantellare le organizzazioni terroristiche e criminali, di incoraggiare il fenomeno del pentitismo, nonché di favorire una condotta del reo che manifestasse il rifiuto della lotta armata e una fattiva cooperazione con lo Stato, sono state previste cause di non punibilità e significative riduzioni di pena a favore di chi, imputato di reati con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, abbandonasse l'organizzazione criminale, collaborando con l'autorità giudiziaria; correlativamente, allo scopo di scoraggiare scelte meramente utilitaristiche o strumentali, si è previsto la revisione sia della sentenza di proscioglimento con cui fosse stata dichiarata la non punibilità, sia della sentenza di condanna che avesse riconosciuto le suddette attenuanti, nel caso in cui poi risultasse che tali benefici fossero stati applicati per effetto di dichiarazioni false o reticenti, e soprattutto tramite mendaci chiamate in correità di innocenti⁷⁶.

In seguito, il legislatore, abrogata la disciplina revocatoria in tema di dissociazione mafiosa contenuta nei commi 3 e ss. dell'art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modif. dalla l. 12 luglio 1991, n. 203⁷⁷ (la cui parte restante è stata poi cancellata ad opera del d.lgs. 1 marzo 2018, n.

⁷⁴ In tal senso, invece, DINA 2008, 637.

⁷⁵ CHIAVARIO 1982, 605.

⁷⁶ NORMANDO 1996, 110.

⁷⁷ Sul punto v., in particolare, ROMANO 1999, 335 s.

21, recante “Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale”, in favore del novello art. 416-bis.1 c.p.) per mezzo dell’art. 23 della l. 13 febbraio 2001, n. 45, ha previsto espressamente – oltre ad un’ipotesi revocatoria *in malam partem* del tutto sganciata dalla condotta collaborativa – che il procuratore generale presso la corte d’appello, nel cui distretto la sentenza è stata pronunciata, debba richiedere la revisione della decisione irrevocabile, allorché le circostanze attenuanti che il codice penale o le disposizioni speciali prevedono in materia di collaborazione relativa ai reati di grande allarme sociale di cui all’art. 9 comma 2 del d.l. 15 gennaio 1991, n. 8, conv. legge 15 marzo 1991, n. 82 (delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine costituzionale ovvero ricompresi fra quelli di cui all’art. 51 comma 3-bis o all’articolo 371-bis comma 4-bis del codice di procedura penale e agli articoli 600-bis, 600-ter, 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all’articolo 600-quater.1, e 600-quinquies del codice penale) «sono state applicate per effetto di dichiarazioni false o reticenti» (art. 16-septies d.l. n. 8 del 1991, conv. legge n. 82 del 1991, inserito dall’art. 14 legge n. 45 del 2001)⁷⁸.

Si tratta, pertanto, di una revisione *in peius* del giudicato penale che si risolve, essenzialmente, in una sanzione pubblica di “decadenza dai benefici” a causa di comportamenti contrari agli oneri e doveri specificatamente previsti nella collaborazione premiale, proprio come le false chiamate in correità. Invero, nelle citate fattispecie legislative di revisione *contra reum*, la rivisitazione del giudicato non concerne il profilo della colpevolezza del soggetto in relazione diretta al fatto penalmente qualificato per cui è stato giudicato con sentenza irrevocabile (revisione *in peius* in senso sostanziale), bensì solamente determinati meritori comportamenti *post delictum*, rivelatisi poi insussistenti o fallaci, come appunto nel caso dell’erronea concessione di incentivi verso forme di collaborazione dell’imputato con gli investigatori e gli inquirenti (revisione *in peius* in senso processuale).

In altri termini, la revisione *in peius* circoscritta a siffatti fenomeni dai caratteri peculiari, contrariamente a quella “tradizionale” a favore del condannato, che ha portata generale, non travolge *tout court* il giudicato penale, ma solo quelle statuizioni contenute nella sentenza irrevocabile che applicano le norme premiali, incidendo sull’esito sanzionatorio e comportando la perdita di quei benefici conseguiti grazie a dichiarazioni reticenti o false, nonché, soprattutto, mediante mendaci o calunniose chiamate in correità.

⁷⁸ Al riguardo v., in particolare, ALMA 2001, 577 s.; CALLARI 2012, 70 s.; CORVI 2016, 112 s.; MANZIONE 1992, 853; MARCHETTI 2009, 950; VANNI 1993, 583.

Riferimenti bibliografici

- ALESSANDRUCCI I. 2008. Sub art. 630 c.p.p., in GAITO A. (ed.), *Codice di procedura penale ipertestuale*, III ed., t. II, Utet, 2008, 3168 ss.
- ALMA M. 2001. *Sanzioni, difesa e regime transitorio*, in «Dir. pen. proc.», 2001, 571 ss.
- APRILE E. 2011. «Nuova» prova scientifica e revisione della sentenza di condanna, nella giurisprudenza di legittimità, in «Riv. it. med. leg.», 2011, 1183 ss.
- ASTARITA S. 2005. Voce *Revisione*, in *Dig. pen.*, Agg. III, t. II, 2005, 1356 ss.
- BARGI A. 1991. Osservazioni sul valore probatorio della chiamata in correità, in «Cass. pen.», 1991, 678 ss.
- BELLANTONI D. 2000. *La revisione dei giudicati penali*, Il Sole 24 Ore.
- BENTHAM J. 1825. *A Treatise on Judicial Evidence*, Baldwin, Cradock & Joy.
- BEVERE A. 2001. *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, II ed., Giuffrè.
- BONNIER E. 1843. *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Joubert.
- BOSCHI M. 1989. *La chiamata di correo nel nuovo processo penale*, in «Foro it.», 1989, III, c. 526 ss.
- CALLARI F. 2012. *La revisione. La giustizia penale tra forma e sostanza*, II ed., Giappichelli.
- CALLARI F. 2016. *Prova scientifica e giudizio di revisione*, in «Giust. pen.», III, 2016, c. 497 ss.
- CAMPISI O. 2013. La «contaminazione» della prova dichiarativa, in «Dir. pen. proc.», 2013, 607 ss.
- CANZIO G. 2008. *La revisione del processo: gli effetti del sopraggiungere di nuove prove rese possibili dal progresso scientifico*, in BALSAMO A., KOSTORIS R.E. (eds.), *Giurisprudenza europea e processo penale italiano. Nuovi scenari dopo il «caso Dorigo» e gli interventi della Corte costituzionale*, Giappichelli, 479 ss.
- CANZIO G. 2009. *Prova del DNA e revisione del processo*, in SCARCELLA A. (ed.), *Prelievo del DNA e banca dati nazionale. Il processo penale tra accertamento del fatto e cooperazione internazionale (legge 30 giugno 2009, n. 85)*, Cedam, 285 ss.
- CAPITTA A.M. 2004. *La contaminazione della prova testimoniale*, in «Ind. pen.», 2004, 609 ss.
- CAPRIOLI F. 1993. *Le Sezioni Unite e il caso Calabresi: ancora segnali confusi sul tema dei riscontri alla chiamata in correità*, in «Giur. it.», 1993, II, c. 785 ss.
- CASIRAGHI R. 2012. *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, in www.penalecontemporaneo.it, 7 novembre 2012.
- CASSIBBA F. 2000. *Sospensione dell'esecuzione della pena in pendenza del giudizio di revisione e libertà personale del condannato*, in «Dir. pen. proc.», 2000, 608 ss.
- CASSIBBA F. 2002. *Acquisizione e criteri di valutazione del riscontro incrociato fra chiamate di correo alla luce dell'art. III, comma 4, Cost.*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, 715 ss.
- CAVALLI G. 2006. *La chiamata in correità*, Giuffrè.
- CERVADORO M. 1987. Sub art. 554 c.p.p. 1930, in CONSO G., GREVI V. (eds.), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Cedam, 1513 ss.
- CHIAVARIO M. 1982. Sub art. 10 L. 29 maggio 1982 n. 304, in «Leg. pen.», 1982, 605 ss.
- CONSO G., GREVI V., NEPPI MODONA G. 1989. *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, vol. I, *La legge delega del 1974 e il progetto preliminare*, Cedam.
- CONTI C. 2010a. *Il processo si apre alla scienza. Considerazioni sul procedimento probatorio e sul giudizio di revisione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2010, 1204 ss.

- CONTI C. 2010b. *Scienza e processo penale: dal procedimento probatorio al giudizio di revisione*, in DE CATALDO NEUBURGER L. (ed.), *Scienza e processo penale: linee guida per l'acquisizione della prova scientifica*, Cedam, 153 ss.
- CORDERO F. 2006. *Procedura penale*, VIII ed., Giuffrè.
- CORVI P. 2016. *La revisione in peius*, in EAD., *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Giappichelli, 112 ss.
- DANIELE M. 2009. *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli.
- DEAN G. 1999. *La revisione*, Cedam.
- DE CATALDO NEUBURGER L. 1988. *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Giuffrè.
- DE CATALDO NEUBURGER L. 2008. *Esame e controesame nel processo penale. Diritto e psicologia*, II ed., Cedam.
- DEGANELLO M. 2005. *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Giappichelli.
- DE LALLA P. 1973. *Logica delle prove penali. Introduzione - Archeologia - Semantica normativa - Logica inquisitoria*, Jovene.
- DELL'ANNO P. 2003. Sub artt. 629-642 c.p.p., in DE ROBERTO G., DELL'ANNO P. (eds.), 2003. *Impugnazioni*, in LATTANZI G., LUPO E., *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, vol. VIII, Giuffrè, 853 ss.
- DE LUCA G. 1965. *Logica e metodo probatorio giudiziario*, in «Scuola pos.», 1965, 35 ss.
- DI CHIARA G. 1987. *Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1987, 233 ss.
- DI CHIARA G. 1989. *Ancora sulla chiamata di correo: appunti in margine a una non rassicurante pronuncia*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1989, 894 ss.
- DI MARTINO C., PROCACCIANTI T. 2007. *La chiamata di correo*, Cedam.
- DINA V. 2008. *Le possibili interferenze tra le ipotesi di revisione*, in «Giust. pen.», 2008, III, c. 636 ss.
- DI SALVO A. 2002. *Le Sezioni Unite affermano il principio del favor revisionis e la possibilità di accesso agli atti, in sede di legittimità, per verificare i presupposti di ammissibilità del giudizio di revisione*, in «Arch. nuova proc. pen.», 2002, 159 ss.
- D'ORAZI M. 2003. *La revisione del giudicato penale. Percorsi costituzionali e requisiti di ammissibilità*, Cedam.
- DOSI E. 1974. *Sul principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè.
- FALDATI L. 2012. *La testimonianza penale*, Giuffrè.
- FAMIGLIETTI A. 2011. *Nuova prova scientifica e giudizio di revisione*, in «Proc. pen. e giust.», 2011, 134 ss.
- FELICIONI P. 2016. *Revisione e prova scientifica*, in CORVI P. (ed.), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Giappichelli, 33 ss.
- FERRARI U. 1927. *La verità penale e la sua ricerca nel diritto processuale italiano*, Soc. an. Istituto editoriale scientifico.
- FIANDACA G. 1986. *La chiamata di correo fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo*, in «Foro it.», 1986, II, c. 530 ss.
- FIANDACA G. 2005. *Il giudice di fronte alle controversie tecnico-scientifiche. Il diritto e il processo penale*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2005, 5, 7 ss.
- FIORIO C. 2008. *La prova nuova nel processo penale*, Cedam.

- FLORIAN E. 1921. *Delle prove penali*, vol. I, Vallardi.
- FONTI R. 2008. *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Cedam.
- FOSCHINI G. 1948. *La «novità» della prova per l'ammissibilità della revisione*, in «Riv. it. dir. pen.», 1948, 56 ss.
- GALATI A., ZAPPALÀ E. 2011. *Gli atti*, in SIRACUSANO D., GALATI A., TRANCHINA G., ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, vol. I, Giuffrè, 331 ss.
- GIULIANI A. 1961. *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Giuffrè.
- GREVI V. 1991. *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1991, 1173 ss.
- IACOVIELLO F.M. 2004. *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in «Cass. pen.», 2004, 3452 ss.
- IMPOSIMATO F. 2009. *L'errore giudiziario. Aspetti giuridici e casi pratici*, Giuffrè.
- JANNELLI E. 1991a. Sub artt. 630-631 c.p.p., in CHIAVARIO M. (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, 352 ss.
- JANNELLI E. 1991b. Sub art. 633 c.p.p., in CHIAVARIO M. (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Utet, 366 ss.
- JANNELLI E. 2005. *La revisione*, in AIMONETTO M.G. (ed.), *Le impugnazioni*, in CHIAVARIO M., MARZADURI E. (collana diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Utet, 653 ss.
- LEONE G. 1961. *Trattato di diritto processuale penale*, vol. III, Jovene.
- LONATI S. 2003. *Ancora sulle coordinate spaziali del giudizio di ammissibilità della richiesta di revisione*, in «Cass. pen.», 2003, 228 ss.
- MAGGIO P. 1998. *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo*, in «Cass. pen.», 1998, 3480 ss.
- MANZIONE D. 1992. *Una normativa "d'emergenza" per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (D.L. 152/91 e L. 203/91): uno sguardo d'insieme*, in «Leg. pen.», 1992, 853 ss.
- MARCHETTI M.R. 2009. *La revisione*, in SPANGHER G. (ed.), *Trattato di procedura penale*, vol. V, *Impugnazioni*, Utet, 925 ss.
- MAZZONI G. 2011. *Psicologia della testimonianza*, Carocci.
- MITTERMAIER K.J.A. 1858. *Teoria della prova nel processo penale, Traduzione italiana eseguita sull'originale tedesco dal dr. Filippo Ambrosoli, con molte note aggiunte inedite dell'autore e con note del traduttore sulla legislazione austriaca*, F. Sanvito.
- MUSATTI C. 1931. *Elementi di psicologia della testimonianza*, Cedam.
- NOBILI M. 1990. Sub art. 192 c.p.p., in CHIAVARIO M. (coordinato da), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, 417 ss.
- NORMANDO R. 1996. *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Giappichelli.
- PANSINI G. 2015. *Le prove deboli nel processo penale italiano*, Giappichelli.
- PAZIENZA V. 2018. *Prova scientifica e sistema delle impugnazioni*, in CANZIO G., LUPÀRIA L. (eds.), *Prova scientifica e processo penale*, Cedam, 554 ss.
- PISAPIA G.D. 1973. *Il testimone, questo sconosciuto*, in «Riv. pen.», 1973, 379 ss.
- PROCACCIANTI T. 2005. *Voce Testimonianza*, in *Dig. pen., agg.* III, t. II, 2005, 1649 ss.

- RAFARACI T. 1994. *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1994, 670 ss.
- ROMANO F. 1999. *Revisione contra reum: tra reformatio in peius e ripristino del magistero punitivo dello Stato*, in «Giur. merito», 1999, 335 ss.
- SANNA A. 2000. *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi*, Giuffrè.
- SCALFATI A. 1995. *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Cedam.
- SCALFATI A. 1997. *Inammissibilità della revisione e ordine di sospendere la pena in corso: due pronunce compatibili?*, in «Giur. it.», 1997, II, c. 52 ss.
- SCALFATI A. 2002. *L'ammissibilità della revisione e la "prova nuova" dopo l'intervento delle Sezioni unite*, in «Dir. pen. proc.», 2002, 495 ss.
- SPAGNOLO P. 2000. *L'ordinanza d'inammissibilità nel giudizio di revisione*, in «Dir. pen. proc.», 2000, 874 ss.
- STEFANI E. 2011. *Codice dell'indagine difensiva penale. Commentato ed annotato con la giurisprudenza e la deontologia*, II ed., Giuffrè.
- TONINI P., CONTI C. 2025. *Il diritto delle prove penali nel sistema accusatorio contemporaneo*, Giuffrè.
- TRANCHINA G. 1995. *I canoni della valutazione probatoria della chiamata in correità*, in «Dir. pen. proc.», 1995, 644 ss.
- UBERTIS G. 1979. *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè.
- UBERTIS G. 1991. *Voce Prova II) Teoria generale del processo penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991, 1 ss.
- UBERTIS G. 1995a. *Voce Prova (in generale)*, in *Dig. pen.*, vol. X, 1995, 297 ss.
- UBERTIS G. 1995b. *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Utet.
- UBERTIS G. 1997. *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", "mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto")*, in «Quad. C.S.M.», 1997, n. 98, 56 ss.
- VANNI R. 1993. *La revisione in pejus del giudicato penale: frana il tradizionale divieto?*, in «Leg. pen.», 1993, 581 ss.
- VANNUCCI M. 2008. *Quando la memoria ci inganna. La psicologia delle false memorie*, Carocci.
- VENTURA N. 2010. *Le nuove prove scientifiche nella revisione nel processo penale*, Cacucci.
- VERRINA G.L. 2000. *Valutazione probatoria e chiamata di correo*, Utet.
- VIVIANI A. 1991. *La chiamata di correo nella giurisprudenza*, Giuffrè.
- ZAVAGLIA F. 2007. *La prova dichiarativa nel giusto processo*, Cedam.

L'azione rappresentativa quale strumento di co-regolazione nel diritto privato europeo del digitale

The Representative Action for the Protection of the Collective Interests of Consumers as a Co-regulation Tool in European Digital Private Law

ENRICO CAMILLERI

Professore ordinario dell'Università degli Studi di Palermo.

E-mail: enrico.camilleri@unipa.it

EDOARDO ALONZO

Dottorando di ricerca dell'Università degli Studi di Palermo.

E-mail: edoardo.alonzo@unipa.it

ABSTRACT

This article examines the representative action for the protection of collective consumer interests (Directive 2020/1828/EU) as a co-regulation tool within EU Digital Private Law. Against the backdrop of a latent tension between fundamental rights protection and market-oriented logic in the EU digital regulatory framework, the article argues that the representative action serves as a pivotal link between public and private enforcement. It further contends that the Italian transposition (Legislative Decree No. 28/2023) falls short of this potential, as the assimilation of the representative action to the class action model and the absence of binding effect for authorities' decisions in civil proceedings weaken its co-regulatory function.

Il lavoro esamina l'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (dir. 2020/1828/UE) quale strumento di co-regolazione nel diritto privato europeo del digitale. Sullo sfondo di una tensione latente tra la tutela dei diritti fondamentali e la logica di mercato che informa il plesso normativo della transizione digitale, l'azione rappresentativa funge da cerniera tra enforcement pubblico e privato. Il lavoro si sofferma poi sull'attuazione italiana (d.lgs. n. 28/2023), rilevando come l'allineamento della tutela rappresentativa al modello dell'azione di classe e la mancata previsione di efficacia vincolante delle decisioni delle Autorità nel giudizio civile ne compromettano la funzione co-regolatoria.

KEYWORDS

representative action, EU Digital Private Law, co-regulation, collective consumer interests, public and private enforcement

azione rappresentativa, diritto privato europeo del digitale, co-regolazione, interessi collettivi dei consumatori, public e private enforcement

L'azione rappresentativa quale strumento di co-regolazione nel diritto privato europeo del digitale

ENRICO CAMILLERI, EDOARDO ALONZO

1. Introduzione – 2. Transizione digitale e sistema europeo di governo dei dati: la tensione latente fra diritti fondamentali e regolazione del mercato – 3. Il modello di enforcement dell'azione rappresentativa e il suo ruolo – 4. Azione rappresentativa e "diritto capovolto" – 5. Il recepimento della direttiva e il "raccordo imperfetto" con il diritto privato regolatorio: spunti dalla vicenda italiana.

1. Introduzione

Tra le trasformazioni più significative che hanno interessato l'ordinamento eurounitario negli ultimi anni ben difficilmente potrebbe negarsi posizione di primato al mosaico di discipline volte a dare risposta regolatoria alle sfide poste dalla transizione digitale. Al più datato tassello del regolamento sulla protezione dei dati personali (GDPR)¹ si sono infatti aggiunti, in rapida successione, il Digital Markets Act (DMA)² e il Digital Services Act (DSA)³, dedicati alle piattaforme; il Data Governance Act⁴ e il Data Act⁵, dedicati alla circolazione e condivisione dei dati nonché, più recentemente, l'ordito sull'intelligenza artificiale, composto non soltanto dall'AI Act⁶ ma in definitiva anche dalla nuova direttiva sulla responsabilità del produttore⁷.

La "accettazione del cambiamento"⁸, per riprendere una espressione già impiegata dalla Commissione europea, mostra così di maturare e consolidarsi via via nel segno di una chiara cifra re-

* Il lavoro è frutto di una riflessione comune dei due Autori. I paragrafi 1, 3 e 5 sono tuttavia da attribuire ad Enrico Camilleri e i paragrafi 2 e 4 a Edoardo Alonzo.

¹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE.

² Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 settembre 2022 relativo a mercati equi e contendibili nel settore digitale e che modifica le direttive (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (regolamento sui mercati digitali).

³ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali).

⁴ Regolamento (UE) n. 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2022, relativo alla governance europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (regolamento sulla governance dei dati).

⁵ Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2023, riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo e che modifica il regolamento (UE) 2017/2394 e la direttiva (UE) 2020/1828 (legge sui dati).

⁶ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale).

⁷ Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2024, sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio. Difatti, la nuova definizione di «prodotto» include ora anche software, file per la fabbricazione digitale, componenti digitali e sistemi di AI integrati (Considerando 13).

⁸ «Accettare il cambiamento» è la rubrica dell'introduzione di Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *L'intelligenza artificiale per l'Europa*, COM(2018) 237 final, Bruxelles, 25 aprile 2018, 5.

golatoria⁹, vocata però necessariamente alla composizione delle plurime e potenzialmente confliggenti istanze, già avvistate nella Comunicazione del 2020 *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*¹⁰, documento programmatico dell'edificazione del sistema normativo sulla transizione digitale e sul governo dei dati.

Basti dire, ma sul punto si tornerà fra breve, che la direttrice della tecnologia «al servizio delle persone» convive con altre di diverso segno, di respiro più ampio e sistemico.

Rispetto a tali premesse, la prospettiva analitica che ci si propone di coltivare in questo scritto, incentrata su ruolo e limiti di impiego delle azioni rappresentative a tutela dei consumatori¹¹ nell'ampio contesto dell'*EU Digital Private Law*¹², potrebbe apparire in certa misura collaterale. Si tratta però di un errore visuale.

Con la dir. n. 2020/1828/UE, come noto, il dispositivo processuale dell'azione rappresentativa ha assunto fisionomia ben precisa a livello unitario, essendone valorizzata soprattutto la potenziale autonomia rispetto al congegno dell'azione collettiva o di classe vera e propria.

Non vi è modo di ripercorrere nel dettaglio la travagliata gestazione di tale disciplina¹³ se non per rammentare come essa sia figlia dello *stress test* sull'effettività delle tutele consumeristiche, costituito dallo scandalo *Dieselpgate*¹⁴. Da qui, appunto, l'indirizzo programmatico del pacchetto *New Deal for Consumers*¹⁵, di cui la dir. 2020/1828/UE fa parte, laddove è ribadito che

«le norme sono efficaci soltanto se permettono ai consumatori di esercitare facilmente il ricorso in caso di violazione e se sono applicate dalle autorità nazionali»¹⁶;

e, ancora, che nell'azione rappresentativa armonizzata individua lo strumento in grado di aiutare i singoli consumatori a tutelare i propri diritti, generando una spinta antagonista alla ritrosia che essi abitualmente manifestano nel promuovere contenziosi individuali¹⁷.

La consapevolezza circa l'importanza delle tutele meta-individuali anche per il prossimo futuro risulta peraltro attestata anche dalla Consumer Agenda 2030, allorché la Commissione afferma che

«the EU consumer protection framework can only truly succeed in protecting consumers and fostering fair competition if it is backed up by strong public and private enforcement, and effective redress mechanisms for consumers whose rights have been infringed»¹⁸;

⁹ Cfr. Commissione europea, *The Draghi report on EU competitiveness, The Draghi report: A competitiveness strategy for Europe (Part A)*, 69, ove si fa parola di «*rising weight of regulation*».

¹⁰ Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, COM(2020) 67 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020.

¹¹ Di cui alla Direttiva (UE) 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/C.

¹² Cfr. DOMURATH, MICKLITZ 2024, 263 ss.

¹³ Sul punto si cfr. DE CRISTOFARO 2022, 1010 ss., Sia inoltre concesso il rinvio a CAMILLERI 2022, 1052 ss.

¹⁴ Su cui, per tutti, GSELL, MÖLLERS 2020.

¹⁵ Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo. Un «New Deal» per i consumatori*, COM(2018) 183 final, Bruxelles, 11 aprile 2018. In argomento cfr. per tutti, TWIGG-FLESNER 2018, 166 ss., SCOTT 2019, 1279 ss.

¹⁶ COM(2018)183 final, par. 3.

¹⁷ Difatti, nella citata *Comunicazione* della Commissione europea sul «*New Deal*» per i consumatori vi è una netta presa d'atto dell'insufficienza dei mezzi armonizzati di tutela collettiva fino a quel momento presenti, puntualizzando, a proposito dell'allora proposta di direttiva sulle azioni rappresentative, che «ad esempio, in un nuovo caso «*Dieselpgate*», le vittime delle pratiche commerciali sleali potrebbero ottenere riparazione collettivamente attraverso un'azione rappresentativa» (pp. 6-7). La dir. 2020/1828/UE, d'altronde, fin dai suoi Considerando, rimarca molto nettamente questa dimensione funzionale e da più angolazioni fa spiccare il connotato dell'*access to justice* mediato o di secondo livello proprio come cifra della *machinery* rappresentativa: si vedano sul punto le più ampie considerazioni di PAGLIETTI 2023, 821 ss.

¹⁸ Cfr. Commissione europea, *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. 2030 Consumer Agenda and action plan for consumers in the single market. «A new impulse*

di qui il fermo proposito di un perdurante sostegno alle organizzazioni rappresentative degli interessi dei consumatori in effectively managing representative actions under the Representative Actions Directive.

Ebbene, se già i dati appena richiamati valgono a smentire l'impressione di marginalità che, sulle prime, viene fatto di assegnare al meccanismo armonizzato di tutela meta-individuale, nel quadro dell'*EU Regulatory Private Law*, a maggior ragione ciò deve dirsi valere per il diritto europeo della transizione digitale. L'inserimento dell'azione rappresentativa non costituisce infatti semplice variazione sul tema del *private enforcement*, ma si incarica di fungere da cerniera tra modulo pubblicistico e modulo privatistico di attuazione di un ordito che esprime, pur nella eterogeneità dei segmenti che lo compongono, precise linee ordinanti¹⁹.

Restringendo il campo visivo all'*EU Digital Private Law*, costituisce del resto chiaro indizio di ciò la circostanza che, con la sola eccezione del *Data Governance Act*, tutte le discipline cui si è fatto prima cenno contemplano il possibile ricorso proprio alla tutela rappresentativa²⁰.

2. Transizione digitale e sistema europeo di governo dei dati: la tensione latente fra diritti fondamentali e regolazione del mercato

È stato osservato come plurimi siano i punti di coagulo a base delle diverse discipline del mosaico del digitale in ambito UE²¹: i dati quale risorsa fondamentale, a base di *Data Act* e *Data Governance Act*; gli algoritmi come fattore di estrazione di valore dai dati stessi²², a base di GDPR ed *AI Act*, nonché le piattaforme – luoghi virtuali di scambi intermediati e di ulteriore creazione e sfruttamento di dati – per DMA e il DSA.

Non deve tuttavia da questa premessa derivarsi l'idea di silos distinti, ciascuno dotato di un proprio centro di rotazione (per l'appunto, ora i dati, ora gli algoritmi, ora le piattaforme).

Intanto giacché la terna dati-algoritmi-piattaforme, risulta di fatto sempre sottostante a tutte le manifestazioni del digitale nella vita reale (dai motori di ricerca alle piattaforme di acquisto e così via), così da contattare simultaneamente più discipline. Quindi in quanto, di là dalla convergenza tematica, un tratto più profondo accomuna e salda tra loro il complesso degli interventi regolatori in materia digitale, ossia la intonazione a principi e valori del diritto dell'UE, in ciò, del resto, prendendo corpo l'immagine della costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo²³.

Quel che va segnalato come critico, da questo punto di vista, è semmai il raccordo reciproco, il bilanciamento tra quei principi e valori.

La dimensione individuale, dei diritti fondamentali e dell'autodeterminazione del singolo, infatti, per quanto ben presente, non pare godere di connotati di indiscussa primazia rispetto ad una pluralità di altre istanze, geopolitiche²⁴ – attinenti al necessario recupero di sovranità e di resilienza infrastrutturale dell'UE – o più schiettamente *market oriented*, declinate lungo i binari consueti dell'economia equa e competitiva, del mercato unico senza attriti, del rafforzamento di produttività e competitività delle imprese, della tutela dei consumatori.

for consumer protection, competitiveness and sustainable growth", COM(2025) 848 final, Bruxelles, 19 novembre 2025, § 4.

¹⁹ MICKLITZ 2009, 3 ss. e spec. 55, secondo cui «European private law is characterized by the coming together of administrative enforcement and judicial enforcement, to a growing extent via collective judicial enforcement».

²⁰ Recando infatti modifiche integrative all'Allegato I alla dir. 2020/1828/UE, che ne fissa, per materie, il perimetro di azione: cfr. art. 2 dir. 2020/1828/UE.

²¹ RESTA 2022, 971 ss. e spec. 972.

²² Cfr. per tutti di FINOCCHIARO 2024, 71 ss.

²³ Cfr. per tutti PITRUZZELLA 2025; DOMURATH, MICKLITZ 2024, i quali per vero distinguono tra *AI Act* e GDPR come pilastri di un nuovo ordine costituzionale, DMA e DSA come nuovi pilastri dell'ordine del mercati e infine DGA e *Data Act* come discipline di governo orizzontale delle transazioni aventi ad oggetto i dati (ivi, 267); CASOLARI 2024, 462 ss.; POLLICINO, ROMEO 2016; DE PASQUALE 2022, 1 ss.; PANELLA 2018; DE GREGORIO 2021, 41 ss.

²⁴ Cfr. RESTA 2022, 323 ss. ma spec. 324; GRANIERI 2023, 197 ss.

Offrono del resto buona conferma di ciò sia la Comunicazione *A simpler and faster Europe*²⁵, del febbraio 2025, sia la successiva Proposta di Regolamento Digital Omnibus I²⁶, contenente misure emendative giuste della legislazione europea in materia di dati e digitale nel segno di una sua semplificazione orientata alla competitività.

Alla stregua di tale ultimo documento, peraltro, persino l'AI Act²⁷ e il GDPR²⁸ – talvolta elevati in letteratura a capisaldi dell'ordine costituzionale dell'*EU Digital Private Law* –²⁹ risultano incisi da modifiche tese alla riduzione dei costi di *compliance* e al perseguimento di interessi generali – primi fra tutti lo sviluppo economico e la ricerca scientifica –³⁰ però con conseguente arretramento di alcuni dispositivi di tutela dei singoli.

Si fa, in altri termini, oggi più visibile che in passato, una dinamica latente all'intero plesso normativo in materia di dati e che oggi lambisce anche *platform regulation* e normazione dell'intelligenza artificiale: quella che oppone diritti fondamentali a dinamismo concorrenziale del mercato³¹ e che è destinata vieppiù a complicarsi ulteriormente a fronte delle esigenze (nuove) di promozione di competitività (e resilienza) del modello Europa.

Vero è, infatti, che da tempo il tradizionale approccio individualistico, quasi dominicale e idiosincratico, al tema di dati personali, ha conosciuto significativo temperamento sull'altare di altre istanze, legate appunto alle ragioni del traffico economico e della concorrenza. Tuttavia, la direttiva sulla protezione dei dati³², prima, e il GDPR poi, sono stati impostati all'insegna di un fraseggio ben preciso, nel quale cioè le ragioni della circolazione (dei dati), all'interno dell'Unione, risultano pur sempre temperate o talora obliterate dalle istanze individuali del soggetto cui i dati medesimi si riferiscono³³ e in ogni caso esclusiva resta, in altri termini, l'interlocuzione a due voci fra le ragioni dell'interessato e del titolare³⁴ (o del responsabile, se del caso), senza si-

²⁵ Cfr. Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *A simpler and faster Europe: Communication on implementation and simplification*, COM(2025) 47 final, Bruxelles, 11 febbraio 2025.

²⁶ Cfr. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council amending Regulations (EU) 2016/679, (EU) 2018/1724, (EU) 2018/1725, (EU) 2023/2854 and Directives 2002/58/EC, (EU) 2022/2555 and (EU) 2022/2557 as regards the simplification of the digital legislative framework, and repealing Regulations (EU) 2018/1807, (EU) 2019/1150, (EU) 2022/868, and Directive (EU) 2019/1024 (Digital Omnibus) {SWD(2025) 836 final}.

²⁷ Cfr. Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica i regolamenti (UE) 2024/1689 e (UE) 2018/1139 per quanto riguarda la semplificazione dell'attuazione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (*Omnibus digitale sull'IA*).

²⁸ Art. 3 della proposta del citato Regolamento *Omnibus*.

²⁹ Ci si riferisce al già citato lavoro di DOMURATH, MICKLITZ 2024.

³⁰ È proprio relativamente a questo ambito che si segnalano la maggior parte degli interventi emendativi del GDPR. Viene difatti esplicitato che il trattamento per tali finalità è coperto da una sorta di "presunzione di compatibilità" rispetto alla finalità originaria (art. 5, par. 1, lett. b) GDPR) e che la ricerca scientifica può costituire legittimo interesse del titolare (art. 6, par. 1, lett. f)), riducendo l'incertezza applicativa che aveva caratterizzato la prassi. Parallelamente, sono ampliate le ipotesi di esenzione dagli obblighi informativi (art. 13 GDPR) quando l'informazione risulti impossibile, sproporzionata o idonea a compromettere gravemente gli obiettivi della ricerca.

³¹ Sul tema, per tutti, cfr. RICCIUTO 2022.

³² Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati.

³³ In tal senso basti confrontare il tenore dei Considerando 1 e 4 GDPR. Il primo rimarca, infatti, che ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano, come garantito del resto dall'art. 8 CDFUE; il secondo afferma, invece, che «il trattamento dei dati personali dovrebbe essere al servizio dell'uomo» ma che il diritto alla protezione dei dati di carattere personale «non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità». BASUNTI 2020, 860 ss. ma spec. 866, che rileva come la logica di *market regulation* che informa l'intero Regolamento è volta ad instaurare un *framework* improntato allo sviluppo dell'economia digitale, eliminando le differenze di protezione dei diritti e delle libertà dei singoli, che potrebbero costituire un freno all'esercizio delle attività economiche su scala dell'Unione, falsare la concorrenza e impedire alle autorità nazionali di adempiere agli obblighi loro derivanti dal diritto dell'Unione.

³⁴ Già a partire dalla stessa definizione di titolare, ossia colui che «determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali» (art. 4 n. 7 GDPR).

gnificativo spazio per interessi (e soggetti) diversi³⁵.

Anche il regolamento 2018/1807³⁶, seppure affrancandosi dalla dimensione personale dell'informazione, ha operato nella stessa logica negativa: ha vietato cioè agli Stati membri di imporre restrizioni alla circolazione transfrontaliera di dati non personali, considerandoli risorsa strategica per il mercato unico digitale, ma l'effettiva rimozione degli ostacoli alla circolazione non ha messo capo ad obblighi positivi di accesso e condivisione dei dati, la cui valutazione di opportunità rimane pur sempre appannaggio dei soggetti coinvolti.

Un decisivo punto di svolta si deve, invece, senz'altro segnalare nella *Strategia europea per i dati*³⁷, la quale scandisce l'esigenza di affiancare alla libertà di circolazione, un quadro regolatorio proattivo e costruttivo, volto a garantire sovranità digitale, contendibilità dei mercati e valorizzazione dei dati come bene economico condiviso. Il Data Act, in particolare, impone ai titolari dei dati – produttori di dispositivi interconnessi (quali quelli di IoT)³⁸ e fornitori dei relativi servizi – l'obbligo di rendere accessibili agli utenti i dati generati dall'uso dei prodotti e, su richiesta, di dividerli con terzi a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie (FRAND)³⁹.

Si pensi, poi, ai *data-sharing duties* di cui ai paragrafi 8 e 10 dell'art. 6 DMA, che obbligano il *gatekeeper* a condividere agli inserzionisti in modo gratuito i dati necessari per verificare in modo indipendente le performance pubblicitarie, nonché a fornire ai propri utenti commerciali l'accesso ai dati generati o forniti nell'ambito dell'uso dei servizi della piattaforma⁴⁰. Ancora, si pensi all'obbligo di cui all'art. 6 par. 11 DMA, secondo cui il *gatekeeper* che offra un servizio di motore di ricerca, deve garantire ai propri *competitors* nel mercato dei *search engines* l'accesso ai dati anonimi relativi a ricerche, clic e visualizzazioni, ancora una volta a condizioni FRAND⁴¹. Obblighi, questi, che si giustificano alla luce dell'esigenza, da un lato, di prevenire un uso distortivo del potere sui dati da parte del *gatekeeper*; dall'altro, di garantire che i *competitors* di dimensioni minori possano effettivamente competere con le grandi piattaforme, accedendo a dati di valore che altrimenti verrebbero monopolizzati dal *gatekeeper*, e così smantellando potenziali concentrazioni "data-polistiche"⁴², foriere a loro volta di sproporzionati effetti di rete⁴³.

Insomma, il crescente valore dell'informazione ha spinto il legislatore eurounitario ad adottare un approccio regolatorio orientato a logiche di accesso e di condivisione dei dati, funzionali all'intensificazione delle dinamiche concorrenziali tra gli attori del mercato.

La differente linea di indirizzo che corrobora l'intero disegno normativo segna così il passaggio dal principio ordinante della libera circolazione dei dati a quello della loro necessaria circolazione, un sistema cioè che stabilisca come e a quali condizioni i dati debbano circolare⁴⁴.

Un simile passaggio, tuttavia, non può dirsi neutro rispetto all'emersione, con crescente evidenza, di una tendenza a valorizzare – se non addirittura a estroflettere – taluni tratti di politica del diritto schiettamente *market oriented*, già rintracciabili nella normativa sulla circolazione dei dati personali⁴⁵, in uno con l'affiorare di altre istanze, di ordine sociale, che ruotano attorno alla

³⁵ Si confronti, nondimeno, la pronuncia della Corte giust. UE, Grande Sezione, 4 ottobre 2024, causa C-21/23, *ND c. DR*, con cui la stessa ha affermato la possibilità per un'impresa di agire avverso l'illegittimo trattamento dei dati personali posto in essere da un competitor, ove la condotta medesima abbia portato a indebiti vantaggi commerciali.

³⁶ Regolamento (UE) 2018/1807 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo a un quadro applicabile alla libera circolazione dei dati non personali nell'Unione europea.

³⁷ Commissione europea, Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. *Una strategia europea per i dati*, COM(2020) 66 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020.

³⁸ Sui profili giuridici dell'Internet delle cose, cfr. per tutti NOTO LA DIEGA 2023.

³⁹ Inoltre, il capo IV del Data Act disciplina le clausole abusive relative all'accesso e all'utilizzo dei dati nei rapporti tra imprese, con particolare tutela per microimprese e PMI. Cfr. per tutti FIA 2024, 317 ss. OMLOR 2024, 173 ss.

⁴⁰ ETTELDORF 2022, 255 ss.

⁴¹ BOTTA 2023a; BOTTA 2023b.

⁴² Sul concetto di «data-opolies» si veda, nella letteratura economica, STUCKE, GRUNES 2016, 277 ss.

⁴³ V. i Considerando 59-61 DMA.

⁴⁴ Cfr. PATHAK 2024, 43 ss.; TOMBAL, GRAEF 2022; PICHT 2023, 67 ss.

⁴⁵ Cfr. sul Data Act RICCI 2024, 800 e spec. 807, la quale osserva che «da un punto di vista più generale, pare con-

propulsione della circolazione dei dati⁴⁶, e che hanno recentemente portato alla costituzione dello *European Health Data Space*⁴⁷.

Deve segnalarsi anzitutto come nel DMA, nel *Data Governance Act* e nel *Data Act* venga meno una netta distinzione tra dati personali e non, prevedendosi un concetto normativo unitario⁴⁸, semmai con ulteriori specifiche disposizioni dettate per i casi in cui l'informazione inerisca a un soggetto determinato⁴⁹. Con le citate normative si delinea, in altri termini, una concezione unitaria e funzionale di "dato" a prescindere dalla sua caratura o meno personale⁵⁰.

A ciò si aggiunga che la stessa nozione di dato personale accolta dal GDPR, sulla scorta della spinta propulsiva della giurisprudenza della Corte di giustizia⁵¹, si mostra prossima ad essere ricalibrata secondo una declinazione relativizzata della "identificabilità" dell'interessato, in guisa che l'informazione pseudonimizzata non costituirebbe dato personale per un determinato soggetto ove quest'ultimo non disponga di mezzi ragionevolmente utilizzabili per re-identificare l'interessato⁵².

Pregnante, ancora, è la circostanza che il *Data Act* sia finalizzato a «rispondere alle necessità dell'economia digitale e di eliminare gli ostacoli al buon funzionamento del mercato interno dei dati»⁵³, ivi ricomprendendovi anche quelli personali, quando pochi anni prima l'EDPS sulla proposta di dir. 770/2019/UE⁵⁴, addirittura paragonava un mercato dei dati personali a quello degli organi umani⁵⁵.

cretizzarsi non solo la pretesa del singolo all'autodeterminazione informativa, ma anche quella funzionalizzazione del dato che, richiamata dal considerando del 4 reg. UE 2016/679, è il criterio argomentativo cui va orientata l'interpretazione e la concreta applicazione del complesso regolato normativo, consentendo, fra l'altro, di oggettivizzare la portata del contenuto dei diritti in capo all'interessato».

⁴⁶ Il Capo V del *Data Act* disciplina l'accesso ai dati da parte di enti pubblici, della Commissione europea, della BCE e di altri organismi dell'Unione in circostanze eccezionali. Si prevede la possibilità di richiedere dati detenuti da soggetti privati quando ciò sia necessario, ad esempio, per affrontare emergenze pubbliche (come crisi sanitarie o ambientali).

⁴⁷ Regolamento (UE) 2025/327 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2025, sullo spazio europeo dei dati sanitari e che modifica la direttiva 2011/24/UE e il regolamento (UE) 2024/2847. In argomento cfr. CORSO 2025, 563 ss.

⁴⁸ In tutti e tre i regolamenti la definizione adottata di dati ha il seguente tenore: «qualsiasi rappresentazione digitale di atti, fatti o informazioni e qualsiasi raccolta di tali atti, fatti o informazioni, anche sotto forma di registrazione sonora, visiva o audiovisiva». Sul punto cfr. RESTA 2022, 975, secondo cui «tale formula segna un distacco netto dalla pregressa impostazione, da un lato perché delinea un *Oberbegriff* atto a ricomprendere al suo interno sia dati personali sia dati non personali; dall'altro perché mette in esponente la dimensione sintattica dei dati».

⁴⁹ Si pensi, in tal senso, ai già citati par. 10 e 11 dell'art. 6 DMA, in materia di obblighi di accesso dei dati. Nel caso in cui i dati oggetto del precetto regolatorio costituiscano dati personali, talvolta dovrà essere fornito il consenso dell'interessato ex art. 6 par. 1 lett. a) GDPR (par. 10), talaltra sarà necessario provvedere alla previa anonimizzazione (par. 11), così da far sì che il trattamento ricada al di fuori del contesto applicativo della normativa sui dati personali (cfr. Considerando 26 GDPR).

⁵⁰ Cfr. sul punto, per tutti, GRAEF 2019, 605 ss.; FIA 2021, 181 ss.; RESTA 2023, 643 ss.; DREXL 2019, 19 ss.

⁵¹ Cfr. da ultimo Corte giust. UE, 4 settembre 2025, causa C-413/23 P, *European Data Protection Supervisor v Single Resolution Board*.

⁵² Cfr. l'art. 3 par. 1 della proposta di regolamento *Omnibus*, a mente del quale, all'art. 4 punto 1) del GDPR è aggiunto il seguente periodo «le informazioni relative a una persona fisica non sono necessariamente dati personali per qualsiasi altra persona o entità per il solo fatto che un'altra entità può identificare tale persona fisica. Le informazioni non sono personali per una determinata entità se quest'ultima non è in grado di identificare la persona fisica cui si riferiscono le informazioni, tenendo conto dei mezzi di cui tale entità si può ragionevolmente avvalere. Tali informazioni non diventano personali per tale entità per il solo fatto che un potenziale destinatario successivo dispone di mezzi di cui si può ragionevolmente avvalere per identificare la persona fisica cui le informazioni si riferiscono». In tal modo, anche la pseudonimizzazione (in luogo della totale anonimizzazione che è, per definizione, irreversibile) in sostanza può condurre alla fuoriuscita dell'informazione in oggetto dall'ambito di applicazione del GDPR.

⁵³ Considerando 4 *Data Act*.

⁵⁴ Direttiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2019 relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

⁵⁵ Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, del 14 marzo 2017, 7: «There might well be a market for personal data, just like there is, tragically, a market for live human organs, but that does not mean that we can or should give that market the blessing of legislation. One cannot monetise and subject a fundamental right to a simple commercial transaction, even if it is the individual concerned by the data who is a party to the

In questo senso, appaiono particolarmente significativi i pareri congiunti resi dal Garante europeo della protezione dei dati e dal Comitato europeo per la protezione dei dati, i quali hanno sottolineato la necessità di molteplici interventi di adeguamento, tanto del *Data Act*⁵⁶ quanto del *Data Governance Act*⁵⁷, all'assetto delineato dal GDPR. In tale sede, le due Autorità hanno ritenuto opportuno ribadire persino l'ovvio, ovverosia che le operazioni di "accesso" e di "condivisione" di dati personali costituiscono a tutti gli effetti attività trattamento, e che, come tali, devono essere soggette alle medesime garanzie previste dal GDPR⁵⁸. Per non tacere delle clausole di salvaguardia del GDPR⁵⁹, che pretendono di collocare tali discipline regolatorie in posizione subalterna rispetto al diritto alla protezione dei dati, senza tuttavia considerare come i precetti da esse introdotti siano idonei a dilatare la forbice del rischio per la protezione dei dati senza un necessario e corrispondente incremento delle contromisure⁶⁰.

Infine, anche al di là della prospettiva incentrata sui dati, non può non richiamarsi l'attenzione sull'*AI Act* il quale, pur costellato di richiami ai diritti fondamentali e alla loro salvaguardia⁶¹, presentati come intelaiatura assiologica della disciplina sull'impiego dell'intelligenza artificiale, lascia trasparire un'evidente dissonanza di fondo. La protezione dei diritti fondamentali, infatti, viene ricondotta entro i crismi normativi consueti della sicurezza dei prodotti, con l'effetto di ridurre i primi, in fin dei conti, al rango di semplici variabili da governare⁶², anziché come presidi sostanziali della persona⁶³.

3. Il modello di enforcement dell'azione rappresentativa e il suo ruolo

Ora, e veniamo con ciò al cuore del tema che si intende qui affrontare, su questa tensione latente reagisce l'azione rappresentativa, e lo fa doppiamente.

Innanzitutto, rintracciando il proprio baricentro operativo negli interessi dei consumatori soltanto, dunque in interessi che, seppure da intendersi in chiave generale, adespota, rimandano pur sempre a una compagine che si radica sul terreno delle relazioni di mercato⁶⁴.

Non è un caso, in effetti, che tutte le normative citate in premessa (eccetto il GDPR, naturalmente), rintraccino la loro base di legittimità nell'art. 114 TFUE, ossia nel ravvicinamento delle

transaction». Cfr. RICCIUTO 2022, 86 secondo cui «la circolazione economica dei dati personali, la rete di scambi che li ha ad oggetto, e sostanzialmente l'esistenza di un mercato degli stessi, vanno riconosciute proprio per poterle regolare».

⁵⁶ Parere congiunto EDPB-EDPS 2/2022 sulla proposta del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante norme armonizzate sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo (normativa sui dati), del 4 maggio 2022.

⁵⁷ Parere congiunto EDPB-EDPS 03/2021 sulla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla governance europea dei dati (Atto sulla governance dei dati), versione 1.1, del 9 giugno 2021.

⁵⁸ L'art. 4 n. 2) GDPR definisce l'attività di trattamento come «qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione [...] la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione».

⁵⁹ Rispettivamente riscontrabili al Considerando 12 e art. 8 DMA; art. 2 par. 4 lett. g) DSA; art. 1 par. 5 *Data Act*; art. 2 par. 7 *AI Act*.

⁶⁰ Cfr. da ultimo EDPB, *Guidelines 3/2025 on the interplay between the DSA and the GDPR*, adottate l'11 settembre 2025, ove è possibile scorgere tale delicato equilibrio. Basti pensare alle indagini volontarie ex art. 7 DSA: l'efficienza regolatoria nel contrasto ai contenuti illegali comporta trattamenti intensivi e su larga scala, con rischi di accuratezza e decisioni automatizzate che ricadono nel perimetro dell'art. 22 GDPR. Analogamente, i meccanismi di "notice & action" e di reclamo (artt. 16-17, 20 DSA) incidono su più categorie di interessati e attivano catene di trattamento che, per quanto presidiate dai principi del GDPR, non risultano neutrali.

⁶¹ Cfr. a titolo esemplificativo i Considerando 1, 2, 3, 7 e 20 *AI Act*.

⁶² Cfr. per tutti ALMADA, PETIT 2025, 85 ss.

⁶³ Esempio è il caso della *Fundamental Rights Impact Assessment* (FRIA) di cui all'art. 27 *AI Act*. Sul punto, cfr. MANTELERO 2024. Più in generale, cfr. la prospettiva di MALGIERI, SANTOS 2025.

⁶⁴ MICKLITZ 2016, 859 ss. Sul tema degli interessi collettivi dei consumatori nella cornice della Direttiva sulle azioni rappresentative v. IOANNIDOU 2019, 1367 ss., ma spec. 1374; CAMILLERI 2022., 1082 e ss.

legislazioni per il mercato interno (digitale)⁶⁵. Una scelta pragmatica, si dirà, per varare gli interventi di armonizzazione in ambiti che propriamente non rientrerebbero nelle competenze unionali, a meno appunto che lette in chiave di funzionalità al mercato unico. Ciò però non toglie la sostanza delle cose: l'art. 114 TFUE costituisce una sorta di clausola generale del mercato unico; dunque, farvi leva, sia pure con la precomprensione di una eterogenesi dei fini, nulla toglie al fatto che l'intervento normativo che si vara resta inevitabilmente attratto alla logica di mercato e alle sue parole d'ordine⁶⁶.

Da altra angolazione, poi, si impone con chiarezza l'alterità di piano tra la tutela dei diritti fondamentali, ancorata alla soggettività individuale, e la proiezione superindividuale degli interessi, che il congegno rappresentativo è chiamato a presidiare.

L'interesse collettivo dei consumatori, cui l'azione è strumentale, si staglia infatti – almeno nella norma unitaria – come altra cosa rispetto alla mera sommatoria o aggregazione contingente di diritti individuali omogenei, risaltando secondo una dimensione adespotata⁶⁷.

Le azioni rappresentative, tutelando gli interessi collettivi dei consumatori promuovono «l'interesse pubblico»⁶⁸, il che implicitamente evoca la caratura generale di quegli stessi interessi, resa visibile poi nella (prima parte della) definizione che di essi fornisce l'art. 3, n. 3 dir. 2020/1828/UE; inoltre, a ulteriore conferma del dato, può ben considerarsi che la disciplina unionale del 2020 non ha richiesto che venissero sostituiti

«i meccanismi procedurali nazionali esistenti volti a proteggere gli interessi collettivi o individuali dei consumatori»⁶⁹.

La tecnica di tutela rappresentativa si colloca idealmente – almeno nel tratteggio abbozzato da legislatore europeo – al centro di un sistema di *enforcement* dalla consueta struttura mista, in cui coesistano componente pubblicistica, fortemente presidiata da soggetti istituzionali (*in primis* la Commissione europea, ma anche le diverse Authorities nazionali, come i *National Digital Services Coordinators* richiamati dal DSA)⁷⁰, e componente privatistica, che lascia spazio all'iniziativa dei singoli, sotto forma tanto di reclami quanto di azioni giurisdizionali individuali⁷¹. Particolarmente nella cornice che ci occupa, tuttavia, quest'ultima tende ad assumere un ruolo che si direbbe recessivo quando non già autenticamente negletto, vista la decisa sporgenza di interessi (generali) quali quelli alla preservazione di assetti concorrenziali in settori strategici per il mercato unico, nonché alla instaurazione di un ambiente digitale contendibile, equo e affidabile. Ne è riprova l'assenza o quantomeno la trascurabilità di dispositivi rimediali di indole privatistica nella quasi totalità delle normative⁷², fatta eccezione per il GDPR, il cui l'art 82 reca un dispositivo rimediale completo, ossia una regola di responsabilità con precisi connotati in larga misura devianti rispetto ai modelli domestici di responsabilità: basti dire che alla intonazione alle ragioni del danneggiato («Chiunque subisca un danno [...]») fa poi seguito la netta opzione per il mo-

⁶⁵ Da ultimo NASCIMBENE 2025, 105 ss.

⁶⁶ Cfr. in particolare per l'AI Act PAGLIANTINI 2025, 19 ss.; INGLESE 2024, 71 ss.; CAPPIELLO 2024, 235 ss.; ALMADA, PETIT 2025.

⁶⁷ Difatti, l'art. 3 par. 1 n. 3) dir. 2020/1828/UE definisce gli «interessi collettivi dei consumatori» come «gli interessi generali dei consumatori e, in particolare ai fini dei provvedimenti risarcitori, gli interessi di un gruppo di consumatori». Gruppo di consumatori che non necessita, tuttavia, di essere identificato nei suoi componenti, giacché l'art. 9 par. 5 prevede che, nel caso in cui un provvedimento di *redress* non specifichi i singoli consumatori che hanno il diritto di beneficiare dei rimedi previsti dal medesimo, lo stesso debba per lo meno contenere una descrizione del gruppo di consumatori che ha il diritto di beneficiare di tali rimedi.

⁶⁸ Considerando 70 dir. 2020/1828/UE. Si veda in proposito quanto già osservato da CAMILLERI 2024, 437 ss., ma spec. 440.

⁶⁹ Considerando 11 dir. 2020/1828/UE.

⁷⁰ A cui è dedicata la Sezione I del Capitolo IV del DSA.

⁷¹ Cfr. LIBERTINI 2024, 44 ss.; IAMICELI, CAFAGGI 2025, 603 ss.

⁷² In argomento cfr. CHEREDNYCHENKO 2025, 1073 ss.

dello dell'*accountability*, che cioè valorizzi l'attivazione del rimedio stesso in relazione al segno della condotta del danneggiante⁷³.

Ed invero, il Data Act, all'art. 39, si limita ad affermare il diritto di *qualsiasi persona fisica o giuridica interessata* "a un rimedio giudiziario efficace in relazione alle decisioni giuridicamente vincolanti prese dalle autorità competenti", senza null'altro aggiungere. Analogamente il DSA, a tenore del cui art. 54 è affermato il diritto dei destinatari del servizio a chiedere il risarcimento del danno *conformemente al diritto dell'Unione e nazionale*, causato dalle violazioni del regolamento.

Il DMA, per contro, non prevede dispositivi di tutela individuale, né menziona rimedi specifici a disposizione delle parti private⁷⁴; l'unico riferimento esplicito all'azione davanti a giudici nazionali è contenuto nel Considerando 42, laddove si riconosce il diritto degli utenti commerciali e finali a rivolgersi

«a qualsiasi autorità amministrativa o altra autorità pubblica competente, compresi gli organi giurisdizionali nazionali».

Si tratta, nondimeno, di una previsione meramente dichiarativa, priva cioè di preciso rimando a una qualche corrispondente normativa armonizzata sui rimedi direttamente azionabili in sede giudiziaria da soggetti privati. Di più, l'art. 39 dello stesso regolamento 2022/1925/UE, che disciplina la cooperazione con i giudici nazionali, introduce un meccanismo simile a quello dell'art. 16 del Regolamento 2003/01/CE⁷⁵, vietando alle autorità giudiziarie nazionali di adottare provvedimenti che contraddicano una decisione della Commissione europea⁷⁶.

Quanto, infine, all'*AI Act*, può sottolinearsi come esso non esibisca il corredo di alcuna previsione direttamente riguardante i rimedi privatistici, potendosi rintracciare solo nella nuova direttiva sulla responsabilità da prodotti difettosi (dir. 2024/2853/UE), dunque in una disciplina altra, un apparato entro certi limiti versatile ad apprestare tutela (anche) per danni cagionati dall'intelligenza artificiale, tanto più essendo dopo il ritiro della proposta di direttiva sulla responsabilità civile per i danni da AI⁷⁷.

Ora, seguendo queste tracce può ben dirsi che l'azione rappresentativa, tassello centrale dell'*European Regulatory Private Law* appare esserlo anche dell'*EU Digital Private Law*⁷⁸, che di quello è del resto sottoinsieme; asseconda, infatti, la sempre più marcata evoluzione nel segno di soggetti collettivi che assurgono ad autentici *gatekeepers* della dinamica attuativa, attori centrali del c.d. *public interest litigations*⁷⁹ intorno ai quali si fa quasi plastica la saldatura dei moduli pubblicistico e privatistico

⁷³ Cfr. CUFFARO 2024, 1360 ss.; v. altresì ALONZO 2024, 601 ss.

⁷⁴ Relativamente al DMA, v. per tutti KOMNINOS 2024, il quale, ritiene comunque applicabile la c.d. *Courage doctrine*, a mente della quale la violazione di una norma dell'Unione dotata di effetto diretto – come accade per le disposizioni contenute nei regolamenti – può essere fatta valere dinanzi ai giudici nazionali, anche in assenza di un'espressa previsione che riconosca un diritto soggettivo azionabile. Anche nel caso DMA, dunque, la violazione degli obblighi imposti al *gatekeeper*, ove ne ricorrano i presupposti, può dar luogo ad azioni individuali di danni o inibitorie.

⁷⁵ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato.

⁷⁶ Anche detto divieto di *running counter*, in precedenza stabilito in via pretoria nella pronuncia *Masterfoods* della CGUE; cfr. Corte giust. CE, 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods*. In letteratura, per tutti, cfr. O'KEEFFE 2001, 301 ss.; KOMNINOS 2007, 1387 ss.

⁷⁷ Proposta di direttiva sulla responsabilità civile extracontrattuale per i danni da AI (COM(2022) 496). Essa prevedeva delle forme di facilitazione probatoria a favore del danneggiato, in ragione della complessità e opacità tecnica dei sistemi (il c.d. effetto *black box*). Tuttavia, la proposta è stata recentemente ritirata, in assenza di un consenso politico sufficiente. Secondo la Commissione, «no foreseeable agreement – the Commission will assess whether another proposal should be tabled or another type of approach should be chosen».

⁷⁸ Cfr. AULETTA 2022, 1670 ss. e spec. 1678 il quale si riferisce al meccanismo processuale dell'azione rappresentativa come una forma di "processo regolatorio".

⁷⁹ TRIDIMAS 2023, 513 ss.; CEBULAK, MORVILLO, SALOMON 2024, 800 ss. e spec. 817. LAW, SHAW, HAVERCROFT, KANG, WIENER 2024, 1 ss. e spec. 11-12; KJAER 2023, 140 ss.

dell'*enforcement*, con il primo peraltro in posizione di crescente preminenza sul secondo.

In altri termini, intesi come aventi caratura generale, gli *interessi collettivi dei consumatori*, la cui lesione funge da innesco della *representative claims*, si attestano idealmente al punto di congiunzione tra i conflitti del mercato – amministrati da *Authorities* o altri soggetti pubblici – e i conflitti interni ad esso, da risolvere per via giurisdizionale o di ADR⁸⁰. Di conseguenza, guardare a quegli stessi interessi (collettivi) in chiave rimediale, vuoi di *injunctions* che di *redress measures*, come è appunto oggi possibile proprio attraverso la tecnica di tutela varata con la direttiva 2020/1828/UE, consente di apprezzare distorsioni e violazioni le quali, attinenti alla prima dimensione (quella dei conflitti del mercato), si riverberano sulla seconda (conflitti nel mercato) ma che la lente di interessi esclusivamente o prevalentemente individuali rischia di lasciare in ombra, di non fare apprezzare del tutto o comunque di non fare apparire tali da giustificare la promozione di un giudizio. E ancora, consente di imbastire una prima linea di correzione rimediale e di impostarne il seguito, in dimensione aggregata o meno, all'insegna di tendenziale coerenza con le misure già adottate dalle *Authorities*.

Il disegno perseguito si fa così piuttosto chiaro e vede la tutela rappresentativa situarsi a stretto ridosso del dispiegamento dell'*enforcement* pubblico, incaricata di recepirne le direttive di fondo, per proiettarle poi lungo le linee di quello privatistico: l'obiettivo di *policy* è infatti che quest'ultimo si strutturi coerentemente con la traiettoria già assunta in sede pubblicistica.

Ancora una volta risulta paradigmatico il caso del GDPR, questa volta con la mediazione interpretativa della Corte di giustizia. E difatti, pur non contemplando a prima vista interessi diversi da quelli individuali⁸¹, l'art. 80 GDPR⁸² ha trovato significative aperture sul versante pretorio in chiave superindividuale.

Il riferimento è al caso *Meta Platforms Ireland (C-319/20)*⁸³ con cui la Corte ha affermato che l'articolo 80, par. 2 del regolamento contempla l'esercizio di azioni rappresentative complementari nel settore della tutela dei consumatori, pure in assenza della identificazione attuale del singolo soggetto interessato, predicandosene infatti la semplice identificabilità⁸⁴.

Le implicazioni che si possono intravedere in controluce sono di estremo rilievo.

Dire che con l'azione rappresentativa (in disparte la fisionomia propria dell'art. 80 GDPR) si tutelano interessi diversi da quelli di soggetti già individuati ma semplicemente individuabili – l'“interessato” potenziale, stando alla tassonomia della *data-protection* o, più in generale il “consumatore” potenziale – significa dire che, anche quando non si orienti verso la tecnica inibitoria, quella stessa tecnica rimane sì di *redress* ma in una forma nuova, diversa da quella risarcitoria in senso stretto. La dinamica rappresentativa finisce cioè con l'introdurre elementi di ulteriore

⁸⁰ Si cfr. da ultimo la Direttiva (UE) 2025/2647 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2025, che modifica la direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e che modifica le direttive (UE) 2015/2302, (UE) 2019/2161 e (UE) 2020/1828 a seguito della dismissione della piattaforma europea per la risoluzione delle controversie online.

⁸¹ La norma consente, in sostanza, al singolo interessato destinatario di un trattamento dei suoi dati non conforme al regolamento di farsi rappresentare da un'associazione davanti a un'autorità amministrativa o giudiziaria per far valere i diritti allo stesso conferiti, *ivi* compreso quello di chiedere il risarcimento del danno materiale o immateriale ai sensi del successivo art. 82 GDPR. Il secondo paragrafo prevede poi che i singoli Stati membri possano stabilire che l'ente di cui al primo paragrafo, anche in assenza di previo mandato dell'interessato, abbia il diritto di proporre le medesime azioni – questa volta, si badi, tacendo ogni riferimento a quella risarcitoria – ove «i diritti di cui un interessato gode a norma del presente regolamento siano stati violati in seguito al trattamento». Il riferimento testuale della disposizione è sempre al singolare («l'interessato» al primo paragrafo e, addirittura, «un» interessato nel secondo), e non sono espressamente contemplate forme di reazione superindividuale, a tutela di soggetti (anche potenzialmente) lesi dalla medesima violazione. Lo fa notare anche CASAROSA 2018, 237.

⁸² Su cui THOBANI 2019, 1202 ss.; RUGGIERI 2021, 872 ss.; CANDINI 2017, 590 ss.

⁸³ Corte giust. UE, 28 aprile 2022, C-319/20, *Meta Platforms Ireland Limited*, in argomento, cfr. FEDERICO 2022, 674 ss.; FEDERICO 2023, 86 ss.; VERSACI 2023, 95 ss.; CASAROSA 2020, 433.

⁸⁴ A mente della pronuncia (§ 68), difatti, è ammessa anche la designazione di una categoria o di un gruppo di persone pregiudicate da tale trattamento, e ciò è sufficiente ai fini della proposizione di detta azione superindividuale.

torsione dello stesso rimedio di *redress* che, pur senza perdere ancoraggio alla dimensione compensativa, si fa infatti carico del perseguimento di interessi generali a partire dall'effetto.

Seppur tesa a ottenere provvedimenti compensativi, l'azione necessita soltanto di accompagnarsi a

«una descrizione del gruppo di consumatori lesi dalla violazione e le questioni di fatto e di diritto da trattare in detta azione rappresentativa», talché «l'ente legittimato non dovrebbe essere tenuto a identificare individualmente ogni consumatore interessato dall'azione rappresentativa per promuovere la stessa»⁸⁵.

Da qui, la percezione che anche su questo terreno – come in relazione ad altri plessi del diritto privato regolatorio ovvero del diritto della concorrenza –⁸⁶ il rimedio risarcitorio finisca con l'assumere connotati diversi da quelli cui si è portati a pensare muovendo dalle categorie interne: su tutti, una antigiuridicità più centrata sulla condotta che sull'evento, una declinazione della causalità improntata a particolare lassità perché prevalentemente di tipo materiale corretta in chiave probabilistica, un significativo ricorso a tecniche presuntive.

4. Azione rappresentativa e “diritto capovolto”

Ora, si è visto che proprio i connotati generali della tecnica rappresentativa, delineati nella normativa unitaria di armonizzazione, risultano tutt'altro che neutri rispetto al modello regolatorio che il c.d. sistema europeo di governo dei dati esprime, nonché all'*enforcement* che per esso va, pur con qualche incertezza, delineandosi.

Vi è però un secondo piano di osservazione rispetto al quale il congegno rappresentativo può dirsi dispositivo non neutro. Invero, un'azione che sia strutturata nei termini esposti concorre a fare delle discipline dedicate a dati-algoritmi-piattaforme un ampio distretto di co-regolazione⁸⁷.

Come è noto, con questa espressione, specie nel dibattito pubblicistico, si tende a indicare quegli adattamenti del classico modello regolatorio *top-down* che si impongono in presenza di ambiti nei quali complessità specialistica e rapidità delle trasformazioni tecnologiche tendono a fare degli stessi *player*, ossia dei potenziali destinatari della regolazione stessa, i protagonisti non by-passabili della elaborazione di regole attuative e anzi quasi in grado di catturare il regolatore⁸⁸, scenario questo icasticamente descritto come del *diritto capovolto*⁸⁹. Di talché, appunto, delle due l'una: o a questi *player* si demanda integralmente la definizione di un reticolo di regole del settore, che a quel punto però diviene totalmente deregolamentato – in senso normativo forte – perché autoregolamentato; ovvero, nel quadro di un approccio articolato alla *Better Regulation*⁹⁰, si prefigura una forma concorso tra regolatore e regolato, sicché al decisore pubblico si demanda la fissazione di un telaio di valori e misure di carattere generale, mentre agli stessi destinatari delle norme, la definizione progressiva di ulteriori segmenti per così dire attuativi.

⁸⁵ Considerando 49 dir. 2020/1828/UE.

⁸⁶ Sia consentito il rinvio a CAMILLERI 2024, 920 ss.; ALONZO 2024, 601 ss.

⁸⁷ Si vedano i recenti contributi raccolti in ANGELONE et al. 2025; nonché SIMONCINI 2022, 1031 ss.

⁸⁸ SIMONCINI 2022, 1032, secondo cui «la premessa da cui deriva l'idea della co-regolazione è che la tecnologia digitale sia caratterizzata da un mix tale di complessità specialistica e rapidità evolutiva che in molti casi solo i destinatari stessi delle norme sono in possesso delle conoscenze necessarie a svolgere il compito normativo».

⁸⁹ IANNUZZI 2018. Si cfr. anche IANNUZZI 2020, 3277 ss.

⁹⁰ Commissione europea, *Better Regulation Toolbox*, 25 novembre 2021, disponibile all'indirizzo: https://commission.europa.eu/law/law-making-process/better-regulation/better-regulation-guidelines-and-toolbox/better-regulation-toolbox_en.

Possono bene citarsi i codici di condotta⁹¹ richiamati dall'art. 40 GDPR⁹², dagli artt. 45, 46 e 47 DSA (ivi comprendendo, invero, anche i c.d. protocolli di crisi contemplati dall'art. 48 dello stesso regolamento), nonché dall'art. 95 AI Act⁹³.

Tale segmento di co-regolazione, inteso come spostamento del baricentro di regolazione da un modello puramente eteronomo a uno che coinvolge attivamente i destinatari delle norme nella loro concretizzazione e attuazione, si innesta quale tassello del più ampio approccio regolatorio imperniato sull'*accountability*. Il principio di *accountability* rappresenta in effetti ormai il *Leitmotiv* delle moderne normative europee in materia digitale. A mente di tale principio, il legislatore europeo, fissati *ex ante* principi, obiettivi e criteri di selezione del rischio, delega in parte ai destinatari il compito di dettagliare le misure di *compliance* e di gestione dei rischi, rimettendo agli stessi l'adozione di tutte le misure necessarie a garantire tale conformità e poterne dimostrare l'osservanza innanzi alle *Authorities*⁹⁴.

Il GDPR in tal senso ha profondamente innovato la disciplina della protezione dati personali introducendo espressamente un modello basato sul principio di *accountability*⁹⁵. L'art. 5, par. 2 del regolamento sancisce infatti il principio di "responsabilizzazione", in base al quale il titolare del trattamento è tenuto al rispetto e all'implementazione di tutti i principi applicabili e «*deve essere in grado di provarlo*» in ogni momento. Il successivo art. 24 stabilisce poi che il titolare del trattamento deve adottare e aggiornare misure tecniche e organizzative adeguate, proporzionate ai rischi del trattamento, per garantire e dimostrare la conformità al Regolamento; a tal fine sono richiamati proprio i codici di condotta e le certificazioni, quali strumenti idonei a concorrere alla dimostrazione della *compliance*.

Prende forma così un modello di auto-responsabilità, ove la norma fissi *ex ante* gli elementi del bilanciamento fra le ragioni e le istanze dell'interessato e del titolare del trattamento che si traducono in parametro conformativo dell'agire di quest'ultimo, in uno con un più generale dovere mitigazione del rischio, di cui rispondere di fronte all'Autorità competente⁹⁶.

Un simile approccio, *risk-based*, è condiviso anche dal DSA, che prevede diversi obblighi di diligenza imposti sulle piattaforme digitali in base al tipo, alle dimensioni e all'impatto del servizio. Ad esempio, ai sensi dell'art. 34 DSA, le piattaforme di grandi dimensioni sono obbligate di individuare, analizzare e valutare diligentemente eventuali rischi sistemici nell'Unione derivanti sia dalla progettazione e funzionamento dei loro servizi. Il successivo art. 35, sulla stessa linea, impone loro di adottare misure ragionevoli, proporzionate ed efficaci rispetto ai rischi specifici emersi, tenendo conto anche dei possibili impatti di queste misure sui diritti fondamentali degli utenti.

Non mancano poi precisi riscontri anche in seno all'AI Act, con la precisazione che tale regolamento classifica in modo predefinito i sistemi di intelligenza artificiale per livelli di rischio (inaccettabile, alto, limitato, minimo) e impone requisiti uniformi per ciascuna categoria⁹⁷.

⁹¹ Sul punto, v. per tutti cfr. POLLICINO 2022, 1031 ss.

⁹² Su cui, per tutti, SILEONI 2011.

⁹³ Peraltro, da poco il *Global Partnership on Artificial Intelligence* (GPAI) ha reso pubblico il *General-Purpose AI Code of Practice*.

⁹⁴ Cfr. FINOCCHIARO 2017, 14, che suggerisce la duplice traduzione «principio di rendicontazione» o di «responsabilità», o anche «responsabilità» e «prova della responsabilità».

⁹⁵ Cfr. GALLI 2023, 137 ss.; AMORE 2020, 421 ss.; MANTELERO 2017, 144 ss.; MANTELERO 2019, 473 ss.; GIANNONE CODIGLIONE 2016, 55 ss.; BRAVO 2019, 775 ss.; FINOCCHIARO 2019, 2778 ss.; CARLEO 2021, 359 ss.

⁹⁶ Si cfr. anche l'art. 83, par. 2.d) GDPR in materia di sanzioni amministrative, per la cui determinazione dell'importo si deve tenere conto del «grado di responsabilità del titolare del trattamento o del responsabile del trattamento tenendo conto delle misure tecniche e organizzative da essi messe in atto ai sensi degli articoli 25 e 32».

⁹⁷ Mentre il GDPR affida ai soggetti coinvolti nel trattamento dei dati personali la responsabilità di valutare in modo quasi del tutto indipendente i rischi connessi, l'AI Act stabilisce a monte nel testo normativo le categorie di rischio, salvo poi lasciare al destinatario della norma l'obbligo di implementare le misure adeguate a contenere il rischio che concretamente si pone.

Sul punto cfr. RESTA 2022, 323 ss.; FINOCCHIARO 2022, 303 ss.

L'art. 9 dell'*AI Act* richiede espressamente ai fornitori di istituire, attuare e mantenere un sistema di gestione dei rischi relativo all'IA⁹⁸. Solo a titolo di esempio, si cita l'art. 16 sugli obblighi dei fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio, il quale prevede, alla lettera k), che «su richiesta motivata di un'autorità nazionale competente, dimostrano la conformità del sistema di IA ad alto rischio ai requisiti di cui alla sezione 2». Ancora, l'art. 21 rubricato «Cooperazione con le autorità competenti» stabilisce l'obbligo per i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio, su richiesta motivata di un'autorità competente, di fornire tutte le informazioni e la documentazione necessarie per dimostrare la conformità del sistema di IA ad alto rischio ai requisiti di cui alla sezione 2, obbligo che si estende *mutatis mutandis* anche agli esportatori (art. 23 par. 6) e ai distributori (art. 24 par. 5).

Risulta poi finanche emblematico l'art. 8 DMA, a mente del quale «il gatekeeper garantisce e dimostra l'osservanza degli obblighi sanciti dagli articoli 5, 6 e 7», con l'aggiunta che le misure attuate dallo stesso devono essere conformi

«al diritto applicabile, in particolare al regolamento (UE) 2016/679, alla direttiva 2002/58/CE, alla legislazione in materia di cibersecurity, protezione dei consumatori e sicurezza dei prodotti, nonché ai requisiti di accessibilità».

Ebbene questa cifra appunto di co-regolazione, riferibile per lo meno ad ampi segmenti del perimetro in esame, viene per così dire ulteriormente accentuata, astrattamente, proprio dal ruolo che l'azione rappresentativa può svolgere: ruolo complementare all'attività di controllo e repressione del soggetto pubblico, esercitabile mediante ricorso al rimedio inibitorio, ovvero dando la stura alla *private litigation* mediante il rimedio di *redress*.

In altri termini, l'azione rappresentativa estende e rafforza il tratto di co-regolazione o, se si preferisce di *regulation through private litigation*, ammontando a ideale perno della iniziativa complementare dei soggetti privati nella dinamica attuativa, in funzione del perseguimento di un interesse pubblico: garantire l'effettiva applicazione delle normative unitarie e contribuire alla creazione e al mantenimento di un ecosistema digitale equo, trasparente e contendibile. In questa prospettiva, la rilevanza della specifica violazione non si esaurisce nella possibile incidenza sull'interesse individuale del singolo consumatore o utente, giacché le normative facenti capo all'*EU Digital Private Law*, presidiate dall'azione rappresentativa, risultano orientate alla salvaguardia dell'interesse più ampio della collettività dei consumatori⁹⁹.

5. Il recepimento della direttiva e il "raccordo imperfetto" con il diritto privato regolatorio: spunti dalla vicenda italiana

Quel che ci si è sin qui provati di fare emergere è, per così dire, il *to be* del disegno regolatorio sul digitale. Vi è però anche una dimensione dell'*as is*, che attiene alla fisionomia concretamente assunta dall'azione rappresentativa negli ordinamenti nazionali, a seguito delle discipline di recepimento della direttiva 2020/1828/UE.

⁹⁸ Inteso come un processo iterativo continuo pianificato ed eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA ad alto rischio, che richiede un riesame e un aggiornamento costanti e sistematici.

⁹⁹ Cfr. segnatamente le considerazioni di HORNSKOH, RIBERA MARTÍNEZ 2025. Secondo le AA. molte delle disposizioni del DMA vedono esclusivamente gli utenti commerciali quali beneficiari diretti. Ad ogni modo, per quanto riguarda tali disposizioni, i consumatori – in quanto utenti finali – possono comunque trarre un beneficio indiretto, ad esempio attraverso una maggiore possibilità di scelta, conseguente all'aumento della contendibilità del mercato determinato dal rispetto effettivo delle norme del DMA, che mirano dunque a tutelare i consumatori come effetto riflesso del miglioramento dei rapporti tra gatekeeper e utenti commerciali. Anche un beneficio indiretto può dirsi, in linea di principio, lesivo degli interessi collettivi dei consumatori ai sensi dell'art. 42 DMA.

Guardando particolarmente alla disciplina italiana di trasposizione, vale a dire il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 28, le principali criticità che emergono sono legate all'impianto che si è scelto di disegnare, che vede di fatto l'azione rappresentativa "allineata" all'azione di classe, ma differenziata solo per specialità, nel senso cioè da attrarre alla sua orbita tutto quanto inerisca agli interessi collettivi dei consumatori, secondo il sestante tematico fornito dall'Allegato II-septies al c. cons.

A differenza di quanto avvenuto in altri ordinamenti, tra i quali ad esempio quello francese o in quello tedesco, ove il recepimento della direttiva n. 1828 è stata occasione per un'ampia rimediazione della materia delle tutele meta-individuali¹⁰⁰, il legislatore ha scelto di mantenere inalterata la esistente disciplina di tutela di classe – già peraltro fatta migrare, nel 2019, dal codice del consumo al codice di procedura civile e deprivata di qualsiasi ancoraggio esclusivo, oggettivo e soggettivo, alla materia di consumo – e semplicemente inserire una nuova tecnica (rappresentativa, appunto) nel codice del consumo (artt. 140-ter e ss. c. cons.).

Benché la scelta del doppio binario potesse in sé risultare propizia per valorizzare giusto l'autonomia della tutela rappresentativa rispetto a quella di classe, e, soprattutto, la specificità degli interessi alla base dell'una rispetto a quello che sostiene l'altra, si è di fatto dato luogo ad un sostanziale allineamento tra di esse, foriero di un grave equivoco.

Pur se collocate in codici diversi, infatti, le due tecniche di tutela mostrano di essere disposte sul medesimo piano ideale, di differenziarsi cioè solo a mo' di un rapporto di specie (la tutela rappresentativa) a genere (quella di classe). Gli "interessi collettivi" da far valere in chiave rappresentativa (come detto, interessi a vocazione generale e soprattutto "adespoti"), finiscono in altri termini con il differenziarsi da quelli che trovano riscontro nella singola "classe" (costituenti mera sommatoria, aggregazione quantitativa di interessi individuali) solo se ed in quanto riferiti a consumatori.

Riprova di ciò si trae dal semplice raffronto tra la formula dei "diritti individuali omogenei", che sta a base del meccanismo dell'azione di classe dell'art. 840-bis c.p.c., e quella degli "interessi di un certo numero di consumatori che sono stati o potrebbero essere danneggiati da una violazione delle disposizioni di cui all'allegato II septies" che si trova invece nell'art. 140-ter, comma 1°, c. cons. (lett. c), a proposito della tutela rappresentativa¹⁰¹.

L'azione rappresentativa finisce così per collassare dentro quella di classe generalista, anche in ragione della comune struttura trifasica¹⁰², la cui ultima fase – quella di liquidazione, con riferimento ai rimedi di *redress* – presuppone comunque sia una pur sommaria cognizione ravvicinata della vicenda che ha riguardato il singolo consumatore¹⁰³. Difatti, nel momento in cui l'azione impone un accertamento circostanziato della situazione del singolo – in termini di esistenza del danno, sussistenza del nesso causale ed entità del pregiudizio – il processo torna a gravitare attorno al diritto individuale.

Ulteriore riprova del "collasso" dell'azione rappresentativa sul modello dell'azione di classe è data non solo e tanto dalla riferibilità a entrambe le azioni del rito semplificato dell'art. 281-

¹⁰⁰ Cfr. PELLIER 2025, 90 ss. Con particolare riguardo alla via tedesca, essa è consistita nel mettere capo a una disciplina generale delle tutele collettive (*Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz* – VDuG) che coniugasse azioni di *redress* (*Abhilfeklagen*), promosse dalle associazioni dei consumatori, la rodada (sul modello del *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* -KapMuG, del 2005) azione dichiarativa modello (*Musterfeststellungsklage*), cui accompagnare talune necessarie modifiche allo ZPO e ad altre disposizioni. Per una panoramica d'insieme cfr. RÖTHEMEYER 2023.

¹⁰¹ Messo conto che l'art. 140-septies, comma 8, lett. c) c. cons. stabilisce che la domanda è inammissibile ove ravvisata la carente omogeneità dei diritti individuali per cui è richiesta l'adozione dei provvedimenti compensativi.

¹⁰² Su cui CONSOLO 2020, 714 ss.

¹⁰³ Invero, anche se la responsabilità è accertata in via collettiva, il danno resta individuale, talché nella fase di liquidazione il giudice deve comunque esaminare la posizione di ciascun aderente, verificando se rientri effettivamente nella classe individuata, se abbia subito il danno lamentato, quale ne sia l'ammontare secondo i criteri stabiliti nella sentenza. Sul punto cfr. GIUSSANI 2019, 2316 ss.

septies c.p.c. ma altresì dalla plurima contiguità di discipline, la quale presenta nel complesso più elementi critici che di reale vantaggio.

Tra questi ultimi può annoverarsi il tassello dell'accesso alle prove. Il legislatore italiano del recepimento, infatti, coerentemente con la scelta di fondo esplicitata art. 140-*septies* c.cons., ha scelto di dare attuazione alla prima parte dell'art. 18 della dir. 2020/1828/UE¹⁰⁴ rinviando a quanto in effetti già codificato in ordine alla *machinery* processuale di tutela aggregata del codice di rito civile, e in special modo all'art 840 *quinquies* c.p.c.

Più in particolare, si è scelto di adottare un dispositivo piuttosto equilibrato di ordine di esibizione, largamente ispirato al modello della disciplina interna di recepimento della dir. 2014/104/UE¹⁰⁵ (avvenuta in Italia con il d.lgs. n. 3/2017), che governa le azioni per il risarcimento del danno antitrust, a sua volta per molti aspetti in continuità con la c.d. *discovery* industriale dell'art. 121 c.p.i. Un dispositivo che consente di sottrarsi alle maglie strette del modello generale, dettato dall'art. 210 c.p.c. (riguardante gli ordini di esibizione), mantenendo però *Court centered* la deroga all'assolvimento degli oneri di allegazione probatoria; pur essendo, infatti, indefettibile l'istanza di parte, al giudice viene demandato di farsi interprete, secondo principio di proporzionalità, del miglior bilanciamento tra esigenze di adeguata *discovery* e contrapposte esigenze di riservatezza riferibili alla controparte.

Il giudice, infatti, accogliendo «l'istanza motivata del ricorrente, contenente l'indicazione di fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda», può rivolgere ordine di esibizione al convenuto, «individuando specificamente e in modo circoscritto gli elementi di prova o le rilevanti categorie di prove da produrre». Inoltre, il favor per la *discovery* risulta presidiato, oltre che dalla previsione di sanzioni amministrative a carico di chi rifiuti, senza giustificato motivo, di esibire le prove che è stato ordinato di esibire, ovvero che le distrugga, (commi 11° e 12°), anche dalla c.d. efficacia probatoria dell'inottemperanza: ferme restando le sanzioni amministrative contro chi non motivi il proprio comportamento renitente, il giudice, valutato ogni elemento di prova, può ritenere accertato il fatto al quale la prova (omessa) si riferisce (art. 840-*quinquies*, comma 13°, c.p.c.).

Per altro verso non possono però non segnalarsi gli aspetti negativi dell'appiattimento sulle scelte già compiute in tema di azione di classe. Spicca innanzitutto l'infelice mantenimento dell'impianto ad *opt in* (anziché ad *opt out*) ma soprattutto si segnala la mancata previsione di meccanismi diretti affinché le decisioni assunte dalle Authorities possano avere un rilievo in sede di giudizio civile.

Ciò risulta particolarmente censurabile giacché rischia di interferire con il meccanismo di trasmissione degli indirizzi di enforcement già delineatisi a livello pubblicistico (di *public enforcement* meglio) lungo la sequenza attuativa che – a nostro avviso per il tramite dell'azione rappresentativa – innerva il *private enforcement* pulviscolare (la vera e propria *regulation through private litigation*). In una prospettiva regolatoria, giova ripeterlo a chiare lettere, *public* e *private enforcement* devono convergere; di più, quanto più vengono in rilievo interessi generali, tanto più la mobilitazione dei rimedi privatistici deve essere coerente e rilevare in chiave di rafforzamento degli indirizzi già delineatisi.

D'altra parte, giova sottolineare come il sistema del diritto privato regolatorio si sia nel suo complesso già dotato di un dispositivo assai efficace quale il *binding effect* previsto dalla dir.

¹⁰⁴ A mente del citato articolo, «Gli Stati membri provvedono affinché, qualora un ente legittimato abbia fornito prove ragionevolmente disponibili sufficienti per supportare un'azione rappresentativa e abbia indicato che ulteriori elementi di prova si trovano nella disponibilità del convenuto o di un terzo, se richiesto da tale ente legittimato, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa sia in grado di disporre, che tali prove siano esibite dal convenuto o dal terzo in conformità del diritto procedurale nazionale, fatte salve le norme nazionali e dell'Unione in materia di riservatezza e proporzionalità».

¹⁰⁵ Direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

2014/104/UE, sviluppo/affinamento dell'indirizzo che si dipana dall'art. 16 del Reg. 2003/01/CE. Può inoltre utilmente richiamarsi il c.d. regolamento CPC (*Consumer Protection Cooperation*)¹⁰⁶, che chiama ciascuno Stato dell'Unione a designare un'Autorità pubblica cui demandare l'applicazione delle norme di protezione dei consumatori, ovvero la direttiva ECN+ (2019/1/UE)¹⁰⁷. E ancora, sul piano giurisprudenziale, invece, riportarsi ad alcuni arresti della Corte di Giustizia quali *Biuro*¹⁰⁸, *mBank S.A.*¹⁰⁹ e *LOT SAC*¹¹⁰.

Ebbene, raffrontando queste indicazioni con quella ben diversa compiuta in tema di azioni rappresentative, in generale, stante la vaga formulazione art 15, dir. 2020/1828/UE¹¹¹, nonché da legislatore italiano del recepimento, in particolare, lo iato appare massimo e difficilmente comprensibile: si trascorre da un estremo all'altro, da una previsione forse persino supererogatoria quale il *binding effect* delle *antitrust claims*, al subottimale silenzio della disciplina municipale sulle tutele meta-individuali (già collettive ed oggi pure rappresentative).

Ne deriva appunto un *vulnus* al disegno regolatorio complessivo, quasi una sterilizzazione dell'elemento di cerniera tra *public* e *private enforcement*, il che riteniamo sia sufficiente a lasciare pronosticare interventi correttivi da parte della Corte di Giustizia, incentranti sulla (solo parziale) euroconformità della disciplina italiana di recepimento della dir. 2020/1828/UE ed eventualmente delle altre consimili su scala continentale.

¹⁰⁶ Regolamento (UE) 2017/2394 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2017, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori e che abroga il regolamento (CE) n. 2006/2004.

¹⁰⁷ Direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che conferisce alle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri poteri di applicazione più efficace e che assicura il corretto funzionamento del mercato interno.

¹⁰⁸ Cfr. Corte giust. UE, 21 dicembre 2016, causa C-119/15, *Biuro podróży „Partner” Sp. z o.o. sp.k. w Dąbrowie Górniczej c. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*.

¹⁰⁹ Corte giust. 23 settembre 2023, causa C-139/22, *M. c. mBank S.A.*

¹¹⁰ Cfr. Corte giust. UE, 29 settembre 2022, causa C-597/20, *Polskie Linie Lotnicze „LOT” SA c. Budapest Főváros Kormányhivatala*.

¹¹¹ Dal seguente tenore: «gli Stati membri provvede affinché una decisione definitiva di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa di qualsiasi Stato membro relativa all'esistenza di una violazione a danno degli interessi collettivi dei consumatori possa essere usata da tutte le parti come prova nell'ambito di eventuali altre azioni dinanzi ai loro organi giurisdizionali o autorità amministrative nazionali al fine di invocare provvedimenti risarcitori nei confronti dello stesso professionista per la stessa pratica, conformemente al diritto nazionale in materia di valutazione delle prove».

Riferimenti bibliografici

- ALMADA M., PETIT N. 2025. *The EU AI Act: Between the Rock of Product Safety and the Hard Place of Fundamental Rights*, in «Common Market Law Review», 2025, 62, 1, 85 ss.
- ALONZO E. 2024. *Il risarcimento del danno per violazioni del GDPR (art. 82 Reg. UE 2016/679). La tutela della persona nelle logiche del diritto privato regolatorio?*, in «Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 3, 2024, 601 ss.
- AMORE G. 2020. *Fairness, Transparency e Accountability nella protezione dei dati personali*, in «Studium Juris», 4, 2020, 414 ss.
- ANGELONE A., COLOMBO C., MARTONE I., PERLINGIERI C., VALONGO A. (eds.) 2025. *Intelligenza artificiale e piattaforme digitali: dalla co-regolamentazione alla co-vigilanza*, ESI.
- AULETTA F. 2022. *L'azione rappresentativa come strumento di tutela dei diritti*, in «Le nuove leggi civili commentate», 6, 2022, 1670 ss.
- BASUNTI C. 2020. *La (perduta) centralità del consenso nello specchio delle condizioni di liceità del trattamento dei dati personali*, in «Contratto e impresa», 2, 2020, 860 ss.
- BOTTA M. 2023a. *Shall We Share? The Principle of FRAND in B2B Data Sharing*, RSC Working Paper 2023/30. Disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4422925> (consultato il 4 giugno 2026).
- BOTTA M. 2023b. *The Principle of FRAND in B2B Data Sharing: Lessons from Licensing of Standard Essential Patents and Competition Law Remedies*, in «Concurrences», 3, 2023. Disponibile in: <https://awards.concurrences.com/en/awards/2024/academic-articles/the-principle-of-frand-in-b2b-data-sharing-lessons-from-licensing-of-standard> (consultato il 4 giugno 2026).
- BRAVO F. 2019. *L'«architettura» del trattamento e la sicurezza dei dati e dei sistemi*, in CUFFARO V., D'ORAZIO R., RICCIUTO V. (eds.), *I dati personali nel diritto europeo*, Giappichelli, 775 ss.
- CAMILLERI E. 2024. *Responsabilità civile e illecito antitrust*, in SCOGNAMIGLIO C. (ed.), *I tematici – La responsabilità civile*, Giuffrè, 920 ss.
- CAMILLERI E. 2022. *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il “sistema delle prove”. La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2022, 4, 1062 ss.
- CAMILLERI E. 2024. *L'azione rappresentativa e il raccordo imperfetto con il diritto privato regolatorio. Le decisioni delle Authorities tra libero apprezzamento e presunzioni giurisprudenziali: spunti dall'arrêt Repsol*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2, 2024, 437 ss.
- CANDINI A. 2017. *Gli strumenti di tutela*, in FINOCCHIARO G. (ed.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 590 ss.
- CAPPIELLO B. 2024. *The EU and the AI ACT. Was It Worthwhile to Be the First?*, in «Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche», 4, 2024, 235 ss. Disponibile in https://ceridap.eu/pdf/estratti/Estratto-10.13130_2723-9195_2024-4-175.pdf (consultato il 4 giugno 2026).
- CARLEO R. 2021. *Il principio di accountability nel GDPR: dalla regola alla autoregolazione*, in «Nuovo diritto civile», 1, 2021, 359 ss.
- CASAROSA F. 2018. *La tutela aggregata dei dati personali nel Regolamento 2016/679: una base per l'introduzione di rimedi collettivi?*, in MANTELERO A., POLETTI D. (eds.), *Regolare la tecnologia: il Reg. UE 2016/679 e la protezione dei dati personali. Un dialogo fra Italia e Spagna*, Pisa University Press, 253 ss.
- CASAROSA F. 2020. *Azioni collettive fra tutela dei dati personali e tutela dei consumatori: nuovi strumenti alla prova dei fatti*, in IAMICELI P. (ed.), *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, Editoriale Scientifica, 433 ss.

- CASOLARI F. 2024. *Il Digital Services Act e la costituzionalizzazione dello spazio digitale europeo*, in «Giurisprudenza italiana», 2, 2024, 462 ss.
- CEBULAK P., MORVILLO M., SALOMON S. 2024. *Strategic Litigation in EU Law: Who Does It Empower?*, in «German Law Journal», Vol. 25, No. 6, 2024, 800 ss.
- CHEREDNYCHENKO O. 2025. *The Public and Private Enforcement of EU Digital Space Private Law*, in «European Review of Private Law», 33, 5-6, 2025, 1073 ss.
- CONSOLO C. 2020. *L'azione di classe trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, 2, 714 ss.
- CORSO S. 2025. *Lo spazio europeo dei dati sanitari. Prime riflessioni sul Regolamento UE 2025/327*, in «Le nuove leggi civili commentate», 3, 2025, 563 ss.
- CUFFARO V. 2024. *Risarcimento del danno e trattamento dei dati personali*, in SCOGNAMIGLIO C. (ed.), *I tematici – La responsabilità civile*, Giuffrè, 1360 ss.
- DE CRISTOFARO G. 2022. *Azioni “rappresentative” e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La “lunga marcia” che ha condotto all’approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in «Le nuove leggi civili commentate», 4, 2022, 1010 ss.
- DE GREGORIO G. 2021. *The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union*, in «International Journal of Constitutional Law», 19, 1, 2021, 41 ss.
- DE PASQUALE P. 2022. *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell’Unione Europea?*, in «Diritto dell’Unione europea», 2022, 1 ss.
- DOMURATH I., MICKLITZ H.W. 2024. *EU Digital Private Law: Tattering or New Beginning?*, in «European Review of Contract Law», 20, 4, 2024, 263 ss.
- DREXL J. 2019. *Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy*, in DE FRANCESCHI A., SCHULZE R. (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Law*, C.H. Beck – Nomos, 19 ss.
- ETTELDORF C. 2022. *DMA - Digital Markets Act or Data Markets Act?*, in «European Data Protection Law Review», 8, 2, 2022, 255 ss.
- FEDERICO M. 2022. *Rappresentanza degli interessati, diritti individuali e group data protection*, in «Persona e mercato», 4, 2022, 674 ss.
- FEDERICO M. 2023. *European Collective Redress and Data Protection. Challenges and Opportunities*, in «MediaLaws», 1, 2023, 86 ss.
- FIA T. 2021. *An Alternative to Data Ownership: Managing Access to Non-Personal Data through the Commons*, in «Global Jurist», 21, 1, 2021, 181 ss.
- FIA T. 2024. *Unfair Terms Review in the Data Act: An Effective Means for Institutionalising Data (Markets)?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2, 2024, 317 ss.
- FINOCCHIARO G. 2017. *Il quadro d’insieme sul Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali*, in EAD. (ed.), *Il nuovo Regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Zanichelli, 14 ss.
- FINOCCHIARO G. 2019. *Il principio di accountability*, in «Giurisprudenza italiana», 12, 2019, 2778 ss.
- FINOCCHIARO G. 2022. *La proposta di regolamento sull’intelligenza artificiale: il modello europeo basato sulla gestione del rischio*, in «Diritto dell’informazione e dell’informatica», 2, 2022, 303 ss.
- FINOCCHIARO G. 2024. *Intelligenza artificiale. Quali regole?*, il Mulino.
- GALLI F. 2023. *Il principio di accountability*, in CALIFANO L., FIORILLO V., GALLI F. (eds.), *La protezione dei dati personali: natura, garanzie e bilanciamento di un diritto fondamentale*, Giappichelli, 137 ss.
- GIANNONE CODIGLIONE G. 2016. *Risk-based approach e trattamento dei dati personali*, in SICA S.,

- D'ANTONIO V., RICCIO G.M. (eds.), *La nuova disciplina europea della privacy*, Wolters Kluwer, 55 ss.
- GIUSSANI A. 2019. *La fase di determinazione del quantum nella nuova azione di classe*, in «Giurisprudenza italiana», 10, 2019, 2316 ss.
- GRAEF I. 2019. *Towards a Holistic Regulatory Approach for the European Data Economy: Why the Illusive Notion of Non-Personal Data Is Counterproductive to Data Innovation*, in «European Law Review», 44, 5, 2019, 605 ss.
- GRANIERI M. 2023. *Problema e sistema dei dati non personali nel diritto euro-unitario*, in «AIDA», 2023, 197 ss.
- GSELL B., MÖLLERS T.M.J. (eds.) 2020. *Enforcing Consumer and Capital Markets Law. The Diesel Emissions Scandal*, Intersentia.
- HORNKOHL L., RIBERA MARTÍNEZ A. 2025. *Collective Actions and the Digital Markets Act: A Bird Without Wings*, in «The Antitrust Bulletin», 70, 1, 2025, 3 ss. Disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4637661> (consultato il 4 giugno 2026).
- IAMICELI P., CAFAGGI F. 2025. *The Architecture of EU Law Enforcement. The Complementarity of Remedies and Sanctions in Light of Effectiveness, Proportionality, and Dissuasiveness*, in «European Review of Private Law», 33, 3, 2025, 603 ss.
- IANNUZZI A. 2018. *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica.
- IANNUZZI A. 2020. *Le forme di produzione delle fonti a contenuto tecnico-scientifico nell'epoca del diritto transnazionale*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo online», Vol. 44, No. 3, 2020, 3277 ss.
- INGLESE M. 2024. *Il regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, in FERRI F. (ed.), *Quaderni AISDUE – L'Unione europea e la nuova disciplina sull'intelligenza artificiale: questioni e prospettive*, Editoriale Scientifica, 71 ss.
- IOANNIDOU M. 2019. *Compensatory Collective Redress for Low Value Consumer Claims in the EU: A Reality Check*, in «European Review of Private Law», 27, 6, 2019, 1367 ss.
- KJAER P.F. 2023. *Five Variations of Transformative Law: Beyond Private and Public Interests*, in «Erasmus Law Review», 2023, 140 ss.
- KOMNINOS A. 2007. *Effect of Commission Decisions on Private Antitrust Litigation: Setting the Story Straight*, in «Common Market Law Review», 44, 5, 2007, 1387 ss.
- KOMNINOS A. 2024. *Private Enforcement of the DMA Rules before the National Courts*. Disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4791499> (consultato il 4 giugno 2026).
- LIBERTINI M. 2024. *Diritto civile e tutela del mercato. Il rapporto tra pubblico e privato: la complementarità fra public e private enforcement nel diritto antitrust*, in «Accademia», 4, 2024, 45 ss.
- MALGIERI G., SANTOS C. 2025. *Assessing the (Severity of) Impacts on Fundamental Rights*. Disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4875937> (consultato il 4 giugno 2026).
- MANTELERO A. 2017. *Responsabilità e rischio nel Reg. UE 2016/679*, in «Le nuove leggi civili commentate», 1, 2017, 144 ss.
- MANTELERO A. 2019. *La gestione del rischio*, in FINOCCHIARO G. (ed.), *La protezione dei dati personali in Italia. Regolamento UE n. 2016/679 e d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101*, Zanichelli, 473 ss.
- MANTELERO A. 2024. *The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) in the AI Act: Roots, Legal Obligations and Key Elements for a Model Template*, in «Computer Law & Security Review», 54, 2024, 1 ss.
- MICKLITZ H.W. 2009. *The Visible Hand of European Regulatory Private Law. The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation*, in «Yearbook of European Law», 28, 1, 2009, 3 ss.

- MICKLITZ H.W. 2016. *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», n. 3, 2016, 859 ss.
- NASCIMBENE B. 2025. *Il mercato unico digitale è una nuova frontiera dell'integrazione europea?*, in «Eurojus», 3, 2025, 105 ss.
- NOTO LA DIEGA G. 2023. *Internet of Things and the Law: Legal Strategies for Consumer-Centric Smart Technologies*, Routledge.
- O'KEEFFE S. 2001. *First Among Equals: The Commission and the National Courts as Enforcers of EC Competition Law*, in «European Law Review», 3, 2001, 301 ss.
- OMLOR S. 2024. *Unfair Contractual Terms under the EU Data Act*, in «European Review of Private Law», 2024, 2, 173 ss.
- PAGLIANTINI S. 2025. *La base giuridica dell'AI Act ex art. 114 TFUE: l'intelligenza artificiale tra mercato e persona*, in «Foro italiano», 2025, 1, 19 ss.
- PAGLIETTI M.C. 2023. *Il mercato delle controversie. Il Third Party Litigation Funding come strumento di finanziamento responsabile dell'accesso alla giustizia*, in «Banca borsa e titoli di credito», 6, 2023, 821 ss.
- PANELLA L. (ed.) 2018. *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, Editoriale Scientifica.
- PATHAK M. 2024. *Data Governance Redefined: The Evolution of EU Data Regulations from the GDPR to the DMA, DSA, DGA, Data Act and AI Act*, in «European Data Protection Law Review», 10, 1, 2024, 43 ss.
- PELLIER J.D. 2025. *Regard sur la nouvelle action de groupe à la lumière du droit de la consommation*, in «Revue des contrats», 3, 2025, 90 ss.
- PICHT P.G. 2023. *Caught in the Acts: Framing Mandatory Data Access Transactions under the Data Act, Further EU Digital Regulation Acts, and Competition Law*, in «Journal of European Competition Law & Practice», 14, 2, 2023, 67 ss.
- PITRUZZELLA G. 2025. *Il costituzionalismo digitale tra Stati Uniti e Europa*, in «Unione europea e diritti», 2, 2025. Disponibile in: <https://uediritti.it/editoriale-il-costituzionalismo-digitale-tra-stati-uniti-e-europa/> (consultato il 4 giugno 2026).
- POLLICINO O. 2022. *I Codici di condotta tra self-regulation e hard law: esiste davvero una terza via per la regolazione digitale? Il caso della strategia europea contro la disinformazione on line*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4, 2022, 1031 ss.
- POLLICINO O., ROMEO G. (eds.) 2016. *The Internet and Constitutional Law. The Protection of Fundamental Rights and Constitutional Adjudication in Europe*, Routledge.
- RESTA G. 2022. *Cosa c'è di "europeo" nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in «Diritto dell'informazione e dell'informatica», 2, 2022, 323 ss.
- RESTA G. 2022. *Pubblico, privato, collettivo nel sistema europeo di governo dei dati*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4, 2022, 971 ss.
- RESTA G. 2023. *Towards a Unified Regime of Data-Rights?*, in RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (eds.), *Governance of/through Big Data. Volume I*, RomaTrE-Press, 643 ss.
- RICCI A. 2024. *Introduzione al regolamento europeo sull'accesso equo ai dati e sul loro utilizzo*, in «Le nuove leggi civili commentate», 3, 2024, 799 ss.
- RICCIUTO V. 2022. *L'equivoco della privacy. Persona vs dato personale*, ESI.
- RÖTHEMEYER V.P. 2023. *VDuG – Verbraucherrecht durchsetzungsgesetz Handkommentar*, Nomos.
- RUGGIERI P.C. 2021. *Art. 80. Rappresentanza degli interessati*, in D'ORAZIO R., FINOCCHIARO G., POLLICINO O., RESTA G. (eds.), *Codice della privacy e data protection*, Giuffrè, 872 ss.

- SCOTT C. 2019. *Consumer Law, Enforcement and the New Deal for Consumers*, in «European Review of Private Law», 27, 6, 2019, 1279 ss.
- SILEONI S. 2011. *Autori delle proprie regole. I codici di condotta per il trattamento dei dati personali e il sistema delle fonti*, Cedam.
- SIMONCINI A. 2022. *La co-regolazione delle piattaforme digitali*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 4, 2022, 1031 ss.
- THOBANI S. 2019. Art. 80 Regolamento Generale per la Protezione dei Dati Personali, in BARBA A., PAGLIANTINI S. (eds.), *Delle Persone, Leggi collegate, Commentario del Codice Civile*, Utet, 1202 ss.
- TOMBAL T., GRAEF I. 2022. *The Regulation of Access to Personal and Non-Personal Data in the EU: From Bits and Pieces to a System?*, in «TILEC Discussion Paper», No. 2022-019, disponibile in: <https://ssrn.com/abstract=4304148>, ultimo accesso il 4 giugno 2026.
- TRIDIMAS T. 2023. *Rights, Remedies, and Access to Justice in Consumer-Related Litigation: Is Union Law Fit for Purpose?*, in «European Journal of Consumer Law», 3, 2023, 513 ss.
- TWIGG-FLESNER C. 2018. *Bad Hand? The “New Deal” for EU Consumers*, in «European Union Private Law Review», 15, 4, 2018, 166 ss.
- VERSACI G. 2023. *Trattamenti illeciti dei dati personali e tutele collettive dei consumatori*, in PALMIERI A., ALTAMURA F. (eds.), *Class Action e meccanismi di tutela collettiva. Le prospettive di sviluppo e le sfide della dimensione digitale*, Giappichelli, 95 ss.

The European Electronic Communications Code – End-User Rights

ANETA ŁAZARSKA

Professor of Civil Law and Civil Procedure at Lazarski University, Warsaw, and Judge at the District Court of Warsaw.

E-mail: aneta.lazarska@lazarski.pl

MACIEJ ROGALSKI

Professor of Criminal Law and Procedure at Lazarski University, Warsaw, and Rector of Lazarski University.

E-mail: maciej.rogalski@lazarski.edu.pl

ABSTRACT

The article analyses end-user rights as set out in the EU Directive establishing the European Electronic Communications Code. The sources of those rights are to be found not just in the Directive, but also in other acts of law, and in the system of values whose basic goal is to protect the fundamental rights of every EU citizen. Where those values collide with technological progress, the protection of fundamental rights should prevail.

KEYWORDS

electronic communications services, digital transformation, civil rights, protection of fundamental rights

The European Electronic Communications Code – End-User Rights

ANETA ŁAZARSKA, MACIEJ ROGALSKI

1. Introduction – 2. The digital transformation in the EU and fundamental rights – 3. Freedom to provide electronic communications services – 4. Freedom of speech, media pluralism, impartiality, cultural and linguistic diversity – 5. Ensuring universal access to electronic communications services – 6. Clear, transparent regulations on the provision of services – 7. Remuneration for the provision of electronic communications services – 8. Conclusions.

1. Introduction

We are at a historic digital watershed in which the right to electronic communication services has become fundamentally important to the exercise of basic rights and freedoms. As rightly pointed out by Maciej Szpunar, the first Advocate General of the CJEU, today the Court of Justice of the European Union faces many challenges, including safeguarding the rule of law and various aspects of fundamental rights – particularly in the context of the scope of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, its connection with the constitutions of individual Member States, and the European Convention on Human Rights. For Szpunar, there is no doubt that the legal problems resulting from the emergence and growth of new technologies constitute one of those challenges¹, one that not only the Court of Justice – but the whole world, societies and individuals – are grappling with.

The primary aim of this research was to conduct a dogmatic analysis (that is, one based on the legal norms) of electronic communications services, which are part of the digital transformation and the EU's digital sovereignty in the area covered by the European Electronic Communications Code. That analysis is set in the context of the shared values and principles that shape EU identity.

Directive (EU) 2018/1972 of the European Parliament and of the Council (EU) of 11 December 2018 establishing the European Electronic Communications Code (“EECC”)² is the basic act of law regulating the provision of electronic communications services within the European Union. It is undoubtedly of strategic importance, for it constitutes part of the EU's digital transformation, and it is on its basis that individual Member States adopt national regulations governing the provision of such services. Previously, five different directives on electronic communications services were in force in the EU; the EECC recast these into a single, new act of law, drawing on experience gained from the functioning of the market and the technological changes it had gone through. In this article, we analyse the right of users to access electronic communications services as guaranteed not only by the EECC, but by the EU's system of values.

We put forward the thesis that end users' entitlements do not derive only from the EECC, but also from the system of values set out in other acts of law, such as the Charter of Fundamental Rights, whose purpose is to protect the fundamental rights of every EU citizen, including as regards electronic communications services. For even the preamble to the EECC (Recital 6) declares that its provisions must be consistent with Art. 52 sec. 1 of the Charter. Any restrictions on the exercise of rights and freedoms recognised in the Charter must be foreseen by the law and must respect the essence of those rights and freedoms. Subject to the principle of

¹ SZPUNAR 2025, 4-9; SZPUNAR 2020, 149-168.

² OJEU L 2018 No. 321 p. 36.

proportionality, restrictions can only be introduced when they are necessary and actually serve a general interest recognised by the EU or a need to protect the rights and freedoms of others.

We analyse the rights end users enjoy under the EEC in the context of the principle of non-discrimination, in accordance with which providers of networks or electronic communications services must not apply any requirements to end users other than the general conditions on access to and use of those networks or services that result from the EEC – such as a user’s citizenship, place of residence or registered office. We also conduct a dogmatic analysis of the EEC with regard to freedom of speech, media pluralism, impartiality, and cultural and linguistic diversity.

Further, we consider whether the right to electronic communications services established by the EEC indeed ensures that end users have universal, equal access to and choice of services. This especially concerns end users with disabilities. Our analysis takes account of the regulations guaranteeing that users have transparency, are able to compare offers, and that information important to concluding a contract for electronic communications services be published in an understandable manner. Finally, we examine the requirements imposed on suppliers when setting prices for end users.

We also set out to answer the question of whether the rights of electronic communications services users are consistent with the system of values that results from other EU acts of law intended to protect the fundamental rights of every EU citizen and facilitate the digital transformation and digital sovereignty.

2. *The digital transformation in the EU and fundamental rights*

The European Union’s digital transformation rests on the shared values and principles that shape its identity. Those values are a kind of unique code that binds and strengthens EU society. In accordance with Art. 2 of the Treaty on the European Union of 7 February 1992 (the “TEU”)³, the Union is based on the values its Member States share. Art. 49 states that respect for those values constitutes a precondition for EU access⁴. The Union is composed of states that freely and voluntarily acceded to the community of values referred to in Art. 2 TEU; they adhere to those values and commit to upholding them. In this context, mutual trust is key, for the EU in fact constitutes a community of values, and it is a fundamental assumption that Member States share those values⁵.

Consequently, as confirmed by CJEU case law, Art. 2 TEU is not simply an indication of direction or an expression of political will. It sets out the values that constitute the very identity of the Union as a common legal order – values embodied in principles that translate into legally binding obligations on Member States. Thus, a Member State must respect the values enshrined in Art. 2 TEU to be able to enjoy all the rights that follow from enacting the treaties. This cannot be reduced to an obligation a candidate state must follow during EU accession, but may later do away with⁶.

In turn, Art. 19 TEU enshrines the value of the rule of law affirmed in Art. 2 TEU⁷, under which the principles of democracy and equal treatment are values on which the Union is based⁸. And the CJEU has ruled that, while it does result from Art. 4 sec. 2 TEU that the Union respects Member States’ national identity, which is inextricably tied up with their basic

³ OJEU of 7 June 2016, C 203/13.

⁴ Ruling of the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) of 16 February 2022, *Hungary v. the Parliament and the Council*, C-156/21, EU:C:2022:97, pt. 124 and the case law cited therein.

⁵ Ruling of the CJEU of 15 July 2021, *Commission v. Poland*, C-791/19, EU:C:2021:596, pt. 50 and the case law cited therein.

⁶ Ruling of the CJEU of 16 February 2022, *Hungary v. the Parliament and the Council*, C-156/21, EU:C:2022:97, pt. 232, 126 and the case law cited therein.

⁷ Ruling of the CJEU of 27 February 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117, pt. 32.

⁸ Ruling of the CJEU of 3 June 2021, *Hungary v. the Parliament and the Council*, C-650/18, EU:C:2021:426, pt. 94.

political and constitutional structures, and that they therefore enjoy a certain scope of discretion in implementing the principle of the rule of law, it in no way follows that the obligation to achieve a certain result may differ from one Member State to another. For they have all committed themselves to upholding the rule of law – a concept common to all of their constitutional traditions – in a manner that is lasting⁹.

The European Parliament, the Council and the Commission made a solemn joint Declaration on digital rights and principles in the digital decade (the “Declaration”)¹⁰. It emphasises that the European Union is a union of values, as set out in Art. 2 TEU, based on respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and human rights, including minority rights. Further, under the Charter of Fundamental Rights of the European Union (the “Charter”)¹¹, the Union is founded upon indivisible, universal values: human dignity, freedom, equality and solidarity. The Charter also confirms particular rights derived from shared international commitments Member States have made¹².

It is emphasised in the Declaration that the digital transformation will affect every aspect of life, and offers significant opportunities for improving the quality of life, economic growth, and sustainable development. On several occasions, the European Parliament has called for ethical principles to inform the EU’s approach to the digital transformation, and to ensure full compliance with fundamental rights such as: 1) data protection, 2) privacy, and 3) non-discrimination and sexual equality, as well as with principles such as: 4) consumer protection, 5) technological and network neutrality, 6) credibility, and 7) inclusivity. The overriding principle is respect for human rights.

There have also been calls to strengthen the protection of the rights of users in the digital environment, as well as workers’ rights and the right to be offline. In the Lisbon Declaration – Purposeful Digital Democracy¹³, drawing on previous initiatives such as the Tallinn Declaration on e-Government¹⁴ and the Berlin Declaration on the Digital Society and Value-Based Digital Government¹⁵, Member States appealed for a model of digital transformation that would strengthen the human dimension of the digital ecosystem, a model based on the digital single market.

Certainly, what is most striking here is the emphasis on making the digital transformation benefit people: what is most important is people. Technology should serve and benefit all people living in the EU. It should not encroach upon their fundamental rights, but should enable them to securely achieve their aspirations. Hence the effort to strengthen the democratic framework for the digital transformation. The transformation should foster a fair, integrated and inclusive society and economy within the EU. Further, it is connected with digital sovereignty, that is, the ability of states and users themselves to exercise their rights and to shape the digital domain in accordance with their social and developmental needs¹⁶.

More and more, the EU emphasises the dimension of strengthening its “digital sovereignty” as a basis for protecting European values in the digital era. In her State of the Union address to the European Parliament in 2020, President of the European Commission Ursula von der Leyen

⁹ Ruling of the CJEU of 16 February 2022, *Hungary v. the Parliament and the Council*, C-156/21, EU:C:2022:97, pt. 233, 234.

¹⁰ European declaration on digital rights and principles in the digital decade, Brussels 26 January 2022, COM(2022) 28 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022DC0028>.

¹¹ https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf.

¹² European declaration on digital rights and principles in the digital decade, (2023/C 23/01) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

¹³ <https://futurium.ec.europa.eu/pl/digital-compass/digital-principles/library-video/lisbon-declaration-digital-democracy-purpose>.

¹⁴ eGovernment Declaration in Tallin of 6 October 2017, file:///C:/Users/macie/Downloads/tallinn_egov_declaration-final_with_signatures_47559.pdf.

¹⁵ https://ec.europa.eu/isaz/sites/default/files/cdr_20201207_eu2020_berlin_declaration_on_digital_society_and_value-based_digital_government.pdf.

¹⁶ HUW et al. 2023, 51-75; HACKER, VAN DIJK 2000, 54; KRASNER 2001, 20-29; WILMAN et al. 2024, 122-129.

stated that the EU had an opportunity to introduce changes in a planned way, not merely in response to a disaster or at the dictate of other players in the world, and that what was at stake was Europe's digital sovereignty, on the micro and macro scales¹⁷. The address was both a signal of intentions and a reflection of a new political programme in the EU. Digital sovereignty is seen as a foundation for strengthening the EU's role in an interconnected world, promoting its fundamental interests, and protecting the values on which it stands: human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights (Art. 2 TEU)¹⁸.

The development of digital technologies and cyberspace is undermining the traditional concepts of national borders and international law. When it first emerged, it was believed that the internet was resistant to sovereignty, would contribute to freedom of speech, and that states would be kept out of managing it. Recent history has shown, however, that state involvement was inevitable¹⁹. "Technological sovereignty" is an umbrella term applied to a range of solutions, technical and non-technical, from undersea cables to data protection²⁰.

«Some EU political institutions have recently attempted to define digital sovereignty and related terms. European Commission President Ursula von der Leyen has spoken of "tech sovereignty" as Europe's ability to "make its own choices, based on its values, respect its own rules". A similar understanding of "digital sovereignty" is implicit in a statement by Charles Michel, President of the European Council, who sees it as a means of achieving strategic autonomy, which "is about being able to make choices [...] this means reducing our dependencies to better defend our interests and values"»²¹.

The EECR regulates a range of issues related to the functioning of the electronic communications services market, including end user rights (Art. 98-116). Under Art. 100 EECR, national provisions on end users' access to or use of services and applications via electronic communications networks must comply with the Charter and the general principles of EU law. If any such measure could limit the exercise of rights or freedoms recognised in the Charter, it can only be applied if it: is provided for by law; respects those rights and freedoms; is proportional; is necessary; achieves a purpose in the general interest recognised by EU law; or meets a need to protect the rights and freedoms of others under Art. 52 sec. 1 of the Charter and the general principles of EU law – including the right to a fair trial; effective avenues of appeal; the presumption of innocence; and the right to privacy. Proceedings must be fair and impartial, and those concerned must have the right to be heard – although appropriate conditions and procedural safeguards may be set, in compliance with the Charter, in duly established urgent cases. Art. 169 sec. 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union²² (the "TFEU") relates to these provisions. It states that, in order to protect consumer interests and ensure a high level of consumer protection, the EU protects consumers' health, safety and economic interests, as well as their right to protect their own interests by becoming informed, educated and organised.

3. *Freedom to provide electronic communications services*

The provision of electronic communications networks and services constitutes regulated activity for which the EECR establishes a basic framework, and to which Art. 52 sec. 1 TFEU

¹⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ac_20_260.

¹⁸ HUW et al. 2021.

¹⁹ BAEZNER, ROBIN 2018, 5.

²⁰ MAURER et al. 2015, 53-68.

²¹ HUW et al. 2021.

²² OJEU No. 326, p. 47

also applies. Under that article, the provisions of the TFEU on entrepreneurs' rights and related measures do not prejudice the application of laws, regulations or administrative provisions that foresee special treatment of foreigners where this is justified by considerations of public order, public safety or public health. The EECF does not limit any individual Member State from taking measures to protect its basic interests regarding public safety, order and security, or to detect and investigate crime. It does, however, set out that all restrictions on the rights and freedoms enshrined in the Charter, and particularly in Art. 7, 8 and 11, must be provided for by law, must respect the essence of those rights and freedoms, and must be proportional, in accordance with Art. 52 sec. 1 of the Charter (point 6 of the preamble to the EECF).

Electronic communications networks and services are not only regulated activities – that is, activities not based solely on the free play of entities on the market. Member States' detailed regulations in this area must also observe the rights and freedoms enshrined in fundamental EU documents such as the Charter. This particularly concerns access to data on citizens by competent authorities, such as prosecutor's offices and the police, which always constitutes an encroachment into an individual's private life²³. Such considerations directly influenced how freedom of communication was formulated in the Charter²⁴. Interference of this type is justified only if it serves to protect public safety or detect crime²⁵, and meets the criteria of necessity and proportionality²⁶. National provisions of law must be clear and precise (Art. 8 sec. 2 of the Charter)²⁷ to prevent authorised entities from taking arbitrary decisions²⁸, and to ensure that users know in what situations those entities may employ particular measures²⁹.

This issue is of fundamental importance in the changing world of the digital era, where access to means of communication translates into power and control over the rights and freedoms of individuals. In modern societies, given the scale at which means of electronic communication – digital mobile networks and the internet – are used both professionally and privately, the effects of interference have escalated.

New means and technologies of communication have also made it easier for governments, enterprises and natural persons to monitor, capture and collect data. As the Special Rapporteur on freedom of opinion and expression has observed, technological progress has allowed the state to conduct surveillance that is virtually unlimited in scale or duration. Shrinking technological and data storage costs have eliminated previous financial or practical barriers, such that states can now conduct simultaneous, invasive, targeted, mass surveillance as never before. In other words, the technological platforms on which the world's political, economic and social life increasingly relies are not only susceptible to mass surveillance, but can even facilitate it³⁰.

²³ See European Court of Human Rights ("ECtHR"), Judgment of 6 September, 1978, *Klass and Others v. Germany*, Appl. no. 5029/71, www.echr.coe.int, sec. 41; ECtHR, Judgment of 16 February, 2000, *Amann v. Switzerland*, Appl. no. 27798/95, www.echr.coe.int, sec. 56; ECtHR, Judgment of 25 June, 2013, *Valentino Acatrinei v. Romania*, Appl. no. 18540/04, www.echr.coe.int, sec. 57-58.

²⁴ See ECtHR, Judgment of 6 September, 1978, *Klass and Others v. Germany*, Appl. no. 5029/71, www.echr.coe.int, sec. 41; ECtHR, Judgment of 29 June, 2006, *Weber and Saravia v. Germany*, Appl. no. 54934/00, www.echr.coe.int, sec. 77-79; ECtHR, Judgment of 1 July, 2008, *Liberty and Others v. Great Britain*, Appl. no. 58243/00, www.echr.coe.int, sec. 56.

²⁵ See ROBILLIARD, MCEWAN 1986, 30.

²⁶ CJEU, Judgment of 21 December, 2016, *Tele2 Sverige AB v. Post- och telestyrelsen*, Joined Cases C-203/15 and C-698/15, EU:C:2016:970, sec. 107-108, 112-114, 124-125, 134. See also VAINIO, MIETTINEN 2015, 299.

²⁷ See ECtHR, Judgment of 2 September, 2010, *Uzun v. Germany*, Appl. no. 35623/05, sec. 66.

²⁸ ECtHR, Judgment of 29 June, 2006, *Weber and Saravia v. Germany*, Appl. no. 54934/00, www.echr.coe.int, sec. 93-94.

²⁹ ECtHR, Judgment of 30 July, 1998, *Valenzuela Contreras v. Spain*, Appl. no. 27671/95; ECtHR, Judgment of 12 May, 2000, *Khan v. Great Britain*, Appl. no. 35394/97.

³⁰ UN General Assembly, Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms while Countering Terrorism, 23 September 2014, A/69/397, No.18, http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session27/Documents/A-HRC-27-37_en.doc.

Under Art. 7 of the Charter, everyone has the right to have their private life, family life, home and communications respected, a right that is closely connected with the right to personal data protection set out in Art. 8 of the Charter. Personal data must be processed reliably, for specific purposes, and with the consent of the interested party or on another justifiable basis provided by law. Everyone has the right to access data collected that concern them, and the right to correct those data. Compliance with these rules is subject to control by an independent body. Freedom of expression is regulated in Art. 11 of the Charter, which states that everyone has the right to freedom of expression. This encompasses the freedom to hold opinions, and to obtain and transmit information and ideas without interference by public authorities, regardless of state borders. The freedom and pluralism of the media must also be respected.

The right to privacy is also protected by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“EConHR”)³¹. Art. 8 of the Convention states that everyone has the right to have their private life, family life, home and correspondence respected:

«There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others».

The European Court of Human Rights (“ECtHR”) has ruled on many occasions that it «does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of “private life”»³². More recently, however, it has indicated that this is a “broad” concept³³ – which seems especially relevant given the changes society is going through in this era of new digital technologies.

The ECtHR has found that data on telecommunications subscribers, as well as traffic and location data, whether considered separately or jointly, may concern the private life of interested persons. It has also found that the very fact of storing data on an individual’s private life constitutes interference in the meaning of Art. 8 EConHR. Further, the Court determined that storing such data without the data subject’s knowledge also constitutes interference with their right to have their correspondence respected – it noted that later use of the information stored was irrelevant, and ruled that access by competent authorities to data stored in that manner constituted additional interference in the data subjects’ exercise of their right to protection under Art. 8 EConHR³⁴.

Certainly, digital sovereignty based on EU regulations has contributed to respect for the right to privacy. The Declaration states that the democratic activities of digital society and the digital economy should be strengthened, with full respect for the principles of the rule of law, an effective justice system, and enforcement of rights. The Declaration does not affect lawful restrictions on the exercise of rights in order to reconcile them with the exercise of other rights, or restrictions in the public interest that are necessary and proportional.

The European Union guarantees fundamental rights and freedom, and defines strict conditions under which they may be limited. Under Art. 52 sec. 1 of the Charter, all such restrictions must be provided for in the law and must respect the essence of those rights and freedom, where, subject to the principle of proportionality, restrictions may be introduced only when they are necessary and actually serve a general interest recognised by the Union, or the

³¹ European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms adopted in Rome on 4 November 1950, amended by Protocols 3, 5 and 8 and supplemented by Protocol 2, Journal of Laws of 1993 no. 61, item 284, of 1995 no. 36 items 175, 176 and 177, of 1998 no. 147 item 962, of 2001 no. 23 item 266, of 2003 no. 42 item 364, and of 2010 no. 90 item 587.

³² Ruling of the ECtHR of 16 December 1992 in *Niemietz v Germany*, complaint no. 13710/88, series A, no. 251-B, § 29.

³³ Judgment of the ECtHR of 28.06. 2007 r. in *Ekimdzhie v Bułgarii*, application no. 62540/00; judgment of the ECtHR of 19.07.2018 in *Centrum för Rättvisa v Sweden*, application no. 35252/08.

³⁴ Judgment of the ECtHR of 28.06. 2007 in *Ekimdzhie v Bułgarii*, application no. 62540/00; judgment of the ECtHR of 19.07.2018 in *Centrum för Rättvisa v Sweden*, application no. 35252/08.

need to protect the rights and freedoms of others. In the meaning of Art. 52, for any restriction on the exercise of fundamental rights to be lawful, it must be proportional.

In CJEU case law, an EU act may be deemed proportional only when the measures it introduces are appropriate to achieve a defined goal and do not extend beyond what is necessary to achieve it. For fundamental rights are not absolute prerogatives, but must be viewed in light of their social function and weighed against other fundamental rights. Restrictions must be confined to what is absolutely necessary, and the regulations governing them must contain clear, precise rules on their scope and application³⁵. A restriction on the exercise of the fundamental rights guaranteed in Art. 7 and 8 of the Charter, such as, for example, processing personal data or accessing data stored on a mobile phone as part of preparatory criminal proceedings conducted by the police, should in principle be deemed to correspond to a general interest recognised by the EU in the meaning of Art. 52 sec. 1 of the Charter. Nevertheless, this requirement is not met if that purpose can be rationally achieved equally effectively by other means that encroach less upon the fundamental rights of the persons the data concern³⁶.

The requirement to respect the principle of proportionality also results from CJEU case law, which states that, at the EU level, the fundamental right to privacy means that any derogations from or limitations on personal data protection must themselves be limited to what is absolutely necessary³⁷. Moreover, a general interest goal must not be pursued without striking a balance between that goal and the fundamental rights the measures to be applied will affect³⁸.

Thus, the CJEU highlights that, to meet the requirement of proportionality, regulations must clearly and precisely set out the scope and manner in which a given measure may be applied, as well as minimum guarantees that data subjects will be able to effectively protect their data from abuse. Those regulations must be legally binding in domestic law, and in particular must set out under what circumstances and conditions data may be processed, thereby guaranteeing that all interference will be limited to what is strictly necessary. The need for such a guarantee is all the more vital when personal data may be processed automatically, and when there is a significant risk of unauthorised access – especially to sensitive data³⁹.

Provided that citizens' fundamental rights and freedoms as enshrined in EU law are respected, it cannot be argued that the need to ensure that authorised entities such as prosecutor's offices are able to intervene in the sphere of freedom of communication, when justified by a need to protect state security or combat crime, is detrimental to the technological or commercial development of electronic communications services. When fundamental rights

³⁵ Ruling of the CJEU of 30 January 2024, *Direktor na Glavna direktsia 'Natsionalna politisia' pri MVR - Sofia*, C-118/22, EU:C:2024:97, pt. 39.

³⁶ Similarly, ruling of the CJEU of 30 January 2024, *Direktor na Glavna direktsia 'Natsionalna politisia' pri MVR - Sofia*, C-118/22, EU:C:2024:97, pt. 40 and the case law cited therein; ruling of the CJEU of 26 January 2023, *Ministerstvo na vatreshnite raboti*, C-205/21, EU:C:2023:49, pt. 126 and the case law cited therein.

³⁷ Rulings of the CJEU: of 16 December 2008 r., *Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, pt. 56; of 9 November 2010, *Volker und Markus Schecke i Eifert*, C-92/09 and C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 77; of 6 October 2015, *Schrems*, C-362/14, EU:C:2015:650, pt. 92. RIVERS 2006, 198: «The test of necessity thus expresses the idea of efficiency or Pareto-optimality. A distribution is efficient or Pareto-optimal if no other distribution could make at least one person better off without making anyone else worse off. Likewise, an act is necessary if no alternative act could make the victim better off in terms of rights-enjoyment without reducing the level of realization of some other constitutional interest». PIRKER 2013, 30: «In its simple form, one could state that proportionality *stricto sensu* leads to a weighing between competing values to assess which value should prevail».

³⁸ Rulings of the CJEU: of 16 December 2008, *Satakunnan Markkinapörssi and Satamedia*, C-73/07, EU:C:2008:727, pt. 56; of 9 November 2010, *Volker und Markus Schecke and Eifert*, C-92/09 and C-93/09, EU:C:2010:662, pt. 76, 77, 86; of 8 April 2014, *Digital Rights Ireland and others.*, C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 52; as well as opinion 1/15 (*Umwelt PNR UE-Kanada*) of 26 July 2017, EU:C:2017:592, pt. 140.

³⁹ Rulings of the CJEU: of 8 April 2014 r., *Digital Rights Ireland and others*, C-293/12 and C-594/12, EU:C:2014:238, pt. 54, 55; of 21 December 2016, *Tele2*, C-203/15 and C-698/15, EU:C:2016:970, pt. 117.

and freedoms such as state security and the right to privacy are at stake, technical and commercial development must give way to those overriding values.

4. Freedom of speech, media pluralism, impartiality, cultural and linguistic diversity

Technological progress has brought a convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, whereas the EECC assumes a separation of the regulations covering electronic communications networks and services from those covering content (Recital 7 EECC preamble), which are set out in different acts of law. For example, issues of television program content are dealt with in Directive of the European Parliament and of the Council 2010/13/EU⁴⁰. Despite this division, the EECC indicates that regulations in both areas must ensure that the values of media pluralism, cultural diversity and consumer protection are protected (Recital 7 EECC preamble). In a case where the competition regulations are insufficient to ensure cultural diversity and media pluralism in the field of digital television, Member States should obligate providers to guarantee access to particular digital transmission services (Recital 159 EECC preamble). Such regulations will not hinder technological development, since the use of new technologies does not limit media pluralism or cultural diversity. Any requirements on what content is transmitted should be strictly defined in the provisions of law in accordance with a procedure established by competent bodies; for example, regarding content that promotes pedophilia or fascism.

Achieving the goals of cultural diversity and media pluralism, including in the realm of social cohesion, should be supported by the relevant national bodies governing the electronic communication services market (Recital 22 EEC preamble). Those bodies must be independent, but this does not infringe upon the autonomy of other institutions, the constitutional obligations of Member States, or the principle of impartiality, taking account of the principles of property law in force in the Member States under Art. 345 TFEU (Recital 34 EECC preamble). In practice, this means, in particular, that regulatory bodies should conduct their activities in compliance with the law, but independently of specific guidelines or orders issued by other persons or bodies that are not based on generally applicable law. Further, no organisation or personnel changes must be made solely in order to make those bodies subordinate to institutions or entities from which they are supposed to be independent. In particular, there should be no changes in managerial positions before the end of a manager's term of office as specified in the law unless there is a legal basis for the change – also defined by law.

5. Ensuring universal access to electronic communications service

The EECC provides for the concept of universal service, that is, a minimum set of services available to all end user consumers at an affordable price. The aim of universal service is to prevent some citizens from being excluded from full social and economic participation in society due to a lack of such access (Recital 212 EECC preamble). In the digital transformation in the European Union, what is most important is people. Technology should serve and benefit everyone living in the EU and enable them to freely pursue their aspirations, while respecting fundamental rights. That is why the Declaration refers to the need to strengthen the democratic framework of the digital transformation so that it benefits all people living in the EU and improves their quality of life, and to the need to introduce means of ensuring that the values and individual rights recognised in EU law are respected, both online and offline.

⁴⁰ Directive of the European Parliament and of the Council 2010/13/UE of 10 March 2010 r. on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) (OJEU L 95 of 15 April 2010, p. 1).

A basic requirement of universal service is to ensure that all consumers enjoy access to broadband internet and voice communication services, at an affordable price and in a fixed location. The EECC also permits such services being offered at an affordable price to citizens who are on the move if this is necessary to ensure those consumers can fully participate in the social and economic life of society (Recital 214 EECC preamble).

An affordable price for universal service means a price defined by an EU Member State at the national level in light of specific domestic conditions. Member States must enact appropriate measures if they find that the retail prices of broadband internet and voice communication services are prohibitive for consumers having a low income or particular social needs, including the elderly, the disabled, and those living in rural or geographically isolated areas (Recital 219 EECC preamble).

The EECC also foresees amenities for disabled persons' use of electronic communication services (Recital 9 EECC preamble). This is in accordance with the goals of the Charter (Art. 26) and the obligations provided for in the UN Convention on Persons with Disabilities⁴¹. Under Art. 26 of the Charter, the EU recognises and respects the rights of disabled persons to be independent, to integrate socially and professionally, and to participate fully in society⁴². Social and professional integration should be understood to mean the removal of barriers that could prevent disabled persons from working under the same conditions as other workers⁴³. Under Art. 2 sec. 3 of the Convention on the Rights of Disabled Persons, drawn upon in New York on 13 December 2006, "discrimination on the basis of disability" means «any distinction, exclusion or restriction on the basis of disability which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise, on an equal basis with others, of all human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural, civil or any other field. It includes all forms of discrimination, including denial of reasonable accommodation»⁴⁴. In light of these regulations, provisions on amenities that enable disabled persons to use electronic communication services are particularly important, especially those that ensure they have easy access to those services.

Not only disabled persons, but also the elderly and those with specific social needs, should have guaranteed, easy, sustainable access to electronic communication services. Technically, this may mean a need to provide special terminal devices for disabled persons, such as those with a hearing deficiency or speech impediment (Recital 288 EECC preamble). Services must be not only technically accessible, but also affordable, regardless of whatever additional costs a provider must incur (Recital 297 EECC preamble).

This corresponds fully with the Declaration. In the digital decade, technology should be used to connect people, not divide them. The digital transformation should facilitate a just, integrated EU society having a fair, inclusive economy. Hence the accepted obligations to: ensure that the design, manufacture, implementation and operation of technological solutions takes place with respect for fundamental rights and enables them to be exercised; promotes solidarity and social interconnectedness; and ensures that in the digital transformation no one is left behind. The transformation should benefit all, ensure gender equality, and specifically embrace the elderly, people living in rural areas, the disabled, the marginalised, those vulnerable

⁴¹ Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol, <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>.

⁴² European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade 2023/C 23/01 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

⁴³ Similarly, see ruling of the CJEU of 11 April 2013, *HK Danmark*, C-335/11 and C-337/11, EU:C:2013:222, pt. 54.

⁴⁴ Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Optional Protocol, <https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-e.pdf>.

to threats or deprived of civil rights, and persons acting on their behalf⁴⁵. It should also propagate cultural and linguistic diversity.

Electronic communication services should be available to everyone, and should also be of appropriate quality. National regulatory bodies, in cooperation with other competent authorities, should monitor the quality of services and systematically gather information in this regard. They should also control at least certain infrastructure elements to guarantee appropriate quality, particularly for end users with disabilities (Recital 271 EECC preamble), in order to reduce digital exclusion (Recital 63 EECC preamble).

Electronic communication services for end users should not only be universal, of good quality and affordable; they should also be secure. To this end, providers should inform users about any security threats, and about measures they can take to enhance connection security; for example, by using particular types of software or digital encryption (Recital 97 EECC preamble), and they should not charge for this – providers bear the costs of managing all security threats (Recital 96 EECC preamble).

Guaranteeing universal access to secure, high-quality, affordable electronic communication services that takes account of the disabled and the elderly can only help the market to develop, including in terms of the most technologically advanced services. This is in full agreement with the goal of the EU Declaration that no one be left behind in the digital transformation.

6. *Clear, transparent regulations on the provision of services*

A whole series of EU regulations are designed to protect end users. At the same time, they dissuade the legislator from creating overly complex provisions, especially those that are redundant or do not create solutions to existing problems (Recital 260 EECC preamble). Regulations should be adequate to the actual situation on the market as regards the provision of services that meet users' needs, and this applies especially to contracts for telecommunications services – the principle documents on whose basis those services are provided. Before signing such a contract, the provider should give the end user essential information presented in clear, comprehensible language, on a permanent carrier or in document form. To facilitate the user's understanding of the contents of the contract, the service provider should also present a summary of the main contract terms (Recital 261 EECC preamble) – for in practice, telecommunications services contracts are very lengthy, up to a dozen pages or more, contain very complex specialised technological vocabulary, and often refer to other provisions and regulations. This makes them difficult to understand – even for people involved in electronic communication services professionally.

End users have the right to easily terminate a telecommunications services contract. In particular, they have the right to withdraw from an agreement if the provider changes the contractual conditions. The only exceptions are if the change is beneficial for the user; is solely of an administrative nature (e.g., a change in the provider's address); has no adverse effect on the user's situation; or results from legislative or regulatory changes (e.g., new requirements on contractual information imposed by EU or domestic law) (Recital 275 EECC preamble).

In a contract with a customer, the section on terminal devices should specify the provider's requirements for using a device, as well as all charges related to terminating the contract before its agreed expiration date (Recital 263 EECC preamble). Apart from the EECC, consumer contracts for electronic communication network and services are also governed by binding EU consumer protection laws, and in particular by Council Directive 93/13/EEA of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts⁴⁶, and Directive of the European Parliament and of the Council 2011/83/EU of

⁴⁵ European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade 2023/C 23/01 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

⁴⁶ OJEU L 95 of 21 April 1993, p. 29.

25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council⁴⁷.

The goal of these regulations is to implement the assumption of the Declaration that everyone should have the ability to freely, effectively choose what online service they wish to use, based on information that is objective, transparent, easily accessible and reliable. The EECC achieves that goal by making sure that the digital environment is secure, protected and based on fair competition; that users' fundamental rights and users' rights are protected; and that consumer protection is guaranteed on the digital single market.

The need for states to have a consumer policy in the global economy became evident in the 1960s, first in the United States – which became the first country to introduce consumer protection laws⁴⁸. The Maastricht Treaty⁴⁹ formally recognised consumer protection as one of the policies of the European Community. Art. 169 TFEU states that, by seeking to support consumer interests and ensure a high level of consumer protection, the Union will contribute to protecting consumers' health, safety and economic interests, and will promote their right to inform, educate and organise themselves to protect their interests. That protection constitutes part of the EU's strategic goal of improving the quality of life of its citizens, a strategy that takes account of consumer interests, both in EU legislation and when establishing and implementing other Union policies and activities. The need to ensure a high level of consumer protection in EU policies is also emphasised in Art. 38 of the Charter⁵⁰.

Users should be able to easily compare the prices of different services offered on the market, using information published in an easily accessible form (Recital 265 EECC preamble). In practice, however, information on suppliers' offers and services is quite extensive – a result of the dynamic growth in new services and the different formulas used to calculate charges, especially when the business model includes not only the provider and the user, but also a third party. Comparing similar services offered by different providers, then, may be very difficult. For this reason, independent comparative tools should be provided, such as websites that make it possible to obtain impartial information by comparing prices, tariffs and quality parameters all in one place (Recital 267 EECC preamble). EU regulations even protect against “shockingly high bills” (Recital 266 EECC preamble), for it does happen in practice that customers are not sufficiently informed about the price of a particular service or how that price is calculated – especially when an EU citizen purchases services from outside the EU where prices are similar to those in their home country, but discovers when travelling to another country that the price for the same service may be several, or even more than ten times, higher.

Similar problems arose in the past with roaming services in EU countries, that is, when a user from one Member State used telecommunications services while travelling in another Member State. At that time, the price outside the home country was generally higher, even though the costs of the services were similar. This is the issue of cross-border access to electronic communication services throughout the Union. Providers should not refuse or restrict end users' access, and should not discriminate on the basis of their nationality, place of residence, or place of registered office (Recital 256 EECC preamble). Different treatment must not go beyond what is foreseen in EU Regulation No. 531/2012 in a case of misuse or abuse of regulated retail roaming services⁵¹. Currently, it can be said that the problem of significantly different retail roaming prices not justified by cost does not exist in practice.

⁴⁷ OJEU L 304 of 22 November 2011, p. 64.

⁴⁸ JURCZYK, MAJEWSKA-JURCZYK 2015; STAWICKA 2018, 4.

⁴⁹ Treaty on the European Union 7 February 1992, Official Journal C 191, 29/07/1992.

⁵⁰ STAWICKA 2018, 6.

⁵¹ Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) no. 531/2012 of 13 June 2012 on roaming on public communications network in the Union (OJEU L 172 of 30 June 2012, p. 10).

The EECC stipulates that consumers must be able to make conscious choices about providers, and in particular to change their provider. This should not be limited by legal, technical or practical barriers, especially contractual terms, procedures or charges (Recital 273 EECC preamble). Moreover, when changing provider, the user is entitled to transfer their number. This is considered a key factor enabling consumers to choose and facilitating competition on the competitive electronic communication market. Under the EECC, an end user who wishes to change provider must have the ability to retain their number, regardless of what entity provides the service. This entitlement must be guaranteed in both landline and mobile networks, but not in the case of calls between landline and mobile locations. Of course, the transfer of numbers between landline and mobile networks can also be ensured (Recital 278 EECC preamble).

Other important entitlements of consumers are to have a directory enquiry service and a subscriber directory. In this regard, it is acknowledged that effective competition has already developed, including on the basis of Art. 5 of Commission Directive 2002/77/EC of 16 September 2002 on competition in the markets for electronic communications networks and services⁵². Nevertheless, the EECC emphasises that, in order to maintain effective competition, all entities that provide number-based interpersonal communication services by assigning numbers to end users from a numbering plan should still be obliged to make relevant information available in a manner that is honest, takes account of costs, and is non-discriminatory (Recital 299 EECC preamble).

End users should also be able to benefit from the interoperability guarantee on all radio and digital television equipment in new M-category passenger cars sold in the EU, where interoperability means that the equipment will function properly, including with other products and systems that exist or will exist in the future, without restrictions on access or implementation options. Member States should ensure that minimum harmonised standards are in place for such equipment, and those standards should be updated as the market and technologies develop (Recital 303 EECC preamble).

The EECC obligates Member States, in cooperation with service providers, to prepare and disseminate information that will help consumers use their services, in particular information on the most common violations of the law and their legal effects, such as copyright infringements or unlawful use or dissemination of harmful content. Such information should also include advice on how to counter threats that may arise – such as the disclosure of private information, invasion of privacy, or the unauthorised processing of personal data – and on what software and other tools are appropriate for protecting children and vulnerable persons from those threats. The purpose is to protect the public interest related to use of the internet and publicly available number-based interpersonal communication services. Finally, the information provided should promote the protection of users' civil rights and freedoms (Recital 269 EECC preamble).

V. Reding has shown that, in the digital era, personal data must be stored and collected. Data are a key economic resource. But as Reding points out, it is equally important to protect the rights of subjects whose data are transferred to third states outside the European Union. The right to be forgotten is also crucial in a world that is ever more connected, with practically no limits on searching for and storing data. If a user does not want their data to continue to be stored and there is no reason for keeping them online, the data should be deleted. In Reding's opinion, solid provisions for the benefit of both consumers and internet companies are needed, because, by increasing legal certainty, they build consumer trust – and trust is needed for the digital economy to grow. Consumers must feel confident when providing personal data online. Otherwise, they will hesitate to make online purchases or sign up for new digital services⁵³.

⁵² OJEU L 249 of 17 September 2002, p. 21.

⁵³ REDING 2011; IRION 2012, 40-71.

In view of the weak position of a user in any dispute with a service provider, the EECC also provides for out-of-court resolution procedures. Certainly, in practice it is very difficult for an end user to conduct a dispute with a provider having sizable financial and organisational resources, as well as professional legal support. Alternative dispute resolution can enable users – especially consumers, microbusinesses and small businesses – to enforce their rights quickly and economically, in accordance with Commission Recommendation 2003/361-EC of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises⁵⁴. Before the EECC entered into force, many Member States already had procedures for settling disputes, both for consumers and other end users, to which Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR)⁵⁵ does not apply (Recital 68 EECC preamble).

7. *Remuneration for the provision of electronic communications services*

In defining electronic communication services contained, the EECC does not only refer to technical parameters, but takes a functional approach, and extends the concept to three types of services: internet access services in the meaning of Art. 2 sec. 2 of Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2015/2120 of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union⁵⁶; interpersonal communication services; and services solely or mainly involving signal transmission. The processing of personal data by electronic communication services providers should be in accordance with Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2016/679 of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (the General Data Protection Regulation)⁵⁷ (pt. 15 EECC preamble). Formulated in this way, electronic communication services in the above scope should ensure that end users enjoy the legal protection to which they are entitled under the EECC – protection that extends not just to selected services, but to the entire scope of services thus defined.

The EECC also incorporates a definition of remuneration for the provision of electronic communication services, one that is favourable for users. Accordingly, remuneration is not limited to the costs of providing a specific service increased by the provider's profit margin. It should also take account of the fact that users provide their personal data to the provider at its request. In accordance with a ruling by the Court of Justice of the EU on Art. 57 TFEU, in the meaning of the TFEU remuneration also exists when a service provider is paid not by the service recipient, but by a third party. This means that, when calculating the price of a service, the provider must consider remuneration for providing user data to third parties – that is, the price the user has to pay should be proportionally lower. Remuneration should also take account of situations where the end user is exposed to advertising as a condition of gaining access to a service (pt. 16 EECC preamble).

These provisions provide solutions that are beneficial for users – not only for calculating prices for electronic communication services, but also where there is a delay in settling them. Apart from cases of persistent delays in paying or failure to pay, they protect consumers

⁵⁴ OJEU L 124 of 20 May 2003, 36.

⁵⁵ OJEU L 165 of 18 June 2013, 63.

⁵⁶ OJEU L 310 of 26 November 2015, 1.

⁵⁷ OJEU L 119 of 4 May 2016, p. 1.

entitled to affordable price tariffs from being immediately cut off from a network for being in arrears. Especially in a dispute over high bills for premium services, the consumer should have continued access to basic voice communication services and a minimal level of internet access until the dispute is resolved (pt. 237 EECC preamble).

Some services are free of charge – the basic criterion being the protection of human life and health. Whatever the device, therefore, access to emergency services through number-based interpersonal communication is free (pt. 285 EECC preamble). As is the service of connecting to the number “116000” for reporting missing children (pt. 252 EECC preamble). All interpersonal communication services that enable access to emergency services make emergency calls possible, based on alarm system elements already accounted for in EU law, that is, the concepts of “public safety answering point” (PSAP) and “most appropriate PSAP”, defined in Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) 2015/758 of 29 April 2015 concerning type-approval requirements for the deployment of the eCall in-vehicle system based on the 112 service and amending Directive 2007/46/EC⁵⁸, and of “emergency services” defined in Commission Regulation (EU) no. 305/2013 of 26 November 2012 supplementing Directive 2010/40/EU of the European Parliament and of the Council with regard to the harmonised provision for an interoperable EU-wide eCall⁵⁹ (pt. 20 EECC preamble).

8. Conclusions

We analysed the end users’ rights that arise from the EECC, particularly those that result from the principle of non-discrimination; the provisions that guarantee users – and users with disabilities in particular – equal access to a selection of services; the regulations requiring transparency, the ability to compare offers, the publication of important contract information in an understandable manner; and charges for such services. We showed that those rights also result from the system of values set out in other acts of law, such as the Charter of Fundamental Rights, whose purpose is to protect the fundamental rights of every EU citizen, including with regard to electronic communication services.

The protection of those values should not be seen as a hindrance to the development of electronic communication services, but as an essential element of the developing the market for such services. The system of values shaped in EU legal acts and case law establishes a hierarchy of values and, where these collide, the system gives priority to basic civic values. Thus, where those values are threatened by technological progress, they prevail. In most cases, a conflict that arises will not need to be resolved, for in fact, protecting and upholding those values will actually foster the quick, effective development of the electronic communication services market.

It is clear, then, that the rights of users of electronic communication services are consistent with the EU system of values that results from EU acts of law, whose basic purpose is to protect the fundamental rights of every EU citizen and to enact the digital transformation and digital sovereignty. In the European Union’s digital transformation, what is most important is people. Technology should serve and benefit everyone living in the EU, enable them to securely pursue their aspirations, and respect their fundamental rights. The digital transformation should foster a just, integrated society and a fair, inclusive economy in the EU. Those values ensure European digital sovereignty.

⁵⁸ Ruling of the CJEU of 26 April 1988, *Bond van Adverteerders and others v the Netherlands*, C-352/85, ECLI: EU:C:1988:196.

⁵⁹ OJEU L 91 of 3 April 2013, p. 1.

References

- BAEZNER M., ROBIN P. 2018. *Cyber Sovereignty and Data Sovereignty*, in «CSS Cyberdefense Trend Analyses», 2, 2018.
- HUW R., HINE E., FLORIDI L. 2023. *Digital Sovereignty, Digital Expansionism, and the Prospects for Global AI Governance*, in TIMOTEO M., VERRI B., NANNI R. (eds.), *Philosophical Studies Series*, Springer Nature Switzerland, 51 ff.
- HUW R., COWLS J., CASOLARI F., MORLEY J., TADDEO M., FLORIDI L. 2021. *Safeguarding European Values with Digital Sovereignty: An Analysis of Statements and Policies*, in «Internet Policy Review», 10, 2021.
- HACKER K.L., VAN DIJK J. 2000. *Digital Democracy: Issues of Theory and Practice*, SAGE.
- IRION K. 2012. *Government Cloud Computing and National Data Sovereignty*, in «Policy & Internet», 4, 2012, 40 ff.
- JURCZYK Z., MAJEWSKA-JURCZYK B. 2015. *Model ochrony konsumentów w Unii Europejskiej*, in «Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu», 380, 2015.
- KRASNER S.D. 2001. *Sovereignty*, in «Foreign Policy», 122, 2001, 20 ff.
- MAURER T., SIEKIERKA I., MORGUS R., HOHMANN M. 2015. *Sovereignty: Missing the Point?*, in MAYBAUM M., OSULA A.-M., LINDSTROM L. (eds.), *2015 7th International Conference on Cyber Conflict: Architectures in Cyberspace*, NATO CCD COE Publications, 53 ff.
- PIRKER B. 2013. *Proportionality Analysis and Models of Judicial Review*, Europa Law Publishing.
- REDING V. 2011. *The Future of Data Protection and Transatlantic Cooperation*, Speech at the 2nd Annual European Data Protection and Privacy Conference Brussels, 6 December 2011, available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_11_851 (last accessed: 07/05/2026).
- RIVERS J. 2006. *Proportionality and variable intensity of review*, in «Cambridge Law Journal», 64, 2006, 174 ff.
- ROBILLIARD S.J., MCEWAN J. 1986. *Police Powers and the Individual*, Basil Blackwell.
- STAWICKA A. 2018. *Ochrona praw konsumentów w Polsce i w wybranych krajach*, Opracowania tematyczne OT-668, Kancelaria Senatu, Biuro Analiz.
- SZPUNAR M. 2025. *Nowe technologie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości – czego się nauczyliśmy i czego jeszcze musimy się nauczyć*, in «Europejski Przegląd Sejmowy», 4, 2025, 4 ff.
- SZPUNAR M. 2020. *Territoriality of Union Law in the Era of Globalisation*, in PETRLIK D., BOBEK M., PASSER J.M., MASSON A. (eds.), *Évolution des rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne, international et nationaux: Liber amicorum Jiří Malenovský*, Bruylant.
- VAINIO N., MIETTINEN S. 2015. *Telecommunications data retention after Digital Rights Ireland: legislative and judicial reactions in the Member States*, in «International Journal of Law and Information Technology», 23, 2015, 290 ff.
- WILMAN F., KALEDA S.K., LOEWENTHAL P.-J. 2024. *The EU Digital Services Act: A Commentary*, Oxford University Press.

Dalle origini illuministiche alla comunicazione commerciale *online*: un'analisi del concetto di trasparenza

From Enlightenment Origins to Online Commercial Communication:
An Analysis of the Concept of Transparency

NICOLA MUFFATO

Dipartimento di Scienze Giuridiche, del Linguaggio, dell'Interpretazione e della Traduzione (IUSLIT), Università di Trieste.

E-mail: nmuffato@units.it

ABSTRACT

Il saggio analizza l'evoluzione del concetto di trasparenza dalle sue origini illuministiche alle pratiche di comunicazione commerciale online. Vengono esaminate tre dimensioni della trasparenza – autenticità, ispezionabilità e giustificabilità pubblica – mostrando come essa sia mutata da strumento di controllo politico a meccanismo economico e retorico. Negli ecosistemi digitali, le nuove forme di pubblicità ibrida portano a nuove istanze di trasparenza, ponendo al contempo delicate sfide regolatorie e di bilanciamento.

The paper explores the evolution of transparency from its Enlightenment origins to online commercial communication. It examines three dimensions of transparency – authenticity, inspectability, and public justifiability – highlighting how it has shifted from a political control tool to an economic and rhetorical device. In digital ecosystems, new forms of hybrid advertising bring new demands for transparency, while also posing delicate regulatory and balancing challenges.

KEYWORDS

trasparenza, autenticità, ispezionabilità, pubblicità, comunicazione commerciale online

transparency, authenticity, inspectability, advertising, online commercial communication

Dalle origini illuministiche alla comunicazione commerciale *online*: un'analisi del concetto di trasparenza

NICOLA MUFFATO

1. Introduzione – 2. Tre nozioni di trasparenza – 3. Rousseau: trasparenza e autenticità – 4. Kant: trasparenza e pubblicità – 5. Bentham: trasparenza e controllabilità – 6. Trasparenza e informazione – 7. Trasparenza e manipolazione – 8. Conclusione.

1. Introduzione

Lo scopo di questo articolo è quello di ricostruire alcuni aspetti dell'evoluzione del concetto di *trasparenza* nell'intersezione tra i piani morale, politico, economico, giuridico e retorico fino alla sua applicazione ai discorsi sulle – e alla disciplina delle – pratiche comunicative commerciali, con un'attenzione particolare alla pubblicità negli ecosistemi digitali alla luce delle sfide lanciate dal Web 2.0 (e 3.0) e dalla pretesa disintermediazione dell'informazione.

Si procederà distinguendo, nel §2, tre modi di intendere la trasparenza – come autenticità, ispezionabilità e giustificabilità in pubblico. Ciascuna di queste nozioni verrà esaminata più da vicino nei §§ 3-5, considerando le riflessioni di tre autori che forse più di altri hanno contribuito a darvi forma: Rousseau, Kant e Bentham. Nel §6 si cercherà di mostrare come la teoria economica riprenda l'idea di ispezionabilità per valorizzarla come strumento di correzione delle distorsioni del mercato derivanti dalle asimmetrie informative e di potere contrattuale. Alcune di queste asimmetrie, peraltro, sono aumentate da tecniche di manipolazione, affinate dagli esperti di pubblicità commerciale e sviluppate negli ultimi venti anni per adattarle alle nuove modalità della comunicazione *online*, presentate nel §7. Come si vedrà, le tre nozioni di trasparenza costituiscono utili chiavi di lettura delle recenti discussioni sull'*influencer marketing* e la pubblicità “nativa”.

2. Tre nozioni di trasparenza

Com'è stato osservato da più parti¹, viviamo in un'età – o forse: *nell'età* – della trasparenza. A riprova di quest'affermazione si potrebbero addurre, prima ancora dei copiosi studi sociologici sui fenomeni a cui viene ricondotta, i dati sul crescente numero di occorrenze del termine “trasparenza” nei vari *corpora* linguistici a partire dagli anni '80 del secolo scorso² o la constatazione del fatto che esso sia enfaticamente usato nella presentazione di varie agende e programmi politici, a tal punto da apparire nello *short title* di importanti atti normativi³. Tuttavia, il fatto che la trasparenza sia invocata come valore da soggetti agli antipodi dello spettro etico-politico – quali

* Il presente articolo è parte di una ricerca svolta nell'ambito del PRIN 2022X2P5S2, *Fairness and Transparency in Online Commercial Speech: From Pragmatic Analysis to Regulation* (ERMETE).

¹ Cfr. HOOD 2006; HAN 2014; ALLOA, THOMÄ 2018. Cfr. anche CORIGLIANO 2018.

² Cfr. BAUME 2018, 204-205 (dove si ricorre a Google Books Ngram Viewer).

³ Basti pensare alle varie direttive sulla trasparenza della CE e dell'UE (per es., l'80/723/CE sulla trasparenza dei bilanci delle imprese pubbliche, l'89/105/CE sulla trasparenza dei prezzi dei medicinali, la 2023/970/UE sulla trasparenza retributiva) o al *Corporate Transparency Act* adottato dalla prima amministrazione Trump. Cfr. anche PETERS 2015, dove si parla di un “*transparency turn*” nel diritto internazionale, ed ETZIONI 2018.

Barak Obama, Donald Trump, Edward Snowden, Mark Zuckerberg e Julian Assange, per citarne solo alcuni – suggerisce di non dare per scontato che vi sia sufficiente chiarezza intorno alla nozione di cui si discute⁴. Inoltre, le ragioni alla base delle promesse o richieste di trasparenza che occupano il discorso pubblico possono risultare controverse e molto distanti tra loro, una volta analizzate più da vicino.

Questo consenso trasversale, reale o apparente, intorno al valore della trasparenza è il risultato di un'evoluzione storica relativamente recente. La metafora della trasparenza applicata all'io e al potere si è infatti pietrificata solo nel XIX secolo, dopo essere stata portata al centro della scena filosofico-politica, nel periodo dell'illuminismo, da autori come Jean-Jacques Rousseau, Jeremy Bentham, Immanuel Kant⁵. Gli illuministi miravano, in modi diversi, a una limitazione del potere sovrano – una limitazione da realizzare non solo attraverso il contratto sociale, la costituzione o la separazione/bilancia dei poteri, ma anche – a seconda delle diverse teorie politiche – attraverso un controllo effettivo delle attività delle autorità nomopoietiche, amministrative e giurisdizionali, da vincolare a una giustificazione pubblica delle scelte legislative e dei modi di attuazione e applicazione delle norme giuridiche. L'operato dei funzionari doveva essere reso esaminabile dalla collettività, grazie a specifiche tecniche e dispositivi regolati dal diritto pubblico, al fine di *responsabilizzarli*.

La metafora della trasparenza si combina nel Settecento a quella dei lumi: la ragione non consente soltanto di rischiare le tenebre dell'ignoranza, ma anche di dissipare l'oscurità del segreto, al riparo della quale opera un potere arbitrario e corrotto. “Trasparenza” significa dunque, in primo luogo e in senso stretto, *visibilità e ispezionabilità dei processi* di decisione; in secondo luogo, *pubblicità delle giustificazioni e giustificabilità in pubblico del contenuto* delle decisioni, da garantire attraverso l'*accessibilità* (la trasparenza in senso stretto) delle informazioni di cui il decisore dispone e la loro *pubblicazione/divulgazione* a opera di una libera stampa; in terzo luogo, *autenticità e integrità* di cittadini e funzionari, da realizzare attraverso un'educazione che consenta di superare pregiudizi, ipocrisia e conformismo – o almeno di piegare questi ultimi al valore della convivenza civile.

La diffusione dei primi governi rappresentativi porta a una maggiore attenzione, da parte dei soggetti rappresentati, alla corrispondenza tra le azioni dei governanti, le promesse elettorali e l'interesse generale, alimentando le istanze di trasparenza: quest'ultima costituisce il corrispettivo del potere decisionale conferito attraverso il voto⁶ e una fonte di legittimazione politica per i governanti che si assoggettano al controllo. L'imporsi del valore della trasparenza si innesta inoltre in due processi culturali più complessi. Il primo è la gestazione della cultura romantica, con la sua enfasi sull'interiorità dell'individuo e sulla connessione immediata con la natura in contrapposizione alla società delle apparenze. Il secondo è quello di invenzione dell'opinione pubblica, avviato almeno nel Seicento con il successo dell'industria editoriale e il costituirsi – attraverso le dinamiche economiche e sociali che portano dal mercantilismo al primo capitalismo – di una platea di lettori borghesi interessati a informarsi e a manifestare le loro idee sull'impatto delle decisioni di governanti e amministratori nella sfera privata e delle relazioni economiche. La libertà di opinione, che si serve della libertà di stampa, diviene così uno degli strumenti principali di emancipazione di sudditi e cittadini e di critica all'autorità.

Tuttavia, con il diffondersi negli ultimi trent'anni dell'Ottocento dei conflitti di classe e il coinvolgimento dello stato nella mediazione tra interessi contrapposti e nella regolamentazione di aspetti sempre più rilevanti della vita sociale, che non possono essere lasciati all'auto-regolazione del mercato, il tema della giustificabilità pubblica viene progressivamente sostituito

⁴ Cfr. ALLOA, THOMÄ 2018, 2.

⁵ La genealogia potrebbe essere retrodatata per risalire ad alcune idee formulate da John Locke e Thomas Hobbes, ma è solo tra le rivoluzioni inglese e francese che il concetto di trasparenza assume dei tratti riconoscibili ancora oggi. Cfr. HABERMAS 2005.

⁶ Cfr. BAUME 2018, 214.

da quello dell'ampliamento del pubblico e dell'estensione del suffragio e della rappresentanza: «L'unità dell'opinione pubblica e la sua univocità non è più garantita dall'avversario comune»⁷, lo stato assolutista e autoritario. La nascita del tempo libero produttivo e la transizione da un pubblico ristretto di lettori interessati alla critica a una massa di consumatori di notizie e cultura – una cultura semplificata per essere fruibile ai più senza il prerequisito di un lungo apprendistato intellettuale – incidono sulla sostanza dell'informazione, che sconta «la massimizzazione della vendita con una depoliticizzazione del contenuto»⁸, compromettendo «l'area di risonanza di un ceto colto educato all'uso pubblico della ragione»⁹.

La dissoluzione del progetto di un'opinione pubblica illuminata e la gestione del potere politico da parte di amministrazioni pubbliche e private, partiti, complessi industriali, sindacati e associazioni relegano gli individui in uno spazio privato più angusto, ma poiché le decisioni elettorali e di consumo di questi ultimi conservano una rilevanza politica ed economica, vi è un forte interesse a influenzarle attraverso i media e la comunicazione di massa, nelle forme della propaganda e della pubblicità (nel senso di *advertising*). Come ben riassume Jürgen Habermas, la sfera pubblica depoliticizzata di consumo culturale «serve alla manipolazione del pubblico e insieme alla legittimazione di fronte ad esso. La dimensione pubblica critica è soppiantata da quella manipolativa»¹⁰.

In un simile contesto di mutamento, la questione della visibilità riemerge anche nelle relazioni tra privati. Da un lato, perché gli individui, in nome della libertà di informazione, divengono oggetto di progressive invasioni della loro sfera di intimità: i casi paradigmatici sono quelli della stampa sensazionalistica, del *gossip* e della cronaca giudiziaria. Ciò porta a una tematizzazione giurisprudenziale e filosofico-giuridica del diritto alla *privacy*¹¹. Dall'altro, perché le dinamiche del capitalismo maturo acuiscono il rischio di abusi e manipolazioni dell'informazione a danno dei consumatori e della leale concorrenza tra imprese. La richiesta di trasparenza viene quindi rivolta, in funzione anti-manipolativa, non solo alle aziende che traggono profitto dalla pubblicità commerciale, ma alla stessa industria dell'*advertising* e, negli ultimi anni, alle nuove figure dei creatori di contenuti e degli *influencer*, che sfruttano la retorica dell'autenticità per suscitare identificazione con i *brand* e consumismo mimetico.

Ritorno su quest'ultimo punto nel §7. Per comprendere meglio i tre concetti di trasparenza e alcuni riflessi teorici degli sviluppi storici sopra delineati, conviene considerare prima i contributi degli autori precedentemente citati – Rousseau, Kant e Bentham.

3. Rousseau: trasparenza e autenticità

Uno dei legati filosofici più influenti di Rousseau consiste nella trasformazione del dovere della *sincerità* nelle relazioni interpersonali in quello dell'*autenticità*, della fedeltà a sé stessi e dell'immediatezza dell'io, il quale, liberandosi dalla necessità del riconoscimento altrui indotta dall'*amour-propre* comparativo e competitivo e dalle maschere sociali cui rischia di essere ridotto, si rende trasparente al prossimo come il cristallo¹² e recupera la spontaneità e la naturalità originarie, edificando su di esse la propria identità. Ogni ipocrisia, ogni compromesso con il mondo, quando le circostanze impongono di rivelare ciò che ha un elevato costo personale, comportano una perdi-

⁷ HABERMAS 2005, 152.

⁸ HABERMAS 2005, 195.

⁹ HABERMAS 2005, 202.

¹⁰ HABERMAS 2005, 205.

¹¹ Cfr. WARREN, BRANDEIS 1890.

¹² Cfr. ROUSSEAU 1965, 43 s. Sulla centralità della metafora della trasparenza nell'opera di Rousseau, verosimilmente ereditata dalla retorica del calvinismo ginevrino, cfr. STAROBINSKI 1982; TAGLIAPIETRA 2003, 264-277; FLUCK 2025.

ta di *integrità*. Per questo motivo, nell'*Emilio* (1762), l'autore propone un'educazione morale – all'insegna del contatto con la natura e della valorizzazione di *amour de soi*, autoconservazione, autointeresse benigno, indipendenza e libertà di autodeterminarsi – che si realizza, almeno inizialmente, lontano dalla società¹³. Per converso, in una società di bisogni artificiali, che nella crisi delle gerarchie tradizionali condiziona ancor di più i processi di soggettivazione alla «preoccupazione per la reazione altrui e [all']introiezione delle convenzioni sociali, come l'ipocrisia e il conformismo»¹⁴ e che produce alienazione, dipendenza e conflitto, il perseguimento dell'autenticità può avvenire solo attraverso una fuga nella solitudine.

Le incoerenze (e gli scandali) di Rousseau nel gestire il proprio riconoscimento sociale – ben testimoniate dalle rivelazioni contenute ne *Le confessioni* (1765-1770) e nelle *Fantasticherie del passeggiatore solitario* (1776-1778) – esemplificano peraltro un limite della sua filosofia che può essere tradotto in una fatale obiezione: la (ri)costruzione di un soggetto trasparente/autentico in quanto non sociale, di un *homme naturel* che possa prescindere dal riconoscimento altrui, è impossibile. La parabola personale dell'autore ginevrino, che avrebbe voluto accreditarsi come *exemplum* della trasvalutazione artistica e filosofica del sistema assiologico del suo tempo da lui stesso teorizzata, suscita del resto un dubbio che Barbara Carnevali, all'esito di un accurato esame della sua biografia e dei suoi scritti, così sintetizza: «È davvero possibile raggiungere la spontaneità per reazione, diventare immediati per rifiuto della mediazione? Non si finirà, piuttosto, per usare l'autenticità come un mezzo per conquistare il riconoscimento negato?»¹⁵; «Che succederebbe [...] se dimostrassimo che il cuore dell'*homme naturel* non è stato interamente quel modello di spontaneità che pretendeva di essere? Che resterebbe della distinzione tra *amour-propre* e *amour de soi* se gli eroismi esibiti come quintessenza dell'immediatezza si rivelassero sintomi della stessa malattia di coscienza che dovrebbero curare?»¹⁶. Non risente forse la stessa autenticità dell'instabilità di una coscienza continuamente sollecitata dal bisogno di negare la propria socialità? Come osserva Andrea Tagliapietra, «anche Jean-Jaques [...] mente, cioè recita, perché *sente troppo* e più *si immedesima* nella sua *immaginazione*, meno dice la verità, letteralmente. Tuttavia, anche mentendo, egli non cessa di essere vuoi *autentico* e vuoi anche *sincero*, dal momento che, per chi subisce l'iniquità del mondo corrotto, la sincerità, come lo stato di natura, non può che esistere in immagine. Ma quest'immagine, che Rousseau cerca nell'*adesione a sé* della biografia e nella *proiezione di sé* nell'opera, non si arresta sulla superficie dello specchio»¹⁷: non può essere fissata, perché la coscienza ospita pensieri, desideri e sentimenti contraddittori e in continua evoluzione.

L'individualismo romantico, che ricercando l'immediatezza attraverso la disintermediazione sfocia in una fuga nella solitudine, non rappresenta però l'unica soluzione proposta da Rousseau alla crisi morale di una società già incamminata verso la massificazione e la standardizzazione, formata da soggetti dominati dall'*amour-propre*. Egli propone infatti un rimedio politico-istituzionale che consiste nel sostituire la trasparenza allo sguardo della coscienza con la trasparenza allo sguardo del pubblico: «la coscienza continuerà ad alienarsi nell'*opinion*, a cercare il suo essere nello sguardo altrui. Ma quest'alienazione, al pari della rinuncia alla libertà naturale, sarà ora *totale*»¹⁸. Nelle sue *Considerations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée* del 1772, Rousseau sottolinea allora la necessità di promuovere l'integrità di funzionari e cittadini facendo in modo che tutti

¹³ Cfr. ROUSSEAU 2017, 211: «Il mezzo più sicuro per elevarsi al di sopra delle false opinioni [...] è mettersi al posto di un uomo isolato e tutto giudicare come deve giudicarlo quest'uomo, in vista del proprio utile».

¹⁴ CARNEVALI 2004, 22 s.

¹⁵ CARNEVALI 2004, 251.

¹⁶ CARNEVALI 2004, 260.

¹⁷ TAGLIAPIETRA 2003, 277.

¹⁸ CARNEVALI 2004, 56.

«si sentano costantemente sotto gli occhi del pubblico, che nessuno avanzi o abbia successo se non grazie al favore pubblico, che nessuna posizione, nessun incarico venga ricoperto se non per volontà della nazione e che, infine, dall'ultimo nobile, perfino dal più umile contadino fino al re, se possibile, tutti dipendano così tanto dalla stima pubblica che nulla possa essere fatto, nulla acquisito, nulla realizzato senza di essa»¹⁹.

Come vedremo, quest'ultima idea – da leggere nel contesto di uno spontaneismo repubblicano che si oppone all'estensione di un modello sociale basato sul *doux commerce* – viene ripresa in termini molto simili, ma sviluppata in altre direzioni, nelle opere di Bentham. A differenza di quest'ultimo, però, Rousseau non collega la trasparenza alla sorveglianza e alla pubblicità, ma alla fedeltà al ruolo guadagnato in una comunità di eguali: si spiega così perché egli ritenga che l'imposizione ai funzionari di doveri di documentazione e la loro sottoposizione a scrupolose ispezioni non rappresentino strumenti sufficienti per il buon funzionamento dello stato. Ragionando sul problema della corruzione dei soggetti incaricati dell'amministrazione delle finanze pubbliche, egli osserva infatti che

«L'integrità del magistrato è l'unico vero freno alla sua avidità. I libri contabili e la revisione dei conti, invece di smascherare le frodi, le nascondono soltanto; poiché la prudenza non è mai così pronta a concepire nuove precauzioni quanto lo è l'astuzia a eluderle. Non preoccupatevi, quindi, di libri contabili e documenti; affidate la gestione delle finanze a mani oneste: questo è l'unico modo per farla condurre fedelmente»²⁰.

Il progetto politico di Rousseau prevede di riformare la società come un *ordre naturel* per mezzo del contratto sociale e di un'educazione in grado di promuovere l'inclinazione alla virtù e la formazione di un senso morale, un *bon sens* non corrotto dalla logica dell'apparenza, da pregiudizi e ipocrisie, che consenta a tutti di riconoscere il bene comune senza appellarsi alla sola ragione e di agire in modo conseguente, forgiando vincoli di solidarietà. Ma nella misura in cui la realtà storica presenta ostacoli troppo grandi a tale obiettivo, è ancora possibile sostenere la virtù piegando l'*amour-propre* ai valori comunitari tradizionali espressi nei semplici costumi – i quali possono essere dichiarati da un'apposita istituzione censoria, come il tribunato proposto in *Du contrat social* –, che dal suo punto di vista controllano i rapporti sociali meglio delle leggi.

4. Kant: trasparenza e pubblicità

La concezione della trasparenza di Kant è invece profondamente diversa in conseguenza del valore positivo attribuito al giudizio sociale e del ruolo svolto dal principio dell'universalizzazione applicato alle massime della *veridicità* (*Wahrhaftigkeit*) e della *pubblicità* (*Publizität*). Nella fase precritica, che trova la sua sintesi nelle *Lezioni di etica* del periodo 1775-1781, il filosofo prussiano introduce la metafora del tribunale, che ritornerà a più riprese nella sua opera, rilevando che «Gli esseri umani sono fatti per giudicare gli altri. La natura stessa li erige a giudici poiché, se così non fosse, non ci attergeremmo di fronte allo sguardo altrui come di fronte a un tribunale nelle questioni che non ricadono sotto la giurisdizione esterna»²¹. Gli esseri umani non possono «sottoporre a giudizio la moralità interiore, perché nessun uomo può conoscerla. Ma nel valutare da un punto di vista esteriore siamo giudici competenti [...] la natura ci ha dotati della facoltà di giudicare gli altri e ha

¹⁹ ROUSSEAU 1855, 455 (trad. it. mia). D'altro lato, l'ufficio rivestito da un funzionario pubblico dovrebbe essere reso visibile a tutti mediante degli appositi segni esteriori (cfr. ROUSSEAU 1855, 447).

²⁰ ROUSSEAU 1764, 47 (trad. it. mia).

²¹ KANT 1996a, 249.

stabilito che valutassimo noi stessi secondo il giudizio altrui»²². Lungi dal contrapporsi alla natura, l'interiorizzazione dell'*opinion publique* ne costituisce una manifestazione.

In questa fase manca ancora un meccanismo per saldare il giudizio sulla legalità delle azioni a quello sulla moralità delle intenzioni, ma il divieto della menzogna è già affermato nettamente:

«Solo se i pensieri vengono designati esplicitamente ciascuno può giudicare ciò che l'altro pensa e, se uno dichiara di voler esternare i propri pensieri, deve anche farlo, altrimenti non può darsi alcuna forma di società tra gli uomini. [...] Il mentitore, invece, abolisce la società e per questa ragione viene disprezzato, poiché la menzogna impedisce agli uomini di trarre alcun beneficio dal colloquio con l'altro»²³.

Kant è comunque esplicito nell'affermare che «Ogni uomo ha diritto di impedire che gli altri indaghino e spiino le sue azioni. Chi si comportasse così si arrogherebbe un diritto, che non spetta a nessuno, sulle azioni e sulle omissioni di un estraneo»²⁴. Per questo motivo, nonostante consideri la *franchezza* (*Offenherzigkeit*) – il dire *tutto* ciò che si ritiene essere vero – una virtù, Kant ammette che riservatezza (*Zurückhaltung*) e discrezione (*Verschwiegenheit*) non siano immorali²⁵: ciò che conta è dire ciò che si ritiene essere vero, quando si intende dire qualcosa, cioè rispettare il dovere di *veridicità* (*Wahrhaftigkeit*)²⁶. Egli consente qui due sole eccezioni a tale norma: la legittima difesa e l'evitare un cattivo uso della verità²⁷. Al soggetto non è richiesta una trasparenza come completa “apertura del cuore”, bensì una trasparenza *in ciò che si decide di comunicare*: una trasparenza che agli occhi di Rousseau ben sarebbe potuta apparire inautentica.

È soltanto in una tappa successiva delle sue riflessioni, corrispondente alla *Critica della ragion pratica*, che la veridicità diviene l'oggetto di un dovere perfetto – cioè *senza eccezioni* – verso sé stessi (dunque non solo verso gli altri e l'umanità nel suo insieme), di un “principio formale supremo della moralità” in grado di saldare l'esteriorità dei comportamenti comunicativi (per es., le asserzioni) all'interiorità delle intenzioni (per es., l'intenzione di asserire ciò che si crede vero). Per Kant, la non-autocontraddittorietà “pratica” è la cifra della moralità di un'azione: un'azione è morale se l'universalizzazione della massima soggettiva che ne prescrive il compimento – se il pensarla e volerla come legge universale – non rende l'azione stessa (o la pratica in cui si inserisce) impossibile. Si tratta di un dovere formale, che dipende dalla struttura autofondativa dell'autonomia, costitutiva della dignità di ogni essere morale. Nel caso della pratica comunicativa dell'asserzione, è la scelta di mentire a comportare un'autocontraddizione²⁸. Come spiega Georg Simmel,

«Non posso volere che la menzogna sia legge universale, poiché il concetto stesso di enunciato [*recitius*: di asserzione] è di rendere nota l'opinione del parlante, cosicché la menzogna sistematica farebbe corrispondere a uno stesso concetto due determinazioni che si eliminano a vicenda. [...] Chi mente nel caso singolo sfrutta soggettivamente il fatto che l'enunciato [l'asserzione], per sua essenza, sia riconosciuto come verità; volere la menzogna come norma generalizzata [...] significherebbe che l'enunciato [l'asserzione] in quanto tale, obiettivamente, dovrebbe conservare il suo senso in quanto enunciato [asserzione] e insieme assumere quello opposto»²⁹.

²² KANT 1996a, 251.

²³ KANT 1996a, 234 s.

²⁴ KANT 1996a, 234 s.

²⁵ KANT 1996a, 235-242. La discrezione sulle proprie manchevolezze sarebbe addirittura dovuta: cfr. KANT 1996a, 239 s.

²⁶ KANT 1996a, 235-242.

²⁷ KANT 1996a, 259.

²⁸ Cfr. KANT 1996b, 302 s.

²⁹ SIMMEL 1953, 174 s.

Nonostante quest'innovazione teorica, lo “scomodo corollario”³⁰ di un diritto – anzi, di un dovere – di non rivelare tutto ciò che si potrebbe dire³¹ è ancora preservato nel sistema: l'universalizzazione della massima del riserbo/discrezione (“Non dire ciò che ritieni tu non possa/debba dire”) può infatti essere pensata e voluta come legge universale³². Ciò però solleva di nuovo la questione dell'integrità dell'io e dell'autenticità, che Rousseau cercava di risolvere ricorrendo alla confessione. Il problema è chiaramente identificato da un “rivale filosofico” di Kant, Benjamin Constant, nel suo romanzo *Adolphe*: «l'uomo si deprava non appena ha in cuore un solo pensiero che deve continuamente tenere nascosto»³³ e d'altra parte può credere di essere sincero riguardo alle proprie intenzioni ed emozioni solo se rifiuta la consapevolezza del loro costante mutare³⁴.

Alla nozione di veridicità, posta da Kant al centro della sfera morale, corrisponde, come condizione di legittimità dell'agire nella sfera giuridica e politica, la nozione di *pubblicità*. Quest'ultima è una proprietà sia dell'uso della ragione sia delle massime cui la ragione perviene per guidare l'azione. Essa è anzitutto una *condizione di razionalità*, teorica e pratica: è solo attraverso il confronto critico, libero e pubblico, con le opinioni dell'altro che è possibile addivenire a criteri condivisi con cui valutare giudizi e argomenti nella ricerca della verità. Per tale motivo, vietare a un soggetto di usare la ragione nel rivolgersi al pubblico (universale), cioè censurarlo, «impedisce il progresso di un popolo verso il meglio persino riguardo al minimo delle sue rivendicazioni»³⁵. In secondo luogo, la pubblicità è uno *strumento di razionalizzazione* dell'azione politica nel suo mirare al benessere di tutti; essa media tra le scelte d'azione, individuali e collettive, e il diritto pubblico, come esprime la seconda formula del principio di pubblicità: «Tutte le massime che *hanno bisogno* della pubblicità (per non mancare al loro scopo) concordano con la politica e il diritto insieme»³⁶.

Un'azione *politica e giuridica* è morale se la *pubblicazione* della massima soggettiva che ne prescrive il compimento – se il pensarla e volerla come diritto pubblico – è necessario per rendere possibile l'azione stessa (o la pratica in cui si inserisce): ciò non si verifica quando la massima sottoposta al test impone la segretezza. In un passo della seconda *Appendice* al suo saggio *Per la pace perpetua* del 1795, il filosofo di Königsberg riassume così la sua posizione:

«Se faccio astrazione da ogni *materia* del diritto pubblico [...], mi rimane ancora la *forma della pubblicità*, la cui possibilità è contenuta in ogni pretesa giuridica in sé, poiché senza di quella non si darebbe nessuna giustizia (la quale può essere pensata solo in quanto pubblicamente amministrata), e con ciò nessun diritto, che viene conferito solo dalla giustizia. [...] Secondo una tale astrazione, da tutto ciò che di empirico contiene il concetto di diritto pubblico e di diritto internazionale [...], si può chiamare *formula trascendentale* del diritto pubblico il seguente principio: “Tutte le azioni relative al diritto degli altri uomini, la cui massima non comporti la pubblicità, sono ingiuste”. [...] Infatti, una massima che io non posso *rendere pubblica* senza con ciò rendere vano lo scopo propostomi, che deve essere assolutamente segreta per riuscire, che io non possa *confessare pubblicamente* senza provocare l'immediata opposizione di tutti contro il mio proposito, una tale massima non può spiegare questa reazione necessaria e universale di tutti contro di me, se non per l'ingiustizia di cui essa minaccia tutti»³⁷.

³⁰ Cfr. TAGLIAPIETRA 2003, 296.

³¹ Benché considerato un limite della natura umana, un difetto che, pur non corrompendola, impedisce di trarne tutto il bene possibile: cfr. KANT 1990, 332.

³² Una massima diversa, “Non dire nulla di ciò che sai”, benché pensabile come legge universale, non potrebbe invece essere *voluta* come tale, perché comporterebbe la fine delle relazioni umane. Cfr. GALLI 2022, 211.

³³ CONSTANT 1988, 89.

³⁴ Cfr. TAGLIAPIETRA 2003, 332-340.

³⁵ KANT 1994, 171.

³⁶ KANT 2010, 82.

³⁷ KANT 2010, 73 s.

Nell'elaborazione di una costituzione civile repubblicana saranno perciò escluse, in quanto contrarie al principio di pubblicità, le massime che consentano al popolo di ribellarsi ed esercitare la violenza senza limiti contro il sovrano o a uno stato di concludere un trattato con la riserva segreta di venirvi meno a seconda dei casi e di prepararsi alla guerra o di aggredire preventivamente, magari in alleanza con altri stati, una potenza vicina. La giustificazione pubblica delle norme e delle decisioni, su cui si fonda una politica giusta, caratterizza gli stati di diritto in contrapposizione ai regimi assolutistici e dispotici. Il rispetto di questo principio viene meno, infatti, quando il titolare di un potere sovrano, al fine di perseguire i suoi scopi privati, impedisce la formazione di una volontà popolare informata, ricorrendo agli *arcana imperii* per sottrarre il suo agire alla critica e nascondendo al *Publikum* quelle informazioni che consentirebbero ai sudditi/cittadini di partecipare a un processo deliberativo razionale.

Il problema “politico” del segreto era peraltro emerso già nello scritto *Sul detto comune*: “Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica” del 1793, in cui Kant rilevava invece la contraddizione personale del cittadino costretto a reprimere quella “vocazione naturale dell’umanità” (*Naturberuf der Menschheit*) alla libera comunicazione “nelle materie che riguardano l’umanità in generale” per simulare rispetto a un’autorità incapace di convincerlo razionalmente all’obbedienza necessaria alla convivenza civile. In quella sede, Kant sottolineava come proprio questa contraddizione fosse la causa scatenante di tutte le società segrete³⁸: la segretezza è dunque incompatibile con la giustizia non solo quando viene adottata dai governi, ma anche quando viene scelta dai cittadini, spesso per l’impossibilità di esprimersi liberamente.

5. Bentham: trasparenza e controllabilità

Il tribunale della ragione di Kant trova una significativa controparte nel *Tribunale dell’Opinione Pubblica* di Bentham³⁹. Questa istituzione, inserita dall’autore nel suo progetto di codice costituzionale, è formata da qualunque soggetto (cittadino o straniero) risulti in grado di giudicare razionalmente su quale sia il proprio interesse, e la sua funzione è quella di un contropotere che reagisce agli abusi (*misdoings* e *misrules*) di individui e istituzioni – in primo luogo i governanti – cercando informazioni e prove, ascoltando argomenti, giudicando le azioni, irrogando sanzioni reputazionali (positive o negative), formulando proposte di intervento pubblico⁴⁰.

Sebbene il tribunale dell’opinione pubblica sia il prodotto di una finzione, in quanto i suoi membri non si riuniscono mai per svolgere tale ufficio, i principali strumenti di cui esso si serve, la libertà d’espressione e la tecnologia della stampa, sono reali ed efficaci nel garantire quello che Bentham chiama “regime della pubblicità” (“*publicity régime*”), contrapposto al “regime del segreto”:

«Sotto la guida della pubblicità [...] [i]l pubblico è messo in condizione di formarsi un’opinione illuminata e il corso di tale opinione è facilmente tracciabile. Sotto il regime contrario, cosa è possibile sapere con certezza? Il pubblico parlerà e giudicherà sempre su tutto; ma giudicherà senza informazioni, e persino sulla base di informazioni false: la sua opinione, non essendo fondata sui fatti, sarà completamente diversa da quella che dovrebbe essere, da quella che sarebbe, se fosse fondata sulla verità»⁴¹.

³⁸ Cfr. KANT 1956, 271 s. Contro le società segrete lo stato detiene uno *ius inspectionis* al fine di preservare la propria esistenza: cfr. Kant 2005, 235.

³⁹ Cfr. BENTHAM 1843, libro I, cap. VIII. Per una panoramica sui predecessori di Kant e Bentham, cfr. HABERMAS 2005, cap. IV, §12.

⁴⁰ Cfr. BENTHAM 1983, 37-39 (trad. mia).

⁴¹ BENTHAM 1994, 584 (trad. mia).

La pubblicità, anche se realizzata in massimo grado, non è mai dannosa⁴²: essa vincola i funzionari al compimento dei loro doveri, li rende *responsabili*; rafforza la fiducia del pubblico nel legislatore, favorendo l'obbedienza, perché lo sottrae al sospetto di servire "sinistri interessi" di pochi; permette ai governanti di conoscere i desideri dei governati e di rendere più efficaci le loro scelte; consente agli elettori di votare con cognizione di causa⁴³. In generale, un regime di pubblicità porta il pubblico a elaborare un'opinione informata sulle materie di interesse comune e, nel lungo termine, attraverso il confronto tra argomenti e punti di vista diversi, ad approssimarsi alla verità; inoltre, disponendo dello strumento del voto per censurare i comportamenti dei funzionari contrastanti con tale interesse⁴⁴, l'opinione dei cittadini conduce i governanti ad attuare le politiche più utili per tutti.

Per converso, un regime di segretezza alimenta sospetti e sfiducia:

«Il sospetto è sempre legato al mistero. Crede di vedere un crimine laddove scorge un'apparenza di segretezza; e raramente si lascia ingannare. Perché dovremmo nasconderci se non temiamo di essere visti? Così come conviene alla disonestà avvolgersi nell'oscurità, nella stessa misura è desiderabile che l'innocenza cammini alla luce del sole, per paura di essere scambiata per la sua avversaria. Una verità così chiara si presenta subito alla mente delle persone, e se il buon senso non l'avesse suggerita, la malignità sarebbe stata sufficiente a promulgarla. Il miglior progetto preparato nell'oscurità susciterebbe più allarme del peggiore, intrapreso sotto gli auspici della pubblicità»⁴⁵.

In Bentham convivono due anime, poste in risalto dalle diverse letture delle sue opere offerte da Habermas e Michel Foucault⁴⁶. Mentre il primo ascrive l'utilitarista inglese a una genealogia filosofica liberale che pone al centro la relazione tra pubblicità e discussione critica di argomenti e controargomenti, con l'opinione pubblica che funge da vincolo ai governanti⁴⁷, il secondo vede nel filosofo londinese un "cavaliere oscuro" della sorveglianza (di governanti e governati), come emerge dalla linea di studi sul panotticismo, troppo noti per dover essere richiamati in questa sede. Habermas evidenzia l'aspetto della giustificazione razionale, Foucault quello del controllo disciplinare attuato in istituzioni "totali" di vario tipo (prigioni, manicomi, ospedali, fabbriche, scuole), mediante l'architettura e l'organizzazione degli spazi⁴⁸.

Secondo Dilip P. Gaonkar e Robert J. McCarthy jr.⁴⁹, nel caso del controllo dei governanti da parte dei governati, l'intento disciplinare di Bentham si realizzerebbe attraverso l'architettura delle aule delle assemblee legislative e dettagliate regole procedurali concernenti l'abbigliamento dei loro membri, l'obbligo di presenza alle sedute e di verbalizzazione di ogni discorso politico ufficiale svolto all'interno dell'assemblea. Quest'ultimo è particolarmente rilevante perché consente alla stampa di attingere ai materiali con cui informare il pubblico. Bentham si spinge inoltre a irregimentare la struttura formale di articoli, proposte, dichiarazioni, mozioni, emendamenti⁵⁰ perché ritiene che sofismi e retorica politica corrompano il dibattito legislativo: obbligando gli attori del processo legislativo a fornire pubblicamente nei modi prescritti le ragioni delle loro azioni si produrrebbe un innalzamento degli standard della discussione razionale pubblica. Bentham prevede peraltro vincoli procedurali molto simili anche nel processo giudiziale, in particolare nell'escussione dei testimoni.

⁴² Cfr. BENTHAM 1827, 513.

⁴³ Cfr. BENTHAM 1994, 581-586.

⁴⁴ Cfr. BENTHAM 1843, 42.

⁴⁵ BENTHAM 1994, 582 (trad. mia).

⁴⁶ Cfr. CUTLER 1999.

⁴⁷ Cfr. HABERMAS 2005, §12.

⁴⁸ Cfr. FOUCAULT 2014, parte III, cap. III.

⁴⁹ Cfr. GAONKAR, MCCARTHY 1994, 556-571.

⁵⁰ Cfr. GAONKAR, MCCARTHY 1994, 564-568.

Lo scopo del padre della *universal jurisprudence* è dunque quello di combattere al contempo l'arbitrio dei decisori e la sfiducia nelle istituzioni, rendendo queste ultime trasparenti e ispezionabili. In realtà, egli sostiene che il regime della pubblicità *sia* un sistema basato sulla sfiducia: «Si obietta al regime di pubblicità che è un *sistema di sfiducia*? Questo è vero; e ogni buona istituzione politica si fonda su questa base. Di chi dovremmo diffidare, se non di coloro a cui è affidata una grande autorità, con grandi tentazioni di abusarne?»⁵¹.

Quanto Bentham approvi un'estensione della logica della trasparenza ad altri ambiti della sfera pubblica, correndo il rischio di comprimere le libertà civili, è questione controversa. Fred Cutler osserva correttamente che il tribunale dell'opinione pubblica ha giurisdizione solo sulle questioni di interesse generale e quindi lo sguardo del pubblico non può spingersi a indagare nella sfera privata dei singoli⁵². Il pensiero di Bentham evolve notevolmente dopo il panotticismo del periodo rivoluzionario, approdando a un radicalismo liberal-democratico fondato sull'idea ottimistica che un sistema in cui l'informazione circola senza ostacoli conduca fisiologicamente, quantomeno a medio-lungo termine, al progresso e a una maturazione dell'opinione pubblica, che apprenderebbe così a moderare sé stessa. Gli unici limiti controepistemici alla libertà di informazione e al regime della pubblicità inerenti al processo legislativo che egli prevede sono rappresentati dalla necessità di non favorire i progetti di un nemico, di non infliggere pene troppo severe a un condannato e di non recare danno a un privato cittadino (per es., mediante discorsi che sfocino in una diffamazione, in fenomeni di intolleranza religiosa o nella rivelazione di un adulterio)⁵³.

Bentham prescrive invece maggiori limitazioni legislative in quel particolare ambito rappresentato dal processo giudiziale: qui occorre bilanciare *publicity* e *privacy* (con la seconda che costituisce un'eccezione alla prima) a tutela dell'ordine pubblico e del corretto svolgimento del processo, della morale pubblica (*public decency*), del giudice, delle parti del processo e dei testimoni, che potrebbero essere oggetto di violenza o intimidazioni, della tranquillità e della reputazione (anche finanziaria) dei soggetti coinvolti e – si noti – dei segreti di stato⁵⁴. Il segreto, che equivale alla massima estensione della *privacy*, è dunque eccezionalmente ammissibile, ma non può portare all'istituzione di tribunali speciali che giudichino solo su questa materia o, peggio ancora, di tribunali segreti⁵⁵.

La razionalità dell'opinione pubblica sarebbe garantita da alcune sue caratteristiche costitutive. Anzitutto, poiché ciascuno, se informato, è il miglior giudice del proprio interesse⁵⁶ e poiché l'interesse collettivo è dato da un'aggregazione degli interessi individuali⁵⁷, ne discende che l'opinione pubblica informata, la quale deriva da un'aggregazione delle opinioni individuali, è il miglior giudice dell'interesse collettivo. In secondo luogo, affinché le informazioni e gli esiti della discussione pubblica divengano pubblici non è necessario sacrificare un principio di riduzione dei costi epistemici a livello individuale. Il pubblico alla cui opinione il potere deve rispondere è formato da tre classi di soggetti:

«la prima è composta dalla parte più numerosa, che si occupa pochissimo di affari pubblici – che non ha tempo per leggere, né tempo per ragionare. La seconda è composta da coloro che si formano una sorta di giudizio, ma è preso in prestito – un giudizio basato sulle affermazioni altrui –, senza che si prendano la

⁵¹ BENTHAM 1994, 589 (trad. mia).

⁵² Cfr. CUTLER 1999, 342s. D'altra parte, un'interpretazione eccessivamente liberale del pensiero di Bentham è in tensione con quei passi delle sue opere in cui suggerisce di fare ricorso a una legislazione indiretta, che condiziona le scelte di comportamento dei suoi destinatari senza prescrivere direttamente l'azione desiderata dal legislatore: cfr. GALLETTI, VIDA 2018, cap. 6.

⁵³ Cfr. BENTHAM 1994, 591; BENTHAM 1989, 290.

⁵⁴ Cfr. BENTHAM 1827, cap. X, §3, in particolare 541 s.

⁵⁵ Cfr. BENTHAM 1827, 570 s.

⁵⁶ Cfr. BENTHAM 1989, 68, 137.

⁵⁷ Cfr. BENTHAM 1989, 96, 133.

briga necessaria, né siano in grado, di formarsi un'opinione propria. La terza è composta da coloro che giudicano da soli, in base alle informazioni, più o meno precise, che sono in grado di procurarsi»⁵⁸.

In una società in cui è garantita la libertà di espressione e informazione, la divisione del lavoro epistemico consente a tutti di essere sufficientemente informati: basta che la terza classe disponga di informazioni corrette affinché le altre due ne beneficino indirettamente attraverso degli *advice*⁵⁹, in una sorta di economia della conoscenza *trickle-down*. Le informazioni corrette sono quelle che sopravvivono al dibattito pubblico ospitato dalla stampa: demagogia e populismo mediatico sono destinati a perire con lo sviluppo di un'abitudine al ragionamento e alla critica e di una migliore capacità di riconoscere gli esperti e le autorità epistemiche.

L'ottimismo benthamiano nei confronti del funzionamento dell'opinione pubblica appare, già poche decine d'anni dopo la pubblicazione delle sue opere (per es., ad autori come John Stuart Mill e Alexis de Tocqueville), alquanto ingenuo. È comprensibile che tra Settecento e Ottocento non si contemplatesse ancora la possibilità che non fosse lo stato, mediante la censura, a soffocare la libertà e il pluralismo dell'informazione. Ma con la trasformazione della stampa da strumento di controllo politico a ingranaggio fondamentale del commercio, con la mercificazione delle stesse informazioni e la diffusione dei quotidiani generalisti e della letteratura d'intrattenimento, l'industria dei media mira più alla vendita del proprio prodotto che all'informazione politica in quanto tale, sviluppando interessi in concorrenza con quelli alla conoscenza e alla critica razionale. Inoltre, molti giornali divengono organi sia di una pubblicistica ufficiale governativa/amministrativa, che ne consolida la posizione sul mercato, sia di partito, favorendo l'estensione dell'opinione pubblica a fasce di popolazione più ampie, ma anche la formazione di maggioranze sempre più conformiste e manipolabili, a discapito della funzione di catalizzatore di un dibattito pubblico critico. Questi fenomeni, che prendono avvio già all'epoca di Bentham, si accentuano rapidamente con lo sviluppo delle aziende capitalistiche dell'informazione.

6. Trasparenza e informazione

Come si è visto, l'imperativo della trasparenza e della pubblicità diviene centrale nella discussione filosofico-politica per la sua supposta funzione di freno agli arbitri e agli abusi dei poteri pubblici. Al termine del XIX secolo, peraltro, al pericolo per le libertà civili costituito dalla tirannia degli assolutismi o delle maggioranze si aggiunge quello rappresentato dal capitalismo aggressivo delle grandi industrie, al quale si reagisce, negli Stati Uniti, con la normativa anti-trust a tutela delle piccole imprese contro la concorrenza sleale, mentre in Europa la principale garanzia diviene il riconoscimento dei movimenti sindacali e delle loro rivendicazioni a tutela dei lavoratori. All'alba del Novecento inizia a diffondersi una nuova consapevolezza dei rischi per i privati, divenuti consumatori, derivanti da una mancanza di controlli sulla produzione industriale, che lasciano campo libero alla selezione avversa, all'azzardo morale, all'abuso di posizione dominante, alle frodi commerciali e alla manipolazione dei prezzi al consumo: la questione della trasparenza riemerge dunque in un nuovo contesto e gli obblighi di ispezionabilità e pubblicazione servono a contrastare questi comportamenti correggendo le asimmetrie informative tra produttori e consumatori. La storia del diritto contrattuale dell'ultimo secolo si può interpretare (anche) come una progressiva circoscrizione della portata del principio del *caveat emptor*, basato su una concezione individualistica della libertà/autonomia contrattuale e su una teoria economica orientata al *laissez-faire*.

⁵⁸ BENTHAM 1994, 587.

⁵⁹ BENTHAM 1989, 144.

Il concetto di *asimmetria informativa* è, a ben vedere, il *trait d'union* tra economia e politica quando ci si occupa di trasparenza come visibilità/ispezionabilità. In entrambi i casi è proprio una diseguaglianza nella distribuzione dell'informazione (tra attori economici o politici) ad alterare la struttura di incentivi e incoraggiare il comportamento opportunistico, mentre la trasparenza è presentata come uno strumento di riduzione delle inefficienze e dei “fallimenti del mercato” (economico o politico) – giacché un aumento della stessa determinerebbe un aumento della quantità di informazione circolante, funzionale alle scelte razionali degli attori economici e degli elettori. Quest'idea era stata espressa già da William S. Jevons nel suo libro *The Theory of Political Economy* del 1871⁶⁰:

«È essenziale per il commercio disporre di informazioni ampie e costanti. Un mercato, quindi, è teoricamente perfetto solo quando tutti i commercianti hanno una conoscenza perfetta delle condizioni di domanda e offerta e del conseguente rapporto di scambio [...]. La conoscenza dello stato reale della domanda e dell'offerta è così essenziale per il regolare svolgimento del commercio e per il reale bene della comunità, che ritengo che sarebbe del tutto legittimo imporre la pubblicazione di qualsiasi statistica necessaria. La segretezza può solo contribuire al profitto degli speculatori che traggono vantaggio da grandi fluttuazioni dei prezzi. La speculazione è vantaggiosa per il pubblico solo nella misura in cui tende a livellare i prezzi; ed è quindi contro il bene pubblico permettere agli speculatori di alimentare artificialmente le disuguaglianze di prezzo da cui traggono profitto. [...] La pubblicità, ogniquale volta possa essere imposta sui mercati dalle autorità pubbliche, tende quasi sempre a vantaggio di tutti, tranne forse di pochi speculatori e finanzieri»⁶¹.

L'ideale della conoscenza perfetta si traduce in quello della *piena/perfetta prevedibilità* nella teoria generale dell'equilibrio economico almeno a partire dai lavori di John R. Hicks e Irving Fisher. Oskar Morgenstern dimostrerà però, nel 1935, che tale ideale risulta del tutto inattuabile, in quanto richiede una conoscenza del futuro estesa in modo indeterminato nel tempo, nello spazio e alle azioni di tutti gli attori economici. In particolare, il requisito della prevedibilità reciproca delle azioni di tutti i soggetti coinvolti nel mercato porta a immaginare uno scenario in cui si produce

«una catena infinita di reazioni e controreazioni congetturali reciproche. Questa catena non può mai essere interrotta da un atto di conoscenza, ma sempre e solo attraverso un atto arbitrario: una risoluzione. Questa risoluzione, ancora una volta, dovrebbe essere prevista dalle due o più persone interessate. Il paradosso rimane, indipendentemente da come si tenti di distorcere o capovolgere le cose. Prevedibilità illimitata ed equilibrio economico sono quindi inconciliabili tra loro»⁶².

Tale limitazione viene notevolmente indebolita scendendo dal livello macroeconomico a quello microeconomico. In questo secondo ambito, la trasparenza ritorna al centro della discussione alcuni decenni più tardi grazie ai modelli c.d. “principale-agente”, ispirati alla teoria dei giochi e applicati all'analisi del diritto (societario, dei contratti, del lavoro, ecc.) per identificare gli schemi più efficienti di distribuzione tra le parti di pretese e obblighi. Lo scenario su cui tali modelli si basano è quello di una relazione tra un primo soggetto, denominato “principale”, il quale necessita che un certo compito venga svolto, ma non può farsene carico in prima persona (per mancanza di tempo e/o di conoscenze), e un secondo soggetto, denominato “agente”, che viene ingaggiato per portarlo a termine in modo soddisfacente. Principale e agente hanno interessi

⁶⁰ Devo il riferimento a BAUME 2018, 208. L'opera di Jevons è peraltro significativa anche per la sua intuizione che il valore delle merci dipenda più dal desiderio del consumatore che dal lavoro, dai mezzi e dal tempo necessario per produrle.

⁶¹ JEVONS 2013, 100 (trad. mia).

⁶² MORGENSTERN 1976, 174 (trad. mia).

egoistici non coincidenti e la prestazione che reca un'utilità al principale comporta una disutilità per l'agente, che deve essere compensato per il suo sforzo. La possibilità per il principale di monitorare le principali caratteristiche della prestazione dell'agente definisce la trasparenza della relazione. Sebbene in alcuni casi un controllo diretto e completo della prestazione sia possibile, normalmente non lo è o risulta troppo costoso. Un controllo imperfetto implica un'asimmetria informativa, ma qui entra in scena la teoria dei giochi, che consente di valutare i *payoff* delle parti in relazione a ipotesi di *disclosure* e identificare l'equilibrio ottimale per entrambe.

Il principale gode della posizione migliore quando la trasparenza/controllabilità è massima e la conoscenza è *completa*: in tal caso pagherà all'agente soltanto l'equivalente dello sforzo da questi sopportato per eseguire la prestazione. L'agente, da parte sua, gode della posizione migliore quando non può essere controllato (l'unica cosa che può essere valutata è il risultato) e può massimizzare il suo interesse a ridurre i suoi sforzi a discapito dell'interesse del principale. Inoltre, in una situazione di massima asimmetria informativa, il principale è costretto a sostenere un costo elevato per incentivare l'agente a eseguire la prestazione senza minimizzare eccessivamente il suo sforzo. A una minore asimmetria iniziale corrisponde invece un minor incentivo. Tuttavia, assumendo come valore soglia quello per cui il compenso complessivo dell'agente non può superare il beneficio derivante dalla prestazione, il principale ha un interesse a chiedere all'agente di rendere controllabili e misurabili quanti più aspetti della prestazione rivelino il livello di sforzo impiegato per realizzarla (compreso il riferimento al valore medio delle prestazioni di agenti simili), condizionando il pagamento al soddisfacimento di tali richieste, mentre l'agente ha un interesse a lasciarsi controllare dietro compenso: esisterà dunque un valore di equilibrio per cui la trasparenza non può aumentare senza comportare un costo eccessivo per il principale, ma non può diminuire senza comportare una perdita di vantaggio economico per l'agente⁶³. Una conseguenza di questo assetto è il principio per cui il datore di lavoro non può controllare in modo occulto il lavoratore.

Come fa notare Andrea Prat⁶⁴, questa ricostruzione si allontana peraltro dalla realtà sotto numerosi aspetti. Il modello non tiene conto di numerose complicazioni, quali i costi (diretti, indiretti e strategici) di *disclosure*, la possibilità di sfruttamento da parte della concorrenza delle informazioni rivelate al principale, la razionalità limitata di quest'ultimo, che potrebbe interpretare le informazioni sulla prestazione in modo scorretto a causa delle distorsioni cognitive cui va soggetto, gli incentivi per gli agenti a deviare dall'equilibrio tenendo il comportamento che il principale si attende anziché realizzare la prestazione ottimale (specialmente quando le loro azioni vengono monitorate prima del prodursi dei risultati, nella prospettiva di un protrarsi della relazione con il principale o quando lo stesso agente opera per più principali). In linea generale, queste criticità si scontano molto di più nelle relazioni aziendali che in ambito politico.

Secondo David Heald⁶⁵ un aumento di trasparenza nei processi decisionali può risultare controproducente (i) per perseguire gli stessi obiettivi cui i processi decisionali tendono, come nel caso del dibattito razionale e approfondito sull'adozione di una misura di politica pubblica, che risente dell'indisponibilità di molti esperti e media a esporsi alle pressioni di gruppi di interesse o all'opposizione populista, i quali spingono per un'ipersemplificazione di questioni complesse al fine di manipolare il consenso; (ii) per la fiducia nelle istituzioni, in quanto il pubblico cui divengono accessibili le informazioni può non essere in grado di comprenderle e valutarle correttamente, sentendosi così più insicuro; (iii) per la responsabilizzazione dei soggetti cui la trasparenza è richiesta, che possono adottare strategie per evitare di trovarsi nelle

⁶³ Cfr. HOLMSTRÖM 1979.

⁶⁴ Cfr. PRAT 2006. Per Prat queste obiezioni al principio di trasparenza sono valide solo in certi contesti e in alcuni casi possono essere superate mediante appositi accorgimenti, come l'uso della tecnologia per ridurre i costi di *disclosure* e il differimento della diffusione per evitare che i concorrenti ne approfittino.

⁶⁵ Cfr. HEALD 2006.

condizioni in cui questa richiesta viene avanzata, come nel caso delle società quotate che scelgono il *delisting* per sottrarsi a criteri di bilancio più rigorosi; (iv) per l'autonomia di un'organizzazione, che si apre di fatto al controllo esterno e si espone al rischio di comportamenti opportunistici; (v) per la tutela dei soggetti su cui incombono obblighi di confidenzialità, che vengono a trovarsi in una condizione di vulnerabilità; (vi) per la legittimazione di chi si rende trasparente al pubblico, il quale ultimo può percepire tale politica come un espediente per evitare assunzioni di responsabilità più impegnative; (vii) per la giustizia di un certo assetto sociale, per esempio all'esito di un processo di mediazione o pacificazione, che può risentire negativamente degli atteggiamenti generati dalle informazioni divenute disponibili. A questi inconvenienti si potrebbero aggiungere un disincentivo all'investire risorse nella ricerca di informazioni, che dovrebbero poi essere svelate a una controparte con interessi antagonisti, e il rischio di comprimere eccessivamente le libertà d'espressione e contrattuale dei privati, obbligandoli a rendere accessibili alcune informazioni giudicate rilevanti dall'autorità sulla base di considerazioni morali o politiche non condivise.

Il secondo contesto indicato da Heald è utile per evidenziare la differenza tra *informazione* e *comunicazione*. Secondo Onora O'Neill, il soddisfacimento delle richieste di trasparenza non assicura che abbia luogo un'efficace comunicazione, funzionale all'instaurazione di una relazione di fiducia. Un'eccessiva enfasi sulla trasparenza «ci incoraggia a pensare all'informazione come a qualcosa di separabile dalla comunicazione e all'attività di informare come al processo di “trasferimento” di un contenuto anziché come a qualcosa che può essere realizzato solo mediante atti linguistici che comunicano a specifiche platee di destinatari»⁶⁶. Affinché abbia luogo una vera comunicazione occorre che ciò che si trasmette sia *diretto* a soggetti in grado di *comprenderlo* e *valutarlo* (e con il tempo per farlo). È possibile che entro la generalità del pubblico solo pochi esperti si trovino in simili condizioni; in tal caso, limitarsi a ottemperare al requisito della trasparenza non contribuisce a stabilire una relazione di fiducia con la maggioranza del pubblico, che dovrà invece fidarsi anzitutto degli esperti in grado di valutare le informazioni accessibili: ciò determina la necessità di ricorrere a strategie fiduciarie ulteriori rispetto alla mera *disclosure*.

7. Trasparenza e manipolazione

Spostando il nostro *focus* dalle asimmetrie informative al modo in cui la comunicazione si svolge, un importante aspetto da considerare riguarda l'affinamento delle tecniche di persuasione e condizionamento/manipolazione⁶⁷ dell'*audience* commerciale e politica. In un saggio del 1957 divenuto ben presto un classico, *I persuasori occulti*, Vance Packard descrive il modo in cui, al termine della seconda guerra mondiale, l'industria americana, messa in difficoltà da un eccesso di produzione non assorbita dalla domanda, si converte all'uso di nuovi metodi e strategie di *marketing* con il dichiarato scopo di creare nelle classi operaie e media nuovi desideri, allontanandole dai tradizionali valori dell'autonomia economica e della parsimonia. Sin dalle campagne di propaganda della prima metà del secolo scorso, la mera comunicazione di informazioni utili all'acquisto è ritenuta insufficiente allo scopo: una parte fondamentale dello sforzo di riorientamento assiologico doveva consistere nel rendere attrattiva la spesa discrezionale e nell'indurre la percezione di un “invecchiamento psicologico” del prodotto, parallelo alla sua obsolescenza programmata, per alimentare il ciclo del consumo. Proprio il consumo si trasforma rapidamente in uno strumento simbolico di “segnalazione di identità”, oltre che di *status* sociale, e acquista un

⁶⁶ O'NEILL 2006, 81 (trad. mia).

⁶⁷ Semplificando, la differenza principale, benché spesso sfumata, tra persuasione e manipolazione risiede nel fatto che mentre la prima presuppone una relazione comunicativa tra soggetti, in cui il persuasore fa esplicitamente appello alle facoltà cognitive o ai sentimenti del persuadendo, la seconda avviene in modo nascosto e tratta il suo destinatario come un oggetto.

valore che supera l'utilità materiale. Per promuoverlo, occorrono tecniche in grado di catturare l'attenzione, creare connessioni emotive e relazioni di fiducia con i clienti, facilitare la memorizzazione di marche/prodotti.

Protagoniste di questa campagna sono le agenzie pubblicitarie e di *marketing*, che sin dagli anni Cinquanta investono somme ingenti (nell'ordine della decina di miliardi di dollari), prima nelle ricerche di psicologia comportamentale e cognitiva e poi nelle neuroscienze, al fine di identificare *bias* cognitivi e percettivi e motivazioni subconsce e inconsce dei consumatori, su cui fare leva per realizzare i loro obiettivi commerciali. La centralità di pubblicità e *marketing* è inizialmente determinata dall'adeguamento delle strutture tecniche alla produzione di massa, che aumenta il livello di rigidità e standardizzazione del processo produttivo e quindi rende gran parte dei beni e servizi assai simili dal punto di vista materiale e funzionale. Ciò determina una "crisi di differenziazione" dell'offerta: la concorrenza si sposta dal terreno dei prodotti/prezzi a quello della pubblicità, creando un mercato dell'attenzione dei consumatori, con un aumento quantitativo della *réclame* – la quale invade giornali, radio, televisioni e spazi pubblici, fino a condizionare la politica attraverso le *public relations*⁶⁸.

Dagli anni Settanta, la diversificazione della domanda viene invece gestita mediante una transizione alla c.d. "economia post-fordista" e alle modalità produttive flessibili (*lean production*): si velocizzano i processi, si riducono i lotti e i costi. Parallelamente si moltiplicano i mercati, ciascuno dei quali diventa appannaggio di un numero minore di aziende, con una propensione a diventare oligopoli o monopoli. Dal punto di vista culturale, due visioni si affermano e si sovrappongono, influenzando il mondo della comunicazione commerciale. La prima può essere descritta come una reazione all'omogeneizzazione consumistica e alla mercificazione delle relazioni umane e consiste in una riscoperta, nella "cultura bassa", del valore dell'autenticità. La seconda è un'antropologia neolibérale che fa leva sulla doppia equiparazione del lavoratore a proprietario/imprenditore di sé stesso e a *prodotto* della propria attività di autopromozione (*personal branding*, *self-marketing*). Quest'ultima concezione, che trova terreno fertile nelle mutate condizioni economiche (determinate dalla Grande Recessione del 2007) e tecnologiche (segnate dalla diffusione degli *smartphone* e dei *social network*), riesce nel volgere di poche decine di anni a piegare ai propri fini anche il bisogno di autenticità, facendone l'oggetto di una delle tante narrazioni idonee a scolpire paradigmi di consumo.

I fenomeni testé tratteggiati sono stati estremizzati dall'avvento della rete e degli ecosistemi digitali. I mutamenti dell'esperienza di navigazione e utilizzo di Internet avvenuti negli ultimi vent'anni sono stati numerosi e di enorme impatto e non possono essere nemmeno riassunti in questa sede⁶⁹. Per quel che qui maggiormente interessa, si può tuttavia rilevare come le *affordances* digitali generate dalle nuove piattaforme *social* abbiano favorito, tra le altre, tre dinamiche.

Anzitutto un passaggio dalla logica della *distribuzione* – caratterizzata da un controllo accentrato (*one-to-many*) e dall'alto dei contenuti da parte dei *broadcaster* e da un modello di *business online* il cui obiettivo consiste nell'attrarre l'utenza in un determinato sito e farcela rimanere, monitorando le azioni di ciascun visitatore, misurando il "traffico" sotto forma di visualizzazioni, tempo di permanenza, clic sulle inserzioni, interazioni in ambienti prestrutturati – a una logica della *circolazione* e a modelli che privilegiano la *diffondibilità* (*spreadability*⁷⁰) dei contenuti attraverso le connessioni sociali degli utenti mediante il meccanismo della *condivisione* "da molti a molti" (*many-to-many*), tra pari (*peer-to-peer*) e dal basso (*grassroots*), favorendo un'esperienza di navigazione più dinamica, aperta, partecipativa e personalizzata.

Questa transizione, che ha comportato una riconcettualizzazione e un ripensamento di varie pratiche sociali, soprattutto comunicative, non è avvenuta in modo indolore. La principale dialettica

⁶⁸ Cfr. HABERMAS 2005, 222. Sono esempi di questa propaganda le iniziative che promuovono la visibilità di un marchio con l'elargizione di borse di studio, il finanziamento di mostre, concorsi, gare sportive, conferenze.

⁶⁹ Per un'efficace sintesi, cfr. BARBERIS 2022.

⁷⁰ Cfr. JENKINS et al. 2013.

ca, sfociata in questioni di politica regolatoria e controversie giudiziarie, riguarda i diritti sui contenuti e vede opposte un'industria dei media ad alta intensità di capitale e orientata al profitto, formata da aziende impegnate nella difesa di *brand* e proprietà intellettuali, e una frastagliata cultura partecipativa, in cui comunità di utenti "consumautori" (*prosumer*⁷¹) creano contenuti in modo non professionale o diffondono materiali altrui – modificandoli con vari strumenti di *editing*, campionamento, remix, o trapiantandoli anche in piattaforme diverse e rifinalizzandoli all'interno di nuove attività (per es., meme, flussi di conversazioni, utilizzi in comune) – perseguendo agende alternative, ma spesso determinando, come effetto collaterale, l'apertura di nuovi mercati (anche illegali) per certi materiali o l'estensione del loro valore culturale e commerciale. La tensione, com'è stato osservato da Henry Jenkins, Sam Ford e Joshua Green, dipende dall'«esistenza di aspettative in conflitto su cosa costituisce la correttezza nella partecipazione»⁷² a tali pratiche.

Gli stessi autori, recuperando la nozione di *economia morale* introdotta da Edward P. Thompson⁷³ – quell'insieme di norme sociali, spesso informali, che permettono ai membri di un gruppo di intrattenere rapporti economici definendo la loro reputazione e frenando un perseguimento troppo aggressivo (ancorché giuridicamente lecito) dei loro interessi individuali a breve termine –, notano che un «cambiamento drastico nell'infrastruttura economica o tecnologica può produrre una crisi nell'economia morale, facendo diminuire il livello di fiducia fra le parti in causa e [...] mettendo in dubbio la legittimità di certi scambi economici»⁷⁴. Un simile cambiamento si è verificato di fatto con la nascita del Web 2.0 e la creazione di mercati virtuali in cui, offrendo "gratuitamente" risorse digitali – motori di ricerca, piattaforme e *app* – agli utenti e riducendo i costi da questi sostenuti per il reperimento di beni e servizi, risulta possibile, tramite algoritmi di intelligenza artificiale, osservare e misurare le preferenze rivelate dal loro surplus comportamentale, al fine di rivendere tale informazione ad aziende e professionisti interessati a favorire la conclusione di nuovi acquisti. Dalla *sharing economy* si è così passati al capitalismo dei dati e della sorveglianza, che ha aumentato il divario informativo e portato all'affermazione di nuove forme di persuasione e manipolazione: è in questo contesto di rivoluzione tecnologica e crisi della fiducia che la richiesta di correttezza nella partecipazione si traduce in istanze di trasparenza, rilanciate dai movimenti dei consumatori e dalla retorica del *business* etico.

Tra i due poli della dialettica aziende-*prosumer* si sono inserite le strategie del *marketing*, miranti a sfruttare le platee virtuali come vettori del messaggio pubblicitario con l'obiettivo di renderlo virale. Per fare leva sulle potenzialità del meccanismo amplificatore della condivisione-ricondivisione *online* all'interno di cerchie o gruppi e capitalizzare l'attrattività delle risignificazioni innovative, gli operatori del *marketing* hanno scelto di reclutare direttamente gli utenti più capaci di rendersi visibili, riconoscibili e credibili di fronte al resto del pubblico, di farsi cioè percepire come persone "vere" o "senza filtri", alle prese con esperienze e problemi reali: si tratta, inizialmente, dei *blogger* e dei *vlogger*, conosciuti ben presto come *influencer*, nuove figure affermatesi soprattutto dopo la crisi economica del 2007 (anche grazie al declino dell'informazione su carta stampata), in grado di professionalizzarsi nel giro di pochi anni e di inserirsi in un nuovo e redditizio mercato dell'influenza digitale. A costoro si aggiungono i vari *youtuber*, *tiktoker*, *instagrammer*, che puntano meno sulla notorietà acquisita rispetto all'originalità e qualità dei contenuti digitali prodotti, destinati a *community* di utenti più piccole, ma più coinvolte e quindi più appetibili per le aziende. Inoltre, l'industria del *marketing* 2.0 ha subito colto anche le potenzialità del c.d. "*native advertising*", una pubblicità "redazionale", progettata per somigliare nello stile e nella forma ai contenuti

⁷¹ Il termine "*prosumer*", introdotto da Alvin Toffler nel suo libro *La terza ondata* (TOFFLER 1987), fa riferimento all'erosione della distinzione tra produttore e consumatore di beni e servizi in un processo di "personalizzazione di massa" mirato a generare nuove fonti di profitto per le aziende.

⁷² JENKINS et al. 2013, 54.

⁷³ Cfr. THOMPSON 1971, 79.

⁷⁴ JENKINS et al. 2013, 57.

editoriali originali della pagina *web*, dell'*app* o del videogioco in cui si integra: è il caso degli *adver-torial*, articoli sponsorizzati da marchi, inseriti nei *feed* di notizie delle piattaforme social o raccomandati da *widget* come contenuti simili ai veri contenuti redazionali.

Sono proprio queste pratiche – le quali hanno determinato una recessione della cultura partecipativa non orientata al profitto – a costituire la seconda dinamica, che segna il passaggio dalla pubblicità tradizionale, che invade lo spazio di navigazione dell'utente cercando di attrarne l'attenzione, alla pubblicità "ibrida", che diventa parte del contenuto su cui l'utente già concentra la sua attenzione o dell'ambiente virtuale con cui questi interagisce, senza interromperlo o distrarlo con aggressivi *interstitial*, *pop up* e *banner* nei confronti dei quali è facile sviluppare una cecità selettiva. L'ibridazione della pubblicità ha segnato, nell'ultimo decennio, una delle frontiere del dibattito sulla necessità di trasparenza⁷⁵. Nel caso dell'*influencer marketing*, "trasparenza" designa la «misura in cui brand e membri dell'audience [gli *influencer*] sono espliciti nel dichiarare i loro legami reciproci, garantendo che i potenziali clienti abbiano accesso a tutte le informazioni necessarie per valutare la credibilità di una raccomandazione»⁷⁶. In modo analogo, nel caso della pubblicità "nativa", ciò che si richiede è una chiarificazione della finalità promozionale della comunicazione. In entrambe le ipotesi, "trasparenza" significa *riconoscibilità*⁷⁷: la pubblicità non è occulta soltanto quando è subliminale, ma ogniqualvolta non si presenta come tale e nasconde la sua natura di invito all'acquisto, giocando sulle sottili differenze tra *descrizione* neutrale o mera *esibizione* delle caratteristiche, positive e negative, di un prodotto/servizio e *promozione* commerciale o sull'inclinazione del piano che provoca uno scivolamento dall'*espressione* di un giudizio positivo, sincero e disinteressato, derivante dall'esperienza personale, all'*endorsement* dietro compenso, che implicitamente veicola una raccomandazione all'acquisto, fino ad arrivare all'esortazione/appello esplicito al consumo e alla condisione (si pensi alle *call to action*), costituenti prestazioni regolate da contratti di sponsorizzazione anche molto complessi.

La terza dinamica indotta dalla diffusione della comunicazione via *social network* consiste nel rendere socialmente adattativi i desideri (spesso narcisistici) di visibilità e le propensioni individuali all'esposizione pubblica, che trovano la loro soddisfazione nell'offerta di palcoscenici digitali collegati a profili accuratamente editi dagli utenti per proiettare il proprio sé in rete. Una simile organizzazione della socialità virtuale ha da un lato selezionato la costruzione del proprio profilo *social* come principale modalità di esperienza della propria identità personale⁷⁸ e dall'altro favorito una forma di interazione comunicativa "verticale", il cui polo principale è costituito dalla *story* o dal *post* intorno al quale si dipanano reazioni e commenti.

Anche in questo caso la figura degli *influencer* è particolarmente rappresentativa del cambiamento avvenuto. Per monetizzare la notorietà raggiunta, essi hanno rinunciato alla loro indipendenza e si sono sottoposti a misurazioni del grado di influenza esercitato sui *follower*, condotte sulla base di vari parametri facilmente analizzabili attraverso gli strumenti messi a disposizione dalle piattaforme. Questa datificazione – funzionale a una mercificazione dell'influenza e per estensione dello stesso soggetto che la esercita – ha fornito alle aziende una leva per condizionarne direttamente o indirettamente le scelte comunicative, anche attraverso gli strumenti digitali messi a disposizione, in nome della prevedibilità e del monitoraggio dei ritorni d'investimento: la spontaneità iniziale è ora costruita⁷⁹ ed è anzi richiesta, con l'effetto più tipico dei

⁷⁵ L'altra grande discussione, che qui non verrà affrontata, riguarda la trasparenza nell'uso dei dati personali raccolti dalle piattaforme *online*.

⁷⁶ JENKINS et al. 2013, 82.

⁷⁷ La riconoscibilità è prescritta, per es., dall'art. 8, lett. a), del dlgs 09/04/2003, n° 70, dall'5 del d.lgs. 02/08/2007, n. 145 (in materia di pubblicità ingannevole) e dall'art. 7 del codice di autodisciplina pubblicitaria; la pubblicità occulta è vietata dall'art. 1, par. 1, lett. j), dir. 10/13/UE e dall'art. 22, comma 2, del codice del consumo.

⁷⁸ MOELLER, D'AMBROSIO 2022.

⁷⁹ POLESANA 2023, 85.

double bind semiotici⁸⁰ (per cui l'imperativo «Sii autentico!» è inadempibile). Del pari, la credibilità dell'*influencer* è costantemente valutata dal pubblico e dai *brand* sotto il profilo delle competenze, della coerenza e della trasparenza/ispezionabilità, perché minacciata dal sospetto di snaturarsi a fronte dei contratti di sponsorizzazione: quanto acquisito inizialmente grazie all'intuizione fortunata, allo sforzo creativo, all'indipendenza di giudizio e all'analisi imparziale delle ragioni *pro* e *contra* certe opzioni di consumo (date certe preferenze) può diventare allora il *benchmark* da inseguire e garantire, anche rinunciando a *privacy* e autonomia. Quando il profilo o il canale dell'*influencer* comprende o acquista una dimensione professionale, anche in ragione del seguito ottenuto, è normale attendersi che vi siano degli standard in grado di definirla: tra questi si sono affermati soprattutto i criteri di *disclosure*, che sostituiscono l'originaria autenticità dell'autore, divenuta un simulacro. L'alternativa consisterebbe in una mossa opposta a quella compiuta da Rousseau: rinunciare all'immediatezza e assumere con impegno una funzione di mediatore epistemico, incentivando l'apertura di una seria discussione critica sui pregi e sui difetti, sui benefici e sulle controindicazioni di ciò che il *marketing* mira solo a promuovere.

Il perfezionamento delle tecniche pubblicitarie per creare stimoli sempre più adatti a orientare le scelte d'acquisto e a innescarle si accompagna tuttavia al diffondersi della consapevolezza, da parte dei consumatori, dei rischi di manipolazione e di limitazione della loro libertà di scelta (di consumo o non consumo); i dubbi sulla moralità delle tecniche pubblicitarie pongono pertanto legislatori, autorità garanti e tribunali di fronte a delicate decisioni. A nessuno sfugge che la pubblicità è scorretta – e può risultare dannosa – quando diffonde, erroneamente o intenzionalmente, informazioni false su cui il consumatore fa affidamento. Del pari, vi è consenso sul fatto che una pubblicità occulta è scorretta perché approfitta indebitamente di un abbassamento delle difese cognitive del consumatore, determinato dall'aspettativa di una relazione comunicativa e di un contesto discorsivo non condizionati da finalità commerciali⁸¹. È invece più difficile stabilire nel concreto quando una comunicazione nasconda una finalità commerciale o un'indebita funzione manipolatoria: si pensi alle zone grigie in cui un'architettura delle scelte elaborata dal *neuro-marketing* fa leva su certi *bias* del consumatore o una comunicazione sfrutta il non detto per indurre a una scelta di acquisto o rende ambiguo il suo fine.

Nell'ambito della comunicazione commerciale, l'obbligo di informare il consumatore/utente sulla natura del messaggio grava su chi lo indirizza al destinatario: ciò vale in particolar modo per i soggetti capaci di esercitare un'influenza fondata su un rapporto fiduciario costruito progressivamente e di svolgere di fatto un ruolo di mediatore epistemico, dotato di un certo grado di credibilità. Il quadro giuridico delle norme disciplinanti le pratiche commerciali *online* è però alquanto articolato e, da un punto di vista comparatistico, variegato. Le indicazioni operative più specifiche sono generalmente lasciate a linee guida di autorità indipendenti e codici di autodisciplina rivolti a inserzionisti e *influencer*, come le *Endorsment Guides* della *Federal Trade Commission* statunitense o il Regolamento *Digital Chart* dell'Istituto di Autodisciplina Pubblicitaria italiano, che specificano clausole generali e possono costituire fonte di eterointegrazione contrattuale. In questi documenti si precisa come comunicare al pubblico (in modo visibile e in una lingua da questo comprensibile) che i contenuti sono creati o inseriti in un *feed* o i risultati di una ricerca sono anteposti in adempimento di un contratto di sponsorizzazione (*#Pubblicità*, *#ad*, *#Sponsorizzata*, ecc.), quali *disclaimer* utilizzare per rendere noto che un prodotto esaminato è stato inviato come omaggio occasionale o un servizio recensito è stato fruito gratuitamente. A ciò si aggiungono tutti gli obblighi giuridici di informazione in particolari ambiti (si pensi al trattamento dei dati personali o alla sottoscrizione di prodotti finanziari o assicurativi).

Anche con tutte queste indicazioni, peraltro, la valutazione nei casi difficili sarà lasciata alla sensibilità del giudicante rispetto alla soglia di esplicitazione e comprensibilità che la comuni-

⁸⁰ HUND 2023, 75.

⁸¹ Cfr. la sent. 11/04/2003, n° 1929, Cons. St., sez. VI o il provv. 11/06/2009, n° 19955, A.G.C.M., PS/2861.

cazione raggiunge: in tale valutazione, la tutela del consumatore dovrà essere bilanciata con la libertà d'espressione dell'autore del messaggio e la necessità di non gravare di eccessivi costi di *disclosure* una delle parti, a garanzia dell'efficienza del mercato.

8. Conclusioni

L'itinerario seguito mostra come la trasparenza, lungi dall'essere una nozione univoca, si configura come un costrutto metaforico poliedrico, che riunisce le dimensioni dell'autenticità, ispezionabilità e giustificabilità pubblica. Dalla sua genesi illuministica, legata alla limitazione del potere e alla fiducia nella funzione critica della ragione, fino alla sua attuale declinazione nelle pratiche comunicative digitali, la trasparenza ha assunto funzioni diverse: da strumento di emancipazione politica a meccanismo di regolazione economica, da garanzia di correttezza a dispositivo di *marketing*.

Anche nel contesto delle comunicazioni commerciali *online*, la trasparenza si rivela un principio ambivalente: invocato per tutelare la libertà di scelta del consumatore, spesso viene piegato a logiche persuasive che ne svuotano il significato originario. L'attuale sfida consiste dunque nel distinguere tra trasparenza come valore normativo – fondato su diritti epistemici e correlativi obblighi – e trasparenza come strategia retorica, che rischia di produrre simulacri di autenticità.

In questo scenario, il diritto è chiamato non solo a disciplinare le pratiche di *disclosure*, ma a promuovere condizioni di comunicazione effettivamente comprensibile e di educazione al dibattito pubblico, evitando che l'ideale della visibilità si traduca in un'ulteriore opacità cognitiva. La trasparenza non è un punto di arrivo, ma un processo: un equilibrio dinamico tra esigenze di controllo e istanze di riservatezza, tra libertà di informazione e protezione della dignità, tra efficienza del mercato e giustizia sociale. Solo riconoscendo questa complessità sarà possibile sottrarre la trasparenza alla sua riduzione a slogan e restituirle la funzione critica che ne ha motivato l'origine.

Riferimenti bibliografici

- ALLOA E., THOMÄ D. 2018. *Transparency: Thinking Through an Opaque Concept*, in ID. (eds.), *Transparency, Society and Subjectivity. Critical Perspectives*, Palgrave Macmillan, 1 ss.
- BARBERIS M. 2021. *Ecologia della rete*, Mimesis.
- BAUME S. 2018. *Publicity and Transparency: The Itinerary of a Subtle Distinction*, in ALLOA E., THOMÄ D. (eds.), *Transparency, Society and Subjectivity. Critical Perspectives*, Palgrave Macmillan, 203 ss.
- BENTHAM J. 1827. *Rationale of Judicial Evidence Specially Applied to English Practice*, Hunt & Clark, disponibile su https://books.google.it/books?id=6G9VF_qJFyMC&pg=PA259&hl=it&source=gbs_toc_r&cad=2#v=onepage&q&f=false.
- BENTHAM J. 1843. *The Works of Jeremy Bentham*, in BOWRING J. (ed.), Tait, vol. 9, disponibile su <https://archive.org/details/BRes092088/mode/2up>.
- BENTHAM J. 1983. *Constitutional Code (1822-1832)*, ROSEN F., BURNS J.H. (eds.), Clarendon, Oxford.
- BENTHAM J. 1989. *First Principles Preparatory to the Constitutional Code*, SCHOFIELD P. (ed.), Clarendon (ed. or. 1822).
- BENTHAM J. 1994. *Of Publicity*, in «Public Culture», 6, 3, 1994, 581 ss. (ed. or., in ID., *An Essay on Political Tactics: Containing Six of the Principal Rules Proper to Be Observed by a Political Assembly in the Process of Forming a Decision, with the Reasons on Which They Are Grounded, and a Comparative Application of Them to British and French Practice: Being a Fragment of a larger Work, a Sketch of which is subjoined*, T. Payne, 1791).
- CARNEVALI B. 2004. *Romanticismo e riconoscimento. Figure della coscienza in Rousseau*, il Mulino.
- CONSTANT DE REBECQUE H.-B. 1988. *Adolphe*, SE (trad. it. di M. Bontempelli; ed. or. Colburn, 1816).
- CORIGLIANO F. 2018. *I nodi della trasparenza*, Studium.
- CUTLER F. 1999. *Jeremy Bentham and the Public Opinion Tribunal*, in «Public Opinion Quarterly», 63, 3, 1999, 321 ss.
- ETZIONI A. 2018. *The Limits of Transparency*, in ALLOA E., THOMÄ D. (eds.), *Transparency, Society and Subjectivity. Critical Perspectives*, Palgrave Macmillan, 179 ss.
- FLUCK M. 2025. 'No appearance, always reality': Rousseau, transparency, and the international, in «Journal of International Political Theory», 21/3, 2025, 41 ss.
- FOUCAULT M. 2014. *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Einaudi (trad. it. di A. Tarchetti; ed. or. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, 1975).
- GALLETTI M., VIDA S. 2018. *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, IF Press, Roma.
- GALLI D. 2022. *Rischiamento e segretezza in Kant, tra etica e politica*, in «Filosofia politica», 2, 2022, 199 ss.
- GAONKAR D.P., MCCARTHY R.P. JR. 1994. *Panopticism and Publicity: Bentham's Quest for Transparency*, in «Public Culture», 6, 3, 1994, 547 ss.
- HABERMAS J. 2005. *Storia e critica dell'opinione pubblica* (trad. it. di A. Illuminati, F. Masini, W. Perretta; ed. or. *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft. Mit einem Vorwort zur Neuauflage*, 1962, II. ed., Suhrkamp, 1990).
- HAN B.-C. 2014. *La società della trasparenza*, Nottetempo (trad. it. di F. Buongiorno; ed. or. *Transparenzgesellschaft*, Matthes & Seitz, 2012).

- HEALD D. 2006. *Transparency as an Instrumental Value*, in HOOD C., HEALD D. (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, 58 ss.
- HOOD C. 2006. *Transparency in Historical Perspective*, in HOOD C., HEALD D. (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, 2 ss.
- HOLMSTRÖM B. 1979. *Moral Hazard and Observability*, in «The Bell Journal of Economics», 10, 1, 1979, 74 ss.
- HUND E. 2023. *The Influencer Industry. The Quest for Authenticity on Social Media*, Princeton U.P.
- JENKINS H., FORD S., GREEN J. 2013. *Spreadable media. I media tra condivisione, circolazione, partecipazione*, Maggioli (trad. it. di V. Sala; ed. or. *Spreadable media. Creating value and meaning in a networked culture*, New York U.P., 2013).
- JEVONS W.S. 2013. *The Theory of Political Economy*, IV ed., Palgrave Macmillan.
- KANT I. 1956. *Sopra il detto comune: «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, UTET, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu (trad. it. di G. Solari e G. Vidari; ed. or. *Über den Gemeinspruch: «Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis»*, in «Berlinische Monatschrifte», 1793).
- KANT I. 1990. *Epistolario filosofico (1761-1800)*, MEO O. (ed.), Il Nuovo Melangolo.
- KANT I. 1994. *Il conflitto delle facoltà*, Morcelliana (trad. it. di D. Venturelli; ed. or. *Der Streit der Fakultäten*, Nicolovius, 1798).
- KANT I. 1996a. *Sui doveri etici verso gli altri. La veridicità*, in KANT I., CONSTANT B., *La verità e la menzogna. Dialogo sulla fondazione morale della politica*, Mondadori, 233-260 (trad. it. di E. Tetamo; ed. or. *Von den ethischen Pflichten gegen andere und zwar von der Wahrhaftigkeit (1775-1781)*, in MENZER P. (ed.), *Eine Vorlesung Kants über Ethik*, Pan Verlag Rolf Heise, 1924).
- KANT I. 1996b. *Sul presunto diritto di mentire per amore dell'umanità*, in KANT I., CONSTANT B., *La verità e la menzogna. Dialogo sulla fondazione morale della politica*, Mondadori, 288-303 (trad. it. di E. Tetamo; ed. or. *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen*, in «Berlinische Blätter», 1797).
- KANT I. 2005. *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza (trad. it. di F. Gonnelli; ed. or. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, F. Nicolovius, 1797).
- KANT I. 2010. *Per la pace perpetua*, FERENTE L.T. (ed.), RCS (trad. it. di M. Montanari e L.T. Ferente; ed. or. *Zum ewigen Frieden, 1795, Kant's Gesammelte Schriften*, vol. VIII, Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, de Gruyter, 1923).
- MOELLER H.-G., D'AMBROSIO P.J. 2022. *Il tuo profilo e te. L'identità dopo l'autenticità*, Mimesis (trad. it. di L. Martinoli; ed. or. *You and Your Profile. Identity After Authenticity*, Columbia U.P., 2021).
- MORGENSTERN O. 1976. *Perfect Foresight and Economic Equilibrium*, in SCHOTTER A. (ed.), *Selected Economic Writings of Oskar Morgenstern*, New York U.P., 169 ss. (trad. ingl. di F. Knight; ed. or. *Vollkommene voraussicht und wirtschaftliches gleichgewicht*, in «Zeitschrift für Nationalökonomie», 6, 3, 1935, 337 ss.).
- O'NEILL O. 2006. *Transparency and the Ethics of Communication*, in HOOD C., HEALD D. (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance? Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, 74 ss.
- PETERS A. 2015. *The Transparency Turn of International Law*, in «The Chinese Journal of Global Governance», 1, 2015, 3 ss.

- PRAT A. 2006. *The More Closely We Are Watched, the Better We Behave?*, in HOOD C., HEALD D. (eds.), *Transparency: The Key to Better Governance?: Proceedings of the British Academy*, Oxford University Press, 91 ss.
- POLESANA M.A. 2023. *Influencer e social media*, Angeli.
- ROUSSEAU J.-J. 1764. *Discours sur l'économie politique* (1758), Amsterdam, disponibile su <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9602309n/>.
- ROUSSEAU J.-J. 1855. *Œuvres complètes de Jean-Jacques Rousseau*, vol. III, BECHHOLD H. (ed.), Krebs-Schmidt, disponibile su <https://archive.org/details/oeuvrescompltorrous/>.
- ROUSSEAU J.-J. 1965. *Correspondance complète de Jean-Jacques Rousseau*, LEIGH R.A. (ed.), Institut et musée Voltaire, vol. XX.
- ROUSSEAU J.-J. 2017. *Emilio*, in MASSIMI P. (ed.), Mondadori (ed. or. *Émile ou de l'éducation*, Néeaulme, 1762).
- SIMMEL G. 1953. *Kant. Sedici lezioni tenute all'università di Berlino*, CEDAM (trad. it. di G. Nirkio; ed. or. *Kant. Sechzehn Vorlesungen, gehalten an der Berliner Universität*, Duncker & Humboldt, 1918).
- STAROBINSKI J. 1982. *La trasparenza e l'ostacolo: saggio su Jean-Jacques Rousseau*, il Mulino (trad. it. di R. Albertini; ed. or. *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle*, Gallimard, 1971, II ed.).
- TAGLIAPIETRA A. 2003. *La virtù crudele. Filosofia e storia della sincerità*, Einaudi.
- THOMPSON E.P. 1971. *The Moral Economy of the English Crowd in the Eighteenth Century*, in «Past and Present», 50, 1971, 76 ss.
- TOFFLER A. 1987. *La terza ondata*, Sperling & Kupfler (ed. or. *The Third Wave*, Morrow & Co., 1980).
- WARREN S.D., BRANDEIS L.D. 1890. *The Right to Privacy*, in «Harvard Law Review», 4, 5, 1890, 193 ss.

Liberalismo senza rottura

Il costituzionalismo del Brasile imperiale: progetti politici, cultura giuridica e cittadinanza in una società schiavista (1822-1889)

Liberalism Without Rupture

The constitutionalism of imperial Brazil: political projects, legal culture, and citizenship in a slaveholding society (1822-1889)

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Professore dell'Università Mackenzie e Pontificia Università di San Paolo, Brasile.

E-mail: fernando.lima@mackenzie.br | frslima@pucsp.br

ABSTRACT

Questo articolo analizza il costituzionalismo brasiliano (1822-1889) come un caso singolare, nel quale il linguaggio del liberalismo europeo non servì a sancire una rottura rivoluzionaria, ma a consolidare uno Stato monarchico forte, centralizzato e fondato sulla schiavitù. Sul piano metodologico, lo studio adotta un approccio storico-concettuale, attento alla storia della cultura giuridica e alla tipologia dei modelli di costituzionalismo, e procede attraverso l'esame di fonti primarie, ossia gli Atti dell'Assemblea Costituente del 1823, i decreti imperiali, la Fala do Trono e la stampa periodica dell'epoca, poste in dialogo con la letteratura secondaria. Dall'esame dell'Assemblea del 1823 e della Costituzione del 1824 emerge il ruolo "costituente" della dottrina giuridica nel rafforzare la sovranità imperiale. Letta alla luce della tipologia dei modelli di costituzionalismo, la Carta del 1824 si rivela una sintesi autoritaria tra garanzie formali, un potere esecutivo pressoché incontrastabile, una cittadinanza marcatamente escludente e il mantenimento della schiavitù, ossia un equilibrio peculiare tra dispotismo e democrazia.

This article analyzes Brazilian constitutionalism (1822-1889) as a singular case in which the language of European liberalism served not to sanction a revolutionary rupture but to consolidate a strong, centralized, slave-based monarchical State. Methodologically, it adopts a historical-conceptual approach attentive to the history of legal culture and to the typology of constitutional models, drawing on primary sources, namely the records of the 1823 Constituent Assembly, imperial decrees, the Fala do Trono, and the period press, in dialogue with the secondary literature. Through an examination of the 1823 Assembly and the 1824 Constitution, it highlights the "constituent" role of legal doctrine in strengthening imperial sovereignty. Read in light of the typology of constitutional models, the 1824 Charter emerges as an authoritarian synthesis of formal guarantees, a virtually unassailable executive power, a markedly exclusionary citizenship, and slavery, a peculiar balance between despotism and democracy.

KEYWORDS

Costituzionalismo, Brasile imperiale, schiavitù, cittadinanza

Constitutionalism, imperial Brazil, slavery, citizenship

Liberalismo senza rottura

Il costituzionalismo del Brasile imperiale: progetti politici, cultura giuridica e cittadinanza in una società schiavista (1822-1889)

FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

1. *Introduzione: La Natura del Diritto e il Paradosso del Costituzionalismo Brasiliano* – 2. *Il Contesto Storico e la Genesi dell'Idea Costituente* – 3. *L'Assemblea Costituente del 1823: L'Arena dei Progetti Nazionali* – 3.1. *L'Ambiguità degli Obiettivi Iniziali e la Manovra Politica per la Separazione* – 3.2. *La Disputa sulla Sovranità: Simboli, Idee e il Ruolo della Stampa* – 3.3. *La Dissoluzione del 12 Novembre: Scontro Politico e Riorganizzazione delle Forze* – 4. *La Costituzione del 1824: La Sintesi Autoritaria* – 4.1. *Il Potere Moderatore come Chiave di Volta del Sistema* – 4.2. *Una Cittadinanza Escludente in una Società Complessa* – 5. *Le Sfide del Costituzionalismo Brasiliano e il Ruolo della Dottrina Giuridica* – 5.1. *La Percezione Popolare e le Sfide Strutturali: Stato, Risorse e Pluralismo Giuridico* – 5.2. *La Funzione "Costituente" della Dottrina Giuridica Brasiliana* – 6. *Conclusione*.

1. *Introduzione: La Natura del Diritto e il Paradosso del Costituzionalismo Brasiliano*

Il diritto si manifesta in una duplice dimensione. Da un lato, si presenta come un campo del sapere, un corpus di conoscenze dotato di una propria storia, una propria epistemologia e una propria metodologia; dall'altro, agisce come un ordinamento concreto che governa, modella e riflette la vita sociale (LOPES 2025, 11 s.). José Reinaldo de Lima Lopes, nella sua analisi, distingue tra la *prassi*, intesa come l'uso della ragione per orientare l'esistenza, e la *tecnica*, concepita come l'abilità volta alla produzione di artefatti¹ (LOPES 2025, 11).

Lopes osserva come, a partire dal XVIII secolo, la scienza giuridica europea abbia intrapreso un deciso percorso di tecnicizzazione² (LOPES 2025, 11). In questa evoluzione, il diritto ha cercato di assimilarsi alle scienze esatte, perseguendo ideali di oggettività, certezza e prevedibilità; un processo che, inevitabilmente, lo ha allontanato dalla sua concezione classica di pratica sociale, di "forma di vita" condivisa, concezione che lo stesso Lopes ha sviluppato in modo organico nell'opera dedicata al diritto come pratica (LOPES 2020, 91-151). Proprio in questo fecondo contesto intellettuale emerge e si consolida il movimento del costituzionalismo liberale, fondato su una potente idea contrattualista della società (LOPES 2025, 15). Questa tecnicizzazione non fu soltanto un mutamento di metodo, ma una vera trasformazione dei concetti giuridici fondamentali, come ha mostrato Paolo Cappellini studiando, nella prospettiva della storia dei concetti, il passaggio dalle categorie del diritto comune a quelle della scienza giuridica moderna (CAPPELLINI 2010, 41-42; CAPPELLINI 1984). Questo processo raggiunse il proprio apice nella Pandettistica e nella Giurisprudenza dei concetti tedesche del XIX secolo, che mirarono a edificare un sistema dogmatico chiuso, nel quale anche i precetti più minuti venivano ricavati per via logico-deduttiva mediante successive astrazioni concettuali (AGUILERA-BARCHET 1994, 58).

Questo movimento compie una sintesi formidabile, fondendo il concetto storico di "patto" (che, come nel caso della Magna Carta del 1215, era spesso un accordo di pace per porre fine a

* Il presente saggio è frutto di un progetto di ricerca condotto nell'ambito della linea «A Cidadania Modelando o Estado», inserita nel più ampio macroprocesso di internazionalizzazione «Europa e o Sul Global: Políticas Públicas, Atividades Econômicas e Regulação Jurídica», con il finanziamento della CAPES (PROEX). Il testo è dedicato alla memoria del Professor Paulo Napoleão Nogueira da Silva, entusiasta sostenitore della monarchia costituzionale.

¹ Cfr. per l'inquadramento filosofico delle nozioni di prassi e tecnica, BLACKBURN 1997, 308 e 375; e, per la storia della teoria del diritto, KELLY 2018; CARACCILO 2021.

² Sulla formazione della cultura giuridica moderna cfr. TARELLO 1976, 43-96; e dello stesso autore, LOPES 2014a; LOPES 2014b; LOPES et al. 2006.

conflitti tra entità politiche preesistenti) con la nozione, proveniente dalla sfera privata, di “contratto” (LOPES 2025, 16). Il risultato di questa fusione è l’idea di un “contratto sociale” originario, un atto fondativo che, come noterà acutamente Frei Caneca nella sua critica alla Costituzione brasiliana del 1824, mira a stabilire non solo le regole del governo, ma le fondamenta della società stessa (LOPES 2025, 16; CANECA 1875). Non a caso, commentando la proclamazione della Carta del 1824, Frei Caneca avrebbe denunciato la «sovversione generale di tutti i diritti sociali» che essa consumava, additando l’illegittimità di un ordine imposto dall’alto che pretendeva di fondare la società stessa³. Del resto, questo nuovo ordine si fondava sulla promessa di superare una società di privilegi attraverso l’affermazione della supremazia e dell’uguaglianza della legge per tutti (LOPES 2025, 19 s.).

L’attuazione di un simile progetto teorico nel Brasile del primo Ottocento, tuttavia, si scontrò con una realtà storica, sociale e politica del tutto peculiare, dando vita a quello che può essere definito il grande “paradosso del costituzionalismo brasiliano”. Si tratta di un caso eccezionale, poiché il linguaggio, le forme e le istituzioni del liberalismo furono importati e adattati non per sancire una rottura rivoluzionaria con l’ordine precedente, bensì per consolidare un progetto politico singolare, ossia la costruzione di un immenso Stato nazionale monarchico, politicamente centralizzato e profondamente radicato in un ordine sociale schiavista.

Questo paradosso si coglie appieno solo se si considera che il costituzionalismo, nella sua matrice europea, non fu soltanto un insieme di tecniche di governo, ma la forma giuridica di una più ampia cultura. Come argomenta Thomas Vesting, l’ascesa dello Stato costituzionale risulta inseparabile dal consolidamento dell’individualismo borghese e da una concezione secolare della nazione, intesa come comunità di eguali soggetti a una legge comune (VESTING 2022, 161). Quella cultura si incarnò in un tipo sociale dalle molte varianti nazionali, dal gentleman inglese all’honnête homme francese fino al Bildungsbürger tedesco (VESTING 2022, 177-181), e trovò il proprio fondamento nei diritti soggettivi del diritto naturale moderno, concepiti non come semplice difesa contro lo Stato, bensì come istituzioni che rendevano possibile l’autorganizzazione della società (VESTING 2022, 184).

A questa formalizzazione giuridica si accompagnò una lenta educazione dell’interiorità, veicolata da generi letterari come il romanzo epistolare e l’autobiografia, che resero pensabile l’individuo come soggetto di diritto autonomo e responsabile (VESTING 2022, 196-200). Sul piano teorico, infine, l’emergere di un ordine a partire da questa base individualista fu pensato secondo modelli distinti, che andavano dallo “spettatore imparziale” e dalla mutua osservazione tra individui in Adam Smith (VESTING, 2022, 200-204) al potere costituente della nazione in Sieyès (VESTING 2022, 206-212), fino alla legge generale come autolegislazione in Kant (VESTING 2022, 214-219). Il caso brasiliano rivela allora la sua natura peculiare, poiché le forme del costituzionalismo furono adottate in assenza di quel sostrato socioculturale che, in Europa, le aveva generate, e vennero innestate su una società schiavista e centralizzata attorno alla monarchia. Non un esito della cultura dell’individualismo borghese, dunque, ma una sua importazione selettiva al servizio della costruzione dello Stato nazionale.

L’analisi di questo processo, pertanto, non può e non deve essere ridotta a una narrazione semplicistica che oppone un imperatore tendenzialmente assolutista a un’assemblea di deputati interamente liberali. Una simile lettura, come avvertono diversi storici, sarebbe fuorviante (OLIVEIRA 2025, 24 s.). È invece necessario considerare la molteplicità di progetti politici, le diverse e talvolta contrastanti anime del liberalismo che si scontrarono nell’arena politica, e il modo in cui le idee costituzionali vennero interpretate e rimodellate per rispondere a sfide uniche. Conviene precisare sin d’ora di quale liberalismo si parli, poiché sotto un’unica etichetta convivevano progetti eterogenei. Si distinguevano un liberalismo radicale, di ispirazione iberica e

³ «É necessário ao homem do século presente, que vê súdito de um império, como o do Brasil, ter nascido debaixo do signo de Capricórnio para ver, ouvir e calar, e não se dar por entendido na subversão geral de todos os direitos sociais [...]» (traduzione propria). Il passo è tratto da *O Typhis Pernambucano*, n. XXV, 8 luglio 1824, in CANECA 1875.

ispano-americana, che concepiva la nazione come unione di sovranità provinciali (Gonçalves Ledo); un liberalismo moderato e centralizzatore, orientato alla costruzione di uno Stato nazionale unitario (José Bonifácio); e una corrente che, ispirandosi al “potere neutro” di Benjamin Constant, mirava a temperare la monarchia costituzionale mediante un potere arbitrale (OLIVEIRA 2025, 30, 32 e 38 s.).

Il fulcro di questo scontro e, al contempo, la sua sintesi più eloquente, furono i lavori della breve ma intensa Assembleia Constituinte del 1823 e la successiva promulgazione della Costituzione imperiale del 1824. Questi eventi non furono atti isolati o meramente giuridici, ma rappresentarono il culmine dei conflitti politici, sociali ed economici che si dipanavano fin dalla Rivoluzione di Porto del 1820 (OLIVEIRA 2025, 24; FAUSTO 2019, 25).

Essi costituiscono la chiave di volta per comprendere la nascita e la formazione della cultura giuridica brasiliana. Il presente studio si propone di ricostruire ed esaminare le tappe di questo percorso, analizzando il contesto storico e ideologico che portò alla convocazione dell’Assemblea, i dibattiti fondamentali che la animarono, le complesse manovre politiche che ne determinarono la dissoluzione e, infine, la struttura giuridica e il pensiero dottrinale che diedero forma e legittimità alla Carta del 1824, il documento che, con le sue contraddizioni, avrebbe governato il Brasile per sessantacinque anni.

Da queste premesse discende la domanda che guida l’indagine. In che misura la dottrina giuridica imperiale operò come forza “costituente”, ossia volta a fondare e a organizzare la sovranità, e non semplicemente a limitarla? L’ipotesi qui sostenuta è che il lessico liberale venne importato in modo selettivo e posto al servizio della costruzione statale, sicché la dottrina pubblicistica dell’Impero assolse una funzione eminentemente costituente. Trattandosi di un’ipotesi argomentativa, e non di una congettura empirica, essa si reggerà soltanto se mostrerà maggiore coerenza e forza esplicativa rispetto alle letture rivali. Deporrebbe contro di essa, in particolare, la prova che nei dibattiti del 1823 la dottrina operò in modo prevalente per limitare, e non per fondare, la sovranità.

Sul piano metodologico, l’indagine adotta una storia concettuale del diritto, attenta alle discontinuità semantiche e all’irriducibile pluralità degli ordini normativi che precedettero lo Stato liberale, e respinge ogni lettura teleologica che faccia dell’esito monarchico-centralista un destino già iscritto negli eventi del 1822 (FONSECA 2009; HESPANHA 2012). Le fonti primarie del periodo, ossia gli Atti della Constituinte del 1823, i decreti imperiali, la Fala do Trono e la stampa periodica, non vengono lette come semplici testimonianze di un processo politico, ma come luoghi in cui il linguaggio costituzionale opera quale azione situata, capace di ridefinire concetti contesi come sovranità, cittadinanza e rappresentanza.

A questo primo piano d’analisi si affianca una storia della cultura giuridica, volta a cogliere il costituzionalismo come forma di una più ampia esperienza sociale e dottrinale (LOPES 2025; VESTING 2022), e una comparazione di carattere tipologico, che inquadra il caso brasiliano entro i modelli storici del costituzionalismo moderno (FIORAVANTI 2009). Questa comparazione assume tali modelli come *tertium comparationis* e si articola lungo tre dimensioni, ossia la sede della sovranità, l’estensione della cittadinanza e la funzione assegnata alla dottrina giuridica. L’articolazione di questi tre piani consente di leggere la Carta del 1824 non come applicazione di un modello straniero, bensì come adattamento selettivo del lessico liberale alle esigenze di costruzione di uno Stato monarchico, centralizzato e schiavista.

In questa prospettiva, la Costituzione e la sua applicazione concreta vengono assunte come la radiografia della società di cui sono espressione, nel bene e nel male, sicché il costituzionalismo imperiale non può essere compreso al di fuori del binomio “Costituzione e società” (NOGUEIRA DA SILVA 2001, 11-17). Proprio in questa correlazione tra ordine sociale e ordine costituzionale risiede, verosimilmente, una delle ragioni della longevità della Carta imperiale, rimasta in vigore per sessantacinque anni e capace di assicurare al monarca la stabilità istituzionale necessaria a mantenere unito il Brasile, diversamente da quanto accadde alle vicine ex colonie.

Quanto alla delimitazione temporale, se l'orizzonte dell'ordine imperiale si estende dall'indipendenza del 1822 alla caduta della monarchia nel 1889, l'analisi documentale qui condotta si concentra sul momento fondativo, compreso tra la Rivoluzione di Porto del 1820 e la Carta del 1824, per poi prolungarsi nella riflessione dottrinale del Secondo Regno, da Pimenta Bueno (1857) al Visconte dell'Uruguai (1862). Gli sviluppi posteriori al 1824, sino al 1889, vengono assunti come prospettiva di lungo periodo, alla luce della quale si misurano gli effetti duraturi del disegno costituzionale della Carta.

2. Il Contesto Storico e la Genesi dell'Idea Costituente

Le radici remote dell'indipendenza e del movimento costituzionalista brasiliano affondano in un evento che, quasi involontariamente, trasformò per sempre gli equilibri dell'Impero portoghese, ovvero il trasferimento della corte da Lisbona a Rio de Janeiro nel 1808. Questa epocale “*translatio imperii*”, una fuga strategica dalle armate napoleoniche che minacciavano il Portogallo, non fu un semplice cambio di residenza della famiglia reale.

Quel trasferimento rappresentò una vera e propria inversione del rapporto tra metropoli e colonia, elevando il Brasile a centro nevralgico del potere monarchico e innescando una serie di processi di modernizzazione economica, politica e culturale (dall'apertura dei porti alla fondazione di istituzioni superiori) che resero la successiva separazione quasi inevitabile. L'innalzamento del Brasile, nel 1815, al rango di Regno Unito di Portogallo, Brasile e Algarves, impresso una svolta radicale nella percezione delle élite locali, per le quali un ritorno allo *status quo ante* si fece da allora impensabile (SILVA 2011, 25)⁴.

Il catalizzatore della crisi fu la Rivoluzione Liberale di Porto del 1820. Le Cortes di Lisbona, animate da un fervore costituzionalista di stampo europeo, avevano un duplice e contraddittorio obiettivo, che consisteva nel liberalizzare il Portogallo e, al contempo, nel ricolonizzare il Brasile, esigendo il ritorno immediato del re Giovanni VI e tentando di smantellare l'autonomia che il Brasile aveva acquisito. Questa politica provocò una forte e prevedibile reazione delle élite brasiliane, che videro minacciati i loro interessi e il nuovo status del regno.

In questo clima di crescente tensione politica, la richiesta di convocare una propria assemblea legislativa in Brasile prese forma come strumento per difendere la propria autonomia. La decisione di D. Pedro, figlio ed erede del re Giovanni VI del Portogallo e futuro primo imperatore del Brasile con il nome di Pedro I, rimasto nel paese come principe reggente, di disubbidire agli ordini delle Cortes e di non rientrare in Portogallo, evento celebrato come il “Dia do Fico” il 9 gennaio 1822, segnò il punto di non ritorno. Le Cortes di Lisbona avevano emanato decreti che imponevano il rientro immediato del reggente e miravano a smantellare l'autonomia amministrativa che il Brasile aveva conquistato dopo il 1808. Di fronte a quegli ordini, le élite e le municipalità della capitale si mobilitarono affinché il principe restasse, e il Senato della Camera di Rio de Janeiro, guidato da José Clemente Pereira, gli presentò una petizione sottoscritta da migliaia di firme (OLIVEIRA LIMA 1922; NEVES 2002). Accogliendo la richiesta, il 9 gennaio D. Pedro dichiarò che sarebbe rimasto, gesto che ruppe simbolicamente con il programma ricolonizzatore delle Cortes. Conviene tuttavia precisare che non si trattò, in origine, di un atto di separazione dal Portogallo, bensì del tentativo di preservare l'unità dei due regni, poiché la rottura non era ancora in questione (NEVES 2002).

L'episodio fu registrato nel verbale di seduta del Senato della Camera del 9 gennaio 1822⁵ e seguito con attenzione dalla giovane stampa periodica, che non si limitò a riferirlo ma ne divenne

⁴ Cfr. anche sul Brasile del XIX secolo, BETHELL 2011, 17-35.

⁵ Arquivo Nacional, Termo de vereação do Senado da Câmara do Rio de Janeiro, 9 de janeiro de 1822. Disponibile in: https://www.gov.br/arquivonacional/pt-br/sites_eventos/sites-tematicos-1/brasil-oitocentista/documentos/termo-de-veracao-do-dia-9-de-janeiro-de-2022 (consultato il 3 giu. 2026).

un attore di primo piano. L'ufficiale "Gazeta do Rio de Janeiro" aveva dato pubblicità ai decreti delle Cortes che esigevano il rientro del principe e in seguito registrò gli atti e i manifesti del Senato della Camera. I fogli di orientamento liberale e patriottico, invece, alimentarono apertamente la mobilitazione in favore della permanenza. Tra questi spiccava il "Revérbero Constitucional Fluminense", redatto da Joaquim Gonçalves Ledo e Januário da Cunha Barbosa, che contribuì a dare voce e organizzazione alla campagna di sottoscrizioni rivolta a D. Pedro, mentre da Londra il "Correio Braziliense", stampato da Hipólito José da Costa, seguiva la crisi luso-brasiliana da una prospettiva liberale e riformatrice. La nascente sfera pubblica imperiale prendeva così forma proprio attorno al dibattito sul Fico, in un intreccio fra rappresentanze istituzionali e opinione veicolata dalla stampa.⁶ La rottura divenne irreversibile e fu formalizzata con la dichiarazione d'indipendenza del 7 settembre 1822, il cosiddetto "Grito do Ipiranga" (FAUSTO 2019, 115 s.).

Anche la separazione dal Portogallo, del resto, maturò come esito di un processo graduale più che come frattura improvvisa. Come osserva Pedro Calmon, con il rimpatrio forzato di Giovanni VI la nazionalità era ormai fondata, e l'indipendenza del 1822 non fece che completarne la configurazione politica (CALMON 2002, 3).

3. *L'Assemblea Costituente del 1823: L'Arena dei Progetti Nazionali*

L'Assemblea Generale Costituente e Legislativa dell'Impero del Brasile, convocata con il decreto del 3 giugno 1822⁷ e installata solennemente il 3 maggio 1823 a Rio de Janeiro, fu molto più di un semplice organo incaricato di redigere una costituzione; fu il primo grande palcoscenico nazionale, un'arena politica in cui i diversi e spesso contrastanti progetti per il futuro della nazione brasiliana si confrontarono apertamente per la prima volta. Nella sua prima Fala do Trono l'Imperatore D. Pedro I celebrò quel giorno come quello in cui il Brasile, per la prima volta, cominciava a mostrare al mondo di essere «un Impero, e un Impero libero»⁸, ma avvertì subito che avrebbe difeso «la patria, la nazione e la Costituzione, se sarà degna del Brasile e di me».

La formula condizionale racchiudeva già l'ambiguità destinata a diventare l'epicentro del conflitto, poiché lasciava irrisolto chi dovesse stabilire ciò che era "degnò", l'Imperatore o l'Assemblea, e preannunciava lo scioglimento che di lì a pochi mesi avrebbe posto fine all'esperimento costituente (OLIVEIRA 2025, 40; NEVES 2025, 56). Attraverso l'organo ufficiale del periodo, il "Diário do Governo"⁹, e la più ampia stampa periodica, la sua eco si propagò immediatamente nei dibattiti pubblici, segno della centralità che la nuova arena rappresentativa aveva assunto nella vita pubblica.

⁶ Sull'eco degli avvenimenti nella nascente stampa periodica si veda, per la cronaca ufficiale, *Gazeta do Rio de Janeiro, Órgão oficial*, Rio de Janeiro, Imprensa Régia, 1822. Disponibile in: https://objdigital.bn.br/acervo_digital/div_periodicos/gazeta_rj/gazeta_rj_1822/gazeta_rj_1822.htm (consultato il 3 giu. 2026); per la mobilitazione di orientamento liberale, cfr. *Revérbero Constitucional Fluminense*, Periódico editado por Joaquim Gonçalves Ledo e Januário da Cunha Barbosa, Rio de Janeiro, 1821-1822. Disponibile in: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/700223> (consultato il 3 giu. 2026); per lo sguardo dall'estero, cfr. *Correio Braziliense*, Periódico editado em Londres por Hipólito José da Costa, 1822. Disponibile in: <https://atom.itamaraty.gov.br/index.php/90-4-5-1822-01-09> (consultato il 3 giu. 2026). Sull'inquadramento storico del "Dia do Fico" cfr. Neves 2002.

⁷ Decreto de 3 de junho de 1822. Manda convocar uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa composta por Deputados das Províncias do Brazil. Disponibile in: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html (consultato il 16 lug. 2024).

⁸ Nell'originale: «É hoje o dia maior que o Brasil tem tido; dia em que ele pela primeira vez começa a mostrar ao Mundo que é Império, e Império livre»; e «defenderia a Pátria, a Nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e de mim», Discorso pronunciato dalla Corona all'apertura dell'Assemblea Generale Costituente e Legislativa, 3 maggio 1823. In: *Falas do Trono: desde o ano de 1823 até o ano de 1889*. Disponibile in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562127> (consultato il 3 giu. 2026), traduzione propria.

⁹ *Diário do Governo*, 1823, Órgão oficial do Império, Rio de Janeiro (2 jan. 1823 - 20 maio 1824). Disponibile in: <https://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/> (consultato il 3 giu. 2026).

3.1. *L'Ambiguità degli Obiettivi Iniziali e la Manovra Politica per la Separazione*

È fondamentale comprendere che, contrariamente a una visione teleologica che vede l'indipendenza come un esito scontato, la campagna iniziale per la convocazione di un'assemblea non mirava necessariamente a una rottura totale e immediata con il Portogallo (OLIVEIRA 2025, 28).

Figure di spicco del liberalismo radicale, come Joaquim Gonçalves Ledo, si ispiravano a modelli del costituzionalismo iberico e ispano-americano, che concepivano la nazione non come un blocco monolitico, ma come una "collezione" di sovranità provinciali unite da un patto e da principi comuni (OLIVEIRA 2025, 30). Questo modello rinviava alla matrice del costituzionalismo ispanico, nel quale, come hanno mostrato gli studi di storia costituzionale comparata, la nazione era ancora concepita in chiave corporativa e plurale, come articolazione di corpi e di territori dotati di una propria soggettività, piuttosto che come blocco unitario di individui (CLAVERO 1986; LORENTE 2010). Una simile concezione affondava le radici nella cultura giuridica casuistica e pluralista del diritto indiano, sopravvissuta ben oltre l'emancipazione (TAU ANZOÁTEGUI 1992). Quell'ideale federativo, modellato sull'esempio dell'America inglese, conobbe ampia diffusione nelle province del Nord, in Bahia e, in modo particolare, nel Pernambuco, come attestano le lettere che l'arciduchessa Leopoldina inviava da Rio de Janeiro a Vienna, all'imperatore Francesco I d'Austria, nelle quali la principessa reale riferiva i dibattiti brasiliani sull'istituzione di un governo federale autonomo (HOLANDA 2010, 15).

La proposta iniziale, formalizzata nella "Representação" consegnata a D. Pedro nel maggio 1822, era quella di creare un potere legislativo autonomo in Brasile (NEVES 2025, 48). Nella stessa direzione si collocava la lettera che Felisberto Caldeira Brant Pontes inviò da Londra, il 1º maggio 1822, a José Bonifácio de Andrada e Silva, con la quale suggeriva il ritiro dei deputati brasiliani da Lisbona e il loro rientro in patria, affinché fossero i brasiliani stessi a redigere la costituzione del paese (HOLANDA 2010, 16). Già la creazione, nel febbraio 1822, del Consiglio dei Procuratori Generali delle Province del Brasile aveva dato forma istituzionale a questa rappresentanza provinciale¹⁰.

Questo organo avrebbe avuto il compito di negoziare le condizioni di unione con il regno europeo e di adattare la Costituzione che le Cortes di Lisbona stavano elaborando alla peculiare realtà brasiliana (OLIVEIRA 2025, 28). Si trattava, in sostanza, di un progetto autonomista che prefigurava una monarchia duale, con due poli decisionali su entrambi i lati dell'Atlantico, nel tentativo di frenare una separazione completa (OLIVEIRA 2025, 29).

Tuttavia, questo disegno autonomista fu deliberatamente sabotato e alterato da un'altra fazione politica, quella dei liberali moderati guidati da José Bonifácio de Andrada e Silva, che componevano il governo della Reggenza e premevano per un'indipendenza immediata e la costruzione di uno Stato centralizzato (OLIVEIRA 2025, 32; NEVES 2025, 48).

Costoro manovrarono abilmente per cambiare la natura e lo scopo dell'assemblea. Il decreto di convocazione del 3 giugno 1822¹¹ fu un passo decisivo in questa direzione, poiché impose un carattere inequivocabilmente "costituente" alla nuova assemblea, un atto che di fatto rompeva i giuramenti di fedeltà alla costituzione portoghese e spingeva verso la secessione (OLIVEIRA 2025, 32). Lo stesso decreto dichiarava di convocare un'assemblea investita di «quella porzione di Sovranità che essenzialmente risiede nel Popolo» del Brasile, chiamata a «costituire le basi su cui erigere la sua indipendenza» e, al tempo stesso, la sua «unione con tutte le altre parti integranti della Grande Famiglia Portoghese», a conferma del carattere ancora ambiguo e non pienamente separatista del progetto¹².

¹⁰ Decreto de 16 de fevereiro de 1822. Crêa o Conselho de Procuradores Geraes das Provincias do Brazil. Disponibile in: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/colecao-colecao-anual-de-leis/copy_of_colecao2.html (consultato il 16 lug. 2024).

¹¹ Decreto de 3 de junho de 1822, cit.

¹² «...Constitua as bases sobre que se devam erigir a sua independencia, que a Natureza marcara, e de que já estava de posse, e a sua União com todas as outras partes integrantes da Grande Familia Portuguesa...», *Ibid.*, traduzione propria.

A ciò si aggiunsero le complesse e restrittive regole elettorali emanate il 19 giugno. Queste norme, che prevedevano un sistema di elezione indiretta e imponevano prolungati requisiti di residenza per i deputati nati in Portogallo, avevano il chiaro e strategico obiettivo di escludere gli avversari politici e di consolidare il progetto separatista, assicurando che l'assemblea fosse composta da una maggioranza favorevole ai piani del governo (OLIVEIRA 2025, 33).

3.2. *La Disputa sulla Sovranità: Simboli, Idee e il Ruolo della Stampa*

Una volta installata l'Assemblea nel maggio del 1823, con l'indipendenza già dichiarata e l'imperatore incoronato (OLIVEIRA 2025, 35), il conflitto politico si spostò all'interno dell'aula, e la sua questione più profonda e dirimente divenne la definizione dell'origine e della sede della sovranità (NEVES 2025, 53). Questo scontro non era meramente teorico, poiché dalla sua risoluzione dipendeva la delimitazione dei poteri tra un Legislativo che si voleva forte e un Esecutivo guidato da un monarca.

La tensione si manifestò in dibattiti apparentemente formali ma carichi di valore simbolico, come quello, riportato da diverse fonti, sulla posizione fisica del trono imperiale all'interno dell'aula. Doveva essere posto su un piano rialzato rispetto allo scranno del presidente dell'Assemblea, o allo stesso livello¹³ (OLIVEIRA 2025, 35)? Sul fronte conservatore, al contrario, si rivendicava la necessità di circondare il trono di grande splendore. Si sosteneva infatti che il governo costituzionale dovesse presentare il trono in modo da «catturare l'immaginazione dei popoli», infondendo «il più profondo rispetto e alta considerazione», così da promuovere «la maggiore docilità nell'obbedienza legale»¹⁴.

In questo dibattito si delinearono due fazioni ideologiche contrapposte. Da un lato, vi erano deputati come Custódio Dias, i quali sostenevano con vigore che la sovranità risiedeva unicamente e interamente nella Nazione, e che l'Assemblea ne era l'unica e legittima rappresentante. In quest'ottica, l'Imperatore era una figura importante, ma essenzialmente un “delegato” della Nazione, un potere costituito e non costituente¹⁵ (NEVES 2025, 54). Nelle sue stesse parole, l'Imperatore avrebbe dovuto collocarsi «sullo stesso piano del Presidente, capo inseparabile, in quell'atto, del Corpo Morale che rappresenta la Nazione, sovrana e indipendente», restando «secondario rispetto alla sua Sovranità»¹⁶.

Sul fronte opposto, figure di spicco come Antônio Carlos de Andrada, fratello di José Bonifácio, sostenevano la tesi contraria, secondo cui l'Imperatore era il “Rappresentante Ereditario della nazione”, una figura che incarnava la continuità e l'unità dello Stato, e che pertanto deteneva una delega sovrana originaria e superiore a quella dei deputati, rappresentanti meramente temporanei e contingenti (NEVES, 2025, 55; TARQUÍNIO DE SOUSA 1957). Le posizioni dei fratelli Andrada sarebbero state di lì a poco rilanciate dalla loro tribuna giornalistica, il combattivo “O Tamoio”¹⁷.

¹³ Cfr. Annaes do Parlamento Brasileiro: Assembléa Constituinte do Imperio do Brazil, 1823, Typographia de Hyppolito José Pinto, Brasil 1876-1884, 28. Disponibile in: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222325> (consultato il 16 lug. 2024).

¹⁴ «O governo constitucional [...] exigia que o Trono se apresentasse com grande esplendor para cativar a imaginação dos povos, infundindo neles o mais profundo respeito e alta consideração, a fim de assim promover a maior docilidade na obediência legal» (traduzione propria). Il passo è tratto dal Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1823), vol. 2, seduta del 28 luglio 1823, Brasil 1973, 469, ed è trascritto in NEVES 2025, 57.

¹⁵ Cfr. Annaes do Parlamento Brasileiro, cit.

¹⁶ Nelle parole del deputato Custódio Dias, l'Imperatore avrebbe dovuto situarsi «no mesmo plano, onde estiver o Sr. Presidente, Cabeça inseparável, naquele ato, do Corpo Moral, que representa a Nação, soberana e Independente», restando «secundário à sua Soberania» e ridotto a un «delegado» dell'Assemblea. Il passo è tratto dal Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, cit., vol. 1, sedute del 30 aprile e dell'11 giugno 1823, ed è trascritto in NEVES 2025, 54 s., traduzione propria.

¹⁷ Cfr. O Tamoio, Periódico fundado pelos irmãos Andrada, Rio de Janeiro, 1823. Disponibile in: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/700533> (consultato il 3 giu. 2026).

Conviene soffermarsi sul lessico stesso di questi interventi, poiché proprio in esso la disputa concettuale diviene visibile. Già il decreto di convocazione non parlava di una sovranità piena e indivisibile, bensì di una “porzione di Sovranità” che «essenzialmente risiede nel Popolo», formula che presupponeva un potere ancora pensabile come frazionabile e condiviso, lontano dall’unità del concetto moderno. Sul medesimo terreno lessicale, Custódio Dias designava l’Imperatore come “delegato” e «potere costituito e non costituente», collocandolo in posizione «secondaria rispetto alla sua Sovranità» e attribuendo alla Nazione, “Corpo Morale” “sovrano e indipendente”, la titolarità esclusiva del potere. Antônio Carlos opponeva a questa lettura la formula del «Rappresentante Ereditario della nazione», che trasferiva nella persona del monarca una «delega sovrana originaria e superiore». La contesa, allora, non verteva soltanto sulla titolarità del potere, ma sul significato stesso delle parole “sovranità” e “rappresentanza”. Qualificare il monarca come “delegato” oppure come “rappresentante ereditario” equivaleva a stabilire se la sovranità fosse un potere derivato e revocabile, oppure un attributo originario incorporato nella persona del sovrano. In questa oscillazione del vocabolario affiora la discontinuità che la storia concettuale qui adottata assume come proprio oggetto, ovvero il momento in cui uno stesso termine ospita simultaneamente significati incompatibili¹⁸.

Queste due posizioni riflettevano concezioni diametralmente opposte del nuovo patto politico che si stava forgiando. La prima, più radicale e democratica, si fondava sul primato della rappresentanza popolare; la seconda, più moderata e tradizionalista, mirava a una sovranità condivisa tra il monarca e l’assemblea, in un equilibrio di poteri (NEVES 2025, 56). Questi termini, peraltro, non erano un’invenzione locale, ma riprendevano la grammatica politica forgiata dalle rivoluzioni atlantiche. Negli Stati Uniti il repubblicanesimo si era reinventato attraverso il governo rappresentativo, affidando l’equilibrio del potere alla separazione delle funzioni e a un sistema di freni e contrappesi concepito per temperare ogni volontà e prevenire il dispotismo (SINGER et al. 2021, 156-159).

In Francia, invece, Sieyès faceva della nazione la fonte del potere e del governo rappresentativo, fondato su una divisione del lavoro politico, la forma moderna della sovranità, diffidando della democrazia diretta degli antichi (SINGER et al. 2021, 170-173). La disputa brasiliana traduceva così sul suolo imperiale questa tensione moderna tra la sovranità della nazione, la sua rappresentanza e l’equilibrio dei poteri. Questa disputa non si esauriva, del resto, nell’alternativa tra sovranità nazionale e sovranità monarchica. Come mostra Andréa Slemian, la cultura costituzionale del periodo era ancora intrisa della tradizione iberica delle “leggi fondamentali” del regno, anteriori alle costituzioni moderne, in forza della quale il monarca poteva essere letto come legittimo rappresentante della nazione in virtù di poteri costituiti prima dell’ordine costituzionale propriamente moderno¹⁹ (SLEMIAN 2025, 68; GARRIGA, SLEMIAN 2013).

Questa battaglia di idee non rimase confinata all’interno del palazzo. La stampa di Rio de Janeiro, all’epoca vivace e combattiva, partecipò attivamente al dibattito, amplificandolo e portandolo all’attenzione dell’opinione pubblica alfabetizzata²⁰. Giornali di orientamento liberale più radicale, come il “Revérbero Constitucional Fluminense”, difendevano a spada tratta la supremazia del Potere Legislativo come espressione diretta della volontà nazionale²¹ (OLIVEIRA 2025, 38 s.).

Altri periodici, come il “Regulador Brasileiro”, si fecero invece portavoce di una visione più moderata, divulgando in Brasile le teorie del pensatore franco-svizzero Benjamin Constant. Promuovevano l’idea di una monarchia costituzionale temperata, in cui il monarca non fosse solo il capo dell’esecutivo, ma esercitasse anche un “potere reale” o “moderatore”, un potere neutrale con la funzione di agire da arbitro supremo per garantire l’equilibrio e l’armonia tra gli altri poteri dello Stato, prevenendo così sia la tirannide dell’esecutivo sia gli eccessi del legislativo (OLIVEIRA 2025, 38 s.).

¹⁸ Cfr. Decreto de 3 de junho de 1822, cit.; Annaes do Parlamento Brasileiro, cit., 28.

¹⁹ Cfr. Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 178. Disponibile in: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/514067> (consultato il 16 lug. 2024).

²⁰ Sul ruolo della stampa periodica come veicolo della cultura giuridico-politica liberale cfr. PETIT 2020.

²¹ Cfr. Revérbero Constitucional Fluminense. Periódico editado por Joaquim Gonçalves Ledo e Januário da Cunha Barbosa, Rio de Janeiro, 1821-1822. Disponibile in: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/700223> (consultato il 3 giu. 2026).

3.3. *La Dissoluzione del 12 Novembre: Scontro Politico e Riorganizzazione delle Forze*

La fine drammatica dell'Assemblea Costituente, avvenuta il 12 novembre 1823 con l'irruzione delle truppe e l'arresto di diversi deputati, non fu causata, come una lettura superficiale o la storiografia più tradizionale potrebbero suggerire, da un disaccordo insanabile sul contenuto del progetto di costituzione che era in fase di elaborazione. Anzi, è significativo notare che gran parte di quel progetto, noto come il "projeto da mandioca", fu successivamente incorporata nella Carta che l'Imperatore avrebbe concesso nel 1824²² (OLIVEIRA 2025, 40).

Le ragioni della dissoluzione, come sottolinea Cecilia Oliveira, furono eminentemente politiche e pragmatiche, legate a una rapida e drastica riorganizzazione delle forze e delle alleanze politiche (OLIVEIRA 2025, 41).

Un fattore scatenante di prim'ordine fu la destituzione dei fratelli Andrada (José Bonifácio, Martim Francisco e Antônio Carlos) dal ministero imperiale nel luglio 1823 (OLIVEIRA 2025, 41). Questo evento trasformò i potenti fratelli, fino a quel momento pilastri del governo, nei suoi più feroci oppositori. Passati ai banchi dell'Assemblea, ingaggiarono una dura battaglia politica contro i loro successori, utilizzando anche la stampa come arma, in particolare attraverso le pagine del loro nuovo e combattivo giornale, "O Tamoio" (OLIVEIRA 2025, 41).

Questa nuova e aggressiva opposizione, unita al clima di crescente tensione e alla "guerra delle penne" che infuriava sui giornali (NEVES 2025, 63), provocò una cruciale e sorprendente riorganizzazione delle alleanze. D. Pedro I, sentendosi minacciato, si riavvicinò proprio a quella fazione liberale radicale che egli stesso aveva perseguitato e osteggiato nel 1822.

Questi liberali, molti dei quali con forti interessi commerciali legati al Portogallo, avevano nel frattempo moderato le loro posizioni e si mostrarono disposti a stringere un'alleanza pragmatica con l'Imperatore (OLIVEIRA 2025, 42). L'obiettivo comune era la creazione di un ordine costituzionale stabile che conciliasse le libertà civili ed economiche con una forte autorità monarchica, capace di garantire l'ordine e l'unità nazionale.

Proprio questa nuova alleanza fornì all'Imperatore la base di appoggio politico e la giustificazione ideologica di cui aveva bisogno per agire in modo autoritario (OLIVEIRA 2025, 42). Forte di questo sostegno, D. Pedro I si sentì legittimato a compiere l'atto di forza del 12 novembre, dissolvendo l'Assemblea con l'uso dell'esercito. Giustificò il colpo di Stato come una misura drastica ma necessaria per salvare la patria dall'"anarchia" e dagli "eccessi demagogici" dei deputati, promettendo al contempo una nuova Carta costituzionale che sarebbe stata "doppiamente più liberale" di quella in preparazione (NEVES 2025, 64; FAUSTO 2019, 128-131).

4. *La Costituzione del 1824: La Sintesi Autoritaria*

La Carta Costituzionale promulgata ("outorgada", ovvero concessa dall'alto) da D. Pedro I il 25 marzo 1824 fu il risultato diretto di questi intensi conflitti politici e la materializzazione del progetto dell'élite moderata che ne era uscita vincitrice. Rappresenta una complessa sintesi tra i principi del liberalismo e le esigenze di un forte potere centrale²³.

4.1. *Il Potere Moderatore come Chiave di Volta del Sistema*

L'innovazione più celebre, discussa e distintiva della Carta fu senza dubbio l'introduzione di un quarto potere, il Potere Moderatore, definito come la "chiave di volta" ("chave de toda a organização política") dell'intero sistema politico. Sebbene l'idea traesse ispirazione teorica dal "potere neutro" del

²² Cfr. Projeto de Constituição 1823 para o império do Brasil, Typographia Nacional. Disponibile in: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/185587> (consultato il 16 lug. 2024).

²³ Per una lettura costituzionale d'insieme cfr. SILVA 2021.

pensatore franco-svizzero Benjamin Constant, la sua applicazione e interpretazione nel contesto brasiliano furono profondamente diverse e originali (GUANDALINI JUNIOR 2025, 112; FAUSTO 2019, 128-131). Il principale artefice di questa soluzione fu José Joaquim Carneiro de Campos, marchese di Caravelas, tra i redattori di primo piano della Carta del 1824 e il più strenuo difensore del Potere Moderatore, da lui concepito come lo strumento atto a concentrare il potere per bilanciare la dispersione introdotta dal sistema costituzionale, secondo la formula di una «monarchia senza dispotismo e libertà senza anarchia» (LYNCH 2014). A questa difesa rispose la requisitoria di Frei Caneca, il quale ravvisò nel Potere Moderatore, «di nuova invenzione machiavellica», «la chiave maestra dell'oppressione della nazione brasiliana e il più potente garrote della libertà dei popoli»²⁴.

Diversamente dal modello di Constant, in cui restava un potere arbitrale, passivo e puramente equilibratore, la Costituzione brasiliana fuse questa funzione suprema con la guida attiva del governo. Designava infatti esplicitamente l'Imperatore non solo come detentore del Potere Moderatore, ma anche come “Capo del Potere Esecutivo” (art. 102) (GUANDALINI JUNIOR 2025, 112). La sua centralità era ulteriormente rafforzata dall'art. 99, che dichiarava la sua persona “inviolabile e Sacra”, non soggetta ad alcuna responsabilità²⁵ (GUANDALINI JUNIOR, 2025, 113).

La portata e i limiti di questo potere alimentarono, lungo tutto l'Impero, una densa riflessione dottrinale, testimoniata dai trattati ottocenteschi di Zacarias de Góis e Vasconcellos e di Brás Florentino Henriques de Sousa, nonché dalla più tarda e celebre critica di Tobias Barreto (VASCONCELLOS 1862; SOUZA 1864; BARRETO 1977; ROCHA 1977). Lette entro la tipologia di Fioravanti, la sacralità e l'inviolabilità della persona imperiale appaiono come la piena personificazione “monistica” del principio di sovranità (il sovrano come unica “persona” che occupa l'intero spazio del potere), agli antipodi della logica “dualistica” del patto, nella quale nessun soggetto incarna in modo uniforme la sovranità sul territorio (FIORAVANTI 2018, 32 s.).

Di conseguenza, l'irresponsabilità politica, che in teoria doveva appartenere solo alla funzione neutrale del Moderatore, si estendeva di fatto anche alla sua conduzione attiva del governo. L'unica, debole salvaguardia prevista dal testo costituzionale era la responsabilità ministeriale per gli atti controfirmati, un meccanismo che nella pratica si rivelò spesso insufficiente a limitare il potere imperiale.

4.2. *Una Cittadinanza Escludente in una Società Complessa*

La Costituzione del 1824 affrontò e risolse anche il cruciale e spinoso dibattito sulla cittadinanza, optando per una soluzione marcatamente restrittiva ed escludente. Fu sancito in modo inequivocabile il principio secondo cui gli schiavi, anche se nati sul territorio brasiliano, non erano considerati membri della società civile e, pertanto, erano privi di qualsiasi diritto di cittadinanza²⁶ (NEVES 2025, 60).

Per quanto riguarda i liberti, ovvero gli ex schiavi affrancati, la Carta adottò la linea più dura emersa durante i dibattiti dell'Assemblea del 1823, concedendo la pienezza dei diritti di cittadinanza solo a quelli nati in Brasile e di fatto escludendo o limitando fortemente i diritti degli africani che avevano ottenuto la libertà (NEVES 2025, 61). Come ha mostrato Beatriz Gallotti Mamigonian in uno studio dedicato specificamente allo statuto giuridico dei liberti, gli africani affrancati furono lasciati in una condizione liminare, sospesi tra l'assenza di cittadinanza e l'assenza di nazionalità, esito di una politica deliberata di esclusione che li manteneva esposti all'arbitrio delle autorità imperiali (MAMIGONIAN 2015, 181-205).

Sul piano del diritto elettorale, questa esclusione assumeva contorni assai precisi. La Carta del 1824 disegnava un suffragio censitario e a due gradi. Ai votanti delle assemblee parrocchiali si

²⁴ «O Poder Moderador da nova invenção maquiavélica é a chave-mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos», traduzione propria. Il passo è tratto da O Typhis Pernambucano, in CANECA 1875.

²⁵ Cfr. Constituição Política do Império do Brasil de 1824, cit., artt. 98, 99 e 102.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, art. 6.

richiedeva una rendita netta annua di centomila réis²⁷; gli elettori di provincia, incaricati di nominare i deputati e i senatori, ne dovevano possedere duecentomila²⁸, mentre per la candidatura alla Camera se ne esigevano quattrocentomila²⁹.

All'interno di questa gerarchia il liberto nato in Brasile poteva essere votante nel primo grado, purché raggiungesse il censo richiesto, ma l'articolo 94 gli precludeva in modo assoluto la qualità di elettore, sicché nessun accrescimento di patrimonio gli avrebbe consentito di varcare la soglia del secondo grado. La barriera, sul piano formale, non era dunque il colore della pelle, bensì l'origine giuridica, ossia la passata condizione servile, congiunta al requisito patrimoniale. Poiché la soglia di centomila réis risultava relativamente modesta e alla portata di numerosi artigiani e piccoli lavoratori, il corpo dei votanti fu, in termini puramente quantitativi, assai ampio, e l'esclusione operò soprattutto nel passaggio al secondo grado e nelle pratiche di accertamento della rendita (DOLHNIKOFF 2008, 13-23). Ne risultava una cittadinanza giuridicamente non razziale eppure, nei fatti, profondamente razzializzata, che riservava l'accesso effettivo al potere politico a una ristretta minoranza proprietaria (CARVALHO 2002).

Questa decisione non fu un mero dettaglio tecnico, ma una risposta fondamentale a una delle sfide più profonde che il nuovo ordine si trovava ad affrontare, ossia la necessità di definire il concetto stesso di appartenenza al corpo politico nazionale.

Questa definizione si compiva in una società che Lopes descrive come “debolmente organizzata” e di straordinaria complessità, un mosaico composto da stranieri con diversi status, popolazioni indigene, africani, una vasta popolazione schiavizzata e un numero crescente di liberti (LOPES 2025, 21 s.). La cittadinanza costituzionale del 1824, quindi, nasceva già entro confini ben precisi, tracciati per mantenere le gerarchie sociali e razziali esistenti. Questa cittadinanza segnava l'origine di una traiettoria che, come ha mostrato José Murilo de Carvalho, non avrebbe seguito la sequenza classica descritta da Marshall, dai diritti civili a quelli politici e infine a quelli sociali, ma si sarebbe sviluppata in modo invertito e incompiuto, su un fondamento schiavista che divideva una minoranza dirigente da un'ampia massa priva dei diritti civili elementari³⁰ (CARVALHO 2002, 10 e 145).

5. *Le Sfide del Costituzionalismo Brasiliano e il Ruolo della Dottrina Giuridica*

L'attuazione del nuovo ordine costituzionale e la sua stessa affermazione come unica fonte di legittimità si scontrarono con una serie di sfide immense, di natura sia culturale che strutturale, che ne modellarono profondamente il carattere e il pensiero giuridico che lo sosteneva.

5.1. *La Percezione Popolare e le Sfide Strutturali: Stato, Risorse e Pluralismo Giuridico*

In primo luogo, la percezione stessa del costituzionalismo non era affatto uniforme in un paese vasto e in grandissima parte analfabeta (LOPES 2025, 14). L'idea di una legge fondamentale astratta

²⁷ Cfr. *Ibid.*, art. 92.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, art. 94.

²⁹ Cfr. *Ibid.*, art. 95.

³⁰ Il Brasile non dispose di un censimento nazionale prima del 1872. Le stime storiografiche per l'epoca dell'Indipendenza, fondate sui rilevamenti di Adriano Balbi e di Antônio Rodrigues Velloso de Oliveira e raccolte dall'istituto brasiliano di statistica, collocano la popolazione totale tra circa quattro milioni e mezzo e quattro milioni e ottocentomila abitanti, dei quali all'incirca un terzo in condizione di schiavitù, in una società in larga maggioranza non bianca, cfr. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, *Estatísticas históricas do Brasil: séries econômicas, demográficas e sociais de 1550 a 1988, 1990* (FAUSTO 2019). Il primo censimento scientifico, quello del 1872, avrebbe ancora registrato circa il 58% della popolazione come “preta” o “parda” e oltre l'80% di analfabeti, dato che conferma a posteriori l'ampiezza dell'esclusione sancita dalla Carta del 1824, cfr. *Ibid.*

era lontana dall'universo mentale della maggioranza della popolazione. L'osservazione del viaggiatore francese Auguste de Saint-Hilaire, riportata da Lopes, è a tal proposito illuminante. Egli notò come la popolazione comune delle campagne a volte si sentisse paradossalmente meno sicura sotto il nuovo regime costituzionale, che percepiva come una fonte di continui conflitti tra le élite e di instabilità, rispetto al precedente ordine, più prevedibile nelle sue forme di autorità (LOPES 2025, 14).

Ciò mette in luce il profondo divario, già notato da giuristi come Jhering, tra una "giurisprudenza superiore", di carattere astratto e appannaggio dei dotti, e una "giurisprudenza inferiore", legata all'uso, al costume e alla percezione quotidiana della legge da parte della gente comune (LOPES 2025, 13).

A questa sfida culturale si aggiungevano ostacoli strutturali titanici. A differenza di nazioni europee come l'Inghilterra, con la sua consolidata costituzione consuetudinaria, o la Francia, con la sua robusta struttura statale preesistente alle rivoluzioni, il Brasile si trovava di fronte a un compito preliminare e molto più arduo, poiché non si trattava soltanto di scrivere una costituzione, ma di *constituire uno Stato* quasi dal nulla e di forgiare un sentimento di unità nazionale a partire da un territorio immenso, frammentato e privo di reali connessioni interne (LOPES 2025, 18 s.).

A questa sfida geopolitica si sommava la cronica carenza di risorse, sia materiali per sostenere la nuova macchina statale, sia umane, come la drammatica mancanza di personale qualificato (letrado) sufficiente a ricoprire le cariche giudiziarie e amministrative create dal nuovo ordine (LOPES 2025, 18 s.). A ciò si aggiungeva un ostacolo culturale di lunga durata. La tradizione patrimoniale ereditata dal mondo luso-brasiliano, in cui prevalevano i legami personali sulla regola impersonale, rendeva ardua l'edificazione di un apparato burocratico spersonalizzato, secondo quanto Sérgio Buarque de Holanda ha colto nella figura dell'"uomo cordiale" e nella difficoltà brasiliana di separare nettamente la sfera pubblica da quella privata (HOLANDA 2006, 139-151).

L'ostacolo forse più grande, tuttavia, era di natura squisitamente giuridica e culturale, poiché il nuovo ordine mirava a imporre un'unica concezione della legalità, fondata sul primato della costituzione e della legge statale, in una società abituata da secoli a una radicale pluralità di fonti del diritto (LOPES 2025, 19 s.). Per generazioni, la vita sociale era stata regolata da un complesso intreccio di diritto romano, diritto canonico, ordinanze regie, costumi locali e, soprattutto, privilegi di ceto e corporativi. Quell'ordine affondava le proprie radici nello *ius commune* europeo, nel quale diritto canonico e diritto romano avevano esercitato reciproche e profonde influenze, plasmando istituti centrali del diritto privato come la teoria del contratto, la bona fides e il diritto matrimoniale ben prima di ogni pretesa monopolistica dello Stato moderno (WESENER 1999, 23-27). In quel quadro anteriore alla codificazione, i più diversi diritti particolari, propri di un conglomerato di unità politiche, riposavano in ultima istanza sul diritto romano, eretto per questa via a sistema giuridico suppletivo comune (AGUILERA-BARCHET 1994, 42).

La transizione da questa società di privilegi e di ordini giuridici sovrapposti a una legalità liberale, fondata sui principi astratti della supremazia e dell'uguaglianza formale della legge per tutti, non fu un semplice cambiamento normativo, ma rappresentò un'impresa culturale e politica gigantesca, destinata a durare per tutto il secolo³¹ (LOPES 2025, 19 s.). Questa pluralità rimandava a ciò che António Manuel Hespanha ha descritto come una cultura giuridica composta da una molteplicità di diritti, quello dei dotti e quello dei rustici, sedimentata lungo i secoli e refrattaria all'unificazione imposta dalla legalità liberale (HESPANHA 2012).

Il primato della legge statale che il nuovo ordine pretendeva di affermare corrispondeva, del resto, a quella che Paolo Grossi ha definito una delle grandi «mitologie giuridiche della modernità», ossia la riduzione dell'intero diritto alla legge dello Stato e il conseguente oblio del pluralismo degli ordinamenti (GROSSI 2007, 43-84 e 167-234; GROSSI 2011, 43-84 e 167-234). Sul piano storico-concettuale, questo passaggio corrisponde a quello che Fioravanti descrive come la transizione da una concezione "dualistica" dell'ordine territoriale (nella quale il potere non aspira a un diritto "unico" e abrogativo, bensì a un diritto "comune" che preserva la pluralità dei diritti

³¹ Sulla semplificazione del diritto e la codificazione borghese cfr. TARELLO 1976, 35-41.

particolari) a una concezione “monistica”, propria dello Stato moderno, che riduce il territorio a mero oggetto sul quale si esercita una sovranità unica e accentrata (FIORAVANTI 2018, 22 e 32 s.).

5.2. La Funzione “Costituente” della Dottrina Giuridica Brasiliana

Proprio in risposta a questo quadro di sfide eccezionali la dottrina giuridica brasiliana del periodo imperiale assunse un ruolo e una funzione del tutto peculiari, distinguendosi nettamente dalla sua controparte europea. Se in Europa il pensiero giuridico liberale si era concentrato principalmente sulla costruzione di argini teorici per limitare il potere dello Stato e proteggere così le libertà individuali, in Brasile la sua missione fu quasi opposta. La funzione della dottrina brasiliana, sia costituzionale che amministrativa, fu eminentemente “costituente” e costruttiva (GUANDALINI JUNIOR 2025, 121).

Questa contrapposizione si lascia leggere alla luce della tipologia dei modelli di costituzionalismo elaborata da Maurizio Fioravanti, il quale distingue una tradizione volta a garantire e a limitare il potere da una tradizione statualista, orientata invece a fondare e a organizzare l'autorità sovrana. Il costituzionalismo brasiliano dell'Ottocento si colloca con nettezza in questa seconda direzione (FIORAVANTI 2018, 10-12 e 63-67; FIORAVANTI 2009, 40-45; FIORAVANTI 1995). La stessa tradizione statualista trovò del resto un'espressione paradigmatica nella cultura giuridica tedesca dell'Ottocento, dallo Stato amministrativo di Rudolf von Gneist fino al nazionalismo di Heinrich von Treitschke (FIORAVANTI 2001; MULLER 2015; SONTAG 1939).

Di fronte alla necessità impellente di forgiare l'unità nazionale, di creare dal nulla un apparato burocratico e di imporre una legalità unica su un territorio frammentato, il pensiero giuridico brasiliano si dedicò anima e corpo a rafforzare la sovranità imperiale e a progettare l'architettura giuridica di uno Stato forte e centralizzato (GUANDALINI JUNIOR 2025, 121 s.).

La peculiarità del caso brasiliano risulta ancora più evidente se posta a confronto con l'esperienza giuridica europea del medesimo periodo. Come mostra la storiografia del diritto europeo, in Europa continentale l'erosione del pluralismo giuridico di antico regime, dominato dallo *ius commune* romano-canonico, e il consolidamento del monismo statale avvennero soprattutto attraverso il movimento di codificazione del diritto privato, il cui paradigma fu il Code Civil napoleonico del 1804 (AGUILERA-BARCHET 1994, 29; WESENBERG, WESENER 1999, 214-217). La codificazione costituì lo strumento borghese per eccellenza, volto a unificare il soggetto di diritto e a razionalizzare l'autorità sovrana. Nel Brasile imperiale, invece, l'assenza di una società civile borghese consolidata e la persistenza della schiavitù resero impraticabile un'unificazione immediata per via civilistica. Di conseguenza, il compito di fondare e organizzare l'autorità sovrana, ossia il polo statualista del costituzionalismo, dovette essere assunto quasi esclusivamente dal diritto pubblico e dal diritto amministrativo da poco istituito. Mentre l'Europa si unificava sul piano civilistico per mezzo dei codici, il Brasile cercava di unificarsi sul piano politico attraverso la Costituzione e la burocrazia imperiale.

Dopo una prima fase, negli anni immediatamente successivi all'indipendenza, caratterizzata da scritti più politici e apologetici (GUANDALINI JUNIOR 2025, 115), la riflessione giuridica si fece più sistematica e tecnica con la stabilizzazione del Secondo Regno, a partire dal 1840. Opere fondamentali come *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (1857) di José Antônio Pimenta Bueno, il Marchese di San Vicente, non si limitavano a descrivere l'ordine esistente, ma miravano a fondarlo e a legittimarlo, definendo il potere esecutivo non come un mero applicatore della legge, ma come il vero motore dell'“alta amministrazione dello Stato” (GUANDALINI JUNIOR 2025, 116). La formazione di questo pensiero giuridico non può essere disgiunta da quella del ceto politico-amministrativo che lo elaborò. Come ha mostrato José Murilo de Carvalho nello studio classico sull'élite politica imperiale, fu proprio un corpo omogeneo di magistrati e di letrados, accomunati dalla formazione e dalla cultura giuridica, a costruire e a tenere insieme l'ordine monarchico centralizzato (CARVALHO 2003).

Questa stessa logica informò la nascita del diritto amministrativo brasiliano. A differenza del suo omologo europeo, che sorse in gran parte come un sistema di garanzie per il cittadino contro gli abusi della pubblica amministrazione, in Brasile, come argomenta Guandalini Junior, nacque con lo scopo primario di costruire e organizzare il potere (GUANDALINI JUNIOR 2025, 121). L'esempio classico di questa dottrina amministrativa è l'Ensaio sobre o direito administrativo del Visconte dell'Uruguai, del 1862 (URUGUAI 1862). In un paese con un'amministrazione pubblica ancora embrionale, l'obiettivo non era limitare, ma edificare, rafforzando la macchina statale come un complemento essenziale del progetto costituzionale centralizzatore. Anche l'organizzazione della giustizia partecipava di questo sforzo costruttivo. Come osserva Arno Wehling, le innovazioni introdotte dalla Costituzione del 1824 nell'ambito giudiziario rivestivano, rispetto all'Antico Regime, un carattere "rivoluzionario", poiché mutavano profondamente la concezione e l'amministrazione della giustizia praticate da secoli nel mondo luso-brasiliano³² (WEHLING 2025, 125).

6. Conclusione

Il costituzionalismo del Brasile imperiale emerge da questa analisi come un progetto storico singolare, gravido di profonde e persistenti contraddizioni. Il caso brasiliano rappresenta un esempio emblematico di adattamento selettivo, in cui il vocabolario e l'architettura istituzionale del liberalismo europeo furono impiegati non per promuovere una rottura rivoluzionaria con il passato, ma, al contrario, per perseguire obiettivi conservatori, ossia edificare uno Stato forte e centralizzato, capace di preservare l'unità di un territorio immenso e di garantire la continuità di un ordine sociale gerarchico e basato sulla schiavitù. Va riconosciuto, in proposito, che la costruzione dello Stato nazionale e di un apparato amministrativo unitario non costituì un tratto esclusivamente brasiliano, poiché anche in Europa il costituzionalismo liberale perseguì simili obiettivi, sia pure parallelamente all'edificazione di uno spazio di garanzia per le libertà individuali. Come ha mostrato Fioravanti, il costituzionalismo presenta sin dalle proprie origini una duplice vocazione, in quanto non soltanto limita e garantisce, ma concorre anche a istituire e a rafforzare l'unità politica (FIORAVANTI 2018, 10 s.; FIORAVANTI 2009, 149-153).

La singolarità del caso brasiliano non risiede dunque nell'impiego del linguaggio liberale a fini di costruzione statale, bensì nella specifica combinazione che esso assunse, ossia l'innesto del vocabolario costituzionale su un fondamento schiavista, una cittadinanza deliberatamente escludente e una dottrina giuridica investita di una funzione "costituente" su un territorio ancora privo di un apparato statale consolidato. Si conferma così la diagnosi di Emília Viotti da Costa, secondo cui tra il 1822 e il 1889 le strutture profonde della società brasiliana non mutarono in modo sostanziale, sicché il liberalismo, sul piano della prassi, convisse con valori elitari e gerarchici che ne limitarono fortemente la portata emancipatrice (COSTA 1999, 131 ss.).

Collocato entro la tipologia dei modelli di costituzionalismo, il caso brasiliano può essere letto come una radicalizzazione del polo statualista, quello in cui il costituzionalismo si fa innanzitutto strumento di fondazione e di organizzazione dell'autorità sovrana, e non soltanto di limitazione della stessa (FIORAVANTI 2018, 63-67; FIORAVANTI 2009, 40-45; FIORAVANTI 1995). Questa radicalizzazione, però, non si spiega con il solo riferimento alla teoria europea, poiché si innestò su una matrice ibero-americana di lunga durata, nella quale la nazione era ancora concepita in chiave corporativa e plurale e la cultura giuridica conservava un'impronta casuistica, poco incline alla sistematicità del razionalismo illuminista (CLAVERO 1986; GARRIGA, LORENTE 2007; LORENTE 2010; TAU ANZOÁTEGUI 1992; HESPANHA 2012).

³² Per i dibattiti parlamentari del 1827 sulle istituzioni giudiziarie cfr. Annaes do Parlamento Brasileiro: Câmara dos Srs. Deputados, Segundo Anno da Primeira Legislatura, 1827, Typographia de Hyppolito José Pinto & C.A, 1875-1876. Disponibile in: <https://bndigital.bn.br/acervo-digital/Annaes-do-parlamento/132489> (consultato il 16 lug. 2024).

Una simile concezione della nazione (non come blocco unitario di individui, ma come pluralità di soggetti istituzionalmente concreti, priva di una “persona” che possa dirsi unico titolare del potere costituente) ripropone, sul suolo ibero-americano, il tratto che Fioravanti riconosce come proprio della base sociale “spiccatamente pluralistica” del costituzionalismo del patto (FIORAVANTI 2018, 28 e 33). La dottrina pubblicistica dell’Impero operò precisamente in questo punto di incrocio, tra il modello statualista europeo e l’eredità corporativa iberica, e da questa convergenza derivò la sua peculiare funzione “costituente”, rivolta a edificare lo Stato anziché a contenerlo (GUANDALINI JUNIOR 2025; FONSECA 2009).

L’Assemblea Costituente del 1823, con la ricchezza e l’intensità dei suoi dibattiti su sovranità e cittadinanza, fu il chiaro presagio dei conflitti tra le diverse e irriducibili anime del liberalismo brasiliano, che avrebbero segnato l’intero corso del XIX secolo. La sua violenta dissoluzione non fu un incidente di percorso, ma l’esito di una precisa riorganizzazione delle forze politiche, che vide prevalere un progetto moderato e pragmatico. La dottrina di diritto pubblico dell’Impero, sia nel suo ramo costituzionale che in quello amministrativo, si mise al servizio di questo progetto, promuovendo un discorso che oggi definiremmo “statalista e autoritario”, ma che all’epoca era visto come l’unica via per rispondere alle immense sfide strutturali di un paese ancora in formazione.

La vittoria finale, quindi, toccò a una visione del liberalismo che accettava di convivere con un potere monarchico forte e con profonde disuguaglianze sociali. La Costituzione del 1824, frutto diretto di questi conflitti, ne fu il duraturo monumento giuridico. Quella Carta materializzò il progetto politico di una potente élite, riuscendo a intrecciare in modo stabile, per sessantacinque anni, i principi del liberalismo economico e delle garanzie civili formali con una cittadinanza altamente ristretta, un potere esecutivo quasi incontrastabile e il mantenimento della schiavitù come pilastro fondamentale dell’economia e della società. Fu questo complesso e contraddittorio equilibrio tra dispotismo e democrazia, tra modernità e tradizione, a definire la natura unica del Brasile imperiale.

Questa lettura, lungi dal ridursi a una sintesi di interpretazioni altrui, trova il proprio fondamento nei documenti stessi dell’Assemblea del 1823, nei quali la tesi del “delegato” sostenuta da Custódio Dias e la rivendicazione opposta dello splendore simbolico del trono prefiguravano già l’ambivalenza strutturale che la Carta del 1824 avrebbe poi consolidato in forma duratura. La condizione di confutazione enunciata in apertura non si è verificata, poiché in quei dibattiti la dottrina operò in modo prevalente per fondare e organizzare la sovranità, e non per limitarla. L’ipotesi non si regge dunque su una verifica empirica, bensì sulla maggiore coerenza esplicativa che mostra rispetto alle letture rivali, sia a quella teleologica sia alla dicotomia tra un imperatore assolutista e un’assemblea integralmente liberale, entrambe già respinte. In questa ambivalenza affonda le proprie radici un lascito di lungo periodo, poiché la traiettoria della cittadinanza brasiliana, già richiamata in precedenza, confermò nel tempo la propria origine escludente e incompiuta (CARVALHO 2002, 10 e 145). Le contraddizioni del costituzionalismo imperiale non si esaurirono pertanto con la caduta della monarchia nel 1889, ma proiettarono i propri effetti ben oltre quella soglia, contribuendo a plasmare la stessa formazione dello Stato repubblicano (COSTA 1999; CARVALHO 2002). Il contributo specifico di questa indagine consiste, in ultima analisi, nel mostrare che il Brasile imperiale non rappresenta un’anomalia esterna al costituzionalismo moderno, bensì una sua variante estrema, comprensibile soltanto alla luce della duplice vocazione che a quel costituzionalismo è da sempre connaturata (FIORAVANTI 2009, VI s. e 149-153; GROSSI 2011, 87-108). In questa prospettiva, l’esperienza imperiale si iscrive a pieno titolo in quella tradizione costituzionale autenticamente brasiliana che oltre due secoli di dispute teoriche hanno progressivamente sedimentato, e che la storiografia più recente rivendica contro l’idea di un pensiero giuridico nazionale meramente derivato (GLEZER, LYNCH, VIEIRA 2024).

Riferimenti bibliografici

- AGUILERA-BARCHET B. 1994. *Introducción jurídica a la Historia del Derecho*, Civitas.
- BARRETO T. 1977. *A questão do poder moderador. O governo parlamentar no Brasil*, in ID., *A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros*, Vozes.
- BETHELL L. 2011. *O Brasil no século XIX: parte do império informal britânico*, in CARVALHO J.M., CAMPOS A.P. (eds.), *Perspectivas da cidadania no Brasil Império*, Civilização Brasileira, 15 ss.
- BLACKBURN S. 1997. *Dicionário Oxford de Filosofia*, Zahar.
- CALMON P. 2002. *História Social do Brasil*, vol. 2, *Espírito da Sociedade Imperial*, Martins Fontes.
- CANECA J.A.D. 1875. *Obras políticas e literárias de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca*, coligadas por Antonio Joaquim de Mello, Typ. Mercantil. Disponibile in: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/221676> (consultato il 3 giu. 2026).
- CAPPELLINI P. 1984. *Systema iuris, I: genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, Giuffrè.
- CAPPELLINI P. 2010. *Storie di concetti giuridici*, Giappichelli.
- CARACCILOLO B. 2021. *Lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli.
- CARVALHO J.M. 2002. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, Civilização Brasileira.
- CARVALHO J.M. 2003. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*, Civilização Brasileira.
- CLAVERO B. 1986. *Tantas personas como estados: por una antropología política de la historia europea*, Tecnos.
- COSTA E.V. 1999. *Da monarquia à república: momentos decisivos*, UNESP.
- DOLHNIKOFF M. 2008. *Império e governo representativo: uma releitura*, in «Caderno CRH», 21, 52, 2008, 13 ss.
- FAUSTO B. 2019. *História do Brasil*, Universidade de São Paulo.
- FIORAVANTI M. 1995. *Appunti di storia delle costituzioni moderne: le libertà fondamentali*, Giappichelli.
- FIORAVANTI M. 2001. *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Giuffrè.
- FIORAVANTI M. 2009. *Costituzionalismo: percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza.
- FIORAVANTI M. 2018. *Costituzionalismo: la storia, le teorie, i testi*, Carocci.
- FONSECA R.M. 2009. *Introdução teórica à história do direito*, Juruá.
- GARRIGA C., LORENTE M. 2007. *Cádiz, 1812: la constitución jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARRIGA C., SLEMIAN A. 2013. «*Em trajes brasileiros*»: justiça e constituição na América ibérica (c. 1750-1850), in «Revista de História», 169, 2013, 181 ss.
- GLEZER R., LYNCH C., VIEIRA O.V. (eds.) 2024. *Teoria constitucional brasileira: 200 anos de disputas*, Contracorrente/FGV Direito SP.
- GROSSI P. 2007. *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè.
- GROSSI P. 2011. *L'ordine giuridico medievale*, Laterza.
- GUANDALINI JUNIOR W. 2025. *O pensamento jurídico sobre o Poder Executivo na Constituição de 1824*, in LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.), *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch, 109 ss.
- HESPANHA A.M. 2012. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, Almedina.
- HOLANDA S.B. 2006. *Raízes do Brasil*, Companhia das Letras.

- HOLANDA S.B. 2010. *Capítulos de História do Império*, Companhia das Letras.
- KELLY J.M. 2018. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*, WMF Martins Fontes.
- LOPES J.R.L. 2014a. *Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro*, Saraiva.
- LOPES J.R.L. 2014b. *O direito na história: lições introdutórias*, Atlas.
- LOPES J.R.L. 2020. *Curso de filosofia do direito: o direito como prática*, Atlas.
- LOPES J.R.L. 2025. *História e constitucionalismo*, in LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.), *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch, 11 ss.
- LOPES J.R.L. et al. 2006. *Curso de história do direito*, Método.
- LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.) 2025. *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch.
- LORENTE M. 2010. *La Nación y las Españas: representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Universidad Autónoma de Madrid.
- LYNCH C.E.C. 2014. *Monarquia sem despotismo e liberdade sem anarquia: o pensamento político do Marquês de Caravelas (1821-1836)*, UFMG.
- MAMIGONIAN B.G. 2015. *Os direitos dos libertos africanos no Brasil oitocentista: entre razões de direito e considerações políticas*, in «História (São Paulo)», 34, 2, 181 ss.
- MULLER F.L. 2015. *Before the west: Rudolf von Gneist's English utopia*, in BAVAJ R., STEBER M. (eds.), *German images of the west: The history of a modern concept*, Berghahn.
- NEVES L.M.B.P. 2002. *Dia do Fico*, in VAINFAS R. (ed.), *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*, Objetiva.
- NEVES L.M.B.P. 2025. *A Constituinte de 1823: atores envolvidos, debates e a legitimidade buscada*, in LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.), *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch, 46 ss.
- NOGUEIRA DA SILVA P.N. 2001. *Constituição e Sociedade*, Forense.
- OLIVEIRA C.H.L.S. 2025. *A assembleia de 1823: entre debates, confrontos armados e legados constitucionais*, in LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.), *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch, 24 ss.
- OLIVEIRA LIMA M. 1922. *O movimento da independência (1821-1822)*, Comp. Melhoramentos.
- PETIT C. 2020. *Derecho por entregas: estudios sobre prensa y revistas en la España liberal*, Universidad Carlos III de Madrid.
- ROCHA H. 1977. *Tobias Barreto e as nossas questões vigentes*, in BARRETO T., *A questão do poder moderador e outros ensaios brasileiros*, Vozes.
- SILVA J.A. 2011. *O constitucionalismo brasileiro: Evolução institucional*, Malheiros.
- SILVA V.A. 2021. *Direito constitucional brasileiro*, Universidade de São Paulo.
- SINGER A. et al. 2021. *Estado e democracia: uma introdução ao estudo da política*, Zahar.
- SLEMIAN A. 2025. *Há algo de não constitucional na Constituição de 1824?*, in LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.), *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch, 68 ss.
- SONTAG R.J. 1939. *The Germany of Treitschke*, in «Foreign Affairs», 18, 1939, 127 ss.
- SOUZA B.F.H. 1864. *Do poder moderador: Ensaio de direito constitucional*, Typographia Universal.
- TARELLO G. 1976. *Storia della cultura giuridica moderna: Le vie della civiltà*, il Mulino.

- TARQUÍNIO DE SOUSA O. 1957. *História dos fundadores do Império do Brasil*, José Olympio. Disponibile in: <https://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/574685> (consultato il 3 giu. 2026).
- TAU ANZOÁTEGUI V. 1992. *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- URUGUAI V. 1862. *Ensaio sobre o direito administrativo*, Typographia Nacional.
- VASCONCELLOS Z.G. 1862. *Da natureza e limites do poder moderador*, Typhographia Universal de Laemmert.
- VESTING T. 2022. *Teoria do Estado. A transformação do Estado na Modernidade*, SaraivaJur (trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes).
- WEHLING A. 2025. O Judiciário na Constituição de 1824, in LOPES J.R.L., LYNCH C., RISTER DE SOUSA LIMA F. (eds.), *História constitucional do Império: origens do Estado de Direito no Brasil (1824)*, Tirant lo Blanch, 125 ss.
- WESENBERG G., WESENER G. 1999. *Storia del diritto privato in Europa*, CEDAM.

Let's Agree to Disagree

Celano's Struggle-for-the-Text Game as a Battle of the Sexes

MICHELE UBERTONE

Maastricht University, Faculty of Law.

E-mail: michele.ubertone@maastrichtuniversity.nl

ABSTRACT

According to David Lewis, in ordinary communication, the attribution of meaning to words or symbols is a coordination game. Drawing on Lewis, Bruno Celano has argued that this does not seem to be true of legal language: the attribution of meaning to words in the legal domain, unlike the attribution of meaning to words in ordinary conversation, seems to be grounded in a non-cooperative game, which he calls the “struggle-for-the-text game” (*gioco lotta per il testo*). In this paper, I examine Celano's thesis. The problem is, in one respect, more serious than Celano presents it: the struggle-for-the-text game disrupts cooperation not only in the interpretation of legal texts but also in the determination of factual premises, such as documentary or testimonial evidence. In another respect, however, the problem is less serious. The struggle-for-the-text game is indeed a coordination game, just not a *pure* coordination game. If coordination were not involved, people would benefit from unilaterally assuming that legal terms have the meanings most convenient to them. And this is obviously not the case. People can benefit only from *converging* on some meaning that is more convenient, or less inconvenient, to them. I will thus argue that Celano's struggle-for-the-text games are coordination games, although not the type of coordination games that can be directly and easily solved through the establishment of conventions. They are battles of the sexes.

KEYWORDS

common knowledge, conventions, legal interpretation, legal evidence, judicial truth

Let's Agree to Disagree

Celano's Struggle-for-the-Text Game as a Battle of the Sexes

MICHELE UBERTONE

1. *Introduction* – 2. *Common Knowledge* – 3. *Common Knowledge as a Solution of Pure Coordination Problems* – 4. *Common Knowledge as a Solution of Prisoner's Dilemmas* – 5. *The Struggle-for-the-Text Game* – 6. *The Struggle-for-the-Text Game as a Battle of the Sexes* – 7. *Common Knowledge and Judicial Truth*.

1. *Introduction*

I would like to maintain that the interpretation of legal language is not as different from the interpretation of ordinary language as some have argued. More specifically, I would like to discuss the thesis put forward by Bruno Celano according to which the attribution of meaning to words in the legal domain, unlike the attribution of meaning to words in ordinary conversation, is generally grounded in a non-cooperative game, which he calls “struggle-for-the-text game” (*gioco lotta per il testo*)¹. In arguing that the attribution of meaning to words in the legal domain is fundamentally different from the attribution of meaning to words in ordinary conversation, Celano is following in the footsteps of Chiassoni², who developed a theory of “interpretive games” in the sense of Wittgensteinian language games. Celano’s brilliant insight – which as we will see is extremely fruitful – was to analyse the same problem using game theory³. In referring to the “struggle-for-the-text game”, then, Celano means “game” in the sense of game theory. In what follows, I will use the word “game” in the same sense. In ordinary communication, as David Lewis showed⁴, meaning is fixed by coordination conventions: speakers assign a meaning to an expression because that is what other speakers do. It is only this conformity that makes communication possible. However, this conformity only exists for as long as the speakers have a shared interest in coordination. Celano’s central claim is that this shared interest is often absent in the field of law. This seems to imply that Lewis’s conventionalist theory of meaning does not apply to legal discourse. The attribution of meaning to legal texts is not a cooperative game, aimed at mutual understanding, but a conflictual strategic interaction in which each party attempts to impose on the text the meaning most favourable to them.

¹ CELANO 2006, CELANO 2017, CELANO 2020a, CELANO 2020b, ARENA 2020.

² CHIASSONI 2000; CHIASSONI 2019, 59-65. In turn, Chiassoni developed his theory in line with Genoese legal realism. Riccardo Guastini, arguably the most influential living exponent of this school of thought, writes: “In the legal domain, the meaning of normative statements is, in fact, a dependent variable – not only (or rather, only marginally) of the syntactic and semantic rules of the language in which such statements are formulated, but also and above all: of the particular interpretive technique employed (argument by analogy, argument a contrario, systematic argument, and so on), of the presupposed dogmatic theses, and of course of the (moral, political) preferences and practical aims of the interpreters” (GUASTINI 2019, 21, my translation; see also GUASTINI 2011, 404, where he explicitly refers to interpretation as a conflictual game (“gioco conflittivo”), rather than a cooperative one).

³ For a general introduction to game theory, see OSBORNE 2004 and DIXIT, SKEATH, REILEY 2009; for applications of game theory to law, see ZAŁUSKI 2013 and ROTOLO 2017. The notion of a game of strategic interaction and that of a language game are not unrelated. In particular, Wittgenstein’s idea of a “form of life” and the game-theoretic notion of common knowledge can be seen as complementary descriptions to the same underlying phenomenon, the implicit, pre-reflective background of shared expectations that makes coordinated human action possible. Exploring this connection, however, falls outside the scope of this article.

⁴ LEWIS 1969.

Of course, this does not mean that, according to Celano, legal language can never be used to communicate things. If I tell a friend that my bike has been “stolen”, or that I cannot meet him today because I have to go to the bank to apply for a “mortgage”, my friend will understand me perfectly well. But the communicative function of legal language seems to break down just when we would need it most: when legal language is used for its specific purpose, namely for the resolution of legal disputes. If I accuse my friend of theft, my friend will often have an interest in not agreeing with my definition of “theft”, and I will have an interest in favouring an interpretation that justifies my accusation, regardless of what my friend thinks. This is the typical pragmatic situation in which legal actors normally operate. This typical situation lacks the alignment of interests that makes a conventional use of language possible. The problem is further complicated by the fact that statutory texts, whose meaning is central in legal disputes, seem to lack a precise sender. Laws are, as Celano puts it, “messages without a sender” (*messaggi senza emittente*). The “legislators” are typically groups of individuals with differing interests and opinions, and this makes it impossible to attribute to the texts that they produce a single communicative intention in any plausible way. Statutes are expressions of incompletely theorised agreements, compromises whose meaning is sometimes left indeterminate precisely because indeterminacy was the condition for reaching agreement⁵. In such cases, interpretation cannot work in the way it usually works, i.e. through the recovery of the communicative intention of a sender, because no identifiable sender whose intention could be recovered exists⁶.

Celano connects the problem of the struggle for the text to a second problem, which seems to further threaten the rationality of legal discourse: what he calls the paradox of nomodynamics. It seems not only that legal concepts are characterised, for the reasons set out above, by a systematic indeterminacy, but also that the ordinary rules of logic do not apply to them. To illustrate the point, Celano offers a thought experiment, which clearly shows the independence of this problem from the previous one. Let us imagine taking a set of *very clear* rules, which thanks to their clarity do not give rise to the interpretive problems that normally characterise legal norms: the rules of Euclidean geometry. However, let us then modify this set of rules by introducing into it a single further rule, one that is typical, and arguably necessary, of any system of legal rules: a rule that says that, in the event of a dispute over the application of any rule, there is a competent authority, an arbiter, empowered to decide, and the decision of that arbiter, once a given procedure has been exhausted, itself becomes part of the system of rules. In this modified version of Euclidean geometry, a statement will count as a valid theorem not only if it follows from the pre-existing rules, but also if, even mistakenly, the arbiter declares it to be such. This, Celano observes, would produce systematic contradictions within the system. Here lies the paradox.

This article aims to contribute to the discussion of both of the problems identified by Celano, namely the struggle for the text and the paradox of nomodynamics. I will, however, focus mainly on the former, and deal with the latter only at the end, and only insofar as doing so is useful in supporting a premise assumed in the discussion of the former. In discussing the struggle for the text, I would like to show that, on the one hand, the problem it creates is more

⁵ CELANO 2017, 29.

⁶ Francesca Poggi approaches the same set of issues from the perspective of Gricean pragmatics. Her book, *Il modello conversazionale*, undertakes a systematic examination of whether Grice’s cooperative principle and conversational maxims can be extended to legal interpretation. Her conclusion is largely negative. In ordinary communication, the cooperative principle functions because there is a general shared expectation among participants that all will follow the conversational maxims, and it is this expectation of general conformity that makes implicature possible. In legal interpretation, by contrast, different interpreters in fact employ conflicting criteria: there is no general shared expectation of conformity to a common set of interpretive norms, and therefore no stable background against which implicatures could be reliably generated and recognised. As Poggi argues, legal interpretation is not a cooperative activity in the Gricean sense precisely because it lacks the shared expectation of conformity that sustains the cooperative principle — and absent that expectation, the principle does not operate (POGGI 2020, 295-298).

serious (in scope) than Celano presents it as being and, on the other, that it is less serious (in structure). It is more serious insofar as it undermines the certainty not only of reasoning *in iure*, but also of reasoning *in facto*. The struggle-for-the-text game can characterise the pragmatics of *all* legal disputes regardless of their object. It can disrupt the ordinary cooperation among speakers both in establishing the meaning of the legal terms and in determining the meaning of speech acts that establish factual premises (such as documentary or testimonial evidence). The conflict may even affect the acceptance of factual premises that do not depend on the interpretation of speech acts, but that nonetheless are necessary for the application of rules to the case. The game centrally involves what game theory calls “common knowledge”. The misalignment of the parties’ interests makes the mutual recognition of common knowledge as a background for communication particularly difficult. The problem is less serious than Celano presents it, however, because the struggle-for-the-text game is *not* purely conflictual. It is a coordination game: just an *impure* coordination game. It is a battle of the sexes⁷. We can see this if we realise that people do not benefit from unilaterally assuming that words have the meaning most convenient to them. They can only benefit from other players’ *convergence* on the meaning that is more convenient (or less inconvenient) to them.

To understand the payoff matrix of the struggle-for-the-text game, we must begin with the idea that the parties who struggle over a text do so only because the meaning of that text has some *value* for them. Such value exists only if the meaning makes a practical difference to the parties involved. If I don’t care about what the other person thinks is the right interpretation, because I have no interest in reaching an agreement on it, then I have no incentive to play the game. I would not have an incentive to engage in legal interpretation at all! But if I do play the game, insisting on an interpretation on which the other party will never converge will have no chance of increasing my utility. Why might I want the other person to accept my interpretation? Maybe because I think that if she doesn’t, I will have to go to court, and this may turn out to cost me more than accepting hers. A struggle-for-the-text game may be played, for example, when, if the parties fail to agree on an interpretation, each may have to bear higher litigation costs than those they would bear if they accepted the interpretation favoured by the other party.

Of course, the game has this structure only if each side has an incentive to insist on her own interpretation. This is not always the case. It may be that one party, A, manages to convince the other, B, that if the case went to trial, the judge would rule in favour of A rather than B. In that case, the game would not be a battle of the sexes, since convergence on the interpretation favourable to A would be the dominant strategy for both A and B. The structure would be different again if the parties involved were two judges sitting on the same panel who have no ideological preference for either of the possible interpretations, but who debate solely in pursuit of the shared aim of avoiding reversal on appeal or before the Court of Cassation. In that case, the game would be one of pure coordination. All these are very common cases of legal interpretation in which the conflictual and non-communicative aspect of legal language that interests Celano manifests itself less intensely. In this paper, we will focus mainly on the case in which interpretive interaction takes on its most markedly conflictual character. My thesis will be that even in such cases the game is partly cooperative. It is a battle of the sexes.

In order to examine Celano’s problem critically, we will need to introduce several notions from game theory. These will constitute a toolbox that we will use to understand the incentives and payoffs of the agents involved in a struggle-for-the-text game and eventually draw the matrix of such a game. Legal interpretation has “common knowledge” both as an input and as an output. So understanding how it works and why it is important is fundamental for a game-theoretic understanding of legal language. In Section 2, I will introduce the notion of common

⁷ The battle of the sexes has already been applied to legal interpretation by ZAŁUSKI 2013, 199–200, who uses it to model the interaction between two judges who wish to coordinate on a single interpretation of a norm but hold divergent preferences over the available meanings.

knowledge. In Section 3, I will show how common knowledge can change incentives in coordination games. In Section 4, I will show how it can prevent or solve prisoner's dilemmas. In Section 5, I will turn to Celano's struggle-for-the-text game, examining the two problems he identifies – hostile communication and the message without a sender – and arguing that the second is reducible to the first. In Section 6, I will argue that even in its most conflictual form the struggle-for-the-text game retains a partially cooperative structure: it is a battle of the sexes. In Section 7, I will show how a game theoretic approach can help explain the paradox of nomodynamics. This will also allow me to draw a conclusion about the relationship between evidence and truth, arguing (against Jordi Ferrer's Evidence Rationalism) that the coordinative function of judicial authority does not require, and is in fact undermined by, a commitment to material truth as the primary institutional objective of the trial.

2. Common Knowledge

To understand why two parties interpreting a rule may find themselves in the situation described by the struggle-for-the-text game, we need to take a step back and show when and how “common knowledge” can alter incentives. In fact, both the constraints internal to the game and the payoff at which the players aim can be understood only if one sees that the text over which they struggle is a form of common knowledge. We must therefore first pause over this notion.

There are cases in which we have no interest in violating other people's expectations through our behaviour. On the contrary, our concern is precisely the opposite: to choose, among many possible actions, the one that others expect from us. Perhaps you have had to meet someone without first agreeing on a sufficiently precise meeting point and without being able to communicate, because your phone was dead, or theirs was. This usually happens because people do not know the place where they are going to meet very well and overestimate the precision of the directions they have given or received. For example, a friend who is hosting you in Bologna might say: “Let's meet in Piazza Nettuno at 3”. But when you get there from the station, in Piazza Nettuno, your phone is off and the square is packed with people waving flags for some demonstration. There are too many people to see clearly where your friend is, assuming she has already arrived. What do you do? You would probably stand by the statue of Neptune. Why? In purely functional terms, one place would be as good as any other. But Giambologna's complex, with the four-metre bronze god at its centre, surrounded by sirens from whose nipples water gushes in every direction, is, let us say, more noticeable than other places. For this reason, you think it is at least a little more likely that, having to choose a place at random, she will choose this place to wait for you rather than another. You not only think it is more likely that she would choose it; you also think that she thinks that you would do the same, thereby giving her an additional reason to choose that place rather than another. This thought of yours is itself predictable. And the fact that it is predictable is itself predictable. And so on, in a *mise en abyme* of thoughts about thoughts about thoughts. In light of all this, if these inferences hold, the choice of place loses much of its initial apparent arbitrariness.

The expression “common knowledge” is used here in a technical sense that must be clarified in order to avoid two possible misunderstandings. First, the word “common” does not simply mean that the parties who possess it share a certain mental content. As Steven Pinker puts it:

«In ordinary English, the expression *common knowledge* refers to something that many or most people know, especially open secrets, as in ‘It's common knowledge that the police around here can be bribed.’ This is almost the opposite of the meaning of the technical term from game theory and philosophy(...). Just as confusingly, *common knowledge* in the technical sense does not correspond to the literal meaning

of its words, namely “knowledge that people have in common,” since that could pertain to identical private knowledge, where everyone knows the same thing without necessarily knowing that the others know it»⁸.

«With *private knowledge*, person A knows something, and person B knows it. With *common knowledge*, A knows something, and B knows it, but in addition, A *knows* that B knows it, and B knows that A knows it. On top of that, A knows that B knows that A knows it, and B knows that A knows that B knows it, and so on, *ad infinitum*»⁹.

So we can say that the fact that *p* (e.g., the fact that *R* is a rule to be followed) is ‘common knowledge’ among the members of a group *G* if and only if each member of *G*: (1) knows that *p*; (2) knows that every member of *G* knows that *p*; (3) knows that every member of *G* knows that every member of *G* knows that *p*, and so on, for an indefinite number of iterations.

Second, the word “knowledge” might lead one to think that the initial mental state giving rise to the recursive mechanism of mental states about mental states about mental states... must necessarily be a true and justified belief. But this is not so. Common knowledge, and the coordination that stems from it, can also arise from *false* beliefs. For example, suppose that my friend has always pretended to be an intellectual, when in fact she is not. Believing her to be a great lover of books, I will assume that, having to choose a spot to wait for me in Piazza Nettuno, she will pick the stall of antique books set up just outside Palazzo Re Enzo. Anticipating this mistaken thought of mine, she will indeed be found in that very spot. Coordination will thus emerge, even though the initial mental state was a false belief. The power of common knowledge lies not in reflecting a pre-existing reality, but in constituting it. For this very reason, the acceptance of the proposition that forms the object of common knowledge can be entirely arbitrary.

This is what happens when common knowledge is created simply through public declarations that assign status functions to persons or things, such as the public declaration that two people shall henceforth count as husband and wife. This kind of speech act, which Searle calls a *declaration*, differs from an ordinary assertive in that it does not describe a pre-existing state of affairs but produces it by the very act of describing it, provided it is recognised as such by the participants in the institution within which it is embedded¹⁰. When a referee declares a player offside, or when an assembly resolves that a proposal has been passed, institutional reality is altered by the mere fact that the declaration is made in the appropriate context and recognised as valid. The truth of the declaration is, in a sense, produced at the very moment it is uttered and accepted. This mechanism has the structure of a self-fulfilling prophecy. If everyone believes, or believes that everyone believes, that a certain word has a certain meaning, or that a certain thing has a certain value, or that a certain ritual produces a certain bond, then that belief tends to generate the forms of conduct that make it true. The initial belief need not

⁸ PINKER 2025, 15.

⁹ PINKER 2025, 9.

¹⁰ The claim that declarations acquire their institutional relevance and succeed in imposing status functions in virtue of the incentives they create through their influence on common knowledge is a thesis Searle himself would reject. In his reply to Hindriks and Guala, Searle argues that the key to understanding social ontology lies in status functions and their irreducible normativity (SEARLE 2015). I think the game-theoretic reading of declarations offered here is closer to the account developed by SMIT, BUEKENS 2017. The broader theoretical context of this debate is the dispute over whether institutions are best understood as equilibria, as regulative rules, or as constitutive rules, and whether these three conceptions can be unified. HINDRIKS, GUALA 2015 propose a framework in which institutions are conceived as rules-in-equilibrium and argue that constitutive rules can be derived from regulative rules via the introduction of theoretical terms, thereby combining what had previously appeared as rival accounts. See also: GUALA 2016. For an alternative attempt of integrating Searle’s account of declarations to game theory cf. HÉDOÏN 2013 and HÉDOÏN 2015. As GUARNIERI 2019 notes, Searle’s account takes the status functions created by declarations as a given, but game theory may illuminate the underlying and possibly conflicting individual goals from which they may emerge.

be true: for the recursive circle of common knowledge to be set in motion, it is enough that the belief be recognizable and that there be sufficient incentives to recognise it.

Axel Hägerström showed that the notions of legal right and legal obligation were rooted, in archaic Roman legal thought, in the belief that certain rituals were capable of constituting, modifying, or extinguishing bonds of a magical nature¹¹. Contractual obligation, in particular, was understood as the effect of a ritual act, *promittere dextram*, the offering of the right hand and the ensuing handshake, which was believed to seal a real bond whose violation would draw divine wrath upon the wrongdoer. From an epistemic point of view, this belief was false: no magical bond truly joined the hands of the contracting parties, and no deity would avenge the oath-breaker's breach. Yet, from the point of view of coordination theory, the falsity of the belief became irrelevant. The social expectation that promises formed in this way would be kept created consequences practically equivalent to divine wrath and sufficient to ensure coordination.

3. Common Knowledge as a Solution of Pure Coordination Problems

The problem of meeting a friend in a square is a typical problem that can be solved by appealing to common knowledge. Common knowledge typically arises, in the first instance, to solve problems of this kind. It is therefore useful to examine them. They are problems of pure coordination. Only afterwards will we turn to the more complex case, in which common knowledge does not directly ensure cooperation and the related increase in utility, but prevents a conflict from arising by means of prior or separate coordination. This happens when a community conventionally establishes rules in order to avoid future prisoner's dilemmas.

Pure coordination games are situations in which we have no reason to behave in one way rather than another independently of other people's reasons, and the only relevant consideration is the likelihood that our conduct will align with theirs. Expectations about other people's behaviour create a kind of snowball effect, whereby reasons that were initially weak become stronger simply by becoming the object of common knowledge that is increasingly salient and entrenched.

Here are a few other examples.

- *Which side of the road to drive on.* It doesn't matter whether we drive on the right or the left, as long as we all drive on the same side.
- *Rowing.* If we want to row a boat without wasting energy, the rhythm is irrelevant as long as it is the same for all rowers.
- *Campers looking for firewood.* If there are several areas where wood may be found, it doesn't matter who covers which area; we just want to avoid two people exploring the same area while another goes uncovered.
- *Who calls back after a phone call is cut off.* It doesn't matter who calls back, as long as someone does and not both at once.
- *Appropriate dress at a party.* Whether my outfit is appropriate is not an intrinsic property of the clothes but depends on how everyone else is dressed.

Game theory allows us to model these situations precisely. Take the simplest case: two drivers, Antonia and Bella, travelling in opposite directions on the same road. Neither has any intrinsic preference for the right or the left; each wants only to avoid a collision.

¹¹ HÄGERSTRÖM 1941, 153-173.

	Bella drives left	Bella drives right
Antonia drives left	No accident (0,0)	Accident (-1,-1)
Antonia drives right	Accident (-1,-1)	No accident (0,0)

Both cells along the diagonal are Nash equilibria: given the other's choice, neither player would benefit from switching. The problem is selecting one of them. This is solved by a convention in the following sense:

«A regularity R in the behavior of members of a population P when they are agents in a recurrent situation S is a convention if and only if, in any instance of S among members of P : (1) everyone conforms to R ; (2) everyone expects everyone else to conform to R ; (3) everyone prefers to conform to R on condition that the others do, since S is a coordination problem and uniform conformity to R is a proper coordination equilibrium in S »¹².

The definition requires all three elements – regularity, expectation, conditional preference – to distinguish conventions from mere habits or fashions, which do not produce the most important effect of conventions: the solution of coordination problems. Only when all three elements are jointly present does the behavioural contagion that benefits all involved parties arise. And as the meeting-point example shows, a convention need not be established by law or public declaration. A sufficiently visible statue can do the work by making one option more salient than the others.

We have seen that in everyday life we very often resort to conventions to coordinate with one another. But we have not yet talked about the most fundamental convention, and the most fundamental coordination problem of human beings. When we coordinate – for example, by making an appointment – we do so because we already have a conventional way of making our behaviour predictable to others. Creating this expectation in the other person is what produces, for him or her, an incentive to behave in conformity. This in turn creates an incentive on our part not to disappoint the expectation, by ensuring that our behaviour aligns with what the other has planned by reading our intentions, and so on. The ordinary way in which we do all of this is language.

Language is the most fundamental convention. And as such, according to David Lewis's theory, it is the solution to a coordination problem. Let us ask ourselves what incentive we have for using the word “dog” to refer to dogs and not, for example, to fridges. If I asked a friend “Please go and get the beers I left inside the dog”, first of all he would be unable to follow the directive I have in mind, and second, misreading my thoughts, he would think I had lost my mind. If, however, for some strange reason, one fine day everyone started calling dogs “fridges” and fridges “dogs”, I would have an incentive to do the same. And if I said to my friend “Please go and get the beers I left inside the dog”, he would not bat an eye: he would go and get the beers from the fridge and bring them to me.

	My friend uses the word “dog” to refer to dogs	My friend uses the word “dog” to refer to fridges
I use the word “dog” to refer to dogs	Communication succeeds (1,1)	Communication fails (0,0)
I use the word “dog” to refer to fridges	Communication fails (0,0)	Communication succeeds (1,1)

¹² LEWIS 1969, 42.

According to David Lewis, this is how words acquire meaning: through pure coordination. It is irrelevant which letters we associate with which sounds, or which sounds with which meanings, which endings with which verb tenses, which turns of phrase with which innuendos, or which syntactic structures with which logical structures. Communication and interpretation work because the parties involved share a common purpose: to cooperate intellectually, to make information available to one another. This idea of cooperation should not paint too rosy a picture of human relations: I cooperate with an interlocutor even when I call him an idiot. If I say “idiot”, I want him to understand precisely “idiot” and not, say, “Peloponnesian War” or “my darling”. I intend to produce a psychological effect in him, and in attempting to produce it, I rely on the fact that he too, if he is listening to me, is interested in knowing how I am insulting him¹³. We may disagree on everything, and be unwilling to cooperate in almost anything in our dealings with one another. But usually if we are talking to one another, at the very least, we share the purpose of understanding one another and we cooperate in achieving that purpose.

4. *Common Knowledge as a Solution of Prisoner's Dilemmas*

The rules we have discussed so far, namely conventional rules, have distinctive properties that, at first glance, most rules with which lawyers are concerned do not share. In particular, conventions about where to meet, linguistic rules, or traffic rules seem to produce their effects simply by being known. The mere knowledge of the rule by the members of the community creates an incentive for them to follow it and makes the rule effective. This means that the rule sustains itself, without any need for someone to monitor compliance and sanction those who do not wish to comply with it. The Italian Traffic Code does, in fact, provide for a sanction against those who drive on the wrong side of the road, but the sanction is almost never imposed, because people have no interest in driving on the wrong side of the road. It is certainly imposed less often than the sanctions provided for illegal parking and speeding. In situations such as those listed above, such as the choice of the side of the road on which to drive, the choice of a rowing rhythm, the search for firewood, and so on, the sanction is not needed. Similarly, perhaps there is some old professor ready to sanction, with his disapproval, those who fail to follow the rules of grammar; but most of us choose how to speak with the aim of coordinating with others and being understood, not with the aim of avoiding some professor's disapproval. To solve coordination problems such as these, it is enough to coordinate by establishing a convention. The mere fact that the rule is common knowledge produces, as if by magic, the incentive necessary for its effectiveness. None of this applies to another extremely important category of norms: those that serve to prevent and resolve conflicts between persons, rather than simply to coordinate them.

Imagine a fishing village overlooking a small lake. The fishers depend on the lake's fish stocks for their subsistence, and one bad day they realise that these stocks are beginning to run low. They are fishing too much: the fish do not have time to reproduce. If they were to become extinct, this would be a disaster for everyone. They therefore decide to introduce maximum annual quotas of kilograms of fish that each fishing company must not exceed under any

¹³ This account is coherent with Grice's idea that conversation is guided by a cooperative principle. When speakers appear to violate one of the rules on which this cooperation rests (Grice's conversational maxims), hearers do not immediately treat the utterance as non-cooperative in communication. Instead, they rely on the assumption that both parties are still engaged in a shared attempt to make communication possible. This allows them to draw on their common ground of knowledge in order to recover the speaker's intended meaning (GRICE 1989). According to Poggi this process does not apply to the interpretation of law, but has a limited application in the interpretation of contracts (POGGI 2020, 17, 285 ff., 340 ff.). The idea that understanding is only possible if the parties involved in the exchange draw on a common ground is also present in many other authors among which STALNAKER 1978, STALNAKER 2002 and of course in Searle's notion of the Background (SEARLE 1983).

circumstances. They have done the calculations and seen that, if everyone does their part, they may have to tighten their belts for a few years, but eventually the situation will return to normal. Here too, for the sake of simplicity, let us imagine that there are only two agents, Limne Ltd. and Rete Blu Ltd., and let us represent their choice of how much to fish as dichotomous, compliance or non-compliance with the rule, for the sake of simplicity.

	Rete Blu Ltd. complies with the rule	Rete Blu violates the rule
Limne Ltd. complies with the rule	No one goes bankrupt (-1,-1)	Limne goes bankrupt (-3,0)
Limne Ltd. violates the rule	Rete Blu goes bankrupt (0,-3)	Both go bankrupt (-2, -2)

Let us suppose that the rule has been established, but that there is no one to check whether it is being observed, or that, in any case, no one is able to sanction any overfishing. What is it in the two firms' interest to do? Here too, as in the other case, the behaviour of one agent depends on what that agent expects the other to do. Yet the kind of considerations they make are very different. Let us examine the situation. If both did their part, they would have much lower profits this year. It would be difficult, but in the meantime the lake's resources would recover, and this would ensure prosperity and security for the years to come. But perhaps, each of them thinks, there is a way to avoid reducing this year's revenues: taking advantage of the rival's reduced competitiveness, due to its compliance with the rule, in order to drive it out of business, while continuing to fish exactly as much as before and selling fish at a lower price than the rival. At that point, only one fishing company would remain on the market and, with fishing reduced by half, the fish resources in the lake would return to normal. The problem is that both have this idea. Both know perfectly well that the other might make this dishonest move. But if both actually made it, the consequences would be serious: the fish resources would be depleted and both would go bankrupt. So what is it in their interest to do? Each of the two, let us suppose Limne, reasons as follows. What is it in my interest to do if Rete Blu respects the quotas? Well, it is in my interest not to respect them. And if it does not respect them? Well, in that case too it is in my interest not to respect them: at least I will take my share of the remaining fish until they are completely depleted¹⁴.

This tragic situation is a prisoner's dilemma, and it cannot be solved by a mere convention, but only by making dishonest behaviour disadvantageous, that is, by sanctioning those who fail to comply with the rules. In this case, failing to comply with the rules simply means opportunistically reducing someone else's utility. Imagine subtracting 3 in utility from the agent who does not cooperate. Once you do the calculations, you will see that each agent will then have a sufficient incentive to cooperate. The sanction will never actually be imposed, and both the lake's fish stocks and the two companies will be safe. The paradox is this: the introduction of a mechanism capable of harming someone in a hypothetical future scenario benefits everyone.

This simple example, when compared with the previous ones, allows us to distinguish two very different types of rules: conventional norms, on the one hand, and what we may call social norms, on the other. The former serves to solve coordination problems, such as meeting in a square, moving through traffic, or communicating through language. The latter introduce formal or informal sanctions against non-cooperative behaviour. But there are also rules that belong to neither of the two previous categories, and that are distinguished by the fact that, unlike conventional and social norms, they do not benefit all members of the community. Their

¹⁴ Technically, we say that one strategy "dominates" another. In the prisoner's dilemma, defection is the dominant strategy. This type of reasoning is called dominance reasoning. Cf. KUHN 2026, ROTOLO 2017.

introduction benefits some at the expense of others. This third category includes all the norms underlying the welfare state, inspired by criteria of fairness. We may call them political norms¹⁵.

The first kind of norms, as we have seen, can be created simply through a declaration, perhaps a somewhat theatrical declaration, or one sufficiently clear for all its addressees to use it to select just one among many possible ways of behaving. The interesting question is whether it is possible to create, in the same way, through conventions, the necessary conditions for the stability of the other two kinds of norms. It is possible. This can happen in at least two different ways, united by the same mechanism. These are situations in which some agents have an interest in coordinating in order to modify another game, which is not necessarily a coordination game. We may call these two modes *synchronic heteronomous* and *diachronic autonomous*. The first involves the members of a group A coordinating in order to regulate the interaction among the members of a group B. The second involves the members of the same group at a time t_1 coordinating in order to regulate their interaction among themselves at a later time t_2 . Let us consider the two cases separately, with examples.

Synchronic heteronomous mode. An elementary school has many wonderful play structures in its garden, which the children can use during recess. The children run from one place to another, and the teachers cannot always keep an eye on all of them. Some attractions are more desirable than others, for instance a beautiful slide located in the middle of the garden. At first, everyone takes turns using the slide and the other more entertaining play structures. But at a certain point some unscrupulous bullies notice the general commotion and the adults' lack of attention. They begin to ignore the turns: cutting the line, pushing classmates aside, and so on. At this point even the honest children can no longer rely on the fact that, by respecting the line, their turn will eventually come. The result is chaos, the Wild West, a war of all against all. The adults see the problem and obviously want to solve it. But it is difficult to know how. Teacher Carla's intervention proves providential. She says to the others: "Let's do this: I'll watch the big slide; Sandro will watch the walkway; Gio will stay near the swing; Ahmed will keep an eye on the playhouse. If a child pushes or cuts in, whoever is closest stops them and sends them back to the line. And on the second warning, we will inform their parents". Problem solved. The social norm requiring respect for the line becomes effective again. This is a case in which solving a coordination problem among adults makes it possible to solve a network of prisoners' dilemmas among children. Being able to rely on turns for using the slide and the other play structures ends up being advantageous for everyone, even for those bullies who were able to prevail over others only while that expectation still existed.

Diachronic autonomous mode. Two hikers have become lost in a snowstorm and must cross a pass in the hope of finding help. They do not trust each other very much, but they know that by cooperating they would increase their chances of survival. They also know, however, that anything might happen during the crossing and that, if one of them finds himself in difficulty, the other might have no incentive to cooperate. They therefore decide that one of them will carry the flare needed to call for help once they have crossed the pass, while the other will carry the lighter. In this way each can rely on the other, because each will know that only if they both reach the other side will either of them have a chance of being saved. Here too we have a convention that makes it possible to solve a prisoners' dilemma and to sustain a set of social norms aimed at mutual cooperation in crossing the pass. Each has a weapon against the other: "If you don't help me, I'll throw away the lighter", or "If you don't help me, I'll throw away the flare". The conventional

¹⁵ Here by "norms" I mean exclusively social mechanisms capable of causally influencing other social mechanisms. The tripartition of norm types is inspired by ULLMAN-MARGALIT 1977. She calls the first type *coordination norms*, the second *prisoner's dilemma norms*, and the third *norms of partiality*. I will instead speak of conventional norms (or simply conventions), social norms, and political norms — partly to avoid giving the mistaken impression that I intend to adopt Ullman-Margalit's surrounding theoretical framework in its entirety, and partly for the sake of expressive simplicity.

institution of this reciprocal sanctioning power at t_1 is advantageous because, like the sanction in the fishermen case, it restores the advantage of mutual cooperation at t_2 , which guarantees a higher payoff than mutual defection. A coordination game at t_1 prevents the emergence of a prisoners' dilemma at t_2 .

Without claiming to be exhaustive, we may say that law often uses mechanisms of this kind to ensure its own efficacy. The parties who enter into the convention that resolves or prevents the conflict are not the parties in conflict: either they are different people altogether, as the adults are in the elementary-school example, or they reach an agreement before the conflict can arise, as the hikers do in the example of the pass to be crossed. Or, of course, both: the convention is entered into by subjects different from those involved in the potential conflict and before that conflict arises.

5. *The Struggle-for-the-Text Game*

We have seen that common knowledge of facts and rules serves both to solve coordination problems and to prevent conflictual situations, such as prisoners' dilemmas. The question we must now ask is what happens when this common knowledge is indeterminate, and in particular whether the subjects engaged in interpreting it are involved in a conflictual game or in a cooperative game. Celano's answer seems to be that, if an indeterminate rule is invoked within a conflict, the strategic interaction game in which its interpreters are involved will have the same structure as the conflict that the rule purports to regulate. By contrast, I will argue that the interpretation of rules, and more generally the interpretation and integration of common knowledge, is always at least partly cooperative, even when it takes place in order to resolve a conflict, or when the norm being interpreted may produce a benefit for one of the players and a detriment to another.

Celano notes that Lewis's conventionalist conception of meaning does not hold up in the context of legal discourse. Or, more precisely, in many cases, when we speak using legal concepts, it is obvious that the game we are playing, in assigning meaning to words, is not the one described by Lewis. Here, often, we are not playing a coordination game aimed at communication, but a different game, the struggle-for-the-text game: a game he describes as conflictual, in which each agent attempts to attribute to a given expression, to the "text", the meaning most favourable to himself or herself. In this regard, Celano identifies two problems:

In ordinary communication, the use of language has a conventional character. In legal discourse, the relation between signifiers and meanings is not purely conventional. Consequently, interpretive disputes arise in law: the struggle for the text. Interpretation becomes an object of controversy; participants put forward conflicting interpretive arguments.

In law, in many cases, there is no precisely defined and identifiable sender of the relevant texts: messages without a sender. This too gives rise to interpretive questions and controversies. To fill this void, participants put forward ingenious interpretive arguments¹⁶.

We can call the first of these two reasons the *problem of hostile communication*, and the second the *problem of the message without a sender*.

I will illustrate them with an example of my own. A public prosecutor and a defence lawyer are arguing over whether a defendant did a certain thing. These are the facts. Enrico entered a supermarket and was immediately noticed by the staff because of the bulky raincoat he was wearing. A staff member, Marisa, began to follow him without being seen. She saw Enrico take several cans of beer and put them in his pockets. Then he took a packet of mints and approached the checkout counters. At that point, Marisa called her manager, Valentino, who searched Enrico, found the beers, and called the police. As they argue, the defence lawyer and the

¹⁶ CELANO 2017, 48-49 (my translation).

prosecutor are dealing with a series of texts: the testimony of various people, Enrico, Marisa, Valentino, and above all legal texts, mainly the Criminal Code and the case law of the Court of Cassation on theft and attempted theft in supermarkets. Celano, to be sure, does not discuss the language in which the facts at issue in the trial are reported, such as the words of witnesses, but focuses exclusively on the language of the texts used to derive the major premise of the judicial syllogism: statutes, contracts, regulations, judicial precedents. Yet the first of the two problems I mentioned in Celano's quotation, the problem of hostile communication, is certainly also applicable to the texts and discourses from which the premises of evidential reasoning are drawn, as we shall see shortly. It is therefore worth considering this as well.

Simplifying as much as possible, we can say that what would typically happen in a legal dispute of this kind is the following. In her closing argument, the prosecutor will maintain that the witnesses say (and of course say credibly) that Enrico did *x*, and will maintain that the law says that, if Enrico did *x*, he must be convicted. The defence lawyer, in response, will deny both claims: "That is not true. The testimonial evidence does not say that Enrico did *x*, and the law does not say at all that, if Enrico did *x*, he must be convicted".

Starting precisely from the aspect Celano does not discuss, the question of fact, let us imagine Marisa's testimony and the use Enrico's lawyer might make of it. During the cross-examination conducted by the latter, in response to the question, "When Enrico took the beers and, according to what you say, put them in his pockets, had he turned toward you?", Marisa replies, "Of course. I saw him perfectly well". At that point, the lawyer says, "No further questions". The lawyer had intentionally said "had he turned" rather than "was he turned" in order to prepare an argument for later, namely this: Enrico knew perfectly well that he was being seen, so much so that he *had* turned toward Marisa so that she could clearly see the beers he was taking and putting in his pockets. Obviously, the lawyer will use this interpretation of Marisa's words to say that his client had no intention of stealing; he had simply forgotten to take a cart and did not want to hold all those beers in his hands. The prosecutor will obviously give another interpretation of the testimony.

The prosecutor and the defence lawyer will also have to interpret many normative texts – and here we come to the point on which Celano focuses – including Article 624 of the Criminal Code: "whoever takes possession of another's movable property, removing it from the person who holds it, with the purpose of obtaining profit for himself or for others, shall be punished with imprisonment from six months to three years and with a fine from 154 euros to 516 euros". When the legislature says "remove", does it mean to imply that the thing must in some way have left the control of the owner, or of the staff entrusted by the owner? If I am in your house and I take a book from your bookshelf, you see me, and you can take it back at any moment, have I "removed" it from you, or have I only attempted to do so? The prosecutor and the defence lawyer will have an interest in giving opposite answers to these questions, each in support of their own thesis.

This is the struggle-for-the-text game. According to Celano, it is evident that the game is conflictual because each party is trying to tilt the outcome in their favour. Whereas in Lewis's model each speaker's payoff is highest if the interpretation he adopts coincides with that of the others, and zero otherwise, here things are different. Since speakers do not assign meaning to words in order to communicate, but in order to win the case, they have no interest in making their interpretation of the terms coincide either with the interpretation given by the speaker or, still less, with the interpretation given by the opposing party to the text in question.

Despite what Celano suggests, this problem of strategic interaction arises not only in the interpretation of legal texts, but more generally in the interpretation of the premises that may legitimately be taken for granted in the conversation, and these premises may concern both questions of law and questions of fact. Relatedly, the problem of communication without a sender, which we typically find in the interpretation of normative texts but not in texts reporting factual data, does not constitute an autonomous problem. It is reducible and derived from the problem of hostile communication. Let us see why.

In determining the meaning of normative texts, in addition to the problem of hostile communication, there is also the problem of communication without a sender. At least in the abstract, one could still ask Marisa what she meant, even though the information, if obtained outside the trial, would be irrelevant. One cannot ask the legislator. This is not because it is difficult to find the telephone numbers of members of Parliament, but because neither the current members nor the Fascist members who wrote the Rocco Code in the 1930s are “the Legislator”. The Legislator is a theoretical construct, a fictional entity like Sherlock Holmes, the result of a thought experiment. This, however, does not mean that it is *impossible* to reconstruct rationally the meaning of its words. It is a case of abduction from hypothetical premises, structurally not very different from the one made with regard to Marisa. In both Marisa’s case and the Legislator’s case, we ask ourselves: “What is the best explanation of these words? What communicative intention is it most reasonable to attribute to the use of this term or expression in this context?” Neither Marisa nor the legislature can be questioned at the time of the defence speech and the prosecutor’s closing argument: Marisa because her testimony is over (if you prefer, we can even say that she is dead just to make the thought experiment work better) and the Legislator because it is a fictional entity. In both cases, the reasoning proceeds by using similar inferences, and in practical terms, in both cases, external criteria for checking those inferences are lacking. After all, you too, who are reasoning about Marisa, who is in fact – I assure you – an entirely imaginary character, could interpret her words by means of the same logical inferences you use every day when you speak with other people.

The real problem to be examined in order to address the sceptical doubt that concerns us is hostile communication. Indeed, even the problem of the message without a sender depends on it. Let us see why with an example. Suppose Sharmila is a progressive left-wing member of Parliament who introduces a new bill in Parliament. The bill concerns the allocation of economic incentives to encourage the entry of more women into the police, thereby promoting gender diversity in law enforcement. In her view, it is obvious: trans women are women. Some members of her party would even find it offensive to make this explicit in the statute. At the same time, however, she knows perfectly well that members of the conservative party would not vote for the statute, and that it would not pass, if this were specified. An intentionally ambiguous statute is therefore enacted. Whatever the true meaning of “woman” for the purposes of that statute may be, that meaning is not conventional. There seems to be no available regularity of behaviour *R*, concerning the identification of the reference of that word, such that everyone conforms to *R*, everyone expects the others to conform to *R*, and everyone prefers to conform to *R* on condition that the others do so as well. Progressive judges and conservative judges will have different views. Above all, the parties involved in a trial in which the provision is relevant will often want to support conflicting interpretations.

What makes legal interpretation apparently incompatible with Lewis’s model is that, in a great many cases, the parties involved in it have incentives different from those of a pure coordination game. In order to try to solve Celano’s problem, we must therefore focus on this: the parties’ incentives. What kind of game is the struggle-for-the-text game? In what sense is it not, as Celano says, cooperative? And if it is not cooperative, why do we play it?

6. *The Struggle-for-the-Text Game as a Battle of the Sexes*

There are cases in which even the interpretation of a legal text can constitute a problem of pure coordination. This happens with normative texts whose very purpose is to solve problems of pure coordination. For instance, interpreting a sign at the post office that reads ‘Go to counter A for registered mail and counter B for parcels’ will be, for both staff and customers, a pure coordination game. If it were no longer clear which counter is A and which is B, it would

suffice for one person to suggest an arbitrary solution for all others to have an interest in accepting it. But the disputes that arise in courts typically do not concern rules of this kind – they concern rules in which interests are at stake: the prevalence of one interpretation will benefit the plaintiff and disadvantage the defendant, or vice versa, or in criminal cases, benefit the accused and disadvantage those who wish to see their conduct sanctioned, or vice versa.

Let us therefore imagine a dispute concerning a rule whose application is not advantageous to all parties involved in the interpretive game, but only to one at the expense of the other. Imagine two parties, each defending an interpretation that favours themselves and harms the other. These could be the two parties involved in the prisoner's dilemma described above – Limne ltd. and Rete Blu ltd., the two fishing companies operating on the same small lake. Let us recall the situation. The lake is exhausting its fish stocks because both companies are fishing too much. The two companies decide to introduce maximum annual fishing quotas. However, without an authority capable of verifying and sanctioning violations, the agreement cannot hold. The structure of the game is that of a prisoner's dilemma: whatever the other does, each company is better off exceeding its quota. The result is that both exceed their quotas, the fish go extinct, and both companies fail. To escape this situation, the two companies need an authority capable of making non-compliance with the quotas costly: an institution – a court or an arbitrator – that can ascertain violations and impose sanctions heavy enough to make defection unattractive. With this possibility in play, the structure of the game changes: the expected utility of defection decreases, and cooperation becomes the rational equilibrium for both parties.

If Limne and Rete Blu operate within a complex legal system, they have the option of entering a contract with the reasonable expectation that it can be enforced by an independent court. In doing so, they act somewhat like the two explorers lost in a blizzard who divide up the rescue kit. They cooperate to avoid a future prisoner's dilemma situation which they know would be harmful to both, as it would lead to the extinction of the fish stock in the lake and to the bankruptcy of both companies. To avoid this outcome, each provides the other with an instrument for the event of defection. Let us therefore suppose that they have entered into a contract but that its interpretation turns out to be disputed. (We could also imagine a dispute of fact concerning the interpretation of documents recording the quantity of fish caught by both companies: this would change nothing for the purposes of the game.)

Let us set aside the specific wording of the contract. Suffice it to say that it is a text to which Limne and Rete Blu wish to assign two entirely divergent interpretations. In Celano's terminology, Limne and Rete Blu are fighting over the text. But what is the point of this struggle? What is the spoil of war that each wants to claim? Obviously, it is not an interpretation that belongs to one party alone. Such a unilateral attribution would be irrelevant. What each party wants is for its own interpretation to be recognised by the other as well. They want a way to impose it on the other. And they want the other to act on the basis of it and in their interest. Let us call $I(\text{Limne})$ the interpretation preferred by Limne (for example, an interpretation under which Rete Blu is in breach of the contract in calculating the quotas and is liable to pay damages to Limne) and $I(\text{Rete Blu})$ the interpretation preferred by Rete Blu (for example, an interpretation under which Limne is in breach of the contract in calculating the quotas and is liable to pay damages to Rete Blu).

	Rete Blu chooses $I(\text{Limne})$	Rete Blu chooses $I(\text{Rete Blu})$
Limne chooses $I(\text{Limne})$	Conflict solved (1, 0)	Conflict persists (-1, -1)
Limne chooses $I(\text{Rete Blu})$	Conflict persists (-1, -1)	Conflict solved (0, 1)

Suppose that if the two parties fail to converge on any common interpretation, they will obtain the lowest payoff: they will be forced to go to court at increased cost, and the uncertainty created by the cooperative conflict will, in the meantime, worsen the already precarious situation of the lake. Nevertheless, the two ways in which the two companies can coordinate do not assign the same payoff to both: convergence on I(Limne) is more advantageous for Limne, while convergence on I(Rete Blu) is more advantageous for Rete Blu.

We can also modify the example by stipulating that only one of the two parties would suffer harm from the continuation of the conflict. In that case, it seems that the other would have no interest in converging on a common meaning. This is certainly true. But in that case the party would not be engaged in an exercise of legal interpretation. It would have no reason either to compete or to cooperate with the other party in determining meaning. It would have no incentive to take part in Celano's struggle over the text. In that scenario, it would probably engage in legal interpretation only if a judge capable of enforcing the contract were to become part of the game. But this would again require providing an interpretation on which at least the judge can converge. So, once again, coordination would be implicated.

This situation of strategic interaction, in which two parties in potential conflict must cooperate to find a shared meaning for the rules governing their conduct, rarely arises spontaneously¹⁷. It arises because it is cleverly arranged – either by the interested parties themselves or by third parties, typically by the political or social community of which the rivals are members, which has an interest in reducing the costs arising from its internal disputes. Even two isolated individuals may have an interest in cooperating to turn their future conflicts into partially cooperative games of this kind rather than prisoner's dilemmas. We saw this in the case of the two hikers (the autonomous diachronic mode of game transformation). But this is typically done by involving disinterested third parties in the game, either because they intervene on their own initiative (the heteronomous synchronic mode) or because their intervention is preplanned by the parties involved in the conflict as in the example imagined above. Two children, to avoid the costs of constant disputes over the use of a toy, might have an interest in invoking the authority of an adult capable of settling their quarrels and making their decisions effective. Two companies might have an interest in jointly investing in conflict resolution, since the cost of paying arbitrators who guarantee expertise, impartiality, and predictability of decisions might be lower than that produced by future prisoner's dilemmas which, as we have seen, in the absence of external intervention, systematically produce inefficient outcomes for all players involved. But in complex societies, the transformation of incentives necessary to make legal discussion possible is a public service provided by the state – one of the most important, alongside healthcare and education: the administration of justice.

Legal interpretation in Limne's and Rete Blu's example is therefore an impure coordination game. What is the best way for the parties to approach it? If both parties believe that a judge called upon to decide the case is equally likely to rule in favour of either side, the best course of action for both is to reach a settlement: one party might offer to compensate the other for accepting its preferred interpretation. But let us slightly modify this initial scenario and imagine that Limne knows that a judge would almost certainly rule in its favour. At this point, Limne would have no interest in settling and would instead have an incentive to bring the case to court. Before doing so, however, the best course of action would probably be to inform Rete Blu

¹⁷ According to Kaushik Basu, this would indeed be the only foundational power of law, from which all other powers derive: to suggest a focal point among various possible equilibria: "The law is like putting up a Meeting Point signboard up in an airport terminal (...). It chooses an equilibrium, from among all available equilibria, and says that that will happen and by doing so, it hopes to make that outcome focal" (BASU 2015, 21). According to Basu, therefore, the coordination problems that law solves would ultimately all be traceable to cases of pure coordination. The organization of the institutional apparatus that allows for the solution of apparently different problems as well – such as prisoner's dilemmas – would depend in the final analysis on the solution of pure coordination problems involving also those agents entrusted with the imposition of sanctions.

of the situation. After all, it can be presumed that recourse to legal authority would carry costs for Limne as well: legal expenses, uncertainty, delays, and so on. What interest would Rete Blu have in such a case? Rete Blu would do well to listen very carefully to Limne's arguments, follow the internal logic of its reasoning, and assess whether it genuinely has any viable lines of defence. Perhaps Rete Blu forms a different prediction from Limne because its judgement is clouded by various biases. In that case, its inferior legal competence would constitute a serious disadvantage. A close inspection of scenarios like this, through the lens of game theory, silences the more radical forms of interpretive scepticism and shows just how unrealistic certain views that award themselves the honorific title of Realism can be.

7. *Common Knowledge and Judicial Truth*

The "struggle for the text" game is only one of the two open problems in the theory of interpretation that Celano has brilliantly illustrated. A second, related problem is the one posed by the paradox of nomodynamics. It seems that legal reasoning has no hope of being a rational practice not only because the parties involved in it do not cooperate in establishing common knowledge, that is, because the preconditions are absent for the existence of a Lewis-style conventional meaning that could form the subject matter of the dispute. The irrationality of legal practice would be increased rather than resolved by the possibility of appealing to the authority of the courts in cases of interpretive conflict. I shall address this second problem only partially, namely only insofar as doing so is necessary to justify my game-theoretic reconstruction of the struggle-for-the-text game.

When two people discuss how to interpret a legal text, or how to reconstruct the facts for the purpose of applying a legal text in order to resolve a dispute between them, they do so only because establishing a shared interpretation or a shared version of the facts has some value for them. This happens because coordination on an equilibrium, whether the one more advantageous to one party or to the other, is for both a preferable solution to failed coordination. If, for one of the two, the preferable solution were failed coordination, the attempt to persuade the other would be pointless. As we have said, the fact that this game occurs is usually the planned result of a prior regulation of the conflict, and this kind of regulation is one of the fundamental services that a complex legal order provides to its citizens. If there is the possibility of appealing to authority, many games that would otherwise be conflictual become cooperative games to the mutual advantage of all parties involved.

The question we can now ask, however, is this: what kind of activity must a court perform in order to produce this effect and provide this service? Must it be able to provide "correct" or "true" answers to the interpretive problems raised by the parties to the game? If the answer to this last question were yes, the entire explanation of the struggle-for-the-text game offered so far would be exposed to a sceptical doubt. If there is no correct answer to interpretive dilemmas, then, on this view, there could not even be the authority that makes the struggle for the text a meaningful exercise and that makes the prevention of conflict situations through appeal to authority possible. The answer I would like to offer to this dilemma is that authority succeeds in producing the desired transformative effect on the game even if it does not promise to provide correct answers. Indeed, my thesis will be more radical: in order truly to succeed in this undertaking, it must be willing to renounce a correct answer.

The argument in support of this thesis will be based on a thought experiment. We shall imagine two courts, which we shall call Court M, from material truth, and Court J, from judicial truth, operating in different ways: M aims solely to provide correct answers to the questions of law and fact raised by disputes between the parties; J adopts values other than correctness as its principal objectives and is willing to provide incorrect answers if doing so is

functional to the fulfilment of these different objectives. Since the struggle-for-the-text game, as we have seen, may concern both disputes over questions of fact and disputes over questions of law, and since it is more controversial whether true or correct answers can exist to questions of law than to questions of fact, the thought experiment will focus on a factual dispute. However, the argument could be constructed in exactly the same way by referring it to a legal dispute: in that case, it would show that even if correct answers to problems of substantive law existed, providing such answers should not be the courts' primary objective.

The fact that the thought experiment concerns a factual dispute will also make it possible to show the close correlation between the problem discussed by Celano in relation to the theory of legal interpretation and another problem discussed within the theory of evidence, namely whether there is necessarily a teleological connection between evidence and truth. The currently dominant theory, evidence rationalism, maintains that such a connection exists¹⁸. The thesis, as defended by Jordi Ferrer Beltrán¹⁹, oscillates between being a conceptual theory and a normative theory: Ferrer speaks of truth ascertainment as the institutional objective of the trial and of evidence as the instrument designed for that purpose. Since courts aim to bring about the states of affairs prescribed by laws for certain hypothetical scenarios, they must necessarily devote all their available resources to verifying when those hypothetical scenarios have occurred. It is in a similar vein that Ronald Allen states that "accuracy in fact-finding may be more fundamental than rights and obligations, for without accurate fact-finding, rights and obligations are meaningless"²⁰. Rationalism makes this teleological connection one of its main theses in order to distance itself from a now minority line of thought according to which evidentiary statements are not assertive speech acts, but declarations in Searle's sense. We may call this thesis evidentiary legalism, and the views of Francesco Carnelutti and Hans Kelsen may be traced back to it (Ferrer 2007), as may, more generally, the views of all those who insist on a distinction between material truth ascertained in a scientific laboratory and procedural truth produced or fabricated in court.

Our thought experiment therefore aims to do two things: first, to explain how conflicts concerning the application of law to concrete cases can be partly cooperative even if the judicial authority that can be invoked is not primarily oriented toward providing true answers to the questions under discussion; second, to explain why, both normatively and conceptually, it is not reasonable to postulate a teleological connection between evidence and truth, and thus to maintain that, at least from this point of view, evidentiary legalism is right and evidentiary rationalism is wrong. The argument must be read in connection with what was said earlier about common knowledge and the fact that it produces its typical effects independently of the truth of its object. Common knowledge produces its coordinative effects not because it reflects a pre-existing state of affairs, but because it constitutes one. The power of common knowledge lies in its publicity, not in the truth of the propositional content on which it bears. A false belief, if it is common knowledge, can produce coordination just as effectively as a true one.

Let us therefore proceed to construct our thought experiment. Imagine that a dispute arises between Limne and Rete Blu, the two fishing companies that featured in the earlier examples, concerning compliance with the quotas. Let us ask under what conditions this dispute is transformed into the struggle-for-the-text game, and in which cases it instead remains a prisoner's dilemma. We shall imagine two counterfactual scenarios: one in which the competent body that can be invoked to decide on possible quota violations is Court M, and one in which it is Court J.

¹⁸ ACCATINO 2019; FERRER BELTRÁN 2007; FERRER BELTRÁN 2021; ANDERSON, SCHUM, TWINING 2005; TWINING 1994.

¹⁹ FERRER BELTRÁN 2021, 18.

²⁰ ALLEN, FRY, NOTEBAERT, VANDAM 2014; cf. ALLEN 2013.

Court M has adopted as its institutional aim the ascertainment of material truth. It behaves like a scientific laboratory: it gathers as much evidence as possible, freely assesses its reliability, refuses to be bound by rigid procedural rules or predetermined standards of proof, and deliberates for as long as necessary before pronouncing judgment. Court M is, in a word, optimised for truth. Court J, by contrast, has adopted as its institutional aim not the ascertainment of material truth, but the certification, on the basis of conventional, predictable, and publicly known criteria, of which factual propositions may count as proven within legal reasoning. Court J does not ask which version of the facts is more probable in absolute terms; it asks which version satisfies the conventionally established conditions for being declared proven.

Both courts will frequently fail to ascertain the truth. Absolute certainty is not of this world. But there is a difference both in the quantity and in the quality of their failures. Court M probably discovers the truth more often. Court J, however, fails in much more predictable ways. Where the objective of ascertaining the truth cannot be reached with sufficient reliability within a reasonable time, Court J's evidentiary reasoning accepts this and resorts to procedures that produce a version of the facts in a predictable way – refusing, for instance, to take into account evidence not produced within the prescribed time limits, or declining to use the judge's private knowledge, however reliable it might be, precisely because its use would make the judgment uncontrollable from the outside and suspect of bias.

What effect would these different institutional designs have on Limne and Rete Blu? Recall that the point of having an authority at all is to transform the strategic interaction between the parties: to make cooperation rational by making defection costly, and to do so reliably enough that both parties can predict, in advance, how the authority will decide. This is the coordinative function that the authority must perform. It is also, as we saw in Section 3, the function that makes the agreement between the two companies more than a gentlemen's agreement, one that actually stabilises cooperation and prevents the prisoner's dilemma from arising.

The scenario in which Court M has jurisdiction over their disputes produces two related problems for Limne and Rete Blu.

The problem of predictability. In all difficult cases, cases where the evidence is genuinely ambiguous, as disputes over quota calculations often will be, Limne and Rete Blu would have no reliable way of predicting how Court M will decide. The court's unlimited investigative powers and its freedom from procedural constraints mean that the outcome depends on what evidence the court happens to uncover, and this is precisely the kind of information the parties cannot anticipate. In all such cases, the court's presence would have no effect on the parties' strategic interaction: a potential prisoner's dilemma would remain a prisoner's dilemma, because the probability of sanction would remain too uncertain to deter defection.

The problem of impartiality. Because Court M relies on informal channels of investigation, including methods unavailable to the parties, neither Limne nor Rete Blu can monitor its reasoning from the outside or verify that it is deciding with the aim of ascertaining the truth rather than favouring one party. This makes Court M an unreliable instrument even in easy cases, where the truth is clear. Even where Rete Blu has flagrantly exceeded its quota, Limne cannot be confident that bringing the matter before Court M will be an effective way of having its claim upheld. Even in easy cases, therefore, the court provides insufficient incentive for cooperative behaviour.

Court J, by contrast, solves both problems. Where the court competent to decide is J, citizens would know exactly which facts can be proved and in which cases, instead, the court would decide on the basis of fictions. This would probably lead Rete Blu to assume responsibilities that, under the contract, would not be theirs, simply because Rete Blu would know that Limne would prevail in court. But this injustice would be offset by other injustices equal and opposite in kind: Rete Blu would not assume responsibilities that were theirs under the contract simply because Rete Blu would know that they could shift them onto Limne if a dispute arose. This

would have the effect of replacing the theoretical allocation of responsibilities provided for by the contract with another allocation which, at the functional level, would be just as effective in producing cooperation and preventing the prisoner's dilemma. Limne and Rete Blu can take Court J's likely future ruling into account, also in cases where Court M's future ruling would be unpredictable. And it is only this predictability that transforms their interaction from a prisoner's dilemma into a game in which cooperation is rational. Moreover, because Court J's procedures are transparent and its criteria publicly known, the parties can monitor its decisions from the outside and verify that it is applying them impartially. This impartiality, once it becomes common knowledge, increases the court's authority and makes the parties even more willing to defer to it.

Notice what this argument shows. The value of Court J's decisions does not derive from their accuracy. It derives from their *publicity* and their *predictability*. Truth is only instrumentally sought when this is necessary to ensure these two other values. What the parties need from an authority is not an oracle that reliably tracks the truth, but a mechanism that makes common knowledge reliable. The relevant metric is not how often the court gets things right per se, but how effectively its likely future decisions can transform the parties' incentives and thus make cooperation rational.

References

- ACCATINO D. 2019. *Teoría de la prueba: ¿Somos todos ‘racionalistas’ ahora?*, in «*Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*», 19, 2019. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.5559>.
- ANDERSON T., SCHUM D., TWINING W. 2005. *Analysis of Evidence*, 2nd ed., Cambridge University Press.
- ALLEN R.J. 2013. *The Conceptual Challenge of Expert Evidence*, in «*Discusiones Filosóficas*», 14, 23, 41 ff.
- ALLEN R.J., FRY T., NOTEBAERT J., VANDAM J. 2014. *Reforming the Law of Evidence of Tanzania (Part Two): Conceptual Overview and Practical Steps*, in «*Boston University International Law Journal*», 32, 1, 1 ff.
- ARENA F.J. 2020. *Il carattere non-cooperativo dell’interpretazione e la conoscenza del diritto. Celano su convenzioni, pubblicità e conoscenza comune*, in MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, vol. I, Marcial Pons, 413 ff.
- BASU K. 2015. *The Republic of Beliefs: A New Approach to ‘Law and Economics’*, Policy Research Working Paper 7259, Washington, DC, The World Bank.
- CELANO B. 2006. *Ragionamento giuridico: Tre questioni chiave, e cosa (non) può fare la filosofia al riguardo*, in «*Diritto & Questioni pubbliche*», 6, 2006, 83 ff.
- CELANO B. 2017. *Due problemi aperti dell’interpretazione giuridica*, Mucchi.
- CELANO B. 2020a. *Il rigore passato in giudicato fa stato tra le squadre*, in MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, vol. II, Marcial Pons, 62 ff.
- CELANO B. 2020b. *Giochi interpretativi non cooperativi, conoscenza comune e rule of law illuminista*, in MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, vol. II, Marcial Pons, 318 ff.
- CHIASSONI P. 2000. *Interpretive Games. Statutory Construction Through Gricean Eyes*, in COMANDUCCI P., GUASTINI R. (eds.), *Analisi e diritto 1999*, Giappichelli, 86 ff.
- CHIASSONI P. 2019. *Interpretation without Truth: A Realistic Enquiry*, Springer.
- DIXIT A., SKEATH S., REILEY D.H. 2009. *Games of Strategy*, 3rd ed., Norton.
- FERRER BELTRÁN J. 2007. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN J. 2021. *Prueba sin convicción*, Marcial Pons.
- GRICE H.P. 1989. *Studies in the Way of Words*, Harvard University Press.
- GUALA F. 2016. *Understanding Institutions: The Science and Philosophy of Living Together*, Princeton University Press.
- GUARNIERI P. 2019. *Interactive Intentionality and Norm Formation*, in «*Journal of Institutional Economics*», 15, 4, 2019, 579 ff.
- GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Giappichelli.
- GUASTINI R. 2019. *Il ‘moral reading’ da Dworkin a Celano*, in MALDONADO M., LUQUE P. (eds.), *Discutendo con Bruno Celano*, vol. I, Contributi, Marcial Pons, 13 ff.
- HÄGERSTRÖM A. 1941. *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, vol. II: *Über die Verbalobligation*, Almqvist & Wiksells Boktryckeri-Otto Harrassowitz.
- HÉDOÏN C. 2013. *Collective Intentionality in Economics: Making Searle’s Theory of Institutional Facts Relevant for Game Theory*, in «*Erasmus Journal for Philosophy and Economics*», 6, 1, 2013, 1 ff.
- HÉDOÏN C. 2015. *Accounting for Constitutive Rules in Game Theory*, in «*Journal of Economic Methodology*», 22, 4, 2015, 439 ff.

- HINDRIKS F., GUALA F. 2015. *Institutions, Rules, and Equilibria: A Unified Theory*, in «Journal of Institutional Economics», 11, 3, 2015, 459 ff.
- KUHN S. 2026. *Prisoner's Dilemma*, in ZALTA E.N., NODELMAN U. (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/> (accessed 7 June 2026).
- LEWIS D. 1969. *Convention. A Philosophical Study*, Blackwell.
- OSBORNE M. 2004. *An Introduction to Game Theory*, Oxford University Press.
- PINKER S. 2025. *When Everyone Knows That Everyone Knows: Common Knowledge and the Mysteries of Money, Power, and Everyday Life*, Scribner.
- POGGI F. 2020. *Il modello conversazionale. Sulla differenza tra comprensione ordinaria e interpretazione giuridica*, ETS.
- ROTOLO A. 2017. *Perché il diritto è una convenzione? Il gioco delle norme e il suo linguaggio*, Giappichelli.
- SEARLE J.R. 1983. *Intentionality. An Essay in the Philosophy of Mind*, Cambridge University Press.
- SEARLE J.R. 2015. *Status Functions and Institutional Facts: Reply to Hindriks and Guala*, in «Journal of Institutional Economics», 11, 3, 2015, 507 ff.
- SMIT J.P., BUEKENS F. 2017. *How to Do Things Without Words: A Theory of Declarations*, in «Philosophy of the Social Sciences», 47, 3, 2017, 235 ff.
- STALNAKER R.C. 1978. *Assertion*, in COLE P. (ed.), *Syntax and Semantics, vol. 9: Pragmatics*, Academic Press.
- STALNAKER R.C. 2002. *Common Ground*, in «Linguistics and Philosophy», 25, 6, 2002, 701 ff.
- TWINING W. 1994. *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2nd ed., Northwestern University Press.
- ULLMAN-MARGALIT E. 1977. *The Emergence of Norms*, Clarendon.
- ZAŁUSKI W. 2013. *Game Theory in Jurisprudence*, Copernicus Center Press.

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2026